

**TAM İKİ TARAFADA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE BORÇLUNUN
TEMERRÜDÜ**

HATİCE ESRA SALTOĞLU ARAP

EYLÜL 2018

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

TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE BORÇLUNUN
TEMERRÜDÜ

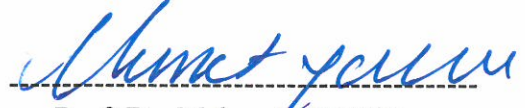
HATİCE ESRA SALTOĞLU ARAP

EYLÜL 2018

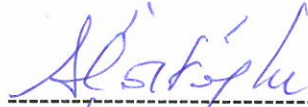
Tez Başlığı : Tam İki Tarafa Borç Y¼kleyen S¼zleřmelerde Borçlunun
Temerr¼d¼

Tezi Hazırlayan : Hatice Esra SALTOğLU ARAP

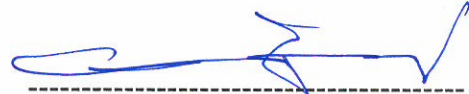
Sosyal Bilimler Enstit¼s¼ Onayı:


Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Enstit¼ M¼d¼r¼

Bu tezin y¼ksek lisans derecesi elde etmek i¼in gerekli koşulları sağladığını
onaylarım.


Prof. Dr. İbrahim Sahir ¼ORTOđLU
¼zel Hukuk ABD Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Y¼ksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.


Prof. Dr. Cemal OğUZ
Tez Danışmanı

Tez sınav Tarihi : 12.09.2018

Tez J¼ri Üyeleri :

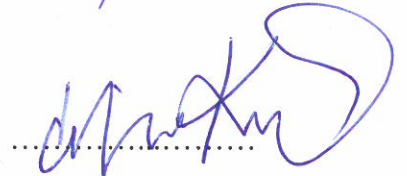
Prof. Dr. Cemal OğUZ (¼ankaya Üniv.)



Prof. Dr. İbrahim Sahir ¼ORTOđLU (¼ankaya Üniv.)




Doç. Dr. Dilşad KESKİN (Hacı Bayram Veli Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallarını gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. 12.09.2018

Adı Soyadı : Hatice Esra SALTOĞLU ARAP

İmzası : 

ÖZET

Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü

Hatice Esra SALTOĞLU ARAP

Yüksek Lisans Tezi,

Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Yöneticisi : Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Eylül 2018, 113 sayfa

Bu çalışmanın konusunu, “Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü” oluşturmaktadır. Borçlar Hukuku, temel borç ilişkilerine dayalı bir hukuk dalıdır. Borç ilişkilerinde borca aykırılığın özel bir türünü ise temerrüt oluşturmaktadır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı bir borç ilişkisi söz konusu olduğundan sözleşmenin her iki tarafı için de temerrüt hükümleri işlerlik kazanmaktadır. Zira taraflar birbirinin hem borçlusu hem de alacaklısıdır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü genel hatları ile genel hükümlerde yer alan borçlunun temerrüdünün hüküm ve sonuçlarını da ihtiva etmektedir. Ancak sözleşmenin karşılıklı olması nedeniyle genel hükümlerden farklı şart ve sonuçları da vardır.

Çalışmanın birinci bölümünde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin özellikleri, ikinci bölümünde temerrüdün çeşitleri ve şartları, üçüncü bölümünde ise hüküm ve sonuçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Temerrüt, Süre Tayini, dönme, olumlu zarar, olumsuz zarar

ABSTRACT

The Default Of Debts İn Contracts That Lend To Both Sides

Hatice Esra SALTOĞLU ARAP

Master Thesis

Institute of Social Sciences, Department of Civil Law

Thesis Manager: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

September 2018, 113 pages

The theme of this study is "The default of debts in contracts that lend to both sides". Debt Law is a law based on basic debt relations. In the case of debt-related debts, there is a special case of delinquency.

Delinquency provisions become operative on both sides of the contract, as there is a mutual debt relationship in contracts that lend to both sides. Because the parties are both indebted and creditor of each other.

The contracts that lend to the two parties include the general outlines of the debts and the provisions and consequences of the defaults of the debts in the general provisions. However, because of the reciprocal nature of the contract, there are also different terms and conclusions from the general provisions.

In the first part of the study, the features of the contracts that owe to the two sides, in the second part, the types and conditions of the default, and in the third part the provisions and results are discussed.

Keywords: Default, Duration, rotation, positive damage, negative damage

TEŞEKKÜR

Tez alıőmam süresince değerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yönlendiren tez danışmanım Prof. Dr. Cemal OğUZ'a sonsuz teőekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER TABLOSU

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER TABLOSU.....	vii
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELER VE ÖZELLİKLERİ

1. BORÇ SÖZLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASINDA TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN YERİ.....	4
1.1. Genel Olarak Sözleşmelerde Tarafların Edimleri.....	4
1.2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler.....	5
1.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerin Edimsel İlişkiler Bakımından Diğer Sözleşmelerden Farkı.....	7
1.3.1. Bir Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı.....	7
1.3.2. Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı.....	7
1.3.3. Çok Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı.....	8
2. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN YAPISAL ÖZELLİKLERİ.....	9
2.1. Edim ve Karşı Edim Arasındaki Karşılıklılık (Synallagma İlişkisi).....	9

2.2. Edim ve Karşı Edim Arasındaki Karşılıklılığın Hukuki Görünümleri.....	9
2.2.1. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında.....	9
2.2.2. Sözleşmenin Devamı Sırasında.....	10
2.2.3. Edim Yükümlerinin İfası Aşamasında.....	10

İKİNCİ BÖLÜM

TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE

BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ VE ŞARTLARI

1. TEMERRÜT KAVRAMI.....	12
2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	13
2.1. İmkânsızlık.....	13
2.2. Kötü İfa.....	15
2.3. Alacaklının Temerrüdü.....	16
3. TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜT KAVRAMI.....	16
3.1. Genel Şartlar.....	20
3.1.1. Edimin İfası Mümkün Olmalıdır.....	20
3.1.2. Borç Muaccel Olmalıdır.....	22
3.1.3. Alacaklı İfayı Kabule Hazır Olmalıdır.....	26
3.1.4. Borçluya İhtarda Bulunulmalıdır.....	26
3.1.4.1. İhtar Kavramı, İhtarın Hukuki Niteliği ve İçeriği.....	26
3.1.4.2. İhtarın Tarafları, Şekli ve Zamanı.....	31
3.1.4.3. İhtara Gerek Olmayan Haller.....	33
3.1.4.3.1. İfa Gününün Taraflarca Açık Bir Biçimde Belirlenmesi.....	34
3.1.4.3.2. İfa Gününü Belirleme Yetkisinin Taraflardan Birine Bırakılması.....	34
3.1.4.3.3. İhtarın Gereksiz veya Yararsız Olması.....	35
3.2. Özel Şartlar.....	37
3.2.1. Borçluya Süre Verilmesi.....	37

3.2.2. Borçluya Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller.....	41
3.2.2.1. Süre Verilmesinin Etkisiz Olması.....	42
3.2.2.2. Süre Verilmesinin Faydasız Olması.....	42
3.2.2.3. Kesin Vadeli Bir Sözleşmenin Olması.....	44
3.2.3. Verilen Süre İçerisinde Borçlunun Edimini İfa Etmemesi.....	47
4. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜT HALİNDE KUSURUN ROLÜ.....	48

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN ORTAYA ÇIKARDIĞI SONUÇLAR

1. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNE BAĞLANAN GENEL HUKUKİ SONUÇLAR.....	49
1.1. Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Zararların Tazmini.....	50
1.1.1. Aynen İfa.....	50
1.1.2. Gecikme Tazminatı.....	51
1.1.2.1. Borçlu Temerrüde Düşmelidir ve Geç İfadan Kaynaklanan Bir Zarar Doğmuş Olmalıdır.....	53
1.1.2.2. Zarar ile Geç İfa Arasında Uygun İliyet Bağı Bulunmalıdır.....	54
1.1.2.3. Zarar, Borçlunun Kusurlu Davranışından Doğmuş Olmalıdır.....	54
1.2. Beklenmedik Halden Sorumluluk.....	55
1.3. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Ödeme Yükümü ve Aşkın Zarardan Sorumluluk.....	56
1.3.1. Temerrüt Faizi.....	57
1.3.2. Aşkın Zarar.....	61
1.3.2.1. Aşkın Zarar Kavramı.....	61
1.3.2.2. Aşkın Zararın Hukuki Niteliği.....	62
1.3.2.3. Aşkın Zararın Koşulları.....	63
1.3.2.3.1. Borçlunun Para Borcunda Temerrüde Düşmüş Olması.....	63

1.3.2.3.2. Alacaklının Aşkın Bir Zarara Uğraması.....	64
1.3.2.3.3. Borçlunun Kusuru.....	64
1.3.2.3.4. Aşkın Zarar İle Borçlunun Temerrüdü Arasındaki İliyet Bağı.....	66
1.3.2.4. Aşkın Zararın İspatı.....	66
1.3.2.5. Aşkın Zararda Zamanaşımı.....	71
2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNE BAĞLANAN ÖZEL HUKUKİ SONUÇLAR.....	72
2.1. Genel Olarak.....	72
2.2. Alacaklının Seçim Hakkı ve Bu Hakkın Hukuki Niteliği.....	72
2.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Seçimlik Haklar Yönünden Kusurun Önemi.....	74
2.4. Alacaklının Seçimlik Haklar.....	76
2.4.1. Aynen İfayı ve Gecikme Tazminatı Ödenmesini Talep Etme Hakkı veya Aynen İfadan Vazgeçildiğinin Borçluya Derhal Bildirilmesi.....	76
2.4.1.1. Aynen İfayı ve Gecikme Tazminatı Ödenmesini Talep Hakkı.....	76
2.4.1.2. Aynen İfa İle Birlikte Gecikme Tazminatından Vazgeçme Hakkı.....	77
2.4.2. Aynen İfadan Vazgeçip Olumlu Zararların Tazminini Talep Hakkı.....	81
2.4.2.1. Genel Olarak.....	81
2.4.2.2. Borcun İfa Edilmemesinden Kaynaklanan Olumlu Zarar Kavramı ve Unsurları.....	82
2.4.2.3. Aynen İfadan Vazgeçip Olumlu Zararların Tazmini Talebinin Hukuki Niteliği.....	84
2.4.2.4. Aynen İfadan Vazgeçip Olumlu Zararların Tazminini Talep Eden Alacaklının Kendi Edimini Nasıl İfa Edeceği.....	85
2.4.2.5. Olumlu Zararın Hesaplanacağı An ve Zamanaşımı.....	88

2.4.3. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zararların Tazminini Talep Hakkı.....	89
2.4.3.1. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme.....	89
2.4.3.1.1. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Niteliği.....	90
2.4.3.1.2. Dönme Hakkını Kullanmanın Sözleşmeye ve Borca Etkileri.....	92
2.4.3.2. Genel Olarak Olumsuz Zarar.....	97
2.4.3.2.1. Olumsuz Zarar Kavramı ve Zarar Kalemleri.....	97
2.4.3.2.2. Olumsuz Zararın İspatı.....	100
2.4.3.2.3. Olumsuz Zararın Hesaplanacağı An ve Zamanaşımı...101	
SONUÇ.....	102
KAYNAKÇA.....	109

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.g.e.	Adı Geçen Eser
A.g.m.	Adı Geçen Makale
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	Madde
S.	Sayı
s.	Sayfa
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
vd.	ve diğerleri
Y	Yargıtay

GİRİŞ

Bu tez çalışması ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü incelenmiştir.

Borçlar Hukuku, borç ilişkilerini esas alır. Borç ilişkisi her ne kadar tarafların irade serbestisi ilkesine dayansa da, Türk Borçlar Kanunu bazı konularda emredici ve düzenleyici hükümleri de ihtiva etmektedir. Borç ilişkisi, taraflar arasında kurulan bir hukuki ilişki anlamına gelip borçlu tarafın ya da karşılıklı olarak her iki tarafın taahhüt ettiği ve alacaklı olanın talep etme yetkisine sahip olduğu edimin eksiksiz olarak yerine getirilmesiyle sona ermektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar karşılıklı olarak bir birinin hem alacaklısı hem borçlusudur.

Temerrüt, tarafların meydana getirdikleri bir borç ilişkisinde muaccel ve ifası mümkün olan borç konusu edimin haklı bir sebep olmaksızın yerine getirilmeme halidir. Borç ilişkisini sona erdiren sebeplerin arasında temerrüt gösterilemez; çünkü temerrüt halinde borç konusu edimin ifası mümkün ve alacaklı tarafından her zaman talep edilebilecek durumdadır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin devamı sürecinde hem alacaklı hem de borçlu sıfatını haiz olduklarından her ikisi için de borçlunun veya alacaklının temerrüdü hükümleri işlerlik kazanabilecektir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için, öncelikle borçlunun temerrüdünün genel koşullarının somut olayda gerçekleşmesi gerekir. TBK'nın 117'nci maddesi ve devamında borçlunun temerrüdünün genel hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, Kanundaki deyim ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarına ilişkin özel hükümler, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ayrıca kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. 818 sayılı Mülga Borçlar Kanununda, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin temerrüdün hüküm ve sonuçları 106 ve 107'nci maddede hüküm altına alınmıştır. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan birinin mütemerrit konuma gelmesi durumunda yapılacak mehil tayini, mehil

sonucunda borcun ifa edilmemesi durumunda aynen ifa ile olumlu zararların ya da sözleşmenin feshi ve olumsuz zararların talep edileceği, hangi hallerde mehil tayin edilmesine gerek olmadığı hükme bağlanmıştı. TBK'da ise 123 ila 125'inci maddeler arasında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hüküm ve sonuçları hükme bağlanmıştır. TBK, söz konusu sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi durumunda süre tayin edileceği, hangi hallerde süre tayinine gerek olmayacağı, borçlunun seçimlik haklarının neler olduğu yer almaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanununda var olan terimler, bilinçli bir biçimde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda değiştirilmiştir. Örneğin 818 sayılı Kanunda dönme ve fesih ayrımı yapılmazken, TBK ile bu ayrım açık bir şekilde yapılmış ve fesih yerine sözleşmeden dönme terimi kullanılmıştır. Esasen, her iki kelime hukuki anlamları bakımından farklı olmakla beraber farklı sonuçları da doğurmaktadır. Fesih, sürekli bir borç ilişkisinde sonradan ortaya çıkan bir nedenle sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kaldırılmasına hizmet ederken, sözleşmeden dönme hakkında alacaklı sözleşmeyi geçmişe dönük bir biçimde ortadan kaldırmaktadır.¹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı ile amaçlanan sözleşme akdedilmeden önceki ekonomik durumu yeniden tesis etmektir.

Tam iki tarafa borç yükleyen, Kanundaki deyimini ile karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin özel hükümler, 818 sayılı Borçlar Kanunu ele alındığında büyük ölçüde korunmuştur. Bu Kanunla getirilen yeniliklerin ise kimisi yerinde kimisi eleştiriye açık düzenlemelerdir. Genel anlamda önemli bir değişiklik içermeyen 6098 sayılı TBK'da borçların ifasında dili sadeleştirme yolu seçilmiştir.²

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya üç adet seçimlik hak tanınmıştır. Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatını, eylemsiz kalarak da talep edebileceği gibi, TBK'nın 124'üncü maddesinde düzenlenen prosedüre uymak kaydıyla aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararlarının tazminini ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarının tazminini

¹ M.Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Turhan Kitapevi, 2003, s. 731; Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, (Sözleşmeden Dönme), s. 83.

² Vedat Buz, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler ve Tebliğler, Vedat Kitapçılık, 2013, (Buz Makale), s. 148.

talep edebilecektir. Alacaklı ile borçlunun menfaat dengesini en iyi şekilde koruyabilmek adına olumlu ve olumsuz zararların tazmini açısından ileri sürülen görüşler vardır. Alacaklı ile borçlu arasında akdedilen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede karşılıklı edimlerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu ile alacaklı arasında bozulan menfaat dengesinin, alacaklıya kanunen tanınan seçimlik haklardan hangisi ile en iyi sağlanabileceği sözü edilen görüşler tek tek ele alınarak bu tezde tartışılmıştır.

Tez üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve özellikleri, ikinci bölümde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü ve şartları, üçüncü bölümde ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün ortaya çıkardığı sonuçlar incelenmiştir.

BÖLÜM I.
TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELER VE
ÖZELLİKLERİ

1. BORÇ SÖZLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASINDA TAM İKİ
TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN YERİ

1.1. Genel Olarak Sözleşmelerde Tarafların Edimleri

Bir kişiyi başka bir kişiye bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukuki bağa, borç adı verilir.³ Belirli bir edim veya edimleri içeren her türlü ilişki ise borç ilişkisidir.⁴ Borç ilişkisi doğrultusunda borçlunun yerine getirmekle mükellef olduğu, alacaklının da yine borç ilişkisi doğrultusunda talep etme hakkına sahip olduğu davranışa, yani borçlunun borcunun konusuna⁵ edim adı verilir⁶ Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin başında gelen edim yükümlülüğü, asli edim ve tali edim olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.⁷ Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin tipini belirleyen, sözleşmenin türü ve niteliği ile yakından ilgili bulunan, borçlunun birincil derecedeki yükümlülüğü olarak nitelendirilen, borçlunun yerine getirmekle mükellef olduğu asıl borç iken; tali edim yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğüne kıyasla ikincil derecede öneme sahip olan, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmayan, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca tarafların serbestçe belirleyebildikleri, borçlunun

³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 3.

⁴Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 96.

⁵ Öğretide, bir borç söz konusu olmadan da edimden söz edilebileceği veya edim olmadan da bir borç ilişkisinin kurulabileceği savunulmaktadır, edim yükümü içermeyen borç ilişkilerinden herhangi bir edimi yerine getirme yükümlülüğü bulunmadığından borçlunun temerrüdünden de söz edilmez, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. 6 ve 13.

⁶Eren, a. g. e. s. 96; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 3; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 6.

⁷ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 27.

yerine getirmekle mükellef olduğu yan borçlara denilir.⁸ Edimin borç sözleşmeleri açısından görünümü değişik şekillerde gerçekleşmektedir. Bunlar, tek tarafa borç yükleyen, iki tarafa borç yükleyen ve çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak üç türdür.⁹

Sözleşmenin her iki tarafının da karşılıklı edim yükümlülüğü altına girdiği ve bu edim yükümlülüklerinin karşılıklı olarak değiştirilmesini konu alan sözleşmeler, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir.¹⁰ İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulurlar.¹¹ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan her biri hem alacaktır hem de borçludur.¹²

1.2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

Her iki tarafın da birbirine karşı asli edim yükümlülüğü yüklediği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır ve böylelikle edimler arasında tam anlamıyla bir karşılıklılık söz konusudur.¹³ Doktrinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler farklı şekillerde tanımlansa da, tüm

⁸Eren, a. g. e. s. 31-33; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 27.

⁹Ayşe Havutçu, Tam İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Olumlu Zararın Tazmini, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:60, 1995, s. 3; Eren, a. g. e. s. 210; Oğuzman/Öz, taraflara borç yükleme açısından sözleşmeleri, ikili bir ayrıma tabi tutarak inceler: Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 333.

¹⁰ Şebnem Akipek, Erkan Küçükgüngör, Sözleşmeler Rehberi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 18;

¹¹Havutçu, a. g. e. s. 3; Eren, a. g. e. s. 211; Akipek/Küçükgüngör, a. g. e. s. 18; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 334.

¹²Eren, a. g. e. s. 210; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 333.

¹³Eren, a. g. e. s. 211; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 333 ; "...7.3.2008 tarihli sözleşmenin, tarafların karşılıklı olarak alacak ve borçlarının tesbit edildiği yani karşılıklı olarak hak ve yükümlülüklerin belirlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabulü gerektiği gözetildiğinde; taraflardan birinin asli edim yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda karşı tarafın ne gibi talep haklarının bulunduğunun gözden uzak tutulmaması gerekir. O halde, uyuşmazlığın çözümü için anılan sözleşme ile iki tarafa yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin tesbiti önem arz etmektedir." Y13HD, 09.03.2017, 15558/2968, www.kazanci.com E.T.:22.09.2017.

tanımlarda esas alınan unsur edim ve karşı edimin arasındaki karşılıklıdır.¹⁴ Edimler arasındaki karşılıklık ve karşılıklı değişim, synallagma olarak adlandırılmaktadır.¹⁵ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşılıklık esası tarafların iradesine dayanmakta olup, tarafların karşılıklı edimlerinin ise eş değerde edimler olması veya edimlerin ifasının sözleşmenin tarafları arasında gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁶

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek olarak, eser sözleşmesi¹⁷, satış sözleşmeleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi¹⁸, kira

¹⁴ “Synallagma yerine doktrinde bazen aynı, bazen de farklı anlama gelmek üzere “karşılıklık ilişkisi” veya “mübadele ilişkisi” terimleri de kullanılmaktadır” bkz. Havutçu, a. g. e. s. 4.

¹⁵Havutçu, a. g. e. s. 4; Eren, a. g. e. s. 211; Önen, Turgut: Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:95, 1975, s. 27-29; Akipek/Küçükgüngör, a. g. e. s. 18; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 689.

¹⁶Havutçu, a. g. e. s. 5; Eren, a. g. e. s. 211. Örneğin, satış sözleşmesinde taraflar birbirlerine karşı satılan malın zilyetlik ve mülkiyetinin devri ile semenin ödenmesi olarak iki asli edim yükümü altına girerler, bkz. Akipek/Küçükgüngör, a. g. e. s. 18.

¹⁷ “İş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği sözleşmeye "eser sözleşmesi" denir, ... Tanımından da anlaşılacağı gibi eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yüklenicinin sözleşmeden doğan asli borcu bir eser meydana getirerek bunu iş sahibine teslim etmektir (818 s. BK.m.355; 6098 s. TBK.m.470). Meydana getirilerek iş sahibine teslim edilen eserin "ayıpsız" olması gerekir. Kanun ayıbın açık tanımını vermemiştir. Ancak ayıbın ağırlığı konusunda bir sıralama yapmıştır. Kanuna göre eserin "...iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı" olmasını, "aşırı masraf gerektirmemesi halinde onarımın mümkün olması" halinden ayırmıştır (818 s. BK.m.360/I-II; 6098 s. TBK.m.475/1-3)” YHGK, 14.06.2017, 15-503/1190, www.kazanci.com .

¹⁸ “Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesiyle Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür.” Y14HD, 06.07.2017, 18643/5791; 21.06.2017, 4288/5442, YHGK, 03.05.2017, 13-590/899, www.kazanci.com .

sözleşmeleri, hizmet ve eser sözleşmeleri, trampa sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi¹⁹, gösterilebilir.²⁰

1.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerin Edimsel İlişkiler Bakımından Diğer Sözleşmelerden Farkı

1.3.1. Bir Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı

Bir tarafa borç yükleyen sözleşmeler, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile kurulan ve fakat sadece taraflardan birinin edim taahhüdünün altına girdiği sözleşmeler olarak ifade edilmektedir.²¹ Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin en önemli özelliği, her ne kadar her iki taraf irade açıklamasında bulunsa da taraflardan sadece bir tanesinin borç altına girmesidir. Taraflardan biri karşı tarafın önerisini kabul etmesiyle borçlu konumuna gelecektir.²² Bir tarafa borç yükleyen sözleşmeleri bu özellikleri nedeniyle tek taraflı hukuki işlemlerden ayırmak gerekmektedir.²³ Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek olarak, bağışlama taahhüdü, borcun ibrası, poliçe ve kefalet sözleşmesi gösterilebilir.²⁴

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile karşılaştırıldığında, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan sadece bir tanesinin borç altına girdiği ve edimler arası karşılıklılık esasının olmadığı görülür.²⁵

1.3.2. Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi her iki taraf da borç altına girmektedir. Sözleşmenin kurulum aşamasında sadece taraflardan biri borç altına girmekte, diğer tarafın borç altına girmesi ise sözleşme kurulurken borç altına girenin

¹⁹ “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi TBK'nun 611. Maddesindeki tarifinden anlaşılacağı üzere tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, karşılıklı taahhüt ve ivazlar içerir.” Y8HD, 19.06.2017, 12233/9262, www.kazanci.com.

²⁰Havutçu, a. g. e. s. 5; Eren, a. g. e. s. 211; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 333.

²¹Havutçu, a. g. e. s. 5; Eren, a. g. e. s. 210; Akipek/Küçükgüngör, a. g. e. s. 18; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 333.

²² Akipek/Küçükgüngör, a. g. e. s. 18.

²³Eren, a. g. e. s. 210.

²⁴Havutçu, a. g. e. s. 5; Eren, a. g. e. s. 211; Akipek/Küçükgüngör, a. g. e. s. 18; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 333.

²⁵Havutçu, a. g. e. s. 5.

edimi nedeniyle ve fakat ondan bağımsız olarak sözleşmenin ilerleyen aşamalarında ortaya çıkmaktadır.²⁶ Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ancak bazı şartların gerçekleşmesiyle borç altına girdiği veya bir tarafın borcunun diğer tarafın ediminin bir tamamlayıcı sonucundan ibaret olduğu sözleşmeler olarak da nitelendirilebilir.²⁷ Vekâlet sözleşmeleri bu konuda ele alınabilmektedir. Şöyle ki; vekâlet sözleşmelerinde ücret unsuru, sözleşmenin kurucu unsurlarından olmamakla birlikte sözleşme kurulurken taraflar ücret kararlaştırmamışlarsa vekâlet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olacak ve diğer tarafın borç ödeme yükümü ancak vekilin işin idaresi için bazı masrafları yapması halinde ortaya çıkacaktır.²⁸ Aynı şekilde ücretsiz saklama sözleşmesinde saklayan, saklatılanı muhafaza etme borcu altına girerken, saklatan, ancak saklayan saklanan için bir masraf yaptığında bu masrafın karşılığını ödeme borcu altına girer.²⁹

1.3.3. Çok Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerden Farkı

Çok taraflı sözleşmeler ortaklık sözleşmeleri olup, doktrinde bu sözleşmeler toplu, kolektif sözleşmeler olarak da adlandırılmaktadır.³⁰ Çok taraflı sözleşmelerde her bir taraf tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi borç altına girmektedir; fakat bu sözleşmelerde karşılıklılık esası (synallagma) bulunmamakta ortak bir amacı gerçekleştirme amacı ile sözleşme kurulmaktadır.³¹ Türk Borçlar Kanununun 620. maddesi incelendiğinde, adi ortaklık sözleşmesinin iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme olduğu hükme bağlanmıştır. Kendine özgü bir

²⁶Havutçu, a. g. e. s. 6.

²⁷ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 334.

²⁸Havutçu, a. g. e. s. 6; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015, a. g. e. s. 392; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 334; Vehbi Umut Erkan, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları” AÜHFD, 62 (2), 2013, s. 443.

²⁹ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 334.

³⁰Eren, a. g. e. s. 212.

³¹Havutçu, a. g. e. s. 6; Eren, a. g. e. s. 213.

sözleşme olan ortaklık yani şirket sözleşmelerinde (TBK m. 620-645), ortakların amacı aynı olduğundan eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilmeyeceği gibi, borçların karşılıklılık esası da söz konusu sözleşmelerde sağlanmamaktadır.³²

2. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN YAPISAL ÖZELLİKLERİ

2.1. Edim ve Karşı Edim Arasındaki Karşılıklılık (Synallagma İlişkisi)

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapısal özelliğini, edim ile karşı edim arasındaki bağıllık oluşturmaktadır.³³ Synallagma olarak nitelendirilen bu bağıllığı açıklayan teoriler, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapısal özelliklerinin belirlenmesi için önem arz etmektedir. Taraflardan birinin ediminin, diğerinin ediminin sebep ve karşılığını oluşturduğu bu sözleşmelerde edimler arasından tam bir karşılıklılık bulunmaktadır.³⁴

Satış sözleşmelerinde, alıcı ve satıcının birbirlerine karşı yükümlendikleri iki asli edim yükümü mevcut olup, satıcınınki satılan şeyin mülkiyet ve zilyetliğini alıcıya geçirmek; alıcınınki ise söz konusu devir üzerine satış bedelini satıcıya ödemektir. Görüldüğü gibi tarafların edimleri arasında tam bir karşılıklılık (synallagma) söz konusudur.

2.2. Edim ve Karşı Edim Arasındaki Karşılıklılığın Hukuki Görünümleri

2.2.1. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin kurulması aşamasında var olan karşılıklılık³⁵, bir edimin doğuşunun diğer edim yükümünün doğuşuna bağlı olduğu karşılıklılıktır. Başka bir deyişle, edimlerden birinin geçerli olarak doğmasını engelleyen bir sebebin varlığının diğer edimin de geçerli olarak doğmasını engeller.³⁶ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin doğumları yönünden bağıllıklara örnek

³² Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 335.

³³ Havutçu, a. g. e. s. 8.

³⁴ Eren, a. g. e. s. 211.1

³⁵ Genetik synallagma olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Havutçu, a. g. e. s. 15, Eren, a. g. e. s. 211.

³⁶ Eren, a. g. e. s. 211; Havutçu, a. g. e. s. 15.

olarak, edimin başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması durumunda diğer edimin de doğmaması ya da iradesini açıklayan taraflardan birinin ehliyetsizlik nedeniyle iradesinin sakatlanması durumunda diğer tarafın da edimini yerine getirme zorunluluğunun bulunmaması gösterilebilir.³⁷

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edimin doğum aşamasında bağlılık ve karşılıklılığı kabul görmemektedir. Zira genetik karşılıklılığın, kanunda karşılığı bulunmamaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kuruluş anlamında diğer sözleşmelerden farklılık arz etmez. Kaldı ki, ehliyetsizlik, başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle karşı edimin yerine getirilme zorunluluğunun bulunmaması, sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere değil tüm hukuki işlemlere ait bir geçersizlik sebebidir.³⁸

2.2.2. Sözleşmenin Devamı Sırasında

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin kurulması aşamasında var olan karşılıklılık, edimler arasında sözleşmenin devamı sırasında da var olmalıdır ki, bu kondisyonel karşılıklılıktır.³⁹ Kusursuz sonraki imkânsızlık ele alındığında, edimlerden birinin kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ermesi durumunda karşı edimin de sona ereceğinin TBK'da düzenlenmesi, kondisyonel karşılıklılıktır. Bu durum, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki karşılıklı edimlerin sebep-sonuç ilişkisi içerisinde olduğunu gözler önüne serer.⁴⁰

2.2.3. Edim Yükümlerinin İfası Aşamasında

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edimin ifaları bakımından birbirine bağlılıkları fonksiyonel karşılıklılık olarak nitelendirilir.⁴¹ Ödemezlik def'i, TBK'nın 125'inci maddesinde düzenlenen temerrüdün özel sonuçları, TBK'nın 136'ncı maddesindeki kusursuz sonraki ifa imkânsızlığı, asli edimlerin ifası yönünden karşılıklılık ilkesinin bir

³⁷ Havutçu, a. g. e. s. 15.

³⁸ Havutçu, a. g. e. s. 16.

³⁹ Havutçu, a. g. e. s. 16; Eren, a. g. e. s. 211.

⁴⁰ Havutçu, a. g. e. s. 16.

⁴¹ Havutçu, a. g. e. s. 17; Eren, a. g. e. s. 211.

sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır⁴² Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşılıklı olarak birbirinin sebebini oluşturan edim yükümlülükleri yerine getirilmelidir. Her borç ilişkisi edimin ifası ile alacaklının tatminini hedefler ki bu borç ilişkisinin nihai yapısını teşkil eder.⁴³

⁴² Eren, a. g. e. s. 211.

⁴³ Havutçu, a. g. e. s. 17.

BÖLÜM II.

TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ VE ŞARTLARI

1. TEMERRÜT KAVRAMI

Temerrüt, Arapça kökenli bir sözcük olup, dik kafalılık, kafa tutma, direnme anlamına gelmektedir.⁴⁴ Temerrüt, Arapça kaynaklı bir terimdir. Temerrüt kurumu, Roma Hukukuna dayanmakta olup, Roma Hukukunda, temerrüt kavramı ayrıma tabi tutulmamış, alacaklı temerrüdü ile borçlunun temerrüdü birlikte değerlendirilmişti. Temerrüt sözcüğü Roma Hukukunda “mora” sözcüğü ile ifade edilirdi.⁴⁵ Mora sözcüğü, mesuliyeti doğuran bir gecikme anlamına gelmektedir.⁴⁶ Roma Hukukunda, temerrüt halinin varlığı için borcun geçerli ve muaccel olması gerekmektedir.⁴⁷ **Iustinianus** döneminde, temerrüdün var olabilmesi için borcun muaccel olması yetmemekte, alacaklının borçluya ifa için bir ihtarda⁴⁸ bulunması gerektiği kabul edilmekteydi. İhtara rağmen borcunu ifa etmeyen borçlu, hatalı ve haksız olarak kabul edilebilirdi.⁴⁹

Taraflar borç ilişkisini, yerine getirmek amacıyla meydana getirirler de borç ilişkisi çeşitli sebeplerle yerine getirilememiş veya getirilmemiş olabilir. Borcun yerine getirilememesi borcun imkânsız olması veya TBK'nın 27'nci maddesi uyarınca kesin hükümsüzlükten kaynaklanmıyor, bilakis

⁴⁴http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5916f097242762.73287779 Erişim Tarihi: 13.05.2017 saat:15.04.

⁴⁵ Mahmut Kizir, Borçlunun Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara, Adalet Yayınları, 2012, s. 23;

Önen, 12; Henry Bovay, “Temerrüdün Esası”, çev. Zahit İmre, İÜHFM, C.12, S. 2-3, 1946, s. 765.

⁴⁶ Önen, a. g. e. s. 12.

⁴⁷ Önen, a. g. e. s. 12.

⁴⁸ İhtarın bir şeklinin bulunmadığına ve vekil aracılığı ile de yapılabileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Önen, a. g. e. s. 13-14.

⁴⁹ Önen, a. g. e. s. 12.

borçlunun gecikmesinden kaynaklanıyorsa, diğer bir ifadeyle borcun ifası gecikmeye rağmen halâ mümkün ise temerrütten söz edilebilir.⁵⁰ Türk Hukukunda temerrüt, alacaklı ve borçlu yönünden incelenmektedir. Muaccel hale gelen borcun gereği gibi ifa edilememesi, alacaklının veya borçlunun bir fiilinden kaynaklanabilir. Borcun gereği gibi ifa edilememesi hangi tarafın fiilinden kaynaklanıyorsa temerrüdün türü ona göre belirlenir.⁵¹ Borcun ifa edilememesi alacaklının fiilinden kaynaklanıyorsa alacaklının temerrüdü, borçlunun fiilinden kaynaklanıyorsa borçlunun temerrüdü söz konusudur.

2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Temerrüde benzer bazı hukuki müesseselerde temerrütte olduğu gibi edimin ifası ya borçlu veya alacaklıdan ya da sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle ifa edilemez hale geldiğinden temerrüdün farklarının ortaya konulabilmesi için imkânsızlık, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi kavramları ile alacaklının temerrüdü ile borçlunun temerrüdünün farkları üzerinde durmak gerekmektedir.⁵²

2.1. İmkânsızlık

Geçerli olarak kurulan bir sözleşmede ortaya çıkan borç ilişkisinde beklenen, borcun zamanında, yerinde ve konusuna uygun bir biçimde ifa edilmesidir.⁵³ Ancak bazı durumlarda edimin ifa edilememesi veya ifa edilemez hale gelmesi söz konusu olabilir ki bu durum imkânsızlık olarak adlandırılır.⁵⁴ İmkânsızlık, borcun cebri icra yolu ile ifasının sağlanamayacak durumda olması şeklinde de tanımlanabilir.⁵⁵ İmkânsızlık, edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler bağlamında yerine getirilmesinin sürekli ve

⁵⁰ Önen, a. g. e. s. 36; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 458; Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992, s. 23; Gülgün Anık, “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme” TBB Dergisi, S. 59, 2008, s. 215.

