

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

GECİKMİŞ İFAYI RET VE OLUMLU ZARAR İSTEMİ

Yüksek Lisans Tezi

Hasan Hüseyin OKTAY

Ankara-2023

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

GECİKMiŞ İFAYI RET VE OLUMLU ZARAR İSTEMİ

Yüksek Lisans Tezi

Hasan Hüseyin OKTAY

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU

Ankara-2023

KABUL VE ONAY

Hasan Hüseyin OKTAY tarafından hazırlanan “Gecikmiş İfayı Ret ve Olumlu Zarar İstemi” başlıklı bu çalışma, 06/03/2023 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Özel Hukuk Programında Yüksek Lisans Tezi olarak oy birliği/oy çokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Başkan-Danışman)

Doç. Dr. Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY (Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet İSTEMİ (üye)

Doç. Dr. Şule TUZLUKAYA

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kılavuzuna uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasını;

- Akademik ve etik kurallar çerçevesinde hazırladığımı,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir,

Aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Tarih ve İmza

Hasan Hüseyin OKTAY

ÖZ

OKTAY, Hasan Hüseyin. Gecikmiş İfayı Ret ve Olumlu Zarar İstemi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022.

Sözleşme içi ve sözleşme dışı sorumluluk olarak iki ana öbeğe bölünebilen Türk Sorumluluk Hukuku içerisinde olumlu zarar, sözleşme içi sorumluluğa özgüdür. Sözleşme içi sorumluluk kapsamında ise olumlu zarar, edimin ifasının yerine getirilmesinin olanaksızlaşması ve borçlunun temerrüdü durumunda etkinlik kazanacaktır. Eş deyişle, sözleşmeden doğan borcun dar anlamda ifa edilmemesi durumlarında olumlu zarar istemi oluşturulabilir. Bunun dışında sözleşmenin olumlu ihlali durumu da bulunmaktadır. Dar anlamda ifa edilmeme durumlarının dışındaki tüm borca aykırılık durumları sözleşmenin olumlu ihlali olarak değerlendirilecektir.

Yaşamın olağan akışı gereği sözleşmesel ilişkilerde ifanın gecikmesi durumu sıklıkla görülebilir. İfanın gecikmesine bağlanan en önemli sonuçlardan biri temerrüttür(direnimdir). Temerrüt, sözleşme dışı sorumluluk durumlarında da etkin olur.

İfada gecikme, yalnız başına temerrüt sonucunu doğurmayacaktır. Temerrüt için birtakım ek koşullar gerekmektedir. Hem alacaklının hem borçlunun temerrüdü söz konusu olabilmekle birlikte iş bu çalışmanın çerçevesi, borçlunun temerrüdü bağlamında oluşturulmuştur.

Sözleşme içi sorumluluk kapsamında borçlunun temerrüdü sonucu alacaklıya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK) m. 125’de türlü seçimlik haklar tanınmıştır. Bu haklardan aynen ifa istemi, yalnızca temerrüt durumu ile sınırlı olmayıp kusuru da gerektirmemektedir. Zararı aynen ifa ile karşılanamayan alacaklı, borçlunun kusuruna bağlı olarak gecikme tazminatı isteyebilir. Gecikme tazminatı istemi kusura dayanmalıdır.

TBK m. 125’in tanıdığı hakların ikinci öbeği, iş bu tez çalışmasının gövdesini oluşturmaktadır. Borçlunun temerrüdü sonucu alacaklı, belirli ek koşulları sağlayarak geciken ifayı reddedebilir. Gecikmiş ifanın reddedilmesi, temerrüt konusunun alt kümesidir. Bu nedenle öncelikli olarak temerrüde ilişkin hükümlerden genel olarak söz edilmelidir.

¹ RG, T. 04.02.2011, S.27836

Geciken İfadan vazgeçilmesi sonucu kullanılabilir iki hak; ifa yerine olumlu zarar istemi ve sözleşmeden dönme sonucu olumsuz zarar istemidir. Sözleşme ilişkileri kapsamında borçlunun temerrüdü sonucu gecikmiş ifayı reddeden alacaklı, sözleşmeyi ayakta tutarak ve ifanın biçimini değiştirerek olumlu zarar isteminde bulunabilir.

Anahtar Sözcükler: İfa, Gecikmiş İfa, İfanın Reddi, Zarar, Olumlu Zarar.



ABSTRACT

OKTAY, Hasan Hüseyin. Refusal of Delayed Performance and Positive Damages, Ankara, 2022.

In Turkish Liability Law, which can be divided into two main categories as contractual and non-contractual liability, positive damage is exclusive to contractual liability. Positive damage occurs in the event of the impossibility of performance and the default of the debtor within contractual liability. In other words, breach of contract in the narrow sense can pave the way for positive damage claims. There is also a positive breach of contract. Except for the cases of breach of obligation in the narrow sense, all cases of breach of obligations shall be considered as a positive breach of the contract which means insufficient performance of obligation.

Delay in performance in contractual relations often occurs in practice. One of the most important consequences attached to the delay in performance is default (resistance). Default is also effective in cases of non-contractual liability.

Certain additional conditions are required for default so a mere delay in performance does not cause a default. Even though both the creditor and the debtor may be in default, the framework of this study has been created in the context of the debtor's default.

As a result of the debtor's default within the scope of the contractual liability, the creditor is entitled to alternative rights by the Turkish Code of Obligations (TBK) no. 6098. s 125. The request for the exact performance is one of these rights and it is not only limited to the case of default but also does not require any fault. The creditor, whose loss cannot be compensated with the same performance, may request compensation for delay provided at the fault of the debtor. Any claim for compensation for the delay must be based on fault.

The second group of the rights granted by the TBK s.125 constitutes the body of this thesis. As a result of the debtor's default, the creditor may refuse the delayed performance by providing certain additional conditions. Denial of delayed performance is a subset of the subject of default. For this reason, firstly the provisions regarding default should be mentioned in general.

The give up of delayed performance enables the creditor to use two different rights: claiming for positive damage instead of performance and claiming for negative damage as a result of reneging on the contract. Within the scope of contractual relations, the creditor who refuses the delayed performance may claim positive damages by keeping the contract alive and changing the form of performance as a result of the debtor's default.

Key words: Performance, Delayed Performance, Refusal of Performance, Damages, Positive Damages.



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER	v
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ	ix
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1: BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ	
(BORÇLUNUN DİRENİMİ)	5
1.1 Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukukunda Borca Aykırılık ve Temerrüt	5
1.2 Genel Olarak Borçlunun Temerrüdü	9
1.2.1 Temerrüt kavramı.....	9
1.2.2 Temerrüdün genel koşulları	10
1.2.2.1 Muaccel bir borç bulunmalıdır.....	10
1.2.2.2 İhtar ya da ihtar yerine geçen bir durum	14
1.2.2.3 Temerrüdün öğretiden ve uygulamadan kaynaklı koşulları.....	20
1.2.3 Temerrüdün genel sonuçları.....	21
1.2.3.1 Aynen ifa.....	21
1.2.3.2 Beklenmeyen durumdan sorumluluk	22
1.2.3.3 Kusur	23
1.2.4 Para borçlarında temerrüt.....	23
1.2.4.1 Temerrüt faizi.....	23
1.2.4.2 Aşkın zarar	24
1.3 Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt	25
1.3.1 Koşulları.....	26
1.3.1.1 Karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmalıdır.....	26
1.3.1.2 Ek süre verme.....	27
1.3.1.3 Hemen bildirme.....	30
1.3.2 Sonuçları	33
1.3.2.1 Gecikmiş ifanın yerine getirilmesi ve gecikme tazminatı.....	33
1.3.2.2 Sözleşmeden dönme ve olumsuz zarar istemi.....	34

1.3.2.3 Sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt ve ifadan vazgeçilmesi	36
1.3.2.4 Aynen ifadan vazgeçilip olumlu zarar istemi.....	36
1.3.3 Seçimlik hakların kullanımıyla ilgili öğreti görüşleri	37
BÖLÜM:2 GECİKMiŞ İFANIN REDDİ	40
2.1 Gecikmiş İfayı Reddin Sorumluluk Hukukunda Yeri.....	40
2.2 Gecikmiş İfayı Ret Bildirimi	43
2.3 Gecikmiş İfayı Ret Bildiriminin Geri Alınması	45
2.4 Gecikmiş İfayı Ret Bildiriminde Kusurun Etkisi.....	46
2.5 Sözleşmeler Bakımından Gecikmiş İfanın Reddi.....	47
2.6 Kişiler Bakımından Gecikmiş İfanın Reddi	48
2.6.1 Dayanışmalı alacaklılık ve borçluluk.....	48
2.6.2 Alacağın devri ve borcun üstlenilmesi	49
2.7 İfanın Reddi ile Olumlu Zarar İstemi	50
2.8 Kısmi Temerrüt (Bölümsel Direnim) Durumunda Geciken İfanın Reddi .	51
BÖLÜM 3: OLUMLU ZARAR	53
3.1 Zarar Kavramı İçerisinde Olumlu Zarar	53
3.1.1 Genel Olarak	53
3.1.2 Zarar türleri	54
3.1.2.1 Maddi-manevi zarar	54
3.1.2.2 Fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç	54
3.1.2.3 Doğrudan- yansıma- dolaylı zarar.....	55
3.1.2.4 Normatif zarar	56
3.1.2.5 Olumlu-olumsuz zarar ayırımı	57
3.2 Olumlu Zararın Benzer Kurumlarla İlişkisi	63
3.2.1 Ceza koşulu	63
3.2.1.1 Genel olarak ceza koşulu	63
3.2.1.2 Ceza koşulunda kusurun aranması.....	66

3.2.1.3 Ceza koşulunun türleri	69
3.2.1.4 İfanın yanması	70
3.2.1.5 Ceza Koşulunun olumlu zararlar ilişkisi	70
3.2.2 Götürü tazminat.....	72
3.2.2.1 Genel olarak götürü tazminat	72
3.2.2.2 Götürü tazminatın olumlu zararlar ilişkisi.....	73
3.3 Olumlu Zarar Kalemleri	74
3.3.1 İfa edilmeyen edim ve edime bağlı zararlar	74
3.3.2 Edim dışı olumlu zarar öğeleri	74
3.3.3 Gecikmeyle uygun illiyet bağının bulunması	75
3.4 Olumlu Zararın Hesaplanması.....	76
3.4.1 Değişim ve fark kuramları	76
3.4.2 Fark kuramında somut ve soyut yöntem	79
3.4.2.1 Somut yöntem	79
3.4.2.2 Soyut yöntem	80
3.4.3 Para borçlarında olumlu zarar	80
3.4.3.1 Temerrüt faizi.....	80
3.4.3.2 Aşkın zarar	83
3.4.3.3 Yabancı para borçlarında	85
3.4.3.4 Kripto paralarda olumlu zarar istemi	86
3.4.3.5 Kambiyo senetlerinde temerrüt durumunda olumlu zarar istemi.....	87
3.4.4 Olumlu zararın hesaplanacağı an	87
3.4.4.1 Genel olarak zararın hesaplanma anı	87
3.4.4.2 Temerrüt durumunda zararın hesaplanma anı.....	87
3.4.5 Yapma borçlarında zarar istemi	89
3.4.6 Temerrüt sonrası imkânsızlık.....	90
3.5 Olumlu Zarardan Sorumluluk	90
3.5.1 Genel olarak	90
3.5.2 Sürekli edimli sözleşmelerde olumlu zarar	91
3.5.3 Ard-arda teslimli sözleşmelerde olumlu zarar	93
3.5.4 Tüketici uyuşmazlıklarında ifanın gecikmesi ve eleştirisi	94
3.5.5 Sorumsuzluk anlaşması.....	97

3.5.6 Öngörülebilirlik ilkesi	99
3.6 Tazminatta ve Olumlu Zararın Gideriminde İndirim Nedenleri.....	101
3.6.1 Genel olarak tazminatta indirim nedenleri	101
3.6.1.1 Zarar görenin rızası	102
3.6.1.2 Zarar görenin kusuru	103
3.6.1.3 Zarar veren ve görenin ekonomik durumları	104
3.6.1.4 Diğer tazminattan indirim nedenleri	105
3.6.2 Olumlu zararda tazminatın indirim nedenleri	106
3.7 Olumlu Zararın İspatı	108
3.7.1 Genel olarak zararın ispatı	108
3.7.2 Olumlu zararın ortaya konulması.....	111
SONUÇ.....	113
KAYNAKÇA	116
TURNITIN RAPORU.....	122
ÖZGEÇMİŞ.....	131

SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

- ABD** : Ankara Barosu Dergisi
- a.g.k** : Adı Geçen Kaynak
- Arş.** : Araştırma
- BGB** : Alman Medeni Yasası- Bürgerliches Gesetzbuch
- BGE** : İsviçre Federal Mahkemesi
- Bkz.** : Bakınız
- c.** : Cilt
- civ.** : Civil Court
- CISG** : Viyana Satım Sözleşmesi
- d.** : Dipçe
- Der.** : Dergisi
- E.** : Esas Numarası
- Ed.** : Editör
- edn.** : Edition (baskı)
- Ers.** : Erişim
- ETBK** : 818 sayılı Eski Türk Borçlar Kanunu
- ETTK** : 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu
- EWCA** : İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi
- HD** : Hukuk Dairesi
- HGK** : Hukuk Genel Kurulu

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı

İİK : 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

İÜHF : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

K. : Karar Numarası

KFTK : 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun

KTK : 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu

m. : madde

P& CR : Property Plan and Compensation Reports
(Mülk Planı ve Tazminat Raporları)

PECL : Avrupa Sözleşme Hukuku Esasları

PICC : Principles of International Commercial Contracts-Uluslararası Ticaret
Sözleşmelerinin Esasları

RG : Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : Sayfa

T. : Tarih

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCMB : Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası

THHY : Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği

TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Üni. : Üniversite

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Y. : Yargıtay

Yay. : Yayınları

GİRİŞ

Sözleşme ilişkileri çerçevesinde ifanın gecikmesi olağan bir durumdur. İfada gecikme sonucu ifadan beklenen yararı sağlayamayan ya da zarara uğrayan alacaklının izlemesi gereken yol ve yöntemin, ifada gecikme kavramının ve ifada gecikmenin nitelikli bir durumu olan temerrüt kavramının önemi büyüktür.

Türk hukukunda; ifada gecikmenin nitelikli bir durumu olan temerrüt durumu dışında imkânsızlık ve borcun gereği gibi yerine getirilmemesi gibi sözleşmeye aykırılık durumları bulunmaktadır. Sözleşmeye aykırılık durumlarını; temerrüt, imkânsızlık ve gereği gibi ifa etmeme biçiminde ayrı ayrı düzenlemek yerine bütüncül bir yaklaşımla tek bir ifa engeli olarak düzenleyen hukuk düzenlerinden birinci bölümde kısaca söz edilmiştir. İlgili başlıkta karşılaştırmalı hukukun kapsamlı bir biçimde ele alınması yeğlenmemiş, yalnızca ifa engellerinin diğer ülke hukukları ile eş olmadığının ortaya konulması amaçlanmıştır.

Birinci bölümünün devamında temerrüdün genel olarak koşulları ve sonuçları ele alınmıştır. Gecikmiş bir ifadan ya da temerrütten söz edilebilmesi için ifanın yerine getirilmesi olanaksızlaşmamalıdır. İfası olanaklı borcun yerine getirilmesinde geciken taraf, temerrüt ihtarı ile temerrüde düşürülebilir. Temerrüt durumuna özgü sonuçlar için ihtar koşulu bulunmaktadır. İhtar koşulu dışında; borcun muaccel olması, ifanın olanaklı olması, alacaklının edimi kabule hazır olması ve borçlunun ifadan kaçınma olanağının bulunmaması gibi koşulların da sağlanmasıyla borçlu temerrüde düşer.

Gecikmiş ifanın reddi, temerrüt başlığının alt kümesidir. Bu nedenle öncelikli olarak temerrüt kavramı ele alınmıştır. Birinci bölümde öncelikli olarak adi temerrüt olarak adlandırılan sözleşme dışındaki temerrüdün genel koşulları ve sonuçları ele alınmıştır. Sonrasında adi temerrütte aranan koşulların ön koşul olarak arandığı nitelikli temerrüt olarak adlandırılan karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüt ele alınmıştır. Nitelikli temerrüt durumunun alt kümesi olan gecikmiş ifadan vazgeçme, temerrüt için aranan koşulların yanında ek koşulları gerektirmektedir. Bu gereklilikler sağlandıktan sonra alacaklı türlü hakları kullanabilir.

Gecikmiş ifadan vazgeçilmesi sonucu istenilebilecek zarar türleri, olumlu ve olumsuz zarardır. Bu iki zarar türünün arasındaki ayırım elden geldiğince benzer tüm çalışmalarda ortaya konulmalıdır. İfadan vazgeçilmesi anlatımı ile TBK m. 125/2'de yer alan seçimlik hakların kullanılabilirdiği eş deyişle aynen ifadan vazgeçildiği

durumlar anlatılmak istenirken gecikmiş ifanın reddi kavramı ile sözleşmenin ayakta tutulduğu ve olumlu zarar istenildiği durum anlatılmak istenmiştir. Başka bir deyişle; sözleşmeden dönme ve gecikmiş ifanın reddi, ifadan vazgeçme kavramının alt kümeleri olarak ele alınmıştır. Bu seçimler hakların sonuçlarından ve öğretideki türlü tartışmalardan yine birinci bölümde söz edilmiştir. Çalışma içerisinde benzer başlıklara yer verilmesi, anlatım bütünlüğü bakımından gerekli görülmüştür. Ancak başlıkların içeriği örtüşmemektedir.

Gecikmiş ifayı ret açıklaması ve ifayı ret süreci 2. Bölümde ele alınmıştır. Bunun dışında olumlu zarara ilişkin kısa açıklamalar yine 2. bölümde yer almaktadır. Olumlu zarara ilişkin geniş açıklamalar 3. Bölümde yer almaktadır.

Olumlu zarar öğelerinin bir bölümü olumsuz zarara ilişkin zarar öğeleri ile benzerlik göstermektedir. Ancak olumlu zarar ifaya yönelik yarara karşılık gelirken olumsuz zarar, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı alacaklının içerisinde bulunacağı duruma yöneliktir. Olumlu-olumsuz zarar ayrımı, zararın hesaplanması, ceza koşulu ve götürü tazminat gibi benzer kurumlarla karşılaştırılması, olumlu zarardan sorumluluk, olumlu zararın gideriminde indirim nedenleri ve olumlu zararın ortaya konulması 3. Bölümde ele alınmıştır.

Son olarak, çalışmada belirli bir yazım yöntemi benimsenmiştir.

Türk Genel Devrimlerinin öncesinde ülkemizde bulunmayan hukuk birliğini sağlamaya yönelik olarak atılan en önemli adımlardan biri, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisidir.² Türk Kanunu Medenisi ile birlikte ülkenin bir ucundaki yurttaş ile öbür ucundaki yurttaş, ortak evlilik ve boşanma yasalarına eş bir düzeyde bağlı duruma gelmiştir. Kabile, aşiret, hane ya da güçlü aile gibi siyasal yapılardan hukuk devletine geçişte, herkese eşit ölçüde uygulanan yasaların önemi büyüktür. Sözü edilen yasaların yine herkesçe anlaşılabilirliği gerekmektedir. Ulusal bütünlük için vazgeçilmez olan hukukta birlik ancak arılaştırılmış ve tüm yurttaşların anlayabileceği dille yazılmış yasalar aracılığı ile sağlanır. Anlaşılır bir dil hukuksal öngörülebilirliği güçlendirecektir. Açıklanan nedenlerle bu çalışmada, yürürlükteki yasaların kullandığı belirli kavramlar dışında sözcük kökenleri bakımından Türkçe sözcüklerin seçilmesi yeğlenmiştir.

² RG, T. 04,04, 1926, S.339

Nitekim; sözü edilen yasanın adı, Farsça ad tamlaması olan Kanuni Medenisi yerine Türkçe ad tamlaması olan Türk Medeni Kanunu olarak değiştirilmiştir. Kanımızca; ileride Türkçeleştirme yönünde olumlu yeni değişimler de olacaktır.

Sözcük kökenleri bakımından böylesi bir yazma yönteminin yeğlenmesi ayrı bir tartışma konusudur. Ancak birkaç örnek vermek yerinde olacaktır. “Temel” sözcüğü gibi anlam alanı geniş bir sözcük, sözlü ya da yazılı kullanımlar sırasında; ana, kökünde, özünde, başlıca, dayanağı, kaynağı gibi kullanımlar yerine maymuncuk gibi kullanılabilir. Bu kullanımlar ise dilin anlatım gücünü düşürmektedir. (Bu durumun ana nedeni (temel nedeni), konunun özünde-kökünde (konunun temelinde), bilginin dayanağı-kaynağı (bilginin temeli), başlıca etkenler (temel etkenler), ayrıca içi örnek kullanım dilin anlatım gücünü düşürmektedir.

Birçok dilbilimci yabancı kökenli sözcüklerin dilin gönencini yükselttiği yönünde görüş bildirmektedir. Ancak dilin dizgesi(sistemi) içerisine başka bir dil dizgesi içerisinde oluşturulmuş sözcüğün alınması, yanlış kullanımların önünü açmaktadır. Örneğin; Mürettebatlar, personeller, evraklar gibi yanlış kullanımlara sıkça denk gelmemizin nedeni; bu sözcüklerin çoğul eki almalarına gerek olmadığı için ilk bakışta kişilerce kolay anlaşılabilmesidir. Bunların dışında insan sözcüğü de tümeller ya da tür adları çoğul eki almayacağından ötürü “insanlar” biçiminde kullanılmamalıdır. Dilin genel dizgesi, alışkanlıklarını değiştirmek istemeyen bireylerin yaşamından çok daha yaşlıdır. Dillerin uzun bir oluşma ve yoğrulma süreci vardır. Dilsel ögeler, nesnelere doğasına uygun olarak ve gereksinimler doğrultusunda belirli yöntemler izlenerek oluşturulur. Dil, güçlü bir deneyime dayanır. Sözdizimine ve sözcük üretme kurallarına aykırı bir biçimde başkaca bir dilde oluşmuş sözcükler, anlatım bütünlüğü bakımından sakınca yaratacaktır.

Günlük yaşam içerisinde kullanıldığı zaman eğreti duran temerrüt kavramı, tüm vatandaşlara uygulanan yasa dilinde varlığını sürdürmektedir. Teknik bir kavram olduğu öne sürülebilir. Ancak “temerrüt” sözcüğü kaynak İsviçre Hukuku'nun oluşturulduğu Almanca dilinde yer alan bir sözcük değildir. Teknik kavramlar, değiştirilmeden kullanılacaksa kavramı üreten dildeki karşılığının kullanılması daha akla yatkındır.

Hukukçuların arılaştırma çabalarına karşı öne sürdüğü en önemli dirençlerinden biri; hak yitirilmesi oluşacağına ilişkin görüştür. Ancak mukavele

sözcüğünün yerini sözleşme sözcüğüne bırakması ile bir hakkın yitirileceğini öne sürmek güç olur.



BÖLÜM 1: BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ (BORÇLUNUN DİRENİMİ)

1.1 Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukukunda Borca Aykırılık ve Temerrüt

Kıta Avrupası Hukuk Dizgesi ve Anglo-Sakson hukuk dizgesi önemli ölçüde ayrılıklar içerir.³ Anglo-Sakson hukuku, en başta yargıçların ve mahkemelerin oluşturduğu bir hukuk dizgesi olarak kendini gösterir. Yasa koyucu organlarca yaratılan hukuk, (Statute Law) İngiliz hukukunda önem bakımından ikinci sırada yer alır.⁴ Kıta Avrupası Hukuk dizgesi ve Anglo-Sakson Hukuk dizgesi arasındaki ayrımların, ülkesel ayrılıklardan öncelikli olarak ortaya konulması yerinde olacaktır.

İfa Engelleri bakımından Kıta Avrupası Hukukunda yer alan *imkânsızlık*, *ayıplı ifa*, *temerrüt* gibi borca aykırılık durumları Anglo-Sakson hukukunda ayrı ayrı düzenlenmemiştir. Bunun yerine bütünlük gösteren bir *sözleşme ihlali* kavramı benimsenmiştir. Bütüncül bir yaklaşımla tüm sözleşmeye aykırılık durumlarını kapsayan *sözleşme ihlali*, sözleşmeye konu edimin niteliğine bakılmaksızın bir garanti yükümlülüğü doğurur ve tazminata yol açar.⁵ Anglo-Sakson hukuku, tazminat sorumluluğu bakımından ifa etmemenin nedenlerini irdelemez.⁶

Anglo-Sakson hukukunda kusur koşulu, borçlu ya da ifa yardımcısı bakımından aranmaz.⁷ Bu durum kusur ögesinin bütünüyle göz ardı edildiği anlamına gelmez. Mahkemeler tazminat tutarını belirlerken kendiliğinden kusur incelemesi yapabilmektedir. Ancak sorumluluktan kurtulmaya yönelik olarak sözleşmeye aykırılıktaki kusurun ölçüsü göz önünde bulundurulmamaktadır. Birtakım durumların, borçlunun garanti yükümlülüğü sınırları dışında kaldığına dayanılarak sorumluluktan kurtulma söz konusu olabilmektedir.⁸

Kıta Avrupası Hukuku, Anglo-Sakson hukukundan ayırık olarak kusur sorumluluğuna dayanır.⁹ Kıta Avrupası Hukukunun içerisinde yer alan ve bütünüyle olmasa da önemli ölçüde değişime uğrayan Alman Medeni Yasası (BGB), hiç ifa

³ Bkz. Oğuz, 253 vd.

⁴ Oğuz, 267,268.

⁵ Zweigert ve Kötz, Introduction to Comparative Law, (Almancadan ingilizceye çeviren: Tony Weir),2nd Edition, Oxford, 539,540'dan aktaran Ersin, 70

⁶ Nicolene Ltd. v. Simmonds, [1953] (Ersin, 74). Bkz. <https://www.lawteacher.net/cases/nicolene-v-simmonds.php> (son erş. T. 01.12.2022)

⁷ Zweigert ve Kötz, a.g.k, 540'dan aktaran Ersin, 70,71.

⁸ Zweigert ve Kötz, a.g.k, 566'dan aktaran Ersin, 71.

⁹ Serozan, c.3, 134; Oğuz, 213.

etmeme, geç ve kötü ifa etme gibi durumları tek bir başlık altında toplamıştır. SEROZAN'a göre; yüküm ihlali olarak adlandırılan bu tek başlığın; tazminat istemi ve dönme gibi sonuçları, tutarlı ve koşut bir biçimde düzenlenmiştir.¹⁰

BGB'ye göre; borçlu sorumluluğunun üç kaynağı bulunmaktadır. İlki kusur, ikincisi yasal ve sözleşmesel görevlendirmeler, üçüncüsü ise yasal ya da sözleşmesel sağlama yükümlülükleridir. BGB, bu biçimiyle kusur sorumluluğu ilkesini benimsemiş ve Anglo-Sakson hukukunda yer alan garanti sorumluluğunu ötelemiştir.¹¹ Türk Hukukunda, ifa engelleri gibi tek bir kavram yerine türlü somut borca aykırılık durumları düzenlenmiştir. Bunlar; *imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme* olarak sayılabilir.¹²

SEROZAN'a göre; yaptırımlar bakımından *imkansızlıkta* tazminat, temerrütte dönme gibi kendi kendine işlemek zorunda olan araçlar yerine BGB, hangi aykırılığa karşı hangi yaptırımın işlerlik kazanacağını a posteriori¹³ olarak belirlemeyi amaçlamaktadır. BGB'nin yeğlediği yöntemde; olası yaptırımın, ifa engeli tipine uygunluğu göz önünde bulundurulur.¹⁴ Bu doğrultuda; aynen ifa, malı değiştirme, onarma, yeniden yapma, bedelde indirim, uyarma, dönme, fesih, edimin yerini tutan büyük tazminat, gecikme tazminatı gibi yaptırımlardan uygun olanı yerine göre etkinlik kazanacaktır.¹⁵ Özetle; borca aykırı davranış sonucu alacaklının başvuru yollarına başvurabilmesi için yalnızca "yükümlülük ihlali" koşulu yeterlidir.¹⁶

Türk hukukunda ifa engelleri ve temerrüde ilişkin kurallar, çoğunlukla buyurucu nitelikte değildir. Eş deyişle yedek kurallardır. Sözleşmesel faize ve temerrüt faizine ilişkin hükümler ise buyurucu niteliktedir.¹⁷

Anglo-Sakson hukukunda kural tazminat yaptırımıdır.¹⁸ Tazminat yaptırımını ile giderilme olanağı bulunmayan aykırılık durumlarında aynen ifa istemi etkin

¹⁰ Serozan, Alman İfa Engelleri, 234.

¹¹ Serozan, Alman İfa Engelleri, 235.

¹² Atamer, 319.

¹³ A posteriori: Özünde a priori gibi düşünbilim (felsefe) terimidir. A priori: önceden- baştan anlamıyla kullanılabilirken A posteriori: Sonradan anlamı ile kullanılabilir. Bu kavramlar özellikle bilginin edim süreci ilişkin olarak kullanılır. Bkz. Köndel ve Simsoy, 121.

¹⁴ Serozan, c.3, 141.

¹⁵ Serozan, c.3, 140,141.

¹⁶ Ersin, 179.

¹⁷ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 624; Serozan, c.3, 135.

¹⁸ TREITEL, Guenter: Remedies for Breach of Contract, in 7 International Encyclopedia of Comparative Law, ch. 16.§ 9.'dan aktaran Ersin, 86; Serozan, Dönme, 26.

olabilmektedir.¹⁹ BGB’de değişiklik sonrası *aynen ifa* isteminin önceliği korunmuştur.²⁰ İfayı ret edip olumlu zarar istemi oluşturma ya da sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yine ek süre vermek gerekir.²¹ Ancak yapma ve yapmama edimleri açısından birtakım sorunlar bulunmaktadır. Yapma ve yapmama edimlerini yerine getirmeme genellikle *aynen ifanın* olanaksızlaşması durumunda gündeme gelir. *Aynen ifanın* zorla yerine getirilmesi, kimse bir eylemi yapmaya zorlanamaz (Nemopraecise cogi protest ad factum!) ilkesi gereği sorun yaratır. Örneğin; borçluya zorla şiir yazdırılamaz. Türk Hukuk dizgesinde, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu²² (İİK) m. 343 uyarınca yapma ya da yapmama edimlerinin hapis ve para cezası uygulanarak yerine getirilmesi amaçlanır. Buna karşın, Fransız Hukukunda yapma ya da yapmama edimlerinin yerine getirilmesi için *aynen ifa* değil, yalnızca parasal tazminat yaptırımı bulunmaktadır.²³

BGB, ihtarla birlikte temerrüde düşmeyi onaylarken alacaklının ihtar içeriğinde ek süre vermesini, ihtar ile birlikte vazgeçme uyarısı olarak görerek alacaklının konumunu güçlendirmiştir.²⁴ Bunun dışında Alman Hukuku; sözleşmeden dönme ile edimlerin geri verilmesi sürecinde edim değerini, *sebepsiz zenginleşme* doğrultusunda nesnel piyasa değerlerine göre değil, *tasfiye* ilişkisi doğrultusunda sözleşmeye özgü belirlenen değere göre saptanacağını öngörmüştür.²⁵

Dönme sonucunda olumlu zarar istemine ağırlık tanıyan Alman Hukuku,²⁶ olumsuz zarar istemini belirli durumlar için korumuştur.²⁷ Zararın hesaplanması bakımından, fark ve değişim kuramlarına ve bunları seçme olanağına BGB’nin yenilenmesi sonucunda dokunulmamıştır.²⁸

¹⁹ Zweigert ve Kötz, a.g.k.,515’den aktaran Ersin, 86.

²⁰ Serozan, Alman İfa Engelleri, 234.

²¹ Serozan, Alman İfa Engelleri, 234.

²² RG, T. 19.06.1932, S.2128.

²³ Serozan, c.3, 222.

²⁴ Serozan, Alman İfa Engelleri, 243.

²⁵ Serozan, Alman İfa Engelleri, 239.

²⁶ Serozan, c.3, 239; Serozan, Alman İfa Engelleri, 237.

²⁷ Ergüne, 73.

²⁸ Serozan, Alman İfa Engelleri, 237.

Sözleşmeye aykırılık durumları bakımından türlü ayrımlar oluşturmaksızın yaptırımları düzenleme yöntemi; Hollanda Medeni Yasası'nda, İskandinav ülkelerinin yasalarında, PECL²⁹ ve PICC'de³⁰ ve Alman Medeni Yasası'nda benimsenmiştir.³¹

CISG (Viyana Satım Sözleşmesi), Anglo-Sakson Hukuku ve Kıta Avrupası Hukuku dizgelerini ifa engelleri bakımından bir araya getirmeye çalışan bir tekdüzeleştirme çalışmasıdır.³² Ancak CISG, sözleşmeye aykırılık anlayışı bakımından Anglo-Sakson hukuku anlayışını benimsemiştir.³³ CISG m. 45, sözleşmeye aykırı davranış türlerini betimlerken “sözleşmeden doğan herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi” anlatımını kullanmıştır.³⁴ Satıcının; teslimi gerçekleştirememesi, geç teslimi, başkaca bir malı teslim etmesi gibi durumlarda sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçlar bakımından tekdüze bir dizgeye dayanır.³⁵

Aynen ifa sonucu bakımından CISG, mahkemenin kendi hukuku (lex fori) ilkesini öne çıkarmaktadır. CISG m. 28'e göre; mahkeme hukukunun aynen ifaya olanak tanıyıp tanımadığı göz önünde bulundurularak aynen ifaya karar verilebilir.³⁶

CISG, alıcının ve satıcının sözleşmeye aykırı davranış karşısındaki durumlarını ve oluşturabilecekleri istemlerini, alıcı ve satıcı bakımından ayrı ayrı düzenlemiştir.³⁷ Alıcının; ifayı istemek, sözleşmeden dönme, semenin tenzili³⁸ gibi hakları bulunurken satıcının; ifayı isteme, sözleşmeden dönme gibi hakları bulunmaktadır. Bunun dışında satıcının, malın ölçüsünü ve biçimini belirleme yetkisi alıcı da ise alıcıya bunun için süre verme hakkı bulunmaktadır.³⁹

²⁹ Pecl- Principles Of European Contract Law- Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri

³⁰ Pıcc- Prıncıples Of Internatıonal Commercial Contracts- Uluslararası Ticaret Sözleşmelerinin Esasları.

³¹ Atamer, 334,335; Ersin, 78; Gündüz, 240,241, d.515.

³² Tarman, 11; Yelkenci, 11; Zeytin, 26; Gündüz, 241. Tekdüzeleştirme çalışmalarının yarar ve sakıncaları için Bkz. Zeytin, 32-36.

³³ Yelkenci, 24; Ersin, 76.

³⁴ CISG m. 45/1: Satıcı, sözleşmeden ya da bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmez ise alıcı: 45/1-(a): 46 ile 52. maddeler arasında yer alan haklarından birini kullanabilir. 45/1-(b): 74 ile 77. Maddeler arasında yer alan tazminatı isteyebilir.

³⁵ Basedow Jürgen, ““Towards A Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG” International Review of Law and Economics, September 2005, 490'dan aktaran Ersin, 77.

³⁶ CISG m. 28: Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini isteme hakkına iye ise mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi yalnızca bu antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması durumunda olanaklıdır.

³⁷ CISG m. 45-60 (Alıcının durumu), CISG m.61-70 (Satıcının durumu), CISG m. 71-89 (Alıcı ve Satıcı Bakımından ortak hükümler)

³⁸ Ayıplı malın alıkonulup kusuru oranında indirimin istenilmesi.

³⁹ CISG, m.65.

CISG dizgesinde tazminattan beklenen; borçlunun sözleşmeye uygun eylem yürütmüş olması durumunda alacaklının içinde bulunacağı duruma getirilmesidir.⁴⁰ CISG'nin Türk Cumhuriyetince kabulü durumunda; uluslararası satışlarda CISG m. 30-88, CISG'nin uygulama alanına girmeyen konularda iç satışlara TBK m. 207-236, ticari satışlara 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴¹ (TTK) m. 23, tüketici satışlarına 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu⁴²(TKHK) m. 4 uygulanacaktır.⁴³ CISG sözleşmesinin kapsamında yer alan boşlukların (dahili boşluk) doldurulması için öncelikli olarak anlaşmanın genel ilkelerinden sonrasında ulusal hukuktan yararlanır. CISG kapsamı dışında yer alan boşlukların (harici boşluk) doldurulması için doğrudan ulusal hukuktan yararlanılabilir.⁴⁴

1.2 Genel Olarak Borçlunun Temerrüdü

1.2.1 Temerrüt kavramı

Temerrüt kavramı TBK'de açıkça tanımlanmış değildir. Borçlunun temerrüdü, borçlunun borca aykırı bir biçimde edimini geç ifa etmesi olarak tanımlanabilir.⁴⁵

Borcun, belirli bir vadede ya da belli bir sürede ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkan borca aykırılığa karşı TBK m. 112 ve devamı hükümlerini yeterli bulmayan kanun koyucu, alacaklının durumunu güçlendirmeye yönelik olarak temerrüde ilişkin hükümleri öngörmüştür.⁴⁶

Borçlunun temerrüdü, borç ilişkisi içerisinde her iki taraf açısından gündeme gelebilir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı ve borçlu sıfatını her iki taraf taşır. Temerrüt hükümleri her iki taraf bakımından uygulama alanı bulabilir.⁴⁷

TBK m. 117 hem tipik hem atipik sözleşmelerde ve borçlar hukuku kapsamında tüm hukuksal işlemlerde uygulama alanı bulur. Örneğin; Medeni Hukuk kaynaklı miras ya da mirastan feragat sözleşmesinde ivazda, vasiyet alacaklısının vasiyet konusunun devrine ilişkin isteminde, miras paylaşım sözleşmesinde temerrüt

⁴⁰ "...that the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in the contract had been formed", Sekreteryaya Şerhi, Article 70 Numara 3'den aktaran Ersin, 103, d.340.

⁴¹ RG. T. 14.02.2011, S.27846.

⁴² RG, T. 28.11.2013, S. 28835.

⁴³ Yelkenci, 15; Gündüz, 242.

⁴⁴ Yelkenci, 15; Erdem, 888.

⁴⁵ Eren, 1233.

⁴⁶ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 446-447.

⁴⁷ Kılıçoğlu, 875.

oluşması durumunda TBK m. 117 uygulama alanı bulur. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler (sinallagmatik sözleşmeler) bakımından temerrüt, TBK m.123-126 arasından düzenlenmiştir.⁴⁸ Bunun dışından belirtmek gerekir ki TBK'nin düzenlediği birtakım tipik sözleşmeler, özel temerrüt hükümlerine yer verebilir. Kamu hukukundan doğan para alacaklarında, ilgili alacağı kapsamına alan özel bir temerrüt kuralı yoksa temerrüde bağlanan hukuksal sonuçlar uygulama alanı bulacaktır.⁴⁹

TBK m. 117-126 maddeleri aralığında borçlunun temerrüdünü genel olarak düzenlenmiştir. Belirli vadeli satışlarda satıcının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 212-213 ve kiracının kira bedelinde temerrüdü konusunu düzenleyen TBK madde 315, temerrüt ile ilgili TBK'de düzenlenmiş özel hükümlerdir.⁵⁰

1.2.2 Temerrüdün genel koşulları

1.2.2.1 Muaccel bir borç bulunmalıdır

TBK m. 117 gereği; muaccel bir borcun alacaklısı, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Bu anlatım gereği, temerrüt için öncelikle borcun muaccel duruma gelmesi gerekir. Muaccel olmayan bir borcun ifasını kabul etmeyen tarafın temerrüde düşürülmesi söz konusu olmaz.

Borcun muaccel duruma gelmesi, alacaklının birtakım hazırlık çalışmalarını önceden yerine getirmesini gerektiriyorsa alacaklı bunları yerine getirmediği sürece borçlu temerrüde düşmez.

Borcun muaccel olması konusunda, ifa ve ifa zamanı kavramlarına ilişkin bilgilerden yararlanılması gerekir.⁵¹

İfa ve ifa zamanı kavramı

İfa kavramı, borçlar kanununda açık olarak tanımlanmış değildir.⁵² Ancak "*İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir,*" şeklinde bir tanım oluşturulabilir.⁵³

⁴⁸ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 456.

⁴⁹ Antalya, 477.

⁵⁰ Kılıçoğlu, 875.

⁵¹ Feyzioğlu, 230.

⁵² Eren, 1030.

⁵³ Oğuzman ve Öz, c.1, 251.

Geçerli olarak kurulan bir borç ilişkisinde borcun kaynağı ne olursa olsun borçlu bakımından en önemli sonuç, borcun borç ilişkisine uygun yerine getirilmesidir. Eş deyişle borçlunun borcunu ifa etmesidir.⁵⁴

*İfa, sözleşmeden doğan borcun yine sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi anlamına gelir,*⁵⁵ tanımına karşın “haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kaynaklı borçlarda vermeye ilişkin ifa söz konusudur. Sözleşmeden doğan borçlarda ise vermenin yanı sıra yapmaya ya da yapmamaya ilişkin borç söz konusu olabilir. Söz edilen borç türlerinden en yaygını verme borcudur. Verme borçları içerisinde ise en yaygın olanı para borçlarıdır. Bu nedenle yalnızca para borçları bakımından geçerli olan ödeme kavramı ile ifa kavramı karıştırılabilmektedir. Oysa verme borçları yalnızca para borçlarından oluşmamaktadır. Motorlu araç satış sözleşmesinde otomobilin zilyetliğini ve mülkiyetini verme borcu bir para borcu değildir. İfa, ödemeyi de içine alan geniş bir üst kavramdır.⁵⁶

İfa, borcu sona erdiren bir nedendir. Ancak ara sıra kanunda öngörölmüş bazı durumlarda ifa, borcu sona erdirmez. Alacağın ifayı gerçekleştiren kişiye geçmesi sonucunu doğurabilir.⁵⁷

Borcun yerine getirilmesi sonucuna yönelik olarak; neyin ifa edileceği, ifanın nerede yapılacağı, ifanın kim tarafından ve kimin yararına yönelik gerçekleştirileceği, taraflar arasındaki ifa sırası ve ifa zamanı gibi konular önem taşır. Bu konulara ilişkin olarak TBK m. 83-116 arasında düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeler, taraflar sözleşmede düzenlemediği ya da aksine bir buyurucu(emredici) kural bulunmadığı sürece etkinlik kazanacaktır. Eş deyişle yedek hukuk kuralı niteliğindedirler.⁵⁸

Borcun muaccel olması, ifa zamanı kavramı ile doğrudan ilgilidir.

Borcun muaccel olması

TBK m. 90 gereği; kural olarak borç doğumu anında muaccel olur. Bir sözleşme kurulduğu anda borç doğarken henüz muaccel olmamış olabilir.⁵⁹ Aksi bir

⁵⁴ Kılıçoğlu, 689.

⁵⁵ Antalya, 42.

⁵⁶ Kılıçoğlu, 689.

⁵⁷ Oğuzman ve Öz, c.1, 251.

⁵⁸ Antalya, 45.

⁵⁹ Hatemi ve Gökyayla, 249.

anlatım yer almıyorsa sözleşmeye konu olan borç, doğduğu anda ödenecek vadeli borçtur. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁶⁰(TMK) m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin; inşaat-terzi vb. işlere yönelik sözleşmelerde belirli bir süre gereksinimi bulunmaktadır.⁶¹

Tüm borç ilişkilerinde bir ifa zamanı vardır. İfa zamanı bir süre ile belirlenmişse vade kavramından söz edilir. Vade gelmesi kesin olan bir zamana karşılık gelir. İfa zamanı kavramı, bir vadenin kararlaştırılmadığı sözleşmeler için de etkinliğini sürdürecektir.⁶² İfa zamanı, alacaklının ifa isteminde bulunabilme yetkisini kazandığı anı gösterir.⁶³ Borcun ifa zamanı, borcun muaccel olduğu zamana karşılık gelmektedir.⁶⁴

İfa için belirli bir süre belirlenmediğinde muacceliyet günü nasıl belirlenecektir? Bu soru açısından herhangi bir sözleşmede yoruma gereksinim duyulabilir. Yorum gerekmediği durumlarda belirli vade söz konusudur.⁶⁵ Örneğin; İfa anı, 13 Aralık 2022 olarak belirlenmişse belirli bir vadeden söz edilirken ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen ancak kuşkusuz gerçekleşecek bir olay belirlenmişse belirsiz vade, borcun ifasının belirli bir zaman ya da süre geçmesiyle artık kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa Kesin vadeden söz edilir.⁶⁶ Bunların dışındakiler örneğin; çocuğum doğunca, falanca kişi 6 ay içinde ölünce gibi anlatımlar ise vade değil, koşuldur. Vade ve koşul birlikte öngörülebilir. Örneğin; Burak’ın bankadan kredi alması durumunda en geç 1 ay içerisinde ödünç vereceğine ilişkin bir anlatım hem geciktirici koşulu hem vadeyi içermektedir.⁶⁷

Vadenin önceden belirlenmediği durumlar olabilir. Uygulamada genelde alacaklıya vade belirleme yetkisi tanınır. Bu durumda vade, söz konusu şahsın kendisine verilen hakkı kullanması ile belirlenecektir. Bu hakkın kullanılmasına muacceliyet ihbarı ya da güncellik bildirimini denir. Vadeyi belirleme hakkı bir yenilik doğuran hak⁶⁸ ve güncellik bildirimini yenilik doğuran bir işlemdir.⁶⁹

⁶⁰ RG, T. 08.12.2001, S.24607.

⁶¹ Oğuzman ve Öz, c.1, 315-316.

⁶² Kılıçoğlu, 703.

⁶³ Hatemi ve Gökyayla, 249; Eren, 1075.

⁶⁴ Eren, 1074; Kılıçoğlu, 703.

⁶⁵ Hatemi ve Gökyayla, 250.

⁶⁶ Oğuzman ve Öz, c.1, 529.

⁶⁷ Oğuzman ve Öz, c.1, 318.

⁶⁸ Eren, 1078.

⁶⁹ Oğuzman ve Öz, c.1, 319.

Taraflar vadeyi serbestçe kararlaştırabilir. Vadenin uzatılması (tecil) her iki sözleşme tarafının da onayı ile söz konusu olabilir. Örtülü kabul-onay olanaklıdır. Ancak kanun gereği şekle bağlı olan sözleşmelerde vade tarihindeki değişiklik yine bağlı olduğu şekil koşuluna uygun olarak yapılmalıdır.⁷⁰

Kanunsal olarak şekle bağlı olmayan sözleşmeyi taraflar belirli bir şekle bağlı olarak gerçekleştirmiş ise TBK m. 13 uyarınca sözleşmenin değiştirilmesi de kararlaştırılan şekilde yapılmalıdır. Ancak sözleşme ile çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler TBK m. 13 kapsamı dışındadır. Bu nedenle vadede yapılacak olan değişiklik, tarafların belirlediği şekle bağlı değildir.⁷¹

İfa zamanıyla ilgili olan vade; olağan, belirli ve kesin vade olmak üzere 3'e ayrılır. Olağan vade; borcun ifa zamanının geldiği, alacaklının edim isteminde bulunabildiği, borçlunun da bu istem üzerine ifayı gerçekleştirmek zorunda olduğu zamana karşılık gelir. Olağan vade türüne bağlı işlemler, "ihbara bağlı işlemler" olarak anılmaktadır. Borçlu vadenin gelmesiyle kendiliğinden ve doğrudan direngen⁷² (mütemerrit) olmaz. Direngen olma sonucuna yönelik olarak alacaklının ayrıca vadeye ek olarak bir ihtarda bulunması gerekir. Belirli vade; yalnızca ifa zamanına değil, eş zamanlı olarak borçlunun, borcu ifa etmemesi durumunda alacaklının ihtarına gerek olmadan kendiliğinden direngen olacağı zamana karşılık gelir. Kesin vade durumunda; vadenin dolmasıyla borçlu, öncelikli olarak ihtarla gerek kalmaksızın direngen olur Bunun dışında alacaklı edimin kabulünden kaçınabilir ya da sözleşmeden dönebilir.⁷³

Vadenin hesabı

Vade belirli bir tarih olarak belirlenmeyip belirli bir hesap sonucu ortaya çıkacak ise öncelikli olarak tarafların aralarında bir hesaplama yönteminin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına bakılır. Tarafların bir hesap yöntemi kararlaştırmadığı durumlarda, TBK m. 91-93'de yer alan yedek hükümler etkinlik kazanacaktır.

Vadenin tarafların anlaşması ile uzatılması durumunda uzatılan sürenin nasıl hesaplanacağı konusu kararlaştırılmamışsa TBK m. 95 gereği; uzatılan süre, eski

⁷⁰ Oğuzman ve Öz, c.1, 316.

⁷¹ Oğuzman ve Öz, c.1, 318.

⁷² Velidedeoğlu, 267.

⁷³ Eren, 1078.

sürenin bitişini izleyen birinci günden itibaren işlemeye başlar. Kanun saat olarak öngörülen sürelerin nasıl hesap edileceğini belirtmemiştir. Öğretide *dakikası dakikasına* (*a momento ad momentum*) anlayışı benimsenmiştir. 09:15’de belirlenen 5 saatlik süre 14:15’de sona erecektir.⁷⁴

Vadenin belirlenmesi eyleminde tatil günleri dışarıda tutulmaz. Ancak son gün tatil olan bir güne denk gelirse bu tatil gününü izleyen ilk tatil olmayan güne kanun gereği vade tarihi aktarılır. Bu aşamada belirtmek gerekir ki TBK m. 93’de yer alan bu kural yedek hukuk kuralıdır. Taraflar kendi aralarında işin niteliğine göre tatil günlerini vade tarihi olarak belirleyebilir. Örneğin; hafta sonu konser verme borcu üstelenen bir sanatçının, ifayı hafta sonu gerçekleştirmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bunun dışında ifa zamanı bakımından yine yedek hüküm olan TBK m. 94 gereği; *borç alışılmış iş saatlerinde ifa ve kabul edilir*. Ancak bu durumda da taraflar işin niteliğine göre başkaca ifa zamanı belirleyebilir.⁷⁵

1.2.2.2 İhtar ya da ihtar yerine geçen bir durum

İhtar kavramı

Borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için borcun muaccel olması yeterli değildir. Alacaklının ayrıca bir ihtarda bulunması gerekmektedir. İhtar, hukuksal bir işlem değil, hukuksal işlem benzeri bir istenç(irade) açıklamasıdır. Bunun bir sonucu olarak geçerli bir ihtar için hukuksal işlem yapma yetisi (ehliyeti) bulunan bir kişinin eylemi gerekir. Bu doğrultuda yine ihtar bakımından hukuksal işlemlere ilişkin olarak öngörülen ehliyet, istenç bozukluğu gibi durumlar kıyas yoluyla uygulanır.⁷⁶

İhtar varması gerekli bir istenç açıklamasıdır.⁷⁷Tek yanlıdır ve şekle bağlı değildir.⁷⁸İhtar her zaman geri alınabilir. İhtarın geri alınmasıyla borçlunun hukuksal durumu ihtar öncesi döneme döner.⁷⁹ Öte yandan ihtar, hukuksal işlem olmamasından ötürü başka bir deyişle hukuksal işlem benzeri bir istenç açıklaması olmasından ötürü HMK m. 200’de yer alan genel ispat kuralına bağlı değildir. Bunun bir sonucu olarak

⁷⁴ Oğuzman ve Öz, c.1, 321.

⁷⁵ Oğuzman ve Öz, c.1, 322.

⁷⁶ Antalya, 486.

⁷⁷ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 625. (İstenç kullanımı yazarlarca oluşturulmamıştır.)

⁷⁸ Velidedeoğlu ve Özdemir, 237.

⁷⁹ Antalya, 486.

alacaklı, ihtar eylemini gerçekleştirdiğini her türlü delil ile ortaya koyabilir.⁸⁰ Bu kural mutlak değildir. TTK m. 18 gereği; Bir tacir, borç ilişkisinin diğer tarafı olan başka bir tacire yönelik ihbarı ya da ihtar; noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla ya da elektronik posta ile oluşturmak zorundadır.⁸¹

TTK m. 18’ de yer alan ihtar ya da ihbar için aranan koşulun, geçerlilik koşulu mu yoksa ispat koşulu mu olduğu tartışmalıdır. ÖZ’e göre; 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu’nda⁸² (ETTK’de) yer alan “ihbar ya da ihtarların muteber olması için” anlatımından ötürü ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.05.1982 tarihli 1719/2236 numaralı kararı nedeniyle sözü edilen koşul geçerlilik koşuludur.⁸³ KILIÇOĞLU; ETTK’de yer alan “ihbar ya da ihtarların muteber olması için” anlatımına yeni TTK’de bilinçli olarak yer verilmediğini, kanun koyucunun aranan şekil şartını, ispata yönelik şekil şartı olarak gördüğünü öne sürmektedir. Nitekim, faks aracılığı ile yapılan bir ihtar, borçlunun ikrarı durumunda geçerli olmalıdır.⁸⁴

Etkinliğini sürdüren hukuksal durumda YARGITAY, KILIÇOĞLU’nun görüşüne katılmaktadır.⁸⁵ Ancak bu tür tartışmaların son bulması için TBK m. 12/2’de yer alan “sözleşmeler için kanunda öngörülen bir şekil şartı, ayrıca bir açıklama bulunmadığı sürece geçerlilik şartı olarak görülmelidir,” anlatımının hukuksal işlem ya da hukuksal işlem benzeri eylemler için de geçerli olacak bir biçimde düzenlenmesi yerinde olacaktır. Kanımızca; sözleşmelere yönelik olarak düzenlenen bu kanun maddesinin içeriğinde benimsenen yeğleme, karmaşanın ve tartışmaların önüne geçmek için diğer hukuksal işlem ve hukuksal işlem benzeri eylemler için de onay görmelidir. Bu doğrultuda düzenleme yapılmalıdır. Böylece söz konusu olası düzenleme, TTK m. 18’de yer alan koşul bakımından da uygulama alanı bulmuş olur. TTK m. 18’ de aranan koşullarla ilgili olarak madde içeriğinde ayrıca bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle sözü edilen koşullar, geçerlilik koşulu olarak görülebilir. KILIÇOĞLU’nun görüşünden ayrık olarak her iki tarafın tacir olduğu hukuksal ilişkilerde böylesi bir yeğleme sakınca doğurmayacaktır.

⁸⁰ Kılıçoğlu, 876.

⁸¹ Kılıçoğlu, 876.

⁸² RG. T. 09.07.1956, S.9353.

⁸³ Oğuzman ve Öz, c.1, 462.

⁸⁴ Kılıçoğlu, 877.

⁸⁵ Y. HGK, T.12.3.1997, E. 1996/11951, K. 1997/178 (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 626).

FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER'e göre; TBK m. 12/2'de yer alan kuralı, bu konuyla bağdaştırmanın olanağı yoktur.⁸⁶ Ancak aynı yapıtta yazarlar; hukuksal işlemlerin, hukuksal işlem benzeri eylemlerden zor ayırt edildiğini ve hukuksal işlemlere ilişkin kuralın hukuksal işlem benzeri eyleme de kıyasen uygulanması gerektiğini öne sürmüştür.⁸⁷

Tacirlere yönelik olarak düzenlenmiş TTK m. 18 gibi özel düzenlemeler dışında söz edildiği üzere genel olarak ihtar için bir geçerlilik koşulu bulunmamaktadır. Yine söz edildiği üzere ihtar, varması gereken bir istenç açıklamasıdır. Borçlu, ihtarın kendisine ulaştığı anda temerrüde düşmüş olur. İhtarın yöntemi, geçerlilik koşulu dışında bu nedenle de önem taşımaktadır.

Alacaklının borçluya soyut bir borç hesabı göndermesi ihtar sayılmazken hesabın yanında ek olarak temerrüde ilişkin bir açıklama bulunması ya da süre belirlenmesine yönelik bir anlatıma yer verilmesi ihtar sayılacaktır. Bunun dışında bir ödeme emrinin yöneltilmesi ya da dava açılması ihtar niteliği taşıyacaktır.⁸⁸ Ancak önleme, durdurma ya da tespit davasına ilişkin mahkemece gönderilen dava dilekçesi, ihtar yerine geçmeyecektir.⁸⁹

İsviçre'de baskın olan bir görüşe göre; borcun muaccel olmasından önce ihtar yapılabilmesi olanaklıdır.⁹⁰ Örneğin; bir yapının sonlandırılması kapsamında sözleşmede yer alan tarihin yakın olmasına karşın söz konusu yapının henüz temeli bile atılmamışsa “peşin ihtara” olanak tanınabilmektedir. KILIÇOĞLU'na göre bu yeğleme yerinde değildir. Böylesi bir yeğleme, borçlunun ifa aşamasında temerrüde düşmesine yol açacaktır. TBK m. 117'de temerrüt için ihtar koşulundan söz edilmesine karşın aynı maddenin ikinci fıkrasında temerrüt için ihtara gerek olmayan süre ile ilgili durumlar düzenlenmiştir. Buna ek olarak; sözleşmelerde ifa zamanı gelse bile borçlunun davranışlarından ifanın gerçekleşmeyeceği sonucuna ulaşılabiliyor ise TBK m. 124 gereği ayrıca süre verilmesine gerek yoktur.⁹¹ Açıklanan nedenlerle; sözü edilen yapı ya da inşaat örneği üzerinde durulursa, “peşin ihtarın” hem bir zorunluluk olmadığı hem de işlevselliğinin düşük olduğu ortaya konulmuş olur. EREN'e göre;

⁸⁶ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 627.

⁸⁷ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 34.

⁸⁸ Kılıçoğlu, 877.

⁸⁹ Antalya, 488; Y. 18 HD. T. 27.06.2006, 2580/5351. (Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 448).

⁹⁰ Schwenger Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7.Aufalge, Bern, 2016, 474'den aktaran Kılıçoğlu, 878.

⁹¹ Kılıçoğlu, 878.

borç muaccel olmadan önlem(tedbir) amaçlı borçluyu uyarmak için ihtarda bulunulabilir.⁹²

Tek ya da iki taraflı hukuksal işlem ayırt etmeksizin borçlunun temerrüde düşmesi geçerli bir ihtarla bağlıdır. Para borçlarında da temerrüt ihtar sonucunda gerçekleşir. Temerrüt faizi ise borcun muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlamaz.⁹³

İhtar içeriğinde muaccel olan bir borç yer almalıdır. Muaccel olma ile vadenin gelmesi genellikle bir arada düşünülse de zaman zaman ayrılabilirler. Sözleşmeyle; vadenin belirlenmesi ya da söz konusu vade belirleme işinin taraflardan birine hak olarak tanınması olanaklıdır. Vadeyi belirleme hakkı olan taraf, usule uygun ihbarla başka bir deyişle muacceliyet ihbarı ile vadeyi belirleyebilir. Borçlu, muacceliyet ihbarının belirlediği anda ifayı gerçekleştirmezse temerrüt gerçekleşir.⁹⁴ Muacceliyet ihbarının (bildiriminin) ihtardan ayrık yönü, bir hukuksal işlem olmasıdır. Bu doğrultuda HMK m. 200’de yer alan genel ispat kuralına bağlıdır.⁹⁵

İhtar, borçlanılan edim ya da sözleşmede yer alan koşullardan ayrık bir istem içeriyorsa haksız olarak görülmeli ve temerrüde yol açmamalıdır. Para borçlarına ilişkin ihtarın temerrüt sonucunu doğurabilmesi için isteme konu para tutarı belirtilmelidir.⁹⁶ Para borçları dışında ihtar tutara ilişkin olarak mutlaka rakam ya da sayı belirtilmesine gerek yoktur. İhtarda belirtilen öğelerin yeterli açıklıkta olup olmadığı ihtardaki anlatımının dürüstlük kuralına göre yorumuyla belirlenebilir.⁹⁷ Bunun dışında alacaklının ihtarında bulunurken borçluyu temerrüde düşürme isteği ve bu hukuksal sonucu doğurmaya yönelik açıklamalarda bulunması zorunlu değildir. TBK m. 117 gereği; temerrüdün hukuksal sonuçlarının doğması bakımından alacaklının açıklaması yeterlidir. İhtar sözcüğünün kullanılması da zorunlu değildir.⁹⁸ Alacaklı söz konusu ihtarıyla sözleşmeye uygun ifanın yerine getirilmesi isteminde bulunur ve borçlu ifa etmemenin hukuksal sonuçlarına karşın son kez uyarılmış olur.⁹⁹ Özetle; Temerrüt için gerekli olan ihtarın içeriğinde borca ilişkin yeterli bir belirlilik-

⁹² Eren, 1239.

⁹³ Kılıçoğlu, 878.

⁹⁴ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 448.

⁹⁵ Tekinay, 732; Kılıçoğlu, 881.

⁹⁶ Y. 15.HD., T. 26.04.2006, E. 2005/2176, K.2006/2462 -Yayımlanmamıştır. (Kılıçoğlu, 878).

⁹⁷ Antalya, 483.

⁹⁸ Eren, 1237.

⁹⁹ Antalya, 481.

açıklık olmalıdır. Borçluya ifası istenen borcun kapsamını bilebilme olanağı sağlanmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE) bir kararında; “sizin ediminizin gerçekleşmesini daha ne kadar bekleyeceğim,” anlatımını bir ihtar olarak görmüştür.¹⁰⁰

Borçlu borcu bilmiyor ya da bilebilecek durumda değilse, örneğin; tutarın belirlenmesi alacaklı tarafından yapılacak bir hesaba dayanıyorsa ihtarla birlikte borcun da bildirilmesi gerekir. Alacağın soyut olduğu durumlarda örneğin; manevi (tinsel¹⁰¹) tazminat gibi belirsiz bir alacak söz konusu ise istem tutarı ihtar ile belirlenmelidir.¹⁰²

İhtarda, alacaklının istencinin muhataba ulaşma anı belirleyicidir.¹⁰³ İhtarı alacaklının bizzat yapması zorunlu değildir. İhtar, özel yetkili olmayan bir temsilci ile de yapılabilir.¹⁰⁴ İhtarda bulunacak kişinin ayırt etme gücü olması yeterlidir. Nitekim ihtar, borçlandırıcı işlem ya da tasarruf işlemi değildir.¹⁰⁵ Bunun dışında ihtar bir temsilciye karşı da yapılabilir.¹⁰⁶

İhtarın yapılış yöntemi bakımından yer ve zaman kuralı belirlenmemiştir. Bu durumda ihtar, dürüstlük kuralı ve tarafların karşılıklı yararı göz önünde bulundurularak istenilen zaman ve yerde yapılabilir. Tarafların yararı eşit ölçüdeyse, alacaklının yararı öncelikli tutulur.¹⁰⁷ Son olarak; sözleşmenin karşı tarafı birden fazla kişi ise temerrüt ihtarnamesinin tüm taraflara yönelik oluşturulması gerekir.¹⁰⁸

İhtarı gerektirmeyen durumlar

TBK m. 117/1: “*Muaccel bir borcun borçlusunu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer.*” Ancak bu hüküm buyurucu değildir. Bu nedenle taraflar sözleşme ile ihtar koşulunu kaldırabilir.¹⁰⁹

¹⁰⁰ BGE, 57 II 324 E.4, (Antalya, 483).

¹⁰¹ Velidedeoğlu ve Özdemir, 123.

¹⁰² Antalya, 484.

¹⁰³ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 448.

¹⁰⁴ Eren, 1237.; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 448; Antalya, 487.

¹⁰⁵ Eren, 1238.

¹⁰⁶ Velidedeoğlu ve Özdemir, 236.

¹⁰⁷ Yavuz, 750.

¹⁰⁸ Y. 6. HD. T. 28.04.2003, E. 2003/2787 K. 2003/2864 (Antalya, 481).

¹⁰⁹ Antalya, 475; Kılıçoğlu, 878.

İfa günü taraflarca açık bir biçimde belirtilmiş ise TBK m. 117/2 gereği; belirlenen günün geçmesi ile borçlu temerrüde düşmüş olur.¹¹⁰ İfa gününün açıkça belirlenmesi ya da ihtar koşulunun sözleşme ile kaldırılması durumları temerrüt sonucu için yeterli görülürken bu aşamada belirli vade koşulu aranmaz. Vadenin belirli olması koşulu, TBK m. 124/3 bağlamında süreden(mehilden) ayırık tutulmak için aranır. İhtardan vazgeçmek için değil...¹¹¹ İfa gününü belirleme yetkisi taraflardan birine sözleşme ile bırakılmış ise TBK m. 117/2 gereği; belirlenen günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur. Söz edildiği üzere ifa gününü belirleyen bildirim (ihbar) hukuksal işlem niteliğindedir. HMK m.200’de yer alan genel ispat kuralına bağlı olacaktır. İfa zamanını belirleme yetkisinin borçluda olması da olanaklıdır. Bu durumda “*eksik borç*” söz konusudur.¹¹²

İhtarın artık bir yararının olmadığı ya da gereksiz sayılacağı duruma ilişkin olarak TBK’de özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum, genel hükümlerden çıkartılmaktadır. Borçlunun borcunu açıkça ifa etmeyeceğini söylemesi ya da ihtar üzerine borcu ifa etmeyeceğinin yine açık olduğu durumlar bu kapsamdadır. Örneğin; borçlunun, yapımı üstlenilen bir yapıyı öngörülen tarihte bitirmediği ya da yapı alanını bütünüyle bırakıp kendi adresinden de ayrılmış olduğu durumlarda borçluya yönelik ayrıca bir ihtar oluşturulması gereksiz ve yararsızdır.¹¹³

TBK m. 117/2 gereği; haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı borçlarda, haksız fiilin ya da zenginleşmenin gerçekleştiği andan itibaren borçlu, temerrüde düşmüş olur. Temerrüt için ihtara gerek yoktur. Ancak sebepsiz zenginleşen iyiniyetli ise ihtara gereksinim duyulacaktır. Öğretide; sözü edilen iyi niyet koşulu eleştirmiştir. SEROZAN’a göre; alacaklı, geri verme borçlusunun iyi niyetli ya da kötü niyetli olabileceğini kestirmekte zorlanacaktır ve bu nedenle her koşulda ihtarda bulunacaktır.¹¹⁴ KILIÇOĞLU’na göre; iyiniyetli sebepsiz zenginleşen, geri verilmesi gereken mal üzerinde yapmış olduğu birtakım giderleri isteyebilmektedir. İyiniyetli sebepsiz zenginleşen bu tür hükümlerle korunmaktadır. Ayrıca temerrüt koşullarının iyiniyetli zenginleşenleri koruma amacıyla düzenlenmesi yerinde olmamıştır.¹¹⁵

¹¹⁰ Kılıçoğlu, 879.

¹¹¹ Kılıçoğlu, 880.

¹¹² Oğuzman ve Öz, c.1, 320; Kılıçoğlu, 708.

¹¹³ Kılıçoğlu, 881.

¹¹⁴ Serozan, c.3, 221.

¹¹⁵ Kılıçoğlu, 883.

Haksız fiilden kaynaklı bir borçta temerrüt, söz edildiği üzere fiilin gerçekleştiği andan itibaren başlar. *Hırsız her zaman temerrüttedir. ("fur semper in mora") ilkesi gereği*; kişi haksız elde ettiği şeyi beklemezsin geri vermelidir.¹¹⁶

Özel kanun hükümleri aracılığı ile ihtar olmadan temerrüde düşülebileceği öngörülebilir. Örneğin; TTK m. 1530 gereği; tacir ve ticari işletmeler bakımından sözleşmede ifa zamanı düzenlenmişse ihtar olmadan temerrüt, değişik olasılıklara göre düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre faturanın ya da eş değer ödeme isteminin borçlu tarafından alınmasını izleyen otuz günün sonunda borçlu, ihtar olmadan temerrüde düşmektedir.¹¹⁷ TTK m. 482/1 gereği; sermaye koyma borcunu zamanında yerine getirmeyen pay iyisi, ihtara gerek duyulmadan temerrüde düşer. Buna koşut olarak temerrüt faizi ödemekle yükümlü olur.¹¹⁸

Dürüstlük kuralı gereği; işin niteliğinden borçlunun ifa tarihini bildiği ya da ihtarın tebliğini bilinçli olarak engellediği durumlarda da ihtara gerek olmayabilir.¹¹⁹ Borçluya karşı; icra takibi başlatmak, dava açmak ya da hakem heyetine başvurmak gibi eylemler ihtar yerine geçebilir. Ticari geleneğe göre altında imza ve kaşe yer alan eş deyişle kapalı faturanın gönderilmesi ihtar yerine geçebilir.¹²⁰

1.2.2.3 Temerrüdün öğretilen ve uygulamadan kaynaklı koşulları

Borcun ifasının olanaklı olması, borçlunun ifadan kaçınmaya yönelik bir hakkının bulunmaması ve alacaklının ifanın gerçekleştirilmesi konusunda üzerine düşenleri yapmış olması, kanunda yer almayan ancak borçlunun temerrüdüne yönelik olarak öngörülmüş diğer koşullardır.¹²¹

Borcun ifasının olanaklı olması

Temerrüdün diğer koşullarına eğilmeden önce bir borcun ifasının olanaklı olup olmadığına bakılmalıdır.¹²² Vadesinde ifa edilmeyen bir borcun ifasının olanaklı olup

¹¹⁶ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 420; Nomer, 1303 Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Nomer Haluk Nami, "Haksız Fiil Ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir Mi?." *Serozan'a Armağan*. c.2. On İki Levha Yay., İstanbul, 2010, 1303-1313.

¹¹⁷ Serozan, c.3, 220; Antalya, 482.

¹¹⁸ Kılıçoğlu, 883.

¹¹⁹ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 629.

¹²⁰ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 626.

¹²¹ Yavuz, 748.

¹²² Eren, 1236.

olmadığı öncelikle irdelenmelidir. Edimin ifası, sonradan objektif olarak *imkânsız*¹²³ duruma gelirse temerrüt durumu da buna bağlı olarak sona erer.¹²⁴ Buna karşın, sübjektif imkânsızlık durumunda temerrüt söz konusudur.¹²⁵

Alacaklı edimi kabule hazır olmalıdır

Alacaklı, borçlunun ifa önerisini kabul bakımından hazır durumda olmalıdır ya da edimin ifası için gerekli hazırlık eylemlerini bitirmiş olmalıdır. Alacaklının ifayı kabulden kaçınması ya da hazırlık eylemlerini yapmaması durumunda, alacaklı temerrüdünden söz edilir. Alacaklının direngen olduğu durumda, borçlunun temerrüdü gerçekleşmez.¹²⁶

Borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı bulunmamalıdır

İfadan kaçınmak için haklı bir neden bulunmaması koşulu hem alacaklının hem borçlunun temerrüdü bakımından gereklidir. Örneğin; TBK m. 97 gereğince ödemezlik def'inin (ödemelik savunun¹²⁷) ileri sürüldüğü durumda borçlu temerrüde düşmez.¹²⁸ Buna karşın temerrüde düşmüş olan borçlu, TBK m. 97 ve 98' de yer alan ödemezlik def'ini öne süremez.¹²⁹

1.2.3 Temerrüdün genel sonuçları

1.2.3.1 Aynen ifa

Borçlunun temerrüde düşmesi, edimi yerine getirme borcunu ortadan kaldırmaz. Alacaklı aynen ifa istemiyle yargı yoluna başvurabilir. Örneğin; taşınmaz satışlarında alacaklı, borçlunun istenci yerine geçme işleviyle mahkemeden mülkiyetin kendisine devrini isteyebilir. Bu istem doğrultusunda tapu iptali ve tescil davası açılabilir.¹³⁰

¹²³ Objektif ve sübjektif imkânsızlık ayırımında imkânsızlığın nedeni değil, etki alanı değerlendirmede ölçüt olarak kullanılır. Sübjektif imkânsızlığa borçlunun güçsüzlüğü de denir. Yalnızca borçlunun edimi ifa edememesi durumunda söz konusu olur. Borçlu da içerisinde olmak üzere hiç kimsenin borcu ifası olanaklı değilse, objektif imkânsızlık söz konusudur. (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 598).

¹²⁴ Velidedeoğlu ve Özdemir, 235

¹²⁵ Buz, 101; Eren, 1236.

¹²⁶ Eren, 1241.

¹²⁷ Velidedeoğlu ve Özdemir, 350.

¹²⁸ Hatemi ve Gökyayla, 278.

¹²⁹ Eren, 1242.

¹³⁰ Kılıçoğlu, 892.