⁵¹ Kizir, a. g. e. s. 26; Önen, a. g. e. s. 36-37.

⁵² Kizir, a. g. e. s. 30.

⁵³ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 633.

⁵⁴ Dilşad Keskin, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık” GÜHFD, C.XI, S. 1-2, 2007, s. 220.

⁵⁵ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 444.

objektif⁵⁶ olarak mümkün olmaması halinde söz konusu olur.⁵⁷ İmkânsızlık, mantıki imkânsızlık, fiili imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık olarak ortaya çıkabilir.⁵⁸ İfa konusu edimin gerek alacaklının gerekse de borçlunun davranışları ile ifa edilmesinin kesin olarak imkânsız olması durumunda temerrütten söz etmek mümkün değildir.⁵⁹ Temerrüt ile imkânsızlık, ifa engelinin süreklilik arz edip etmemesi, aşılp aşılamaması ve geçici olup olmaması yönünden birbirinden ayrılır.⁶⁰ Alacaklı veya borçlu davranışı ile imkânsız olan edimin ifasındaki imkânsızlığın sürekli ve objektif imkânsızlık olması gerekir.⁶¹ İmkânsızlığın ortaya çıkışında, edimi ifa ile yükümlü olan sözleşmenin tarafının kusurlu olmasına gerek yoktur.⁶² Kusurlu imkânsızlığın söz konusu olduğu hallerde temerrütten söz edilemez.⁶³ Aynı şekilde cins borçlarında imkânsızlık söz konusu olmazken, temerrüt söz konusu olur.⁶⁴

Temerrüdün kısmi imkânsızlık olduğuna ilişkin öğretilerde farklı görüşler vardır. Kanun Koyucunun imkânsızlık ve temerrüdü ayrı ayrı düzenlemiş olması, temerrüdün kısmi imkânsızlık olarak kabul edilemeyeceği anlamına gelemez.⁶⁵ Başka bir görüşe göre, temerrüt ve imkânsızlık nitelik ve hukuki sonuçları bakımından birbirinden farklı olduklarından temerrüt kısmi

⁵⁶ Edimin borçlu dahil herhangi bir kimse tarafından bile ifa edilmesinin mümkün olmaması halidir, bkz. Eren, a. g. e. s. 1061.

⁵⁷ Eren, a. g. e. s. 1059.

⁵⁸ Eren, a. g. e. s. 1059; Keskin, a. g. e. s. 220.

⁵⁹ Kizir, a. g. e. s. 33.

⁶⁰ Rona Serozan, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2009, s. 132.

⁶¹ Kizir, a. g. e. s. 33; Eren, a. g. e. s. 1113; Oğuzman/Öz'e göre, ifa imkânsızlığının objektif veya sübjektif imkânsızlık olarak değerlendirilmesi hatalıdır, çünkü imkânsızlık doğal bir olaydan ötürü ortaya çıkabileceği gibi borçlunun veya üçüncü kişinin bir fiilinden de meydana gelebilir, önemli olan borçlunun ifadan kaçınması ve borcun cebri icra ile ifasının sağlanmasının mümkün olmamasıdır, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 448.

⁶² Şayet imkânsızlık borçlunun kusuru ile meydana gelmemişse, borç sona erecek ve borçlu ifa mesuliyetinden kurtulacaktır, bkz. Önen, a. g. e. s. 36.

⁶³ Eren, a. g. e. s. 1113.

⁶⁴ Oğuzman/Öz a. g. e. s. 449.

⁶⁵ Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, s. 95; Mehmet Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005, s. 150; Kizir, a. g. e. s. 34.

imkânsızlık olarak kabul edilemez.⁶⁶ İmkânsızlık, edimin ifasının hiçbir şekilde mümkün olmaması anlamına gelip, edimin ifasının haklı bir sebep olmaksızın ifa edilmemesi ile karıştırılmamalıdır.⁶⁷

2.2. Kötü İfa

Borçlu borç ilişkisi kapsamında borcunu ifa etmiş ancak bu ifayı gereği gibi yapmamış olabilir. Borçlunun edimini, sözleşme ya da kanunda belirlenmiş şartlara uygun olmayan şekilde ifa etmesi halinde kötü ifa⁶⁸ söz konusu olur.⁶⁹ Bir başka ifade ile ifa borçlusunun ifa alacaklısına, kararlaştırılan yer ve zamanda, belirlenen miktar ve niteliğe uygun olmayan bir biçimde edimini ifa etmesinde, gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa söz konusu olur.⁷⁰ Kötü ifada, borçlu edim sorumluluğunu yapmama suretiyle olumsuz bir hareket tarzı ile ihlal etmemekte; aksine olumlu bir hareket tarzı ile yapmaması gereken bir şeyi yapmaktadır.⁷¹ Temerrüt halinde ise borçlu, pasif kalmak suretiyle herhangi bir harekette bulunmamaktadır.⁷² Temerrüdün söz konusu olduğu hallerde ifanın zaman bakımından ihlali söz konusudur.⁷³ Nitekim kötü ifa zaman bakımından gerçekleşmişse borçlu mütemerrit duruma düşeceği gibi, borçlu edimini gereği gibi ifa etmezse alacaklı ilke olarak edimi kabul etmek zorunda olmadığından borçluyu mütemerrit duruma düşürebilecektir.⁷⁴ Burada önemle belirtilmesi gereken husus, maddi edimlerle borçlanılan edim yerine başka bir malın ifa edilmesi durumunda kötü ifanın söz konusu olmayacağıdır. Kaldı ki, bu durumda yanlış ifa söz

⁶⁶ Dural, a. g. e. s. 96-97; Altunkaya, a. g. e. s. 150; Kizir, a. g. e. s. 34-35.

⁶⁷ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 664-666; Borçlunun temerrüde itiraz etmesi halinde ifanın mümkün olup olmadığına ilişkin ispat yükünün alacaklıya ait olduğuna ilişkin olarak bkz. Önen, a. g. e. s. 37; Gizem Kılıç Öztürk, Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, 2016, Seçkin Yayınları, Bursa, s. 36.

⁶⁸ Doktrinde “Gereği gibi ifa etmeme”, “Sözleşmenin olumlu ihlali”, “Borca aykırılık” şeklinde farklı nitelendirmeler yapılmaktadır. Bkz. Eren, a. g. e. s. 1067; Kizir, a. g. e. s. 30-31; Ahmet Cemal Ruhi, Sözleşmeler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s. 58.

⁶⁹ Eren, a. g. e. s. 1065-1070; Kizir, a. g. e. s. 30; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 472.

⁷⁰ Eren, a. g. e. s. 1068.

⁷¹ Eren, a. g. e. s. 1066.

⁷² Eren, a. g. e. s. 1066.

⁷³ Kizir, a. g. e. s. 32.

⁷⁴ Eren, a. g. e. s. 1068; Kizir, a. g. e. s. 32-33.

konusu olacak ve borçlunun temerrüdü hükümlerine işlerlik kazandırılacaktır.⁷⁵ Ancak Oğuzman/Öz bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazarlar tarafından borcun kısmen ifa edilip kısmen ifa edilmemesi durumunda ifa edilmeyen kısım için temerrüt hükümlerinin işletilebileceği, onun dışında ayıplı ifa söz konusu ise ve zapt iddiası varsa TBK'nın bu konularda var olan düzenlemelerine işlerlik kazandırılması gerektiği savunulmaktadır.⁷⁶

2.3. Alacaklının Temerrüdü

Borçlunun temerrüdü ile alacaklının temerrüdü farklı hüküm ve sonuçları olan ve dolayısıyla TBK'da farklı maddelerde düzenlenen kurumlardır. Borçlunun temerrüdü ile alacaklının temerrüdünün ortak yanı borcun ifasında meydana gelen gecikmedir. Nitekim borcun ifası alacaklının temerrüdünde alacaklının, borçlunun temerrüdünde ise borçlunun olumsuz hareketi ile gecikmektedir.⁷⁷ Borçlunun temerrüdü ile alacaklının temerrüdünün meydana çıkabilmesi için kusur aranmamaktadır. Ancak, borçlunun temerrüdünün bazı sonuçlarının ortaya çıkabilmesi için borçlunun kusurlu hareketleri ile temerrüde düşmüş olması gerekir.⁷⁸

3. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜT KAVRAMI

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğerinin aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusudur.⁷⁹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de bu karşılıklılık durumu, asli edim yükümlülüğü açısından gerçekleşmektedir.⁸⁰ Asli edim yükümlülükleri borç ilişkisi ile birlikte doğan, borç ilişkisinin esaslı noktalarını oluşturan ve karşılıklılık ilişkisini oluşturan unsurdur.⁸¹ Satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, hizmet ve eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Tam iki

⁷⁵ Eren, a. g. e. s. 1070.

⁷⁶ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 473.

⁷⁷ Kızır, a. g. e. s. 35.

⁷⁸ Kızır, a. g. e. s. 37;

⁷⁹ Eren, a. g. e. s. 210.

⁸⁰ Eren, a. g. e. s. 210.

⁸¹ Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 34.

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt, asli edim yükümlülüğünün ifasında gecikmeye sebep olan sözleşmenin her iki tarafı için de geçerli olup, karşılıklılık durumu neticesinde her iki taraf sözleşmenin borçlusu olduğundan borçlunun temerrüdü hükümleri sözleşmenin her iki tarafı için de söz konusu olacaktır.

Borçlunun ifasını borçlandığı edimini, borca aykırı bir biçimde geç ifa etmesi haline borçlunun temerrüdü adı verilir.⁸² Öyleyse her borcun ifa edilmemesi durumunda temerrütten söz edilmesi gerekir mi? Bu hususu borcun ifa edilmemesinin çeşitli görünümüleri üzerinde durarak açıklamak yerinde olacaktır. Borcun ifa edilmemesinin çeşitli görünümünün var olduğu öğretide kabul edilmektedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ve Eren, borcun ifa edilmemesinin üç şekilde söz konusu olabileceğini, bunların, borçlunun kendi kusuruyla edimi imkânsız hale getirmesi, borcun ifasının mümkün ve ifa zamanının gelmiş olmasına rağmen ifa edilmemesi ve borcun kötü ifa edilmesi olduğunu ifade ederler.⁸³ Başka bir görüş ise borçlunun borcu ifa etmemesinin borçlunun serbest iradesine dayanabileceğini ya da zorunluluk halinden kaynaklanabileceğini ileri sürmektedir.⁸⁴ TBK'da borcun ifa edilmemesi hükümlerine göz atıldığında, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olarak hükme bağlandığı görülmektedir. Borcun ifa edilmemesine ilişkin TBK'da yer alan hükümler, borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlünün ihlalinde uygulanacak genel hüküm niteliğindedir.⁸⁵ Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler ise borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan ve borçlunun sorumluluğunu doğuran özel hükümlerdir.⁸⁶

⁸² Eren, a. g. e. s. 1113; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 458; Barlas, a. g. e. s. 15; Havutçu, a. g. e. s. 23; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 680.

⁸³ Tekinay vd. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s. 851; Eren, a. g. e. s. 1027-1051; Oğuzman/Öz ise bu üç olasılıktan sadece kusurlu imkânsızlığı ele almamaktadır, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 455.

⁸⁴ Bovay, a. g. e. s. 787-803.

⁸⁵ Aral, a. g. e. s. 69.

⁸⁶ Bovay, a. g. e. s. 790.

Borçlanılan edimi zaman yönünden⁸⁷ ifa etmeme hali olan temerrüt, geçici bir durumu ortaya koymaktadır. Temerrüdün söz konusu olabilmesi için gecikmeye rağmen ifanın mümkün olması gerekir.⁸⁸ Borçlu ifasının imkânsız olmadığı edimini tehlikeye düşürmektedir.⁸⁹ Temerrüt halinde, borçlu borçlandığı edimini ya sonra ifa eder ya da şartların gerçekleşmesi ile kesin olarak ifa etmeme durumu ile karşımıza çıkar.⁹⁰

Borçlunun temerrüdü, borç ilişkisinde borçlu sıfatını haiz olan taraf için söz konusu olur. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da borçlu sıfatına sahip olacağından her iki taraf için de borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁹¹

Borç türleri bağlamında temerrüdün nasıl oluşacağına dair de belirlemelerde bulunmak gerekir. Borç ilişkisinin taraflar açısından doğurduğu yükümlülükler edim yükümlülükleridir. Edim türleri ise ani edim, dönemli edim ve sürekli edim yükümlülüğü olarak belirlenir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile yükümlenilen edimin ani borç veya sürekli borç olması açısından TBK’da bir ayırım yapılmamışsa da öğretide bu husus tartışmalıdır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, ani borç ihtiva eden bir satış sözleşmesinde satılan şeyin teslim tarihinde teslim edilmemesi ve satış bedelinin ödenmemesi durumunda borçlunun temerrüdü söz konusu olacaktır. Ancak sürekli edim ihtiva eden borçlarda -örneğin kira sözleşmeleri açısından- durum doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sürekli edim ihtiva eden borçların genellikle mutlak kesin vadeli işler olduğu belirtilerek, edimin süresinde ifa edilmeyerek kaçırılmasının borçlunun temerrüdünü değil

⁸⁷ Temerrüt salt ifa zamanının geçirilmesi anlamına gelmemekte, zira borcun her zamanında ifa edilmemesinde temerrüdün söz konusu olmayacağına ilişkin görüş için bkz. Barlas, a. g. e. s. 15; Halil Akkanat, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul , Beta Yayınları, 2000, s. 2.

⁸⁸ Eren, a. g. e. s. 1113; Önen, a. g. e. s. 36.

⁸⁹ Tekinay vd, a. g. e. s. 911.

⁹⁰ Eren, a. g. e. s. 1113; YHGK, 24.02.2016, 2014/23-724-2016/168 “Geniş anlamda borçlu temerrüdü (borçlunun direnimi) borçlunun sözleşmeye aykırı davranması=borcunu ifa etmemesi demektir. Bu halde ifa olanağı bulunduğu ifa için kararlaştırılan zaman geldiği ve uyarıldığı halde borçlu borcunu ifa etmemektedir.”

⁹¹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 680.

sonraki imkânsızlığı oluşturacağını, sürekli borçların zaman açısından devamlılık arz ettiği, devamlılığın olduğu zaman içerisinde her an ifa edilmelerin mümkün olduğu, bu zaman dilimi içerisinde ifa edilmeyen edimin ifa edilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır.⁹² Diğer bir görüş ise, sürekli borçlarda kararlaştırılan zaman için edimin ifa edilmeyen kısmının telafisi her ne kadar mümkün olmasa da, bu durumun ani borçlarda da söz konusu olduğunu, örneğin satış sözleşmesinde tespit edilen ifa zamanında satış bedelinin ödenmemesi durumunda artık ifa zamanı geçtiğinden ifa edilmesinin mümkün olmadığı, hâlihazırda temerrüdün de bu anlama geldiği, ifanın mümkün olması kaydıyla zaman bakımından gecikmenin temerrütte söz konusu olduğu birlikte ele alındığında sürekli borç doğuran sözleşmelerde temerrüt hükümlerinin uygulanabileceğini, edimin mümkün olduğu müddetçe imkânsızlığın değil temerrüdün söz konusu olabileceğini haklı olarak savunmaktadır.⁹³ Nitekim ifa zamanının geri getirilmeyeceğinden bahisle temerrüt hükümlerinin işletilmemesi, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin özel bir sorumluluk türü olan temerrüt kurumun işlerliğini yitirmesi sonucunu doğuracak⁹⁴. Zira hiçbir ifa zamanı geri getirilemeyecektir.

İki tarafa borç yüklemesine rağmen borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanamayacağı sözleşme türleri, medeni hukuk sözleşmeleridir.⁹⁵ Gerçekten de bu sözleşmeler evlenme ve evlat edinme gibi aile hukukuna ilişkin sözleşmelerdir. Sözü edilen bu sözleşmeler ifa ve fesih bakımından TBK'nın temerrüde ilişkin hükümlerinin uygulanmasına müsait değildir.⁹⁶

Borçlunun temerrüdü, TBK'nın 117'nci maddesinde düzenlenmiştir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü ise

⁹² Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2. Bası, 1998, s. 159. (Serozan, Haksız Zenginleşme)

⁹³ Eren, a. g. e. s. 1114.

⁹⁴ Bovay, a. g. e. s. 790.

⁹⁵ Türk Medeni Kanununun 5'inci maddesi "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır." Hükümünü amir olmasına rağmen bazı medeni hukuk sözleşmelerine borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanamaz, bkz. Kizir, a. g. e. s. 36.

⁹⁶ Kizir, a. g. e. s. 36.

TBK'nın 123-125'inci maddelerinde düzenlenmektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünden söz edilebilmesi için temerrüdün genel koşullarının yanında bazı özel koşulların da gerçekleşmesi gerekeceğinden bu şartlar aşağıda tek tek incelenmiştir.

3.1. Genel Şartlar

Borçlunun ifası mümkün ve muaccel haldeki borcunu haklı bir gerekçe yokken ifa etmemesi durumunda temerrütten söz edilir ancak borcun ifasındaki her gecikme borçlunun temerrüdü olmayacağından borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için bir takım şartların bir arada olması gerekir. Bu şartlar TBK'nın 117'nci maddesinde belirtilmiş olup bazı şartlar kanunda aranmasa da Yüksek Mahkeme kararları ve öğreti ile var olagelmıştır. TBK'nın 117'nci maddesi, *“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.*

Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.” hükmünü amirdir. İşbu madde uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

3.1.1. Edimin İfası Mümkün Olmalıdır

TBK'da yer alan ve borçlunun temerrüdünün şartlarını düzenleyen hükümde her ne kadar edimin ifa edilebilirliğinden söz edilmemişse de bu husus, halin gereğinden aranması gereken bir şart olarak kabul edilir.⁹⁷ Vadesi gelen edimin borçlu tarafından ifa edilmemesine rağmen hala ifasının mümkün olması borçlunun temerrüdü için ilk şarttır.⁹⁸ Burada önemle belirtilmesi gereken husus edimin ifasının imkânsızlığıdır. Zira imkânsızlık,

⁹⁷ Kizir, a. g. e. s. 67; Havutçu, a. g. e. s. 24; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 468; Tekinay vd, a. g. e. s. 912; Ruhi, a. g. e. s. 60.

⁹⁸ Eren, a. g. e. s. 1115.

edimin ifa edilebilirliğine doğrudan etki etmektedir.⁹⁹ Şöyle ki, ifa zamanından önce veya ifa zamanından sonra edimin ifasının imkânsızlaşması durumunda temerrüdün gerçekleşmesi ve devamı etkilenecektir.¹⁰⁰ Borç muaccel olmadan önce imkânsız hale gelmişse borçlunun temerrüdünden söz edilemeyecektir. TBK'nın 136'ncı maddesinde düzenlenen sonraki imkânsızlık hükümleri somut olayda uygulanacaktır. İhtarın gerekli olduğu hallerde muacceliyetten sonra, fakat ihtardan önce edimin imkânsızlaşması durumunda yine temerrüt hükümleri uygulanmayacaktır.¹⁰¹ İmkânsızlık subjektif ise temerrüt söz konusu olacaktır.¹⁰² Burada önemle belirtilmesi gereken husus, imkânsızlık hükümleri yerine temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için temerrüt için ihtarın gerek olan hallerde edimin alacaklının ihtarında bulunduğu tarihe kadar mümkün olmasıdır.¹⁰³

Borçlu temerrüde düştükten sonra edimin ifasının imkânsızlaşması durumunda, hangi hükümlere işlerlik kazandırılacaktır? Bu konuda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Oğuzman/Öz, imkânsızlık anına kadar temerrüt hükümlerinin, imkânsızlık gerçekleştikten sonra ise imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunur.¹⁰⁴ Bu görüşü kabul etmeyenler ise, borçlu temerrüde düştükten sonra edimin imkânsızlaşması durumunda dahi temerrüt hükümlerinin uygulanmaya devam edeceğini, bunun TBK'nın 119'uncu maddesinin bir gereği olduğunu, çünkü TBK'nın 119'uncu maddesi ile borçlu borç konusu edimin beklenmedik halden dolayı

⁹⁹ Bu hususta para borçlarına değinmek gerekir, zira para borçlarının hiçbir şekilde ifasının imkânsızlaşmasından söz edilemez, bkz. Barlas, a. g. e. s. 18; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 449.

¹⁰⁰ Havutçu, a. g. e. s. 24; Anık, a. g. e. s. 216; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 468; Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 307.

¹⁰¹ Kızır, a. g. e. s. 67-69; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 468; Yıldırım, a. g. e. s. 307-308; Barlas, a. g. e. s. 16; Nazikoğlu, "Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü", AÜHFD, S. 1, C.8, Yıl:1951, s. 662.

¹⁰² Eren, a. g. e. s. 1115; Tekinay vd, a. g. e. s. 852; Havutçu, a. g. e. s. 24.

¹⁰³ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 240.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 469.

zarar görmesinden veya imkânsızlaşmasından sorumlu olduğunu belirterek ilk görüşe karşı çıkmaktadırlar.¹⁰⁵

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki tarafın ediminin ifasının objektif olarak mümkün olması gerekmektedir. Bu sözleşmelerde edimler arası karşılıklılık ilişkisi söz konusu olduğundan, taraflardan birinin ediminin imkânsızlaşması durumunda diğerinin ediminin ifası da gecikeceğinden temerrütten söz edilemeyecektir.¹⁰⁶

3.1.2. Borç Muaccel Olmalıdır

Borcun ifasında bir gecikmeden bahsedebilmek için ifa zamanının gelmiş olması zorunludur.¹⁰⁷ Borçlunun temerrüdünün gerçekleşmesinin zamana bağlı koşulu borcun muaccel olmasıdır.¹⁰⁸ Alacaklının alacağını isteyebilmesi için kanuna ve sözleşmeye dayanan bir engelin bulunmaması durumunda ortada muaccel bir alacağın varlığından söz edilebilir.¹⁰⁹ Muacceliyet, alacaklının borçludan edimin ifasını talep etme yetkisine sahip olduğu, borçlunun da borçlandığı edimi ifa ile yükümlü olduğu zamandır.¹¹⁰

Bir borcun muacceliyetinden söz edebilmek için öncelikle ifa zamanına değinmek gerekmektedir. İfa zamanı, TBK'nın 90'ncı maddesinde düzenlenmektedir. Sözü edilen madde uyarınca, taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki işlemin özelliğinden anlaşılmadıkça ve kanun hükmü ile belirlenmemişse her borç, doğumu anında muaccel olur. İfa zamanı, alacaklının borçludan edimin ifasını talep edebildiği, ifasını teminen dava açabildiği, borçlunun da edimini ifa etmek zorunda olduğu zamanı ifade etmektedir.¹¹¹ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.¹¹² Bu anlamda ifa

¹⁰⁵ Tekinay vd, a. g. e. s. 912; Nazikioğlu, a. g. e. s. 663.

¹⁰⁶ Havutçu, a. g. e. s. 24.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 459; Ruhi, a. g. e. s. 60.

¹⁰⁸ Havutçu, a. g. e. s. 24.

¹⁰⁹ Nazikioğlu, a. g. e. s. 663; Önen, a. g. e. s. 37; Feyzioğlu, 1977, s. 230.

¹¹⁰ Havutçu, a. g. e. s. 24; Barlas, a. g. e. s. 21; Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Semat Yayınları, 1976, s. 905.

¹¹¹ Eren, a. g. e. s. 969; Kizir, a. g. e. s. 56; Barlas, a. g. e. s. 21-22; Havutçu, a. g. e. s. 24; Nazikioğlu, a. g. e. s. 663; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 312; Ruhi, a. g. e. s. 60.

zamanına borcun muacceliyeti veya borcun muaccel olduğu zaman adı verilmektedir.¹¹³ Esasen muacceliyet borcun bir niteliği olup, alacaklının borçludan borçlandığı edimi talep ve dava edebilme yetkisi anlamına gelmektedir.¹¹⁴

Muacceliyet, borçlunun temerrüdünün zaman yönünden şartı olup, borç muaccel olmadan borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olamaz.¹¹⁵ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, muacceliyet ile borcun ifa edilebilirliği birbirinden farklıdır. İfa edilebilirlik, borçlunun borçlanılan edimi ifa etme yetkisi olup, vadeye bağlı alacaklar ile vadeye bağlı olmayan alacaklar açısından muacceliyetle ilişkileri farklılık arz etmektedir.¹¹⁶ Şöyle ki, vadeye bağlı olmayan borçlarda TBK'nın 90'ncı maddesi uyarınca borç, doğduğu anda muaccel olduğundan bu tür alacaklarda muacceliyet ifa edilebilirliği kapsamaktadır.¹¹⁷ Fakat vadeye bağlı alacaklarda alacaklı vadeden önce ifa talebinde bulunamaz.¹¹⁸ Edimin ifası için kararlaştırılan vadenin sonunda borç muacceliyet kazanacaktır.¹¹⁹ Borç, ifa edilebilir olmakla birlikte henüz muaccel olmamışsa, alacaklının borçludan edimi talep ve dava hakkından da söz edilemeyeceğinden borçlunun temerrüdü de söz konusu olmayacaktır.¹²⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme türü olan kira sözleşmesinde kiracının temerrüde düşmüş sayılması için alacağın muaccel olmasından başka dava edilebilir olmasını, başka bir deyişle kiracının edayı yerine getirmeye mecbur olmasını aramıştır.¹²¹

¹¹² YHGK, 24.02.2016, 2014/23-724E.-2016/168 K. “Zira muacceliyet alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisini ifade eder.” www.kazanci.com

¹¹³ Eren, a. g. e. s. 696.

¹¹⁴ Eren, a. g. e. s. 1116.

¹¹⁵ Eren, a. g. e. s. 1116; Havutçu, a. g. e. s. 24; Barlas, 22; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 681

¹¹⁶ Eren, a. g. e. s. 1116; Kizir, a. g. e. s. 57; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 313.

¹¹⁷ Önen, a. g. e. s. 39; Barlas, a. g. e. s. 21.

¹¹⁸ Kizir, a. g. e. s. 57; Barlas, a. g. e. s. 21; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 313.

¹¹⁹ Önen, a. g. e. s. 38.

¹²⁰ Eren, a. g. e. s. 1116; Nazikioğlu, a. g. e. s. 663.

¹²¹ YHGK, 12.11.1979, 1/3, Yargıtay Kararlar Dergisi, C.5, S. 12, Aralık, 1979, s.1687.

Öğretide muacceliyet farklı yorumlanmaktadır. Bazı görüşlere göre, borcun muaccel olabilmesi için talep edilebilirlik yeterli olmayıp, alacağın elde edilmesine yönelik engellerin ortadan kalkmış olması gerekir.¹²² Örneğin borçlu, ifa zamanında alacaklının ifa talebine karşı hukuken mümkün ve geçerli olan def'i ya da itiraz öne sürebiliyorsa bu durum borcun muaccel olmasının önüne geçer.¹²³ Muacceliyeti, temerrüdün zaman yönünden şartı olarak kabul eden yazarlar, alacaklının alacağını elde etmesine yönelik engellerin var olmasının, temerrüt ve muacceliyeti engellemeyeceğini ileri sürmektedirler.¹²⁴ Gerçekten de, borçlunun alacaklıya karşı bir def'i hakkına sahip olması borcun muaccel hale gelmesine engel teşkil etmeyecek, temerrüde engel teşkil edecektir.¹²⁵

TBK'nın 97'nci maddesi ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa zamanına ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmiş olup, kural olarak¹²⁶ tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin aynı anda ifa edileceği hükme bağlanmıştır. İfa zamanına ilişkin bu belirlemeye aynı anda ifa karinesi¹²⁷ adı verilir.¹²⁸ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde muacceliyet, sözleşmenin içeriğine ve mahiyetine göre bir süreden yararlanma hakkı mevcut değilse, taraflardan birinin borcunu yerine getirmiş

¹²² Önen, a. g. e. s. 40; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2010, s. 470; Feyzioğlu, 1969, s. 193-194.

¹²³ Kızır, a. g. e. s. 58; Nazikioğlu, a. g. e. s. 663.

¹²⁴ Eren, a. g. e. s. 1116; Barlas, a. g. e. s. 22; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 459.

¹²⁵ Ancak borçlunun ileri sürdüğü def'i zamanaşımına yönelik ise temerrüdün kendisi aleyhine doğurması muhtemel sonuçları önleyebilir şeklindeki görüş için bkz. Eren, a. g. e. s. 1116; Barlas, a. g. e. s. 26; Kızır, a. g. e. s. 59; Havutçu, a. g. e. s. 25; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 459.

¹²⁶ Belli durumlarda taraflardan birinin borcunu önce ifa etmesi gerekebilir. Taraflar kendi aralarında ifa sırasını kararlaştırmışlarsa, kanuni bir zorunluluktan ötürü (kira sözleşmesi) taraflardan birinin ifasını önce yapması düzenlenmişse, işin niteliği gereğince (abonelik sözleşmeleri) taraflardan birinin borcunu önce ifa etmesi gerekiyorsa veya teamül icabı borcun ifasının önce yapılması gerekiyorsa, aynı anda ifa karinesi işlerlik kazanmayacaktır, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 335-336.

¹²⁷ Alacağın muaccel olması alacaklıya ifayı talep etme yetkisi verse de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanan aynı anda ifa karinesi uyarınca muacceliyete rağmen borçlu, alacaklı edimini ifa etmedikçe veya ifasını teklif etmedikçe edimini ifa etme zorunda olmadığı şeklindeki görüş için bkz. Havutçu, a. g. e. s. 25.

¹²⁸ Eren, a. g. e. s. 1007; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 337.

veya borcun ifasını teklif etmiş olduğu hallerde söz konusu olacaktır.¹²⁹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borçlandığı edimin muaccel olması, onun öncelikli olarak ediminin ifasına zorlayamaz, zira taraflardan biri borçlanmış olduğu edimi yerine getirmiş veya ifasını teklif etmiş olmadıkça, sözleşmede özel bir kanun hükmü, teamül veya anlaşma olmadıkça, diğer taraf ediminin ifasını yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir.¹³⁰ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa zamanı açısından eşitlik ilkesi geçerli olup, satış sözleşmesi ve trampa sözleşmesi bu durumun en tipik örneğini ortaya koymaktadır.¹³¹

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi edimini ifa etmeden veya ediminin ifasını önermeden karşı tarafın ediminin ifasını talep ederse, karşı taraf, def'i hakkına dayanmak suretiyle edimini ifadan kaçınabilir, işte bu kaçınma hakkına ödemezlik def'i adı verilir.¹³² Ancak salt def'i hakkının var olması ve kullanılmaması borcun muacceliyetine etki etmez.¹³³ Ödemezlik def'inin söz konusu olabilmesi için, taraflar arasında tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmalı, taraflar arasındaki borç ilişkisi geçerli olarak meydana gelmeli ve bu borç ilişkisinin varlığı devam etmelidir.¹³⁴ Bununla birlikte sözleşmeden doğan her iki edim de muaccel olmalıdır.¹³⁵ Ödemezlik def'inin tek başına varlığı muacceliyete etki etmemekte, bu def'inin karşı tarafa ileri sürülmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir durumda ödemezlik def'i borçluyu temerrüde düşmekten kurtaracaktır.¹³⁶ Önemle belirtmek

¹²⁹ Önen, a. g. e. s. 39-40; Eren, a. g. e. s. 1007.

¹³⁰ Eren, a. g. e. s. 1007-1008; Önen, a. g. e. s. 40; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 336.

¹³¹ Eren, a. g. e. s. 1008; Tekinay vd.a. g. e. s. s, 827; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 337.

¹³² Eren, a. g. e. s. 1008; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 337.

¹³³ Yıldırım, a. g. e. s. 308.

¹³⁴ Zira alacağın varlığına veya devamına ilişkin ileri sürülen, def'i değil itirazdır. Bkz. Eren, a. g. e. s. 1013; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 342; Özellikle, taraflardan birinin ödeme gücüğü içine girdiği hakkında başlatılan İcra veya İflas takibi ile ortaya çıkmışsa, karşı taraf kendi edimi için bir güvence almadığı müddetçe muaccel olan borcunu ifa etmekten kaçınabilir, bkz. Hatemi/Gökayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 233.

¹³⁵ Eren, a. g. e. s. 1014; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 46;

¹³⁶ Tandoğan, a. g. e. s. 470; Tekinay vd, a. g. e. s. 832-833; Feyzioğlu, 1977 s. 231.

gerekir ki, ödemezlik def'i ile borçlu, muaccel hale gelen borcunun ifasını geçici olarak ertelemek ve kendi borcunu ifadan kaçınmaktadır. Bu vesile ile borçlu mütemerrit duruma düşmekten kurtulur.¹³⁷

3.1.3. Alacaklı İfayı Kabule Hazır Olmalıdır

Alacaklı borçlunun edimini ifa teklifini kabule hazır olmalı veya edimin ifası için gerekli hazırlık fiillerini yapmış olmalıdır. Bunların yanı sıra alacaklının da temerrüde düşmemiş olması gerekir.¹³⁸ Aksi takdirde borçlunun temerrüdünden söz edilemeyecektir.¹³⁹ Burada akla gelen soru ise edimin ifasını kabule hazır olmayan veya ifa için gerekli hazırlıklarda bulunmayan alacaklının durumunun ne olacağıdır. Alacaklı herhangi bir davranışı ile borçlunun edimini ifa etmesini engellerse borçlu temerrüde düşecek midir? Borçlunun ifa teklifinde bulunması halinde alacaklının haklı bir gerekçe olmaksızın edimin ifasını kabul etmemesi durumunda TBK'nın 106'ncı maddesi gereğince alacaklı temerrüdü söz konusu olur.¹⁴⁰

3.1.4. Borçluya İhtarda Bulunulmalıdır

3.1.4.1. İhtar Kavramı, İhtarın Hukuki Niteliği ve İçeriği

Borçlunun ediminin muaccel olması, alacaklı tarafından edimin ifasının talep edilebilmesine imkân sağlamakla birlikte borçlunun, kendiliğinden edimini ifa etme zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁴¹ Borçlunun edimini ifa etmemesine alacaklının sessiz kalması durumunda borçlunun temerrüdünden söz edilemez; çünkü alacaklının sessiz kalması edimin ifa edilmemesinden ötürü bir zarara uğramadığına, edimin hemen ifa edilmesinde bir çıkarının bulunmadığına ve en önemlisi borçluya zaman tanıdığına karine

¹³⁷ Eren, a. g. e. s. 1016-1017; Önen, a. g. e. s. 40; Nomer, a. g. e. s. 266; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 339.

¹³⁸ Anık, a. g. e. s. 216; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 303.

¹³⁹ Eren, a. g. e. s. 1120-1121; Önen, a. g. e. s. 43-44; Kizir, a. g. e. s. 71; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 303;

¹⁴⁰ Fezyioğlu, 1977 s. 240-241.

¹⁴¹ Havutçu, a. g. e. s. 25; Borçlunun ifa zamanını bilmediği veya bu zamanın belli olmadığı hallerde zararlı bir sonuçla karşılaşılmasının önüne geçmek açısından ihtarın faydalı olduğuna ilişkin olarak bkz. Önen, a. g. e. s. 41.

teşkil etmektedir.¹⁴² TBK'nın 117'nci maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu, kural olarak alacaklının ihtarıyla mütemerrit konuma gelir. Sözü edilen maddeden de görülebileceği üzere, borçlu temerrüde borcun muaccel hale gelmesiyle değil, alacaklının ihtarı ile düşmektedir.¹⁴³ İhtar, alacaklının borçluyu edimini ifasına davet etmesidir.¹⁴⁴

İhtar, borçlunun borçlandığı edimi ifa etmeye davet eden ve alacaklı tarafından yapılan çağrıdır. İhtar, tek taraflı ve varması gereken bir ifade beyanıdır.¹⁴⁵ Ancak her zaman ihtarın borçluya iletilmesi zorunlu olmayıp, alacaklının bir takım işlem ve fiilleri ihtar gibi sonuç doğurabilir. Alacaklının borcun ifasını isteyen her beyanı ihtar niteliği taşımaktadır.¹⁴⁶ İhtar yerini tutan işlemler arasında en kabul gören, alacaklı tarafından borçluya karşı borç ilişkisinde borçlanılan edimin ifası için eda davası açılması veya icra takibi başlatılmasıdır. Bu husus hem Yüksek Mahkeme kararları ile hem de öğretide kabul edilmektedir.¹⁴⁷

Alacaklı tarafından borçluya gönderilen fatura ihtar yerini tutan işlem olarak değerlendirilebilir mi? Bu hususun açıklanabilmesi için ihtarın muhteviyatının ne olacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Fatura borçluya gönderildiğinde, bunun bir borcun mevcudiyetini ve ödenecek tutarı

¹⁴² Nazikoğlu, a. g. e. s. 663.