Yapma borçlarında alacaklı, zarar ve giderlerinin karşılanması koşuluyla aynen ifa isteminde bulunabilirken yapmama borçlarında aynen ifa istemi güç görünmektedir. İİK m. 30/3’de yapmama borcuna ilişkin ilamın borçluya tebliğ edileceği ve tebliğe konu borca aykırı davranış durumunda İİK. m. 343’de yer alan cezanın etkinlik kazanacağı¹³¹ düzenlenmişse de bu durum bir aynen ifa değildir. Yalnızca yasada öngörülmüş bir cezanın uygulanmasıdır.¹³²

1.2.3.2 Beklenmeyen durumdan sorumluluk

“*Beklenmedik hâlden sorumluluk,*” borçlunun temerrüde düşmesinden sonra edim konusu belirli şeyin bütünüyle ya da kısmen yok olması, değerini kaybetmesi gibi nedenlerden doğan sorumluluktur. TBK m.119 gereği; temerrüde düşen borçlu, beklenmeyen durumlar sonucu borca konu edimin yok olmasından ya da kötüleşmesinden sorumludur.¹³³

Borçlu, temerrüde düşmediği bir durumda beklenmeyen durumla karşılaşır ve edimin ifası olanaksızlaşırsa borç yalnızca “*imkânsız*” duruma gelecek ve borç TBK m.136 hükümleri doğrultusunda son bulacaktır. Yasa koyucu, hukuksal ilişkilerde zamanında ifayı sağlamak için TBK m. 119’da yer alan ağır sonucu öngörmüştür.¹³⁴

TBK m. 119’un uygulama alanı, parça borçlarına ilişkindir. Beklenmeyen durumdan sorumluluk çerçevesinde kusur, bir şeyin yok olmasının ya da kötüleşmesinin değil, temerrüde düşmenin koşuludur.¹³⁵

Beklenmeyen durum, ifanın olanaksızlaşmasına yol açan tüm durumları kapsar.¹³⁶ İfayı engelleyen nedeni, beklenmeyen durum ya da zorlayıcı neden (mücbir sebep) olarak nitelenmenin bir önemi yoktur.¹³⁷ Temerrüde düşen borçlu, iki nitelene gereği de sonuçtan sorumlu olacaktır.¹³⁸

TBK 119/3 gereği; Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ya da borcun ifasını gerçekleştirmiş olsa bile beklenmeyen durumun ifa konusu şeye yine zarar vereceğini ortaya koyabilirse bu sorumluluk türünden kurtulur.

¹³¹ Hatemi ve Gökyayla, 275.

¹³² Kılıçoğlu, 893.

¹³³ Eren, 1250.

¹³⁴ Kılıçoğlu, 895.

¹³⁵ Eren, 1250.

¹³⁶ Barlas, 117.

¹³⁷ Havutçu, 38.

¹³⁸ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Antalya, 504-510.

Kanımızca; sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması isteminin nedenlerinden biri olan beklenmeyen durum söz konusu olur ise temerrüde düşmüş olan borçlu, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını beklenmeyen durumdan yine kendisi sorumlu olacağı için isteyemez.

1.2.3.3 Kusur

Temerrüdün koşulları bakımından değinildiği üzere borçlunun temerrüde düşmesinde kusur aranmaz. Kusur, temerrüde düşme koşulu olarak aranmazken temerrüdün birtakım sonuçları için aranır.¹³⁹ Temerrüt faizinin istenilmesi, dönme hakkının kullanılması, aynen ifa istemi kusura bakılmaksızın söz konusu olabilir. Buna karşın; gecikme tazminatı, olumlu ya da olumsuz zarar tazmini, para borçlarında temerrüt faizini aşan bölümün karşılığı olarak istenilebilen aşkın zarar istemleri borçlunun kusurunu gerektir.¹⁴⁰ Borçlu kusurlu olmadığını ispat etmedikçe TBK m. 118 gereği; gecikme sonucu oluşan zararlardan sorumludur. İspat yükü, temerrüdün sonuçlarını önleme bakımından temerrüde düşen borçludur.

1.2.4 Para borçlarında temerrüt

Borcun kaynağının; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da hukuksal işlem olmasına bakılmaksızın temerrüt durumunda para borçlarına özgü özel düzenlemeler kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. (TBK m.120-122) Söz konusu para borcuna ilişkin genel düzenlemeler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde de uygulama alanı bulacaktır. Para borçlarında borçlunun temerrüdü bakımından iki ana sonuçtan söz edilebilir. Bunlar, temerrüt faizi ve temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın zarardır.¹⁴¹

1.2.4.1 Temerrüt faizi

Temerrüde düşen borçlu, temerrüt anından itibaren sözleşmede yer alan faiz oranına göre sorumludur. Sözleşmede temerrüt faizine ilişkin bir anlatım yer almıyorsa kanunda belirtilen temerrüt faizi oranı etkinlik kazanacaktır.¹⁴²

Temerrüt faizi isteminde, borçlunun para borcunu geç ödemesinden ötürü alacaklı zararı ya da borçlu yararı gözetilmez. Bunun dışında temerrüt faizi,

¹³⁹ Velidedeoğlu ve Özdemir, 235; Kılıçoğlu, 884.

¹⁴⁰ Antalya, 478.

¹⁴¹ Kılıçoğlu, 896.

¹⁴² Barlas, 142.

temerrüdün kusura dayanmayan sonuçlarındandır. Kusur aranmaz.¹⁴³ Bütünüyle alacaklı yararına oluşturulmuş bir tazminattır.¹⁴⁴

TBK m. 120/1 gereği; sözleşme ile temerrüt faizinin belirlenmediği durumda temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu anda yürürlükte olan mevzuata göre belirlenir. TBK m. 120/2 gereği; sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi, TBK m. 120'nin birinci fıkrasındaki yedek kural doğrultusunda belirlenen faiz oranının yüzde yüzünden fazla olamaz. TBK m. 120'nin birinci fıkrası yedek kural olarak nitelenebilirken ikinci fıkrası ise buyurucu bir kuraldır.¹⁴⁵

TBK m. 120/3 gereği; sözleşmede anapara faizi kararlaştırılmış ancak temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa, anapara faizi, TBK m.120/1 doğrultusunda belirlenen temerrüt faizinden yüksek ise mevzuatta belirlenen faiz oranı değil, sözleşme ile belirlenen anapara faiz oranı, temerrüt faizi olarak uygulanır.

Kanun koyucu, para borçlarında temerrüde düşmenin sonuçlarını iki bölümde ele almıştır. Birinci bölümde, salt temerrüde düşmeden ötürü bir zararın olduğunu varsaymaktadır. Bu varsayım, ispata gerek duyulmaksızın istenilebilecek zarara karşılık olan temerrüt faizidir. İkinci bölümde, temerrüt faizi ile karşılanmayan zarar bölümünü eş deyişle aşan zararı düzenlemiştir. Aşan zarar istemi için zarar ve kusur koşulları aranır.¹⁴⁶

1.2.4.2 Aşkın zarar

Aşkın (munzam) zarar, para borçlarında temerrüt faizi ile ifanın gecikmesinden ötürü ortaya çıkan zararlar karşılanamıyorsa söz konusu olacaktır. Temerrüt tarihinden ödeme tarihine kadar geçen sürede ortaya çıkan paradaki değer kaybının temerrüt faizinden fazla olması durumunda etkinlik kazanacaktır.¹⁴⁷ Örneğin; alacaklının, kendisine ödenmesi gereken para borcunun ödenmemesi nedeniyle üçüncü bir kişiye olan borcunu ödeyememiş ve kendisinin edindiği temerrüt faizinden daha yüksek bir temerrüt faizi ödemişse aşkın zarar ortaya çıkmış olur. Aşkın zarar istemi, temerrüdün kusura dayanan sonuçlarındandır.¹⁴⁸

¹⁴³ Antalya, 514.

¹⁴⁴ Eren, 1245.

¹⁴⁵ Serozan, c.3, 225.

¹⁴⁶ Y. 5. HD, T. 26.02.2004 E. 2003/14338 K. 2004/1856, (Antalya, 514).

¹⁴⁷ Kılıçoğlu, 897.

¹⁴⁸ Eren, 1251, 1252.

Türkiye gibi para şişkinliği (enflasyon) oranı genellikle yüksek olan ülkelerde para şişkinliği nedeniyle aşkın zarar istemi gündeme gelecektir. Para şişkinliğinin sık yaşanmadığı ülkelerde temerrüt faizinin para borçlarında gecikmeden kaynaklı zararı karşılayacağı öngörülebilir.¹⁴⁹

Yüksek para şişkinliğinden kaynaklanan para değerindeki düşmenin, elde edilen temerrüt faizinden fazla olması durumunda, söz konusu para değerindeki düşmenin, aşkın zarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında para şişkinliğini aşkın zarar olarak kabul etmemektedir.¹⁵⁰

HATEMİ/GÖKYAYLA'ya göre; aşkın zarar, kanun kaynaklı faiz oranının üzerinde olan para şişkinliği zararının karşılanmayan bölümü değildir. Başkaca olası zararlar aşkın zararın içerisinde olmalıdır. Para borçlarında ilke; "faiz" değil, bugünkü para değerine göre gerçek karşılığın ödenmesi olmalıdır. Nitekim, paranın alındığı değer ile geri verilmesi (ödünç) ya da söz verilen değeri ile ödenmesi gerekir. Para şişkinliği zararı, faiz konusuna girmeyen ve faiz ya da aşkın zarar kapsamında görülmeyen "asıl borç" kapsamındadır. TMK m. 2'ye göre değerlendirilmesi gereken bir konudur.¹⁵¹

Döviz borçlarında etkin olabilecek *devalüasyon*(değer düşürümü) kaynaklı aşkın zarar istemlerini, TBK m.99/3'de yer alan düzenleme işlevsiz duruma getirmiştir. TBK m. 99/3 gereği; döviz alacaklısı, temerrüde düşmüş borçludan söz konusu döviz eylemli (fili) ödeme günündeki ulusal para ederi üzerinden isteyebilecektir. Bu durum, aşkın değer düşürümü zararının kendiliğinden giderilmesidir.¹⁵²

1.3 Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt

TBK m. 117-122 arasında tüm borç ilişkilerinde etkin olan temerrüdün genel koşulları ve sonuçları düzenlenmiştir. Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde etkin olan temerrüdün özel koşulları ve sonuçları ise TBK m. 123-125 arasında düzenlenmiştir.

¹⁴⁹ Kılıçoğlu, 897.

¹⁵⁰ Y. 15. HD, T. 29.09.1995, E. 1995/4114, K.1995/4916- yayımlanmamıştır. (Eren, 1252).

¹⁵¹ Hatemi ve Gökyayla, 283.

¹⁵² Serozan, c.3, 225,226.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü durumunda alacaklıya belirli seçimlik haklar tanınmıştır. Aynen ifa dışında alacaklının iye(sahip) olduğu seçimlik hakların kullanılması sonucu borçlunun bütünüyle savunmasız kalmaması ya da borçlu bakımından doğacak ağır sonuçların önüne geçilmesi amaçlarıyla bu hakların kullanılması, birtakım gerekliliklerin yerine getirilmesine bağlanmıştır.

1.3.1 Koşulları

1.3.1.1 Karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmalıdır

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler; tarafların, karşılıklı olarak en az iki edimin değişimi borcu altına girerek oluşturdukları sözleşmelerdir.¹⁵³ Bu tanımın dışında; edimlerden her biri diğerinin karşılığı olacak biçimde tarafların karşı edimi elde etme istenciyle borçlandığı sözleşmelerdir, tanımı da bulunmaktadır.¹⁵⁴

Tam iki taraflı sözleşmelerde edimler arasında bir karşılıklılık bulunmaktadır. Bu karşılıklılık kaynağı Yunanca olan “*synallagma*” sözcüğü ile adlandırılmaktadır.¹⁵⁵ Sözleşmede yalnızca bir taraf borçlu konumunu taşıyor diğer taraf da yalnızca alacaklı konumunu taşıyor ise tek tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur.¹⁵⁶

Sözleşme kurulurken yalnızca bir tarafın edim borcu altına girdiği, sözleşmenin ilerleyen evrelerinde girilen bu edim borcu neden olmakla birlikte ondan bağımsız bir biçimde diğer tarafın borcunun ortaya çıktığı, faizsiz ödünç sözleşmesi gibi sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak görülmez. Bu tür sözleşmeler eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak anılır.¹⁵⁷ Ödünç sözleşmesinde faiz kararlaştırılırsa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusu olur.¹⁵⁸

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakların kullanılması için aranan ek koşullar, bağış sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde

¹⁵³ Von Büren: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Zürich 1964, 177'den aktaran Havutçu, 4.

¹⁵⁴ Hirsch, C.: Allgemeines Schuldrecht, 1990, 13'den aktaran Havutçu, 4.

¹⁵⁵ Schmidt-Rimpler: Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag, Stuttgart, 1968, 1'den aktaran Havutçu, 4.

¹⁵⁶ Havutçu, 5.

¹⁵⁷ Keller ve Schöbi : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd.I, Allgemeine Lehren des Vertrags rechts, 3.Aufl. Basel und Frankfurt, 1988, 9'dan aktaran Havutçu, 6.

¹⁵⁸ Havutçu, 6.

aranmaz. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde yalnızca TBK m.117’de yer alan genel koşullar aranacaktır.¹⁵⁹ Bu nedenle; aynen ifaya eklenen gecikme tazminatı istemi, gecikmiş ifanın reddi ve sözleşmeden dönme için öncelikle karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşme bulunmalıdır.¹⁶⁰

1.3.1.2 Ek süre verme

Genel olarak

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa istemi dışında belirli ek koşullar sağlanarak TBK m. 125’de yer alan seçimlik haklar kullanılabilir. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüdün koşullarının sağlanmasıyla birlikte ek bir koşul aranmaksızın aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi oluşturulabilir. Aynen ifa istemi, alacaklının her koşulda ve her zaman öne sürebileceği bir istemdir. Borçlunun temerrüdüne ilişkin genel açıklamalar bölümünde sözü edilen koşullar, sözleşmelere ilişkin temerrüt durumunda da aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi bakımından bire bir geçerlidir.¹⁶¹

TBK m. 125’de yer alan aynen ifa dışındaki diğer ek hakların kullanılması birtakım koşullara bağlıdır. Bu ek koşullardan biri olan ifa için **ek süre verme**, sözü edilen seçimlik hakların kullanılması ile doğacak ağır sonuçlardan borçluyu korumak için son bir olanaktır.¹⁶² Aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi için ek süre verilmesine gerek yoktur.¹⁶³

Verilen ek süre içerisinde ifa gerçekleşirse alacaklının seçimlik hakları kullanması engellenmiş olur.¹⁶⁴ HAVUTÇU’ya göre; böylesi bir yeğleme, alacaklının yararını koruma amacı için borçlunun aynen ifaya yönelik yararının bütünüyle gözden çıkarılmasını önlemeye yöneliktir.¹⁶⁵ Çünkü aynen ifa ve gecikme tazminatı isteminde borçlu da alacaklıdan kendi ediminin aynen ifasını isteyebilecektir.

Ek sürenin saptanması; sözleşme konusu edimin gecikme zararı ile birlikte belirlenen tarihe kadar yerine getirilmesi gerekliliğine yönelik anlatımı içeren,

¹⁵⁹ Kılıçoğlu, 885.

¹⁶⁰ Kılıçoğlu, 885

¹⁶¹ Kılıçoğlu, 933.

¹⁶² Tandoğan, 494; Serozan, c.3, 230; Buz, 107.

¹⁶³ Oğuzman ve Öz, c.1, 505 (Y. 11. HD. T. 01.11.1983. 4595/4691).

¹⁶⁴ Atamer, 351.

¹⁶⁵ Havutçu, 40.

borçluya varması gerekli, hukuksal olarak şekle bağlı olmayan, hukuki işlem benzeri bir istenç açıklamasıdır.¹⁶⁶ Ek süre, borçlu temerrüde düşmeden verilemez.¹⁶⁷ Taraflar, süre verilmesi işlemini anlaşma ile bir koşula bağlayabilirler.¹⁶⁸ Tacirler arasındaki işlemlerde “ek süre belirlenmesi” işlemi, TTK m. 18’de öngörülen koşullara bağlıdır. Ek sürenin temerrüt ihtar ile birlikte belirlenmesi olanaklıdır.¹⁶⁹

Ek sürenin borçluyu temerrüde düşüren ihtar ile birlikte verilmesi olanaklıdır.¹⁷⁰ Ancak alacaklının yalnızca ek sürenin verildiğine ilişkin anlatımları ihtar yerine geçmez. İfa zamanı yeniden belirlenmiş olur.¹⁷¹ BGE “*üç gün içerisinde ödeyiniz*” anlatımını, edimin ifasına bağlı kalındığı ve ihtarla birlikte temerrüde düşüleceği yönünde yorumlarken¹⁷² YARGITAY, ödeme için verilen bu sürenin sonunda temerrüde düşüleceği biçiminde yorumlamıştır.¹⁷³ Kanımızca alacaklı, ihtarla birlikte ek süre verme yolunu seçerse geçerli bir ihtarın önemi artacaktır. Alacaklının özensiz davranması sonucu borcun muaccel olma tarihinin ötelenmesi söz konusu olabilir. Temerrüt ihtarından sonraki süreçte ek süre verilmesi yeğlenir ise başka bir deyişle borçlu temerrüde düştükten sonra ek süre verilmek istenirse sözü edilen sakınca bulunmamaktadır. Bu durumda en çok süre verme işleminin geçersizliği söz konusu olabilir.

Ek sürenin saptanması, TBK m. 123 uyarınca yargıçtan istenebilir. Ek süre; edimin niteliği, alacaklının beklemeksizin gerçekleşecek olan ifaya yönelik yararı vb. öğeler göz önünde bulundurularak dürüstlük kuralına uygun belirlenir. Ek sürenin uygun olmaması durumunda süre verme işlemi geçersiz olmaz. İfa için gerekli uygun süre göz önünde bulundurulur.¹⁷⁴ Uygun sürenin göz önünde bulundurulması için borçlunun itirazı gerekmez. Ancak borçlunun itirazı söz konusu olur ise süre vermeyi geçersiz saymak ve alacaklıyı yeniden ek süre vermeye zorlamak, borçluyu koruma amacına yönelik bir yeğleme olur.¹⁷⁵

¹⁶⁶ Tandoğan 495; Tunçomağ, Borçlar, 935; Yıldız, 162.

¹⁶⁷ Oğuzman ve Öz, c.1, 506.

¹⁶⁸ Havutçu, 47.

¹⁶⁹ Buz, 107.

¹⁷⁰ Buz, 107; Oğuzman ve Öz, c.1, 507.

¹⁷¹ Antalya, 485.

¹⁷² BGE 103 II 102 E., (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 626).

¹⁷³ 3. HD, T. 14.11.2018, E. 2017/1150, K.2018/11528, (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 626).

¹⁷⁴ Buz, 107.

¹⁷⁵ Serozan, c.3, 230; Antalya, 541.

Ek süre içerisinde ifa gerçekleşirse borçlunun edimi gönderdiği an ya da alacaklının edime kavuştuğu an göz önünde bulundurulabilir. Bu sorunun çözümü, yasa koyucunun istencine ve olayın somut gereklerine belirlenir.¹⁷⁶

Ek sürenin verilmesine gerek olmayan durumlar TBK m. 124'de düzenlenmiştir. Borçlunun tutumundan süre verilmesinin etkisiz kalacağı anlaşılıyorsa (124/1), borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalacaksa (124/2), Belirli bir zaman geçmesi ile ifanın gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa alacaklı, ek süre vermeye gerek olmadan TBK m. 125/2'de yer alan seçimlik haklarını kullanabilir.

Ek süre verilmesine gerek olmayan durumlar

TBK m. 124 içeriğinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ek süre verilmesine gerek olmayan durumlar düzenlenmiştir. Bu durumlarda alacaklı; ek süre vermeye gerek kalmadan ifa yerine tazminat isteyebilir, sözleşmeden dönebilir, sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeyi feshedebilir.¹⁷⁷ Süre verilmesine gereksinim duyulmayan durumlar;

124/1; Borçlunun içerisinde bulunduğu durumdan ya da tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa: Borçlu kesin bir dille ifayı gerçekleştirmeyeceğini alacaklıya bildirmiş olabilir. İfanın gerçekleşmeyeceği borçlunun durumundan ya da tutumundan açıkça anlaşılıyor olabilir.¹⁷⁸

124/2; Borçlu temerrüdü sonucu borcun ifası alacaklı için yararsız kalacaksa: Alacağın bütünüyle herkes için yararsız kalması değil, somut olayın gereklerine göre yorum aracılığı ile alacaklı açısından yararsız kalıp kalmadığı saptanır.¹⁷⁹

124/3; İfanın belirli bir zamanda ya da belirli bir sürede gerçekleşmemesi durumunda ifanın kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa: Belirli olan vade kararlaştırılmış olabilir. Kesin vade kararlaştırılmamakla birlikte bir ziyafet için yemek şirketinden istenen yemekler, ziyafete yetişmez ise söz konusu yemekler herkes için yararsız kalmış değildir. Ancak alacaklı için yararsızdır.¹⁸⁰ Verilen ziyafet örneğinden de kolayca anlaşılacağı üzere; TBK m.124'ün 3. fıkrası ve TBK m. 136

¹⁷⁶ Serozan, c.3, 230.

¹⁷⁷ Oğuzman ve Öz, c.1, 528.

¹⁷⁸ Y. 15 HD. T. 27.11.2017, E. 2017/2330, K.2017/4156.

¹⁷⁹ Serozan, c.3, 230; Oğuzman ve Öz, c.1, 528; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 950.

¹⁸⁰ Oğuzman ve Öz, c.1, 528.

uygulaması birbiriyle karıştırılabilir. Son aşamada TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralına dayanılarak saptama yapılır.¹⁸¹ Yargıtay’ın bir kararında; “işçilere ocak ve temmuz aylarında beşer günlük ücret ödenir,” anlatımı kesin vade olarak değerlendirilmemiş ve ek süre verilmediği için temerrüdün gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır.¹⁸²

İfa etmeme; önemli olan belirli günün kaçırılması ile gerçekleşmişse ihtarsız temerrüt, önemli ve belirli günde dakik bir edim kaçırılmışsa ihtarsız ve ek süresiz temerrüt, yaşamsal önemde olan ivedi edim kaçırılmışsa bildirim gerek olmadan *imkânsızlık* tazminatı söz konusu olacaktır.¹⁸³ Örneğin; düğüne özgü düğün pastası ve belirli saatte konser verme edimlerinde olduğu gibi edimin ifasının gecikmesi her koşulda temerrüt sonucunu doğurmaz. Temerrüdün hukuksal sonuçlarını düzenleyen TBK m. 118’in uygulanabilmesi için borcun *imkânsız* olmaması gerekir.¹⁸⁴

İhtar ve ek süre verme ayrımı

İhtar, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmenin varlığı gözetilmeksizin tüm borç ilişkilerinde temerrüt için genel koşuldur. Süre verme söz edildiği süre TBK m. 125’de yer alan seçimlik hakların kullanılabilmesi için özel bir koşul olarak öngörülmüştür. İhtarda borcun muaccel olduğu borçluya hatırlatılır. Süre verilmez. Süre vermede, ifanın gerçekleşmemesi sonucu kullanılacak seçimlik hakların ağır sonuçlarının önüne geçmek için son bir olanak tanınır, ek süre verilir. TBK m. 124’de yer alan süre verilmesini gerektirmeyen durumlar eş zamanlı olarak ihtar koşulunu da gereksiz duruma getirir. Ancak ihtar gerek olmayan her durum süre verilmesini gereksiz duruma getirmez.¹⁸⁵

1.3.1.3 Hemen bildirme

Hukuksal niteliği

İfadan vazgeçme bildirimi; varması gerekli, tek taraflı istenç açıklaması ile kullanılır.¹⁸⁶ Koşula bağlı olarak kullanılamaz ve geri alınamaz.¹⁸⁷ Gecikmiş ifadan

¹⁸¹ Serozan, c.3, 230.

¹⁸² Y. 9. HD, T. 02.11.2022, E. 2022/13901, K. 2022/14044.

¹⁸³ Serozan, c.3, 231.

¹⁸⁴ Antalya, 476.

¹⁸⁵ Kılıçoğlu, 888-889.

¹⁸⁶ Havutçu, 60; Eren, 1262.

¹⁸⁷ Havutçu, 60; Eren, 1262.

vazgeçildiği açıklaması şekle bağlı değildir.¹⁸⁸ Yenilik doğuran bir hukuksal işlemdir.¹⁸⁹

İhtar, süre verilmesi ve gecikmiş ifadan vazgeçilmesi ile kullanılacak seçimlik hak bildirimini eş zamanlı olarak yapılabilir. Böylesi bir eylemin gerçekleştirilmesi bakımından yasal bir engel yoktur.¹⁹⁰ “Beş gün içerisinde ifa gerçekleşmez ise artık ifayı kabul etmeyeceğim. İfa yerine tazminat isteyeceğim” açıklaması, sözü edilen duruma örnek olarak gösterilebilir.¹⁹¹ Eş zamanlı olarak yapılan ihtar, ek süre verme ve hemen bildirme eylemlerinden yalnızca gecikmiş ifadan vazgeçme bildirimini hukuksal işlemdir.¹⁹² Gecikmiş ifadan vazgeçildiği bildirimini hem sözleşmenin hem de tarafların durumuna doğrudan etki eden bir istenç açıklamasıdır.¹⁹³ Bu nedenle gecikmiş ifadan vazgeçecek olan kişinin tasarruf yetkisi ve *fiil ehliyeti* bulunmalıdır.¹⁹⁴ Bu istenç açıklaması için karşı tarafın eş deyişle borçlunun kusuru gerekmez.¹⁹⁵

Açık ve örtülü bildirim

Hemen bildirim içeriğinde hangi seçimlik hakkın kullanıldığının açıkça yer alması gerekmez.¹⁹⁶ Asıl istencin ne olduğu yorum ile araştırılmalıdır.¹⁹⁷ Örneğin; Bir iş iyesinin yükleniciden ödediği paranın tümünü istemesi, sözleşmeden dönerek olumsuz (menfi) zararı istediği anlamına gelir. Böylesi bir durumda iş iyesi olumlu zararın giderimi isteminde bulunamayacaktır.¹⁹⁸ Buna karşın alacaklının açıklamasından, ifadan vazgeçtiği yorum eylemi ile de anlaşılamiyorsa aynen ifaya yönelik ilk seçimlik hakkın seçildiği sonucuna varılmalıdır.¹⁹⁹

Sürekli edimli sözleşmelerde ani edimli sözleşmelere göre ayrık bir durum bulunmaktadır. Gecikmiş ifadan vazgeçilmesi sonucu alacaklı seçimlik bir hakka iye

¹⁸⁸ Öz, Eser Sözleşmesi, 177; Kılıçoğlu, 933.

¹⁸⁹ Öz, Eser Sözleşmesi, 179; Kılıçoğlu, 933; Eren, 1262.

¹⁹⁰ Feyzioğlu, 261;

¹⁹¹ Tekinay, 768.

¹⁹² Tekinay, 768.

¹⁹³ Antalya, 557; Tekinay, 768.

¹⁹⁴ Eren, 1262.

¹⁹⁵ Kılıçoğlu, 933.

¹⁹⁶ Kılıçoğlu, 928.

¹⁹⁷ Öz, Eser Sözleşmesi, 181.

¹⁹⁸ Kılıçoğlu, 928.

¹⁹⁹ Antalya, 556.

değildir. Gecikmiş ifadan vazgeçme açıklaması ile sözleşmenin feshedildiği anlaşılır.²⁰⁰

Bildirim süresi

TBK m. 125/2’de yer alan seçimlik hakların kullanılması için ek süre verme zorunluluğunun dışında alacaklının, ifadan vazgeçtiğini ve hangi seçimlik hakkı kullandığını *hemen bildirme* yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁰¹ Hemen bildirme anlatımı; işin niteliğinden ve özelliklerinden, durumun gerekliliklerinden yola çıkılarak dürüstlük kuralına göre yorumlanmalıdır.²⁰²

Hemen bildirme yükümlülüğü, süre verilmesini gerektirmeyen durumları da kapsayacak biçimde öngörülmüştür.²⁰³ TBK m. 124 doğrultusunda alacaklı, süre vermeye gerek duymaksızın TBK m.125/2’de yer alan seçimlik haklardan birini kullanabilir. Kullanmak istediği seçimlik hakkı ve bu seçimlik hakka bağlı olarak giderilmesini istediği zararını borçluya hemen bildirmelidir. Bu durum öğretide tartışmalara yol açmaktadır.²⁰⁴ ÖZ’e göre; borçlu temerrüde düşer düşmez ifadan vazgeçildiğinin alacaklı tarafından hemen bildirilmesini beklemek, böylesi bir beyanın yapılmadığı durumlarda alacaklının ifayı kabul zorunluluğu olduğunu varsaymak olur. Bu da TBK m. 124 niteliği ile örtüşmez. Öte yandan alacaklının ifa yerine tazminatı mı seçeceği ya da dönmeyi mi yeğleyeceği konusundaki belirsizlik, borçluyu kararsızlığa düşürür. Bu nedenle TBK m. 124’de yer alan durumlarda borçlu temerrüde düşünce alacaklının dönme hakkını kullandığı varsayılmalıdır.²⁰⁵

HAVUTÇU’ya göre; alacaklının, temerrüt nedeniyle ifanın yerine getirilmesinde bir yararı-çıkarı²⁰⁶ kalmamışsa ya da kesin vade belirleme yoluyla edimin mutlak olarak belirli bir zamanda yerine getirilmesi gerektiği öngörülmüşse ek süre verilmesi koşulunun aranmadığı gibi vazgeçme bildirimini koşulunun da aranmaması gerekir.²⁰⁷ Ek süre verilmesinin gerekmediği duruma karşın aynen ifanın istenilmediğini gecikmeksizin bildirilmeyi beklemek tutarlı olmayacaktır.²⁰⁸ Bunun

²⁰⁰ Antalya, 614.

²⁰¹ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 459.

²⁰² Feyzioğlu, 261.

²⁰³ Nomer, 365.

²⁰⁴ Nomer, 365.

²⁰⁵ Oğuzman ve Öz, c.1, 531-532.

²⁰⁶ Yaygın olan “*menfaat*” sözcüğü yerine *yarar* ya da *çıkâr* sözcükleri bu aşamada önerilmektedir.

²⁰⁷ Havutçu, 64.

²⁰⁸ Feyzioğlu, 262; Havutçu, 64.

dışında; TBK m. 124'de yer alan durumlarda, alacaklının hemen bildirim gerektirmeksizin aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği konusunda duraksama yoktur.²⁰⁹

1.3.2 Sonuçları

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü durumunda alacaklı, öncelikli olarak aynen ifayı isteyip istemediğine karar vermelidir. Aynen ifayı istemeyen alacaklı belirli ek koşulları yerine getirerek geciken ifadan vazgeçebilir. İfadan vazgeçen alacaklı, olumlu zarar istemini ya da dönme sonucu olumsuz zarar istemini gündeme getirebilir.²¹⁰ Bunların dışında TBK m. 126 gereği; sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeyi ileriye dönük olarak sonlandıran fesih hakkı alacaklıya tanınmıştır.

1.3.2.1 Gecikmiş ifanın yerine getirilmesi ve gecikme tazminatı

Aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi, TBK m. 125'de yer alan seçimlik haklardandır. Temerrüdün genel koşullarına ek bir koşul gerekmeksizin yalnızca temerrüt durumu gereği kullanılabilen bir haktır. Adi temerrüt durumunda da kullanılabilen bu hakkın TBK m. 125'de yeniden düzenlenmesi bir anımsatmadır.²¹¹ Aynen ifaya ek olarak istenilen gecikme tazminatı; edimden bütünüyle yoksunluk durumunu içeren, TBK m. 125'de yer alan, diğer seçimlik haklardaki tazminat istemlerine karşın aynen ifa ile birlikte istenilebildiği için küçük tazminat olarak da anılmaktadır.²¹²

Temerrüt tarihi ile aynen ifa anı arasındaki süreçte ortaya çıkan zararlar, gecikme tazminatının kapsamındadır. İfanın zamanında gerçekleşeceğine güvenilerek yapılan; depo, nakliye, işçi giderleri ve sözleşme için görüşme ya da yolculuk için yapılan giderleri, kaçırılan sözleşme olanaklarından doğan zararları, yoksun kalınan kazançları gecikme tazminatı kapsamında alacaklı isteyebilir. Bunun dışında borçlunun ifasına güvenerek üçüncü kişilerle sözleşme kuran alacaklı, ifanın yerine getirilmemesi sonucu ödediği ceza koşulunu ya da başkaca tazminatı gecikme tazminatı kapsamında isteyebilir. Zarar ögeleri, her türlü delil ile kanıtlanabilir.²¹³

²⁰⁹ 15. HD, T.12.05.1983, E. 1983/1307, K. 1983/1255 (Nomer, 365).

²¹⁰ Antalya, 534.

²¹¹ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 457.

²¹² Serozan, c.3, 232.

²¹³ Yavuz, 755.

Tüm borç ilişkilerinde aynen ifa istemi öne sürülebilir. Örneğin; TBK m. 113/1’de yer alan; yapma borcunun mahkemeden izin verilmesi istenilerek zararı ve tüm giderleri borçluya ait olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptırılması yöntemi aynen ifanın kapsamındadır.²¹⁴

1.3.2.2 Sözleşmeden dönme ve olumsuz zarar istemi

Sözleşmeden dönme, yalnızca temerrüt durumuna özgü kullanılan bir hak değildir. Temerrüt sonucu geciken ifayı reddeden alacaklı, sözleşmeyi ayakta tutarak olumlu zararı isteyebileceği gibi dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi bütünüyle ve geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir. Bu ortadan kaldırma yalnızca ani edimli sözleşmelerde geriye dönük olarak gerçekleştirilebilir.

Olumsuz zarar, sözleşmeden dönme nedeniyle sözleşmenin hükümsüz kalması ile ilgili uğranılan zararın giderilmesine yöneliktir.²¹⁵ Alacaklının dönme hakkını kullanması ile kural olarak olumsuz zarar isteminde bulunulabilir. Seçimlik haklardan birini kullanacak olan alacaklı, karşılıklı olarak edimlerin geri verilmesi ve kendi edimlerini ifa etmekten kurtulacağı olası durumları göz önünde bulundurmalıdır.²¹⁶

Sözleşmeden dönme, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır.²¹⁷ Gecikmiş ifadan vazgeçilmesi sonucu dönme hakkı, borçlunun kusurundan bağımsız olarak kullanılabilirken²¹⁸ olumsuz zarar istemi için kusur gerekir. Borçlu temerrüde kusuru ile düşmediğini ortaya koyarak tazminat sorumluluğundan kurtulabilir. Dönme hakkının kullanılması, asıl sözleşme yasal bir şekilde bağlı olsa bile herhangi bir şekil zorunluluğunu gerektirmez.²¹⁹ Sözleşmeden dönme iki ana sonucu doğurur. Bunlar; sözleşmenin sona ermesi ve sona erme sonucu ortaya çıkan zararın giderimidir.

Sözleşmenin sona ermesi sonucu tarafların borçlarını ifa etme yükümlülükleri son bulurken artık ifayı gerçekleştirme olanakları da bulunmamaktadır. Ayrıca taraflar, ifa etmiş oldukları edimlerin geri verilmesini isteyebilir. BGE’ye göre; olası geri verilmeye konu ifa edilmiş edimler, sebepsiz duruma gelmez. Sözleşmeden dönme ile bir tasfiye ilişkisi ortaya çıkar. Sözleşmesel bağ devam etmelidir.²²⁰ Borcun

²¹⁴ Kılıçoğlu, 892.

²¹⁵ Antalya, 580.

²¹⁶ Kılıçoğlu, 935.

²¹⁷ İnal, 76.

²¹⁸ Serozan, c.3, 237.

²¹⁹ Buz, 111.

²²⁰ BGE 60 II 28 (Buz, 127).

ifası ile ilgili kurallar özellikle zamanaşımı kuralı etkinliğini sürdürmelidir. Birçok ayrıık görüş olmakla birlikte Türk yargı uygulaması sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiğini ve geri vermenin sözleşmeye dayanmayacağını yeğlemektedir.²²¹

BGE'nin, dönme sonucu olumsuz zarar isteminin on yıllık zamanaşımı süresine bağlı olmasına karşın edimlerin geri verilmesi isteminin sebepsiz zenginleşmeye yönelik zamanaşımı süresine bağlı olmasının akla yatkın olmayacağı yönünde kararı bulunmaktadır.²²² BUZ'a göre; Federal Mahkemenin bu yeğlemesi sakıncalıdır. Böylesi bir yeğleme, edimlerin geri verilmesi ve olumsuz zarar istemlerinin kusur bakımından eş kurallara bağlı olduğu sonucuna ulaştırabilir. Oysa ki olumsuz zarar istemine karşın borçlu, kusurunun olmadığını ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabilir. Edimlerin geri verilmesi bakımından kusurun etkisi olmayacaktır.²²³ Yargıtay'a, NOMER'e ve KILIÇOĞLU'na göre; dönme beyanının borçluya ulaştığı andan itibaren geri verme istemi iki yıl içerisinde oluşturulmalıdır. Geri verme eylemi, sebepsiz zenginleşme kapsamında gerçekleşmelidir.²²⁴ EREN'e göre; geri verme borcu sözleşmeden doğmaktadır ve 10 yıllık zamanaşımı süresi etkin olacaktır.²²⁵ HATEMİ/GÖKYAYLA'ya göre; geri verme borcu ister sebepsiz zenginleşme hükümlerine ister sözleşmeye dayandırılabilir. Nedenlerin yarışması söz konusudur.²²⁶

Sözleşmenin sona ermesi sonucu edimlerin geri verilmesi dışında TBK m. 125 bağlamında dönmenin en önemli sonucu olumsuz zarar istemidir. “*Alacaklının sözleşme yapılmasaydı uğramayacağı zararlar buraya girer.*”²²⁷ Olumsuz zarara, güvenden doğan zarar ya da güven zararı da denilebilmektedir.²²⁸ Alacaklının; ortadan kaldırdığı sözleşmenin yapılması için yapmış olduğu giderler, sözleşmeden doğan borçların yerine getirileceği beklentisi ile yaptığı giderler, sözleşmenin geçerliliğine güvenip bir başkası ile sözleşme yapma olanağını kaçırmışsa bu kaçırma nedeniyle uğradığı zararlar olumsuz zarar kapsamına girecektir.²²⁹

²²¹ Tercier,Pichonnaz ve Develioğlu, 460, 461; Y. 15.HD, T.14.2.1996, E. 463, K. 821 (Buz, 129); Y. 15.HD, T. 06.07.1981, E., 1264, K. 1579 (Buz, 130).

²²² BGE 60 II 28 (Buz, 127).

²²³ Buz, 127. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Buz, 126-133.

²²⁴ 13. HD, T. 20.11.2009, E. 2009/4651, K. 2009/13622, (Nomer, 369); Kılıçoğlu, 936; Nomer, 369

²²⁵ Eren, 1270.

²²⁶ Hatemi ve Gökyayla, 286.

²²⁷ Kılıçoğlu, 930.

²²⁸ Eren, 1271.

²²⁹ Karahasan, 1368.

1.3.2.3 Sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt ve ifadan vazgeçilmesi

Sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun nitelikli temerrüde düşmesi durumunda geçmişe etkili olan (ex tunc) dönme yerine ileriye dönük etkili olan (exnunc) fesih etkin olacaktır.²³⁰ Borç ilişkisi fesih ile ortadan kalkacaktır.²³¹ Diğer nitelikli temerrüt durumlarında olduğu gibi alacaklı, ek süre vermeden aynen ifa ve gecikme tazminatı isteminde bulunabilir. Ek sürenin sonunda olumlu zarar istemi oluşturabilir.²³² Sürekli edimli sözleşmelerde borçlanılan edimin ifası gerçekleştirilmeye başlanmışsa burada geçmişe etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırmak sakıncalı olacaktır. Böylesi bir durumda geçmişe etkili dönme yerine geleceğe etkili *fesih* söz konusu olur. Bu durumda sözleşme, geleceğe yönelik olarak ortadan kalkar.²³³ O ana kadar gerçekleşen edimlerin üzerinde fesih beyanının bir etkisi olmaz. Herhangi bir ifa gerçekleştirilmemişse bu durumda, sözleşmeden dönülerek olumsuz zararın istenilmesi yerinde olacaktır.²³⁴

TBK m. 126'da olumlu zarar ile ilgili herhangi bir anlatıma yer verilmemiştir. Bu yeğleme, satıcının seçimlik haklarını kısıtlamaya yönelik değil, sözleşmeden dönme hakkını kullanması için kolaylık sağlamaya yöneliktir. Örneğin; sürekli edimli bir sözleşmede eşyanın mülkiyetini alıcıya geçirmiş bir satıcının olumlu zarar isteminde etkin bir yarar olmayacaktır.²³⁵

1.3.2.4 Aynen ifadan vazgeçilip olumlu zarar istemi

Aynen ifadan vazgeçilip olum zarar istenmesi sözleşmeyi ortadan kaldırmaz. Yalnızca sözleşmenin içeriğini değiştirir. Borca konu asli edim yükümlülüğü, ikincil(tali) edim yükümlülüğüne bir başka deyişle tazminat yükümlülüğüne dönüşür.²³⁶

²³⁰ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 35; Y. İBK, T. 25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, RG 27.02.1984, S. 18325, (Nomer, 371).

²³¹ Nomer, 371.

²³² Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 463.

²³³ Eren, 1275.

²³⁴ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 464.

²³⁵ Havutçu, 95,96.

²³⁶ Buz, 109; Y. 15. HD. T. 4.7.2019, E. 2018/3513, K. 2019/3182 (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 648).

Olumlu zarar, edim borçlu tarafından gereği gibi yerine getirilseydi, alacaklının malvarlığında oluşacak durum ile oluşmuş durum arasındaki ayrımdır-farktır.²³⁷ Olumlu zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç olmak üzere iki bölümdür. İfa etmeme nedeniyle alacaklının, aktifinin azalmasına ya da pasifinin artmasına fiili zarar denir. Bir şeyin kaybedilmesi aktifin azalmasına yol açabilecekken sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle yapılan giderler, örneğin; reddedilen bir şeyin taşıma giderleri pasifin artmasına örnek gösterilebilir. Borçlanılan edimin ifasına güvenerek üçüncü kişilerle sözleşme yapmış olan alacaklı, herhangi bir ceza koşulu öder ise ödenilen ceza koşulu fiili zarar kapsamındadır. Olumlu zararın ikinci bölümü olan yoksun kalınan kazanç zararı ise sözleşmeye aykırı davranıştan ötürü malvarlığındaki olası bir artışın önlenmesidir.²³⁸ İş bu çalışmanın ana konusu bu başlığı ilgilendirmektedir. Bu nedenle bu bölümün ayrıntıları diğer bölümlerde ele alınacaktır.

1.3.3 Seçimlik hakların kullanımıyla ilgili öğretici görüşleri

Gecikmiş ifanın reddi sonucu kullanılabilir seçimlik haklar ve istenilebilecek zarar türleri üzerinde öğretide birtakım görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki OERTMAN tarafından oluşturulmuş “*klasik dönme görüşüdür.*”²³⁹ Bu görüşe göre; dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak yürürlükten kalkmaktadır. Dönme hakkının kullanılması, nitelik olarak bozucu yenilik doğuran bir haktır.²⁴⁰

Türkiye’de 1975 yılında Rona SEROZAN’ın Sözleşmeden Dönme tarihli doçentlik tezi ile yaygınlık kazanan²⁴¹ Yeni Dönme Kuramı²⁴² ise STOLL tarafından ortaya atılmıştır.²⁴³ Bu görüşe göre; dönme sonucu sözleşme, bir *tasfiye* ilişkisine dönüşür. Edimlerin geri verilmesi sebepsiz zenginleşmeye göre değil, sözleşme

²³⁷ “*Müşpet zarar (olumlu zarar), sözleşme tam olarak ifa edilmiş olsa idi alacaklının mal varlığının oluşacağı durum ile mevcut durum arasındaki farktır.*” (Y. 6. HD, T.22.02.2022, E.2021/1388, K. 2022/954).

²³⁸ Eren, 1196.

²³⁹ Oertmann, P., Die, Bedeutung der Rücktrittserklärung. Seuffert's Blätter für die Rechtsanwendung, 69. Band, 1904'den aktaran Öz, Karşılaştırma, 133.

²⁴⁰ Öz, Karşılaştırma, 134.

²⁴¹ Hatemi ve Gökyayla, 285.

²⁴² Bkz. Serozan, Dönme; Serozan, c.3.

²⁴³ Stoll H., Die Wirkungen Des Vertragsmässigen Rücktritts, Bonn, 1921'den aktaran Öz, Karşılaştırma, 134.

hükümlerine göre sağlanmalıdır.²⁴⁴ Bu kapsamda dönme hakkının kullanılması, değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır.²⁴⁵

Yeni Dönme Kuramının, dönme sonucunda sözleşme ilişkisini bir *tasfiye* ilişkisi olarak görmesi dışında bir diğer önemli sonucu; dönme hakkının kullanılması üzerine olumlu zarar istenilmesidir. SEROZAN'a göre; olumlu ve olumsuz zararın hesaplanması, belirli durumlarda koşut yürür.²⁴⁶

Alman Hukukunda, sözleşmeden dönme sonucu baskın olarak olumlu zarar istemi öne çıkarılmaktadır. Buna karşın, yanılma sonucuyla sözleşmenin iptal edilmesinde, kusursuz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğunda (BGB m.122/1, 179/2) ve sözleşme öncesi sorumlulukta (BGB 311/2-3) (*culpa in contrahendo*) olumsuz zarar istemine olanak tanınmıştır.²⁴⁷

BUZ'a göre; sözleşmenin, dönme sonucu geçmişe etkili olarak ortan kaldırılması gerekir. Ancak edimlerin geri verilmesi konusunda; *sebebe bağıllık ilkesi* gereği tasarruf işleminin de geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, aynı bir hakkın kazanımı söz konusu ise geri verme istemi herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı değildir. Aynı haklar dışındakiler ise TBK'de herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemişse 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.²⁴⁸ BUZ'un görüşü aynı etkili dönme görüşü olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmeden dönme sonucunda sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını bu görüş de benimser. Klasik dönme görüşünden ayrık olarak aynı haklara özgü geri verme yöntemi ortaya atar.²⁴⁹

ÖZ'e göre; aynı haklar, diğer hak türleri gibi sürekli nedene gereksinim duymaz. Yalnızca kuruldukları anda geçerli bir neden olması yeterlidir. Bu nedenle, mülkiyetin kaynağı sözleşme ortadan kalkarsa doğrudan son bulmaz. Yeter ki sözleşmenin kuruluşunda *sakatlık* olmasın. BUZ'dan ayrık olarak; sözleşme, dönme sonucu ortadan kaldırılmış olsa da kurulduğu anda aynı hakkın kazanımı için geçerli bir neden oluşturur. Bu aşamada, aynı hakların bağımsızlığı ilkesine sığınılarak klasik

²⁴⁴ Hatemi ve Gökyayla, 286.

²⁴⁵ Öz, Karşılaştırma, 134; Antalya, 583.

²⁴⁶ Serozan, Dönme, 85; Serozan, c.3, 239.

²⁴⁷ Enneccerus, Ludwig ve Lehmann, Heinrich, "Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse" 15. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, 192'den aktaran Gündüz, 65.

²⁴⁸ Buz, 326.

²⁴⁹ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 643.

dönme kuramına bir ayrıklık (istisna) getirilmemelidir. Dönme sonucu aynı hakların geri verilmesi, sebepsiz zenginleşme kuralları doğrultusunda istenmelidir.²⁵⁰ Bunların dışında yeni dönme kuramı benimsenirse tescile zorlama davası, “sebepsiz zenginleşmeye göre değil, sözleşmeye dayanan bir borca” dayanarak açılmalıdır.²⁵¹

BUZ’a göre; Sözleşmeden dönme sonucu olumlu zarar istemi oluşturulması olanaklı değildir.²⁵² KILIÇOĞLU’na göre; alacaklının sözleşmeden dönmesi sonucu olumsuz zarar isteyebileceği kuralı, buyurucu bir kural değildir. Taraflar, dönme sonucunda olumlu zarar istenebileceğini sözleşme ile kararlaştırabilir.²⁵³ “Sözleşmeden dönmenin bir başka sonucu olan olumlu zararın tazmininde; tazminat isteyen kişi hem sözleşmeden dönen taraf olmamalı ve hem de kusuru bulunmamalı; tam aksine, karşısındaki kişi hem sözleşmeden dönen taraf ve hem de dönmede kusurlu olmalıdır.”²⁵⁴

İfa yerine olumlu zarar ya da dönme sonucu olumsuz zarar istemlerine yönelik olarak türlü tartışmalar bulunmakla birlikte iki zarar türünün eş zamanlı olarak istenemeyeceği konusunda duraksama yoktur.²⁵⁵ Uygulamada sıklıkla karşılaşılan, olumlu-olumsuz tüm zararların istenildiği anlatımlara karşın Yargıtay; bu tür istemlerin TBK m. 19’e göre yorumlanması, alacaklının istenci doğrultusunda istenilen zarar türünün belirlenmesini gerektiğini kararlaştırmıştır. Onay gören genel görüş; olumlu zarar istenildiği durumda, dönme sözcüğü kullanılmış olsa bile sözleşmeden dönülmediğinin varsayılması gerektiği yönündedir.²⁵⁶

Tahkime ve yetkiye ilişkin ayrı bir sözleşme yapılması ya da asıl sözleşme içerisinde tahkim ya da yetki kaydı bulunması durumunda, söz konusu işlemlerin yazgısı asıl sözleşmeden bağımsız olacaktır.²⁵⁷ Kanımızca; dönme beyanı, tahkim ve yetki kayıtlarını doğrudan geçersiz kılmaz. ATAMER’e göre; sözleşme içerisinde yer alan sorumsuzluk anlaşması da dönme sonucu etkinliğini yitirmeyecektir.²⁵⁸

²⁵⁰ Öz, Karşılaştırma, 140,141,142.

²⁵¹ Öz, Karşılaştırma, 142, d. (17).

²⁵² Buz, 327.

²⁵³ Kılıçoğlu, 936.

²⁵⁴ Y. 23 HD, T.14.04.2015, E.2014/7780 K. 2015/2549.

²⁵⁵ Y. 6. HD, T. 22.12.2015, 8986/11373 (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 645); Atamer, 353;

Serozan, c.3, 240.

²⁵⁶ Y. HGK. T.18.10.2018. E. 2017/19-1649. K. 2018/1768; Y. HGK. T.15.01.2014. E. 2013/15-315. K. 2014/10. (Gündüz, 60).

²⁵⁷ Tanrıver, 806.; Kuru, 334.

²⁵⁸ Atamer, 345.

BÖLÜM:2 GECİKMİŞ İFANIN REDDİ

2.1 Gecikmiş İfayı Reddin Sorumluluk Hukukunda Yeri

Borcun doğumu ve kaynakları konusunda Roma ve Alman hukukuna öykünen Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu, dizge bakımından; sözleşmeden doğan borç ilişkileri, haksız fiillerden doğan borç ilişkileri ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri olmak üzere üçlü bir ayrıma gitmiştir. Kuşkusuz borcun kaynakları bunlarla sınırlı değildir. İlan aracılığı ile ödül sözü verme ve vekaletsiz iş görme kaynaklı borçlar dışında, TMK’de yer alan Aile ve Miras Hukuku ya da Ayni haklar ile ilgili düzenlemelerden kaynaklı borç ilişkileri de söz konusudur.²⁵⁹

Borcun doğumu, sözü edilen borç kaynaklarından yalnızca biri ile açıklanamayabilir. Örneğin; bir doktorun kusuru sonucu hastanın organlarından herhangi birinin kalıcı olarak zarar görmesi durumunda hem haksız fiil sorumluluğu hem sözleşmesel sorumluluk gündeme gelecektir. Nedenlerin yarışması olarak adlandırılan bu durumda hasta açısından daha yararlı olan yeğlenmelidir.²⁶⁰ Bu aşamada nedenlerin yığılması olanaklı değildir.²⁶¹ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerin ilke olarak daha yararlı olacağı düşünüldüğünden böylesi bir yarıştan söz etmenin yerinde olmayacağı görüşündedir.²⁶²

Borcun kaynakları dışında sorumluluk hukukunu ilgilendiren bir diğer önemli konu, borca konu edimin yerine getirilmesi bakımından aykırılık durumlarıdır. Borca aykırılık nedenleri; imkânsızlık, kötü ifa ve borçlunun temerrüdü olarak öbeklendirilebilir.²⁶³

BOVAY’a göre; borçlunun temerrüdü, borcun ifa edilmemesine eşittir.²⁶⁴ TANDOĞAN’a göre; BOVAY, bu çıkarımı ile temerrüdün çerçevesini geniş tutmuştur.²⁶⁵ Borcun kusur sonucu *imkânsızlığı* ve gereği gibi ifada bulunmama durumları eş deyişle kötü ifa durumları temerrüt kapsamında yer almayacaktır.²⁶⁶

²⁵⁹ İnal, 55.

²⁶⁰ İnal, 110.

²⁶¹ Hatemi ve Gökyayla, 295.

²⁶² Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 420.

²⁶³ Karahasan, 1294.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 851; Gündüz, 101.

²⁶⁴ Henry Bovay, Temerrüdün esası (Essence de la demeure, Lausanne 1934), Çev. İmre Z., IHFM, C. XII 1946 803-804’dan aktaran Akkanat, 2.

²⁶⁵ Tandoğan, 469

²⁶⁶ Tandoğan, 470.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'A göre; temerrüt bir sorumluluk durumu değil, sorumluluk nedenidir.²⁶⁷ *Haksız fiile* dayanan bir borçta, sorumluluk ve borç kavramları örtüşebilir. Her sorumluluk, bir borçtur. Ancak her borç, sorumluluk anlamına gelmez. Sözleşmenin kurulması ile bir borç ilişkisi ortaya çıkmıştır. Bir borcun ortaya çıkması taraflardan birinin diğerine zarar vermesi demek değildir. Bu nedenle sorumluluğun doğması zorunlu değildir.²⁶⁸

BİRSEN; sorumluluk hukukunu, sözleşme içi ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere iki ana başlık altında incelenmiştir.²⁶⁹ Sözleşme içi ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımı ile ilgili olarak öğretilerde görüş birliği yoktur.²⁷⁰ Borca aykırılık nedenleri olarak sayılan; *imkânsızlık*, kötü ifa ve temerrüt hem sözleşme içi hem sözleşme dışı sorumluluk türleri bakımından etkinliğini sürdürecektir.

Söz edildiği üzere ifada gecikmenin nitelikli bir durumu olan temerrüt, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme durumlarında da uygulanır. Borçlunun, zenginleşmenin başladığı ya da haksız fiilin gerçekleştiği andan itibaren temerrüde düştüğü varsayılır.²⁷¹ Borca aykırılık nedenlerinden biri olan temerrüdün, tüm hukuksal ilişkilerdeki temerrüt durumunda etkin olacak hükümleri TBK m. 117-122 arasında düzenlenirken karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüt durumunda etkin olacak hükümleri TBK m. 123-126 aralığında düzenlenmiştir. Bu ayrım adi temerrüt ve nitelikli temerrüt olarak da adlandırılmaktadır.²⁷²

Sözleşme içi sorumluluk kapsamında, dar anlamda borcun ifa edilmemesi ve sözleşmeden doğan borcun olumlu ihlali şeklinde ikili bir ayrım bulunmaktadır. Dar anlamda borcun ifa edilmemesi, ifa etmeme ve eksik ifaya karşılık gelir. Sözleşmeden doğan borcun olumlu ihlali, borcun dar anlamda ifa edilmemesi dışında kalan tüm durumları kapsayan ve alacaklıya zarar veren ihlallerdir. Örneğin; su tesisatının onarılması sırasında alacaklının beyaz eşyasına zarar verilmesi, sözleşmenin olumlu ihlalidir.²⁷³ Bu aşamada önemle belirtmek gerekir ki; borçlu, gerçekleştirmesi gereken bir eda yerine bütünüyle başka bir edada bulunur ise borcun gereği gibi ifa edilmemesi değil, hiç ifa edilmemesi söz konusudur. Bu durumda alacaklı, borçluyu temerrüt

²⁶⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 911.; Akkanat, 5.

²⁶⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 19.

²⁶⁹ Birsen, 474-478.

²⁷⁰ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 415.

²⁷¹ Nomer, 338-339.

²⁷² Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 446-447.

²⁷³ Tandoğan, s. 402; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 427-428.

durumuna sokabilir. Ancak alacaklı söz edilen ifayı herhangi bir çekince kaydı (ihtirazi kayıt) bırakmaksızın asıl ifa yerine kabul de edebilir. Bu durumda borcun kesin olarak yerine getirilmemesi durumu (ademi ifa) söz konusu olmaz²⁷⁴.

Gecikmiş İfayı Ret; sözleşme içi sorumluluk kapsamında, dar anlamda borcun ifa edilmemesi sonucu, borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi koşuluyla söz konusu olur.²⁷⁵ Tek taraflı istenç açıklaması ile ortaya konulur ve yenilik doğuran bir haktır.²⁷⁶ Tüm yenilik doğuran haklarda olduğu gibi koşula bağlı olarak kullanılamazlar ve tek taraflı olarak geri alınamazlar.²⁷⁷

Genel olarak temerrüde düşme durumu, adi temerrüt olarak adlandırılabilirken sözleşmeden kaynaklı bir borçta temerrüde düşme durumu, nitelikli temerrüt olarak anılmaktadır. Nitelikli temerrüt durumunda alacaklıya, adi temerrütte tanınan hakların yanında birtakım ek haklar tanınmıştır.²⁷⁸

Dar anlamda borcun ifa edilmemesi, borçlunun temerrüdü dışında TBK m. 136'da yer alan *imkansızlığı* da içerisine alır.²⁷⁹ Sözleşme ilişkisi içerisinde, ifası olanaklı olan bir borç gereği, borçlunun temerrüdü nedeniyle, borçluya ek süre veren alacaklı; hemen bir bildirimde bulunup TBK m. 125'de yer alan ek seçimlik haklarını kullanabilir. TBK m. 125'de yer alan üç seçimlik hakkın da niteliği yenilik doğurucu haktır. Ancak ilk seçimlik hak olan aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi, gecikmiş ifadan vazgeçmenin kapsamında yer almamakla birlikte TBK m. 125/2'de yer alan haklardan ayrı olarak geri alınabilir.²⁸⁰

TBK m. 124 gereği; borçlunun içerisinde bulunduğu durumdan ya da tutumundan süre verilmesinin etki etmeyeceği anlaşılıyor ise ifa artık alacaklı için yararsız kalmışsa, ifanın belirli bir süre içerisinde gerçekleşmemesi durumunda ifanın kabul edilmeyeceği anlaşılıyorsa gecikmiş ifadan vazgeçilmesi için ek süre vermeye gerek yoktur. Gecikmiş ifadan vazgeçilmesi sonucu sözleşmeden dönme hakkı

²⁷⁴ Tandoğan, 400.

²⁷⁵ İnal, 278.

²⁷⁶ “Yenilik doğuran hukuksal işlem, yenilik doğuran hakkın özü gereği, “bir yanlı” bir hukuksal işlemdir. Salt tek bir kişinin bir başına buyruk, irade bildirimini yöneltmesi ve bu irade bildiriminin muhataba, yenilik doğuran hakka bağlı olana, hakçası, “bağımlı” (tâbi) olana varmasıyla, hukuksal sonuçlarını doğurmuş, hukuksal ilişkiyi kurmuş, değiştirmiş veya bozmuş olur” (Serozan, Dönme, 47).

²⁷⁷ Kılıçoğlu, 927.

²⁷⁸ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 457.

²⁷⁹ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 427.

²⁸⁰ Antalya, 553,554.

kullanılıp olumsuz zarar istenilebilir ya da geciken ifanın reddi ile birlikte alacaklı, sözleşmeyi ayakta tutarak olumlu zarar isteyebilir.

2.2 Gecikmiş İfayı Ret Bildirimi

Hukuksal bir işlem olan ifadan vazgeçme açıklaması ile birlikte²⁸¹ ya da ifadan vazgeçilmesi sonrası dürüstlük kuralına uygun düşünme süresi içerisinde borçluya gecikmiş ifanın ret edildiği ve ifa yerine tazminat istenildiği bildirilebilir.²⁸² Gecikmiş ifayı ret, koşula bağlı olarak yapılamayacağı gibi borçlunun egemenlik alanına ulaştıktan sonra da geri alınamaz.²⁸³ Alacaklı seçimlik hakkına yönelik beyanını TBK m. 10'a göre geri alabilir.²⁸⁴ *TBK m. 10/1: Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşılmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafta öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır.*

Öğretideki bir görüşe göre; gecikmiş ifayı reddin ya da dönme açıklamasının vazgeçme açıklaması ile birlikte açıklanması zorunludur.²⁸⁵ Bir başka görüşe göre; gecikmiş ifadan vazgeçilmesi ile birlikte yeğlenen seçimlik hakkın da bildirilmesi mutlak değildir.²⁸⁶ ÖZ'e göre; çok kısa bir karar verme süresinin geçmesi bildirimden hemen yapılmadığı anlamına gelmez.²⁸⁷ Ancak koşulların gerektirdiği en kısa sürede bildirim olmalıdır.²⁸⁸ Hemen bildirim borçluyu korumaya yöneliktir ve zorunludur.²⁸⁹ Malın değeri yükselirse olumlu zarar istenilmesi, düşerse olumsuz zarar istenilmesi gibi durumların önüne geçmek istenilmiştir.²⁹⁰ Öğretide bu durumu anlatmak için *spekülasyon* sözcüğü kullanılmaktadır.²⁹¹ Aynen ifadan vazgeçme açıklamasından ayrık olarak gerçekleştirilen seçimlik hak kullanımı ya da gecikmiş ifayı ret bildirim, hukuksal işlemdir²⁹² ve koşula bağlı olarak kullanılamaz.²⁹³ Tek başına gecikmiş ifanın reddedildiği ve olumlu zararın istenildiği bildirim, şekle bağlı değildir.²⁹⁴ Ancak

²⁸¹ Feyzioğlu, 261; Havutçu, 63; Yıldız, 183.

²⁸² Öz, Eser Sözleşmesi, 178; Havutçu, 101; Tekinay, 765.

²⁸³ Havutçu, 61.

²⁸⁴ Antalya, 555.

²⁸⁵ Velidedeoğlu ve Özdemir, 245; Tunçomağ, Borçlar, 946.

²⁸⁶ Oğuzman ve Öz, 510, d.631; Tekinay, 765.

²⁸⁷ Öz, Eser Sözleşmesi, 179.

²⁸⁸ Öz, Eser Sözleşmesi, 178; Havutçu, 101; Tekinay, 765.

²⁸⁹ Eren, 1263.

²⁹⁰ Öz, Eser Sözleşmesi, 179.

²⁹¹ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 459; Tunçomağ, Borçlar, 946; Velidedeoğlu ve Özdemir, 245; Gündüz, 163; Yıldız, 163, d.875.

²⁹² Eren, 1261, Havutçu, 60; Ateş, 70.

²⁹³ Velidedeoğlu ve Özdemir, 245; Eren, 1262; Ateş, 70.

²⁹⁴ Eren, 1261; Ateş, 70.

HMK m. 200 ve TTK m. 18’de yer alan kuralların göz önünde bulundurulması gerekir.²⁹⁵ Tek taraflı ve varması gerekli bir istenç açıklamasıdır.²⁹⁶ İstenç açıklamasını yapacak olanın tasarruf yetkisinin ve fiil ehliyetinin bulunması gerekir.²⁹⁷

Açık olan ifanın reddine yönelik istenç açıklamasının ya da yorum eylemi ile kullanıldığı belirlenen seçimlik hakkın geri alınması söz konusu değildir.²⁹⁸ Seçimlik haklardan biri kullanıldıktan sonra aynen ifa istemine geri dönülemez.²⁹⁹

Gecikmiş ifadan vazgeçilmesi sonucu alacaklının iki ek seçenekten birini kullanacağına ilişkin bir açıklama yapmadığı durumlarda eş deyişle alacaklının susması durumunda aynen ifa ve gecikme tazminatı isteminde bulunduğu varsayılır.³⁰⁰ Buna karşın TBK m. 212/2’de yer alan muayyen vadeli ticari satımlarda zilyetliğin devri için belirli bir vade öngörülmüşse ve satıcı temerrüde düşerse alacaklının susması durumunda gecikmiş ifayı reddettiği varsayılır. Belirli vadeli ticari satımlarda susma eylemi, gecikmiş ifayı ret ve ifa yerine tazminat isteme anlamına gelmektedir. Aynen ifayı isteyen alacaklının, bunu hemen satıcıya bildirmesi gereklidir.³⁰¹

Tekinay’a göre; TBK m. 125’de yer alan seçimlik hakların kullanılması sürecinde ek süre veren alacaklının örtülü olarak ifayı ret ettiği benimsenmelidir. Ek süre veren alacaklının sürenin bitiminde yine aynen ifayı isteyeceğini beklemek akla yatkın değildir.³⁰² Feyzioglu’na göre; verilen ek süre, üç seçimlik hakkı da ilgilendirmektedir. Aynen ifanın ret edildiği varsayımında alacaklı artık bu yeğlemesini geri alamayacaktır.³⁰³ Bunun dışında hemen bildirimde bulunmayan alacaklının seçimlik hakları kullanma olanağı son bulmamaktadır. Aynen ifayı istemeyen alacaklı, seçim hakları kullanabilmek için yeni bir ek süre verebilir.³⁰⁴

Feyzioglu’na göre; ek süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan yalnızca borçlunun ifayı gerçekleştirmeyeceğini açıkça söylemesi durumunda hemen bildirimde gerek yoktur.³⁰⁵ Tekinay’a göre; yalnızca ifanın gerçekleşmeyeceğinin açıkça

²⁹⁵ Ateş, 70, d.34.

²⁹⁶ Havutçu, 60; Ateş 70.

²⁹⁷ Havutçu, 61; Ateş, 70.

²⁹⁸ Havutçu, 98.

²⁹⁹ Tekinay, 767.

³⁰⁰ Tekinay, 765; Antalya, 550.

³⁰¹ Kılıçoğlu, 929.

³⁰² Tekinay, 765.

³⁰³ Feyzioglu, 261

³⁰⁴ Feyzioglu, 261; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 459

³⁰⁵ Feyzioglu, 262.

söylenildiği durumlarda değil, diğer süre verilmesine gerek olmayan durumlarda da hemen bildirim zorunluluğu olmamalıdır ve doğrudan tazminat istenebilmelidir.³⁰⁶ İfanın açıkça gerçekleşmeyeceğinin söylenmesi durumunda, tazminat isteminde bulunan alacaklıya karşı hemen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği öne sürmenin, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı konusunda Tekinay³⁰⁷ ve Feyzioğlu³⁰⁸ koştur görüş bildirmektedir. ÖZ'e göre; süre verilmesini gerektirmeyen durumlarda alacaklıdan hemen bildirim beklemek alacaklıyı aynen ifaya zorlamak olabilir. Öte yandan borçlunun durumunda da bir belirsizlik olmamalıdır. Bu nedenle süre verilmesini gerektirmeyen durumlarda eylemsiz kalan alacaklının dönme hakkını kullandığı varsayılmalıdır.³⁰⁹ ÖZ'ün bu görüşüne göre; alacaklı, ek süre verilmesi gerekmeyen durumlarda gecikmiş ifanın reddi ile birlikte olumlu zararı istiyorsa hemen bildirimde bulunmalıdır.³¹⁰

2.3 Gecikmiş İfayı Ret Bildiriminin Geri Alınması

Ek süre verilmesi sonucu hemen bildirimde bulunarak bir seçimlik hakkın alacaklı tarafından seçilmesi, yenilik doğuran bir haktır ve geri alınamaz.³¹¹ Bu durum birtakım sakıncalara yol açabilir. Olumlu ya da olumsuz zarar istemleri belirli ögeler bakımından benzerlik gösterir. Ortalama bir tacir, kendisi için elverişli olan zarar türünü seçmekte zorlanabilir. TBK m. 19 bağlamında gerçek zararın yorumlanması ya da alacaklıya belirli koşullarda tanınan seçimlik haklarda *değiştirme hakkı* çözüme katkı sağlayabilir.³¹² Değiştirme hakkı, yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucu alacaklıya beklenen yararın TMK m. 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde sağlanamaması nedeniyle gündeme gelebilir. Bu hak, alacaklıya bir keyfiyet sağlamadan, ifa yerine olumlu zarar ya da dönme sonucu olumsuz zarar seçenekleri arasında bir geçiş sağlayacak biçimde bir defaya özgü olarak alacaklıya sağlanabilir.³¹³ SEROZAN'a göre; yenilik doğuran hakların geri alınamama özelliği, diğer tarafın güveninin korunması gereğince sınırlanabilir.³¹⁴ Yeni dönme kuramı gereği; dönmenin sözleşmeyi sonlandırmayıp içeriğini dönüştürdüğü de göz önünde bulundurulunca

³⁰⁶ Tekinay, 770.

³⁰⁷ Tekinay, 769.

³⁰⁸ Feyzioğlu, 262.

³⁰⁹ Oğuzman ve Öz, c.1, 531-532.

³¹⁰ Yıldız, 192.

³¹¹ Havutçu, 60; Eren, 1262.

³¹² Gündüz, 60.

³¹³ Ergüne, 255.

³¹⁴ Serozan, c.3, 233.

haklı özel nedenlerin varlığı durumunda alacaklı tazminattan dönmeye ya da dönmeden tazminata geçebilir.³¹⁵ BUZ'a göre; gecikmiş ifayı ret bildirimini, borçlunun yararlarına uygunsa ve borçlu bu duruma karşı çıkmıyorsa geri alınabilir.³¹⁶ HAVUTÇU'ya göre; olumlu zarar isteminden sonra sözleşmeden dönme seçeneği ya da sözleşmeden dönme ile olumlu zarar istemine geçiş olanağı, yenilik doğuran hakların hukuksal niteliği doğrultusunda doğal bir sonuç olarak seçimlik hakları kullanan kişiye tanınmamalıdır.³¹⁷ Bu durumda gecikmiş ifayı ret sonucu olumlu zarar istemlerine karşın kusurlu olmadığını ortaya koyabilen borçlu, tazminat ödemekten kurtulmuş olacaktır.³¹⁸

2.4 Gecikmiş İfayı Ret Bildiriminde Kusurun Etkisi

Temerrüt sonucuna ulaşmak için açıklanan nedenlere ek olarak kusur şart değildir. Ancak temerrüdün birtakım sonuçları kusura bağlıdır. Temerrüt nedeniyle gecikme tazminatının ya da TBK m. 125/2 yer alan seçimlik hakların kullanılmasıyla birlikte ifa yerine olumlu zararın ve dönme sonucu olumsuz zararın istenilebilmesi kusur koşulunu gerektirir.³¹⁹ Önemle belirtmek gerekir ki salt temerrüde düşme durumu, temerrüt faizi istemi, gecikmiş ifayı ret ve dönme hakkının kullanımı kusura bağlı değildir.³²⁰

Gecikmiş ifayı ret hakkının kullanılması kusura bağlı değilken olumlu zarar isteminin kusura bağlı olması birtakım çekinceleri doğurmaktadır.³²¹ Bunlardan ilki; borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ortaya koyarsa olumlu zararın giderilmesi istemi yargıç tarafından reddedilecektir. Bu durumda değişim kuramına göre olumlu zararın giderimini isteyen alacaklı, edim yükümlülüğüne bağlı kalacak ve kendi edim yükümlülüğünü tam olarak yerine getirecektir.³²² İkincisi; yargıçın, borçlunun kusuru ölçüsüne göre tazminattan indirim karar vermesi ile değişim kuramına göre kendi edimini tam olarak yerine getirmek zorunda kalan alacaklının

³¹⁵ Serozan, c.3, 233.

³¹⁶ Buz, 311; Yıldız, 187, d.1044.

³¹⁷ Havutçu, 98.

³¹⁸ Tunçomağ, Borçlar, 949.

³¹⁹ Oğuzman ve Öz, c.1, 470.

³²⁰ Oğuzman ve Öz, c.1, 471; Serozan, c.3, 235.

³²¹ Havutçu, 104.