¹⁴³ Önen, a. g. e. s. 41; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 55; Nazikioğlu, a. g. e. s. 665; Barlas, a. g. e. s. 34; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 460.

¹⁴⁴ Havutçu, a. g. e. s. 26; Feyzioğlu, 1977 s. 232; Eren, a. g. e. s. 1116; Kizir, a. g. e. s. 73; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 460.

¹⁴⁵ Eren, a. g. e. s. 1116-1117; Yıldırım, a. g. e. s. 308; İrfan Baştuğ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İzmir, İstiklal Matbaası, 1977, s. 273; İnan/ Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014, s. 618.

¹⁴⁶ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 461; İnan/ Yücel, a. g. e. s. 619.

¹⁴⁷ YHGK, 05.03.2003, 2003/9-79 E. Ve 2003/129; YHGK, 05.03.2003, 2003/11-68 E. Ve 2003/136 K.; YHGK, 05.03.2003, 2003/9-78 E. Ve 2003/128 K.; Yargıtay bir kararında, temerrüt ihtarı veya kesin vade yoksa dava veya takip tarihinde temerrüt gerçekleşeceğini, kısmi dava açılmış ise dava tarihinde ancak dava açılan miktar için temerrüt gerçekleşeceğini, kısmi davaya konu olmayan miktar için dava açılmakla temerrüt gerçekleşmeyeceği gibi temerrüt faizi de işlemeye başlamayacağını belirtmiştir, bkz. Y15HD, 17.10.2017, 1879/3474, www.kazanci.com; Tandoğan, a. g. e. s. 473-474; Barlas, a. g. e. s. 45; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 461.

gösterdiği görülecektir; ancak ihtarın muhteviyatında açıkça alacaklının borç konusu edimin ifasına yönelik talebinin yer alması gerekir. Bu sebeple alelade bir faturanın gönderilmesi, ihtar yerine geçen işlem olarak değerlendirilmez. Şayet alacaklı tarafından fatura üzerine eklenmiş ve edimin ifasının talep edildiği bir şerh mevcut ise bu işlem ihtar olarak kabul edilebilecektir.¹⁴⁸ Fakat ihtar yine faturadan değil, fatura üzerine eklenen beyandan kaynaklanır.¹⁴⁹ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu hususa dikkat çekmiştir.¹⁵⁰

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin kendi edimini ifa etmesi, karşı edimin ifasını talep ettiği anlamına gelmediği gibi alacak hakkına karşı ileri sürülen ödemezlik def'i de ihtar niteliği taşımamaktadır.¹⁵¹

¹⁴⁸ Yine faturanın üzerinde yer alan "bedeli ödenmemiştir" kaşeli ibrazın ihtar yerine geçeceğine ilişkin olarak bkz. Tandoğan, , a. g. e. s. 471; Feyzioğlu, , a. g. e. s. 233; Barlas, , a. g. e. s. 44; Oğuzman/Öz, , a. g. e. s. 461.

¹⁴⁹ Kızır, , a. g. e. s. 86-87; Akkanat, , a. g. e. s. 29; Barlas, , a. g. e. s. 44-45; Tandoğan, , a. g. e. s. 472; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 261; Y15HD, 18.05.2011, 3235/3024, Nomer, , a.e. s. 261.

¹⁵⁰ Y15HD, 03.05.2005, 6030/2728 "Fatura tek başına akdî ilişkinin varlığının ispatı için yeterli değildir"; YHGK, 16.11.2016, 23-1294/1064, "818 Sayılı Borçlar Kanununun 101. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur. Eğer böyle bir tarih belirlenmemişse bu kez aynı maddenin birinci fıkrası uygulanır ve bu fıkra da muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olacağı belirtilmiştir. Nihayet böyle bir ihtar da yoksa temerrüt icra takibi ya da dava açılmasıyla gerçekleşir. Somut olayda taraflar arasında 14.03.2002 tarihinde "SAP Yazılım Bakım ve Güncelleştirme Sözleşmesi" imzalanmış, bu sözleşmenin "Bakım ve Güncelleştirme Bedeli, Ödeme Şekli" 6.1. numaralı maddesi tadil edilmiştir. Bu tadil metnine göre yıllık bakım ve güncelleştirme bedelinin 18.03.2002 tarihinde düzenlenecek fatura ile ve defaten ödeneceği konusunda uzlaşmıştır. Ancak bu, yukarıda değinilen 818 Sayılı Borçlar Kanununun 101. Maddesinin ikinci fıkrası anlamında taraflarca ittifakla belirlenmiş bir ifa günü sayılamaz. Zira faturanın bu tarihte düzenlenip düzenlenmeyeceği, düzenlense dahi usulüne uygun biçimde borçluya tebliğ edilip edilmeyeceği ve itiraza uğrayıp uğramayacağı belirgin değildir. Nitekim fatura 01.12.2004 günü düzenlenmiş ve 07.12.2004 günü itiraza uğramış ve alacaklı yanca icra takibinden önce bir ihtarname de keşide edilmemiştir. Bu durumda davalının 05.01.2005 tarihli icra takibi ile temerrüde düştüğü tartışmasızdır." www.kazanci.com E.T.:22.11.2017.

¹⁵¹ Havutçu, a. g. e. s. 26.

İhtar, hukuki niteliği itibariyle hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır.¹⁵² İhtar teknik anlamda hukuki bir işlem olmadığından, hukuki işlem benzeri irade açıklaması olarak nitelendirilmektedir.¹⁵³ Çünkü alacaklının irade beyanının ihtar niteliği taşıyabilmesi için belirli bir edimin ifası talebini içermesi gerekmekte olup borçlunun bu irade beyanı ile temerrüde düşürülmesi hukuki sonucuna yönelik olması aranmamaktadır.¹⁵⁴ Zira alacaklının ihtarında temerrüdün doğuracağı hukuki sonuçlardan bahsetmesine gerek yoktur.¹⁵⁵ İhtarın hukuki niteliğin bir sonucu olarak hukuki işlemlere uygulanan ilkeler, hukuki işlem benzeri irade açıklaması olan ihtar için de uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, hukuki işlem ehliyeti bulunmayan bir kimsenin gönderdiği ihtar hukuksal sonuç doğurmayacaktır.¹⁵⁶ TBK, alacaklının ihtarı ile ortaya çıkan irade beyanına bir takım sonuçlar yüklemiş, şartların birlikte değerlendirilmesi ile alacaklının ihtarının borçlunun temerrüdüne yol açacağını düzenlemiştir.¹⁵⁷ İrade açıklamasının ihtar olarak kabul edilebilmesi için “ihtar” sözcüğünden bahsedilmesi gerekmemektedir. Bu bağlamda ihtar, alacaklının norm koyma yetkisi olarak adlandırılır.¹⁵⁸ Ancak ihtarda borcun sebebinin bildirilmesine gerek yoktur.¹⁵⁹

¹⁵² Havutçu, a. g. e. s. 27; Önen, a. g. e. s. 41; Tekinay vd, a. g. e. s. 914; Feyzioğlu, 1969, s. 194-195; Kizir, a. g. e. s. 76; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 681; Nazikioğlu, a. g. e. s. 665; İnan/ Yücel, a. g. e. s. 619; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 461; Yıldırım, a. g. e. s. 309; Y6HD, 29.09.1978, 6191/6469, www.kazanci.com

¹⁵³ Eren, a. g. e. s. 1117; Önen, a. g. e. s. 41; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 461.

¹⁵⁴ Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 56; Kizir, a. g. e. s. 76; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 461.

¹⁵⁵ Önen, a. g. e. s. 41; Kizir, a. g. e. s. 76; Yıldırım, a. g. e. s. 309; Barlas, a. g. e. s. 36.

¹⁵⁶ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 681; Feyzioğlu, 1969. s. 195; “...ihtarı yapanın ayırt etme gücüne sahip olması aranır; fakat tam ehliyetli olması şart değildir” bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462.

¹⁵⁷ Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 56; Barlas, a. g. e. s. 36; Önen, a. g. e. s. 41; Nazikioğlu, a. g. e. s. 665.

¹⁵⁸ Eren, a. g. e. s. 1117; Kizir, a. g. e. s. 74; Oğuzman/Öz, bir ifa talebinin ancak borca uygun olduğu takdirde ihtar teşkil edeceğini belirtmekle birlikte miktar olarak uyum hususunda farklı bir kanaate varmıştır, şöyle ki, miktar itibariyle borçtan az miktarı talep, o kısım için hüküm ifade eder, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 461.

¹⁵⁹ Önen, a. g. e. s. 42.

Alacaklı tarafından yapılacak ihtarda, beyanın hangi alacak için yapıldığının açıkça gösterilmesi gerekir. İhtar, içerik itibariyle borcu karşılayan, miktar ve nitelik bakımından borçlanılan edime uygun bir nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde ihtar geçersiz sayılır.¹⁶⁰

Öğretide ihtarın şarta bağlı olarak yapılıp yapılamayacağına ilişkin olarak fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar¹⁶¹, şarta bağlı olarak ihtarın yapılamayacağını ileri sürerler. Aksini düşünen yazarlara¹⁶² göre ihtarın şarta bağlı yapılmasında bir engel bulunmamakla birlikte şarta bağlı olan ihtarın geçerli olabilmesi için ifa zamanının kesin bir şekilde belirlenebilmesi gerekmektedir. Örneğin, alacaklı tarafından gönderilen ihtarda borçlunun evinin satıldığı takdirde ifanın yapılmasına ilişkin ihtar şarta bağlı olup geçerlidir.¹⁶³ Bir başka görüş ile ihtarın şarta bağlı yapılması sonucunda borçlu aleyhine bir durumun yaratılması halinde, bu durumun yeni bir öneri teşkil edeceği ve ancak borçlunun kabul beyanı ile geçerli hale geleceğini ileri sürülmektedir.¹⁶⁴ Başka yazarlar¹⁶⁵ ise, borçlunun şartın gerçekleşeceğini veya gerçekleştiğini bilmesinin mümkün olduğu durumlarda ihtarın şarta bağlı olarak yapılabileceğini savunmaktadır. İhtarın şarta bağlı olarak yapılabilmesine ilişkin görüşe katılmakla birlikte şarta bağlı olarak yapılan ihtarlarda ifa zamanının tespitine yönelik olarak yapılması lazım gelen kesin belirlemenin hakkaniyet çerçevesinde borçlunun kötü niyetine karşı alacaklının korunmasını sağlayacak şekilde uygulanması gerekmektedir.

¹⁶⁰ Eren, a. g. e. s. 1118; Önen, a. g. e. s. 42; Kizir, a. g. e. s. 88-89; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 683.

¹⁶¹ Havutçu, a. g. e. s. 27.

¹⁶² Barlas, a. g. e. s. 52-53; Önen, a. g. e. s. 42.

¹⁶³ Önen, a. g. e. s. 42.

¹⁶⁴ Feyzioğlu, 1969, s. 196.

¹⁶⁵ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 463; Tandoğan, a. g. e. s. 473.

3.1.4.2. İhtarın Tarafları, Şekli ve Zamanı

İhtar, alacaklı veya temsilcisi tarafından, borçluya veya yetkili temsilcisine yapılır.¹⁶⁶ Temsilci tarafından gönderilecek ihtar için özel yetki verilmesine gerek olmayıp genel yetki ile ihtar gönderilebilir.¹⁶⁷ İhtarın tarafları bakımından ihtarın bulunan alacaklının hak ehliyetine sahip olması ihtarın geçerliliği için yeterli olup, fiil ehliyetine sahip olması aranmamaktadır.¹⁶⁸

İhtarın ne zaman hüküm ve sonuç doğuracağı kanunda açıkça belirtilmediğinden bu konuda öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir takım yazarlar, varma anının esas alınmasını savunurlar.¹⁶⁹ Bu görüşe göre, ihtar, varması gereken bir irade beyanı olduğu için borçlunun veya yetkili temsilcisinin hukuk alanına ulaştığında hukuki sonuç doğurabilir. Aksi kanaatte olan Oğuzman/Öz, ihtarın amacına daha uygun düşeceği gerekçesi ile ihtarın borçlu tarafından öğrenilme anında hüküm ve sonuç doğuracağını kabul edilmesi gerektiğini savunur.¹⁷⁰ Her iki görüş de kendi içerisinde isabetli unsurlar taşımakla birlikte, bu görüşlerin eleştirilmesi gereken hususları da ihtiva ettiği görülmektedir. Şöyle ki, alacaklının borçluya gönderdiği ihtar ile Kanun Koyucu borçlunun hukuki alanında bir takım sonuçlar doğurmaktadır ki bu temerrüttür. İhtarın amacı ele alındığında alacaklının edimin ifasını talep ettiği ve bu talebiyle borçluya temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulabilmek için son bir şans verdiği, ihtar ile borçluyu ikaz ettiği görülmektedir. Konu bu açıdan ele alındığında ihtarın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için öğrenme anının esas alınmasının daha isabetli bir görüş

¹⁶⁶ Havutçu, a. g. e. s. 27; Eren, a. g. e. s. 1117; Önen, a. g. e. s. 42; Kizir, a. g. e. s. 77; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462.

¹⁶⁷ Önen, a. g. e. s. 42; Barlas, a. g. e. s. 37; Kizir, a. g. e. s. 77; Tandoğan, a. g. e. s. 474; Akkanat, a. g. e. s. 22; Nazikioğlu, a. g. e. s. 665; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462.

¹⁶⁸ Eren, a. g. e. s. 1117; Önen, a. g. e. s. 41; Barlas, a. g. e. s. 37; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462; Kizir, a. g. e. s. 76-77; Fiil ehliyetine sahip olmanın aranmamasının nedeni olarak, bir haktan vazgeçme veya borç yükleme gibi bir konunun söz konusu olmaması gösterilmektedir, bkz. Nazikioğlu, a. g. e. s. 665.

¹⁶⁹ Önen, a. g. e. s. 42; Eren, a. g. e. s. 1117; Tandoğan, a. g. e. s. 474; Barlas, a. g. e. s. 42-43; Akkanat, a. g. e. s. 23.

¹⁷⁰ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 463; aynı yönde, Barlas, a. g. e. s. 42.

olduğu kabul edilebilirse de borçlunun ihtarı öğrenme anının tespitinin çok zor olduğu, kötü niyetli uygulamalara yol açabileceği ve borçluyu aşırı korumak anlamına geldiđi¹⁷¹ birlikte değerlendirildiğinde varma anının esas alınmasının bahsi geçen sakıncaları bertaraf edeceği düşünölmektedir. Bu bakımdan ihtarın hüküm ve sonuçlarının borçlu veya yetkili temsilcisi nezdinde doğabilmesi için hâkimiyet alanına varması gerektiğine dair görüşe biz de katılmaktayız.

İhtar, belirli bir şekil şartına tabi değildir. Keza TBK’da da ihtarın hangi şekilde yapılacağı düzenlenmemiştir. 6100 sayılı HMK’nın 200’üncü maddesinde hukuksal işlemlerde ispat şeklinin senetle ispat olacağı hükme bağlanmışsa da ihtarın hukuki işlem benzeri irade açıklaması olduğu göz önüne alındığında senetle ispat kuralına tabi olmadığı görölmektedir. Bunun sonucu olarak ihtar her türlü delil ile ispatlanabilmektedir.¹⁷² Önemle belirtmek gerekir ki, ihtarın yazılı olarak yapılmasının ispat yönünden faydalıdır.¹⁷³ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme TTK’nın 3’üncü maddesi uyarınca ticari iş teşkil etmekte ise TTK’nın 18’inci maddesinin 3’üncü fıkrası uyarınca tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek için yapılacak ihbar ve ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılacağı hükme bağlanmıştır. Sözü edilen hükümle getirilen şekil şartının, ispat şekli mi geçerlilik şekli mi olduğu öğretilerde tartışmalıdır. Hâkim görüşe tarafımızca da katılmaktadır. Şöyle ki, TTK ile getirilen şekil şartı geçerlilik değil ispat şeklidir. Eski TTK’nın 20’nci maddesi aynı hususu düzenlemekteydi. O madde lafzında “muteber olmak” ifadesine yer verilmişken yeni TTK ile bu ibarenin çıkarılmış olması, bu kanıyı kuvvetlendirmektedir.¹⁷⁴ Burada akla gelen sorulardan bir tanesi ise şayet borç ilişkisini doğuran hukuki işlem bir geçerlilik şartına tabi ise, bu borç

¹⁷¹ Kızır, a. g. e. s. 80.

¹⁷² Kılıçoğlu, a. g. e. s. 682; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462; Nomer, a. g. e. s. 262.

¹⁷³ Önen, a. g. e. s. 43; Eren, a. g. e. s. 1118; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462; İnan/ Yücel, a. g. e. s. 619.

¹⁷⁴ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 682; Barlas, a. g. e. s. 38; YHGK, 12.03.1997, 11-951/178, www.kazanci.com.

ilişkisinden gönderilen ihtarın da bu geçerlilik şartına tabi olup olmayacağıdır. İhtar hukuki niteliği itibariyle borç doğran işlemde bağımsız olduğundan borç ilişkisinin geçerlilik şartına tabi olmamaktadır.¹⁷⁵

İhtarın yapılacağı zaman açısından yapılan incelemede TBK'nın 117'nci maddesi uyarınca muaccel olan borcun borçlusunun, alacaklının ihtarını ile mütemerrit konuma düşeceği hükme bağlanmışsa da ihtarın borcun muaccel hale gelmesinden sonra gönderilmesi zorunlu değildir. Burada önemle belirtilmesi gereken husus, ister borcun muaccel olmasından önce ister sonra ihtar çekilsin ihtarın muacceliyet anında edimin yerine getirilmesini dürüstlük kuralları ve hakkaniyet çerçevesinde bildirmesidir.¹⁷⁶

3.1.4.3. İhtara Gerek Olmayan Haller

Türk Borçlar Kanunu uyarınca borçlunun temerrüdünden bahsedebilmek için ihtar, mutlak bir koşul olarak belirlenmemiştir.¹⁷⁷ TBK'nın 117'nci madde hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar sözleşmeden doğan borçlarda ihtar koşulundan vazgeçebilirler.¹⁷⁸ Bunun haricinde borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için ihtarın gerekli olmadığı halin icabından veya borcun niteliğinden de anlaşılabilir.

TBK'nın 117'nci maddesinin 2'nci fıkrası, genel hüküm niteliğinde olup, bu hüküm dışında diğer özel kanunlarda yer alan düzenlemelerle borçlunun temerrüde düşmesinde ihtar koşulu aranmayabilir.¹⁷⁹ Örneğin, TBK'nın 234/2 maddesi uyarınca, faiz istenebileceği konusunda bir teamül varsa veya alıcı maldan ürün ya da diğer verimler elde etme imkânına sahip ise ya da belirli günün geçmesiyle temerrüdün gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın satış bedeline faiz istenebilir.

TBK'nın 117'nci maddesinin 2'nci fıkrasında genel olarak belirtilen ihtar yerini tutan durumlar aşağıda tek tek ele alınmıştır.

¹⁷⁵ Kızır, a. g. e. s. 83-84; Barlas, a. g. e. s. 38; Akkanat, a. g. e. s. 27.

¹⁷⁶ Bir baloda veya camide yapılan ihtarını kabulden muhatabın kaçınabileceğine ilişkin olarak bkz. Nazikioğlu, a. g. e. s. 665; Havutçu, a. g. e. s. 27; Önen, a. g. e. s. 42; Feyzioğlu, 1969, 196; Barlas, a. g. e. s. 39-41; Tandoğan, a. g. e. s. 473-474; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462.

¹⁷⁷ Önen, a. g. e. s. 44; Nazikioğlu, a. g. e. s. 666; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 462.

¹⁷⁸ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 683.

¹⁷⁹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 683.

3.1.4.3.1. İfa Gününün Taraflarca Açık Bir Biçimde Belirlenmesi

Alacaklı ile borçlu arasında kurulan sözleşmede borcun ifa edileceği günün taraflarca kararlaştırılması durumunda ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşmektedir (TBK m. 117/2).¹⁸⁰ Borcun ifa edileceği gün, sözleşmede taraflarca doğrudan bir tarih belirleme suretiyle belirlenebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, tarih tereddütte yer vermeyecek şekilde belirlenebilir olmalıdır, aksi halde ihtar gerekir.¹⁸¹ Bununla birlikte taraflar belirli olmayan yaklaşık bir vade kararlaştırmışlarsa vade belirli olmadığı için ihtar gerekir.¹⁸²

İfa zamanının sözleşme ile değil; kanun ile ya da bir mahkeme ilamı ile belirlenmiş olduğu durumlarda, ifa günü belli olabilir ancak ihtar gerekmektedir. Çünkü kanunda yer alan açık düzenleme uyarınca ancak taraflarca kararlaştırılan ifa günü ihtarını gerektirmez.¹⁸³

3.1.4.3.2. İfa Gününü Belirleme Yetkisinin Taraflardan Birine Bırakılması

TBK'nın 117'nci maddesi uyarınca borcun ifa edileceği gün sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanılarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde¹⁸⁴ bulunmak suretiyle belirlenebilir. Böyle bir durumda ifa zamanı ihbar ile açıkça belirlenebileceği için borçluyu ihtar ile ikaz etmeye gerek bulunmamaktadır.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Havutçu, a. g. e. s. 28; Kizir, a. g. e. s. 95; Önen, a. g. e. s. 44; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 463; Nomer, a. g. e. s. 262; İnan/ Yücel, a. g. e. s. 619.

¹⁸¹ Havutçu, a. g. e. s. 28-29; Kizir, a. g. e. s. 96; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 684; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 463;

¹⁸² Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 464.

¹⁸³ Havutçu, a. g. e. s. 29; Kizir, a. g. e. s. 97; Önen, a. g. e. s. 44; Nomer, a. g. e. s. 262; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 464.

¹⁸⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kıyaslandığında, ihtar kelimesinin korunduğu ancak ihbar kelimesi yerine bildirim teriminin kullanıldığı görülmüştür. Bu bildirim, hukuksal sonuçlar doğan bir irade açıklaması, hukuki niteliği itibarıyla hukuki işlem olduğundan, bildirimde bulunulduğu HMK'nın 200'üncü maddesi uyarınca senetle ispat kuralına tabidir. Bkz. Kılıçoğlu, a. g. e. s. 681 ve 685; Önen, a. g. e. s. 45.

¹⁸⁵ Tandoğan, a. g. e. s. 477; Barlas, a. g. e. s. 58; Tekinay vd, a. g. e. s. 918; Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 102; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 464; Feyzioğlu, 1977 s. 237; İnan/ Yücel, a. g. e. s. 619.

İfa zamanının belirlenmesinin sadece sözleşmede saklı tutulması halinde mi gerçekleşeceği yoksa kanundan kaynaklandığı durumlarda da uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Havutçu'ya göre, "saklı tutulan" ibaresinden sadece sözleşmede saklı tutulan ihbar hakkının değil, kanunda düzenlenen hallerde de ihbar hakkının kullanılabilceğini anlamak gerekir.¹⁸⁶ Aksi yönde düşünen yazarlar ise ifa zamanını ihbarla belirleme yetkisinin sadece sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda uygulanabileceğini, madde metninde ihbara ilişkin saklı tutulan bir hakkın olamayacağını savunmaktadırlar.¹⁸⁷ Yargıtay ise kanundan kaynaklanan yetkiye dayanılarak muacceliyet ihbarında bulunulmasını istisna kapsamına almayıp, ihtarı gerekli görmektedir.¹⁸⁸ Yargıtay'ın görüşüne katılmak olanaksızdır. Zira ihbar ile amaçlanan borçlunun borcu ne zaman ifa edeceğini bilmesidir. Bu sebeple, ihbarın dayanağının sözleşme veya kanun olmasının bir önemi bulunmamakla birlikte kanuna dayanan ihbarı, sözleşmede saklı tutulan ihbardan ayırmanın herhangi bir gerekçesi de bulunmamaktadır.¹⁸⁹

3.1.4.3.3. İhtarın Gereksiz veya Yararsız Olması

TBK ile ihtarın gereksiz veya yararsız olacağını anlaşılmaması halinde ihtara gerek olmadığına ilişkin bir düzenleme getirilmese de böyle bir istisnanın varlığı genel hükümlerden çıkarılabilmektedir.¹⁹⁰ Kanuni düzenleme olmadığından ihtarın gereksiz veya yararsız olmasına ilişkin genel ve kesin nitelikte ölçütlerin belirlenmesi her somut olaya uygun düşemeyeceğinden, dürüstlük kuralı çerçevesinde ihtarın gereksiz veya yararsız olduğuna ilişkin saptama yapılmalıdır.¹⁹¹

¹⁸⁶Havutçu, a. g. e. s. 30; Aynı yönde görüş için bkz. Tandoğan, a. g. e. s. 477; Önen, a. g. e. s. 45; Tekinay vd, a. g. e. s. 918; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 685; Tunçomağ, a. g. e. s. 910;

¹⁸⁷ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 464.

¹⁸⁸ Y. 12 HD. 06.06.2002, 2002-10445/11710, www.kazanci.com

¹⁸⁹ Barlas, a. g. e. s. 59; Kizir, a. g. e. s. 99.

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 685; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 465.

¹⁹¹ Kizir, a. g. e. s. 101; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 71; YİBK, 24.11.1995, 2/2 numaralı karar uyarınca, kiracı kira tespiti kararının kesinleşmesini müteakip kira farkı alacağı bakımından TMK'nın 2'nci maddesi doğrultusunda ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer, bkz. Nomer, a. g. e. s. 264.

İhtarın gereksiz veya yararsız olmasının anlaşılması daha çok borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini ifade ettiği veya muacceliyet bildirimine rağmen borcu ifa etmeyeceğinin açık olduğu hallerde söz konusu olur.¹⁹² Öğretide borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini muacceliyetten önce bildirmesinin hüküm ifade edip etmeyeceğine ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır. Feyzioğlu, borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini söylese bile ihtarın yapılması gerektiğini savunur.¹⁹³ Bizim de katıldığımız diğer yazarlara göre, borçlu borcunu ifa etmeyeceğini muacceliyetten önce de bildirebilir. Bu durumda dürüstlük kuralı çerçevesinde tekrar ihtarla bulunmaya gerek olmadığı gibi temerrüt, ifa etmeyeceğini beyan ettiği andan itibaren değil muacceliyet tarihinden itibaren ortaya çıkacaktır.¹⁹⁴ Gerçekten de borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini söylemesi üzerine ihtar mecburiyetinin ortadan kaldırılmasındaki amaç, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin kesinlik kazanması olup, borçlunun açıkladığı borcu ifa etmemeye ilişkin irade karşısında ihtarla bulunmanın hukuki yararı bulunmamaktadır.¹⁹⁵ Halin icabına göre ifa zamanının alacaklıdan ziyade borçlu tarafından bilinmesi gereken hallerde ihtar gereksiz ve yararsız olacaktır. Yine aynı şekilde borçlunun kasten ihtarın kendisine ulaşmasını engellediğinin anlaşılması durumunda ihtara gerek yoktur.¹⁹⁶

3.2. ÖZEL ŞARTLAR

Türk Borçlar Kanunu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için yukarıda bahsedilen genel koşulların yanı sıra bir takım özel koşulların da varlığını aramıştır. Bunun sebebi olarak, bu tür

¹⁹² Kılıçoğlu, a. g. e. s. 685; Önen, a. g. e. s. 46; Havutçu, a. g. e. s. 30; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 71; Eren, a. g. e. s. 1120; Kizir, a. g. e. s. 104-105.

¹⁹³ Feyzioğlu, 1969, s. 200.

¹⁹⁴ Barlas, a. g. e. s. 65; Akkanat, a. g. e. s. 39-40; Tekinay vd, a. g. e. s. 918; Kizir, a. g. e. s. 105.

¹⁹⁵ Kizir, a. g. e. s. 105; Y3HD, 18.09.2001, 8170/7791, "...bazı durumlar vardır ki, kiracının tutumu itibarıyla önceden ihtarın tamamen yararsız olacağı ve semeresiz kalacağı anlaşılır. Bu gibi durumlarda kiralayan, herhangi bir ihtarla bulunmak zorunda olmaksızın kiracısı aleyhine uğradığı zararının tazmini ile birlikte (kira akdinin hemen feshi) ni talep ve dava edebilir" www.kazanci.com, E.T.:22.11.2017

¹⁹⁶ Önen, a. g. e. s. 45; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 71; Kizir, a. g. e. s. 105.

sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarının borçlu açısından ağır olması gösterilebileceğinden, kanun koyucu borçlunun nezdinde bu ağır sonuçlar doğmadan önce borçluya temerrütten kurtulup edimini ifa etme şansı tanımak istemiştir.¹⁹⁷TBK'nın 117'nci maddesinde yer alan genel koşulların yanında aşağıda bahsedilen özel koşulların da gerçekleşmesi durumunda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü gerçekleşmektedir.

3.2.1. Borçluya Süre Verilmesi

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için aranan özel koşul, borçluya süre verilmesidir.¹⁹⁸ Süre, borçlu temerrüde düşmeden verilemez, ancak borçluyu temerrüde düşürmek için gönderilecek ihtar ile birlikte verilebilir.¹⁹⁹

818 sayılı Mülga BK'daki "mehil" terimi yerine TBK ile süre terimini kullanılmıştır. Bahsi geçen süre, alacaklının borçluya vermiş olduğu alelade bir süre olmayıp, borçluya verilen son süredir.²⁰⁰ Bununla birlikte aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız alacaklının borçluya karşı olan seçimlik haklarını kullanabilmesi için, bahsi geçen süreyi borçluya tanınması gerekmektedir. Borçluya süre tanınması tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün özel koşulu olduğundan, bu özel koşul gerçekleşmeden meydana gelen temerrüt sonucunda alacaklı sadece gecikmiş ifa ve gecikme tazminatını talep edebilecek, diğer seçimlik haklarını ise kullanamayacaktır.²⁰¹ Başka bir ifade ile borçluya süre verilmesinin amacı, alacaklının aynen ifadan aniden vazgeçerek borçlunun yapması muhtemel ifasına engel olmamaktır.²⁰² Alacaklı tarafından borçluya tanınan süre, borçlunun temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulabilmesi için son bir

¹⁹⁷ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 688; Önen, a. g. e. s. 47.

¹⁹⁸ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 689; Önen, a. g. e. s. 47; Nomer, a. g. e. s. 284.

¹⁹⁹ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 506.

²⁰⁰ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 689.

²⁰¹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 691; Önen, a. g. e. s. 47; Nomer, a. g. e. s. 283; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 506.

²⁰² Önen, a. g. e. s. 47; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 506.

imkân olduğundan alacaklının süreyi bu amaca uygun olacak biçimde borçluya vermesi gereklidir.²⁰³

Muaccel hale gelen borcun tahsili için alacaklının borçluya gönderdiği ihtar ile borçlunun temerrüdünün genel hükümleri gerçekleşirken, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün meydana gelebilmesi için ihtarın gönderilmesinin yanında borçluya uygun bir sürenin de tanınması gerekir. TBK 123'üncü maddenin lafzına göre, borçluya ek süre verilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekmektedir. Ancak hâkim görüş uyarınca temerrütten önce muaccel hale gelmiş borca ilişkin gönderilecek ihtarla birlikte ek süre verilebilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, borçlunun temerrüde düşmüş olması ek süre verilmesinin ön şartı olmayıp, süre tayin edilmesi için borcun muaccel olması kâfidir.²⁰⁴ Bu açıdan bakıldığında ihtar ile süre verilmesinin arasındaki farkların ortaya koyulması gerekmektedir.

İhtar, sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olup olmadığına bakılmaksızın bütün borç ilişkilerinde temerrüdün genel koşulu iken, süre verilmesi sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için öngörülen bir özel koşuldur.²⁰⁵ Alacaklının borçluya gönderdiği ihtar ile borcun ve borcun muacceliyetinin hatırlatılması halinde, borçluya TBK m.123 anlamında süre verilmemektedir. Süre verilmesinde ise borcun muaccel olduğu ihtar ile borçluya bildirilmiş ve fakat borçlu borcunu ifa etmemiş, kendine tanınan işbu son süre ile borcunu bu süre içerisinde ifa etme olanağı kazanmaktadır.²⁰⁶

Borçluya alacaklı tarafından tanınan süre zarfında borçlunun mütemerrit konumu ve dolayısıyla borçlunun temerrüt faizi ve kazadan

²⁰³ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 689; Eren, a. g. e. s. 1134; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 108; Aynı şekilde bir süre ihtiva etmeyen beyanların örneğin “sizi zarardan sorumlu tutacağım” gibi irade açıklamalarının süre tayini kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Önen, a. g. e. s. 48.

²⁰⁴ Eren, a. g. e. s. 1134; Tekinay vd, a. g. e. s. 948; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 110.

²⁰⁵ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 691.

²⁰⁶ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 691.

sorumluluk hali devam etmektedir.²⁰⁷ Alacaklı tarafından borçluya süre tanınması durumunda borçlu bir nev'i temerrüdün ağır sonuçlarına karşı korunmaktadır.

Alacaklı tarafından borçluya tanınan süre, hukuki niteliği itibari ile hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır.²⁰⁸ Borçluya süre verilmesi, hukuki işlem benzeri irade beyanı olduğundan, sürenin sona ermesi durumunda ortaya çıkan sonuçlar kanunen kendiliğinden gerçekleşmektedir.²⁰⁹ Tanınan bu sürenin borçluya varması gerekir.²¹⁰ İhtarda olduğu gibi, verilen sürenin hukuki sonuç doğurabilmesi için sürenin tanındığı anda alacaklının hukuki işlem ehliyetine sahip olmalıdır.²¹¹

Borçluya verilen sürenin başlangıcı ve bitişi kesin olarak belirtilmiş olmalıdır, yani verilen sürenin bir sınırı olmalıdır.²¹² Kesinlik arz etmeyen ve açık olmayan süre tayinlerine TBK'nın öngördüğü sonuçlar meydana

²⁰⁷ Önen, a. g. e. s. 47; Secretan, Roger (Çeviri: Kemal Tahir Gürsoy): “Saticının Mütemerrit Borçluya Karşı Dermeyan Edebileceği Haklar ve Fark Nazariyesinin Ticari Olmayan Satışlara Tatbiki” AÜHFD, C.6, S. 1, 1949, s. 145.

²⁰⁸ Tekinay vd, a. g. e. s. 1264; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 689; Önen, a. g. e. s. 47; Eren, a. g. e. s. 1136; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 109; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 506.

²⁰⁹ Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 109. Yargıtay, sözleşmenin akdedilmesinden yaklaşık 1 yıl sonra alacaklının kiralananadaki ayıbın giderilmesi için davalıya süreli bir ihtar göndermeden sözleşmeden dönerek dava yoluyla peşin ödenen kira bedelinin iadesini talep etmesinin haksız olduğuna hükmetmiştir, bkz. Y3HD, 06.03.2017, 2397/2466, www.kazanci.com, E.T.:31.12.2017.