³²² Schenker, a.g.k, 230'dan aktaran Havutçu, 105.

daha elverişsiz bir konumda yer aldığı durumdur. Bu durumda sözleşmeye bağlı olmayan taraf yani borçlu daha elverişli bir konuma gelmiş olur.³²³

Sözü edilen durumların sakıncalarından kaçınmak için ortaya atılan bir görüşe göre; alacaklı, borçlunun kusursuzluğunu ortaya koyması sonucu seçimlik haklarına geri dönebilmelidir ve sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir.³²⁴ Bu görüşe ek olarak; alacaklı, borçlunun kusursuzluğunu ortaya koyduğu durumda yeniden ek süre vererek sözleşmeden dönebilmelidir.³²⁵ Bir başka görüşe göre; kusursuzluğunu ortaya koyan borçlu yalnızca kendi ediminin değerini aşan zararların gideriminden kurtulmalıdır.³²⁶

GAUCH VE SCHLUEP'e göre; borçlunun kusursuzluğunu ortaya koyması sonucu gecikmiş ifayı ret eden alacaklı, ifadan vazgeçme beyanı ile bağlıdır ve aynen ifa istemine geri dönemez. Bu aşamadan sonra alacaklının tek seçeneği dönme hakkı olmalıdır.³²⁷ SCHENKER'e göre; seçimlik haklar bir bütündür ve gecikmiş ifanın reddi sonucu borçlu kusursuzluğunu ortaya koyar ise alacaklı aynen ifa isteminde bulunabilmelidir ya da ek süre vererek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir.³²⁸

2.5 Sözleşmeler Bakımından Gecikmiş İfanın Reddi

Gecikmiş İfayı ret ile birlikte olumlu zarar istemini oluşturmak hemen hemen tüm sözleşmelerde olanaklıdır. Özel sözleşme tiplerinden olumlu zararın sınırlandırıldığı tek ayrıklık taksitle satış sözleşmeleridir. Tüketiciyi koruma amacıyla alıcının temerrüdü durumunda satıcının gecikmiş ifanın reddi ile birlikte olumlu zarar isteminde bulunma olanağı kapatılmıştır.³²⁹ (TBK m.259) Bunun dışında TKHK kapsamında tüketicinin seçimlik hakları içerisinde geciken ifanın reddi ile olumlu zarar istemi sayılmamıştır.

Yalnızca sözleşme ilişkileri kapsamında etkin olan olumlu zarar isteminin, ortaklık sözleşmelerinde istenilip istenilemeyeceği tartışma konusudur. Şirket

³²³ Schenker, a.g.k., 231'den aktaran Havutçu, 105.

³²⁴ Keller ve Schöbi, a.g.k., 276'den aktaran Havutçu, 105.

³²⁵ Schenker, a.g.k., 237'den aktaran Havutçu, 105.

³²⁶ Keller ve Schöbi, a.g.k., 276'dan aktaran Havutçu, 105.

³²⁷ Gauch ve Schluep Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, II, 5.Auflage, Zürich 1991III, N.3030'dan aktaran Havutçu, 106.

³²⁸ Schenker, a.g.k., 236-237'den aktaran Havutçu, 108-109.

³²⁹ Havutçu, 96.

(Ortaklık) sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olup olmadığı tartışmasının dışında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak görenler temerrüdün hukuksal sonuçlarının etkinlik kazanabileceği yönünde görüş bildirmektedir. VON STEİGER, ifa yerine olumlu zarar istenebileceğini öne sürerken³³⁰ SCHENKER, sözleşmeye bağlı kalan ortaklar yararına yönelik çözümü yeğlemektedir.³³¹ MÜLLER ise yalnızca değişim kuramına göre olumlu zarar istenebileceği yönünde görüş bildirmektedir.³³² HAVUTÇU'ya göre en fazla iki ortak bulunan bir ortaklıkta, değişim kuramına göre olumlu zarar istenilmelidir.³³³ Kanımızca; sermaye borcunu zamanında yerine getirmeyen bir sözleşme ortağı, sözleşmede adı geçen diğer ortakların yararına olumlu zararı, değişim kuramına göre ödeyebilir. Söz konusu hesaplama, ödeme zamanında gerçekleştirmiş olsaydı diğer ortakların içerisinde bulunacağı duruma göre değil, ortaklığın bulunacağı durum göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Bu nedenle; adi ortaklıkta dayanışmalı³³⁴ (müteselsil) alacaklılık durumuna özgü yol izlenilmesi gerekirken anonim ortaklıkta ifadan vazgeçilip seçimlik hakkı kullanma sürecini yönetim kurulu yönetmelidir. Bu aşamada önemle belirtmek gerekir ki TTK m.482/1 gereği; sermaye koyma borcunu zamanında yerine getirmeyen kimse, ihtara gerek duyulmaksızın temerrüde düşer.

2.6 Kişiler Bakımından Gecikmiş İfanın Reddi

2.6.1 Dayanışmalı alacaklılık ve borçluluk

Sözleşmede birden çok kişi taraf ise TBK m. 114'ün yaptığı yollamaya dayanılarak borçlular dayanışmalı olarak sorumlu tutulabilir.³³⁵ Dayanışmalı alacak, borcun tümünün birden çok alacaklı olması durumunda herhangi biri tarafından istenilebilmesi durumudur. Borçlu da alacaklılardan herhangi birine ifayı gerçekleştirmekle ifadan kurtulur.³³⁶ Birden çok alacaklı olduğu durumda; borçlunun güvenliği için alacaklıların birlikte eylem yürütmesinde ve vazgeçme bildirimini birlikte yapmalarında yarar vardır. Çünkü; alacaklıların ayrı süre belirlemesi ya da

³³⁰ Von Steiger, Werner: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1976.VIII/1'den aktaran Havutçu, 42.

³³¹ Schenker, Franz: Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldverzugs, Diss. Freiburg, 1988, 167'den aktaran Havutçu, 42.

³³² Müller, R.: Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Diss. Zürich 1971, 129'dan aktaran Havutçu, 43.

³³³ Havutçu, 43.

³³⁴ Velidedeoğlu ve Özdemir, 309; Tunçomağ, Borçlar, 1034.

³³⁵ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 439.

³³⁶ Eren, 1378.

alacaklıların bir kısmının ifa yerine olumlu zarar istemesine karşın diğer kısmının sözleşmeden dönmesi söz konusu olabilir. Birlikte eylem yürüten alacaklılardan herhangi birinin değişim kuramına göre tazminat istemesinde bir engel yoktur. Buna karşın, fark kuramına göre giderim(tazminat) istenilmesi için alacaklıların birlikte eylem yürütmesi zorunludur. Değişim kuramından ayrı olarak fark kuramına göre tazminat isteminde bulunulduğunda, alacaklıların tümünün hukuksal durumu bu istemden etkileneceği için birlikte eylem yürütmek zorunludur.³³⁷

Dayanışmalı borç, birden çok borçlunun her birinden borcun tümünün istenebildiği ve borcun tümü ifa edilene kadar borçluların tümünün sorumlu olduğu borç ilişkisidir.³³⁸ Dayanışmalı borçluluk söz konusu ise fark kuramına göre tazminat istemi için tüm borçlulara karşı gecikmiş ifayı ret bildiriminde bulunulmalıdır. Çünkü bir borçluya karşı alacaklının ifayı reddi durumunda diğer borçlular da karşı edimi isteme olanağını yitirir. Değişim kuramına göre giderim istenildiğinde ise borçlulardan birine ihtarda bulunup ek süre verilerek ifadan vazgeçildiğinin bildirilmesi yeterli olabilmektedir.³³⁹

2.6.2 Alacağın devri ve borcun üstlenilmesi

Alacağın devri³⁴⁰ ile bir alacağın alacaklısı iye olduğu hukuksal gücü bir başkasına devretmiş olur. Bu devir işlemine borçlu katlanmak zorundadır. Alacağın özü devir işlemiyle birlikte hiçbir değişime uğramaz.³⁴¹ Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede alacağın devri söz konusu olmuş ise borçlunun temerrüdü sonucunda olumlu zarar istemi, yeğlenen tazminat isteme yöntemine göre değişkenlik gösterecektir. Değişim kuramına göre istem oluşturabilmesi yalnızca karşılıklılık gerektiren bir olanak değildir.³⁴² Bu nedenle alacağı devralanın yararı gereği değişim kuramı doğrultusunda devralan tek başına olumlu zarar isteminde bulunabilecektir. Ancak fark kuramına göre tazminat istemi, eski alacaklının sözleşmedeki taraf olma durumuna etki eden bir durumdur. Bu nedenle fark kuramına göre olumlu zarar istemini, devralanın onayı ile devreden oluşturmalıdır.³⁴³

³³⁷ Havutçu, 112.

³³⁸ Eren, 1358.

³³⁹ Havutçu, 113.

³⁴⁰ “Alacağın geçirilmesi” (Tunçomağ, Borçlar, 1074); “alacağın geçirimi” (Velidedeoğlu ve Özdemir, 341).

³⁴¹ Tunçomağ, Borçlar, 1074.

³⁴² Havutçu, 110.

³⁴³ Havutçu, 111.

Borcun üstlenilmesi ya da yüklenilmesi alacağın devrinin bütünüyle karşıtıdır. Alacağın devrinde bir alacağın iyesi değişirken borcun üstlenilmesinde değişen borçludur. İki durumda da borcun konusu değişmez. Borcun üstlenilmesinde yeni bir borçlu ortaya çıkarken borç değişmeden varlığını korur.³⁴⁴ Alacaklının onayı ile eski borçlunun borçlu olma durumu sona erer.³⁴⁵ Ancak eski borçlu kendi edimini yerine getirmekten kurtulurken karşı edim üzerindeki alacaklı konumunu sürdürür.³⁴⁶

Sözleşmeye konu borç üstlenilmişse alacaklı hem eski hem yeni borçluya ek süre vermelidir. Alacaklı değişim kuramına göre giderimi isteyecek ise eski borçluya karşı gecikmiş ifayı reddettiğini bildirmesi işlevsizdir. Değişim kuramına göre giderim istenilirse eski borçlunun sürdürdüğü alacaklı konumu gereği ifayı kabul yükümlülüğü bulunmaktadır. Değişim kuramında alacaklının, eski borçluya ifa ile borçtan kurtulma olanağı olduğu gibi eski borçlunun da alacaklı konumu sarsılmamış olur. Ancak fark kuramı doğrultusunda giderim istenilirse eski borçlunun karşı edimi istem hakkı ortadan kalkacağı için alacaklının eski ve yeni borçluyu birlikte düşünerek eylemde bulunması eş deyişle ihtar, süre verme ve gecikmiş ifayı ret bildiriminde bulunması çıkarlar dengesine uygun olacaktır.³⁴⁷

2.7 İfanın Reddi ile Olumlu Zarar İstemi

Bir sözleşme ilişkisi kapsamında borçlunun temerrüdü sonucu verilen ek sürenin sonunda kullanılabilen seçimlik haklardan biri olan aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın istenilmesi, sözleşmeyi ortadan kaldırmaz. Yalnızca içeriğini değiştirir. Temerrüde konu birincil(asli) edim yükümlülüğü, ikincil edim yükümlülüğüne dönüşür. Bu aşamadan sonra borçlu, temerrüde düşmesine neden olan edim yerine, alacaklının ifa edilmeme nedeniyle uğradığı zararı eş deyişle olumlu zararı tazmin etmekle yükümlü olur.³⁴⁸

³⁴⁴ Tunçomağ, Borçlar, 1123.

³⁴⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 276.; Eren, 1415.

³⁴⁶ Havutçu, 111.

³⁴⁷ Havutçu, 111.

³⁴⁸ Y. 15 HD, 04.07.2019, E. 2018/3513, K. 2019/3182 (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 648); Buz, 109.

Zararın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak an, vazgeçme beyanında bulunulan andır.³⁴⁹ Asli(ilk) edim değerinin artması ya da düşmesi sonraki süreçte göz önünde bulundurulmaz. Çünkü, alacaklı edimi reddetmiştir.³⁵⁰

Temerrüt sonucu olumlu zarar isteminde, hukuksal nitelikleri eş olmasından ötürü kusurlu *imkansızlıktan* doğan olumlu zararın tazminine yönelik TBK m. 112 ve devamı maddeleri uygulanır. TBK m. 125’de kusur koşulundan söz edilmese de tazminat borcunun doğması için kusur gerekir. İspat yükü, kusursuz olduğunu öne süren borçludur.³⁵¹

Olumlu zarar istemi, borçlunun kusuruna bağlıdır.³⁵² Gecikmiş ifanın reddi sonucu borçlu, ifanın gecikmesinde herhangi bir kusurunun olmadığını ortaya koyabilirse alacaklının ret beyanını geri alıp aynen ifa istemine yönelmesi söz konusu olmayacaktır.³⁵³ Borçlunun hukuksal durumu, yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için belirli olmalıdır.³⁵⁴

Olumlu zarar, borcun ifa edilememesinden ötürü doğan zarar olarak açıklanır. Sözleşmeye uygun olarak ifa gerçekleşseydi alacaklının uğramayacağı zararların tümü bu kapsama girebilir. Örneğin; aynı malın ya da hizmetin borçlu yerine üçüncü bir kişiden sağlanması nedeniyle ortaya çıkan fiyat farkı, alacaklının uğradığı kazanç kaybının kapsamındadır. Bu durumdan ayrı olarak yoksun kalınan kazançlar da bu kapsamdaki olumlu zararın önemli bir bölümünü oluşturur.³⁵⁵ Gecikmiş ifayı ret kapsamında olumlu zarara ilişkin açıklamalar üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

2.8 Kısmi Temerrüt (Bölümsel Direnim) Durumunda Geciken İfanın Reddi

Borçlu, bölünebilen edimin bir bölümünü zamanında yerine getirmese kısmî temerrüt söz konusu olabilir. Alacaklı kısmî temerrüt durumunda da TBK 123,124 ve 125. maddelerine göre borçlu karşısında eyleme geçebilir. İlke olarak; alacaklının kalan bölüm için temerrüt hükümlerine dayanması, borcun daha önce ifa edilen

³⁴⁹ Eren, 1266

³⁵⁰ Tandoğan, 503; Eren, 1266.

³⁵¹ Eren, 1265.

³⁵² Y. 11 HD, T.24.05.2022, E.2020/7424 K. 2022/3976.

³⁵³ Havutçu, 60.

³⁵⁴ Antalya, 555.

³⁵⁵ Kılıçoğlu, 930.

bölümüne etki etmez.³⁵⁶ Ancak alacaklının ifa edilmeyen bölümsel edimden bir çıkarı kalmamışsa edimin tümüne yönelik olarak temerrüt hükümlerinden yararlanılabilir.³⁵⁷ Bir başka deyişle; gecikmiş ifanın reddi, ifa edilmeyen bölüme ilişkin olabilir. Ancak ifa edilmeyen bölüm, edimin bütününden beklenen yararı ortadan kaldıracak nitelikte ise edimin tümüne yönelik olarak gecikmiş ifa reddedilebilir.

Kısmi temerrüt, TUNÇOMAĞ tarafından “bölümsel direnme” biçiminde adlandırılırken³⁵⁸ temerrüt kavramı VELİDEDEOĞLU tarafından “direnim” olarak adlandırılmaktadır.³⁵⁹ Kanımızca; direnme ya da direnim adlandırmalarını üreten eğilim, kısmi temerrüt kullanımına karşı yerindedir.

³⁵⁶ Eren, 1274.

³⁵⁷ Serozan, Alman İfa Engelleri, 237.

³⁵⁸ Tunçomağ, Borçlar, 957.

³⁵⁹ Velidedeoğlu, 627.

BÖLÜM 3: OLUMLU ZARAR

3.1 Zarar Kavramı İçerisinde Olumlu Zarar

3.1.1 Genel Olarak

Sorumluluk nedeniyle tazminat borcunun en önemli ögesi zarardır. TBK’de zarar kavramı tanımlanmamıştır. Zararın tanımı öğreti ve yargıya bırakılmıştır.³⁶⁰

Dar anlamda ve geniş anlamda zarar ayrımı içerisinde dar anlamda zarar, maddi zarara karşılık gelmektedir. Geniş anlamda zarar ise hem maddi hem manevi zararı kapsamaktadır.³⁶¹

Olumlu ve olumsuz zarar ayrımı malvarlığı (maddi) zarara yönelik olup yalnızca sözleşme ilişkilerinde söz konusu olmaktadır. Sözleşme dışı sorumlulukta söz konusu olmaz.³⁶²

Olumlu zarar, alacaklının sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesine yönelik çıkarıdır. “*Kanunda, özellikle alacaklıya "daha dikkate değer" bir tazminat hakkı tanındığında da söz konusu olur.*”³⁶³ Olumlu zarar, alacaklı için ifanın karşılık geldiği anlamın eksikliğidir. Başka bir deyişle alacaklının sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı tüm zararları kapsar.³⁶⁴ Borç ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının ne durumda olacağı saptanır. Tazminattan indirim nedenlerinden biri yoksa var olan durumla ifa edilmeme sonucu ortaya çıkan durum arasındaki fark olumlu zarar olarak istenilebilir. “*TBK m. 112’de yer alan ifa etmeme kavramı ile bağlantılı kullanılan kavramla örtüşür.*”³⁶⁵ Olumlu zararın tazmini, *kusurlu imkânsızlık* ile koşut olarak yalnızca borçlunun kusursuzluğunu ortaya koyamadığı durumda söz konusu olur. Kusursuzluğunu ortaya koyan borçlu ise kusursuz sonraki *imkansızlıkta* borçlunun içerisinde bulunacağı duruma eş bir durumda olur.³⁶⁶ HAVUTÇU’ya göre; kusursuz olarak ifade geciken borçlunun edimlerin ifa edilmesine yönelik yararı korunmalıdır.³⁶⁷

³⁶⁰ Eren, 599.

³⁶¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 547,548.

³⁶² Eren, 610.

³⁶³ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 424.

³⁶⁴ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 424.

³⁶⁵ Nomer, 367; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 424.

³⁶⁶ Havutçu, 107.

³⁶⁷ Havutçu, 108.

Özetle; direngen olan borçlu, gecikmiş ifanın reddi ile birlikte artık borcunu aynen ifa edemez. Olumlu zarara ilişkin tazminat istemi, TBK m. 112'nin bir görünümüdür. Alacaklının ifaya olan yararını karşılar. Başka bir deyişle; giderilen, alacaklının olumlu zararıdır.³⁶⁸

3.1.2 Zarar türleri

3.1.2.1 Maddi-manevi zarar

Maddi zarar bir kişinin malvarlığında ortaya çıkan eksilmedir. Söz konusu eksilme para ile ölçülebilir.³⁶⁹ Maddi zararın üç ana ögesi bulunmaktadır. Bunlar; malvarlığı, malvarlığında bir eksilme ve bu eksilmenin kişinin istenci dışında olmasıdır.³⁷⁰ Maddi zarar fiili (eylemli) zarar ve yoksun kalınan kazanç olmak üzere ikiye ayrılır.

Manevi zarar, bir kimsenin kişisel çıkarları ile ilgilidir. Şeref, haysiyet, vücut bütünlüğü ve sırlar gibi duygusal ya da soyut konular üzerinde biçimlenir. Bedensel ya da düşsel acılar çekilmesi, korku, tasa-kaygı gibi duygusal durumların yaşanması nedeniyle manevi yönden bir eksilmeye karşılık gelir.³⁷¹

Sözleşmesel sorumluluk alanında kendini gösteren olumlu zarar, maddi zararın alt kümesidir. Fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç ögelerinden oluşur.³⁷²

3.1.2.2 Fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç

Birtakım zararlar, malvarlığının net varlığını eksiltirken birtakım zararlar malvarlığındaki olası artışlara engel olma biçiminde ortaya çıkar.³⁷³ Örneğin; yaralanmış bir kimsenin bedensel zararı dışında bir süre işinde çalışamaması ya da yanan bir mağaza içerisindeki kıyafetlerin maddi değeri dışında mağazanın kapalı kaldığı süre boyunca kazanç elde edememesi nedenleri ile ortaya çıkan zarar, yoksun kalınan kazancın kapsamında sayılabilecektir.³⁷⁴

³⁶⁸ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 460.

³⁶⁹ Tunçomağ, Borçlar, 446.

³⁷⁰ Eren, 600.

³⁷¹ Tunçomağ, Borçlar, 447.

³⁷² Gündüz, 83.

³⁷³ Tekinay, Burcuoğlu, Akman ve Altop, 559.

³⁷⁴ Tunçomağ, Borçlar, 447.

Olumlu zarar istemi, fiili(eylemli) zarar ve yoksun kalınan kazanç ögeleri ile karşımıza çıkarken fiili(eylemli) zarar ve yoksun kalınan kazanç aynı zamanda olumsuz zararın ögeleri olarak da karşımıza çıkmaktadır.³⁷⁵

3.1.2.3 Doğrudan- yansıma- dolaylı zarar

Alman ve İsviçre hukukunda yaygın olan görüş; zarar görülmesi durumunda yalnızca zarara uğrayan kişinin tazminat isteminde bulunabileceği yönündedir. Dolaylı zarara uğrayanlara eş deyişle zarara uğrayan üçüncü kişilere tazminat hakkı tanıyan kurallar kuraldışı (istisnai) niteliktedir.³⁷⁶Yansıma zarar, doğrudan zarar gören kişi dışındaki kişilerin tazminat isteyip isteyemeyeceği sorunsalı üzerine kuruludur.³⁷⁷Haksız fiil kapsamında failin eyleminden zarar gören kişi dışında eş gerekçeli olarak üçüncü bir kişi de zarar görmüşse tazminat isteme olanağı bulunmaktadır.³⁷⁸

Yargıtay bir kararında vücut bütünlüğü bakımından zarar gören çocuğun annesi ve babasının manevi tazminat istemine karşın; çocuğun uğradığı bedensel zarar sonucu anne ve babanın manevi olarak yıpranması olasıdır. Ancak manevi tazminatın kişiye bağlı bir istem olmasından ötürü anne ve babanın ayrıca manevi tazminat isteminde bulunmasına tazminat hukuku kuralları engeldir. Tazminata konu olay anne ve baba ya da diğer yakınları doğrudan etkilemişse eş deyişle anne, baba ve kardeşlerden herhangi biri; duygusal sarsıntı geçirmişse, ruh bütünlüğünü geçici ya da kalıcı olarak yitirmişse ve bunlar rapor, delil vb. ile ortaya konulabiliyorsa sözü edilen kişilerin manevi tazminat isteme hakkı vardır.”³⁷⁹

Doğrudan-dolaylı zarar ayrımı, uygun illiyet bağına bağlı bir ayrımdır.³⁸⁰ Etkinliği yalnızca kişiler bakımından değildir. Göz önünde bulundurulması gereken; zararın nedeni ve etkilenendir.³⁸¹ Bir satıcının teslim ettiği hayvanın hastalıklı olması

³⁷⁵ Gündüz, 85.

³⁷⁶ Enneccerus/Kipp/Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Tübingen 1958, sayfa 1000'den aktaran Tekinay, Burcuoğlu, Akman ve Altop, 562.

³⁷⁷ Tekinay, Burcuoğlu, Akman ve Altop, 564.

³⁷⁸ Eren, 609.

³⁷⁹ Y. 4 HD. T.30.11.1976, E. 1976/6958, K.1976/10448, (Tekinay, Burcuoğlu, Akman ve Altop, 563).

³⁸⁰ Eren, 608.

³⁸¹ Tekinay, Burcuoğlu, Akman ve Altop, 565.

sonucu ahırdaki diğer hayvanlar da hastalanmışsa EREN'e göre böylesi bir durumda ortaya çıkan tüm zararlar doğrudan zarar sayılmalıdır.³⁸² Araya ek neden girmemiştir.

Doğrudan zarar, olumlu zarar öğelerinden fiili zararın karşılığı olarak görülebilirken yoksun kalınan kazancın genellikle dolaylı zararın karşılığı olacağını söylemek olanaklıdır.³⁸³ Bu aşamaya kadar sözü edilen zarar öbeklerinden fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç olumlu zararın önemli öğelerindedir. Özünde; doğrudan-dolaylı-yansıma ayrımı, sözleşme dışı sorumluluğa ilişkindir ve sözleşmesel sorumluluk alanındaki etkileri ikincil konumdadır. Sözleşmesel sorumluluk kapsamında olumlu ve olumsuz zarar ayrımı birincil önemdedir.³⁸⁴

3.1.2.4 Normatif zarar

Alman Hukukunda geleneksel tazminat hesaplama yöntemlerinin yeterli görülmemesi nedeniyle yeni zarar kavramlarının üretilmesi söz konusu olmuştur. Üretilen zarar türlerinden biri de normatif zarardır. Geleneksel yöntem olarak görülen fark kuramı, eylemin doğumundan önceki ve sonraki duruma odaklanarak aradaki ayrımı göz önünde bulundurur. Oysa ki *haksız fiilin* mağduru kişinin malvarlığında bir eksilme ortaya çıkmayabilir. Örneğin; *haksız fiil* sonucu yaralanan bir kadın, ev işlerinin görülmesi için bakıcı tutamayabilir. Bu açığı kendisi ve ailesinin diğer üyeleri kapatırsa zarar görenin malvarlığında bir eksilme oluşmaz.³⁸⁵ Normatif zarar görüşü gereği; sözü edilen kadın, uğradığı *haksız fiile* bağlı bir gideri olmasa da tazminat isteminde bulunabilecektir. Zarara uğrayan kadının malvarlığında bir eksilme olmaması ya da ilgili giderleri doğrudan kendisinin karşılamaması tazminat isteminde bulunmasına engeldir. Buna karşın BGE, normatif zarar görüşünü benimseyerek söz konusu kadının tazminat istemini onaylamıştır.³⁸⁶

Alman Medeni Yasası (BGB), tatilin sonuçsuz kalması nedeniyle normatif zarar isteminin oluşturulabileceğini öngörmüştür. Sözü edilen zarar, manevi zarar olarak nitelendirilmektedir.³⁸⁷

Normatif zararın, nesnelere sürüm değerlerinin azalması durumunda önemi bulunmaktadır. Örneğin; kazaya uğramış motorlu araç onarım görmüş olsa bile saklı

³⁸² Eren, 609.

³⁸³ Gündüz, 88.

³⁸⁴ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 424,425.

³⁸⁵ Kılıçoğlu, 405.

³⁸⁶ BGE, 131 III 360 E. 8.1 Aktaran Gündüz, 92, d.395.

³⁸⁷ Kılıçoğlu, 406

bozuklukları barındırma olasılığı, diğer kimselerin onu satın almakta çekingen davranmasına yol açar. Türk Hukukunda; *haksız fiil* nedeniyle yaralanan kadın, tatil ve araç sürüm değeri örneklerinde ortaya çıkan zararın; TMK m. 24, TBK m. 49 ve TBK m. 58'e dayanarak hesaplanabileceği ve giderilebileceği öne sürülmektedir.³⁸⁸

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'a göre; normatif zarar önermesinin yeni bir katkı sunduğu söylenemez. Örneğin; 1.000.000 TL'lik bir aracın kazaya uğraması sonucu değeri 600.000 TL'ye düşerse ve 200.000 TL ek gider ile onarım gerçekleştirilirse onarılmış aracın yeni sürüm değeri 800.000 TL olabilir. Bu durumda zarar, onarım gideri ve bedel düşmesi ile birlikte 400.000 TL olacaktır.³⁸⁹

Türk hukuk dizgesinde normatif zararın onay görmesi durumunda, örnek olarak göstermiş *haksız fiil* sonucunda yaralanan kadının bakım giderleri, olumlu zarar çerçevesinde istenebilecektir. Bir yüklenicinin uzun süre taşınmaz iyesinin evini onarma borcunu yerine getirmediği durumda, taşınmaz iyesi sözleşmeden dönme hakkını kullanır ise her ne kadar aylarca akrabasında kalmış olsa da oturmadığı süre boyunca evinin kullanım değerini, normatif olumsuz zarar kapsamında isteyebilecektir.³⁹⁰

Kanımızca; Türk hukuk dizgesinde etkin olan zarar hesaplama öğeleri, zararın karşılanması bakımın yeterli değildir. Örneğin; bir aracın kaza yapması sonucu zarar gören kişi, aracın maddi hasarı dışında onarım süreci içerisinde bedensel ve manevi olarak yıpranmaktadır. Onarım, kasko ya da trafik sigortası vb. diğer etkenlere ilişkin süreçlerin sonlandırılması için zaman tüketmektedir. Bu nedenle, normatif zarar gibi birtakım yeni zarar türleri ortaya atılabilir.

3.1.2.5 Olumlu-olumsuz zarar ayrımı

Genel olarak

Olumsuz zarar; alacaklının, borçlu ile hiç sözleşme ilişkisine girmemiş olsaydı elde edeceği yarara yöneliktir. Olumlu zarar, sözleşmeye konu olan borcun ifa edilmesine yönelik yarara yöneliktir.³⁹¹ Sözleşmenin geçerli olmasını olumlu bir durum, geçersiz olmasını da olumsuz bir durum olarak görme eğilimi sonucu bu ayrım

³⁸⁸ Kılıçoğlu, 406.

³⁸⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 550.

³⁹⁰ Gündüz, 99.

³⁹¹ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 425.

ortaya çıkmıştır.³⁹² Olumlu zarar söz edildiği üzere sözleşmenin ifasına yönelikken olumsuz zarar sözleşmenin kurulmasına ilişkin güvene yöneliktir. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin giderler, başkaca bir sözleşme yapılmasından vazgeçme nedeniyle ortaya çıkan kayıplar olumsuz zarar kapsamında olacaktır.³⁹³

Gecikmiş ifayı ret sonucu olumlu zarar istemi ya da sözleşmeden dönme ile olumsuz zarar istemi, söz edildiği üzere yenilik doğuran bir hakkın kullanımını sonucu ortaya çıkar. Bu kullanımın geri alınma olanağı yoktur. Bu nedenle alacaklı; olumlu zarar ve olumsuz zarar ögelerinden yola çıkarak zarar tutarını, edim ifa edilmiş ise bunu geri verme yükümlülüğünü, borçlunun kusuru olup olmadığını göz önünde bulundurarak uygun seçimi yapmalıdır.³⁹⁴

Kapsamları bakımından

Dönme hakkının kullanılması sonucu olumsuz zarar istemi; TBK m. 125 dışında tam zapt durumunda (TBK m. 217), ayıp nedeniyle dönme durumunda (TBK m. 229), iş iyesinin kabul edemeyeceği ölçüde olan ifaya karşın dönme hakkının kullanılması durumunda ve TBK m. 98 gereği alacaklının temerrüdü durumunda oluşturulabilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki dönmenin sonuçları ile ilgili olarak yasada buyurucu bir hüküm bulunmamaktadır.³⁹⁵

Olumlu zarar, yalnızca sözleşmesel sorumluluk alanında etkinlik kazanır. Başka bir deyişle tüm sözleşmeye aykırı davranış durumlarında olumlu zarar ortaya çıkmasa da olumlu zarar, sözleşmeye aykırı davranış sonucu ortaya çıkar.³⁹⁶ TBK m.112 'de düzenlenen *imkânsızlık* ve TBK m. 125/2'de düzenlenen gecikmiş ifadan vazgeçildiği durumlarda eş deyişle dar anlamda borcun ifa edilmemesi durumlarında olumlu zarar gündeme gelecektir.³⁹⁷

Olumsuz zarar istemi, dönme hakkının kullanılması sonucuna özgü olduğu için dönme hakkının kullanılamayacağı durumlarda istenilemez. Bu durumlar; kısmi temerrüt (bölümsel direnim), sürekli edimli sözleşmelerde fesih ve dönme hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirileceği durumlardır.³⁹⁸

³⁹² Buz, 239; Ergüne, 55.

³⁹³ Ergüne, 58.

³⁹⁴ Antalya, 559; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 460.

³⁹⁵ Antalya, 574,575.

³⁹⁶ Gündüz, 27.

³⁹⁷ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 424,425.

³⁹⁸ Antalya, 576.

Söz edildiği üzere dönme hakkı üzerine olumlu zarar istemi, sözleşme ile kararlaştırılması durumunda olanaklı duruma gelebilir.

Hesaplanmaları bakımından

Hem olumlu hem olumsuz zarar bakımından; zarar verici olay gerçekleşmemiş olsaydı malvarlığının içerisinde bulunduğu durum, zarar verici olayın gerçekleşmesi sonucu malvarlığının içerisinde bulunacağı durumdan daha fazladır. Her iki durumda da yargıç, zarar verici olayın gerçekleşmediği olası durumu saptamalıdır.³⁹⁹ Fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç ögeleri her iki zarar türünün hesaplanmasında bulunmaktadır.

Olumsuz zararın fiili(eylemlı) zarar ögeleri; sözleşme giderleri, alacaklının kendi ediminin ve karşı edimin ifası için yaptığı giderler, hukuksal işlemlerden doğan harcamalar, sözleşmeden dönme nedeniyle üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler kapsamında tazminat ödenmesi, geri verilecek edimden elde edilecek yarar ve faizler olarak sayılabilir. Tartışmalı olmakla birlikte alacaklının geri vermekle yükümlü olduğu edimin onun sorumluluğu olmaksızın *imkansızlaşması* durumunda uğradığı zarar da olumsuz zarar ögeleri içerisinde görülebilir.⁴⁰⁰ Yoksun kalınan kazanç, olumsuz zararda güvenilen sözleşmeden daha verimli başkaca bir sözleşmenin kaçıırılması olarak karışımıza çıkmaktadır.⁴⁰¹

Olumlu zararın giderilmesi kapsamında yer alan alacaklının; hukuksal giderleri, seçimlik hakları kullanabilmesine yönelik olarak ortaya çıkan giderleri, edimin zamanında yerine getirilmemesinden ötürü üçüncü bir kişiye ödediği tazminat, seçimlik hakkın kullanılmasına kadar kendi edimi bakım, koruma ve sigorta giderlerini gerektiriyorsa bunlara ilişkin giderleri, aynı zamanda olumsuz zarar kapsamında eylemlı zarar ögeleri olarak yer alabilecektir.

İfa edilmeyen edim para borcu ise temerrüt faizi, uygun illiyet bağı içerisinde borçludan istenilebilir. İfa edilmeyen para ediminin kullanma ya da değerlendirme amacına göre yoksun kalınan kazancı, olumlu zarara özgü zarar ögesidir. Aşkın zarar üzerinde ise tartışmalar bulunmaktadır.

³⁹⁹ Gündüz, 52.

⁴⁰⁰ Antalya, 596.

⁴⁰¹ Gündüz, 53.

Temerrüt faizi, doğrudan temerrüt nedeniyle doğan ve yine kaynağı ne olursa olsun tüm temerrüt durumlarında uygulanan kanunsal bir faiz türüken⁴⁰² söz edildiği üzere aşkın zararın hukuksal niteliği üzerinde tartışmalar bulunmaktadır. Aşkın zararın, ifaya yönelik yararı değil ifanın zamanına yönelik yararı karşıladığını öne süren görüşe⁴⁰³ karşın Yargıtay kararlarında⁴⁰⁴ ve öğreti görüşlerinde ifaya yönelik yararı karşıladığı öne sürülmektedir.⁴⁰⁵ Bu görüş; aşkın zararı, olumlu zarar ögesi olarak nitelendirmektedir.

KILIÇOĞLU'na göre; aşkın zararın olumlu ya da olumsuz zarar türlerinden birinin kapsamına alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yargıtay'ın olumlu ya da olumsuz zarar öbeklerinden birine yerleştirme⁴⁰⁶ çabası boşunadır. Yerine göre olumlu yerine göre olumsuz zarar olarak nitelendirilebilir.⁴⁰⁷ GÜNDÜZ'e göre; aşkın zarar, para borçlarında gecikme tazminatının karşılığıdır ve olumlu zarar ögesidir.⁴⁰⁸

Kanımızca; temerrüt faizi kanunsal dayanağı bulunan bir ceza koşuludur.⁴⁰⁹ Hem olumlu hem olumsuz zararın ögesidir. Aşkın zarar ise olumlu zarar olarak gören görüş onaylanırsa olumsuz zarar kapsamında yer alamayacaktır. KILIÇOĞLU'nun görüşü onaylanırsa para borçlarında olumsuz zarar istemine aşkın zarar ögesi eklenebilecektir. Ancak, KILIÇOĞLU'nun; “yerine göre olumlu yerine göre olumsuz zarar olarak nitelendirmelidir,” anlatımının devamında; “temerrüt faizi ile karşılanmayan alacağın nedeni bir sözleşme ise faizle karşılanmayan zarar, olumlu zarar olarak istenebilir,” anlatımına yer verilmiştir.⁴¹⁰ Sözleşmesel ilişkilerde aşkın zarar istemi, her iki görüş doğrultusunda da olumsuz zarar ögesinde yer almamaktadır.

Kanımızca; aşkın zararın yerine göre olumlu yerine göre olumsuz zarar olarak istenebileceği yorumunun doğrultusunda bu aşamada yeni dönme kuramının benimsenip benimsenmediği önem taşır. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucu yalnızca olumsuz zarar istemi etkin olacaksa aşkın zarar istemi söz konusu olmayacaktır. Ancak sözleşme, dönme sonucu *tasfiye* ilişkisine dönüşürse

⁴⁰² Eren, 1244.

⁴⁰³ Gündüz, 175.

⁴⁰⁴ Y. 11. HD. 2.4.1981 E. 1981/1100 K. 1981/1453, (Gündüz, 176)

⁴⁰⁵ Ayrancı, 116.

⁴⁰⁶ Olumsuz zarar olarak gördüğü karar: Y. 15. HD. T. 05. 03. 1987, E. 3503, K. 857, (Yayımlanmamıştır)- Olumlu zarar olarak gördüğü karar: Y. 13. HD. T. 13. 2. 1987, E. 1996/9985, K. 1997/810 (Kılıçoğlu, 901). Y.13. HD. T.13.02.1997, E. 1996/9985, K. 1997/810 (Aydemir, 49).

⁴⁰⁷ Kılıçoğlu, 901.

⁴⁰⁸ Gündüz, 177.

⁴⁰⁹ Gündüz, 270.

⁴¹⁰ Kılıçoğlu, 901.

sözleşmeden kaynaklı olumlu zarar kapsamında aşkın zarar yeni dönme kuramının bir gereği-uzantısı olarak istenebilecektir.⁴¹¹ Bunun dışında, sözleşme ile dönme sonucu olumlu zarar istenilebileceği kararlaştırılırsa dönme hakkının kullanılması sonucunda aşkın zarar istenebilecektir.

Olumsuz zararın olumlu zararı aşmaması

Öğretide olumsuz zararın olumlu zararın en yüksek sınırı ile sınırlandırılmasına yönelik görüşler bulunmaktadır. Genelde olumlu zarar tutarı, olumsuz zarar tutarından fazla olmaktadır.⁴¹² Olumsuz zarar, olumlu zarardan çok ya da az olabilir. Hatta birbirlerine eşit olabilirler. Bu nedenle olumsuz zararı, olumlu zararlarla sınırlamak kanun koyucunun istencine aykırı düşer.⁴¹³ Böylesi bir yeğleme, sözleşme kurulmamış olsaydı alacaklının bulunacağı durumu sağlamaya yönelik olan olumsuz zararın amacına aykırı olabilir.⁴¹⁴

Bir örnekle açıklama gerekirse; Ögeday(Ö) 5000 TL'ye bir telefon alıyor ve telefonu aldığı için Oğuz'un (O) 4500 TL'lik önerisini geri çeviriyor. Satıcı(S) temerrüde düşüyor ve telefonu teslim etmiyor. Ö, bunun sonucunda sözleşmeden dönme hakkını kullanıyor. Ancak süreç sonunda eş düzeyde telefon 6000 TL oluyor. Bu öyküde; Ö'nün olumlu zararı, 6000-5000 TL hesabı ile 1000 TL'dir. Kaçırılan sözleşme olanaklarının devreye girdiği olumsuz zarar hesaplanmasında ise geri çevrilen O'nun 4500 TL'lik önerisi göz önünde bulundurulur. 6000-4500 TL hesabıyla Ö'nün olumsuz zararı 1500 TL olur.⁴¹⁵

ANTALYA'ya göre; iki zarar türü arasındaki uygun nedensellik bağına dayanan ayırım kıyaslanamayacaktır. Bu nedenle; Alman Hukukunda yer alan olumsuz zararın olumlu zararlarla sınırlandırılması kuralı, Türk/İsviçre Hukuku dizgesinde yer almamalıdır.⁴¹⁶

⁴¹¹ Yeni Dönme Kuramını benimseyenler tutarlığı sağlayabilmek için olumlu zarara eğilimlidir. Serozan, c.3, 239; Ergüne, 262; Gündüz, 193.

⁴¹² Antalya, 599.

⁴¹³ Eren, 1271.

⁴¹⁴ Eren, 1272.

⁴¹⁵ Gündüz, 55.

⁴¹⁶ Antalya, 600.

Olumsuz zararın gerekliliği tartışması

Olumsuz zarar uygulamasının birtakım gerekçelerle bütünüyle kaldırılması gerektiği öğretide öne sürülmektedir. SEROZAN'a göre; olumsuz zarar, kavram hukukçuluğunun yapay bir ürünüdür.⁴¹⁷ Satılan ürünün satıştan bir dakika sonra yok olması ile satıştan bir dakika önce yok olması arasında zararın hesaplanması bakımından bambaşka zarar türlerinin etkin olacak olması, bir satıcıya ya da hukukçu olmayan kimselere kolayca anlatılamaz. SEROZAN'a göre; burada biçimsel ve yapmacık bir ayırım bulunmaktadır.⁴¹⁸ Bunun dışında olumsuz-olumlu zarar ayırımı, kuramsal olarak hukukçuların algılama yetisi üzerinde karmaşaya yol açmaktadır. Yargıçlar olumsuz zararı doğru bir biçimde hesaplayamamaktadır.⁴¹⁹

SEROZAN'a göre; culpa sorumluluğu da içerisinde olmak üzere bütünüyle sözleşme içi sorumlulukta olumsuz zarar türü ötelenmelidir. Nitekim, son yıllarda uluslararası anlaşmalarda ve BGB'de benimsenen görüş bu yöndedir.⁴²⁰

SEROZAN'a göre; a priori⁴²¹ kalıplara gereksinim duyulmadan olumsuz zarar alışkanlığı bir yana bırakılıp uygun nedensellik bağı çerçevesinde TBK m.51/1 ve TBK m. 35/2 gereği yargıcın takdir yetkisi etkin kılınarak zarar belirlenmelidir.⁴²²

Hatemi/GÖKYAYLA'ya göre; dönme sonucu olumsuz zarar istemi asıldır. Ancak TBK m. 35/2'ye benzer bir anlatımla sözleşmenin adaleti gerektiriyorsa zarar giderimi, olumlu ve aşkın zararı da kapsayabilir. BGB'deki birtakım yeni düzenlemelerin hemen Türk Hukukuna aktarılması durumunda oluşacak tutarsızlıklar bu biçimde giderilebilir. Ancak, olumlu ve olumsuz zarar ayırımı bütünüyle kaldırılmamalıdır.⁴²³

GÜNDÜZ'e göre; olumlu ya da olumsuz ayırımının TBK m. 35/2 doğrultusunda bütünüyle kaldırılması yerinde olmayacaktır. Çünkü, zarar türünün belirlenmesi ayrı zararın hesaplanması ayrı konulardır. Yargıç, hakkaniyete göre zarar türünü belirleyememelidir.⁴²⁴ Kanımızca; yargıçların olumsuz zararın belirlenmesinde

⁴¹⁷ Serozan, c.3, 240.

⁴¹⁸ Serozan, c.3, 178.

⁴¹⁹ Serozan, Dönme, 639.

⁴²⁰ Serozan, c.3, 240.

⁴²¹ A priori, özünde bir düşünbilim (felsefe) terimidir. Türkçeye kısa çevirisi; önceden-baştan olabilir. Ayrıntı için Bkz. Köndel ve Simsoy, 121.

⁴²² Serozan, Dönme, 639,640; Ergüne, 377.

⁴²³ Hatemi ve Gökyayla, 287.

⁴²⁴ Gündüz, 64.

zorlanması ve karmaşa içerisinde kalması savının öne sürülmesinin üzerine başkaca bir aşamada yargıcın takdir yetkisine bütünüyle dayanılması çelişki yaratacaktır.

ERGÜNE'ye göre; olumsuz zararın belirlenmesinde yaşanan birtakım zorluklar olumlu zararın belirlenmesi sürecinde de yaşanmaktadır. Salt bu nedenle olumsuz zarar ötelenirse hukukumuzda yer alan diğer tüm zarar türlerinin de ötelenmesi gerekir.⁴²⁵

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin giderler, geçersiz sözleşmenin tasfiyesi kapsamında olan giderler, başka bir sözleşmenin kaçırılmasından kaynaklı yitirilmiş kazançlar, yalnızca olumsuz zarar kapsamında istenebilir. Sözleşme öncesi sorumluluk (culpha sorumluluğu) nedeniyle ortaya çıkan zararların olumsuz zarar olarak istenilmesi ise tutarlılık açısından bir zorunluluktur.⁴²⁶ Nitekim, köklü bir değişim geçiren Alman Hukukunda; sözleşmenin iptali, kusursuz yetkisiz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğu ve culpha in contrahendo sorumluluğu durumlarında olumsuz zarar istemi olanaklı kılınmıştır.⁴²⁷ Bunun dışında Anglo-Sakson hukukunda, olumsuz zarar kavramı sözleşmesel ilişkilere özgü olarak uygulanmaktadır.⁴²⁸

3.2 Olumlu Zararın Benzer Kurumlarla İlişkisi

3.2.1 Ceza koşulu

3.2.1.1 Genel olarak ceza koşulu

Ceza koşulu, borcun ileriki bir zamanda hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine bağlı olarak ifayı gerçekleştirilmeyen tarafın diğer tarafa vermeyi üstlendiği güvence tutarındır.⁴²⁹ Örneğin; bir yayınevi, basılacak olan yapıtı sözleşmede yer alan süre içerisinde baskıya yetiştiremez ise sözleşmede yer alan ceza koşulunu yazara ödemek zorunda kalabilir.

818 sayılı ETBK'de⁴³⁰ “*cezai şart*” anlatımı kullanılmaktayken Yeni TBK'de; Farsça ad tamlaması dizimine daha uygun görünen *cezai şart* yerine Türkçe ad

⁴²⁵ Ergüne, 378.

⁴²⁶ Ergüne, 380,381.

⁴²⁷ Ergüne, 383.

⁴²⁸ D.R. Haris, Chitty on Contracts, Volume I: General Principles, 29. Edn., London, Sweet&Maxwell, 2004, Chapter 26-003'den aktaran Ergüne, 384.

⁴²⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 341.

⁴³⁰ RG, T. 29.04.1926, S.359.

tamlaması olan ceza koşulu anlatımına yer verilmiştir. Kanımızca, böylesi bir yeğleme yerindedir.

Sözleşmede ceza koşuluna yer vermek, ifayı güvenceye altına almaya yönelik bir yöntemdir. İfayı, hiç ya da gereği gibi ifa etmeme durumu karşısında edimi güvence altına almak isteyen alacaklı, rehin ya da kefalet sözleşmelerinden birine de başvurabilir.⁴³¹ Ceza koşulu, ifanın gerçekleşmesi için bir baskı aracıdır. Zararın ispat edilmesi zorunlu değildir.⁴³² Borçlu kusurunun ispat edilmesi gerekliliği, tartışmalıdır.⁴³³

Ceza koşulunun kararlaştırılması için borcun niteliği önemli değildir. Yapma ya da yapmama borcu ayırım yaratmayacaktır.⁴³⁴ ETBK döneminde TUNÇOMAĞ'a göre; ceza koşulunun parasal bir değeri olmalıdır. ETBK, ceza koşuluna ilişkin hükümlerinde “tediye”⁴³⁵ sözcüğünü sıklıkla kullanarak ceza koşulunun yalnızca parasal olarak belirlenebileceği kanısını uyandırmaktaydı. Yeni TBK, tediye sözcüğüne yer vermekten kaçınmıştır. Bunun dışında para ve para dışındaki tüm edimler için geçerli olan ifa kavramını kullanmıştır. Bu nedenle parasal bir değer dışında da ceza koşulu kararlaştırılabilir. Örneğin; On ton buğdayın zamanında teslim edilmemesi durumunda %10 fazlasının bir ton buğdayın ceza koşulu olarak kullanılması olanaklıdır.⁴³⁶

Ceza koşulu asıl sözleşmenin yazgısına bağlıdır. Sözleşmenin içerisinde yer alabileceği gibi ayrıca bir sözleşme biçiminde de düzenlenebilir. Asıl sözleşme yasa tarafından bir geçerlilik koşuluna bağlanmış ise ceza koşuluna ilişkin sözleşme için de benzer geçerlilik koşulu aranacaktır.⁴³⁷ Geçerlilik koşuluna bağlı asıl sözleşmede yer alan ceza koşuluna karşın tarafların sonrasında kendi arasında anlaşma yaparak yeni bir ceza koşulu belirler ise yeni ceza koşulu geçersiz olacaktır.⁴³⁸

Asıl borç geçersiz ise ceza koşulu da geçersizdir. Çünkü ceza koşulu fer'i niteliktedir. Asıl borcun eksik bir borç olması-örneğin; kumar borcu-, durumunda ceza

⁴³¹ Eren, 1338.

⁴³² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 342.

⁴³³ Eren, 1343.

⁴³⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 343.

⁴³⁵ Tediye: 1) Gerçekleşen bir alacağı para ile ödeme, 2) Para vb. bir şey verme, ödeme, (<https://sozluk.gov.tr/>, Son Erş. T. 26.09.2022). Tediye sözcüğünün karşılığı olarak “ödenim” sözcüğü önerilmektedir. (Velidedeoğlu ve Özdemir, 202).

⁴³⁶ Kılıçoğlu, 987.

⁴³⁷ Eren, 1340.

⁴³⁸ Y. 15. HD, T. 19.03.1985-1985/243-916. (Aydemir, 159).

koşulu da eksik bir borç olarak kalır. Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesine dayanan bir borç ya da zamanaşımına uğramış bir borcun ifası için ceza koşulu kararlaştırılmışsa söz konusu ceza koşulu, bütünüyle geçerlidir. Dava hakkının dayanağı olabilir.⁴³⁹

Ceza koşulu kural olarak tüm sözleşmelerde öngörülebilir. Ancak; TMK m.119 gereğince nişanlılığın evlenme ile sonuçlanmaması durumunda, TBK m.346 gereği konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiranın zamanında ödenmemesi durumunda, TBK m. 271/3 gereği hizmet sözleşmelerinde işçinin ceza koşulu ödeyeceğinin öngörüldüğü durumlarda, TKHK m. 24 gereği tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda ceza koşulu ödeyeceğinin öngörülmesi durumunda ceza koşulunun öngörülmesi sınırlanmıştır. Bunların dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu⁴⁴⁰ ek m. 34 gereğince yurt dışı eğitim giderlerinin yabancı para üzerinden ödenmesi ve geri istenmesi durumunda ceza koşulunun alınabileceğine ilişkin hüküm bütünüyle kaldırılmıştır.⁴⁴¹ Bunların dışında; ticari ortaklık sözleşmeleri ceza koşulu içerebilir.⁴⁴²

Ceza koşulu, sözleşme ile aşırı derecede yüksek tutarda belirlenmişse yargıç indirim karar verebilecektir. Yargıcın indirim kararı verebilmesi için sözü edilen ceza koşulunun muaccel ve ödenmemiş olması gerekir.⁴⁴³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'a göre; para borçlarında gecikme faizinin belirlenmesine yönelik olarak bir sınır öngörülmemişken ceza koşuluna da para borçlarına olduğu gibi eğilmek gerekir.⁴⁴⁴ Nitekim, TTK m. 22'de taraflar tacir ise kararlaştırılan ceza koşulunun indirilemeyeceği öngörülmüştür. Ancak, ceza koşulunu ödeyecek tacirin ticari yaşamı bütünüyle son bulacaksa, tacirin kişilik hakkına, adalete ve hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkacak ise ceza koşulu tutarı indirilebilir.⁴⁴⁵

Ceza koşulunun hukuksal niteliğini götürü tazminat olarak gören görüş; borca aykırı davranılması durumunda alacaklının uğrayacağı zararın önceden götürü olarak saptandığını öne sürer. Zarar varlığının ve zarar tutarının araştırılmasına gerek olmaması da götürü tazminat ile benzeşen diğer özelliğidir. Ancak; ceza koşulunun

⁴³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 344.

⁴⁴⁰ RG, T.23.07.1965, S.12056.

⁴⁴¹ Kılıçoğlu, 987.

⁴⁴² Tunçomağ, Borçlar, 865.

⁴⁴³ Eren, 1346.

⁴⁴⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 344.

⁴⁴⁵ Y. HGK, T. 20.03.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/422 (Eren, 1347).

aşırı bulunması durumunda yargıç tarafından indirilebilme olanağından ve kusurun saptanması koşuluyla ceza koşulunu aşan tazminatın istenilebilmesinden ötürü ceza koşulu, götürü tazminattan ayrılır.⁴⁴⁶ TUNÇOMAĞ'a göre; bu iki ayrıklık, ceza koşulunun götürü tazminat olarak görülmesine engel değildir. Çünkü; sözü edilen iki ayrıklığa karşın, ceza koşulunun ifaya zorlayıcı bir baskı ögesi olma özelliği devam etmektedir. Borçlu, ifaya uygun eylem yürütmediği durumda bir yaptırım ile karşılaşacağını önceden bilmektedir.⁴⁴⁷Götürü tazminat dışındaki diğer görüşler; ceza koşulunun yalnızca ceza niteliğinde olduğu, ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğu yönündedir.⁴⁴⁸ Son olarak önemle belirtmek gerekir ki; ceza koşuluna ilişkin yasa hükümleri buyurucu nitelikte değildir. Taraf aksini kararlaştırabilir.⁴⁴⁹

3.2.1.2 Ceza koşulunda kusurun aranması

Ceza koşulunun ifası sürecinde kusurun aranıp aranmayacağı öğretide tartışmalıdır. Ceza koşulunun borçlunun kusuruna bağlı olmadığını öne süren görüş; ceza koşulunun asıl borca bağlı bir borç olduğunu, zorlayıcı nedenlerden ötürü borcunu yerine getiremeyen iyiniyetli bir borçlunun zorlayıcı nedenlerin illiyet bağımlı kestiğini ortaya koyması ile birlikte sorumluluktan kurtulabileceğini ve ceza koşulunun da asıl borca bağlı olmasından ötürü ceza koşulunu ödemekten de kurtulabileceğini öne sürmektedir. Oysa uygulamada ceza koşulları, zorlayıcı neden ya da *kusursuz ifa imkansızlığı* durumlarında ifayı güvence altına almaya yöneliktir. Bu durumda borçlu kusursuz olduğunu ortaya koyarak ceza sorumluluğu ödemekten kurtulabilir.⁴⁵⁰ İkinci görüşe göre; ceza koşulunun tazmini için kusurun aranması gerekir.

KILIÇOĞLU'na göre; TBK m. 182/2'nin anlatımında bir anlatım bozukluğu bulunmaktadır. *“Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez,”* anlatımında “veya” sözcüğünün çıkarılıp yerine “ifa” sözcüğü getirilmelidir. Yasa koyucu olumsuz bir anlatımla ceza koşulunun borçlunun kusuruna dayandığını ortaya koymuştur. Yasanın anlatım bozukluğu içeren bu anlatımıyla; yalnızca borcun ifasının borçlu kusuru nedeniyle

⁴⁴⁶ Tunçomağ, Borçlar, 861.

⁴⁴⁷ Tunçomağ, Borçlar, 861-862.

⁴⁴⁸ Diğer görüşler için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, 21-24.

⁴⁴⁹ Eren, 1338.

⁴⁵⁰ Eren, 1344.

imkânsız duruma gelmesi, ceza koşulu sonucunu doğuracaktır. Bu yorum KILIÇOĞLU'na göre doğru değildir.⁴⁵¹

TBK m. 182/2'nin yalnızca sonraki kusurlu imkânsızlık ile sınırlı olarak uygulanmasının KILIÇOĞLU'na göre olanağı bulunmamaktadır. TBK m. 112, genellikle borca aykırı davranışlarda kusur koşulunu ararken TBK m. 182'nin uygulama alanını kusurlu *imkânsızlık* ile sınırlı görmek çelişki doğuracaktır. Bu nedenle TBK m. 182/2 geniş yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda ceza koşulunun istenilebilmesi için “borçlunun temerrüdü” ve “ayıplı ifade bulunma” gibi durumlarda da borçlunun kusur koşulu aranmalıdır.⁴⁵² TUNÇOMAĞ'a göre; kusur koşulunun yerine getirilmesi kural olarak, ceza koşulunu ödemek istemeyen borçlunun kusursuzluğunu ortaya koyamaması biçiminde olmalıdır.⁴⁵³

TBK m. 180 gereği; alacaklı borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe ceza koşulunu aşan zararlarını tazmin edemeyecektir. KILIÇOĞLU; sözü edilen maddenin, “ceza koşulunu aşan bölüm için kusur aranırken ceza koşuluna ilişkin tutarın istenilmesinde kusur aranmaz,” biçiminde yorumlanmasını onaylamamaktadır. KILIÇOĞLU'na göre; “ceza koşulunu aşan bölüme ilişkin zararlarda kusura ilişkin ispat yükünün alacaklı da olmasına karşın ceza koşulu kapsamında kalan zararlarda borçlunun kusuru bulunmadığını ortaya koyması gerekir.”⁴⁵⁴ Özetle; ceza koşuluna kadar olan zararlarda zarar tutarının ispatına gerek duyulmazken kusur bakımından borçlunun kusursuzluğunu ortaya koyması gerekir. Ceza koşulunu aşan zarar isteminde ise hem zarar tutarını hem borçlunun kusurunu alacaklı ortaya koymalıdır. Sözleşme ilişkileri bakımından ispat yükü kuralı, borçlunun kusuru olmadığını kanıtlaması yönünde belirlenmişken bu durum sözü edilen kuralın bir ayrıklığı olarak görülebilir.⁴⁵⁵

Kanımızca: ceza koşulu istemi için zarar ve kusur öğelerinin bütünüyle eş olması ceza koşulunun, uygulamada hakkaniyete aykırı bir biçimde kullanılmasına hatta sıklıkla haksız şart olarak nitelendirilmesine yol açacaktır. Bütünüyle kusurun aranmaması görüşüne katılmamaktayız. Ancak; sözleşme ilişkileri kapsamında borca aykırı bir davranışta bulunan borçlu, sözleşmede yer alan ceza koşulunu yalnızca

⁴⁵¹ Kılıçoğlu, 1000.

⁴⁵² Kılıçoğlu, 1000

⁴⁵³ Tunçomağ, Borçlar, 871.

⁴⁵⁴ Kılıçoğlu, 1001

⁴⁵⁵ Kılıçoğlu, 1001.

kusuru olmadığını ortaya koyarak ödemekten kaçınabilmelidir. Hem normal koşullar altında hem temerrüt durumunda ispat yükü, ceza koşulunu ödemek istemeyen borçluda olmalıdır. Lehine ceza koşulu öngörülmüş alacaklı, borçlunun kusurunu ispata yönelik eylemlere girişmek zorunda olmamalıdır. Nitekim, sözleşme ilişkilerinde TBK m. 112 gereği; ispat yükü, borçludadır.

Uygulamadaki sözleşmelerde sıklıkla, zorlayıcı neden ve kusursuz *imkânsızlık* durumlarında ifayı güvence altına almaya yönelik ceza koşulu anlatımları bulunsa da temerrüt durumunda bu tür anlatımların durumu kusur bakımından ayrıca ele alınmalıdır. Ceza koşulunu barındıran bir sözleşme ilişkisi içerisinde borçlu, zorlayıcı nedenden ötürü ifanın gecikmesinde kusurlu olmadığını ortaya koyarak tazminat ödemekten ve ceza koşulunun ifasından kurtulabilir. Buna karşın temerrüt durumunda; beklenmeyen durumdan ve zorlayıcı nedenden kaynaklı zararlardan sorumlu olacak olan borçlu, temerrüde düşmede kusurunun olmadığını ortaya koyma dışında, kurtuluş kanıtı getirerek de sorumluluktan kurtulabilir. Kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulan borçlunun, ceza koşulu bakımından kusurlu olmadığını ortaya koyma yükümlülüğü devam etmektedir. Kanımızca; temerrüt içerisinde beklenmeyen durum gerçekleşirse beklenmeyen durumdan ötürü ortaya çıkan zararlardan kurtulmak için kurtuluş kanıtı getiren borçlu, sözleşmede yer alan ceza koşulunun ifasından kurtulmaz. Temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ayrıca ortaya koymalıdır.

Gecikmiş ifanın reddedilmesi ve ek seçimlik hakların kullanıldığı evrede, borçlu kusuru bulunmadığını ortaya koymakla yükümlüken zarar tutarını alacaklı ortaya koymalıdır. Sözleşmede bir ceza koşulunun bulunması durumunda ceza koşulu tutarına kadar olan zararı alacaklının ortaya koyması gerekmez. Buna karşın kusur bakımından borçlunun yükümlülüğü devam etmektedir. Özetle; olumlu zarar tutarı, sözleşmede yer alan ceza koşulu tutarından oldukça düşükse kusuru bulunmadığını ortaya koyamayan borçlu olumlu zarar tutarına bakılmaksızın ceza koşulundan sorumlu olacaktır.

İfada geciken ancak temerrüde düşmeyen borçludan ceza koşuluna ilişkin tutarın istenilmesi ile temerrüde düşen borçludan ceza koşulunun istenilmesi arasında kusur ve zarar yönünden ayırım bulunmamaktadır. Kanımızca; gecikmiş ifanın reddi sonucu ceza koşulunu aşan zararın istenilmesi üzerine kusur bakımından ispat yükü temerrüde düşen borçluda olmalıdır. Ceza koşuluna özgü olarak sözü edilen ayrıklık benimsenmemelidir. Sözleşmelere ilişkin maddi hukukta belirlenen ispat yükü kuralı

devam ettirilmelidir. Her olasılıkta, ceza koşulunu aşan zarar için alacaklının ispat yükü devam edecektir.

3.2.1.3 Ceza koşulunun türleri

Ceza koşulunun türleri; seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu, ifayı engelleyen ceza koşulu biçimindedir.

Seçimlik ceza koşulu

Alacaklının ifayı ya da ceza koşulunu seçebildiği, seçme yetkisinin alacaklıda olduğu seçimlik borç ile benzeşen bir ceza koşulu türüdür. Bu seçim yenilik doğuran hak olarak nitelendirilir. Bu nedenle kullanım sonrasında geri alınamaz.⁴⁵⁶

İfaya eklenen ceza koşulu

Borçlunun belirlenen zaman ve yerde ifayı gerçekleştirmediği durumda, alacaklının hem ifayı hem ceza koşulunu isteyebildiği ceza koşulu türüdür.⁴⁵⁷

Alacaklı, ifa yeri dışında bir ifayı kabul etmek zorunda değildir. Ancak ifa yeri dışında ifa edilen bir edimi çekince kaydı koyarak kabul edebilir. Böylelikle hem ifayı hem ceza koşulunu isteyebilir. Çekince kaydı konulmadan kabul edilen ifaya ek olarak ceza koşulu istenemeyecektir.⁴⁵⁸

İfayı engelleyen ceza koşulu

Alacaklının yalnızca ceza koşulunu isteme yetkisine iye olduğu eş deyişle ifadan kurtulma cezası ya da dönme cezası olarak da adlandırılan⁴⁵⁹ ceza koşulu türüdür. Alacaklıya belirli bir tutar ödenmesi sonucu sözleşmeden dönme hakkı tanınması özelliği gereği pişmanlık akçası ile benzeşir.⁴⁶⁰ Ancak; pişmanlık akçası, sözleşme kurulduğu sırada alacaklıya yapılan ödeme gereği kazandırıcı bir işlem niteliğindeki ifayı engelleyen ceza koşulu bir ödeme sözü içerir ve borç doğuran bir işlemdir.⁴⁶¹

⁴⁵⁶ Tunçomağ, Borçlar, 862; Eren, 1341; Gündüz, 268.

⁴⁵⁷ Tunçomağ, Borçlar, 863.

⁴⁵⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 351; Eren, 1342.

⁴⁵⁹ Eren, 1343; Kılıçoğlu, 996.

⁴⁶⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, 31; Eren, 1343.

⁴⁶¹ Tunçomağ, Borçlar, 864.

3.2.1.4 İfanın yanması

TUNÇOMAĞ'a göre; bölümsel ifa, hiç ifa etmeme gibi değerlendirilmelidir. Ceza koşulu isteyen alacaklı ceza koşulunu elde etmekle birlikte aksine bir anlaşma yok ise aldığı edimi geri vermelidir.⁴⁶²

TBK m. 181/1 gereği; dönme hakkının kullanılması durumunda, alacaklının istencini açıkladığı tarihe kadar gerçekleştirilmiş bölümsel bir ifa bulunmakta ise bu ifa borçluya geri verilmeyerek alacaklıda ceza koşulu olarak kalabilir. Bu durum taraflarca sözleşmeyle de öngörülebilir.⁴⁶³

TBK m. 181/1, dönme durumuna özgü olarak uygulanır. Fesih durumunda böylesi bir öngörü bu madde kapsamında geçerli olmamalıdır. Bunun dışında; TBK m.260/2 gereği; alıcının taksit ödemelerinde temerrüdü sonucu satıcı sözleşmeden dönecek olursa ceza koşulu, peşin olarak belirlenmiş satış bedelinin %10'unu geçemez. Bu nedenle taksitle satış sözleşmelerinde satıcının sözleşmeden dönmesi durumunda da ifa edilen kısımların alacaklıda kalması kararlaştırılmayacaktır.⁴⁶⁴

TUNÇOMAĞ'a göre; ceza koşulu, edimin bütününe ilişkindir.⁴⁶⁵ Bu nedenle TUNÇOMAĞ; YARGITAY'ın "edimin zararları karşılayan bölümünü diğer zarar bölümlerinden ayırarak yalnızca zararın karşılandığı bölümü ceza koşulu olarak gören" kararını yerinde bulmamaktadır.⁴⁶⁶

3.2.1.5 Ceza Koşulunun olumlu zararlar ilişkisi

Ceza koşulu, hiç ya da gereği gibi ifa etmemenin dışında muaccel olması ile birlikte bağımsız bir nitelik kazanır.⁴⁶⁷ Kanımızca bu nedenle hem gecikmiş ifanın reddi ile olumlu zarar hem dönme sonucu olumsuz zarar istemlerinde etkinliğini gösterecektir. Yargıtay'ın; ceza koşulunun olumlu zarara karşılık geldiğine yönelik kararları bulunmaktadır.⁴⁶⁸ ⁴⁶⁹ Kanımızca; ifade gecikme ve temerrüt sonrasında ek süre verme sürecini işleten alacaklı lehine sözleşmede yer alan ceza koşulu, çoktan bağımsız bir alacak olarak doğmuştur. Alacaklının sonraki süreçte sözleşmeden

⁴⁶² Tunçomağ, Borçlar, 867

⁴⁶³ Kılıçoğlu, 1001.

⁴⁶⁴ Kılıçoğlu, 1002.

⁴⁶⁵ Tunçomağ, Borçlar, 858.

⁴⁶⁶ Y. 4. HD, T. 14.02.1941, 821/503 (Tunçomağ, Borçlar, 858-859).

⁴⁶⁷ Günay, 29; Eren, 1346; Gündüz, 266; Aydemir, 155.

⁴⁶⁸ Y. 3.HD. T. 05.02.2013, E. 2012/18720, K. 1653 (Gündüz, 266, d.635)

⁴⁶⁹ Ceza koşulunun istenilebilmesi sözleşmeden dönülmemesine bağlıdır.- Y. 15. HD, T.08.11.200, S. 2826/4884 (Aydemir, 201).

dönme hakkını kullanması durumunda, olumsuz zararın hesaplanması ceza koşulu tutarı göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Aksi takdirde sözleşmede yer alan türlü ceza koşulları, dönme hakkının kullanılması önünde engel oluşturacaktır. Yeni dönme kuramının benimsendiği olasılıkta ceza koşulu bakımından böylesi bir tartışmaya gerek kalmayacaktır. Sözleşmede yer alan güvenceler ve ceza koşulu dönme sonucunda varlığını sürdürecektir.⁴⁷⁰

Ceza koşulu, olumlu ya da olumsuz zarar tutarından bağımsızdır.⁴⁷¹ Alacaklı hiçbir biçimde zarar görmese de ceza koşulu tutarını isteyebilir. Ceza koşulunun borca aykırılığın sonuçlarını düzenleyen ya da hafifleten bir işlevi ve niteliği bulunmamaktadır. Bu nedenle alacaklının olumlu zarara ilişkin tazminat istemi, ceza koşulu tutarıyla sınırlı değildir. Tazminat ceza koşulu tutarını aşırabilir.⁴⁷² Ceza koşulunu aşan zarar, zarar tutarından ceza koşuluna ilişkin tutarın indirilmesi ile ortaya çıkan tutar ile eş anlamlıdır. Alacaklı ayrıca bir temerrüt faizi isteme olanağı bulmuşsa elde edilen temerrüt faizi de tazminattan düşürülecektir.⁴⁷³ Kanımızca; bu durum temerrüt faizinin kanun kaynaklı bir ceza koşulu olduğunu gösteren başkaca bir kanıttır. Belirli bir tutarda parayı ve eşyayı eş zamanlı olarak ifa edecek olan birinin, ifada gecikmesi durumunda, temerrüt faizini ve ceza koşulunu yine eş zamanlı olarak ödemesi söz konusu olacaktır. Böylesi bir durumda aşan zararların istenilmesi sürecinde; elde edilen ceza koşulu tutarı ve temerrüt faizi tutarı toplam zarar tutarından ayrı ayrı düşülecektir.

Dönme ceza koşulu, diğer ceza koşulu türlerinden ayrık olarak alacağı güvence altına alma amacına yönelik değildir. Sözleşmeden dönme nedeniyle cezalandırma işlevi görür.⁴⁷⁴ Bu nedenle dönme ceza koşulu türünün ödenmesi ile bir tarafın sözleşmeden dönmesi sonucu olumlu zarar isteme olanağı bulunmamaktadır.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 644.

⁴⁷¹ Eren, 1344.

⁴⁷² Eren, 1341.

⁴⁷³ Eren, 1344.

⁴⁷⁴ Eren, 1343.

⁴⁷⁵ Gündüz, 269; Y. 13. HD. 27.10.1988 E. 5516 K. 4981 (Uygur, c.3, 3558-3359); (Gündüz, 269, d.646).

3.2.2 Götürü tazminat

3.2.2.1 Genel olarak götürü tazminat

Götürü tazminat, sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerle borçlunun aykırı davranması durumunda, alacaklının malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın önceden belirlenmesidir.⁴⁷⁶

Sözleşme içi sorumluluk bakımından götürü tazminata yönelik olarak Kıta Avrupası Hukukunda pek az çalışma bulunmaktadır. Bunun nedeni sözü edilen hukuk dizgesini benimsemiş ülkelerde ceza koşulunun daha yaygın olarak kullanmasıdır.⁴⁷⁷ Anglo-Sakson hukukunda götürü tazminat uygulaması, yaygın ve kapsamlıdır. Bunun nedeni ise Anglo-Sakson Hukuk dizgesinde ceza koşulu hukuksal kurumunun bulunmamasıdır.⁴⁷⁸ Türk Hukukunda ise götürü tazminat anlaşmasının yapılabilmesi öğretiyeye göre olanaklıdır.⁴⁷⁹

İsviçre- Alman Hukukunda baskın olan görüş; ceza koşulu ve götürü tazminatın ayrık kurumlar olduğu yönündedir.⁴⁸⁰ TUNÇOMAĞ ve GÜNAY'a göre ceza koşulunun varlığı götürü tazminat uygulamasını gereksiz kılmaktadır.⁴⁸¹

Dört ayrı biçimde götürü tazminat anlaşması öngörülebilir.

Nisbi götürü tazminat anlaşması ile taraflar, alacaklıyı zararın tutarını ispatlama yükümlülüğünden kurtarırlarken istenilecek zararın tutarını kesin olarak belirlemezler. Bu nedenle gerek borçlu gerek alacaklı gerçek zarar tutarının daha az ya da daha fazla olduğunu ortaya koyabilir. Başka bir deyişle; taraflar, sözleşmede zararın tutarı ile ilgili bir karine oluşturur. Sözü edilen karineyi, her iki taraf da çürütebilir. Bununla koşut olarak, alacaklının (mağdurun) zararın gerçek tutarının belirlenmesi ile ilgili birlikte eylem yürütme (collaboration) ödevi bulunmaktadır. Kesin götürü tazminat anlaşması ise taraflar zararın tutarını kesin olarak belirlerler. Bu belirlemeden götürü sözleşmeye aykırılık durumunda ödenecek tutar güvence altına alınmış olur. Sözü edilen olasılıkta hem alacaklının hem de borçlunun gerçek zararın

⁴⁷⁶ Birinci Uzun, 68; Börü Parlak, 197.