²¹⁰ Y22HD, 29.05.2017, 34437/12492, “davacı vekili tarafından davalıya 6. Noterliğinin 06.03.2013 tarih ve 1784 yevmiye numaralı temerrüt ihtarnamesine konu ettiği işçilik hak ve alacaklarının ödenmesi için yedi günlük mehil tayin etmiştir. İhtarname ekindeki tebliğ mazbatasından ihtarnamenin işverence 12.03.2013 tarihinde tebliğ alındığı anlaşılmakta olup. bu durumda yedi günlük mehil süresinin sona erdiği 19.03.2013 tarihini takip eden 20.03.2013 günü temerrüt tarihi olarak kabul edilmelidir.” Bu kararda da görüldüğü gibi tebliğ tarihi sürenin başlangıcı kabul edilmiştir. www.kazanci.com E.T.:22.11.2017.

²¹¹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 689; Önen, a. g. e. s. 47-48; Eren, a. g. e. s. 1135.

²¹² Örneğin, “size 17 Mart’a kadar süre veriyorum” şeklindeki süre tayininde borçluyu şüpheye sevk etmeyen ve sınırlı bir süre tayini söz konusudur. Bkz. Önen, a. g. e. s. 48; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 145.

gelmeyecektir.²¹³ Süre tayini kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir; ancak ileride meydana gelebilecek uyuşmazlıklara imkân vermemek adına yazı şeklinde iadeli taahhütlü mektup veya noter kanalı ile yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.²¹⁴ TBK'nın 123'üncü maddesi uyarınca, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşürülmesi için verilecek süre bizzat alacaklı tarafından verilebileceği gibi, uygun bir sürenin verilmesi hâkimden de istenebilir. Bahsi geçen bu sürenin sınırlarının ne olduğuna ilişkin kanunda bir belirleme bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki iradesi, söz konusu sürenin “uygun” olmasını belirtmekle sınırlı kalmıştır. Söz konusu uygunluk, borcun önemine, arz ettiği güçlüğü derecesine, alacaklı açısından borcun ifasının önemine ve dürüstlük kuralına uygun bir biçimde olmalıdır.²¹⁵ Alacaklı tarafından borçluya tanınan sürenin uygun olup olmadığı ise her somut olayın koşuluna göre farklılık göstermektedir.²¹⁶ Sürenin uygun olup olmadığını tespit ederken TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralından hareket edilmesi gerekir, keza alacaklı borçluya tanıdığı sürede dürüst hareket etmemiş ise temerrüdün koşulları gerçekleşmemektedir.²¹⁷ İsbetli olarak, alacaklının bu riski bertaraf edebilmesi için uygun süreyi hâkime tayin ettirmesi²¹⁸ gerekmektedir.²¹⁹ Alacaklı tarafından verilen sürenin kısa olması, süreyi hükümsüz kılmamakla

²¹³ Alacaklının “derhal”, “vakit kaybetmeksizin” veya “uygun bir süre içinde” şeklindeki beyanları ile verilen ek süre belirli olmadığından uygun süre olarak kabul edilmemekte ve geçersiz sayılmaktadır. Bkz. Eren, a. g. e. s. 1135; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 112.

²¹⁴ Önen, a. g. e. s. 51; Eren, a. g. e. s. 1134; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 110; Borcun kaynaklandığı sözleşme şekle tabi olsa bile süre verme şekle tabi değildir, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 508.

²¹⁵ Önen, a. g. e. s. 48-51; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 145; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 507.

²¹⁶ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 690; Süre alacak zamanaşımına uğramadığı müddetçe verilebilir, bkz. Eren, a. g. e. s. 1135.

²¹⁷ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 690; Önen, a. g. e. s. 49; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 145; Sürenin çok kısa verilmesi halinde uygun bir süre olmadığına ilişkin olarak borçlu tarafından itirazda bulunulabilecektir. Bkz. Eren, a. g. e. s. 1135 ve Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 145.

²¹⁸ Hâkimden süre tayin talebinin sözlü veya yazılı olarak da yapılabileceği, ihtara birlikte de yapılmasının mümkün olduğu, mahkeme tarafından süre tayini için duruşma yapılmasına gerek olmadığı şeklindeki görüş için bkz. Önen, a. g. e. s. 52.

²¹⁹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 690; Önen, a. g. e. s. 52-53; Eren, a. g. e. s. 1135.

birlikte borçlu tarafından bu süreye itiraz edilmesi mümkün olup borçlu ifa için gösterdiği çabayı ortaya koymak suretiyle dürüstlük kuralı çerçevesinde sürenin uzatılmasına karar verilmesini hâkimden isteyebilir.²²⁰ Aynı şekilde alacaklının borçluya normalden fazla süre tanınması durumunda alacaklı tanıdığı bu süre ile bağlı olmaktadır.

Kanun koyucu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre tayinine ilişkin doğabilecek tereddütleri giderebilmek adına bazı hususlarda düzenleme yapmıştır. Örneğin, TBK'nın 315'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar.

3.2.2. Borçluya Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

Alacaklı tarafından borçluya süre verilmesi, borçlunun borcunu ifa etmesine yönelik olarak son bir imkân olduğundan borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin anlaşıldığı ya da tarafların karşılıklı anlaşması ile süre tanınmasından vazgeçmeleri durumunda süre verilmesine gerek olmaksızın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü gerçekleşecektir.²²¹ Önemle belirtmek gerekir ki, süre verilmesini gerektirmeyen haller ihtar çekilmesi şartını da gereksiz hale getirirken, ihtar çekilmesini gerektirmeyen haller süre verilmesini engellemeyecektir. Şöyle ki, borcun vadesi açık ve belirli bir gün ise ihtar çekilmesine gerek olmamakla beraber kararlaştırılan bu vadenin kesin bir vade olmaması durumunda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya uygun bir süre verilmesi zorunludur.²²²

TBK'nın 124'üncü maddesi uyarınca aşağıda açıklanan hallerde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre tayin edilmeksizin borçlunun temerrüdü gerçekleşmektedir.

²²⁰ Önen, a. g. e. s. 49; Tekinay vd, a. g. e. s. 947.

²²¹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 691; Önen, a. g. e. s. 60.

²²² Kılıçoğlu, a. g. e. s. 691.

3.2.2.1. Süre Verilmesinin Etkisiz Olması

TBK'nın 124'üncü maddesi uyarınca borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek olmaksızın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde genel temerrüt koşullarının gerçekleşmesi şartıyla borçlunun temerrüdü gerçekleşir.

Süre verilmesinin etkisiz olup olmayacağı her somut olaya göre farklılık arz edebilecek bir husustur. Burada önemle belirtilmesi gereken husus ise, borçlunun kendi davranışları ile borcun ifası için son süre verilmesinin etkisiz olacağını ortaya koymasıdır.²²³ Şöyle ki, borçlu borcun ifa zamanı geldiğinde borcu açıkça ifa etmeyeceğini bildirmişse, kendisine yapılan tebligatların bila tebliğ dönmüşse, borçlu kayıplara karışmışsa, ifa için uzun bir süre hazırlık gerekirken borçlu bu hazırlığı yapmamışsa, eksik işler için borçluya süre verilmesinin sözleşmenin tüm süresi esas alındığında sözleşmeyi çok uzatacağının anlaşılması gibi durumlarda süre tayin etmeksizin borçlu hakkında temerrüt hükümleri işlerlik kazandırılmaktadır.²²⁴

3.2.2.2. Süre Verilmesinin Faydasız Olması

TBK'nın 124'üncü maddesinin 2'nci bendi uyarınca borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası, alacaklı için faydasız hale gelecekse borçluya süre tanınmasına gerek yoktur. Burada bahsedilen faydasızlık, alacaklının tabi olduğu şartlara ve sözleşmenin doğuşu zamanında gütmüş olduğu amaca göre değerlendirilmelidir. İfanın faydasızlığı temerrütten ileri gelmelidir.²²⁵ Örneğin, sözleşme yapılırken güdülen amacın gerçekleşme

²²³ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 691; Önen, a. g. e. s. 61; Eren, a. g. e. s. 1136; Vadenin dolduğu tarihte inşaatın seviyesinin %7 olduğunun anlaşılması üzerine borçluya verilecek sürenin etkisiz kalacağını açık olduğuna ilişkin Y15HD, 18.04.2002, 367/1946 sayılı ilam için bkz. Nomer, a. g. e. s. 285.

²²⁴ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 692; Önen, a. g. e. s. 61; Eren, a. g. e. s. 1136; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 528.

²²⁵ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 528.

ihtimali kalmadığı hallerde borçluya süre verilmesi faydasız olacaktır.²²⁶ Süre tayin edilmesi edimin ifasının faydasız hale gelmesine sebebiyet veriyorsa, süre verilmesine de gerek olmayacaktır. Mezuniyet töreni için elbise siparişi yapan bir kadına söz konusu elbisenin mezuniyet töreninden sonra teslim edilmesi durumunda edimin ifasının alacaklı açısından bir faydası olmayacağından, süre verilmeksizin borçlunun temerrüdü hükümlerine işlerlik kazandırılabilir. Her ne kadar burada akla elbisenin giymek ile tükenen bir nesne olmadığı gelse de önemle belirtilmesi gereken husus, alacaklının mezuniyet töreninden önce sözleşmenin yapılması anında güttüğü amacın ne olduğudur, yani objektif faydasızlıktır.²²⁷ İfanın gecikmesi durumunda alacaklı açısından ifanın faydasız kalacağı hususunun borçlu tarafından biliniyor olmasına gerek yoktur; ancak bu husus tartışmalıdır. Alman Hukukunda süre tayininden muafiyet için borçlunun böyle bir bilgiye sahip olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.²²⁸ Alacaklının kaçınılmaz ihtiyacı karşısında borçlu lehine kabul edilmiş olan süre verme zorunluluğu bertaraf edilmektedir.²²⁹ Edimin ifasının alacaklı tarafından faydasız hale gelmesi, alacaklının ifada gecikme sebebiyle edimi başka bir kimseden ya da firmadan tedarik etmesi durumunda da gerçekleşmektedir. Ancak bu hal mutlak olarak alacaklıya ek süre tanımaksızın seçimlik haklara başvuru imkânı vermediğinden, ancak belirli vadeli sözleşmelerde işlerlik kazanabilir, zira belirli vadeli sözleşmelerde borçlu edimi ne zaman ifa edeceğini bildiğinden ikame alım yapıldığında artık koruncak bir menfaati kalmamaktadır.²³⁰

Süre tayin etmeksizin alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararlarını veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarını talep etmesi için ifanın alacaklı bakımından faydasız olduğunun borçlu tarafından bilinmesi

²²⁶ Önen, a. g. e. s. 63; Bununla birlikte borçlunun borcunu ifa ettiğine veya aralarındaki sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin iddiaları karşısında süre verilmesinin faydasız olacağı açıktır, bkz. Saymen/Elbir, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, 1958, s. 752.

²²⁷ Önen, a. g. e. s. 63.

²²⁸ Nihat Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 774.

²²⁹ Önen, a. g. e. s. 63; Eren, a. g. e. s. 1137; Tekinay vd, a. g. e. s. 951.

²³⁰ Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 114.

gerekir mi? İfanın faydasız olacağı alacaklının şahsından kaynaklanan, yani borçlu tarafından tahmin edilemeyecek bir durumdan ileri geliyorsa alacaklı bu durumu borçluya açıklamalı veya kesin vadeli sözleşme yapmalıdır; ancak sözleşmenin kuruluş amacı irdelendiğinde gecikmiş ifanın alacaklı açısından yararsız olacağı anlaşılabilir ve buna rağmen borçlu temerrüde düştüyse sonucuna katlanmalıdır.²³¹

Alacaklının kaçınılmaz ihtiyacının faydasız hale gelmesinin temerrüt bakımından sonuç doğurması için faydasızlığın temerrütten kaynaklanması, yani temerrüt ile faydasızlık arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Örneğin, ifada gecikmenin yanı sıra mezuniyet töreninin iptal edilmesi durumunda faydasızlık temerrütten kaynaklanmayacak, alacaklı tarafından yine süre tayin edilmesi gerekecek, aksi takdirde alacaklı seçimlik haklarını kullanamayacaktır.²³² İfada gecikme sonucunda meydana gelen faydasızlık, borcun bir kısmıyla ilgili ise ne olacaktır? Bu durumda borcun faydasız hale gelen kısmının borcun asıl kısmına denk gelip gelmediğine bakılmalıdır. Faydasız hale gelen kısım asıl kısım, süre tayin etmeye gerek kalmayacaktır.²³³

3.2.2.3. Kesin Vadeli Bir Sözleşmenin Mevcut Olması

TBK'nın 124'üncü maddesinin 3'üncü bendi uyarınca, borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceğinin sözleşmeden anlaşılması durumunda süre verilmesine gerek yoktur. TBK, kesin vadeli işlemleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bağlamında, özel bir durum olarak düzenlemiştir.²³⁴ Söz konusu düzenleme, kesin vadeli işlem türlerinin sözleşmeler açısından farklı sonuçlar hususunun göz ardı edilmesi nedeniyle eleştirilmektedir.²³⁵

²³¹ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 529.

²³² Önen, a. g. e. s. 64.

²³³ Önen, a. g. e. s. 64.

²³⁴ Özer Seliçi, "Kesin Vadeli İşlemler", MHAD, S. 3, 1968, ss. 92-107, s. 92.

²³⁵ Kesin vadeli işlemler, mutlak kesin vadeli ve nispi kesin vadeli işlemler olarak iki türlüdür. Bkz. Keskin, a. g. e. s. 209; Mutlak kesin vadeli bir işlemin söz konusu olması durumunda ifa zamanının geçmesi ile edimin alacaklı tarafından kabul edilmeyeceği açıktır. Ancak nispi kesin vadeli

Borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre için ifa edilecek olması, kesin vadeli bir sözleşmenin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır.²³⁶ Kesin vadeli sözleşmeler, borçlunun kararlaştırılan vadede mutlaka borcunu ifa etmesini öngören sözleşmelerdir.²³⁷ Bu tür sözleşmelerde, alacaklı belirledikleri vadede borcun ifasını kesin olarak istemekte ve o tarihte borcun ifasını beklemekte, vadenin geçirilmesinden sonra ifayı kabul etmeyeceği yönünde bir irade açıklamasında bulunmaktadır.²³⁸ Örneğin, teslim edilecek taşınır bir malın en geç hangi tarihe kadar teslim edilmesi gerektiğini öngören sözleşmeler, kesin vadeli sözleşmelerdir.²³⁹ Bununla birlikte vadedeki kesinlik, sözleşmede yer alan belirleme dışında hal ve şartların genel durumundan veya sözleşme konusu malın cinsinden de anlaşılabilir. Örneğin, teslimde geciktirildiği takdirde çürüyebilen meyve, sebze, sürekli fiyat değişikliğine uğrayan taşınır mallar söz konusu olduğunda yine kesin vadenin olduğundan söz etmek mümkündür.²⁴⁰

sözleşmelerde, edimin ifa zamanının geçirilmesinden sonra ifa edilmesinin alacaklı yönünden anlamı kalmayabilir, mutlak kesin vadeli sözleşmelerde olduğu gibi bir kesinlik söz konusu değildir. TBK'nın 124'üncü maddesinde yer alan düzenleme, mutlak kesin vadeli sözleşmeler bakımından anlam ifade etmekte ancak nispi kesin vadeli sözleşmeler açısından yerinde bir düzenleme barındırmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Yavuz, Borçlar Kanunu Değişiklikler, 214; 3'üncü fıkra ile bahsi geçen sözleşme türünün kesin vadeli sözleşme olduğu dikkate alındığında, borçlunun ifa imkansızlığı ile karşı karşıya kaldığında ifayı kabul etmesinden de söz edilemeyeceği, bu yüzden yerinde bir düzenleme olmadığına ilişkin olarak bkz. İlhan Helvacı, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli hakkında Kanun, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2011, s. 276.

²³⁶ Keskin, a. g. e. s. 209; Seliçi, a. g. e. s. 99.

²³⁷ Eren, a. g. e. s. 1137; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 529; Tarafların sözleşmede kesin vade belirlemeleri ile akdin ikincil unsurunu asli unsur haline getirdiklerine ilişkin görüş için bkz. Önen, a. g. e. s. 65.

²³⁸ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 693; Önen, a. g. e. s. 50; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 529; Seliçi, a. g. e. s. 98.

²³⁹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 693; Ayrıca sözleşme tarihinden itibaren azami 14 ay veya en geç 5 ay zarfında gibi ifadeler kesin vade ihtiva eder. Bkz. Önen, a. g. e. s. 65; Aynı yönde Eren, a. g. e. s. 1138; Seliçi, a. g. e. s. 100.

²⁴⁰ Önen, a. g. e. s. 65-66; Eren, a. g. e. s. 1137.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birisinin borcu kesin vadeli olabileceği gibi, her iki tarafın borcu da kesin vadeli olabilir. Kesin vade borcun muaccel olacağı ve temerrüdün ortaya çıkacağı anı gösterirken bir taraftan da alacaklının temerrütten kaynaklanan seçimlik haklarını borçluya ek süre tayin etmesine gerek olmaksızın kullanabilme imkânı sağlar.²⁴¹ Sözleşme ile kesin vadenin kararlaştırılması, alacaklıya sadece süre vermeksizin sözleşmeden dönme hakkı verdiği, derhal bildirmek kaydıyla diğer seçimlik haklarını da kullanmasının önüne geçmediği kabul edilmektedir.²⁴² Taraflardan birisinin ediminin kesin vadeli olması, doğrudan karşı tarafın edimini kesin vadeli hale getirmeyeceğinden edimi kesin vadeye tabi olmayan borçlunun temerrüdünde seçimlik hakların kullanılabilmesi için TBK uyarınca uygun bir sürenin tanınması gerekmektedir. Kesin vadeli olmayan bir sözleşmenin kesin vadeli hale getirilmesi mümkün müdür? Bu durumda süre verilmesi de bertaraf edileceğinden alacaklının ve borçlunun karşılıklı rızaları ile sözleşmenin vadesinin kesin vadeye dönüştürülmesi mümkündür.²⁴³

Kesin vadeli sözleşmelerde, borçlunun vade tarihinde borcunu ifa etmemesinin sonuçları nelerdir? Öğretide, borçlunun borcunu ifa etmemesinin doğal sonucu olarak temerrüdün varlığından söz edilse de kararlaştırılan vadeden sonra borcun ifasının kabul edilmeyeceğine ilişkin açık ya da örtülü bir belirlemenin yapılması halinde imkânsızlıktan söz edilebileceğini savunan yazarlar da mevcuttur.²⁴⁴ Ancak kesin vadeli işlemlerde imkânsızlık ile ifanın zamanında yapılmaması durumları birbirinden farklılık arz etmektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, kesin vade, alacaklının borçluya süre tayin etmesine gerek

²⁴¹ Keskin, a. g. e. s. 211; YHGK, 24.02.2016, 23-724/168, www.kazanci.com E.T.:22.11.2017; Ayrıca süre verilmesine gerek olmaması, belirli vade ile kesin vadeyi birbirinden ayıran en önemli unsurdur, bkz. Keskin, a. g. e. s. 219.

²⁴² Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 530.

²⁴³ Önen, a. g. e. s. 66.

²⁴⁴ Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, s. 104; Keskin, a. g. e. s. 211; İfa zamanının sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilmesi durumunda temerrütten değil imkânsızlıktan söz edilebilir şeklindeki görüş için bkz. Tunçomağ, a. g. e. s. 517.

kalmaksızın borçluyu temerrüde düşürmesine yol açmaktadır. Taraflar için her ne kadar ifanın gününde belki de saatinde yapılması önem arz etse de, ifanın zamanın geçmiş olması ifanın imkânsızlaşması anlamına gelmeyeceği gibi, alacaklının –menfaatine göre- seçimlik haklarını kullanarak aynen ifası mümkün edimin ifasını talep etme imkânı söz konusudur.

Süre verilmesini gerektirmeyen haller, TBK'nın 124'üncü maddesinde belirtilen hallerle sınırlı değildir. TBK'nın özel hükümler kitabında da süre verilmesine gerek olmayan haller hüküm altına alınmıştır. Bunlara örnek olarak, TBK'nın 212'nci maddesinde düzenlenen ticari alım-satımlarda teslim için ayrı bir sürenin tayin edilmesi durumunda bu sürenin kesin vade olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına bakılmaksızın, süre verilmesi aranmadan borçlunun temerrüdünde seçimlik haklar kullanılabilir. TBK'nın 235'inci maddesinde de durum bu şekildedir. Bu tür düzenlemelerle amaçlanan alacaklıya kolaylık sağlamaktır.²⁴⁵

3.2.3. Verilen Süre İçerisinde Borçlunun Edimini İfa Etmemesi

Borçlu edimini ifa etmesi gereken zamanda ifa etmezse, temerrüde düşer ve alacaklı süre tayin etmek suretiyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan seçimlik haklarını kullanabilir.²⁴⁶ Alacaklı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede borçlunun temerrüdü nedeniyle kendisine tanınan seçimlik haklar kullanabilmek için borçluya verdiği son sürede borçlunun edimini ifa etmemesi durumunda borçlunun borca aykırı davranışlarından doğan zararların giderilmesini isteyebilir.²⁴⁷

²⁴⁵ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 531.

²⁴⁶ Havutçu, a. g. e. s. 31; Nomer, a. g. e. s. 285.

²⁴⁷ YHGK, 24.02.2016, 23-724/168, “temerrüde düşen borçluya alacaklının uygun bir mehil vermesi demek, temerrüde rağmen alacaklının daha ne kadar süreyle ifayı kabule rıza gösterdiğini bildirmesi demektir. Kuşku yok ki, yasa uygun bir mehil tayini suretiyle borçluyu temerrüdün sonuçlarından korumak istemiştir. Verilen sürenin uygun olup olmadığını saptamak için olayın özelliğinin gerektirdiği iyi niyet kurallarına riayet edilip edilmediğine bakmak gerekir.” www.kazanci.com, E.T.:22.11.2017.

4. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERRÜT HALİNDE KUSURUN ROLÜ

Kusur, genel anlamda borçlunun temerrüde düşmesi için var olması gereken şartlardan değildir. Türk Borçlar Hukukunda borçlunun edimini ifa etmeyip borca aykırı davranmasında kusurlu davranışı aranmamış, bu konuda objektif borca aykırılık teorisi benimsenmiştir.²⁴⁸ Temerrüt halinde borçlunun kusurunun aranmamasının sebebi, temerrüdün borçlunun kişiliğinden soyutlanmış objektif bir durum olmasıdır.²⁴⁹

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için aranan kusur, kusurun her derecesini kapsamakta olup, borçlunun kasıtlı veya ihmali davranışlarla temerrüde düşmesi durumunda dahi kusurlu olduğu kabul edilerek tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından temerrüdün sonuçlarının borçlu için hüküm ifade edeceği kabul edilir.²⁵⁰ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun kusurlu olabilmesi için TMK uyarınca ifa zamanında edimin ifa edilmesi esnasında ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan borçlu, ifa zamanında kusurlu sayılamayacaktır.²⁵¹ Aynı şekilde borçlu ifa zamanında edimini beklenmedik hal veya zorunluluk hali nedeniyle ifa edemediğini kanıtlarsa, kusurlu olmadığı kabul edilir.²⁵²

²⁴⁸ Havutçu, a. g. e. s. 33; Eren, a. g. e. s. 1122; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 78-79.

²⁴⁹ Eren, a. g. e. s. 1122; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 78.

²⁵⁰ Havutçu, a. g. e. s. 35; Anık, a. g. e. s. 217.

²⁵¹ Havutçu, a. g. e. s. 35.

²⁵² Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 488-489.

BÖLÜM III.

TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN ORTAYA ÇIKARDIĞI SONUÇLAR

1. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNE BAĞLANAN GENEL HUKUKİ SONUÇLAR

Borçlunun yerine getirmekle yükümlendiği edimini ifade temerrüde düşmesine bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu hukuki sonuçlar, edimin ifasında ortaya çıkan gecikmeye karşı alacaklıyı korumak ve borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesinin alacaklı aleyhine bozulmasının önüne geçebilmek amacıyla getirilmiştir.²⁵³ Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçlarını düzenleyen hükümler emredici nitelikte olmayıp, taraflar kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile kanunda yer alan düzenlemeleri kısmen veya tamamen değiştirmek suretiyle kendi iradelerine göre farklı hükümler kararlaştırabilirler.²⁵⁴

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün ortaya çıkardığı sonuçlar genel ve özel hukuki sonuçlardır. Genel hukuki sonuçlar tüm borç ilişkileri için geçerli olan sonuçlar olup, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için kanunda bazı özel sonuçlara da yer verilmiştir. Bu nedenle borçlunun temerrüdünün genel sonuçları da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından geçerlidir.

Borçlunun temerrüdünün genel ve özel sonuçları, sistematik olarak, TBK'nın 117'nci maddesi ile 125'inci maddesinde düzenlenmiştir. TBK'nın

²⁵³ Havutçu, a. g. e. s. 36; Önen, a. g. e. s. 67.

²⁵⁴ Havutçu, a. g. e. s. 36.

118'inci maddesi, kaynağı veya türü ne olursa olsun her türlü borç ilişkisinden kaynaklanan borçlunun temerrüdü sonucunda doğacak borçlunun temerrüdünün genel sonuçlarını hükme bağlamıştır. TBK'nın sistematığıne uygun olarak ele alındığında, 119'uncu maddesinde beklenmedik halden sorumluluğun, 120-122'nci maddeleri arasında ise para borçlarında temerrüdün sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir. Para borçlarından doğan temerrüt esasen borçlunun temerrüdünün özel sonuçları arasında yer alsa da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü sonuçlar ele alındığında genel sonuç olarak değerlendirilerek, borçlunun temerrüdünün genel sonuçları arasında açıklanmıştır. Bahsi geçen bu genel sonuçlar, sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasında dahi uygulama alanı bulmaktadır.

1.1. Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Zararların Tazmini

Borçlu, mütemerrit de olsa sözleşme ile yükümlendiği edimi ifa ile mükelleftir. Alacaklı ise gecikmiş de olsa ifayı kabul etmek durumundadır.²⁵⁵ Zira TBK, alacaklıya aynen ifadan vazgeçme hakkını belli şartlar altında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tanımıştır.²⁵⁶ Alacaklı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede borçlunun temerrüdünün söz konusu olması halinde borçluya süre tanımamışsa seçimlik haklarını kullanamaz ve dolayısıyla aynen ifayı reddedemez. Gerçekten de borçluya ifa için süre vermiş olan alacaklı, ifa söz konusu olmadığında aynen ifa ve gecikme tazminatı yolunu seçecekse, süreyi boşuna tanımış olacaktır; çünkü süre vermek alacaklıya ifadan vazgeçme imkânı tanımak için kabul edilmiş bir yoldur.²⁵⁷

1.1.1. Aynen İfa

Aynen ifa talebi, borçlunun sözleşme ile yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimin yerine getirilmesini talep etme olarak anlamlandırılmaktadır.²⁵⁸

²⁵⁵ Eren, a. g. e. s. 1122; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 694.

²⁵⁶ Havutçu, a. g. e. s. 37; Önen, a. g. e. s. 67; Feyzioğlu, 1977 s. 242.

²⁵⁷ Önen, a. g. e. s. 68; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 118; Turgut Uygur, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankarai Seçkin Yayınları, 2012, s. 827.

²⁵⁸ Önen, a. g. e. s. 69.

Bu talebin yerine getirilebilmesi için aynen ifanın mümkün olması gerekir.²⁵⁹ Borçlu, muaccel bir borcu ihtara veya belirli bir vadenin dolmasına rağmen yerine getirmemekte direnmiş, zaman yönünden borcu geciktirmiştir; ancak borçlanılan edimin ifası mümkün olduğu sürece alacaklı borçlanılan edimin aynen ifasını her zaman isteyebilir ve ifa davası açabilir.²⁶⁰ Kusursuz temerrüt söz konusu ise alacaklı sadece aynen ifa ile borçlanılan para ise temerrüt faizini isteyebilir.²⁶¹

Alacaklının, aynen ifayı talep etme yönünde bir iradesi mevcut ise herhangi bir beyanda bulunmasına gerek bulunmamaktadır.²⁶² Borçlunun temerrüdünün kusura dayanmayan sonuçlarından olan aynen ifayı talep hakkı, kural olarak borcun tüm türleri için geçerli olan bir sonuçtur. Ancak burada yapma ve yapmama borçları bakımından aynen ifa talebi yspms ve yapmama borçları bakımından özellik arz eder. Yapma ve yapmama borçlarında borcun zamanında ifa edilmemesi, imkânsızlığa yol açabileceğinden alacaklının uğradığı zarar, TBK'nın 113/2 maddesi uyarınca giderilir.²⁶³ Yapma ve yapmama borçlarında edimin ifasının mümkün olduğu hallerde temerrüt hükümleri uyarınca aynen ifanın talep edilmesi söz konusu olacaktır.

1.1.2. Gecikme Tazminatı

Gecikme tazminatı, TBK'nın 118'inci maddesinde düzenlenmektedir. Borçlunun borçlandığı edimi zamanında ifa etseydi alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile söz konusu ifanın geç yapılması nedeniyle arz ettiği durum arasındaki farka, gecikme zararı; bu zararın tazmini için ödenecek tazminata da gecikme tazminatı adı verilir.²⁶⁴ Gecikme tazminatının kapsamına, fiilen uğranılan zararlar ile yoksun kalınan kazanç girmektedir.²⁶⁵ Önemle belirtmek gerekir ki, gecikme tazminatının kapsamına, gecikmiş olan

²⁵⁹ Önen, a. g. e. s. 72; Eren, a. g. e. s. 1122; Nazikioğlu, a. g. e. s. 676; Nomer, a. g. e. s. 268.

²⁶⁰ Eren, a. g. e. s. 112-1123; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 694; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 117; Nomer, a. g. e. s. 268.

²⁶¹ Eren, a. g. e. s. 1122.

²⁶² Oğuzman/Öz a. g. e. s. 486.

²⁶³ Tekinay vd, a. g. e. s. 921.

²⁶⁴ Eren, a. g. e. s. 1126; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 486.

²⁶⁵ Önen, a. g. e. s. 73; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 695; Nazikioğlu, a. g. e. s. 676.

edimin değeri girmemektedir²⁶⁶; ancak temerrüt nedeniyle edimin maruz kaldığı değer kaybı gecikmeden doğan bir zarar olarak nitelendirilebilir. Gecikme zararı, hukuki niteliği itibariyle olumlu bir zarar olup, ihtar ve takip giderleri, edimin ifası için yapılan masraflar, edimde meydana gelen değer kayıpları, edim ifa edilseydi ondan elde edilecek kazançtan yoksun kalınması da gecikme tazminatının konusunu oluşturmaktadır.²⁶⁷

Gecikmiş ifadan doğan zararın tazmini konusunda hangi sürenin esas alınacağına ilişkin kanunda bir açıklık bulunmamasıyla birlikte bu gecikmenin borçlunun temerrüdünün bir sonucu olduğu göz önünde bulundurulduğunda tazminatın hesaplanacağı süre hususunda temerrütten sonraki gecikme süresinin alınması gerekmektedir. Zira para borçlarındaki gecikmeden kaynaklı olarak alacaklıya ödenen temerrüt faizi ile gecikme tazminatı benzer nitelikli tazminatlar olup, para borçlarında gecikme tazminatına hükmedilemeyecek, temerrüt faizi alınabilecektir.²⁶⁸

Aynen ifa ile gecikme tazminatının her zaman birlikte istenilmesine gerek bulunmamaktadır. Gecikme tazminatına konu zararlar aynen ifa gerçekleştikten sonra dahi ortaya çıkabileceği gibi, aynen ifa talebinin öncesinde de meydana gelebilir. Bazı hallerde aynen ifa halen mümkün olmakla birlikte aynen ifayı talep etmek alacaklı açısından uygun olmayabilir veya borçludan aynen ifayı talep etmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. İşte bu gibi hallerde aynen ifa talep edilse bile mahkeme tarafından bu talep tazminat şeklinde karara bağlanmalıdır.²⁶⁹ Taraflar, gecikmiş ifadan doğan zararlar için ödenecek olan gecikme tazminatı miktarını önceden belirleyebilirler.²⁷⁰

Gecikme tazminatı, bazı şartların birlikte gerçekleşmesi halinde alacaklı tarafından talep edilebilir:

²⁶⁶ Eren, a. g. e. s. 1126; Havutçu, a. g. e. s. 38.

²⁶⁷ Havutçu, a. g. e. s. 38; Eren, a. g. e. s. 1127; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 695; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 486.

²⁶⁸ Havutçu, a. g. e. s. 38; Eren, a. g. e. s. 1127.

²⁶⁹ Önen, a. g. e. s. 72; Eren, a. g. e. s. 1125; Anık, a. g. e. s. 218.

²⁷⁰ Nomer, a. g. e. s. 270.

1.1.2.1. Borçlu Temerrüde Düşmelidir ve Geç İfadan Kaynaklanan Bir Zarar Doğmuş Olmalıdır.

Alacaklı, borçlunun edimini geç ifa etmesi nedeniyle bir takım zararlara uğrayabilir ve bu zararlar edim aynen ifa edilse dahi giderilmeyecek boyutlara varabilir. Böyle bir durumda alacaklı aynen ifanın yanında ifanın geç yapılmasından kaynaklanan zararlarının gecikme tazminatı ile giderilmesini talep edebilir. Borçlunun temerrüdü halinde genel hükümler çerçevesinde istenilen gecikme tazminatı, temerrüt sebebiyle alacaklının malvarlığında meydana gelen olumlu zararların tazminini konu alır.²⁷¹ Söz konusu olumlu zararlar fiili zarar ve yoksun kalınan kar olup, bu zararların kapsamına ihtar ve hukuki takip giderleri, karşı edimi zamanında alabilmek adına yapılan hazırlık masrafları, alacaklının geciken edim yerine ikame etmek zorunda kaldığı şeylere ait masraflar girmektedir.²⁷²

Alacaklının uğradığı zarar, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi geç ifa etmesi nedeniyle ortaya çıkar. Önemle belirtmek gerekir ki, mütemerrit bir borçlunun yerine getirdiği ifa, geç ifadır.²⁷³ Borçlunun borcunu, borcun muaccel olmasından sonra ve fakat temerrüde düşmeden önce ifa etmesi durumunda geç ifa söz konusu olmayacağı için, gecikme tazminatından da bahsedilemeyecektir.²⁷⁴ Borçlunun borçlandığı edimi geç ifa ettiğini ve bu sayede temerrüde düştüğünü, alacaklı ispat etmek durumundadır.²⁷⁵ Yine gecikme zararının meydana geldiğini ve bunun miktarını ispat külfeti alacaklıda olup, TBK 118'inci maddenin düzenleyici bir hukuk normu olması nedeniyle taraflar bu konuda sorumsuzluk anlaşması yapabilirler.²⁷⁶

Borçlunun temerrüdü neticesinde edimin ifa edilmemesi ile alacaklının şahsiyet haklarının zarar görmesi halinde uğradığı manevi

²⁷¹ Tekinay vd, a. g. e. s. 1239; Barlas, a. g. e. s. 116; Havutçu, a. g. e. s. 37; Önen, a. g. e. s. 72; Nomer, a. g. e. s. 269; Feyzioğlu, 1977 s. 243.

²⁷² Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 85.

²⁷³ Eren, a. g. e. s. 1126.

²⁷⁴ Eren, a. g. e. s. 1126; Uygur, a. g. e. s. 761.

²⁷⁵ Eren, a. g. e. s. 1126; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 695; Nazikioğlu, a. g. e. s. 676.