⁴⁷⁷ Börü Parlak, 196.

⁴⁷⁸ Larry A. Dimatteo, 'Behavioural Case for Contractual Penalties under the Common Law', European Review of Private Law, 3-2015, 327'den aktaran Börü Parlak, 196.

⁴⁷⁹ Birinci Uzun, 63; Gündüz, 276.

⁴⁸⁰ Börü Parlak, 219.

⁴⁸¹ Tunçomağ, Cezai Şart, 29; Bkz. Günay, 158-161; Börü Parlak, 219.

anlaşmada belirlenen zararlarla örtüşmediğini ortaya koyma olanağı yoktur. Böylesi bir öngörünün geçerliliği ile ilgili sınırlar TBK m. 115 ve 116 ile çizilmiştir. Götürü usulü bir tazminat anlaşmasının, nisbi ya da mutlak olduğunun belirlenmesi bir yoruma dayanır. Zararın belirlenmesi zorsa, ispata yönelik eylemler dava süresini önemli bir biçimde uzatacaksa ya da sürece ilişkin giderler yüksek bir düzeye gelecekse, mutlak bir anlaşmanın varlığı yönünde kanıt olduğu söylenebilir.⁴⁸² Mutlak götürü tazminat anlaşmasına bağlı istemin, ceza koşulundan ayrılan en önemli özelliği; herhangi bir zarar olmadan istenilememesidir. Ceza koşulu istemi, ortada bir zararın bulunmadığı durumlarda gündeme gelebilir.⁴⁸³

En düşük götürü tazminat anlaşması, tarafların isteme hakkı olan en alt tutarın belirlendiği ve ek zararın ispatlanması konusunda sınırlandırılmadığı götürü tazminat anlaşması türüdür. En yüksek götürü tazminat anlaşmasında ise taraflar, alacaklının isteyebileceği en yüksek zarar tutarını belirler. Bunun dışında en yüksek götürü tazminat anlaşması taraflara, gerçek zararın belirlenen zarardan düşük olduğunu ortaya koyabilme olanağı sunar.⁴⁸⁴

3.2.2.2 Götürü tazminatın olumlu zararlar ilişkisi

Götürü tazminat asıl sözleşmeye bağlıdır.⁴⁸⁵ Asıl sözleşmede öngörülmüş bir geçerlilik koşuluna aykırılık durumu var ise götürü tazminat anlaşması da geçersiz olacaktır.⁴⁸⁶

Götürü tazminat ifaya yönelik yararı karşılamayı amaçlar.⁴⁸⁷ Bu nedenle götürü tazminat olumlu zarar yöneliktir.⁴⁸⁸ Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile birlikte götürü tazminat olumsuz zarar kapsamında istenemeyecektir.⁴⁸⁹ Ancak olumsuz zararların karşılanmasına yönelik olarak taraflar, sözleşme ile götürü tazminatı etkin kılabilir.⁴⁹⁰

Borçlunun ödediği götürü tazminat tutarı, alacaklının zarar tutarından yüksek ise zararı aşan bölümün borçlu tarafından istenilmesi olanaklıdır. Ancak borçlu; söz

⁴⁸² Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 437.

⁴⁸³ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 438; Gündüz, 280.

⁴⁸⁴ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 437-438.

⁴⁸⁵ Börü Parlak, 199.

⁴⁸⁶ Börü Parlak, 204.

⁴⁸⁷ Gündüz, 277.

⁴⁸⁸ Birinci Uzun, 228.

⁴⁸⁹ Gündüz, 277.

⁴⁹⁰ Birinci Uzun, 231.

konusu istemi, TBK m. 78 uyarınca kendini borçlu sanarak ödeme gerçekleştirdiğini ortaya koyarak oluşturabilir.⁴⁹¹

Götürü tazminata ilişkin edimin belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. “Tüm borca aykırılık durumlarında götürü tazminat ödenir” anlatımı, götürü tazminat anlaşması olarak görülemeyecektir.⁴⁹² Edimin aynen ya da nakden olarak ve tazminatın sermaye ya da irat biçiminde belirlenmesi gerekir.⁴⁹³

3.3 Olumlu Zarar Kalemleri

3.3.1 İfa edilmeyen edim ve edime bağlı zararlar

Olumlu zarar ögelerinin ana ögesi, ifası gerçekleşmeyen edimin değeridir. İfa edilmeyen edimin nasıl göz önünde bulundurulacağı, fark ya da değişim kuramları üzerinde gerçekleştirilen yeğlemeye göre belirlenecektir.⁴⁹⁴ Alacaklının seçimine bağlı olarak; ifa edilmeyen edimin yerine geçen alım için yapılan giderler, yeni sözleşme kurmaya yönelik giderler, ifa edilmemeye bağlı olarak doğan diğer zararlar kapsamında istenilebilecektir.⁴⁹⁵

3.3.2 Edim dışı olumlu zarar ögeleri

Sözleşmeye konu ana edim dışındaki olumlu zarar ögelerinden başlıcası yoksun kalınan kazançtır. Yoksun kalınan kazanç hem olumlu hem olumsuz zarar ögeleri içerisinde yer almaktadır. Sözleşmeye güven nedeniyle bir başka sözleşme olanağı ötelenmişse ötelenen sözleşmeden kaynaklanan kazanç kaybı olumsuz zarar ögesi olarak görülebilirken⁴⁹⁶ güvenilen sözleşmenin ifa edilmeyeceği anlaşıldığı anda yapılabilecek bir başka sözleşme ile güvenilen sözleşme arasındaki ayırım ise olumlu zarar ögesi olarak görülür.⁴⁹⁷

Yoksun kalınan kazanç hesaplanırken kuşkusuz sözleşme süresi göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁹⁸ Yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde göz önünde

⁴⁹¹ Börü Parlak, 212.

⁴⁹² Gündüz, 281.

⁴⁹³ Birinci Uzun, 73; Gündüz, 281.

⁴⁹⁴ Havutçu, 74; Antalya, 566.

⁴⁹⁵ Havutçu, 74; Antalya, 566.

⁴⁹⁶ Tandoğan, 428.

⁴⁹⁷ Ergüne, 304; Gündüz, 397.

⁴⁹⁸ Barlas, 206; Gündüz, 426, d.297.

bulundurulması gereken bir diğer konu, beklenen kazancın hukuka uygun bir kazanç olmasıdır.⁴⁹⁹

Yoksun kalınan kazanç dışında alacaklı, edimin yerine getirileceği beklentisi ile edim ile ilgili yan alımlar gerçekleştirmiş ve bu alımlar işlevsiz kalmış olabilir. Alacaklı, edimi edinmek için avukat vekalet ücreti, icra gideri, ihtar gideri ve mahkeme harcı gibi yargısal sürece yönelik olan türlü giderleri karşılamak zorunda kalmış olabilir. Edimin gecikmesinden ötürü üçüncü kişilerle sorun yaşanmış ve söz konusu üçüncü kişilerle bozulan ilişkilerin düzenlenmesi için birtakım giderler ortaya çıkmış olabilir. Edimin geç ifasından ötürü alacaklı, üçüncü kişi ile yapılan başka bir anlaşma uyarınca ceza koşulu ödeyebilir. Alacaklı, geciken edimin ifası için belirli ölçüde ek alımlar gerçekleştirmiş ya da yolculuğa ilişkin ek giderleri karşılamış olabilir. Sözü edilen olumlu zarar öğeleri⁵⁰⁰ ve ifanın gecikmesine yönelik yarar kapsamında uygun illiyet bağı içerisinde ortaya konulabilen diğer zarar öğeleri olumlu zarar kapsamında istenebilir. Alman hukukunda bir ayrıklık olarak; temerrüt ihtar için yapılan giderlerin, olumlu zarar (gecikme tazminatı, aşkın zarar da içerisinde olmak üzere) kapsamında istenemeyeceği, öğretisi ve uygulamada benimsenmiştir.⁵⁰¹

3.3.3 Gecikmeyle uygun illiyet bağının bulunması

BGE'nin aynen ifadan vazgeçilmesi ile ona bağlı haklardan da vazgeçildiği ve gecikme tazminatı isteminin bu nedenle oluşturulamayacağı yönünde kararı bulunmaktadır.⁵⁰² Öğretide bu karar olumsuz eleştirilmiştir.⁵⁰³ LEMP'E göre; bu yeğleme, alacaklıyı aynen ifa ve gecikme tazminatından daha elverişsiz konuma sokacaktır. Dolayısıyla borçlu, gecikme tazminatı ödemekten kurtulmak için alacaklıyı gecikmiş ifanın reddine zorlayacaktır.⁵⁰⁴ RUBİNSTEİN'a göre; ifa etmeme, yalnızca gecikmiş edimin hiç ifa edilmemesi biçiminde değil buna koşut olarak edimin zamanında ifa edilmemesi olarak da anlaşılmalıdır.⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ Barlas, 207; Gündüz, 426.

⁵⁰⁰ Bkz. Gündüz, 348-367.

⁵⁰¹ Löwisch, Manfred ve Feldmann, Cornelia, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*, 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), Berlin, Sellier- de Gruyter, 2014'den aktaran Gündüz, 354.

⁵⁰² BGE, 43 II 510 (Havutçu, 69).

⁵⁰³ Lemp P., Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939, 149-150; Schenker, a.g.k., 226; Rubinstein, Die Berechnung des Verspätungsschadens, Ein Beitrag zur Auslegung des Art.107 OR, SJZ.44 (1948), 273'den aktaran Havutçu, 70.

⁵⁰⁴ Lemp, a.g.k., 150'den aktaran Havutçu, 70.

⁵⁰⁵ Rubinstein, a.g.k., 274'den aktaran Havutçu, 70.

Yoksun kalınan kira gelirinin olumlu zarar ögesi olarak istenildiği bir uyuşmazlıkta Yargıtay; sözü konusu istemi, aynen ifaya eklenen gecikme tazminatının kapsamında görerek reddetmiştir⁵⁰⁶ Bu karara karşın Yargıtay'ın yoksun kalınan kazancı kuşkusuz bir biçimde olumlu zarar ögesi olarak gördüğü kararları da bulunmaktadır.⁵⁰⁷

Olumlu zararın giderilmesi bakımından alacaklının dava giderleri, seçimlik hakları kullanabilmek için yaptığı giderler, ifa edilmeyen edimden kullanma ve değerlendirme amacına göre yoksun kalınan kazancı, edimin zamanında yerine getirilmemesinden ötürü alacaklının üçüncü bir kişiye ödediği tazminat (örneğin; ceza koşulu), seçimlik hakkın kullanılmasına kadar alacaklının kendi edimi; bakım, koruma ve sigorta giderlerini gerektiriyorsa bunlara ilişkin giderleri, ifa edilmeyen edim para borcu ise temerrüt faizi ve aşkın zarar, uygun illiyet bağı içerisinde borçludan istenilebilir.⁵⁰⁸

3.4 Olumlu Zararın Hesaplanması

3.4.1 Değişim ve fark kuramları

Zarar verenin ödeyeceği tazminat, hiçbir koşulda gerçekleşen zararın en yüksek sınırını geçemez.⁵⁰⁹ Tazminatın hesaplanması bu nedenle önemlidir. Birkaç bardağın bir mağazada kırılması durumunda zararın hesaplanması kolayken zararın hesaplanması her durumda kolay olmayabilir. EREN'e göre; yoksun kalınan kar, çalışma gücünün kısmen kaybı, basın yoluyla şeref ve hasiyetine saldırı gerçekleşen bir iş adamının itibari zararı gibi zarar türlerinin hesaplanması zordur ya da hesaplanması zarar görenden beklenemez. Hesaplanması zarar görenden beklenilemeyen zarar türleri bakımından yargıca geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Sözü edilen takdir yetkisi daha çok delillerin değerlendirilmesiyle ilgilidir. Ancak zarar tutarının belirlenmesi yönünden de takdir yetkisi geçerlidir.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ Y. 23 HD, T. 21.11.2012, E. 2012/5013 K. 2012/6841.

⁵⁰⁷ Y. 6 HD, T. 21.06.2022, E.2021/5214 K.2022/3491; Y. 6. HD, T.22.02.2022, E.2021/1388, K. 2022/954.

⁵⁰⁸ Havutçu, 75; Antalya, 567.

⁵⁰⁹ Eren, 831.

⁵¹⁰ Eren, 832.

Söz edildiği üzere, olumlu zarara ilişkin tazminat istemi, TBK m. 112'nin bir görünümüdür. TBK m. 114/2 uyarınca tazminat ve zararın hesabında da sözleşme dışı sorumlulukla ilgili olan TBK m. 50 ve devamı uygulanır.⁵¹¹

ÖZ'e göre tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde zararın hesaplanması kolay bir iş olarak görülebilirken karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde birtakım sorunlarla karşılaşmaktadır. Öncelikle, alacaklının kendi ediminin göz önünde bulundurulması ile ortaya çıkan hesaplama yöntemi ile yalnızca ifa edilmeyen edimin göz önünde bulundurulmasıyla yapılacak olan hesaplama yöntemi arasında bir yeğleme yapmak gerekir.⁵¹² Eş deyişle, olumlu zararın istenilmesi için alacaklının kendi edimini yerine getirip getirmemesinin gerekliliği üzerinde tartışma bulunmaktadır. Öğretide bu konuya ilişkin iki ana görüş bulunmaktadır. Bunlar; değişim ve fark kuramlarıdır. Öğretide yer alan üçüncü bir görüş ise edimin yerine getirilmesi konusunda seçimlik bir hak bulunduğu yönündedir.⁵¹³ Değişim ve fark kuramları, olumlu zarar kalemlerinden “ifa edilmeyen edimin değeri” kalemine ilişkin zararın karşılanmasına yöneliktir.

Üçüncü seçimlik hak; alacaklının, fark ya da değişim kuramlarından zararın giderilmesi için kendi yararına olan kuramı seçme olanağının bulunduğuya yöneliktir. Alacaklı, seçimlik hakkı kullanmaz ise fark kuramını seçtiği varsayılır. Ancak borçlu bir süre vererek değişim ya da fark kuramlarından birinin alacaklı tarafından seçilmesini isteyebilir. Verilen sürede seçim hakkı kullanılmaz ise fark ya da değişim kuramları arasındaki seçim hakkı borçluya geçer.⁵¹⁴ Para borçlarında fark kuramı ya da değişim kuramı eş sonucu vereceğinden ötürü seçimin yapmanın etkin bir yönü yoktur.⁵¹⁵

Değişim Kuramına göre; sözleşme konusu edimi reddeden alacaklının tazminat isteminde bulunabilmesi için kendi edimini yerine getirmesi gerekir. Alacaklı kendi edimini yerine getirmediği sürece borçlu, ödemezlik def'ini ileri sürebilecektir. Öğretide doğruluğu kabul edilen fark kuramına göre; alacaklı, edimi yerine getirmek

⁵¹¹ Eren, 1207.

⁵¹² Oğuzman ve Öz, c.1, 394.

⁵¹³ Havutçu, 59.

⁵¹⁴ Antalya, 571.

⁵¹⁵ Antalya, 571.

zorunda kalmadan kendi edimi ile tazminat istemi arasındaki farkı borçludan isteyebilmektedir.⁵¹⁶

ETBK m.188/2’de; ticari satışlarda satıcının temerrüdü durumunda alıcının ifa yerine isteyebileceği tazminatın, öğretide somut yöntem olarak adlandırılan hesaplama biçimi düzenlenmektedir. Öğretide; fark kuramının yasal bir örneği olan bu hesaplama biçiminin *adi* satışlarda da uygulanmasının hakkaniyete daha uygun olacağı ve zararın hesaplanması sürecinde fark kuramının değişim kuramına göre yeğlenmesi gerektiği savlanmaktadır. Bu nedenle ETBK’de yer alan “ticari muamelesinde satıcı” anlatımı TBK’den çıkartılarak yerine “satıcı borcunu ifa etmezse” anlatımı kullanılmıştır. Bu değişiklik sonrası satıcının temerrüdü durumunda alıcı; edim yerine geçecek bir alımı, TMK m. 2 dürüstlük kuralına uygun olarak satın alıp satıcı ile anlaştığı tutar ile dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirdiği alım arasındaki ayrımı satıcıdan isteyebilir.⁵¹⁷

Fark kuramını savunan yazarların bir bölümü, sözleşmedeki karşı edimin yerine getirilip getirilmediğine bağlı olarak ayırım gözetmektedir. *Sınırlı Fark Kuramına* göre; olumlu zararın hesaplanmasında fark yöntemi, yalnızca alacaklının edimini yerine getirmediği durumlarda kullanılabilir. Karşı görüşte olanlar ise alacaklının seçim hakkını kullanmasının fark kuramı uygulamasını daraltmayacağını öne sürmektedir.⁵¹⁸

Olumlu zararın fark ya da değişim kuramına göre istenilmesi, zararın kapsamında değişime yol açmaz.⁵¹⁹ Fark kuramının; işlemleri kolaylaştırması ve tazminat alacaklısının kendi borcunun ifasından kurtulması gibi yararları bulunmaktadır. Ancak kendi borcunu ifadan kaçınan tazminat alacaklısı gerçekte edimi ifa edemeyecek durumda olabilir ya da kendi edimini yüksek ölçüde çıkarına uygun değerlendirmiş ve bunu gizlemiş olabilir. Değişim kuramı, fark kuramının sözü edilen sakıncalarının önüne geçebilir.⁵²⁰

60 çuval un için borçluya 40.000 TL ödemesi gereken alacaklı, aynen ifayı ret etmiş ve olumlu zararı istemişse ve başka bir satıcıdan 60 çuval unu 60.000 TL

⁵¹⁶ Kılıçoğlu, 933-934.

⁵¹⁷ TBK m. 213 gerekçesi. çevrimiçi kanun gerekçesine ulaşım ve kaynak İsviçre Hukuku anlatımı için Bkz. <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-213>, son er. T. 22.09.2022

⁵¹⁸ Antalya, 570.

⁵¹⁹ Havutçu, 114.

⁵²⁰ Oğuzman ve Öz, c.1, 395.

ödeyerek alabilmişse 20.000 TL fazla ödemede bulunmuştur.⁵²¹ 20.000 TL'yi olumlu zarar kalemi olarak isteyebilir.

Karşılıklı edimlerden biri para değilse örneğin; 300.000 TL'lik bir ev ile 400.000 TL'lik bir araç sözleşme gereği devredilecekse ve araç teslimini yüklenen borçlu temerrüde düşmüşse, ifayı ret edip olumlu zarar isteyecek olan taraf (ev devretme borçlusu), değişim kuramı uygulanırsa evi devretmesi karşılığında 400.000 TL araç bedelini isteyebilecektir. Fark kuramı uygulanırsa yalnızca aracın evden artık olan değeri 100.000 TL olumlu zarar olarak istenilebilecektir.⁵²²

3.4.2 Fark kuramında somut ve soyut yöntem

TBK m. 213 değişikliği ile fark kuramının; “yalnızca ticari satımlara özel uygulanabilir bir yöntem olduğu, diğer durumlarda uygulanamayacağı,” savı artık öne sürülmemelidir.⁵²³ TBK m. 213 ile fark kuramının uygulama alanını genişletilmiştir. Bunun dışında, fark kuramı için soyut ve somut hesaplama yöntemleri öngörülmüştür.⁵²⁴ Soyut ve somut zarar giderim anlayışları, ifadan vazgeçilerek olumlu zarar istenildiği durumlara özgü kullanılmak üzere öngörülmüştür. Sözleşmeden dönme yeğlemesi yapılırsa bu yöntemler kullanılamaz.⁵²⁵

3.4.2.1 Somut yöntem

Somut yönteme göre; bir alacaklı ya da alıcı, satın aldığı edimi zamanında edinemeyerek başka bir satıcıdan söz konusu edimi almaktadır. Başka bir satıcıya ödemiş olduğu bedel ile ifade geciken satıcının sözleşmesinde belirlenen bedel arasındaki farkı, söz konusu alıcı tazminat olarak isteyebilir. (TBK 213/2) Buna koşut olarak; satıcı, sözleşmeye konu bedeli zamanında edinemeyerek malı başkasına satabilir. Başkasına satış yaparak elde ettiği değer ile ilk alıcının sözleşmesinde belirlenen bedel arasındaki fark, söz edilen satıcı tarafından tazminat olarak istenilebilir. (236/2) Buna somut ya da müşahhas zarar denilmektedir.⁵²⁶

⁵²¹ Kılıçoğlu, 933.

⁵²² Oğuzman ve Öz, c.1, 396.

⁵²³ Antalya, 569.

⁵²⁴ Antalya, 569.

⁵²⁵ Oğuzman ve Öz, c.1, 398.

⁵²⁶ Oğuzman ve Öz, c.1, 398.

3.4.2.2 Soyut yöntem

TBK 213/3 gereği; Borçlanılan edimin borsada kayıtlı bir fiyatı bulunuyorsa ya da başkaca bir kimseden satın almaya gerek duyulmaksızın piyasada satış bedeli belirli ise sözleşmede belirlenen bedelle ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki fark, tazminat olarak istenilebilir. Koşut olarak satıcı, sözleşmeye konu malı başkaca bir kimseye satmak zorunda kalmış ise ödeme günündeki⁵²⁷ piyasa fiyatı ile satış bedeli arasındaki farkı temerrüde düşen alıcıdan isteyebilir. (TBK m. 236/3)

Örneğin; Bir alıcı, satıcıdan kilosu 15 liradan 1.000 kilo tütün satın almıştır. Satıcının ifada gecikmesiyle temerrüde düşmesinden ötürü alıcı, başka bir satıcıdan eş nitelikte tütünü kilosu 16 liradan satın almışsa kilo başına 1 liradan 1.000 liralık zararı, somut zarardır. Vadede tütünün yürürlükteki fiyatı 16 lira ise alıcı başkasından tütün satın almadan da 1.000 liralık farkı soyut zarar olarak isteyebilir. Ancak yürürlükteki fiyat 14 lira ise alıcı için zarar söz konusu değildir. Alıcının temerrüdünde de ilk anlatımlara koşut olarak; alıcının temerrüde düşmesinden ötürü satıcı tütünleri başka bir alıcıya 13 liradan satmış ise kilo başına 2 liradan 2.000 lira zararı, somut zarar olarak görülmelidir. Bedelin ödenmesi gereken tarihte tütünün yürürlükteki fiyatı 13 liraya düşmüşse bu durumda satıcı, tütünü başkasına satmaya zorunlu olmadan da 2.000 liralık farkı soyut zarar olarak isteyebilir. Ancak yürürlükteki fiyat 16 liraya çıkmışsa satıcının zararı söz konusu olmayacaktır.⁵²⁸

TBK m. 236'da ticari satışlar için kabul edilen fark teorisi, diğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kıyas yoluyla uygulanabilir.⁵²⁹

3.4.3 Para borçlarında olumlu zarar

3.4.3.1 Temerrüt faizi

Faiz borcu, herhangi bir para borcunun zamanında ödenmemesi durumunda doğar.⁵³⁰ Belirli koşullar doğrultusunda temerrüde düşen borçlu, temerrüt faizi ödemek zorunda kalır. Çünkü; temerrüt faizi, temerrüde düşme sonucu kendiliğinden ortaya

⁵²⁷ Ödeme kavramı, yalnızca para borçları için kullanılmaktadır.

⁵²⁸ Oğuzman ve Öz, c.1, 398.

⁵²⁹ Eren, 1265.

⁵³⁰ Atamer, 356.

çıkar. Kanuna ve sözleşme koşullarına koşut olarak faiz kavramına özgü özelliklere göre de biçim alır.⁵³¹

Yasal bir faiz olan temerrüt faizi, alacaklının temerrüt süresince söz konusu parayı kullanamaması nedeniyle uğradığı zararın en alt sınırına karşılık gelmektedir.⁵³² Borçlu ifayı zamanında yerine getirmiş olsaydı bile alacaklının temerrüt faizinden daha düşük faiz getiren ya da faiz getirmeyen bir yere yöneleceğinin ispat edilmesi, temerrüt faizi uygulamasının önüne geçmeyecektir.⁵³³

Temerrüt faizi, temerrüt tarihinden itibaren işlemeye başlar. EREN'e göre; dava ya da takip tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilmelidir.⁵³⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES ve YARGITAY'a göre; dava dilekçesinde temerrüt faizinin istenilmediği durumda ıslahla birlikte temerrüt faizi istenilmişse temerrüt faizi ıslah tarihinden itibaren işletilmelidir.⁵³⁵ Bunun dışında; temerrüt faizinin, yargıcın karar verdiği andan itibaren işletilmesi gerektiği de savlanmaktadır.⁵³⁶

Temerrüde ilişkin kurallar buyurucu olmadığı gibi temerrüt faizine ilişkin kurallar da buyurucu değildir. Ancak TBK m. 121/3 anlatımında, temerrüt faizi üzerine temerrüt faizinin uygulanamayacağı yönünde buyurucu bir kural öngörülmüştür. Bu kurala ayrıklık olarak görülebilecek bir kararında YARGITAY; işlemiş faiz borcunun varlığını ve tutarını onaylayan borçlunun, temerrüt faizine ilişkin alacağını yenileme yoluyla anaparaya ekleyerek anapara alacağına dönüştürme olanağı bulunduğunu ve buna bağlı olarak yeniden temerrüt faizi yürütülebileceğini,⁵³⁷ kararlaştırmıştır.

Sözleşmede belirlenmediği sürece temerrüt faizi, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un⁵³⁸ (KFTK) ikinci maddesinin ilk maddeye yapmış olduğu yollama gereği; %9'dur. KFTK m. 1/2 gereği; Cumhurbaşkanı, bu oranı %10 oranında indirebilir ya da %100 oranında artırabilir.

⁵³¹ Barlas, 124.

⁵³² Velidedeoğlu ve Özdemir, 240; Kılıçoğlu, 896; Ayrıntı İçin Bkz. Barlas, 124-186.

⁵³³ Tandoğan, 485; Gündüz, 242.

⁵³⁴ Eren, 1246.

⁵³⁵ Pekcantez, Atalay ve Özekes, 629; Y. 9. HD, T. 27.10.2022, E. 2022/12640, K. 2022/13476.

⁵³⁶ Oğuzman ve Öz, c.1, 401.

⁵³⁷ Y. HGK, 31.03.2004, E. 2004/12-162, K. 2004/183, (İBD, c. 79, S.2005/1, 145; Nomer, 349-350).

⁵³⁸ RG, T.19.12.1984, S.18610.

KFTK m. 2/3 gereği; sözleşmesel faiz oranı belirlenmiş ancak temerrüt faizi belirlenmemişse temerrüt faizi, karşılaştırılan sözleşmesel faizden düşük olamaz.

TBK m. 120/2 gereği; sözleşme ile karşılaştırılacak temerrüt faiz oranı KFTK ile belirlenen faiz oranının %100'ünü aşamaz. Bu nedenle en yüksek sözleşmesel temerrüt faiz oranı %18 olacaktır.

Ticari işlerde; TTK madde 8 gereği; taraflar, bir sınırlamaya bağlı olmadan faizi karşılaştırabilecektir. Anlatımda yer alan faiz hem sözleşmesel faizi hem temerrüt faizini kapsamaktadır.⁵³⁹ Ancak; ekonomik özgürlüğe, ahlaka, dürüstlük kuralına, kişilik haklarına aykırı olan belirlemeler geçersiz sayılacaktır. Bunun dışında, belirlenen faiz oranının aşırı yararlanma ya da yanılma olarak nitelendirilmemesi gerekir.⁵⁴⁰ Karşılaştırılan faiz oranı aşırı yüksek görülürse yargıç, ceza koşulunda olduğu gibi temerrüt faizinde indirimde gidebilecektir. ETBK, adi işler bakımından da indirim uygulamasını öngörmekteydi. TBK m. 120/2 ile adi işlere özgü buyurucu kural getirilmiştir.⁵⁴¹ Ticari işlerde, sözleşme ile karşılaştırılacak faiz oranını sınırlayan buyurucu kural ise TTK m.1530/7 gereği; Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) tarafından belirlenen Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemelerde Uygulanacak Temerrüt Faiz Oranıdır. 2022 Ocak ayında duyurulan oran %17,25'dir.⁵⁴²

Öğretide baskın olarak temerrüt faizinin bir tazminat olduğu görüşü⁵⁴³ benimsenmekle birlikte GÜNDÜZ, temerrüt faizinin kanundan kaynaklanan bir ceza koşulu olduğunu savunmaktadır.⁵⁴⁴ Kanımızca; GÜNDÜZ'ün görüşü yerindedir. Temerrüt faizi; zarar isteminin oluşturulması için alacaklının zararını ispat etmesinin gerekmemesi, özelliğinden ötürü ceza koşulu ile benzeşmektedir. Bunun dışında temerrüt faizinin, kusura dayanmaması eş deyişle borçluya kusuru olmadığını ortaya koyup tazminattan kurtulma olanağını tanımaması özelliği de bulunmaktadır. Bu özellik, temerrüt faizinin kanundan kaynaklanması nedeniyle sözleşmesel olarak

⁵³⁹ Eren, 1114.

⁵⁴⁰ Eren, 1112.

⁵⁴¹ Nomer, Borçlar, 350.

⁵⁴² Son Erş. T. 03.09.2022:

<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Piyasa+Verileri/TK+Md.+1530>

⁵⁴³ Eren, 1245; Barlas, 135; Nomer, 345; Ayrancı, 70.

⁵⁴⁴ Gündüz, 288.

öngörülen ceza koşullarına göre daha elverişli bir konumda olması gerektiği düşüncesine dayandırılabilir.

Kanımızca; temerrüt faizini tazminat istemi olarak gören görüş; olumlu zarar istemi kapsamında olan aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme seçimlik hakkının para borçlarındaki karşılığını, aynen ifaya ek olarak temerrüt faizi olarak görmektedir.⁵⁴⁵ Oysa temerrüt faizini aşan zarar için aşkın zarar isteminde bulunulabilir.

Kanundan kaynaklanan temerrüt faizi oranının üzerinde bir faiz kararlaştırmış olduğu durumlarda, borçlunun temerrüdü söz konusu olursa aşkın zarar isteminden vazgeçmiş olduğu varsayılmaz. Bu durum, ceza koşulunun kararlaştırılmış olmasının, ceza koşulunun karşılayamadığı zararın istenmesine engel olmadığı kuralıyla koşutluk gösterir.⁵⁴⁶

Aşkın zarar, temerrüt faizi aracılığı ile karşılanamayan zarar bölümü için istenilebilirken olumlu zarar, ceza koşulu ile giderilemeyen zarar bölümü için istenilebilecektir. Kanımızca; bu durum, temerrüt faizinin ceza koşulu ile benzeşen başka bir yanıdır.

3.4.3.2 Aşkın zarar

Alacaklının elde ettiği temerrüt faizi zararını karşılamaya yetmiyorsa borçlu ek aşkın(munzam) zarar ödemekle yükümlü olur. Ancak borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ve ifanın kendisine yüklenemeyecek nedenlerden ötürü geciktiği ortaya koyarsa aşkın zararı karşılamaktan kurtulabilir.⁵⁴⁷

*Davalı bankanın; zorunlu olan tüm ögeleri taşıyan çeki, ortaklığın gerçek yetkililerince imzalanıp imzalanmadığını denetleme yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle, kusuru olmayan bankanın aşkın zararı karşılaması beklenilmez.*⁵⁴⁸

Fiili(eylemli) zarar ve yoksun kalınan kazanca ilişkin kurallar, aşkın zarar bağlamında ayrılık göstermez. Söz konusu kurallar eş bir biçimde aşkın zarar da geçerlidir.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ Gündüz, 288.

⁵⁴⁶ Kılıçoğlu, 905.

⁵⁴⁷ Nomer, 360.

⁵⁴⁸ 11. HD, 07.06.2007, E. 2007/2787, K. 2007/8730, (Nomer, 361).

⁵⁴⁹ Kılıçoğlu, 905.

Beklenmeyen durumda borçlu, temerrüt faizini ödemekle yükümlüdür. Ancak borçlu kusuru olmadığını ortaya koyarsa aşkın zarar istenilmemelidir.⁵⁵⁰

Aşkın zararın kusur ögesi dışında temerrüt faizinden ayrılan özelliği; alacaklının, edindiği temerrüt faizini aşan bir zararının olduğunu ortaya koymakla yükümlü olmasıdır.⁵⁵¹ Paranın kullanılmaması, para şişkinliği gibi ana nedenler dışında YARGITAY'ın; “borçlunun temerrüde düşmesi sonucu alacaklı, bankadan kredi almış ve ödemenin yapılmamasından ötürü sıkıntıya düşmüş ise o tarihte kredi almasının zorunlu olup olmadığı araştırılarak aşkın zarara uğrayıp uğramadığı saptanmalıdır,” biçiminde üçüncü kişilere karşı oluşan zararların da kapsam içerisine alınması gerektiği yönünde kararı bulunmaktadır.⁵⁵²

Yüksek para şişkinliği yaşanan ülkemizde, temerrüt faizi para şişkinliği nedeniyle gerçekleşen zararları karşılayamıyorsa alacaklı, karşılanmayan bölümü isteyebilmelidir.⁵⁵³ Para şişkinliğini gösteren bilinen ve tanınmış olgularla zararın temerrüt faizini aştığı kanıtlanabilmelidir.⁵⁵⁴ Tek başına para şişkinliği öne sürülerek temerrüt faizini aşan aşkın zararın istenilebileceği öğretisi yaygın olan görüştür.⁵⁵⁵ Buna karşın YARGITAY'ın; “havale bedelinin eline geç ulaşmasından dolayı ne gibi bir zarara uğradığı kendisine sorulmadan, ispat yükü ilgili kişiye yükletilmeden yalnızca eşya fiyatlarındaki artış oranı göz önüne alınarak davacının zarara uğradığının kabul edilmesi eksik inceleme doğurmuştur. Bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir,” yönünde kararı bulunmaktadır.⁵⁵⁶ Yargıtay bu eğilimde; aşkın zararın ortaya konulması için bilinen ve tanınmış olgular yerine olaya göre somut ögeler aramaktadır.⁵⁵⁷ Son durumda YARGITAY, somut delillerle aşkın zarar saptanması uygulamasını öteleyip yüksek para şişkinliği nedeniyle para değerinin düşmesi ve mevduat faizlerinin ya da devlet tahvillerinin temerrüt faizinden yüksek olduğu durumlarda aşkın zararın varlığını doğrudan kabul etmiştir.⁵⁵⁸

Değerdüşürümü ve yabancı para borçlarında ortaya çıkan kur kaybı gibi nedenlerden ötürü aşkın zarar istenilebilir. Değerdüşürümü durumunda; yatırım gideri

⁵⁵⁰ Atamer, 357.

⁵⁵¹ Eren, 1253.

⁵⁵² Karar yayınlanmamıştır. (Eren, 1254).

⁵⁵³ Ayrancı, 169; Kılıçoğlu, 908.

⁵⁵⁴ Kılıçoğlu, 909.

⁵⁵⁵ Barlas, 212; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 943; Gündüz, 179.

⁵⁵⁶ Y. 15. HD. T. 25.04.2018, E. 2017/2736, K. 2018/1742 (Gündüz, 179).

⁵⁵⁷ Oğuzman ve Öz, c.1, 500.