²⁷⁶ Eren, a. g. e. s. 1127.

zararların tazminini isteyebilecek midir? Şahsi menfaatler, insandan ayrılması mümkün olmayan vasıf ve değerler olduğundan, söz konusu vasıf ve değerlerin temerrüt sonucunda ihlal edilmesi durumunda alacaklının uğramış olduğu manevi zararın da borçludan tahsil edilmesinde bir hukuki engelin bulunmadığı, temerrüt sonucunda alacaklının uğradığı manevi zararların borçludan tahsilinin aksine hakkaniyete ve hukuka uygun olacaktır.²⁷⁷

1.1.2.2. Zarar ile Geç İfa Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır.

TBK'nın 118'inci maddesi uyarınca, borçlu borcun geç ifasından doğan zararı, tazmin etmekle mükelleftir. Alacaklı tarafından gecikme tazminatı talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması ve ifanın geç yapılması nedeniyle ortaya bir zararın çıkması yeterli olmayıp, söz konusu iki olgu arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Uygun illiyet bağı anlamında hem tabii illiyet hem de uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir.²⁷⁸

Geç ifa, hayatın olağan akışına göre somut olayda meydana gelen zararın doğmasına niteliği icabı elverişli ise uygun illiyet bağının varlığından söz edilir. Uygun illiyet bağının varlığını ispat yükü yine alacaklıdadır.²⁷⁹

1.1.2.3. Zarar, Borçlunun Kusurlu Davranışından Doğmuş Olmalıdır.

TBK'nın 118'inci ve 122'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca borçlunun geç ifadan doğan gecikme zararlarından sorumlu olması için kusurlu olması gerekir. Borçlu, her türlü kusurundan sorumlu olup, kusuru kast veya ihmal suretiyle ortaya çıkabilir. TBK'nın 118'inci maddesinden düzenlenen gecikme tazminatı, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zarar olarak ifade edilmiş olup, temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe gecikme tazminatı ödemekten kurtulamaz. TBK'nın 118'inci maddesi uyarınca borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederse, gecikme tazminatı ödemekten kurtulur.²⁸⁰

²⁷⁷ Önen, a. g. e. s. 75-76.

²⁷⁸ Eren, a. g. e. s. 1128; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 695; Tekinay vd, a. g. e. s. 925.

²⁷⁹ Eren, a. g. e. s. 1128; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 695.

²⁸⁰ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 486; Borçlu kusursuz olduğunu ispatlarken, borcu zamanında ve gecikmeden ifa edebilmek için gerekli tüm tedbirleri aldığını, gecikmede herhangi bir ihmal veya kastının olmadığını ispatlamalıdır, bkz. Anık, a. g. e. s. 218.

Görüldüğü gibi kanun koyucu kusuru ile temerrüde düşmediğine ilişkin ispat yükünü borçluya yüklemiştir.²⁸¹ Esasen bu husus, ifade gecikmenin borçlunun kusurundan kaynaklandığı yönünde kanuni bir karinenin varlığını ortaya koyar.²⁸² Alacaklı ise, temerrüt nedeniyle uğradığı zararları TMK'nın 6'ncı maddesi uyarınca kendisi ispatla mükelleftir.

Gecikme tazminatının tahsili için açılacak davada zamanaşımı genel zamanaşımı olan 10 yıllık zamanaşımı olup, zamanaşımı süresi ise borcun muaccel hale gelmesiyle birlikte işlemeye başlar.²⁸³

1.2. Beklenmedik Halden Sorumluluk

TBK'nın 119'uncu maddesinde kendi kusuru ile temerrüde düşen borçlunun temerrüdü halinde beklenmedik halden sorumluluğuna ilişkin hüküm yer almaktadır. Buna göre, temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Beklenmedik hal, borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen, borçlu tarafından önlenemeyen ve edimin ifasını imkânsız kılan hallerdir.²⁸⁴ Somut olayda aranması gereken kusur, borçlunun temerrüde düşmesindeki kusurdur.²⁸⁵ Zira ifa süresi içinde borç

²⁸¹ Eren, a. g. e. s. 1128; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 695; Nazikioğlu, a. g. e. s. 677; Anık, a. g. e. s. 218.

²⁸² Feyzioğlu, 1977 s. 243; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 487.

²⁸³ Önen, a. g. e. s. 79; Nazikioğlu, a. g. e. s. 677.

²⁸⁴ Barlas, a. g. e. s. 117; Havutçu, a. g. e. s. 38; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 695; Uygur, a. g. e. s. 764.

²⁸⁵ Eren, a. g. e. s. 1129; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 489; Nomer, a. g. e. s. 270; Tekinay vd, a. g. e. s. 1242; Eren, a. g. e. s. 1129; Borçlunun beklenmedik halden ötürü sorumluluktan kurtulabilmesi için, temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispatlayıp ispatlamayacağı öğretide tartışmalıdır. Kılıçoğlu, borçlunun temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispatlamak zorunda olmadığını, zira kazanın daima borçlunun veya işletmesinin kusuru olmadan da meydana gelebileceğini, TBK'nın 119'uncu maddesinde yer alan "borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını" ispat ederek sorumluluktan kurtulmasının zarardan sorumluluk olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. Kılıçoğlu, a. g. e. s. 697; Söz konusu görüşe katılmak mümkün değildir zira kanunda açıkça temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispattan söz edilmekte olup, bu görüşün kabulü ile imkansızlık hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır.

imkânsızlaşırorsa temerrütten söz edilemeyecektir.²⁸⁶ Borçlunun beklenmedik halden sorumluluğu yalnızca para borçlarında söz konusu olmaktadır.²⁸⁷

Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini yani beklenmedik halin kaçınılmaz olduğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Beklenmedik hal öngörülemez bir durum olsa da, borçlunun kusuru ile temerrüde düşmüş olmasının beklenmedik hale dolaylı da olsa etki etmesi gerekir. Yani, beklenmedik hal ile temerrüt arasında tabii bir illiyet bağı bulunmalıdır.²⁸⁸ Borçlu mütemerrit olmayıp borcu zamanında ifa etseydi, söz konusu beklenmedik hal, borç konusu edim alacaklının nezdinde iken de gerçekleşecekse, sorumluluk söz konusu olmayacaktır.²⁸⁹

1.3. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Ödeme Yükümü ve Aşkın Zarardan Sorumluluk

Para günümüzde temel değişim aracıdır. Para borcu, belirli ya da belirlenebilir nitelikte bir miktar paranın alacaklıya aktarılması borcun konusunu teşkil ediyorsa söz konusu olur.²⁹⁰ Birçok borç ilişkisinin konusunu oluşturan veyahut borçlunun yerine getirmekle yükümlendiği edimi olan para, kanun koyucu tarafından temerrüt bağlamında ayrıca ve daha ağır sonuçlara bağlanmıştır.²⁹¹ Borcun kaynağı ne olursa olsun, para borcunda temerrüt söz konusu ise TBK'nın 120'nci maddesinde düzenlenen hükümler işlerlik kazandırılacaktır. Faiz ise, belirli bir para alacağının alacaklısının alacağından belirli bir süre mahrum kalması karşılığında yıllık yüzdeler halinde sağlanan medeni semere, para alacağının bir tür ücreti veya kirası olarak tanımlanmaktadır.²⁹²

²⁸⁶ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 488.

²⁸⁷ Eren, a. g. e. s. 1128; Nomer, a. g. e. s. 270.

²⁸⁸ Eren, a. g. e. s. 1129; Anık, a. g. e. s. 218; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 489.

²⁸⁹ Eren, a. g. e. s. 1129; Anık, a. g. e. s. 218; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 489.

²⁹⁰ Emin Zeytinoğlu, "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.4, S. 8 2005, s. 254; Barlas, a. g. e. s. 10.

²⁹¹ Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 91-92.

²⁹² Arslan Kaya, "Adi ve Ticari İşlerde Faiz", İHFM, C.LIV, Yıl:1994, s. 347.

Borçlunun temerrüdünün para borçları anlamında iki sonucu bulunmakta olup, bunlar temerrüt faizi ve temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın zararın tazminidir.²⁹³ Bu iki sonuç tek tek aşağıda incelenecektir.

1.3.1. Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi, para borcunu ifadaki gecikme nedeniyle ödenmesi gereken faiz olup, temerrüdün doğumundan para borcunun ifa edileceği güne kadar işleyen borç olarak tanımlanabilir.²⁹⁴ Temerrüt faizi, para borçlarında gecikme tazminatını karşılamak ve tazminatın alt sınırını teşkil etmek amacıyla ihdas edilmiş bir faiz türüdür.²⁹⁵ Temerrüt faizi yasal bir faiz olduğundan, temerrüt faizi ödeme yükümü doğar doğmaz muaccel hale gelir.²⁹⁶ Alacaklı, borç konusundan mahrum kaldığı süre boyunca işleyecek faizi, temerrüt süresince mahrum kaldığı asgari zararı karşılatmak hakkına sahiptir.²⁹⁷ Temerrüt faizi, ifada gecikme nedeniyle temerrüde düşen borçlunun bu temerrüt nedeniyle alacaklının çıkarları aleyhine menfaat sağlamasının önüne geçilmesine hizmet eder.²⁹⁸ Temerrüt faizi ödeme borcu doğrudan kanundan kaynaklanan fer'i bir alacaktır.²⁹⁹

Borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümü bakımından temerrüde kusurlu ya da kusursuz düşmüş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Her koşulda borçlu temerrüt faizi ödemekle mükelleftir. Borçlunun temerrüt nedeniyle doğan zararların tazmininde kusurlu olmadığına dair kurtuluş kanıtı getirmesi durumunda temerrüt nedeniyle doğan zararları tazmin etmekten

²⁹³ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 697.

²⁹⁴ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 698; Nomer, a. g. e. s. 270.

²⁹⁵ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 491; Gecikme tazminatının hukuki yönden alacağın geç ödenmesini önlemeye yönelik bir tedbir olduğu, gecikme tazminatının sözleşme ile kararlaştırılması ile artık cezai şarttan söz edileceği, gecikme tazminatına kanunda öngörüldüğü hallerde başvurulabileceği hakkında aksi görüş için bkz. Kaya, a. g. e. s. 348.

²⁹⁶ Temerrüt faizinin başlangıç tarihi olarak borçlunun temerrüde düştüğü tarih, belirli vadeli sözleşme söz konusu ise ifa gününün sona erdiği tarih, alacaklı tarafından ihtar çekildi ise ihtarın borçluya vardığı tarih dikkate alınır. Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Refet Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, Yargıtay Yayınları No:19, 1987, s. 240; Nomer, a. g. e. s. 270; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 93.

²⁹⁷ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 698.

²⁹⁸ Havutçu, a. g. e. s. 38.

²⁹⁹ Havutçu, a. g. e. s. 38; Kaya, a. g. e. s. 350.

kurtulabildiği halde, temerrüt faizi ödemekten kurtulamamaktadır.³⁰⁰ Kanun koyucu kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca borçlunun alacaklıyı zarara uğrattığını kabul ederek, bu zararı asgari ölçüde temerrüt faizi ile karşılamayı hedeflemiştir.³⁰¹ Bununla birlikte alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için temerrüt sonucunda gerçekten bir zarar görmesi gerekmez, alacaklı hiçbir zarar görmese bile veya gördüğü zarar temerrüt faizinden daha düşük olsa bile temerrüt faizini talep edebilir. Borçluya alacaklının zarara uğramadığını kanıtlamak suretiyle temerrüt faizi ödeme yükümünden kurtulma imkânı tanınmamıştır.³⁰² Bu özelliği ile temerrüt faizi, götürü tazminat niteliğindedir.³⁰³

Temerrüt faizinin oranını taraflar kendi aralarında kararlaştırabilecekleri gibi kanun ile getirilen düzenlemeler doğrultusunda belirlenen oranlar üzerinden temerrüt faizi dikkate alınabilir. Taraflar aralarında temerrüt faiz oranını serbestçe kararlaştırabilirler ancak bunun sınırını TBK'nın 28'inci maddesinde düzenlenen aşırı yararlanma oluşturmaktadır. Kararlaştırılan faiz oranının TBK anlamında aşırı yararlanmaya yol açması halinde borçlu tarafından faiz oranının indirilmesi için hâkime başvurulabilir.³⁰⁴ Ayrıca hâkimin temerrüt faizine hükmedebilmesi için alacaklının zamanaşımı olgusu gözetilmek suretiyle asıl alacak ile birlikte temerrüt faizini de talep etmesi gerekir, aksi halde hâkim kendiliğinden temerrüt faizine hükmedemez.³⁰⁵ Bununla birlikte, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu³⁰⁶, icra takibinde alacaklının temerrüt faizi talep ettiği, bu faizin temerrüt tarihinden itibaren işlemlerini istediği, ancak başlatmış olduğu icra takibinde sadece faizi talep ettiği, başlangıç tarihini

³⁰⁰Kılıçoğlu, a. g. e. s. 698; Havutçu, a. g. e. s. 39; Nomer, a. g. e. s. 271; Tekinay vd, a. g. e. s. 930; Uygur, a. g. e. s. 768; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 491.

³⁰¹ Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 94.

³⁰² Havutçu, a. g. e. s. 39; Tekinay vd, a. g. e. s. 1246; Barlas, a. g. e. s. 134; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 94; Nomer, a. g. e. s. 271; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 491.

³⁰³ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 491.

³⁰⁴ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 619; Nomer, a. g. e. s. 274; Kaya, a. g. e. s. 357.

³⁰⁵ Tekinay vd, a. g. e. s. 930; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 94; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 498.

³⁰⁶ YİBK, RG. Sayı, 9839, Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 499.

belirtmediği bu nedenle temerrüt faizinin icra takibi tarihinden itibaren işletilmeye başlanması gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu karar, “Takip Talebi ve Muhtevası” başlıklı İİK 58’inci maddesinin 3’üncü beninde yer alan, “Alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi” hükmü doğrultusunda ihdas edilmiştir.

Tarafların kendi aralarında serbestçe temerrüt faiz oranını kararlaştırmalarına ilişkin TBK ve diğer özel kanunlarla birtakım istisnalar getirilebilir. Örneğin, Bankalar ve diğer finans kurumlarınca belirlenen faiz oranlarına yetkili mercilerce sınırlama getirilebilir.³⁰⁷

Ticari olmayan işlerde temerrüt faizi, akdi faiz ve kanuni temerrüt faizi olarak ikiye ayrılır. Kanuni faiz, TBK’nın 120’nci maddesinde düzenlenmiş olup, adi işler için kullanılan faiz oranıdır.³⁰⁸ Sözü edilen madde hükmü uyarınca, somut olayda uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, yıllık faiz oranının³⁰⁹ yüzde yüz fazlasını aşamaz. Söz konusu üst sınır, TBK’nın 120/2 maddesi ile getirilmiştir. Bu sınırın bulunmadığı zamanlarda, aşırı yüksek faiz uygulanmakta, somut olay adaletinin sağlanabilmesi için hâkimin tenkis yetkisini kullanması veya faizin ahlaka veya kişilik haklarına aykırı sayılması gibi çözümler bulunmuştur.³¹⁰ Söz edilen mevzuat bağlamında 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1’inci maddesinin 1’inci ve 2’nci fıkrası uyarınca verilen Bakanlar Kurulu kararı doğrultusunda ticari olmayan işlerde uygulanacak kanuni faiz, %9’dur. Taraflar, sözleşme ile daha yüksek bir faiz oranı kararlaşırlarsa, alacaklının ayrıca bir talepte bulunmasına gerek olmaksızın

³⁰⁷ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 619.

³⁰⁸ Nomer, a. g. e. s. 274; Ticari olan ve olmayan işler ayrımı yapılmadan uygulanacak faiz oranıdır, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 492.

³⁰⁹ TBK’nın 120’nci maddesinin 2’nci fıkrasında düzenlenen bu husus doğrultusunda yıllık akdi faiz oranı da azami %18’dir.

³¹⁰ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 493.

kararlaştırılan faiz oranı uygulanacak; ancak taraflar aralarında kanuni faizden daha düşük oranda bir temerrüt faiz oranı kararlaştırırlarsa, kanuni faiz somut olaya uygulanacaktır.³¹¹

TTK'nın 8'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenebilir. Burada bahsedilen faiz oranından, hem anapara faizi hem de temerrüt faizi anlaşılmalıdır.³¹² TTK'nın 19'uncu maddesi uyarınca, ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümleri uygulanır. 3095 sayılı kanunun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 3095 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. 1'inci maddeye göre geçerli olan faiz oranı %9'dur. Ancak şartların gerçekleşmesi halinde 2'nci maddenin 2'nci fıkrası uyarınca belirlenecek oran uygulanacak olup, bu oran ise %10,50'dir.³¹³ Söz konusu oranın uygulanması için alacaklının özel olarak bunu talep etmesi gerekir, aksi halde hakim kendiliğinden söz konusu oranı uygulamayacak, adi işlere ilişkin faiz oranını uygulayacaktır.³¹⁴

TTK'nın 1530'uncu maddesi ile her iki tarafın da ticari işletme olduğu, mal ve hizmet sunumuna yönelik tam iki tarafa borç yükleyen ve taraflardan birine bedel ödemekle yükümlü olduğu sözleşmelerde, temerrüt ve temerrüt faizine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Daha önce de belirtildiği gibi, tarafların temerrüt faizine ilişkin olarak kendilerince tasarrufla bulunmaları, özel kanunlar tarafından sınırlandırılabilir. Söz konusu madde ile kanun koyucu, ister belirli vade olsun ister olmasın, süresinde edimini ifa etmezse ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceğini, sözleşmede ifa için herhangi bir sürenin belirtilmemesi halinde ise faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden; faturanın veya eş

³¹¹ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 493.

³¹² Eren, a. g. e. s. 1005; Nomer, a. g. e. s. 274; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 494.

³¹³ Eren, a. g. e. s. 1005; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 494.

³¹⁴ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 494.

değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden; borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda ihtara gerek olmaksızın mütemerrit olacağını hükme bağlamıştır.

Yabancı para borçlarında temerrüt faiz oranına da değinmek gerekir. Yabancı para borcu, borcun konusu olan paranın biriminin, ifanın gerçekleşeceği yerdeki resmi para biriminden farklı olması durumunda söz konusu olur.³¹⁵ 3095 sayılı kanuna 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunun 30'uncu maddesi ile eklenen hüküm uyarınca temerrüt faiz oranı, devlet bankalarınca³¹⁶ o yabancı para ile açılmış 1 yıl vadeli mevduata uygulanan faiz miktarıdır. Farklı devlet bankalarında o yabancı para için farklı faiz oranı uygulanıyorsa aralarındaki en yüksek olan seçilerek somut olaya uygulanır.³¹⁷ Önemle belirtmek gerekir ki, sözleşme ile yabancı para borcunun ödenmesi borçlanıldığında, yabancı para borçlarına uygulanacak temerrüt faiz oranı, ister borcun Türk Lirasının ödeneceği, ister doğrudan yabancı para olarak ödeneceği kararlaştırılsın³¹⁸, sözleşme ile borçlanılanın yabancı para olduğunu değiştirmedikinden, yabancı para borçlarına yönelik temerrüt faiz oranı somut olayda uygulanacaktır.³¹⁹

1.3.2. Aşkın Zarar

1.3.2.1. Aşkın Zarar Kavramı

Borçlunun para borcunu ifada gecikmesi nedeniyle, temerrüt faizinin, alacaklının uğradığı zararı karşılayamaması durumunda aradaki farktan

³¹⁵ Ayan, S. "Yabancı Para Borçlarının İfası" Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof.Dr.Aydın Zevklilere Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 511-512.

³¹⁶ Devlet Bankası ile kast edilen sermayesinin tamamının devlete ait olduğu bankalardır. Sermayesinin yarısı devlete ait olan bankalar, devlet bankası kapsamına girmemektedir, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 495.

³¹⁷ Barlas, a. g. e. s. 158; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 495; Kaya, a. g. e. s. 360.

³¹⁸ Y11HD, 01.02.1990, 8900/471, Ayan S, a.g.m. s. 513.

³¹⁹ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 495; Ayan S, a.g.m. 515.

kaynaklanan zarara, aşkın zarar adı verilir.³²⁰ Başka bir ifade ile ifade gecikme süreci içerisinde temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadar parada ortaya çıkan değer kaybının temerrüt faizi ile giderilemediği durumlarda aşkın zarar söz konusu olur.³²¹ Buradan da anlaşılabilceği gibi aşkın zarar da para borçları bakımından söz konusu olur. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu bir kararında aşkın zararı, yalnız ve sürekli olarak paranın değer kaybettiği dönemlerde, paranın değer kaybetmesi hukuki nedenine dayanan, bu dönemde paranın sağlayacağı kazanç kaybından doğan zarar istemi olarak tanımlamış, bu zararı yoksun kalınan kar olarak nitelendirmiştir.³²² Aşkın zarardaki hukuki sebep, borçlunun temerrüde düşmesi sonucunda ortaya çıkan borca aykırılıktır.

1.3.2.2. Aşkın Zararın Hukuki Niteliği

Aşkın zarar ile borcun kaynağı ne olursa olsun borç ilişkisinden doğan borcun zamanında ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan zararlarının giderilmesi amaçlanır.³²³ Aşkın zararın hangi zarar türüne dâhil olduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar³²⁴, aşkın zararı, olumlu zarar olarak nitelendirirken, bazı yazarlar³²⁵ somut olayın özellikleri doğrultusunda olumsuz zarar olarak da nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir. Yargıtay ise bazı kararlarında aşkın zararı olumlu zarar olarak ifade etmiştir.³²⁶ Kanımızca aşkın zarar temerrüt faizi ile karşılanamayan tüm zararların giderilmesi için hak sahiplerini korumak amacıyla ihdas edilen bir müessese olduğuna göre somut olayın

³²⁰ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 699; Nomer, a. g. e. s. 282; Hüseyin Altaş, “Munzam Zararda İspat Sorunu” AÜHFD, S. 1, C.50, 2001, s. 121; Zeytinoğlu, a. g. e. s. 256.

³²¹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 699, Nomer, a. g. e. s. 282; Altaş, a. g. e. s. 121; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 500.

³²² YİBK, 08.10.199, 1997/2-1999/1 sayılı kararı, Zeytinoğlu, a. g. e. s. 256.

³²³ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 701; A. Öçal, “Munzam Zarar” Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, , C.3, S. 1, Ocak 1967, s. 148.

³²⁴ Hasan Ayrancı, Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Ankara, 2006, s. 116; Eren, a. g. e. s.

³²⁵ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 702; Öçal ise, aşkın zarara ilişkin ödemenin mahiyetini ek tazminat olarak belirtmektedir, bkz. Öçal, Munzam Zarar, s. 148.

³²⁶ Y13HD, 02.06.2002, 1310/6636; Y11HD, 15.06.2017, 14449/3773; YHGK, 28.11.2012, 11-418/874, www.kazanci.com, E.T.: 23.11.2017.

özellikleri doğrultusunda olumsuz zarar olarak da olumlu zarar olarak da nitelendirilebilir.

Manevi zararların aşkın zarara konu olup olmayacağı konusuna değinmek gerekir. Manevi zararların aşkın zarara konu edilmeyeceği kanımızca da isabetli bulunarak kabul edilmektedir.³²⁷ Ancak öğretilerde yazarların manevi zararı aşkın zarara konu etmeme gerekçeleri farklıdır. Ayrancı³²⁸, aşkın zararın sadece malvarlığı zararlarını gidermek amacıyla düzenlendiğini savunurken, Kılıçoğlu³²⁹, TBK 122'nci maddenin sadece malvarlığı zararlarının aşkın zararlarla giderilmesini düzenlemediğini, maddenin özünden ve sözünden böyle bir kanıya varılamayacağını, zira aşkın zarar ile temerrüt faizi ile giderilemeyen her türlü zararın giderilebileceğini, ancak malvarlığı zararlarından farklı olarak manevi zararların bölünemeyeceğini, manevi zararın faizle karşılanmayan kısmının söz konusu olamayacağını belirterek manevi zararların aşkın zarar kapsamına girmeyeceğini haklı olarak savunulmaktadır.

1.3.2.3. Aşkın Zararın Koşulları

Alacaklının aşkın zararlarının giderilmesini talep etmesi için bir zarar görmüş olması gerekmekte olup, bu zarar malvarlığında bir azalma şeklinde de oluşabileceği gibi malvarlığında oluşabilecek artışların engellenmesi şeklinde de görülebilir. TBK'nın 122'nci maddesi uyarınca borçlunun çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecek aşkın zararlardan sorumlu tutulabilmesi için bazı koşulların varlığı aranır.

1.3.2.3.1. Borçlunun Para Borcunda Temerrüde Düşmüş Olması

Para borçlarında temerrütten borçlunun sorumlu olması için borcun kaynağının bir önemi yoktur. Munzam zarar, haksız fiil, sözleşme, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden doğabilir, yeter ki borç para borcu olsun.³³⁰ Borç haksız fiilden veya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden de kaynaklanabilir. Borcun konusu para olduğunda TBK'da başvurulacak

³²⁷ Ayrancı a. g. e. s. 122; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 702.

³²⁸ Ayrancı, a. g. e. s. 122.

³²⁹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 702.

³³⁰ Altaş, a. g. e. s. 122.

hüküm, 117'nci maddedir.³³¹ TBK'nın 122'nci maddesinde düzenlenen aşkın zarar ise borçlu para borcunda temerrüde düştüğü takdirde uygulama alanı bulur. Maddenin lafzından da görüleceği gibi faiz ve faizle karşılanamayan zarar ancak para borçlarında söz konusu olur.³³²

Aşkın zararın borçludan talep edilebilmesi için ön koşul, borçlunun temerrüde düşmesidir. Konusu para olan bir borç ilişkisinde taraflar akdi faiz kararlaştırmışlarsa ve alacaklının söz konusu faizle karşılanmayan zararları mevcut ise alacaklı aşkın zarara başvuramayacaktır, zira borçlu temerrüde düşmemiştir.³³³

1.3.2.3.2. Alacaklının Aşkın Bir Zarara Uğraması

TBK'nın 122'nci maddesinde, aşkın zarar, temerrüt faizini aşan zarar olarak nitelendirilmiştir. Kanun koyucunun maddeyi ihdas etme amacı, ifade meydana gelen gecikme nedeniyle alacaklının doğan zararlarının tazmin edilmesini temin etmektir. TBK'nın 122'nci maddesi ile öngörülen zarar türü sadece temerrüt faizi ile ilgili bir zarar olup, borçlunun temerrüde düştüğü tarihten fiili ödeme tarihine kadar geçen döneme ilişkindir.³³⁴ TBK'nın 122'nci maddesi ile borçludan tazmin edilecek olan zarar, alacaklının tüm zararları değil, faiz ile karşılanamayan zararlarıdır. Zira, temerrüt faizi dışında bir zararının olduğunu ileri süren alacaklı, zararın varlığını ve miktarını ispat etmek durumdadır.³³⁵ Aşkın zarar ile karşılanması gereken zarar, temerrüt sonucunda alacaklının mevcut malvarlığı ile temerrüde düşülmeseydi oluşacak farazi malvarlığı arasında alacaklı aleyhine ortaya çıkan ve temerrüt faizi ile giderilemeyen farktır.³³⁶

1.3.2.3.3. Borçlunun Kusuru

Borçlunun, alacaklının temerrüt nedeniyle ortaya çıkan ve faiz ile karşılanamayan zararlarından sorumlu olabilmesi için, TBK'nın 122'nci maddesi gereğince kusurlu olması gerekir. Aşkın zarardan sorumlulukta

³³¹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 704.

³³² Öçal, Munzam Zarar, s. 149; Altaş, a. g. e. s. 122.

³³³ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 705.

³³⁴ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 705; Altaş, a. g. e. s. 122.

³³⁵ Altaş, a. g. e. s. 122.

³³⁶ Zeytinoğlu, a. g. e. s. 257.

borçlunun kusur sorumluluğuna dayanılmaktadır³³⁷ Aynı şekilde temerrüt nedeniyle temerrüt faizi ile karşılanamayan zararların doğmasında borçlunun kusuru bulunmadığı takdirde borçlunun aşkın zararların tazmininde sorumluluğu olduğundan söz edilemeyecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, munzam zararın bir kusur sorumluluğu olduğunu, munzam zarara hükmederken öncelikle temerrüde düşülmesindeki kusur oranının belirlenmesi gerektiğini, somut olayda alacaklının da borçlunun temerrüde düşmesinde %50 oranında kusurlu olduğunu belirterek, alacaklının munzam zarar talebinin reddine karar vermiştir.³³⁸

Kanun koyucu, temerrüt faizinden sorumlulukta borçlunun kusurlu olmasını aramamışken, aşkın zarardan sorumlulukta borçlunun kusurlu olmasını aramıştır. Böylelikle kanun koyucu, aşkın zararı para borçlarında temerrüdün kusura dayanan ve sorumluluğu ağırlaştırıcı bir sonucu olarak düzenlemiştir. Burada önemle belirtilmesi gereken husus ise, kusurun ispatı ile ilgili genel hükümlerden farklı olarak, ispat yükünün zarar görene değil zarar verene yüklenilmesidir.³³⁹ Gerçekten de Yargıtay, belirli bir alacağın alacaklı tarafından usulüne uygun bir biçimde borçludan istenilmesine karşın borçlunun borcunu kusurlu olarak ödememesi durumunda aşkın zarara hükmedilebileceğine karar vermiştir.³⁴⁰

Borçlu kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle aşkın zararların tazmin yükümünden kurtulabilir. Nitekim Yargıtay, davacının alacağını geç tahsil etmesini yargılamanın uzamasından kaynaklandığını, bu yüzden burada davalıya (borçlu) atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığını aşkın zarar istenilmesinin koşullarının somut olayda bulunmadığını belirterek talebin reddine karar vermiştir.³⁴¹ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, paranın yüksek oranda değer kaybettiği dönemlerde alacaklının alacağını geç tahsil etmesinden ötürü aşkın zararının

³³⁷ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 706; Nomer, a. g. e. s. 282; Altaş, a. g. e. s. 123.

³³⁸ YHGK, 28.11.2012, 11-418/874, www.kazanci.com, E.T.: 22.11.2017.

³³⁹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 706; Nomer, a. g. e. s. 282; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 500; Altaş, a. g. e. s. 123;

³⁴⁰ Y18HD, 12.03.1994, 2060/3571, Zeytinoğlu, a. g. e. s. 260.

³⁴¹ Y13HD, 22.11.1994, 8904/10313, Zeytinoğlu, a. g. e. s. 260.

oluşabileceğine dair kararı bulunmaktadır.³⁴² Burada esas alınan somut olayın özellikleridir. Aşkın zararın oluşup oluşmadığının tespiti konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yüzdendir ki, tamamen soyut iddialar, alacaklının munzam zararının ispatı açısından yeterli görülmemektedir.³⁴³

1.3.2.3.4. Aşkın Zarar İle Borçlunun Temerrüdü Arasındaki İliyet Bağı

Aşkın zarar, borçlunun temerrüdü sonucunda meydana gelmelidir. Öyle ki, borçlunun temerrüdü ile aşkın zarar arasından illiyet bağı mevcut ise borçlu alacaklının aşkın zararını tazmin etmekle mükelleftir.³⁴⁴ Temerrüt ile aşkın zarar arasında illiyet bağının varlığının ispat yükü alacaklıya aittir.³⁴⁵ Borçlunun temerrüdü sonucunda ortaya çıkmayan bilakis farklı bir nedenle meydana gelen aşkın zarardan borçlu sorumlu olmayacaktır. Alacaklı, konusu yabancı para olan borç ilişkisinde fiili ödeme tarihindeki kur karşılığını talep etmek yerine icra takip tarihindeki kur karşılığı üzerinden munzam zararını talep etmesi durumunda kur farkından doğan farkı aşkın zarar olarak talep edemez. Zira meydana gelen zarar, borçlunun temerrüdü nedeniyle değil, alacaklının aşkın zararını talep ettiği gün ile ilgilidir. Ortaya çıkan zarar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır.

1.3.2.4. Aşkın Zararın İspatı

Borçlunun temerrüdünden ötürü temerrüt faizi ile karşılanmayan aşkın zararlarının varlığını, alacaklı ispat etmekle mükelleftir.³⁴⁶ Temerrüt faizinden farklı olarak aşkın zararların talep edilebilmesi için zararın, temerrüt faizi ile karşılanamamış olduğunun inanılır, kesin ve net bir biçimde ispatlanması gerekir.³⁴⁷ Yargıtay, alacaklının, geç ödeme sonucunda meydana gelen zarar ile geç ödeme arasında uygun sebep-sonuç ilişkisinin bulunduğunu oraya koymasına gerektiğine karar vermiştir.³⁴⁸ Örneğin alacaklı, borçlunun

³⁴² YHGK, 25.04.2001, 4-355/405, Zeytinoğlu, a. g. e. s. 260.

³⁴³ Zeytinoğlu, a. g. e. s. 261.

³⁴⁴ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 707; Altaş, a. g. e. s. 123.

³⁴⁵ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 707; Altaş, a. g. e. s. 123.

³⁴⁶ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 707; Barlas, a. g. e. s. 191; Zeytinoğlu, a. g. e. s. 259; Altaş, a. g. e. s. 123; Saymen/Elbir, a. g. e. s. 747; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 500.

³⁴⁷ Altaş, a. g. e. s. 123; Baştuğ, a. g. e. s. 277.

³⁴⁸ Y15HD, 24.01.1994, 5843/229, Zeytinoğlu, a. g. e. s. 259.

temerrüdü nedeniyle, temerrüt faizini aşan bir faiz ile bankadan kredi çekmek suretiyle aşkın zarara uğradığını ispat etmedikçe, hâkim, aşkın zarara hükmetmeyecektir.³⁴⁹ Bununla birlikte kanun koyucu, aşkın zararın kapsamının belirlenmesini hâkime bırakmaktadır.³⁵⁰ Aşkın zarara ilişkin olarak alacaklının soyut iddiaları, hakimin zarara hükmetmesi için yeterli görülmemektedir. Bu bakımdan hakimin, alacaklının fiilen yaptığı iş ve faaliyet alanının ileri sürdüğü zararı meydana getirebileceğine ilişkin iddiası ile örtüşüp örtüşmediğine bakmalıdır.³⁵¹ Yargıtay vermiş olduğu kararında, alacaklının ticari kazançlarını yönettiği yatırım şekillerinin incelenerek karara varılması gerektiğini hükme bağlamıştır.³⁵²

Yargıtay, aşkın zararın ispatı ile ilgili olarak, zararın gerçek miktarının ispatının mümkün olmadığı hallerde hâkimin halin icabına ve zarar görenin aldığı tedbirleri göz önünde bulundurarak adalete uygun olarak hüküm kuracağını belirtmiştir.³⁵³ Sözü edilen karardan da anlaşılabilir üzere, hâkim aşkın zarara hükmederken karinelere dayanabilir.³⁵⁴

Alacaklının zararı, enflasyon, devalüasyon veya kur kaybı farkından da kaynaklanabileceği öğretide ve Yüksek Mahkeme Kararlarında tartışmalıdır.³⁵⁵ Taraflardan birinin para borcu ödemeyi yükümlendiği sözleşmelerde temerrüt nedeniyle temerrüt faizi ile karşılanamayan en kapsamlı zarar, enflasyon nedeniyle meydana gelmekte olup, enflasyon kelime anlamı olarak para şişkinliği, gereğinden fazla artış anlamındadır.³⁵⁶ Öğretide bir görüş, aşkın zararlarının tahsilini talep eden alacaklının ispat aracı olarak salt enflasyonu göstermesini tek başına yeterli görmeyip,

³⁴⁹ Altaş, a. g. e. s. 124; Barlas, a. g. e. s. 211.

³⁵⁰ Zeytinoğlu, a. g. e. s. 261.

³⁵¹ Zeytinoğlu, a. g. e. s. 259.

³⁵² Y5HD, 23.01.2001, 2207/906, Zeytinoğlu, a. g. e. s. 258.

³⁵³ Y4HD, 25.09.1986, 5934/6538, Zeytinoğlu, a. g. e. s. 261.

³⁵⁴ Altaş, fiili karinelere dayanmanın mümkün olmadığını, enflasyonun söz konusu olduğu hallerde dahi alacaklının somut delillerle munzam zararını ispatlaması gerektiğini, tek başına enflasyon olgusunun munzam zararın ispatına elverişli olmadığını belirtmektedir, bkz. a. g. e. s. 125.

³⁵⁵ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 708.

³⁵⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a528eb976e624.42701143, E.T.: 31.12.2017.

enflasyon sonucunda paranın değer kaybettiğini somut delillerle ispatlamasını aramaktadır.³⁵⁷ Bununla birlikte öğretide, enflasyon nedeniyle ortaya çıkan aşkın zararın somut delillerle ispat edilmesinin güç olması üzerinde durularak temerrüt sonucunda para alacağını geç elde eden alacaklının enflasyon artış oranı kadar aşkın zarara uğradığının fiili karine olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.³⁵⁸ Kılıçoğlu'na göre, temerrüt sonucunda temerrüt faizi enflasyon nedeniyle alacaklının zararlarını karşılayacak nitelikte değilse, borçlunun enflasyondan kaynaklanan aşkın zararı karşılaması gerekir, aksinin kabulü halinde borçlunun enflasyondan kazançlı çıkması anlamına gelir ki, aşkın zararın ihdas edilme amacına aykırılık teşkil edeceği gibi alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesine de zarar verir.³⁵⁹ Yüksek enflasyonun olmadığı İsviçre gibi ülkelerde paranın değer kaybı temerrüt faiz oranının altında kalmakta ve aşkın zararlardan söz edilmemekte, ancak Almanya'da paranın satın alma gücündeki azalmaların alacaklının malvarlığına etki göstermesi ve bunun alacaklı tarafından ispatlanması durumunda aşkın zararların tahsiline hükmedileceği kabul görmektedir.³⁶⁰

Yargıtay ise aşkın zararın ispatı hususunda farklı kararlar ihdas etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında, enflasyon nedeniyle uğranılan zararın aşkın zarar olmadığına ve bu zararların TBK'nın 122'nci maddesi hükmü işletilmek suretiyle tahsiline karar verilmemesine hükmetmiştir.³⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sözü edilen kararında; ülkenin içinde bulunduğu ekonomik (enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki devamlı düşüş) olumsuzluklar dikkate alınarak yasa hükmüyle geçmiş günler faiz oranı, (geç ödemedi doğan zarar) belirlenmiş iken, aynı olguların (enflasyon yüksek faiz, para değerindeki düşüş) munzam zararın bilinen kanıtları olarak gösterilip bunların doğurduğu olumsuzluğun, uğranılan

³⁵⁷ Barlas, a. g. e. s. 211; Uygur, a. g. e. s. 802; Altaş, a. g. e. s. 125-126; Zeytinoğlu, a. g. e. s. 260.

³⁵⁸ Vedat Buz, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", Yargıtay Dergisi, S. 3, 1998, s. 406; Barlas, a. g. e. s. 204-205; Tekinay vd, a. g. e. s. 943.

³⁵⁹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 708.

³⁶⁰ Buz-Munzam Zarar, s. 372-370; Altaş, a. g. e. s. 125.

³⁶¹ YHGK, 19.06.1996, 5-144/503, www.kazanci.com, E.T.:27.11.2017.

gerçek zarar olarak gösterilemeyeceğini, aksi halde, kanun koyucunun bu olumsuzlukların karşılığının % 30 olduğuna dair saptanmasının hiç bir anlamının kalmayacağını belirlemiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun başka bir tarihli kararında da, munzam zarar davalarında alacaklının ispat yükümlülüğünün çok sıkı kurallara bağlanmaması gerektiğini, genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tutulmasını, 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 edilmesinin zorunlu olduğuna hükmetmiştir.³⁶²

Yargıtay, yakın tarihli bir başka kararında da, enflasyonist ortamda bireyin, parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için çaba ve girişimlerde bulunmasının, en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesinin, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olduğuna, enflasyonist ortamda yaşayan makul, normal bir kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağını, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceğini, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüsünün doğal bir sonucu olduğuna, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlarının herkesçe bildiğini, bu sebeple“ maruf ve meşhur” vakıaların ispatına gerek olmadığına hükmetmiştir.³⁶³

Bahsi geçen Yargı kararları ve öğretilerde yer alan görüşler birlikte değerlendirildiğinde enflasyon artışından kaynaklanan aşkın zararların bireysel olarak somut delillerle ispat edilebilmesinin zor olduğu görüşüne katılmaktadır. Somut olayın özellikleri doğrultusunda somut delillerle aşkın zararın ispatının beklenmesi, alacaklının durumunu ağırlaştırarak borçlunun paranın değer kaybetmesinden ötürü durumdan yararlanması sonucunu doğabilecektir.

³⁶² YHGK, 10.11.1999, 13-353/929, www.kazanci.com, E.T.:27.11.2017.

³⁶³ Y11DHD, 06.12.2016, 15144/935, www.kazanci.com, E.T.:27.12.2017.

Aşkın zarar, devalüasyon sonucunda da ortaya çıkabilir. Devalüasyon, yetkili resmi mercilerin almış oldukları bir karar neticesinde, parada meydana gelen ani değer düşürümü anlamındadır.³⁶⁴ Yetkili resmi merciinin almış olduğu devalüasyon kararı esnasında borçlunun temerrüt halinde olması nedeniyle alacaklının aşkın zarara uğradığını iddia etmesi muhtemeldir. Devalüasyon, para değerinin düşürülmesi sonucunda yatırım maliyetleri artıran bir unsur olduğundan alacaklı, önceki yatırım maliyeti ile şimdiki yatırım maliyeti arasındaki farkı, aşkın zarar olarak isteyebilir.³⁶⁵

Taraflar sözleşme ile yerine getirmekle yükümlendiği para borcunu yabancı para olarak belirleyebilir. TBK'nın 99'uncu maddesi uyarınca, konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir; Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir. Şayet aynen ödeme veya bu anlama gelecek bir beyan ile ödeme yabancı para üzerinden gerçekleşecekse, gerçek yabancı para borcu söz konusu olur.³⁶⁶ Yabancı paranın Ülke parası karşısında değer kaybetmesi durumunda ve bu hususun sözleşme ve ödeme tarihlerindeki kur karşılıkları ibraz edilmek suretiyle ispat edilmesi durumunda aşkın zarardan söz edilecektir; ancak Türk Hukuk sisteminden buna gerek kalmayacaktır. Zira 3095 sayılı Kanuna eklenen 4a maddesi doğrultusunda yabancı para borcuna o yabancı paraya devlet bankalarında bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı kadar temerrüt faizi yürütüleceğinden temerrüt faizi ile karşılanmayan kur farkı zararının oluşması pek mümkün görünmemektedir.³⁶⁷

Borçlunun temerrütü sonucu alacaklı tarafından açılan davada, aşkın zararın talep edilebilmesi için fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğuna dair bir beyanda bulunulması gerekir mi? Aşkın zarar, temerrüt faizi ile karşılanamayan zararları ifade ettiğinden asıl borçtan bağımsız bir borç olup,

³⁶⁴ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 709.

³⁶⁵ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 709.

³⁶⁶ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 502.

³⁶⁷ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 501.

temerrüt faizinin tahsili için başlatılan bir icra takip işleminde aşkın zararın tahsilini talep hakkının saklı tutulmasına dahi gerek yoktur.³⁶⁸ Alacaklının, asıl alacağından bölünebilir nitelikte olan aşkın zararını, sözleşme sonucunda edimin ifası için açtığı davanın en başından bilmesi veya bilebilecek olması beklenemez, zira temerrüt faizi ile karşılanamayan zararların tahsili aşkın zarar ile söz konusu olur. Ancak temerrüdü aşan kısım dava sırasında belirlenebiliyorsa, alacaklının talebiyle hakim, esas hakkında karar verirken aşkın zarara da hükmeder (TBK m.122/2). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde Yargıtay uygulaması her ne kadar fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayan alacaklının bu haklarından feragat ettiğine yönelik olsa da,³⁶⁹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 109'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması ileride ek dava açılması imkânını ortadan kaldırmamaktadır. Kaldı ki, TBK'nın 122'nci maddesi lafzı dikkate alındığında aşkın zararın talep edilebilmesi için saklı tutulması gibi bir şartın aranmadığı görülmektedir.

1.3.2.5. Aşkın Zararda Zamanaşımı

Aşkın zararın tabi olacağı zamanaşımı süresine ilişkin olarak, öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre, aşkın zarardan kaynaklanan zamanaşımı süresi, haksız fiil zamanaşımı olması gerektiği, on yıllık genel zamanaşımı süresinin ise borçlunun durumunu daha da ağırlaştıracağı, asıl alacak ödenmedikçe ise aşkın zarara ilişkin zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı belirtilmektedir.³⁷⁰ Ayrancı ise, aşkın zararın tazminine ilişkin talebin bağımsız bir niteliğe sahip olduğundan, aşkın zarara ilişkin olarak on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini, zamanaşımı süresinin başlangıcının da alacağın muaccel olduğu andan itibaren başlatmanın uygun olacağını ileri sürmektedir.³⁷¹ Şirin ise, aşkın zararın anapara borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi

³⁶⁸ Uygur, a. g. e. s. 798-799; YHGK, 28.11.2012, 11-418/874, www.kazanci.com, E.T.:29.12.2017.

³⁶⁹ Pekcanitez vd., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 321.

³⁷⁰ Bilal, Kartal, "Faizi Aşan Zarar" Yargıtay Dergisi, C.23, S. 4, Ekim 1997, s. 514.

³⁷¹ Ayrancı, a. g. e. s. 240; Aynı yönde bkz. Barlas, a. g. e. s. 226.

olduğunu ileri sürmektedir.³⁷² Şirin ve Ayrancı'nın görüşüne katılmak mümkündür. Öyle ki, TBK'nın 149'uncu maddesi gereğince zamanaşımı süresi alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacaktır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde esas alınacak muacceliyet anı, aşkın zarara ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıcında esas alınmalıdır.

2. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNE BAĞLANAN ÖZEL HUKUKİ SONUÇLAR

2.1. Genel Olarak

Borçlunun temerrüdünün, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü sonuçları TBK'nın 125'inci maddesinde hükme bağlanmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri yerine getirmekle yükümlü olduğu edimini kendisine tanınan süre içerisinde yerine getirmediği takdirde alacaklı lehine bazı seçimlik hakların doğmasına sebebiyet verir. Önemle belirtmek gerekir ki, alacaklı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçluya süre tayin etmediği takdirde daima borçlunun temerrüdüne bağlanan genel sonuçlarda yer alan aynen ifayı talep etme hakkına sahiptir.

2.2. Alacaklının Seçim Hakkı ve Bu Hakkın Hukuki Niteliği

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, Kanun Koyucu tarafından alacaklıya temerrüde düşen borçluya yöneltmek üzere bazı seçimlik haklar tanınmıştır. Bu seçimlik haklar, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tanınmamıştır, bunun nedeni olarak da borçluya öngörmediği bir ifa şeklinde borcunu ifa etmesinin adalete aykırı sonuçlar doğurabilecek olması gösterilmiştir.³⁷³ Zira alacaklının yerine getirmekle mükellef olduğu bir karşı edim söz konusu değildir.

TBK'nın 123'üncü maddesi uyarınca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü söz konusu ise alacaklı borçluya ifa için uygun bir süre verebilir veya uygun bir sürenin hâkim tarafından tayin

³⁷² Şerafettin Şirin, Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz, İstanbul, 1996, s. 313. Aynı yöndeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, a. g. e. s. 720.

³⁷³ Tekinay vd, a. g. e. s. 945.

edilmesini talep edebilir. Tayin edilen bu süre içerisinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede süre tayin eden veya ettiren tarafın da mütemerrit olmaması koşulu ile TBK'nın 125'inci maddesi süre tayin eden tarafa süre verilmezden önce var olan aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkının haricinde iki adet seçimlik hak daha tanımıştır. Bu seçimlik haklar, ya aynen ifadan vazgeçmek suretiyle ifa etmeme nedeniyle olumlu zararlarının tazmini ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarının tazminidir.³⁷⁴ Bu seçimlik haklarla birlikte alacaklı üç adet seçimlik hakka sahip olur.³⁷⁵ Alacaklı söz konusu seçimlik haklardan yalnızca bir tanesi kullanabilir.³⁷⁶

Alacaklı, hangi seçimlik hakkını kullandığını, seçimlik hakkı kullanması süre tayinini gerektiriyorsa, sürenin sonunda derhal; TBK'nın 124'üncü maddesi uyarınca süre tayinini gerektirmeyen haller söz konusu ise borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağına anlaşıldığı andan; borcun ifası alacaklı için yararsız kalacağına anlaşıldığı andan itibaren gecikmeksizin borçluya bildirilmelidir.³⁷⁷ Süre tayin edilmesine gerek olmayan hallerde borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte alacaklı seçimlik haklarını kullanma yoluna gidebilir. Ancak alacaklının borçluya süre tayin ederken, sürenin sonunda edimin ifa edilmemesi halinde hangi seçimlik hakkı kullanacağını bildirmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.³⁷⁸

TBK'nın 125'inci maddesinde düzenlenen seçimlik hakların alacaklı tarafından kullanılmasının geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi olmayıp, seçimlik hakların kullanılması hukuki niteliği itibarıyla tek taraflı, karşıya varması gereken, yenilik doğuran hak niteliğindedir.³⁷⁹ Önemle belirtmek

³⁷⁴ Havutçu, a. g. e. s. 59; Yavuz, Şerh, s. 777; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 509.

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 509.

³⁷⁶ Saymen/Elbir, a. g. e. s. 756; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 117; Baştuğ, a. g. e. s. 280.

³⁷⁷ Tunçomağ, a. g. e. s. 944; Havutçu, a. g. e. s. 99.

³⁷⁸ Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 117; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 386; Havutçu, a. g. e. s. 101.

³⁷⁹ Eren, a. g. e. s. 1139; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 511; Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 116; Havutçu, a. g. e. s. 97- 102; Tunçomağ, a. g. e. s. 943; TTK'nın 18'inci maddesinin 3'üncü fıkrası "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar

gerekir ki, seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin olarak açıklanan irade beyanı ihtar ve süre tayininden farklı olarak tek taraflı bir hukuki işlemdir.³⁸⁰ Alacaklı seçim hakkını kullanırken iradesini şüpheye yer vermeksın açıklamalıdır, zira genelde alacaklının seçimlik hakkını kullandığı anlaşılammakta, irade açıklamasının yorumlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Yapılacak bu yorum, alacaklının sözcüklerinin kelime anlamlarına bağlı kalınarak değil, bunların yanı sıra somut olayın koşulları dikkate alınarak yapılmalıdır.³⁸¹ Alacaklının seçimlik haklarını kullanmasına ilişkin olarak açıklamış olduğu irade beyanının yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle alacaklı bu hakkını şarta bağlı olarak kullanılamaz ve borçlunun muvafakatini almaksızın açıklamış olduğu irade beyanından dönemez.³⁸²

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne bağlanan özel sonuçlardan yararlanmak isteyen alacaklının kullanmak istediği seçimlik hakkını tayin ettiği sürenin sonunda kural olarak derhal bildirmesi gerekmektedir; çünkü alacaklının aksi davranışı, edimin değerinde meydana gelebilecek değişimler doğrultusunda seçimlik haklardan menfaatine daha uygun olana yönelmesine hizmet ediyorsa alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin bozulduğu görülür ki bu kanun koyunun istediği bir durum değildir.³⁸³

2.3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Seçimlik Haklar Yönünden Kusurun Önemi

Kusur, genel olarak borçlunun temerrüde düşmesi için var olması gereken şartlardan değildir.³⁸⁴ Borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun temerrüdün şartları somut olayda gerçekleşmişse temerrüde düşmüş olur;

veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.” hükmünü amir olduğundan tacirler arasındaki hukuki işlemler bakımından temerrüdün söz konusu olması halinde, seçimlik haklara ilişkin yapılacak beyanın, şekil şartına tabi olduğu görülür.

³⁸⁰ Havutçu, a. g. e. s. 97; Tunçomağ, a. g. e. s. 943.

³⁸¹ Havutçu, a. g. e. s. 102-103.

³⁸² Kılıç Öztürk, a. g. e. s. 116; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 145; Havutçu, a. g. e. s. 97-98.

³⁸³ Tekinay vd, a. g. e. s. 961; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 146.

³⁸⁴ Barlas, a. g. e. s. 17; Havutçu, a. g. e. s. 33; Tekinay vd, a. g. e. s. 919; Eren, a. g. e. s. 1122.

ancak TBK, temerrüdün bazı sonuçlarının meydana gelebilmesi için borçlunun kusuru ile temerrüde düşmesi koşulunu öngörmüştür.³⁸⁵

Borçlu, borca aykırı hareket etmeyi göze alması, arzu etmesi veya planlaması, bununla birlikte borca aykırı sonucu engellemek için herhangi bir çaba sarf etmemesi halinde kusurludur.³⁸⁶ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt nedeniyle alacaklıya tanınan seçimlik haklardan tazminat haklarının kullanılabilmesi için borçlunun kusurlu olarak temerrüde düşmüş olması gerekir.³⁸⁷ Sözü edilen seçimlik hakların kullanımı sonucunda borçlunun tazminat ödeme yükümü söz konusu olduğunda borçlunun kusurlu olması aranır.³⁸⁸ Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmasa bile, alacaklı dönme hakkını kullanarak sözleşmeden dönebilir. Yani alacaklının sözleşmeden dönmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez. Bu sebeple borçlu, temerrüde düşmekte kendi kusurunun bulunmadığını ispatlamak³⁸⁹ suretiyle de alacaklının dönme hakkını kullanmasını engelleyemez.³⁹⁰

TBK'nın 125'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, borçlu sözleşmeden dönme halinde temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmedikçe alacaklının sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etmesi halinde bu zararları karşılar. Havutçu, TBK'da olumlu zararların tazmininden kurtulmak için kusurlu olmadığını ispatından bahsedilmemesini kasıtlı susma olarak nitelendiren yazarların olduğunu, bu yazarların olumlu zararların tazmini için borçlunun kusurlu

³⁸⁵ Eren, a. g. e. s. 1122; Havutçu, a. g. e. s. 105.

³⁸⁶ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 405.

³⁸⁷ Eren, a. g. e. s. 1138; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 143; Anık, a. g. e. s. 231; Y15HD, 19.09.2017, 3757/3053, www.kazanci.com

³⁸⁸ Havutçu, a. g. e. s. 34.

³⁸⁹ Borçlu ayırt etme gücünün olmadığını ispat etmekle, tazminat sorumluluğundan kurtulabilir, ancak borçlu kendi kusuru ile ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmişse sorumlu olacaktır, borçlu ifa zamanında edimini beklenmedik hal veya zorunluluk hali nedeniyle ifa edemediğini kanıtlarsa, kusurlu olmadığı kabul edilecektir, bkz, Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 407.

³⁹⁰ Eren, a. g. e. s. 1147; Aynı şekilde Yargıtay, satış sözleşmesinden kaynaklanan ayıp ile ilgili olarak borçlunun malın ayıplı olduğunu bilmemesinin kendisini sorumluluktan kurtarmayacağını, tazminat sorumluluğundan ancak kusurunun bulunmadığını ispatlamakla kurtulabileceğini ifade eder, bkz. Y13HD, 18.09.2017, 6142/8267, www.kazanci.com

olmadığının ispatının bir işe yaramayacağını, aksinin kabul edilmesi halinde olumlu zararın tazminini talep şeklindeki seçimlik hakkın ortadan kalkacağını, olumlu zararın tazmini şeklindeki sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu savunduklarını, bu görüşün aksini savunan yazarlara göre olumlu zararın tazmininin kusur şartına bağlı olduğu, borçlunun kusursuz olması durumunda olumlu zarardan sorumlu olmasının sözleşmesel sorumluluk ilkesi ile bağdaşmayacağını, kanun koyucunun olumlu zararın tazmininde kusursuz borçluyu sorumlu tutmak gibi bir iradesinin olamayacağını ileri sürdüklerini ifade etmiştir.³⁹¹ Kanımızca da hâkim görüş isabetlidir. Zira Türk Borçlar Kanununda kusursuz sorumluluk halleri istisna olup, kural, kusurlu sorumluluktur.³⁹² Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için aranan kusur, kusurun her derecesini kapsamakta olup, borçlunun kasıtlı veya ihmali davranışlarla bile temerrüde düşmesi durumunda kusurlu olduğu kabul edilerek tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından temerrüdün sonuçlarının borçlu için hüküm ifade edeceği kabul edilir.³⁹³

2.4. Alacaklının Seçimlik Hakları

2.4.1. Aynen İfayı ve Gecikme Tazminatı Ödenmesini Talep Etme Hakkı veya Aynen İfadan Vazgeçildiğinin Borçluya Derhal Bildirilmesi

2.4.1.1. Aynen İfayı ve Gecikme Tazminatı Ödenmesini Talep Hakkı

Türk Borçlar Hukukunda mütemerrit borçlunun kendisine tanınan süre içerisinde edimini ifa etmemesi nedeniyle alacaklının sahip olduğu ilk seçimlik hak, aynen ifa ile gecikme tazminatı talebidir. Ahde vefa ilkesi uyarınca taraflar, aralarında akdettikleri sözleşmenin bir gereği olarak edimlerini ifa ile mükelleftirler. Bu bakımından aynen ifa talebi akde vefa ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.³⁹⁴

³⁹¹ Havutçu, a. g. e. s. 34-35.

³⁹² Kılıçoğlu, a. g. e. s. 312.

³⁹³ Havutçu, a. g. e. s. 35.

³⁹⁴ Baş E, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu" Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s. 624.

Alacaklı, temerrüde düşen borçludan, edimin aynen ifası³⁹⁵ ile geç ifa edilmesinden kaynaklanan gecikme tazminatının ödenmesini talep etme hakkına sahip olup, söz konusu hak, hâlihazırda borçlunun temerrüdünün genel sonuçlarındandır. Aynen ifa ile gecikme tazminatının talep edilmesi için borçlunun TBK m. 123'te düzenlenen formaliteye uyması gerekmemektedir.³⁹⁶ Ancak süre verilmesine rağmen alacaklı için bir önem arz ediyorsa aynen ifa ve gecikme tazminatı ödenmesini talep etmekte hukuken bir engel bulunmamaktadır.³⁹⁷ Önemle belirtmek gerekir ki, bu seçimlik hak, ancak aynen ifanın mümkün olduğu hallerde kullanılabilir.³⁹⁸ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne bağlanan genel hukuki sonuçlar arasında yer alan bu seçimlik hak, borçlunun temerrüdünün genel sonuçları başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

2.4.1.2. Aynen İfa İle Birlikte Gecikme Tazminatından Vazgeçme Hakkı

Aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatından vazgeçme bildirimi³⁹⁹, alacaklı tarafından borçluya tayin edilen içerisinde edimin ifa edilmemesine rağmen borçlunun devam eden ifa yükümlülüğünü sona erdiren bir irade açıklamasıdır.⁴⁰⁰ Alacaklı, sözleşmeden doğan olumlu zararlarının tazmini ile sözleşmeden dönebilmek için tayin ettiği sürenin bitiminde gecikmeksizin

³⁹⁵ Aynen ifa kapsamında nama ifadan da söz etmek gerekir. Nama ifa, Yargıtay kararları doğrultusunda bir aynen ifa hükmündedir. Nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu sebeple arsa sahibinin nama ifa talep ettiği hallerde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir, bkz. Y23HD, 28.03.2017, 6308/967, www.kazanci.com, E.T.:31.12.2017.

³⁹⁶ Nazikioğlu, a. g. e. s. 676; Uygur, a. g. e. s. 827; Baş, a.g.m. s. 631; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 509; Yıldırım, a. g. e. s. 316; Altan Fahri Gülerci, Ayşe Kılınç, 6098 Sayılı TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 279; Baştuğ, a. g. e. s. 280.

³⁹⁷ Uygur, a. g. e. s. 827; Kılıçoğlu, a. g. e. s. 722; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 510; Tunçomağ, a. g. e. s. 943.

³⁹⁸ Nazikioğlu, a. g. e. s. 676; Nomer, a. g. e. s. 268.

³⁹⁹ “Derhal Beyanı” ifadesi için bkz. Önen, a. g. e. s. 54.

⁴⁰⁰ Havutçu, a. g. e. s. 60; Eren, a. g. e. s. 1139; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 510; “Alacaklı burada sadece borcun ifa edilmesinden vazgeçmekte, sözleşmeden rücu etmemektedir.” Bkz. Nazikioğlu, a. g. e. s. 677; Zira alacaklının sözleşmeyi feshetmekte değil, ifa menfaatini talep etmekte kârı vardır, bkz. Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 144-145.

borçluya aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmek durumundadır.⁴⁰¹ Vazgeçme bildirimi, borçlu lehine getirilmiş bir tedbir olup, kanun koyucu, vazgeçme hakkını alacaklının borçlu aleyhine spekülasyonda bulunmasını yani belirsizlik yaratılmasını engellemek amacıyla ihdas etmiştir.⁴⁰²

Aynen ifadan vazgeçildiğine dair yapılan bildirim, hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran bir hukuki işlem olup, tek taraflı ve varması gereken irade beyanı ile kullanılır.⁴⁰³ Alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğine dair irade açıklaması aynı zamanda bir hak üzerinde tasarruf anlamına da geldiğinden tasarrufta bulunan alacaklının tasarruf yetkisine ve fiil ehliyetine sahip olması gerekir.⁴⁰⁴ Aynen ifadan vazgeçme şarta bağlı olarak yapılmadığı gibi, borçlunun hâkimiyet alanına vardığı andan itibaren geri alınması mümkün değildir.⁴⁰⁵ Alacaklı, aynen ifadan vazgeçtiğine dair irade beyanını, açıkça vazgeçtiğini ifade etmek yerine seçimlik haklarından birini kullanmak yoluyla da açıklayabilir.⁴⁰⁶ Vazgeçmeye ilişkin beyan her zaman net bir ifade taşımayabilir, böyle bir durumda dürüstlük kuralı çerçevesinde borçlu tarafından halin icabına uygun bir biçimde yorum yapılması gerekir.⁴⁰⁷

Alacaklının vazgeçme beyanı ile birlikte karşı edimin ifasına ilişkin olarak talep hakkını yitirdiği, borçlunun da yerine getirmeyi taahhüt ettiği ilk derece asli edim yükümlülüğünü yerine getirmekten kurtulduğu görülür.⁴⁰⁸ Gerçekten de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimler arasındaki kondisyonel bağıllık nedeniyle alacaklının karşı edimi talep etme hakkının sona ermesiyle birlikte, karşı edimi yerine getirme yükümü de ortadan kalkar.⁴⁰⁹

⁴⁰¹ Havutçu, a. g. e. s. 60; Tekinay vd, a. g. e. s. 961.

⁴⁰² Önen, a. g. e. s. 55; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 510.

⁴⁰³ Havutçu, a. g. e. s. 60; Eren, a. g. e. s. 1140.

⁴⁰⁴ Havutçu, a. g. e. s. 61; Eren, a. g. e. s. 1140.

⁴⁰⁵ Havutçu, a. g. e. s. 61; Eren, a. g. e. s. 1140; TBK 10⁷uncu madde kıyasen uygulandığından borçlu öğrenene dek beyanın geri alınabileceğine ilişkin olarak bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 512.

⁴⁰⁶ Havutçu, a. g. e. s. 63; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 511.

⁴⁰⁷ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 511.

⁴⁰⁸ Havutçu, a. g. e. s. 61; Eren, a. g. e. s. 1139.

⁴⁰⁹ Havutçu, a. g. e. s. 61-62.

Borçlunun temerrüdü ve borçluya süre tanınması sözleşmenin varlık ve geçerliliğine etki etmediği gibi alacaklının borçlunun yerine getirmekle mükellef olduğu ediminin her zaman aynen ifa edilmesini ve gecikme tazminatı talep etmesine engel teşkil etmemektedir.⁴¹⁰ TBK'nın 125'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, alacaklı borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçtiğini borçluya hemen bildirmelidir. "Hemen" bildirmek ile kasta edilen, alacaklının durum ve şartlarına göre vakit kaybetmeksizin diğer seçimlik haklarından birini kullandığını borçluya bildirmesidir.⁴¹¹ Alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçtiğini açıkça borçluya bildirmemesi halinde sözleşme sonunda aynen ifa ve gecikme tazminatını talep ettiği sonucuna varılması gerektiği öğretide hâkim görüştür.⁴¹² Yargıtay da bu görüştedir.⁴¹³ Alacaklının aynen ifayı talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olmasına gerek yoktur.⁴¹⁴

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının borçluya uygun bir süre tayin ettikten sonra aynen ifa ile gecikme tazminatı ödenmesi seçimlik hakkını kullanması durumunda süre tayin etmeksizin de sahip olduğu bu hakkı kullanması, tekrar süre tayin etmek suretiyle diğer seçimlik haklarını kullanmasına engel teşkil edecek midir? Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygun bir süre tayinin sonrasında aynen ifa ve gecikme tazminatı seçimlik hakkını kullanan alacaklı süre tayin edilmesinden önce haiz olduğu haklara sahip olacağından, tekrar süre tayin etmek suretiyle diğer seçimlik haklarını kullanma yoluna gidebilecektir.⁴¹⁵ Yargıtay da bu

⁴¹⁰ Eren, a. g. e. s. 1139; Havutçu, a. g. e. s. 60.

⁴¹¹ Eren, a. g. e. s. 1140; Önen, a. g. e. s. 80; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 511;818 sayılı Borçlar Kanununda "Derhal" ifadesi kullanılırken, 6098 sayılı Kanunda "Hemen" ifadesi kullanılmış olup, kanun koyucunun bu konudaki iradesinin vakit kaybetmeksizin vazgeçildiğinin borçluya bildirilmesi amacının korunduğu görülmektedir, bkz. Gülerci,/Kılınç, a. g. e. s. 279-280.

⁴¹² Eren, a. g. e. s. 1139; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 510; Tekinay vd, a. g. e. s. 1278; Havutçu, a. g. e. s. 62; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 146; Tunçomağ, a. g. e. s. 943; Baştuğ, a. g. e. s. 280.

⁴¹³ YHGK, 09.10.1991, 15-340/467; Y15HD, 12.11.2015, 7053/5738, www.kazanci.com

⁴¹⁴ Eren, a. g. e. s. 1139.

⁴¹⁵ Eren, a. g. e. s. 1139; Havutçu, a. g. e. s. 62; Tekinay vd, a. g. e. s. 1278; Feyzioğlu, 1977 s. 261.

görüştür. ⁴¹⁶ Alacaklının dilediği zaman dilediği seçimlik hakkını kullanması kendini riske sokmaksızın, hal ve şartlar doğrultusunda ne alacaklının çıkarına hizmet ediyorsa, o yola başvurmak alacaklıya spekülasyon yapma imkanını tanıyacaktır. Örneğin, edimin değerinin düşeceğinin ön görüldüğü bir durumda alacaklı sözleşmeden dönme hakkını tercih edebilir. ⁴¹⁷ Aksi durum dikkate alındığında süre tayin etmeksizin aynen ifa ve gecikme tazminatını tercih eden alacaklı, daha sonra süre tayin etmek kaydıyla aynen ifadan vazgeçtiğini belirterek diğer iki seçimlik hakkından birini kullanabilir. ⁴¹⁸

TBK uyarınca süre tayin etmeyi gerektirmeyen bir halin varlığı durumunda, alacaklının vazgeçme beyanında bulunmasına gerek olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Eren, TBK'nın 125'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen seçimlik hakları kullanabilmek için süre tayininin zorunlu olmadığı hallerde de vazgeçme beyanında bulunmak gerektiğini, vazgeçme beyanının seçimlik hakların kullanılabilmesi için zorunlu olduğunu ileri sürer. ⁴¹⁹ Aksi görüşte olan Tekinay vd. ise, süre tayinine gerek olmayan hallerde, alacaklının vazgeçme beyanını açıklamasının da gerekli olmadığını ileri sürer. ⁴²⁰ Havutçu, alacaklının temerrüt nedeniyle edimin ifasında menfaati kalmamışsa veya kesin vade tayin etmek suretiyle edimin mutlaka belirli bir vadede ifa edilmesi öngörülmüşse vazgeçme beyanına ihtiyaç duyulmaması gerektiğini savunmaktadır. ⁴²¹ Kanımızca da isabetli olan bu görüş doğrultusunda edimin ifasında menfaati kalmamışsa veya kesin vade tayin etmek suretiyle edimin mutlaka belirli bir vadede ifa edilmesi öngörülmüşse alacaklı yönünden edimin ifası artık yararlı olmayacağından seçimlik haklarını kullanabilmek için süre tayini gerekmemektedir. Aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmek gibi bir koşulun aranması faydasız olacaktır. Lafzi yoruma bağlı kalmak, alacaklının durumunu daha da

⁴¹⁶ YHGK, 15.01.2014, 15-1947/13, www.kazanci.com, E.T.: 23.11.2017.

⁴¹⁷ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 510.

⁴¹⁸ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 512.

⁴¹⁹ Eren, a. g. e. s. 1140.

⁴²⁰ Tekinay vd, a. g. e. s. 1283.

⁴²¹ Havutçu, a. g. e. s. 64.

zorlaştıracaktır ki, bu kanun koyucunun istemediği bir durumdur. Aynı şekilde borçlunun tutumundan süre tayininin faydasız olacağını anlaşıldığı hallerde aynen ifadan vazgeçildiğine dair beyanda bulunmaya gerek yoktur.⁴²² Zira burada aynen ifada bulunulmayacağı bizzat borçlunun tutum ve davranışlarından anlaşılakta olup, aynen ifadan vazgeçildiğine ilişkin irade açıklamasında bulunmakta alacaklının hukuki yararı bulunmamaktadır.

2.4.2. Aynen İfadan Vazgeçip Olumlu Zararların Tazminini Talep Hakkı

2.4.2.1. Genel Olarak

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçluya verilen süre içerisinde edimin ifa edilmemesi durumunda alacaklının aynen ifa talep etmek istememesi, aynen ifanın alacaklı yönünden faydasız olması veya borçlunun aynen ifada bulunmaktan kaçınıyor olması durumunda TBK'nın 125'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararların giderilmesi, borçludan istenilebilir.⁴²³ Alacaklı, borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlarının tazminini borçludan talep etmek istiyorsa kural olarak aynen ifadan vazgeçtiğini derhal borçluya bildirir.

Alacaklı, temerrüt sonucunda sahip olduğu seçim hakkını, borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararların (olumlu zararların) tazmini yönünde kullanırsa, borçlu tazminat ödeme yükümü altına girmektedir.⁴²⁴ Edimin ifası hala mümkün olmasına rağmen alacaklının seçimi sonucu artık ifa gerçekleşmez, sanki borcun ifası imkânsızlaşmış gibi alacaklının zararları tazmin eder.⁴²⁵ Borçlunun tazmin yükümü kusuruna bağlıdır.⁴²⁶ Alacaklının

⁴²² Havutçu, a. g. e. s. 65.

⁴²³ Önen, a. g. e. s. 80; Nomer, a. g. e. s. 287; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 513.

⁴²⁴ Havutçu, a. g. e. s. 67.

⁴²⁵ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 513.

⁴²⁶ Alacaklının ifa yerine tazminat talep etmesi sonucunda borçlunun kusurlu olmadığını ispat etmesi halinde tazminat borcu söz konusu olmayacağından, alacaklı doğmamış bir seçim hakkını kullanmış olacaktır. Böyle bir durumda alacaklının aynen ifayı ister durumda sayılması gerektiği, ifayı kabul etmemesi durumunda alacaklının temerrüdü hükümlerinin somut olayda işlerlik kazandırılacağı, ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanmak için ek süre tayin ederek sözleşmeden dönebilmesinin gerektiğine ilişkin olarak bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 512.

aynen ifadan vazgeçmek suretiyle olumlu zararının tazmini istemesi, sözleşmeyi sona erdirmemekte, aksine taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini devam ettirmekte fakat asli edim yükümü olan ifanın yerine tazminat ödeme yükümü geçmektedir.⁴²⁷ Tazminat ödeme yükümü, niteliği itibariyle tali bir edim yükümlülüğüdür.⁴²⁸

2.4.2.2. Borcun İfa Edilmemesinden Kaynaklanan Olumlu Zarar Kavramı ve Unsurları

Kanun koyucu alacaklıya borçlunun edimi ifa etmemesi nedeniyle tazminat talep edebilme olanağı tanımıştır. Bunun amacı olarak da edimin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesi halinde alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumu, ekonomik anlamda tesis etmek gösterilebilir.⁴²⁹ Bu bağlamda, alacaklının borçlanılan edimin ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı zarara, olumlu zarar adı verilir. Olumlu zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya yönelik menfaatini yansıtmaktadır. Bu menfaat borçlunun borçlandığı edimi tam ve zamanında ifa etmiş olsaydı alacaklının içinde bulunacağı ekonomik durumu gösterir.⁴³⁰ Olumlu zarar, ifa ile alacaklının elde edeceği yararların kaybedilmesinden kaynaklanan bir zarardır.⁴³¹ Başka bir ifadeyle olumlu zarar, sözleşme vaktinde ifa edilseydi alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırda alacaklının malvarlığının gösterdiği durum arasındaki farktan ibarettir.⁴³²

Aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararların borçludan tahsilini talep hakkı, hukuki niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğuran haktır. Çünkü söz konusu hakkın kullanılmasıyla borcun konusu değişmekte, asli edim

⁴²⁷ Eren, a. g. e. s. 1140-1141; Önen, a. g. e. s. 80; Havutçu, a. g. e. s. 67; Uygur, a. g. e. s. 829.

⁴²⁸ Eren, a. g. e. s. 1141; Havutçu, a. g. e. s. 67; Uygur, a. g. e. s. 829.

⁴²⁹ Havutçu, a. g. e. s. 68; Eren, a. g. e. s. 1141; Yavuz, Şerh, s. 781; Yargıtay, olumlu zararı, borçlunun edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirmesi durumunda alacaklının mamaleki ne durumda olacaksa bu durum ile eylemli durum arasındaki fark olarak tanımlar, başka bir deyişle olumlu zarar, kar mahrumiyetini de içine alan sözleşmenin hiç ve gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlar olarak tanımlanır, bkz. Y6HD, 24.11.2015, 8485/10316, www.kazanci.com

⁴³⁰ Eren, a. g. e. s. 1141; Havutçu, a. g. e. s. 68; Uygur, a. g. e. s. 829.

⁴³¹ Uygur, a. g. e. s. 830.

⁴³² Eren, a. g. e. s. 1141; Uygur, a. g. e. s. 830.

yükümlülüğünün yerini tali edim yükümlülüğü olan tazminat ödeme yükümü almaktadır.⁴³³

TBK'nın 125'inci maddesinin 2'nci fıkrası incelendiğinde, olumlu zararın iki unsurdan ibaret olduğu görülmektedir. Bunlar, edimin kesin olarak ifa edilmemesinden doğan zararlar ile gecikmeden doğan zararlardır.⁴³⁴ Edimin ifasının reddedilmesiyle ifa edilmeyen edimin ekonomik değeri oranında alacaklının malvarlığında azalma meydana gelmekte olup, olumlu zararın temel unsurunu da bu ifa edilmeyen edimin ekonomik değeri oluşturmaktadır.⁴³⁵ Edimin ifa edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlara, ifa edilmeyen edim yerine yapılan ikame alım masrafları, ifa edilmeyen edim yerine yapılmak durumunda kalınan sözleşme giderleri dâhildir.⁴³⁶ Aynı şekilde Yargıtay, alacaklının kar elde edememek sebebiyle uğradığı kar kaybını da olumlu zarar olarak nitelendirmiştir.⁴³⁷

Borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararların yanı sıra alacaklının edimin zamanında ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı gecikme zararları da tazmini gereken zarar unsurları arasındadır. Yargıtay bir kararında, kira sözleşmesinden kaynaklanan olumlu zararları belirlerken, somut olayın özellikleri doğrultusunda hareket ederek, davacı kiracının aynı şartlarda benzer bir taşınmazı kiralaması için geçmesi gereken makul süreyi, davacının varsa mahrum kaldığı karın belirlenmesini aramış, davacı kiracının sözleşmeye güvenerek yaptığı harcamaların tespitine karar vermiştir.⁴³⁸ Alacaklının edimin ifa edilmemesinden doğan zararını gidermek için açacağı davanın giderleri, seçim hakkını kullanmak için yaptığı masraflar, yoksun

⁴³³ Yıldırım, a. g. e. s. 319.

⁴³⁴ Eren, a. g. e. s. 1141; Havutçu, a. g. e. s. 74; Tekinay vd, a. g. e. s. 962.

⁴³⁵ Havutçu, a. g. e. s. 74; Uygur, a. g. e. s. 829.

⁴³⁶ Havutçu, a. g. e. s. 74; Sözleşme konusu edimin vaktinde ifa edilmesi halinde alacaklının bir başkasına onu satıp elde edeceği kar, olumlu zararını oluşturur, bkz. Uygur, a. g. e. s. 829.

⁴³⁷ Y15HD, 27.03.2017, 1750/1330, Ancak başka bir kararında da kar kaybının sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güvenden ötürü meydana gelmesi söz konusu ise, olumlu zarardan değil, olumsuz zarardan söz edilebileceğine hükmedilmiştir, bkz. Y15HD, 01.12.2016, 4313/4946, www.kazanci.com E.T.:31.12.2017.

⁴³⁸ Y6HD 24.11.2017 8485/10316, www.kazanci.com

kaldığı kar, edimin zamanında ifa edilmemesi nedeniyle üçüncü kişiye tazminat, cezai şart vb. gibi ödemek zorunda kaldığı tutarlar, kendi ediminin muhafazası için yapmak zorunda olduğu bakım ve koruma giderleri, ifa edilmeyen borcun para olması durumunda temerrüt faizi ve aşkın zarar, olumlu zarar adı altında borçludan tahsil edilebilir.⁴³⁹

2.4.2.3. Aynen İfadan Vazgeçip Olumlu Zararların Tazmini Talebinin Hukuki Niteliği

Borçlunun temerrüdünden kaynaklanan olumlu zararın tazmininde hukuki nitelikleri aynı olduğu için TBK'nın 112'nci maddesi ve devamında düzenlenen kusurlu imkânsızlıktan doğan olumlu zararların tazminine ilişkin hüküm uygulanır.⁴⁴⁰ Türk Borçlar Kanununa göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik haklardan doğan tazminatların ödenmesinde kusurdan bahsedilmese de tazminat borcunun doğabilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiğinden 112'nci maddede düzenlenen kusur karinesi, olumlu zararların tazmininde de geçerli olup borçlu ancak kusursuz olduğunu ispatlarsa sorumluluktan kurtulur.⁴⁴¹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu ancak kusurlu ise tazminat öder. Aynen ifa talebinden vazgeçilip olumlu zararların tazmininin davaya konu edildiği hallerde kusuru ile temerrüde düşmediğini ispatlayan borçludan olumlu zararların tazmini talebi hâkim tarafından reddedilir. Kusur derecesine göre tazminat miktarında indirim yapışır.⁴⁴² Böyle bir durumda alacaklı-borçlu menfaat dengesi sarsılacağından alacaklı nasıl bir yol izlemelidir? Böyle bir durumda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin kusursuz imkânsızlık nedeniyle ediminin sona erdiğinde karşı edimin de sona ereceğini düzenleyen hükmün kıyasen uygulanmasıyla alacaklının edim yükümünün de ortadan kalkması gerekir.⁴⁴³

⁴³⁹ Havutçu, a. g. e. s. 74-75; Eren, a. g. e. s. 1141; Olumlu zararın sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan zarar olarak tanımlanmasından ötürü, kar mahrumiyetini de kapsayacağına ilişkin olarak bkz. Tandoğan, a. g. e. s. 426.

⁴⁴⁰ Eren, a. g. e. s. 1142.

⁴⁴¹ Eren, a. g. e. s. 1142-1143.

⁴⁴² Havutçu, a. g. e. s. 104-105.

⁴⁴³ Tunçomağ, a. g. e. s. 949.

2.4.2.4. Aynen İfadan Vazgeçip Olumlu Zararların Tazminini Talep Eden Alacaklının Kendi Edimini Nasıl İfa Edeceği

Borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararların borçludan tazmini istenildiğinde sözleşme içeriği değişmekte fakat sözleşme ortadan kalkmamaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin karşılıklılık esası doğrultusunda alacaklının kendi edimini ifa etme yükümünde herhangi bir değişiklik olacak mıdır? Alacaklı kendi ediminin değerini olumlu zarardan indirip kalanını mı talep edecektir? TBK hükümleri incelendiğinde, olumlu zararın tazmini seçimlik hakkını kullanan alacaklının karşılıklılık ilkesi doğrultusunda kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.⁴⁴⁴ Bu konuyu açıklamak üzere doktrinde mübadele ve fark teorisi olarak iki teori ileri sürülmüştür. Yukarıda yer alan sorular olumlu zararın hesaplanması ile ilgili olup, sorunların cevabı mübadele ve fark teorilerinin incelenmesi sonucunda verilebilecektir.⁴⁴⁵

Mübadele teorisi, olumlu zararın tazmininin ileri sürülmesinde klasik teori olup, bu teorinin esasını olumlu zararın tazmini talebinde bulunan alacaklının kendi edim yükümünü aynen yerine getirmek zorunda olması oluşturur.⁴⁴⁶ Mübadele teorisine göre, alacaklının aynen ifayı reddetmesi sonucunda borçlunun asli edim yükümünün yerini tali edim yükümü olan tazminat ödeme almakta, bunun dışında sözleşmesel ilişkinin niteliğinde bir değişiklik olmamaktadır.⁴⁴⁷ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme bağlamında mübadele teorisine göre taraflar arasındaki karşılıklılık, borçlunun tazminat ödeme yükümü ve alacaklının başlangıçtaki edimi ile devam etmektedir. Türk Borçlar Hukukunda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hükümleri irdelenmeksizin kanunun normal durum olarak mübadele teorisini esas aldığı, borçlunun kusursuz imkânsızlık nedeniyle edim yükümünün sona ermesi halinde karşı edimi talep

⁴⁴⁴ Havutçu, a. g. e. s. 78.

⁴⁴⁵ Eren, a. g. e. s. 1141; Havutçu, a. g. e. s. 76.

⁴⁴⁶ Havutçu, a. g. e. s. 77.

⁴⁴⁷ Havutçu, a. g. e. s. 77.

hakkını yitireceğinin hükme bağlanmış olmasından anlaşılmaktadır.⁴⁴⁸ Buradan hareketle şu sonuca varılması mümkündür: Kusurlu imkânsızlık ve temerrüt halinde borçlu karşı edimi talep hakkını yitirmez, alacaklı edimini aynen ifa etmek durumunda kalır.

Fark teorisine göre mübadele teorisinin aksine alacaklı aynen ifadan vazgeçtikten sonra kendi edimini ifa etmek zorunda değildir. Alacaklı kendi ediminin değerini, borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından mahsup ederek arada oluşan farkı, olumlu zarar olarak borçludan alır.⁴⁴⁹ Fark teorisinde sözleşmesel ilişki, alacaklının tek taraflı tazminat alacağına dönüşür ki, bu sözleşmeyi özel bir biçimde tasfiye etmek anlamına gelir.⁴⁵⁰ Bu bağlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler anlamında karşılıklı ilişki sona ereceğinden, fark teorisi edimlerin ifasına değil, sözleşmenin tasfiye edilmesine yöneliktir.⁴⁵¹ TBK'nın 213'üncü maddesinde satıcının temerrüdünde 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 zararın giderilmesini isteyebilir.⁴⁵²

Esasen bakıldığında bahsedilen teorilerden herhangi birinin tam anlamıyla Hukukumuzda kabul edildiği söylenemez. Nitekim öğretilde, Hukukumuzda olumlu zararlarla ilgili teorilerden fark teorisi veya mübadele teorisinin uygulandığına dair net bir fikir birliği bulunmamaktadır. Eren, olumlu zarar ve tazmini ile ilgili fark teorisinin benimsenmesi gerektiğini, mütemerrit borçluya karşı alacaklının, borçlandığı edimi aynen ifa etmek durumunda olmadığını, borçludan talep edeceği tazminattan kendi ediminin değerini mahsup yoluyla düşürebileceğini, alacaklının fark teorisi kapsamında

⁴⁴⁸ Havutçu, a. g. e. s. 79; İmkânsızlık halinde karşılıklı borçların sona erdiği ve ancak karşılıklı edimlerin değer farkından istifade edemeyişlerinin alacaklı nezdinde bir zarara sebebiyet verdiği, bunun ise fark teorisinin uygulanması anlamına geldiğine ilişkin olarak bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 514.

⁴⁴⁹ Havutçu, a. g. e. s. 77; Roger (Çev.Gürsoy), a. g. e. s. 157; Uygur, a. g. e. s. 830.

⁴⁵⁰ Havutçu, a. g. e. s. 77.

⁴⁵¹ Havutçu, a. g. e. s. 77.

⁴⁵² TBK'nın 236'ncı maddesinde de fark teorisi görülebilir.

hareket etmesinin daha pratik sonuçlar doğuracağını, TBK'nın 213/II ve 236'ncı maddelerinde de fark teorisinin esas alındığını, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de ticari satışa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir.⁴⁵³ Oğuzman/Öz de olumlu zararın tazmininde fark teorisinin uygulanmasından yanadır. Oğuzman/Öz, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa olanağı kalmayan edimin alacaklının edim yükümünü de sona erdireceğini kabul ettiğini, bu nedenle olumlu zararın karşılıklı edimler arasındaki değer farkı olduğunu ifade etmektedir.⁴⁵⁴ Havutçu ise farklı olarak, alacaklının olumlu zararı talep ettiğinde kendi edimini nasıl ifa edeceği konusunda kanun koyucunun açık bir düzenleme yapmadığı, bu sebeple kesin olarak fark veya mübadele teorilerinin uygulanamayacağını, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin karşılıklılık özelliği nedeniyle taraflardan birinin ediminin sona ermesinin diğerinin edimini de sona erdireceğinin ve karşılıklı edimlerin ortadan kalkacağını kabul edilemeyeceğini, nitekim bunun kabulü halinde alacaklının sona eren edimini ifaya yetkili olmasının bir çelişki yaratacağını, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimlerin sona ermesiyle ortada ifa edilecek bir edimin kalmayacağını ifade etmektedir.⁴⁵⁵ Yargıtay uygulamasında fark teorisi hâkimdir.⁴⁵⁶

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının karşı ediminin para olduğu durumlarda⁴⁵⁷ her iki teori arasındaki fark ortadan kalkmaktadır. Karşı edimin para olduğu hallerde alacaklının kendi ediminden karşı edimi mahsup etmesi daha yararlı olacaktır. Kanımızca salt fark teorisi ya da

⁴⁵³ Eren, a. g. e. s. 1142-1143.

⁴⁵⁴ Oğuzman/Öz a. g. e. s. 514.

⁴⁵⁵ Havutçu, a. g. e. s. 82-85.

⁴⁵⁶ Uygur, a. g. e. s. 830. Y13HD, 19.01.2017, 18376/306, alacaklı sözleşmeyi ayakta tutarak edimin geç teslim edilmesi nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep etmekte olup, Mahkeme borçluya tanınan sürenin sonu olan tarihten itibaren başlayarak dairenin alacaklıya fiilen teslim edildiği tarihe kadar alacaklının kira kaybı zararını talep edebileceğine, ödediği 3 aylık kira bedelinin de mahsup edilerek sonuca varılması gerektiğine hükmederek, fark teorisine değinmiştir. www.kazanci.com, E.T.:31.12.2017.

⁴⁵⁷ Tunçomağ, fark teorisinin yalnızca karşı edimin konusunu paranın oluşturduğu veya paraya dönüştürüldüğü durumlarda uygulanması gerektiğini savunur, bkz. Tunçomağ, a. g. e. s. 950.

mübadele teorisinin uygulanması diye bir ayrışmaya gidilmek yerine alacaklı ile borçlunun menfaat dengesini korumak suretiyle uygun teori somut olay bazında belirlenerek olumlu zararın hesaplanması uygun düşmektedir. Nitekim alacaklının olumlu zararı, fark teorisinin kabul edildiği durumda sadece edimler arası farktan, mübadele teorisi kabul edildiğinde ifa edilmeyen edimin değerinden ibaret olmayabilir.⁴⁵⁸

2.4.2.5. Olumlu Zararın Hesaplanacağı An ve Zamanaşımı

Olumlu zararın hesaplanması ve belirlenmesinde esas alınacak tarih, alacaklının aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunduğu tarihtir.⁴⁵⁹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kapsamında borcu ifa etmemenin neden olduğu, alacaklının vazgeçme beyanına kadar temerrüt nedeniyle meydana gelen bütün zararların olumlu zarar kapsamında borçludan tahsil edilmesi gerekmektedir.⁴⁶⁰ Acaba, borçlunun temerrüdünden sonra ve fakat alacaklının vazgeçme beyanından önce borca konu edimin değerinde bir değişiklik meydana geldi ise bu değişiklikler olumlu zararın tespitinde dikkate alınacak mıdır? Tunçomağ bu durumda, alacaklının sözleşme konusu edimi satın değer artışından yararlanabileceğini ispat ederse bu değer olumlu zarar olarak alacaklıya verileceğini, vazgeçme beyanından sonra edimin değerindeki değişikliklerin olumlu zararın tespitinde dikkate alınmayacağını belirtmektedir.⁴⁶¹

Aynen ifayı reddedip olumlu zararların tazmini için açılan davada zamanaşımı, asli edimin talep hakkının tabi olduğu TBK'nın 146'ncı maddesinde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımına tabidir.⁴⁶² On yıllık zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar. Olumlu zararların tazminine ilişkin davada zamanaşımı, asli edim yükümünü talep etme hakkının muaccel olması anında değil, tazminat talebinin doğması

⁴⁵⁸ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 515.

⁴⁵⁹ Eren, a. g. e. s. 1143; Tandoğan, a. g. e. s. 410; Reisoğlu, a. g. e. s. 385.

⁴⁶⁰ Tekinay vd, a. g. e. s. 962.

⁴⁶¹ Tunçomağ, a. g. e. s. 949-950.

⁴⁶² Havutçu, a. g. e. s. 135; Önen, a. g. e. s. 88; Nazikioğlu, a. g. e. s. 677.

anından itibaren işlemeye başlayacaktır.⁴⁶³ Önen, bu konuya biraz daha farklı bir yorum getirerek olumlu zararın tazmininin talep edildiğine ilişkin olarak alacaklı tarafından yapılacak vazgeçme yönündeki irade açıklamasını borçlunun öğrenmesinin mümkün olacağı günden itibaren zamanaşımı süresinin başlamasının uygun olacağını savunmaktadır.

2.4.3. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zararların Tazminini Talep Hakkı

2.4.3.1. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının başvurabileceği son seçimlik hak, sözleşmeden dönme ve olumsuz zararların tazminini talep etmeye yönelik seçimlik haktır (TBK m.125/2). Sözleşmeden dönme ancak ani edimli borçlarda söz konusu olur.⁴⁶⁴ Borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, olumlu zararların tazmini yerine sözleşmeden dönmek suretiyle uğradığı olumsuz zararların tazminini (borçlu kusurlu ise) isteyebilir.⁴⁶⁵ Alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verilerek aslında amaçlanan, sözleşme yapılmamış olsaydı alacaklının içinde bulunacağı ekonomik durumu tesis etmektir.⁴⁶⁶

Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirmekle birlikte daha önce yerine getirilen edimlerin iade edilmeleri yükümünü doğuran varması gereken ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶⁷ Alacaklı ile borçlu arasında bozulan menfaatler dengesinin, olumlu zararların tazmini ya da aynen ifa ve gecikme tazminatı ile sağlanamaması durumunda sözleşmeden dönme seçimlik hakkının alacaklı tarafından kullanılması ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin karşılıklılık durumu ortadan kaldırılır ve alacaklı ile borçlunun durumu

⁴⁶³ Havutçu, a. g. e. s. 135; Zamanaşımının alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin görüş için bkz. Nazikioğlu, a. g. e. s. 677.

⁴⁶⁴ Sürekli edimli borçlarda fesih söz konusu olur, bkz. Öz, M., “Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi” İÜMHAD, C.13, S. 16, s. 131.

⁴⁶⁵ Eren, a. g. e. s. 1143.

⁴⁶⁶ Eren, 1143; Buz, Dönme, s. 78.

⁴⁶⁷ Buz, Dönme s. 65; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 517; Tekinay vd, a. g. e. s. 964.

sözleşmeden önceki konuma getirilir.⁴⁶⁸ Dönme hakkı ile alacaklı, borçlunun kendi edimini hiç veya gereği gibi ifa etmeyerek ihlal ettiği sözleşme ilişkisini sona erdirmekte ve sona erdirdiği sözleşme ile başka tasarruflarda bulunma hakkını yeniden canlandırmaktadır.⁴⁶⁹ Sözleşmeden dönme iradesi için borçlunun kusurlu olmasına gerek yoktur.⁴⁷⁰ Bu hali ile bile modern hukukta sözleşmeden dönme müessesesinin vazgeçilemeyecek bir kurum olduğu görülmektedir.

2.4.3.1.1. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Niteliği

TBK'nın 125'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere, sözleşmeden dönme hakkı hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğuran haktır.⁴⁷¹

Yenilik doğuran hak, tek taraflı bir irade açıklaması ile başka bir şahsın hukuki alanında bir değişikliğe yol açmak olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷² Yenilik doğuran hakkın hüküm ve sonuç doğurması, bu hakkın kullanıldığının muhatabına bildirilmesi ile gerçekleşmekte olup, bunun için muhatabın muvafakati aranmaz.⁴⁷³ Yenilik doğuran hakkın kullanıldığının muhataba bildirilmesi ile muhatabın muvafakati olmaksızın hukuk alanında değişiklikler yapılabilme yetkisi, tehlikeli bulunarak yol açabileceği sakıncaları bertaraf edebilmek adına TMK'nın 2'nci maddesinden hareketle bir takım esaslar öğretide benimsenmiştir.⁴⁷⁴ TMK'nın 2'nci maddesi doğrultusunda sözleşmeden dönme hakkı sadece bir kere kullanılabilir, zira yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla tükenirler.⁴⁷⁵ Sözleşmeden

⁴⁶⁸ Serozan, Dönme, s. 41; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 516; Buz, Dönme, s. 66.

⁴⁶⁹ Buz, Dönme, s. 68.

⁴⁷⁰ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 516; Tekinay vd, a. g. e. s. 962; Buz, Dönme, s. 110.

⁴⁷¹ Eren, a. g. e. s. 1144; Buz, Dönme, s. 73-74; Tekinay vd, a. g. e. s. 962; Serozan, Dönme, s. 62; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 517; Öz, a.g.m. s. 132; YHGK 29.03.2017 9-2335/585, www.kazanci.com

⁴⁷² Buz, Dönme, s. 72.

⁴⁷³ Buz, Dönme, s. 73; Serozan, Dönme, s. 49.

⁴⁷⁴ Buz, Dönme, s. 75.

⁴⁷⁵ Serozan, Dönme, s. 50; Buz, Dönme, s. 75.

dönme hakkını kullanan alacaklının, sonradan bu hakkını geri aldığını açıklaması da hükümsüzdür, zira yenilik doğuran hakların bir defa kullanıldıktan sonra geri alınmaları mümkün değildir.⁴⁷⁶ Bu kuralla amaçlanan ise yenilik doğuran hakkını kullanan hak sahibinin, muhatabın hukuki durumunu sürekli değiştirmesinin önüne geçmektedir. Kural olarak yenilik doğuran hakkın şarta bağlı olarak kullanılması mümkün değildir, ancak bu kuralın istisnasını şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin muhatabın iradesinde olan durumlar oluşturmaktadır⁴⁷⁷.

Yenilik doğuran hakların kullanımı, zamanaşımına değil hak düşürücü süreye tabidir⁴⁷⁸; ancak borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeden dönme hakkı için Kanun Koyucu herhangi bir hak düşürücü süre öngörmemiştir.⁴⁷⁹ Bu durumda Yargıtay'ın vermiş olduğu kararları incelemek yerinde olacaktır. Yargıtay, alacaklının iyi niyet kuralları çerçevesinde borçlu ile arasındaki menfaat dengesini sağlamaya yönelik alması gereken bir takım önlemleri almadığından sözleşmeden dönmenin şartlarının oluşmasından bahsedilmeyeceğini belirterek, iyi niyeti sözleşmeden dönmeye bir kıstas olarak kabul etmiştir.⁴⁸⁰ Sözü edilen iyi niyet objektif iyi niyet olup iade borçlarının kapsamının belirlenmesi ve olumsuz zararların hesaplanması bakımından dikkate alınması gereken tarih iyi niyet kurallarına göre belirlenir.⁴⁸¹

Öğretide dönme hakkının hukuki niteliğini açıklayan iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşler klasik dönme görüşü ile yeni dönme görüşüdür.⁴⁸² Klasik dönme görüşüne göre, dönme, bozucu yenilik doğuran haktır, dönme ile sözleşme kurulduğu andan itibaren geçerli olmak üzere

⁴⁷⁶ Serozan, Dönme, s. 50; Buz, Dönme, s. 75.

⁴⁷⁷ Buz, Dönme, s. 76.

⁴⁷⁸ YHGK 29.03.2017 9-2335/585, www.kazanci.com

⁴⁷⁹ Serozan, Dönme, s. 449; Buz, Dönme, s. 76.

⁴⁸⁰ Y3HD, 19.01.2017, 729/267(www.kazanci.com.tr).

⁴⁸¹ Buz, Dönme, s. 76; Y13HD, 27.10.2014, 29586/32922; YHGK, 09.10.1991, 15-340/467(www.kazanci.com.tr).

⁴⁸² Eren, a. g. e. s. 1144.

geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.⁴⁸³ Buradan da görülebileceği üzere, klasik dönme teorisine göre dönme hakkı bozucu nitelik taşımaktadır.⁴⁸⁴ Yeni dönme görüşü ise Türk Hukukunda son zamanlarda giderek yaygın bir biçimde savunulmaktadır. Bu görüşe göre, borç ilişkisi, ne geçmişe ne de ileriye etkili olarak sona ermekte; sözleşme, dönme üzerine geçerliliğini yitirmeyerek tasfiye ilişkisi haline dönmektedir. Burada önemle belirtilmesi gereken husus şu ki, sözleşmeden doğan borç ilişkisi, tersine dönerek devam etmektedir. Bu hal ise dönme hakkının hukuki niteliğine de etki etmekte ve onu değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak göstermektedir.⁴⁸⁵

Sözleşmeden dönme hakkının yetkili bir kişi tarafından kullanılması gerekir ki bu kişi alacaklıdır. Pek tabii ki, alacaklı yerine dönme hakkını yetkili temsilci de kullanabilir.⁴⁸⁶

2.4.3.1.2. Dönme Hakkını Kullanmanın Sözleşmeye ve Borca Etkileri

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması durumunda bu hakkın kullanılmasına bağlanan sonuçlar, TBK'nın 125'inci maddesinde, "Taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler" şeklinde hüküm altına alınmıştır. 818 sayılı Mülga BK döneminde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, sözleşmenin geçerliliğine bu hakkının etkisinin ne olacağı yönünde bir belirleme yapılmadığı görülmekteydi. Mülga BK'nın 108'inci madde hükmünde dönmenin borçtan kurtarıcı ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesine yol açan etkileri sadece sözleşmeden dönen alacaklı bakımından düzenlenmişti; ancak TBK ile isabetli bir şekilde sözleşmeden dönme hâlinde tarafların, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulacağı ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır.⁴⁸⁷

⁴⁸³ Eren, a. g. e. s. 1144; Öz, a.g.m. 134; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 517.

⁴⁸⁴ Öz, a.g.m. s. 134.

⁴⁸⁵ Serozan, Dönme, s. 83; Eren, a. g. e. s. 1144; Öz, a.g.m. s. 134; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 521.

⁴⁸⁶ Buz, Dönme, s. 285.

⁴⁸⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu Yayınları, 175.

Dönme hakkının kullanmanın borca ve sözleşmeye etkilerini tespit edebilmek için öncelikle TBK ile hüküm altına alınmış olan geri verme borcunun hukuki niteliğinin ne olduğuna değinmek gerekir. Çünkü TBK'nın bahsi geçen düzenlemesi gereğince tarafların dönme iradesi sonucunda geri verme borçlarının hukuki niteliğinin ne olduğu tartışmalı hale gelmiştir.

Klasik dönme teorisini savunanlara göre geçerli bir dönme beyanının borçluya varması ile birlikte sözleşmeden doğan bütün asli edim yükümlülükleri sona erecektir.⁴⁸⁸ Nitekim dönme iradesi ile artık zamanında ifa veya ika edilen şeyler de hukuki sebepten yoksun kalacağından taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda iade borçlarını yerine getireceklerdir. Ancak iadenin salt sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılması klasik dönme teorisini savunan yazarlar arasında da eleştirilmiş, dönme anına kadar verilen şey üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişilerin durumu ve bazı hallerde karşılıklı iadenin farklı hükümlere tabi olması⁴⁸⁹ gibi hallerde iade borcunun hukuki niteliğinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılmasının boşluk yarattığı savunulmuştur. Tarafların iade taleplerini mahkeme kanalı ile ileri sürmeleri halinde açılacak dava, “sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası” olarak nitelendirilmektedir.⁴⁹⁰

Yasal borç ilişkisi teorisine göre, sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisinin ortadan kalkacağı fakat bunun borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren hükümsüz kılınması anlamına gelmeyecektir. Tarafların vakti zamanında yerine getirdikleri edimlerin sebepten yoksun olmadığı, yerine getirilen edimlerin ise gerçek bir sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği,

⁴⁸⁸ Buz, Dönme, s. 153; Tandoğan, a. g. e. s. 504; Feyzioğlu, 1977 s. 263; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya, Mimoza Yayınları, 2007, s. 294.

⁴⁸⁹ Örneğin, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebi zamanaşımına uğrayan taraf, karşı tarafın aynı talebinin zamanaşımına uğramaması nedeniyle kendi verdiği alamadan aldığı iade etmek durumunda kalabilir, bkz. Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 519; Öz, a.g.m. s. 137; Somut olayın özelliklerine göre, TMK m.683 İstihkak Davası ve TMK m. 1025 Tapu Sicilini Düzeltme Davası kapsamında dönme hakkının kullanılması durumunda iade Sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca değil, TMK'nın m. 993-995 uyarınca yapılacaktır, bkz. Ayan, 294.

⁴⁹⁰ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 517-518.

TBK'nın 82'nci maddesinde düzenlenen zamanaşımı süresine değil, TBK'nın 146'ncı maddesinde yer alan genel zamanaşımına tabi olduğu, iade yükümünün kapsamının belirlenmesi anlamında da sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ileri sürülmektedir.⁴⁹¹ Böylelikle iadenin kapsamının belirlenmesi konusunda TBK'nın 125'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan boşluğun doldurulmuş olacağı kabul edilmektedir.

Yeni dönme teorisine göre, sözleşmenin sona ermesi değil tasfiyesi söz konusu olduğundan henüz yerine getirilmemiş borçlar açısından edim yükümlülükleri sona ermeyecek, sadece borçlu ifadan kaçınabilme hakkına (def'i hakkına) sahip olacaktır. Dönme hakkının kullanılmasından önce yerine getirilmiş olan edimler bakımından ise iade borcu meydana gelecektir.⁴⁹² Bu açıklama ile yeni dönme teorisinin iki türlü etkisi olduğu görülmektedir. Bu etkilerin ise borçtan kurtarıcı etki (ki bu etki def'i ileri sürmek suretiyle borçlunun ifadan kaçınmasıdır) ve taraflar arasında daha önce ifa edilen edimleri geri verme borç ilişkisinin kurulması etkisidir.⁴⁹³ Dönme hakkının borçtan kurtarıcı etkisi, sözleşmenin her iki tarafı açısından henüz ifa edilmemiş edimler bakımından bunların ifasından kaçınma yolunu ortaya çıkarır.⁴⁹⁴ Ancak sözleşmenin tasfiyesinden önceki dönemde karşılıklı ifa ettikleri edimlerini geri verme yükümü altına da girerler.⁴⁹⁵ Yeni dönme teorisi uyarınca yerine getirilmiş olan edimler, iade borcu kapsamına girerek, adeta sözleşmenin içerik değiştirmesinde olduğu gibi sürmektedir. Ancak iade yükümlülüğünün hukuki niteliğini, sebepsiz zenginleşme hükümleri değil, TBK'nın 112'nci maddesi ve devamında düzenlenen sözleşmeden doğan borçlara uygulanan hükümler teşkil edecektir.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 520; Ayan, a. g. e. s. 294.

⁴⁹² Serozan, Dönme, s. 84; Eren, a. g. e. s. 1144; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 521; Ayan, a. g. e. s. 294.

⁴⁹³ Eren, a. g. e. s. 1144-1145.

⁴⁹⁴ Eren, a. g. e. s. 1144-1145.

⁴⁹⁵ Serozan, Dönme, s. 96; Eren, a. g. e. s. 1145; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 521.

⁴⁹⁶ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 521; Ayan, a. g. e. s. 294.

Sözleşme ilişkisi devam ederken ifa edilen edimlerin iadesini, aynı istihkak talebine dayandıran bir görüş daha vardır. Bu görüş ile dönme hakkının geçmişe dönük bozucu yenilik doğuran hak niteliğinden hareket edilerek, mülkiyet hakkının devrinin hukuki sebebini oluşturan sözleşmenin ortadan kalktığı, hukuki sebepteki yokluğun tasarruf işlemine de etki ettiği, mülkiyet hakkının karşı tarafa geçmediği, taşınmazlarda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile geri vermenin gerçekleşeceği savunulmaktadır.⁴⁹⁷ Bu görüşe katılamamaktadır, çünkü kazanımın hukuki sebebini oluşturan sözleşme varlığını korumaktadır.

Yukarıda açıklanan teorilerden Türk Borçlar Kanununun 125/3 maddesinin ruhuna ve somut olay adaletine en uygun teori, klasik dönme teorisidir. Zira TBK'nın 125/3 maddesinin lafzından da sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı anlaşılmaktadır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilen edimler bakımında iade borcunun kapsamının TBK'nın 79 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşmesi gerekir ki, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonucunda sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması, sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağını açıkça ortaya koymaktadır. Oğuzman/Öz'ün de belirttiği gibi, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması ile rehin, kefalet, cezai şart gibi kazanımların da sona ermesinin dönme hakkının doğal sonucu olduğu, bu hakları kaybetmek istemeyen alacaklının kendisine tanınan diğer seçimlik hakları kullanmak suretiyle bu haklarını korumaya devam edebileceği değerlendirilmektedir.⁴⁹⁸ Yasal Borç Teorisi de klasik dönme teorisi ile örtüşmekte sadece zamanaşımı olgusunda farklılaşmaktadır.

Yeni dönme teorisi, sadece verme borçları bakımından işlerlik kazanabilecek durumda olmasından ötürü eleştirilmektedir. Diğer edim türleri ve yapma borçları bakından yetersiz kalarak, böyle borçlarda yeni dönme teorisinde benimsendiği gibi sözleşmenin ortadan kalmayarak tasfiye ilişkisine dönüşmesi ve edimlerin tersine dönmesi mümkün değildir. Zira bir

⁴⁹⁷ Buz, Dönme, s 134-171; Eren, a. g. e. s. 1145.

⁴⁹⁸ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 521-522.

konserin verilmesi borcunun tersine dönmesi imkânsızdır. Bu görüşün Savucuları, böyle durumlarda borcun TBK'nın 112'nci maddesi uyarınca tazminat borcuna dönüşeceğini ileri sürseler de edimin ifasında imkânsızlıktan değil, tersine dönmesindeki imkânsızlıktan somut olayda bahsedilmelidir.⁴⁹⁹ Geri verme borcunun kapsamının belirlenmesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ele alınması durumunda, TBK'nın 79'uncu maddesinin 1'inci fıkrası doğrultusunda, geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür. Yeni dönme teorisi kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı düşünüldüğünde, geri verme borcuna tabi şeyi, kusursuz bir şekilde yitiren veya o şeyin hasara uğraması durumunda borçlu hakkında TBK'nın 79'uncu maddesi uygulanmayacak, borçlu tamamını iade etmek durumunda kalacaktır.⁵⁰⁰ Hal böyle olunca borçlunun durumu daha da ağırlaşmış olacak, hakkaniyetli bir durum ortaya çıkmayacaktır. Açıklanan sebeplerle yeni dönme teorisine katılma imkânı bulunmamaktadır.

TBK ile getirilen bu yerinde düzenleme esasen doğru tabirlerin kanunda kullanılması ile ilintilidir. Gerçekten de 818 sayılı BK ile sözleşmeden dönme yerine fesih ibaresi kullanılmış olup, her iki kelime hukuki anlamları bakımından farklı olmakla beraber farklı sonuçları da doğurmaktadır. Fesih ile dönme arasındaki en önemli fark doğrudukları sonuçlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Fesih, sürekli bir borç ilişkisinde sonradan ortaya çıkan bir nedenle sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kaldırılmasına hizmet ederken, sözleşmeden dönme hakkında alacaklı sözleşmeyi geçmişe dönük bir biçimde ortadan kaldırmaktadır.⁵⁰¹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı ile amaçlananın sözleşme akdedilmeden önceki ekonomik durumu yeniden tesis etmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda fesih ibaresinin

⁴⁹⁹ Eren, a. g. e. s. 1147; Buz, Dönme, s. 215; Serozan, Dönme, s. 609; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 522.

⁵⁰⁰ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 523.

⁵⁰¹ Kılıçoğlu, a. g. e. s. 731; Buz, Dönme, s. 83; Serozan, Dönme, s. 120; Gülerci/ Kılınç, a. g. e. s. 281.

kullanılmasının amaca hizmet etmeyeceği aşıkardır. Sözleşmeye ve borca etkileri açısından değerlendirildiğinde seçimlik hakkın fesih olarak nitelendirilmesi sözleşmeyi sona erdirecek ancak tarafların karşılıklı edimlerinin iadesini gerektirmeyecek, tarafların doğmuş alacak ve borçları sona ermeyecektir.⁵⁰²

2.4.3.2. Genel Olarak Olumsuz Zarar

2.4.3.2.1. Olumsuz Zarar Kavramı ve Zarar Kalemleri

TBK'nın 125'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, alacaklı sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini borçludan talep edebilir. Madde hükmü ile giderilmesi talep edilen zarar, olumsuz zarar olarak adlandırılır. Olumsuz zarar, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması sebebiyle uğramış olduğu zararlardır. Geniş anlamıyla, herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir.⁵⁰³ Bu doğrultuda bu zarar kalemi ile alacaklı sözleşmeyi hiç yapmasaydı hangi ekonomik durumda olacaksa o durumun tesisi amaçlanır.⁵⁰⁴ Taraflar, sözleşme akdettiklerinde bu sözleşmenin geçerli olduğuna ya da borçlu tarafından sözleşme konusu edimin yerine getirileceğine ilişkin inanç ve/veya güven duyarlar. İşte bu inanç veya güvenin boşa çıkmasından doğan zarar, olumsuz zararlardır.⁵⁰⁵

Alacaklının sözleşmeden döndükten sonra malvarlığının gösterdiği durum ile sözleşme hiç kurulmasaydı malvarlığının göstereceği durum arasındaki fark, olumsuz zararın kapsamını oluşturur⁵⁰⁶ demek yeterli gelmeyecektir. Doğru ifade ile olumsuz zararın kapsamına, sözleşmenin

⁵⁰² Buz, Dönme, s. 82; Eren, a. g. e. s. 1144.

⁵⁰³ Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 38.

⁵⁰⁴ Eren, a. g. e. s. 1147.

⁵⁰⁵ Olumsuz zarar yerine güvenden doğan zarar veya güven zararı ibareleri de kullanılabilir, bkz. Buz, Dönme, s. 240; Ergüne, a. g. e. s. 39; Eren, a. g. e. s. 1148; Temsil yetkisinin bulunmamasından doğan veya bir kimsenin kendi ihmaliyle hataya düşmesinden dolayı sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle doğan zararlar olumsuz zararlardır, fakat TBK'nın 125'inci maddesinde tazmini öngörülen olumsuz zarar, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi sonucunda uğranılan zarardır, bkz. Eren, a. g. e. s. 1148.

⁵⁰⁶ Eren, a. g. e. s. 1148.

hüküm ifade edeceğine veya ifa edileceğine güvenilmeseydi uğranılacak olan zarar veya güvenilen sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı meydana gelmeyecek olan zarar olarak belirlenmelidir.⁵⁰⁷ Olumsuz zarar bu şekilde tanımlandığında, dönme hakkına konu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan tüm zarar kalemlerinin olumsuz zararın kapsamına gireceği görülür.⁵⁰⁸ Olumlu zararların tazmininde olduğu gibi olumsuz zararların tazmininde de zararların kapsamına fiili zarar ve yoksun kalınan kar girer.⁵⁰⁹ Fiili zararların kapsamına ise, sözleşme kurma masrafları (noter masrafı, seyahat masrafı, telefon masrafı vb.), alacaklının sözleşmenin karşılıklı olarak ifa edileceğine dair inancı ile yaptığı masraflar, alacaklının borçluyu temerrüde düşürmek için çekeceği ihtarın masrafları, dönme hakkının kullanılması ile ilgili masraflar, dönülen sözleşmenin tasfiyesi ile ilgili harcamalar, geri verme borcu için yapılan harcamalar, borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan edimlerini ifa edememesi yüzünden bu kişilere ödemek zorunda olduğu tazminatlar, cezai şartlar girer.⁵¹⁰ Olumsuz zararın kapsamına giren ikinci zarar unsuru ise yoksun kalınan karıdır. Temerrüde düşen borçlu ile alacaklının akdettiği sözleşme nedeniyle alacaklının üçüncü kişilerle sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması sonucunda elde edemediği kazanç, yoksun kalınan karı oluşturur.⁵¹¹ Yargıtay'a göre, olumsuz zararların kapsamına, sözleşme yapılmasına duyulan güven ile başka bir sözleşme akdetme imkanının kaçırılmasından doğan zarar, sözleşme giderleri, sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılıklı edimin kabulü için yapılan

⁵⁰⁷ Ergüne, a. g. e. s. 42.

⁵⁰⁸ Buz, Dönme, s. 243.

⁵⁰⁹ Buz, Dönme, s. 243; Eren, a. g. e. s. 1148; Ergüne, a. g. e. s. 288-298; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 524.

⁵¹⁰ Buz, Dönme, s. 245; Eren, a. g. e. s. 1148-1149; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 524.

⁵¹¹ Buz, Dönme, s. 246; Eren, a. g. e. s. 1149; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 524; Dönülen sözleşmeden elde edilecek kar, yoksun kalınan kar olarak nitelendirilemez, çünkü taraflar dönme ile borçlarından kurtulurlar, alacaklı böyle bir karı elde etmek istiyorsa olumlu zararlarının tazmini istemelidir, bkz. Eren, a. g. e. s. 1149; Buz, Dönme, s. 247.

masraflar, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararlar girmektedir.⁵¹²

Alacaklının sözleşmeden döndükten sonra talep edebileceği tazminat miktarı olumlu zararların azami miktarı ile sınırlı mıdır? Alman Hukukunda olumsuz zararların olumlu zararları aşamayacağı konusunda bir görüşün hâkim olduğu görülmektedir.⁵¹³ Bu konuda öğretide görüş birliği de bulunmamaktadır. Önen, olumsuz zarar miktarının olumlu zarar miktarını aşamayacağını savunur.⁵¹⁴ Yargıtay da bu görüştedir.⁵¹⁵ Aksi yönde düşünen yazarlar ise çoğunluktadır. Eren, her iki zararı doğuran nedenlerin birbirinden farklı olduğunu, bu sebeple olumsuz zararın olumlu zarardan fazla da olabileceğini ya da eşit de olabileceğini, aksi halin Kanun Koyucunun iradesine aykırı olacağını, olumsuz zararın amacı olan sözleşme kurulmamış olsaydı alacaklının içinde bulunacağı ekonomik durumu tesis etmek amacına aykırılık teşkil edeceğini haklı olarak savunmaktadır.⁵¹⁶ Sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması durumunda olumlu zararların talep edilmesi mümkün değildir. Yargıtay, sözleşmeden dönme halinde olumlu zararlara yer verilemeyeceğini, sadece olumsuz zararların talep edilebileceğini belirtmektedir.⁵¹⁷ Haklı olarak olumlu zararlarının tahsilini talep etmek isteyen alacaklı, sözleşmeden dönme seçimlik hakkını değil, aynen ifadan vazgeçmek suretiyle olumlu zararlarının tahsil edilmesini isteyebilecektir. Ancak bazı hallerde sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanan alacaklının olumlu zararlarını talep edememesi, bir takım adaletsizliklere yol açmaktadır. Sözleşmeden dönen alacaklının fazlaca masraf yapmadığı ve herhangi bir sözleşme yapma fırsatı kaçırmadığı veyahut bunu ispatlayamadığı durumlarda herhangi bir tazminat alamaması, borçlunun

⁵¹² Y15HD, 24.05.2004, 1210/2834, Ayan, a. g. e. s. 293.

⁵¹³ Buz, Dönme, s. 277.

⁵¹⁴ Önen, a. g. e. s. 96.

⁵¹⁵ Y15HD, 28.09.19936, 5474/3691, www.kazanci.com

⁵¹⁶ Eren, a. g. e. s. 1150; Aynı yönde Buz, Dönme, s. 278.

⁵¹⁷ YHGK, 13.10.1976, 13-108/2617; Y15HD, 17.03.1977, 535/653; Y5HD, 06.11.1978,2161/2141 ayrıntılı kararlar için bkz. Ergüne, a. g. e. s. 258.

kusurlu davranışının yaptırımsız kalmasına neden olacaktır ki, bu kanun koyucu tarafından istenilen bir durum değildir.

2.4.3.2.2. Olumsuz Zararların İspatı

Alacaklının olumsuz zararları, borçlunun kusurlu olarak edimini yerine getirmemesi sonucunda sözleşmeden dönülmesi üzerine dönülen sözleşmeye güvendiği için uğradığı, bu sözleşme hiç akdedilmeseydi uğramayacağı zararlar olarak ifade edilir.⁵¹⁸ Kusursuzluğunu ispat edemeyerek tazminat ödeme yükümü altına giren borçlunun ödeyeceği miktarın sınırlarını alacaklının uğradığı olumsuz zararlarının ispatı belirlemektedir. Borçlunun her türlü kusuru, hafif ihmali de dahil olmak üzere, olumsuz zararlardan sorumluluğu için yeterlidir.⁵¹⁹ Kusurun derecesi, ispata değil, tazminatın hesaplanmasına etki edecektir.⁵²⁰

Olumsuz zararın ispatı genel olarak kolay ancak çok önemlidir. Esasen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden dönen alacaklının malvarlığında fiilen bir azalma söz konusu olmadığından, alacaklının bu azalma ile temerrüt nedeniyle döndüğü sözleşme arasındaki uygun illiyet bağına ispat etmekle olumsuz zararını ispatlamış olacaktır.⁵²¹ Ancak yoksun kalınan kar açısından durum bu kadar kolay değildir çünkü yoksun kalınan kar, niteliği itibarıyla geleceğe ilişkin farazi bir zarar olup geleceğe ilişkin olduğundan ispatı zordur. Bu sebeple, hâkim yoksun kalınan kara hükmederken kesin delillerden ziyade takdir yetkisine başvurur.⁵²² Zira sözleşme yapma fırsatının kaçırıldığına tam ve kesin bir biçimde ispatlanması hâkim tarafından gözetilirse, dönme hakkını kullanan alacaklının söz konusu olumsuz zararını tazmin etme olanağı kalmamaktadır.⁵²³ Yargıtay bir kararında 818 sayılı BK'nın 106 ve 108'inci maddeleri uyarınca akdi haklı olarak fesheden davacının bu yüzden uğradığı olumsuz zararları talep edebileceğini, ancak dava dosyasında davacının olumsuz zararlarının

⁵¹⁸ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 524; Ergüne, a. g. e. s. 52.

⁵¹⁹ Ergüne, a. g. e. s. 53.

⁵²⁰ Ergüne, a. g. e. s. 53.

⁵²¹ Buz, Dönme, s. 252; Ergüne a. g. e. s. 321.

⁵²² Eren, a. g. e. s. 1149; Buz, Dönme, s. 253; Ergüne, a. g. e. s. 321.

⁵²³ Buz, Dönme, s. 254.

oluşturduğuna dair herhangi bir delilin bulunmadığını belirterek ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuştur.⁵²⁴

2.4.3.2.3. Olumsuz Zararın Hesaplanacağı An ve Zamanaşımı

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dönme hakkı neticesinde borçlunun tazminat ödeme yükümü, TBK'nın 125'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca borçlunun borca aykırı davranışından ileri gelmektedir. Zararın belirlenmesinde kural olarak hüküm anı esas alınır. Ancak dönme hakkının kullanılması alacaklının kasti bir takım düşünceleri ile spekülatif olarak geciktirilmiş olabilir. İşte böyle durumlarda olumsuz zararların hesabında iyi niyet kuralları gereği normal şartlarda dönme hakkının ne zaman kullanılması gerekiyorsa o zamanın esas alınmasının doğru olacağı düşünülmektedir.⁵²⁵

Olumsuz zararların tazminine ilişkin olarak zamanaşımını esas aldığımızda sözleşmeden doğan bir zarar olmasından ötürü TBK'nın 146'ncı maddesinde düzenlenmiş olan genel zamanaşımı uygulanacaktır.⁵²⁶ Zamanaşımının işlemeye başlayacağı an ise tazminat talebinin muaccel olduğu, yani dönme hakkının hüküm ve sonuçlarını dürüstlük kuralları çerçevesinde doğurduğu andır.⁵²⁷ Yargıtay da bir kararında, eser sözleşmesinden kaynaklanan olumsuz zararların tahsili talepli davada olumsuz zarara ilişkin zamanaşımı süresinin fesih tarihinden itibaren işlemeye başlayacağına hükmetmiştir.⁵²⁸

⁵²⁴ Y15HD 09.03.2017 1540/1309, www.kazanci.com

⁵²⁵ Buz, Dönme, s. 275; Eren, a. g. e. s. 1147-1149.

⁵²⁶ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 524; Y11HD 11.05.2017 8625/2833, www.kazanci.com

⁵²⁷ Buz, Dönme, s. 275-276; Eren, a. g. e. s. 1149; Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 524; Dönme beyanın karşı tarafa ulaşması ile işlemeye başlayacağına ilişkin olarak bkz. Ergüne, a. g. e. s. 147.

⁵²⁸ Y15HD 12.07.2017 530/2856 www.kazanci.com

SONUÇ

Borçlunun temerrüdü, borca aykırılığın özel görünüm biçimidir. Borçlunun sözü edilen borca aykırı davranışı, muaccel ve ifa edilebilir bir edimin ifa zamanında ifa edilmemesi şeklinde gerçekleşecek ve Türk Borçlar Kanunu bağlamında borçlunun temerrüdü müessesini ortaya çıkaracaktır.

Borcun konusunu oluşturan edimin sözleşmelerdeki görünüm türlerinden biri olan iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler⁵²⁹, sözleşmenin tarafları bağlamında karşılıklı edimleri ihtiva etmektedir. Bu nedenledir ki, taraflar birbirinin hem borçlusu hem de alacaklısıdır. Tarafların her ikisi için kendi muaccel ve ifa edilebilir edimlerini haklı bir sebep yokken ifa etmedikleri takdirde, borçlunun temerrüdü hükümleri işlerlik kazanır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin bir türü olan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün özel hüküm ve sonuçları, Türk Borçlar Kanununun 123-125 maddelerin arasında hükme bağlanmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki, borçlunun temerrüdü için Türk Borçlar Kanununda düzenlenen genel hüküm ve şartlar, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde de uygulama alanı bulur.

Borçlunun yerine getirmekle yükümlendiği edimini zaman yönünden ifa etmesi gereken zamanda ifa etmemesi hali olan temerrüdün gerçekleşebilmesi için bir takım genel ve özel şartların varlığı aranır. Bu şartların bazısının varlığı kanuni düzenleme ile aranmışsa da bazısı Yargı kararları ve doktrin ile getirilen şartlardır.

Borçlunun temerrüdü için aranan genel şartlar şu şekildedir. Öncelikle borç konusu edimin ifasının objektif olarak mümkün olması gerekir. Edimin ifasının mümkün olmadığı durumlarda şartları varsa imkânsızlıktan söz edilebilecektir. Edimin ifasının mümkün ise borcun muaccel olması gerekir. Muaccel olmayan bir borcun ifa zamanının da geçirildiğinden söz edilemeyecektir. Muacceliyet borcun ifa

zamanını gösterir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise özel bir ifa zamanı belirlenmiştir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural olarak taraflar aynı anda borçlarını ifa ederler.⁵³⁰ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin muaccel hale gelmesi, diğerine onu ifaya zorlama hakkı vermeyecektir. Böyle bir durumda edimi muaccel hale gelen tarafın ödemezlik def'ini ileri sürmesi ile ifadan kaçınması mümkün olabilecektir. Ödemezlik def'inin ileri sürülmesi, borçlunun temerrüdünü engelleyecektir çünkü ödemezlik def'i muaccel hale gelen edimin ifa zamanını yasal olarak geciktirmektedir. Muaccel hale gelen ifası mümkün edimin ifa zamanı geçmesine rağmen ifa edilmemesinde alacaklının borçludan edimin ifasını talep etmesi gerekir; çünkü borçlunun kendi kendine ifa etme zorunluluğu yoktur, kaldı ki, borcu ne zaman ifa edeceğini de bilmiyor olabilir.

Borçludan ifanın talep edilmesi, alacaklının borçluya göndereceği ihtar ile olacaktır. İhtar, hukuki niteliği itibarıyla tek taraflı ve varması gereken hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır. Özel bir şekil şartına tabi olmamakla birlikte işlem güvenliği açısından yazılı olarak yapılması gerektiği düşünülmektedir. Alacaklının borçluya gönderdiği fatura da -ifanın talep edildiğine dair bir şerhin yer alması halinde- ihtar olarak kabul edilecektir. Aynı şekilde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini ifa etmesi veya ödemezlik def'ini ileri sürmesi ihtar anlamına gelemeyecektir. Kanuni düzenleme gereğince bazı hallerde ihtara gerek yoktur.

Borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için aranan şartlar ise esasen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan seçimlik hakları kullanabilmenin şartlarıdır. Bu şartlardan ilki, borçluya süre tanınmasıdır. Borçluya alacaklı tarafından tanınan süre, -ihtara gerek olan hallerde- ihtar ile borçlunun temerrüdü düşürülmesinden sonra veya ihtar ile birlikte tanınabilir. İhtarda olduğu gibi kanuni düzenleme ile süre verilmesine gerek olmayan haller düzenlenmiştir. Alacaklı tarafından verilen bu süre içerisinde de borçlu edimini ifa etmezse, tam iki

⁵³⁰ Bu durumun istisnaları da mevcuttur. Taraflar aralarında anlaşarak ifa sırasını belirleyebilecekleri gibi, sözleşmenin icap ettiği şekilde tarafların birinin edimini önce ifa etmesi gerekebilir, örneğin abonman sözleşmeleri, bkz. Vedat Buz, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler ve Tebliğler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 139.

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü gerçekleşmiş olur. Para borçlarında temerrüdün hüküm ve sonuçları pek tabii tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanacaktır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, temerrüde düşen borçluya tanınan süre ile alacaklının üç adet seçimlik hakkı bulunmaktadır. Alacaklıya tanınan bu seçimlik haklar, hukuki niteliği itibariyle tek taraflı, varması gereken yenilik doğuran haktır. Borçluya tanınan sürenin bitiminde derhal alacaklı tarafından hangi seçimlik hakkın kullanılacağına bildirilmesi gerekir. Alacaklının seçimlik haklarını kullanırken tazminat talep etmesi, borçlunun kusuru ile temerrüde düşmesine bağlıdır. Kusuru yok ise bile alacaklı dönme hakkını kullanabilir ancak olumsuz zararlarının tazminini talep edemez.

Alacaklının seçimlik haklarının ilki, aslında borçlunun temerrüdün genel sonuçlarının da arasındadır. Yani tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün söz konusu olduğu hallerde, aynen ifa ile -kusur varsa- gecikme tazminatının tarafına ödenmesini talep etmesi mümkündür. Aynen ifa ile gecikme tazminatının talep edilebilmesi için süre tayinine gerek yoktur. Aynen ifa ve gecikme tazminatının tazminini talep etmek istemeyen alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçtiğini derhal bildirmelidir. Söz konusu vazgeçme beyanı hukuki niteliği itibariyle tek taraflı, varması gereken yenilik doğurucu haktır. Süre tayininin gerekli olmadığı hallerde vazgeçme beyanında bulunulmasının aranması, kanımızca faydasız olabilecektir. Zira süre tayin etme zorunluluğunun olmadığı bir durumda vazgeçme beyanında bulunmak alacaklının durumunu daha da zorlaştıracak, böyle bir beyanda bulunmanın alacaklıya herhangi bir hukuki yararı bulunmayacaktır.

Aynen ifa ve gecikme tazminatı seçimlik hakkını kullanma saikiyle süre tayin etmeyen alacaklının, vazgeçip süre tayin ederek diğer seçimlik haklarını kullanıp kullanamayacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu durumun mümkün olduğunu düşünen yazarların⁵³¹ aksine, alacaklının böyle bir hakkının bulunmayacağı düşünülmektedir. Zira, alacaklının dilediği zaman seçimlik haklarını kullanması, somut olayın koşulları doğrultusunda hangi seçimlik hakkın kendisine

⁵³¹ Eren, a. g. e. s. 1139; Tekinay vd, a. g. e. s. 1278; Feyzioğlu, 1977 s. 261.

daha çok yarar sağlayacağını gözetmek, bir anlamda spekülasyon yaratmak anlamına gelebilecektir.

Taraflar borç ilişkisini oluştururken ahde vefa ilkesi ile hareket ederek bu ilkenin doğal sonucu olarak aynen ifayı talep ederler. Ancak bazı hallerde ekonomik olarak aynen ifanın gerçekleştirilmesi alacaklıya yarar sağlamayabilir. Bu bağlamda alacaklıya tanınan ikinci seçimlik hak, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararlarının tazminini talep hakkıdır. Aynen ifadan vazgeçip olumlu zararların tahsilini talep etse de borcun konusu edimin ifası hala mümkündür, ancak borçlu borç konusu edim imkânsızlaşmışçasına alacaklının olumlu zararlarını tazmin eder. Alacaklının söz konusu seçimlik hakkını kullanması sonucunda alacaklının zararlarının hesabı konusunda farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bu teoriler, mübadele teorisi ve fark teorisidir. Mübadele teorisi, olumlu zararların tazmininin ileri sürülmesinde klasik teoridir. Bu teori uyarınca olumlu zararlarının tazminini talep eden alacaklı, kendi edimini aynen ifa ile mükelleftir. Fark teorisi uyarınca ise alacaklı aynen ifadan vazgeçtikten sonra kendi ediminin değerini borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından mahsup ederek arada oluşan farkı olumlu zarar olarak borçludan talep eder. Fark teorisi ile sözleşme özel bir tasfiye ilişkisine dönüşür, bu yüzden ki alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedeki karşılıklılık ilişkisinin sona erdiği savunulur.⁵³²Türk Borçlar Kanununda teorilerden hangisinin esas alındığı net olarak ortada olmasa da iki hususta fark teorisinin benimsendiği görülmektedir. Bunlar TBK'nın 213 ve 236'ncı maddelerinde yer almaktadır. Borcun konusunun para olduğu durumlarda mübadele ve fark teorileri arasındaki fark ortadan kalkmaktadır. Kanımızca salt fark teorisi ya da mübadele teorisinin uygulanması diye bir ayrışmaya gidilmek yerine alacaklı ile borçlunun menfaat dengesini korumak suretiyle uygun teori somut olay bazında belirlenerek olumlu zararın hesaplanması uygun olabilecektir. Nitekim alacaklının olumlu zararı, fark teorisinin kabul edildiği durumda sadece edimler arası farktan, mübadele teorisi kabul edildiğinde ifa edilmeyen edimin değerinden ibaret olmayabilir.⁵³³

Alacaklının sahip olduğu son seçimlik hak ise sözleşmeden dönme ve olumsuz zararların tazmini talep etme hakkıdır. Alacaklı aynen ifadan vazgeçmek

⁵³² Havutçu, a. g. e. s. 77.

⁵³³ Oğuzman/Öz, a. g. e. s. 515.

suretiyle sözleşmeden döndüğünü borçluya bildirmekle birlikte sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirir. Sözleşmeden dönme iradesiyle taraflar sözleşme ile yükümlendikleri edimlerini ifa etme yükünden kurtulurlar. Taraflar sözleşme devam ederken yerine getirdikleri edimlerini ise TBK'nın 125/3 maddesi uyarınca geri isteyebilirler. Bu bağlamda doğacak hukuki sonuçlar açısından başlıca üç teori ileri sürülmüştür. Klasik teori uyarınca, dönme beyanı sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır. Bu nedenle tarafların önceki ifalar nedeniyle elde ettikleri kazanımların sebepsiz zenginleşme teşkil etmesi nedeniyle TBK'nın 125/3 maddesinde düzenlenen geri verme, TBK'nın Sebepsiz Zenginleşme hükümleri uyarınca gerçekleşecektir. Yasal Borç İlişkisi teorisi uyarınca, sözleşmeden dönme beyanı ile sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakla birlikte sözleşme kurulduğu andan itibaren hükümsüz hale gelmeyecektir. Ortada gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme olmadığı, zamanaşımının TBK'nın 146'ncı maddesi uyarınca 10 yıl olduğu, geri vermede ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanacağı savunulmaktadır. Üçüncü teori olan Yeni Dönme teorisi uyarınca ise sözleşmeden dönme beyanı sözleşmeyi ne geçmişe ne de geleceğe yönelik olarak sona ereceği, sözleşmenin özel bir tasfiye ilişkisi haline geleceği, sözleşmeden dönme beyanından önceki dönemde yerine getirilen edimler ise TBK'nın 112'nci ve devamı maddeleri uyarınca geri verilecektir. Bahsi geçen teorilerden Türk Borçlar Kanununun 125/3 maddesinin ruhuna ve somut olay adaletine en uygun teori, klasik dönme teorisidir. Zira TBK'nın 125/3 maddesinin lafzından da sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı anlaşılmaktadır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilen edimler bakımında iade borcunun kapsamının TBK'nın 79 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşmesi gerekir ki, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonucunda sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması, sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağını açıkça ortaya koymaktadır.

Sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçları bağlamında ileri sürülen teorilerden hangisi benimsenirse benimsensin, sonunda olumsuz zararların isteneceği gerçeği değişmeyecek, olumsuz zarar benimsenen görüşten etkilenmeyecektir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, gündelik hayatta en çok karşımıza çıkan sözleşme türlerindedir. Taraflardan her biri, birbirinin hem borçlusu hem de

alacaklısı olduğundan günümüz ekonomi koşulları da dikkate alındığında borçlunun temerrüdü müessesesi ile karşılaşılma olasılığı artmaktadır. Alacaklıya borçlunun temerrüdü nedeniyle tanınan seçimlik haklar, esasen alacaklının yararına en uygun olan seçimlik hakkı kullanmak suretiyle alacağını veyahut temerrüt nedeniyle uğradığı zararların tazmini elde etme olanağı tanımaktadır. Alacaklı için aynen ifanın bir anlam ifade etmesi durumunda alacaklı aynen ifa ile kusur varsa gecikme zararlarının tazminini talep edebilecektir. Ancak alacaklı için aynen ifanın bir önemi kalmadıysa ve kusur söz konusuysa başvurabileceği iki yol bulunmaktadır. Aynen ifadan vazgeçerek olumlu veya olumsuz zararların tazminini talep etmek. Söz konusu iki hak arasında ise alacaklının menfaatine en uygun düşecek olanını belirleyebilmek adına olumlu ve olumsuz zararın farklarına değinmek gerekir. En temel fark iki zarar kaleminin hukuki sebeplerinin farklı olmasından ileri gelmektedir. Olumlu zarar, geçerli bir sözleşmeye dayanırken, olumsuz zarar, sözleşmenin geçerli olarak kumaya ve devam ettirmeye yönelik eylemlerin yapılmamasıdır.⁵³⁴ Olumlu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sonucunda meydana gelen zararı ifade etmektedir. Yani alacaklının borcun hiç ifa edilmemesi nedeniyle malvarlığının içinde bulunduğu fiili durum ile borcun gereği gibi ifa edilmesindeki farazi durum arasındaki fark olarak tanımlanır.⁵³⁵ Olumsuz zarar ile olumlu zarar arasındaki en belirgin fark, korunan menfaatte ortaya çıkmaktadır. Olumlu zarar ile korunan menfaat, sözleşmede kararlaştırılan ifaya yönelik iken; olumsuz zararda ifa menfaati değil, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu veya kurulacağı yahut geçersizliğine rağmen ifa edileceğine dair alacaklıda yaratılan güvendir. Olumlu zararlar alacaklı sözleşmenin geçerliliğine değil, sözleşmede kararlaştırılan borcun ifasına yönelik bir güven duygusu barındırmaktadır. Ancak bu güven duygusunun zararın varlığı için ispatlanması gerekmez. Ancak olumsuz zararlar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna dair alacaklı tarafından duyulan güvenin boşa çıkarıldığının ispatlanması gerekir.⁵³⁶ Olumlu zarar ile alacaklının kaybettiği bazı zarar kalemlerinin tazmini de söz konusu değildir. Örneğin alacaklı olumlu zararlarını talep ettiğinde sözleşme kurmak için harcadığı noter masrafı, yol

⁵³⁴ Ergüne, a. g. e. s. 61.

⁵³⁵ Ergüne, a. g. e. s. 55-56.

⁵³⁶ Ergüne, a. g. e. s. 58.

masrafı vb. talep edemeyecekken, olumsuz zarar ile dönülen sözleşme ile ilgili olarak sarf edilen masrafların tazmini söz konusu olacaktır.⁵³⁷ Önemle belirtmek gerekir ki, bahsi geçen farklılıklara rağmen olumu-olumsuz zararın örtüşmesi bazı durumlarda mümkün olabilir.

Söz edildiği gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının aynen ifadan vazgeçerek olumlu ya da olumsuz zararlarından hangisini talep etmesinin daha lehine olacağını söyleyebilmek için her somut olayın özelliklerini ele alarak belirleme yapılması gerekmektedir.

⁵³⁷ Ergüne, a. g. e. s. 59-60.

KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem/Küçükgüngör, Erkan:** Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Akkanat, Halil:** “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, ss.1-50.
- Altaş, Hüseyin:** “Munzam Zararda İspat Sorunu” AÜHFD, S.1, C.50, Yıl:2001, ss.121-130.
- Altunkaya, Mehmet:** Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı Hasan:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.
- Aral, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Anık, Gülgün:** “Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme” TBB Dergisi, S.59, Yıl:2005, ss. 214-235.
- Ayan, Mehmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2007.
- Ayan, Serkan:** “Yabancı Para Borçlarının İfası” Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof.Dr.Aydın Zevklilere Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 511-570.
- Ayrancı, Hasan:** Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Ankara, 2006.
- Barlas, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992.
- Baş, Ece:** “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu” Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 623-655.
- Baştuğ, İrfan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İzmir, 1973.
- Bovay, Henry :** “Temerrüdün Esası”, çev. Zahit İmre, İÜHFM, C.12, S. 2-3, Y.1946, ss.765-804.
- Buz, Vedat:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 (Dönme)

Buz, Vedat: “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, Yargıtay Dergisi, S.3, 1998, ss, 369-410 (Buz-Munzam Zarar)

Buz, Vedat: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi” Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler ve Tebliğler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 139-150. (Buz, Makale)

Dural, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Ergüne, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Erkan, Vehbi Umut: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları” AÜHFD, 62 (2), 2013, s:441-472.

Feyzioğlu, N.Feyzi:

- Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C.II, İstanbul, 1969(Feyzioğlu, 1969)

- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977. (Feyzioğlu, 1977)

Gülerci, Altan Fahri/ Kılınc, Ayşe: 6098 Sayılı TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Havutçu, Ayşe: Tam İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:60, İzmir, 1995.

Helvacı, İlhan: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli hakkında Kanun, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Kartal, Bilal:”Faizi Aşan Zarar” Yargıtay Dergisi, C.23, S.4, Ekim 1997, ss.501-519.

Kaya, Arslan: “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, İHFM, C.LIV, Yıl:1994, ss.347-366.

- Keskin, Dilşad:** “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sayı:1-2, Yıl:2007, ss, 209-231.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.
- Kılıç Öztürk, Gizem:** Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Bursa, 2016.
- Kızır, Mahmut:** Borçlunun Temerrüdünün Sona Ermesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.
- Nazikoğlu, Işık:** “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, AÜHFD, S.1, C.8, Yıl:1951, ss.658-684.
- Nomer Haluk N.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.
- Oğuzman M.Kemal- Öz, M.Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1 Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2017.
- Öçal, Akar:** “Munzam Zarar” Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Ocak 1967, C.3, S.1, ss.144-158.
- Önen, Turgut:** Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No:95, Ankara, 1975.
- Öz, M.Turgut:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi” İÜMHAD, C.13, S.16, s. 131-172.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- Reisoğlu, Safa:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmidördüncü Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Ruhi, Ahmet Cemal:** Sözleşmeler Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, I.Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Saymen Ferit H.-Elbir Halid K.:** Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler Filiz Kitapevi, İstanbul, 1958.

- Serozan, Rona:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul, 1998, s, 159. (Serozan, Haksız Zenginleşme)
- Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975. (Dönme)
- Secretan, Roger (Çeviri: Kemal Tahir Gürsoy):** “Satıcının Mütemerrit Borçluya Karşı Dermeyan Edebileceği Haklar ve Fark Nazariyesinin Ticari Olmayan Satışlara Tatbiki” AÜHFD, Cilt:6 S.:1 Yıl:1949, ss. 142-161.
- Şirin, Şerafettin:** Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz, İstanbul, 1996
- Seliçi, Özer:** “Kesin Vadeli İşlemler” MHAD, S.3, Yıl:1968, ss.92-107.
- Tandoğan, Haluk:** Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi-Akman, Samet-Burcuoğlu, Haluk-Altıp, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
- Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 6. Baskı, Semat Matbaası, İstanbul, 1976.
- Uygur, Turgut:** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I, Seçkin Yayınları, 2012.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet-Özdemir, Refet:** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No:19, Ankara, 1987.
- Yavuz, Nihat:** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013(Şerh)
- Yavuz, Nihat:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler-Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2012. (Borçlar Kanunu Değişiklikler)
- Zeytinoğlu, Emin:** “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.4, S.8 2005, ss.253-263.
- Yargıtay Kararlar Dergisi, C.5, S.12, Aralık, 1979.
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,** 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu Yayınları

EKLER

EK-1: ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : SALTOĞLU ARAP, Hatice Esra

Uyruğu : T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri : 09.01.1987/ Mersin

Medeni Hali : Evli

Telefon : +90 533 457 32 29

E-Posta : haticeesrasaltoglu@gmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET TARİHİ
LİSANS	Ankara Üniversitesi	2010
LİSE	Pakize Kokulu Süper Lisesi	2005

İŞ DENEYİMİ

YIL	YER	POZİSYON
2013-Halen	Milli Savunma Bakanlığı Hukuk Müşavirliği	Avukat

YABANCI DİL

İngilizce- Orta Seviyede