⁵⁵⁸ Y. 15. HD, T. 15.3.2021, E. 2020/967, K. 2021/859, (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 638).

ve değerdüşürümü sonrası gider arasındaki fark istenebilecekken⁵⁵⁹ hem kur kaybı hem değerdüşürümünde alacaklı, zamanında ifa gerçekleşseydi ülke parasını yabancı paraya çevireceğini ortaya koyabilirse bu konulara ilişkin aşkın zararı isteyebilecektir.⁵⁶⁰

AYRANCI; faiz istemlerinin saklı tutulmaması ile bu hakkın ortadan kalkmasına karşın aşkın zararda bu durumun söz konusu olmadığını öne sürmektedir.⁵⁶¹ KILIÇOĞLUNA göre; TBK m. 122 anlatımından böylesi bir sonuca ulaşamaz. Hakkın saklı tutulmaması örtülü vazgeçme olarak görülebilir. Nitekim ilk dava, kısmi dava değil tam dava olarak görülür.⁵⁶² YARGITAY; “zarar görenin ilk davasında fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması gerektiği” görüşündedir.⁵⁶³

Yargıç, yalnızca karar anındaki aşkın zararı değil, saptaması olanaklı diğer olası zararların da tazminine karar verebilir. Karar anında gerçekleşeceği belli olan olası zararın belirlenmesi olanağı, yalnızca para borçlarına özgü değildir. Yargıç, diğer tazminat türleri bakımından da göz önünde bulundurabilir.⁵⁶⁴

3.4.3.3 Yabancı para borçlarında

TBK m. 99 gereği; konusu para olan borç kural olarak ülke parasıyla ödenir. Ancak bu buyurucu bir kural değildir. Taraflar, Türk Lirası (TL) dışındaki bir para birimini ödeme aracı olarak kararlaştırabilirler. Bu durumda borçlunun seçimlik hakkı bulunmaktadır. Borçlu ister doğrudan yabancı para birimi üzerinden ister ödeme günündeki TL karşılığı üzerinden ödemede bulunabilir. Alacaklının bu ödemeyi kabul etmemesi durumda alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır. Borçlunun ödemeyi geciktirdiği durumda sözü edilen seçimlik hak, alacaklıya geçecektir. Alacaklı ister TL olarak ister yabancı para biriminin ödeme günündeki TL karşılığı üzerinden ödemeyi isteyebilecektir.⁵⁶⁵

Yabancı para borçlarında temerrüt durumunda KFTK m. 4(a): *“Sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para*

⁵⁵⁹ Ayrancı, 174; Kılıçoğlu, 909.

⁵⁶⁰ Kılıçoğlu, 909

⁵⁶¹ Ayrancı, 143.

⁵⁶² Kılıçoğlu, 919.

⁵⁶³ Y. HGK, T. 26.3. 1986 E. 1984/4-797 K. 1986/299 (Kılıçoğlu, 919).

⁵⁶⁴ Tandoğan, 489; Oğuzman ve Öz, c.1, 501-502; Gündüz, 180.

⁵⁶⁵ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 383.

borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.”

3.4.3.4 Kripto paralarda olumlu zarar istemi

Blokzincir uygulayım bilim (teknoloji) olanağı ile birlikte yaşamımızda etkinlik kazanan kripto varlıklarını öbeklendirmek, yazılımcıların yaratıcılığına bağlı olarak gelişim gösterdikleri için oldukça güçtür.⁵⁶⁶ Yine de YÜKSEL VE GÜÇLÜTÜRK; parasal kripto varlıklar, menkul kıymet benzeri kripto varlıklar ve hizmet amaçlı kripto varlıklar olmak üzere üçlü bir ayırım oluşturmuştur.⁵⁶⁷

Parasal kripto varlıkları eş deyişle kripto paraları, etkinliğini sürdüren düzenlemelere göre bir ödeme aracı olarak değil, ifa aracı olarak değerlendirmek gerekir. Söz edildiği üzere “ödeme kavramı” para borçlarına özgüdür.⁵⁶⁸ TCMB tarafından çıkarılan “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik⁵⁶⁹ gereği; kripto paralar, para olarak değerlendirilmemektedir. Ortada bir para değeri olmadığı için para borcuna özgü yasalar etkinlik kazanamayacaktır.⁵⁷⁰ Bu nedenle temerrüt faizinin de kripto paralar üzerinde uygulanma olanağı bulunmayacaktır.

Kripto paraların hukuksal niteliği gereği sözleşmelerde ödeme aracı olarak kullanılmaması bir yana ifa aracı olarak bile kullanılamayacağına ilişkin tartışmalar bulunmaktadır.⁵⁷¹ Kanımızca; kripto paraların hukuksal niteliği, TCMB’nin çıkardığı bir yönetmelikle belirlenmiştir ve bundan ötürü sözleşmelere getirilmiş herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. TBK m. 12 gereği; sözleşmelerde *şekil serbestliği* ilkesi geçerlidir. Kanunda yer alan bu maddeye karşın sınırlandırmalar yine kanunla olmalıdır. Yönetmelikler aracılığı ile sözleşmelere getirilen şekil şartları göz önünde bulundurulmamalıdır. Bu nedenle taraflar sözleşme ile kripto paraları ifa aracı olarak belirleyebilirler.

Kanımızca; kripto paralar her ne kadar para olarak görülme de piyasada değeri olan bir ifa aracıdır. Edim konusu kripto para olan bir sözleşmede olumlu zarar,

⁵⁶⁶ Yüksel ve Güçlütürk, 184.

⁵⁶⁷ Bkz. Yüksel ve Güçlütürk, 184-187.

⁵⁶⁸ Kılıçoğlu, 689.

⁵⁶⁹ RG. T. 16.04.2021, S.31456.

⁵⁷⁰ Kapancı, 130.

⁵⁷¹ Bkz. Üzümcü ve Yıldırım, 280-281.

soyut yöntemle istenilmelidir. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde diğer zarar ögeleri ayrıca ispatlanarak istenilebilir.

3.4.3.5 Kambiyo senetlerinde temerrüt durumunda olumlu zarar istemi

Taraflarca vadenin önceden belirlenmesinden ötürü kambiyo senetlerinde borçlu temerrüdü söz konusu olursa ihtar gerek yoktur.⁵⁷² Ancak ihtar gönderilmiş olsa bile temerrüt sonucu doğmayabilir. Çünkü kambiyo senedi, alacaklının borçluya senedi bizzat sunması koşuluyla ödenir. (TTK m. 708)⁵⁷³(ETTK m. 620). Alacaklı borçluya senedi sunmadığı sürece vade gelmiş olsa bile temerrüt sonucu doğmaz.⁵⁷⁴

Kambiyo senetleri özünde para borcunu içermesinden ötürü temerrüt durumunda vade tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilir.⁵⁷⁵

3.4.4 Olumlu zararın hesaplanacağı an

3.4.4.1 Genel olarak zararın hesaplanma anı

Öğretide zararın istenileceği zaman tartışmalıdır. Zarar verici olayın doğduğu tarih, davanın açıldığı tarih ya da yargıcın karar verdiği tarih zararın hesaplanacağı an olarak görülebilir. Türk-İsviçre hukuk öğretisinde baskın olan görüş; yargıcın karar verdiği anın göz önünde bulundurulmasıdır.⁵⁷⁶ TBK m. 75 gereği; bedensel zararlarda, zarar hesaplanırken yargıcın karar vereceği anın göz önünde bulundurulması kural olarak belirlenmişken baskın olan öğreti görüşü bu kuralın diğer zarar türleri bakımından da uygulanması gerektiği yönündedir.⁵⁷⁷ Türk hukuku uygulaması ise öğretideki görüşlerden ayrı olarak zarar verici olayın gerçekleştiği anı öne çıkarmakta ve yeğlemektedir.⁵⁷⁸

3.4.4.2 Temerrüt durumunda zararın hesaplanma anı

Temerrüt durumunda olumlu zararın hesaplanma anı olarak, İsviçre uygulamasında vazgeçme beyanının ulaştığı an yeğlenmektedir.⁵⁷⁹ Buna karşın

⁵⁷² Akıncı, 40.

⁵⁷³ Kılıçoğlu, 875.

⁵⁷⁴ Bizzat, noter ya da banka aracılığı ile sunulması zorunluluğu bulunmaktadır.- Y.13. HD. T. 22.12.1986 E.5621, K.6497 (Uygur, c. 3, 3053-3054; Kılıçoğlu, 875).

⁵⁷⁵ Y. 12. HD. T. 2.5.2000, E. 2000/6247, K. 2000/7201 (Akıncı, 44).

⁵⁷⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 602; Tandoğan, 265; Eren, 833.

⁵⁷⁷ Tunçomağ, 460; Eren, 834.

⁵⁷⁸ Y. 4.HD, T.02.12.1972, E.7606, K.10156 (Tunçomağ, Borçlar, 460; Eren, 834).

⁵⁷⁹ BGE 120 II 296 E.3b; 45 II 274 E.2; 45 II 283 E.4 (Antalya, 567).

temerrüt anı ile vazgeçme beyanının ulaştığı an arasında alacaklıya bir seçim hakkı verilmesi gerektiğini savunulmaktadır. Bu görüşlerin dışında; muacceliyet anının, temerrüt anının ya da karar anının göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁵⁸⁰

İfanın reddi sonucu kural olarak olumlu zarar, ifadan vazgeçtiği ana göre hesaplanır.⁵⁸¹ İfadan vazgeçme, verilen ek süre dolmadan bildirilmişse sürenin sona erdiği an göz önünde bulundurulur.⁵⁸² İhtara gerek olmayan durumlarda, temerrüt anındaki olumlu zarar tutarı tazminat istemine konu olmalıdır.⁵⁸³

Borçlunun temerrüde düşme anından alacaklının ifayı ret ettiği ana kadar ifanın değerinde bir artış ortaya çıkarsa bu istenilebilir. Ancak gecikmiş ifayı ret sonrası değer artışları hesaba alınmaz. Çünkü, alacaklı ifadan vazgeçerek değer artışlarından da vazgeçmiş olur.⁵⁸⁴ Sözleşmeye konu ana edimin değeri bakımından BGE ve YARGITAY'a göre; ifadan vazgeçilme anı göz önünde bulundurulur.⁵⁸⁵

Alacaklının, bu yeğlemeyi yapmadan önce, kendi açısından olumlu zararını ispat edebileceğinden – ki, bu bazen zordur ve bunun olumsuz zarardan daha yüksek olduğundan emin olması yararınadır. Zira, bir kez seçim yapan alacaklı, sonradan olumsuz zararın daha uygun olduğunu (gerek ispat olanağı gerekse tutar bakımından) ayırdına varsa da yeğlemesini değiştiremeyecektir.⁵⁸⁶ Bu aşamada, hesaplama ile ilgili açıklamaların dışında belirtmek gerekir ki; ilke olarak zarar, olayın gerçekleştiği yerdeki değer göz önünde bulundurulur.⁵⁸⁷

Temerrüt için edimin asli ya da yan edim yükümlülüğü olmasının önemi yoktur. Yan edimin ifası tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ilişkisi içerisinde ise yan edime dayanılarak temerrüde ilişkin haklar kullanılabilir. Ancak yan edimin ifasında temerrüt nedeniyle asıl edim üzerinden olumlu zarar istenemez.⁵⁸⁸

⁵⁸⁰ Antalya, 567.

⁵⁸¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 962; Tandoğan, 502; Antalya, 568.

⁵⁸² Gündüz, 467.

⁵⁸³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 962; Y. 15. HD. T. 14.10.2005 E. 2005/5335 K.2005/5448 (Gündüz, 467).

⁵⁸⁴ Tunçomağ, Borçlar, 949-950.

⁵⁸⁵ BGE120 II 296 E. 3b; Y. 13. HD, T: 28.6.1985, 1899/4520 (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 649).

⁵⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 460.

⁵⁸⁷ Eren, 835.

⁵⁸⁸ Havutçu, 43.

3.4.5 Yapma borçlarında zarar istemi

TBK m. 113 uyarınca alacaklı, giderleri borçluya yükletilerek edimin kendisi ya da bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesini yargıçtan isteyebilir.

TBK m. 113’de yer alan bu hak, *nama ifa* olarak da adlandırılmaktadır. Nama ifa istemi için borçlunun kusuru aranmaz. Bu durum, aynen ifa istemi ile benzeşmektedir. Kanımızca, TBK m. 113’de yer alan olanak aynen ifa kapsamında değerlendirilmelidir.

FURRER, MÜLLER-CHEN, ÇETİNER; TBK m. 113’de yer alan seçeneği, TBK m. 125/2 ‘de yer alan seçimlik hakların dışında alacaklıya tanınan ek bir hak olarak nitelendirmektedir. Aynen ifadan vazgeçildiği için de bu hakkın kullanılması için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerektiğini ve temerrüt üzerine seçimlik haklarda olduğu gibi ek süre verilmesinin yerinde olacağını savlamaktadır.⁵⁸⁹ YARGITAY, *nama ifayı* aynen ifa olarak görmekte ve süre verilmesi koşulunu aramamaktadır.⁵⁹⁰

Kanımızca; Yargıtay’ın görüşü yerindedir. TBK m. 113’e göre istemde bulunan borçlu öncelikle aynen ifayı amaçlamaktadır. Alacaklı ifadan vazgeçmemiştir. Edimin eksik kalan bölümünün aynen ifası için ek süre vermeye gerek yoktur. Öte yandan alacaklı TBK m. 113 doğrultusundaki istemi zaten yargıca başvurarak oluşturmaktadır. İhtarın yerine geçen durumlar içerisinde icra takibi⁵⁹¹ yapmak ve dava açmak durumları da hemen hemen tüm öğretici kaynaklarında benimsemektedir. “*TBK m. 113 istemi, borçlu temerrüde düşmeden oluşturulamaz*”⁵⁹² söyleminin de bir işlevi bulunmamaktadır.

Yapma borçlarına yönelik olarak alacaklının açıklanan nedenlerle TBK m. 113’deki yönetime başvurusu, TBK m. 125’de yer alan seçimlik haklara karşın edimin eksik kalan bölümünün istenilmesi aşamasında kusurun aranmamasından ötürü daha elverişlidir. İstem yargıçtan istenilmesi bakımından ise daha zorlayıcıdır. Son olarak belirtmek gerekir ki; aynen ifa kapsamında değerlendirilen TBK m. 113 istemi kusura

⁵⁸⁹ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 655.

⁵⁹⁰ Y.23. HD, T. 10.10.2018, E.2015/8897 K.2018/4622 (Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 655).

⁵⁹¹ “İcra koğusturması” (Tunçomağ, Borçlar, 30).

⁵⁹² Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 655.

bağlı değilken bu istem kapsamında borçlunun gecikmesine bağlı ek zararlar kusura dayanarak istenilebilir.⁵⁹³

3.4.6 Temerrüt sonrası imkânsızlık

Temerrüt sonrası edimin yerine getirilmesi olanaksızlaşmış olabilir. Bu durumda temerrüt sona erer ve *imkânsızlık* hükümleri uygulanır. TBK m. 118 gereği; temerrüt süreci içerisindeki *imkansızlıktan* kusuru bulunmasa bile borçlu sorumludur.⁵⁹⁴

İmkânsızlık anına kadar temerrüt, *İmkânsızlık* sonrası *imkânsızlığa* ilişkin hükümler uygulanmalıdır. TBK m. 119 gereği; beklenmeyen durum sonucu oluşan sorumluluktan borçlu, kusuru olmadığını ortaya koyarak kurtulabilir. Bu durumda borçlunun kusuru olmadığı ortaya konulmadığı sürece, temerrüt içerisinde yerine getirilmesi olanaksızlaşan edimden ötürü borçlu, kusuru olup olmadığına bakılmaksızın *İmkânsızlıktan* (TBK m. 112) sorumlu tutulacaktır. Borçlu, temerrüt durumu açısından kusuru olmadığını ortaya koymuşsa ancak *İmkânsızlıkta* kusuru bulunuyorsa TBK m. 112 kapsamında olumlu zararı gidermelidir. Kusur bulunmuyorsa TBK m. 136 kapsamında giderim yükümlülüğü bulunmayacaktır.⁵⁹⁵

3.5 Olumlu Zarardan Sorumluluk

3.5.1 Genel olarak

İfa yararı yalnızca edimin yerine getirilmemesinden doğan zararlarla sınırlı değildir. Edimim sözleşmeye uygun yerine getirilmesiyle doğmayacak olan zararların doğmamasına yönelik yararı da kapsamaktadır.⁵⁹⁶ Maddi zarar, alacaklının malvarlığındaki artışı engelleme eksilmeyi arttırma biçiminde ortaya çıkabileceği gibi malvarlığının olası çoğalmalarına engel olma durumunu da kapsar.⁵⁹⁷

Olumlu zarar kapsamına ifa edilmeyen edimin yanında gecikmeyle uygun illiyet bağı içerisinde olan tüm zararlar girer.⁵⁹⁸ Borcun ifa edilmesi durumunda

⁵⁹³ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 656.

⁵⁹⁴ Oğuzman ve Öz, c.1, 488.

⁵⁹⁵ Gündüz, 122-123.

⁵⁹⁶ Havutçu, 68; Antalya, 565.

⁵⁹⁷ Tunçomağ, Borçlar, 808.

⁵⁹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 855; Havutçu, 69.

alacaklının elde edeceği yarara karşılık gelmesinden ötürü *ifanın surrogatı da* denilmektedir.⁵⁹⁹

Olumlu zarar yalnızca temerrüt sonrası ifanın reddi ile birlikte istenilmez. Olumlu zarar; borçlunun kusuru nedeniyle borcun ifasının sonradan objektif ve kesin bir biçimde *imkansız* duruma gelmesinde, öğretide tartışmalı olmasına karşın sözleşmeden önceki *imkansızlık* durumunda, dar anlamda ifa etmeme sayılacak kötü ifa durumunda, borçlu temerrüdünde aynen ifaya ek olarak istenilebilecek gecikme tazminatında, *culpa in contrahendo* gibi ifa ve edim yükümlülüklerinden ayrık olan borç ilişkilerinden doğan sorumlulukta gündeme gelebilir.⁶⁰⁰ Bunların dışında; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü nedeniyle gecikmiş ifanın reddi sonucu istenilecek olumlu zarar, iş bu çalışmanın ana konusudur.

Temerrüde ilişkin kurallar buyurucu değildir. Taraflar sözleşme ile temerrüdün koşullarını kanunda belirlenenden ayrık olarak düzenleyebilir. Olumlu zarar istemine ilişkin sorumluluğu kaldırabilirler. Ancak sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin buyurucu hükümler bulunmaktadır.⁶⁰¹

3.5.2 Sürekli edimli sözleşmelerde olumlu zarar

EREN'e göre; sürekli edimli sözleşmede edimin, zaman yönünden kesintisiz ve aralıksız bir devamlılık içerisinde olması gerekmez. İfa belirli ve hukuksal yönden birlik gösterecek biçimde uzun bir zaman içerisinde yerine getirilmelidir. Borçlu sürekli bir davranışla borcunu yerine getirebiliyor olmalıdır. İşçinin devamlı hizmet edimi ve taşınmazın kiracının kullanımına sunulması, yapma borçlarına ilişkin sürekli edimler olarak görülebilirken yarışım⁶⁰² (rekabet) yasağı yapmama borcuna örnek olabilecek sürekli bir edimdir. Sözleşmenin uzun süreli olması edimi doğrudan sürekli edim duruma getirmez. Örneğin; vekalet ve eser sözleşmelerinde ifa bir anda ve bir defada gerçekleşir.⁶⁰³

⁵⁹⁹ Serozan, Dönme, 632; Ergüne, 57. (surrogat- yerini alan- karşılık gelen)

⁶⁰⁰ Gündüz, 105.

⁶⁰¹ Havutçu, 97.

⁶⁰² Velidedeoğlu ve Özdemir, 506.

⁶⁰³ Eren, 111.

SEROZAN'a göre; ifadaki yarar değil, borçlunun eylemleri öne çıkarılarak sürekli edim saptanabilir. İfa eylemleri zaman içerisine yayılmışsa sürekli borç ilişkisinin varlığından söz edilebilir.⁶⁰⁴

FURRER/MÜLLER-CHEN/ÇETİNER göre; sözleşmeye adını koyan edimdir. Her iki tarafın ediminin sürekli olması gerekmez. İfa yerine getirilse bile sözleşme fesih edilene ya da süresi dolana kadar devam eder.⁶⁰⁵

TÜMERDEM'e göre uzun sürekli bir borç ilişkisi doğrudan sürekli edimli sözleşme sonucunu doğurmaz. Taksitle satış sözleşmeleri uzun solukludur ancak sürekli edimli sözleşme olarak görülmemelidir.⁶⁰⁶

Sürekli edimli sözleşmelerde gecikmiş ifanın reddi sonucu TBK m. 126 anlatımından alacaklının tazminat istemi üzerinde sınırlama getirilmek istenmediği sonucu çıkarılabilir. Bu nedenle olumlu ya da olumsuz zarar türlerinden her ikisi de istenilebilir. Ancak kural olarak fesih durumunda ileriye dönük olarak sözleşme son bulacağı için olumlu zarar etkin olacaktır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi bu kurala karşı bir ayrıklık olarak görülebilir.⁶⁰⁷

Karşılıklı olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan ölünceye kadar bakma sözleşmesi için TBK m. 617 her ne kadar fesihten söz etmişse de kusurlu olan tarafın aldıklarını geri vereceğine ilişkin anlatımdan ötürü geçmişe etkili olarak son bulur⁶⁰⁸ ve teknik olarak dönmedir.⁶⁰⁹

Fesih, olağan ve olağan üstü olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan fesih sözleşme gereği bir önel aracılığı ile sözleşmenin fesih edilmesine karşılık gelir. Bu durumda tazminat söz konusu olmayacaktır. Olağan fesih olanağı, yalnızca belirsiz süreli sözleşmelerde bulunmaktadır.⁶¹⁰ Olağanüstü fesihte ise öngörülemeyen durumlardan ötürü borç ilişkisinin dayanaksız kalması söz konusudur. Taraflar açısından sözleşme katlanılamayacak duruma gelebilir. Olağanüstü- olağan fesih arasındaki en önemli ayrım, bir nedenin gerekliliği üzerinedir.⁶¹¹

⁶⁰⁴ Serozan, Dönme, 164; Doğan, 392.

⁶⁰⁵ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner, 34.

⁶⁰⁶ Tümerdem, 281.

⁶⁰⁷ Doğan, 409.

⁶⁰⁸ Y. HGK E. 2013/2400 K. 2014/68 (Tümerdem, 276).

⁶⁰⁹ Ergüne, 254; Tümerdem, 277.

⁶¹⁰ Antalya, 604.

⁶¹¹ Gündüz, 233.

Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeye aykırılık kapsamında ortaya çıkan zararlar, ifanın reddedilmesine gerek olmadan yine olumlu zarar kapsamında istenebilir. Ancak bu durum, sözleşmenin olumlu ihlali öbeğinde değerlendirilmelidir. Sürekli edimli sözleşmelerde gecikmiş ifanın reddi ve olumlu zarar istemi, ileri dönük olarak söz konusu olabilir. Böylesi bir durumda edimlerin iadesi söz konusu değildir.⁶¹² Zarar ögeleri bakımından ani edimli sözleşmelere göre neredeyse eşlik gösterir.⁶¹³

Sürekli edimli sözleşmelerde genellikle değişim kuramı etkinlik göstermez. Örneğin; kiracının, kira ödemesinde gecikmesi sonucu kendi edimlerinin geri verilmesini istemesi söz konusu olmayabilir. Bu durumda fark kuramı etkinlik kazanacaktır. Ancak kira ödemesini toplu bir biçimde gerçekleştiren kiracı, kiralananın kullanımına erişemez ise değişim kuramına göre tazminat istemi, etkinlik kazanacaktır.⁶¹⁴

3.5.3 Ard-arda teslimli sözleşmelerde olumlu zarar

Ard arda teslim içeren sözleşmelerde teslim edilecek her bölümün ifa tarihi ayrıdır. İfade gecikme durumunda alacaklı kural olarak teslim edilmeyen her bölüm için ayrı ayrı direngen olur. Geciken ifanın reddi ve zarar isteme süreci yalnızca ifa edilmeyen bölüme ilişkin olarak yürütülebilir. Ancak borçlunun davranışlarından kalan bölümlerin de ifa edilmeyeceği anlaşılıyorsa alacaklı tümüyle sözleşmeden dönebilir.⁶¹⁵

HAVUTÇU'ya göre; ard arda sözleşmelerde olumlu zarar istemi bakımından değişim kuramının uygulanmasında sorun bulunmamaktadır. Ancak fark kuramının uygulanabilmesi için edimin bölünebilir ya da önceden ifa edilmemiş olması gerekir.⁶¹⁶ Borçlunun eylemlerinden bölünebilir edimlerden kalanın da ifa edilmeyeceği anlaşılıyor ise henüz muaccel olmamış bölümler için de ifadan vazgeçilebilmesi borçluya ek süre verilmesine bağlıdır. Alacaklı ek süreyi belirlerken gelecekteki bölümlere yönelik olarak da seçimlik haklarını kullanacağını borçluya açıkça bildirmelidir.⁶¹⁷

⁶¹² Havutçu, 145.

⁶¹³ Bkz. Tümerdem, 260-270.

⁶¹⁴ Havutçu, 146.

⁶¹⁵ Eren, 1275.

⁶¹⁶ Havutçu, 141.

⁶¹⁷ Havutçu, 142.

Alacaklının, ileride muaccel olacak edimler ifa edilmese bile uyuşmazlığa konu sözleşmeyi yapması durumu söz konusu değilse ek seçimlik hakları kullanması ve olumlu zararı sözleşmenin bütününe yönelik olarak istemesi olanaklıdır. Örneğin; ciltleri bulunan bir ansiklopedi setinin birkaç cildi teslim edilmez ise bunların teslimi olmasa da alacaklının sözleşmeyi yapacağı öne sürülmemelidir.⁶¹⁸

Borçlu edimlerin bir bölümünü yerine getirmişse muaccel olmayan bölümlerden süre vererek vazgeçmenin ifa edilmiş bölümlere etkisi yoktur.⁶¹⁹ Olumlu zarar, edimlerin tümüne yönelik olarak değil, ifa edilmemiş bölümler için istenilebilecektir. Ancak, söz edildiği üzere ifa edilmeyen bölümler olmadan alacaklının sözleşmeyi yapmayacak olduğu anlaşılır ise ifa edilmiş bölümleri de içerisine alarak seçimlik haklar kullanılabilir. Böylesi bir yeğleme söz konusu olursa alacaklı, dönme hükümlerine kıyasen edimleri geri vermeli ve fark kuramına göre tazminat isteminde bulunacaksa kendi edimini de o ana kadar yerine getirmemiş olmalıdır.⁶²⁰

3.5.4 Tüketici uyuşmazlıklarında ifanın gecikmesi ve eleştirisi

Türk Hukuk Dizgesi içerisinde bir uyuşmazlık nitelik olarak Tüketici uyuşmazlığı ise “TKHK’nin 68’inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin (THHY)⁶²¹ 6’ncı maddesi uyarınca zarar tutarı 30.000 TL’ye kadar uyuşmazlıklarda zorunlu tahkim olan tüketici hakem heyetine başvuru gereklidir. Bu sınırı aşan tutarlarda Tüketici Hakem Heyetine başvurulamaz.

Tüketici hakem heyeti yargılamasının derin hukuksal açıkları bulunmaktadır. Örneğin; Bir satıcının, 30.000 TL tutarına kadar olan zararı, kasıtlı olarak tüketici lehine doğurması ve bunun sonucunda Tüketicinin (mağdur alıcının) zorunlu olarak hakem heyetine başvurması durumunda; hakem heyetinin uzun süren karar alma süreci ve hakem heyetinin “ilginç” yargılama yöntemleri (*manevi tazminata, vekalet ücretine ya da faize hükmetmemesi, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağını göz önünde bulundurmadan zorunlu tahkim yargılamasını sürdürmesi gibi*) yüzünden tüketicinin zarar tutarı kendisine en çok zararına eşit bir biçimde geri verilebilecektir. Ek yaptırım olanağı bütünüyle kapatıldığı için kanımızca bu durum, tüketicilerin

⁶¹⁸ Gündüz, 208.

⁶¹⁹ Havutçu, 142.

⁶²⁰ Havutçu, 142.

⁶²¹ RG, T. 21.09.2022, S.31960.

korunmasından çok korunmasız kalmasına neden olmaktadır. Tüketici Hakem Heyeti uygulamaları, tüketiciye zarar verme eyleminin kasıtlı gerçekleştirilmesine özendirilmektedir. Çünkü, tüketiciye kasıtlı olarak zarar veren satıcılar, özellikle internet üzerinden satışlarda tüketicinin kart ve hesap bilgilerini de bilmektedir. Tüketicinin bir olasılık yasal yollara başvurmama olasılığını değerlendirdikten sonra yasal yollara başvurması sonucu kasıtlı haksız elde ettiği geliri aynen tüketicini hesabına aktaran satıcı, kasıtlı oluşturduğu zarar verici eyleminden ötürü herhangi bir tazminat ödemeyecektir. Aylarca ödemesini geri alamayan tüketici, zamanını boşa tükettiği gibi süreç içerisinde kaygı bozukluğu yaşayacaktır. Normatif zarar gibi zarar türlerinin bu aşamada etkin olabileceği⁶²² ya da tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin yargılama yöntemlerinde büyük ölçüde değişiklik yapılması gerektiği kanısındayız.

Zorunlu tahkim yargılaması olan Tüketici Hakem Heyetlerinin, “ilginç” olarak nitelendirdiğimiz uygulamalarına değinilecek olursa; avukatlık vekalet ücreti, THHY m.22/7 uyarınca; istemi kabul edilen taraf lehine hükmedilemez. Böylesi bir yeğleme; tüketicilerin, hakem heyetlerine başvurmasını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Ancak, kötü niyetli eylem ve başvuruların sayısını artıracaktır. Faiz konusunda; TKHK m. 11/6 uyarınca dönme hakkını kullanan tüketici, faiziyle birlikte ödediği bedeli alabilir. Ancak YARGITAY, tüketicinin malı kullandığı sürece faiz isteyemeyeceği yönünde görüş bildirmektedir.⁶²³ Tüketici, hakem heyeti yargılanmasında lehine ya da aleyhine karar verileceğini bilmeden malı geri verirse lehine karar çıkması durumunda ödediği bedeli ve faizini isteyebilecektir. Ancak ayıplı olduğu düşünülen bir maldan tüketicinin yarar sağladığı olasılığına dayanılarak faiz isteminin koşula bağlanması kanımızca yerinde değildir. Yargıtay kararı, daha çok gecikmiş ifa nedeniyle dönme hakkının kullanılması durumunda sorun yaratmayacaktır. Bu durumda tüketici zaten ifayı hiç teslim almamıştır. Uygulamada; “manevi tazminata ilişkin araştırmayı hakem heyeti olarak gerçekleştirmemiz doğru olmaz” gerekçesiyle manevi tazminat istemlerini doğrudan reddeden hakem heyetleri, faiz konusunda da YARGITAY’ın sözü edilen yönde kararı bulunmasına karşın yine karar vermekten kaçınmaktadır. Son olarak; YARGITAY’ın, Tüketici Hakem Heyetlerinde ileri sürülmeyen delil ve def’ilerin mahkemede ileri sürülebileceğine

⁶²² Bkz. “Normatif Zarar”, 56.

⁶²³ HGK, T. 28.09.2011, E. 19-498, K. 572 (Erkan, 314).

yönelik kararına değinmek gerekir.⁶²⁴ Kararda özetle; Tüketici Hakem Heyetlerince yapılan yargılamada, iddia ve savunma yasağının başlamadığı ya da etkin olmadığı kararlaştırılmıştır. Bu karar doğrultusunda zorunlu tahkim uygulaması olan hakem heyeti yargılamasında vekalet ücreti kararlaştırılmazken bir avukat, bilerek ve isteyerek gerekli belgeleri heyete sunmaz ve sonrasında lehine olan kararı Tüketici Mahkemesine taşır. Bu aşamadan sonra iddia ve savunma yasağı ile karşılaşmayacağı için hakem heyeti yargılamasında öne sürmediği tüm bilgi ve belgeleri mahkemede öne sürebilir. Sonuç olarak vekalet ücreti almaya hak kazanır. Öte yandan tüketici bakımından daha önemli olan konu; hakem heyetinin kararını ya da karşı tarafın belgelerini, delillerini yetersiz bulan tüketici, uyuşmazlığı tüketici mahkemesine taşıyabilir. Mahkeme aşamasında dökülen yeni bilgi ve belge nedeniyle uyuşmazlığı kaybeden tüketici, gereksiz yere vekalet ücretine ve yargılama giderlerine katlanır. Oysa ki hakem heyeti yargılaması sırasında söz konusu belgeler öne sürülmüş olsaydı. Tüketici, uyuşmazlığı mahkemeye belki de taşımayacaktı.

Gecikmiş ifa konusunu doğrudan ilgilendiren TKHK m. 8 uyarınca; tüketici uyuşmazlıklarında geciken ifa, ayıplı ifa olarak nitelendirilmektedir. Eş deyişle gecikmiş ve ayıplı ifa eş kılınmaktadır.⁶²⁵ Bunun sonucu olarak, TKHK m. 11’de tüketici lehine olduğu düşünülen seçimlik haklar gecikmiş ifa için de öngörülmüş olur. TKHK, TBK’ye göre özel kanun niteliğindedir ve öncelikli olarak uygulanır. Bu nedenle kanımızca; TKHK m. 11’de yer alan seçimlik haklar, TBK m. 125’de yer alan seçimlik haklardan öncelikli olarak uygulanır. Bu durum, hakem heyetlerinin manevi tazminat ve faiz gibi ögelere de karar veremediği göz önünde bulundurulunca ayrıca bir elverişsizlik olarak görülmelidir. TKHK m.8/3’ün tüketiciyi TBK’ye göre ayrıcalıklı kıldığı tek sonuç, süre verilmeden sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesidir.⁶²⁶

⁶²⁴ “Tüketici Hakem Heyetinde İleri Sürülmeyen Delil ve Def’ilerin Mahkemede İleri Sürülemeyeceğine Dair Bir Düzenleme de bulunmadığı -Mahkemece Davacı Bankanın Zamanaşımı Def’i İncelenmeksizin yazılı şekilde karar vermiş olması usul ve yasaya aykırıdır.” Uygulamada, delil ve def’i sunulması ile sınırlı olarak bir kolaylık sağlanmamaktadır. Dilekçeler teatisi yeniden başlatılmaktadır. Taraflar delil ve def’i dışında yeni savlar da öne sürebilmektedir. (Y. 3 HD, T. 11.03.2021, E.2020/10143, K.2021/2603). Bu karar ve uygulamaya karşın Yargıtay’ın; “yanıt dilekçesi vermeyen bir kimsenin, dilekçesinde belirtmediği delilleri sonraki aşamalarda sunamayacağı,” yönünde kararı da bulunmaktadır. (Y. HGK, T. 20.04.2016, E. 2014/695. K.2016/522).

⁶²⁵ Erkan, 300.

⁶²⁶ Erkan, 307.

TKHK m. 11/6 gereği; tüketici, THKK m. 11’de sayılan seçimlik hakların kullanılması sonucu TBK uyarınca tazminat isteminde bulunabilecektir. TKHK m. 11’de yalnızca dönme hakkı tüketiciye tanınmıştır. Bu nedenle tüketici, dönme sonucu olumsuz zarara ilişkin tazminat ögelerini isteyebilecektir.

Örneğin; bir uygulayım bilim aracı için (C)’nin 5500 TL’lik önerisini çok bulan tüketici (A), 5000 TL’ye daha uygun bulduğu için satıcı (B) ile anlaşmıştır. (B)’nin ifada gecikmesi sonucu sözleşmeden dönme hakkını kullanan (A), piyasa koşullarının yükselmesi ile birlikte eş özellikteki telefonu 8500 TL’ye başka bir satıcıdan almıştır. Dönme sonucu olumsuz zarar isteminde bulunmak isteyen (A), TKHK uyarınca hakem heyetine 5500 TL’lik (C)’nin önerisini ve 8.500 TL’ye aldığı telefonun faturasını sunması gerekecektir. Bu yöntem, faize ve manevi tazminata karar veremeyen hakem heyetlerinin kafasını daha çok karıştıracaktır. Bunun yerine Tüketici uyuşmazlıklarında ifanın gecikmesi ile birlikte olumlu zarar isteminin tüketici açısından önü açılmalıdır. Tüketici, ifada gecikme sonucu malı hızlıca piyasadan sağlayarak aradaki farkı ifada geciken satıcıdan isteyebilmelidir. Aradaki farkın 30.000 TL’den az olduğu durumlarda Tüketici Hakem Heyetleri böylesi bir uygulama yöntemini daha kolay anlayıp uygulayabilecektir. Tüketiciler bakımından ise söz konusu olumlu zarar isteme yöntemi, daha kolay ve anlaşılır olacaktır. Verilen örnekte; 5.000 TL tutarındaki telefonun ifasında geciken satıcıya karşın tüketici, piyasadan 8500 TL’ye söz konusu telefonu edinin aradaki 3500 TL’lik farkı doğrudan isteyebilmelidir. Bunun sonucu olarak, satıcıların kasıtlı ortaya koyduğu birtakım eylemlerde azalma olacaktır.

3.5.5 Sorumsuzluk anlaşması

Sorumluluk anlaşması ile sorumluluk genişletilebilir ya da daraltılabilir. Yasa, daha çok sorumluluğun daraltıldığı ya da ortadan kaldırıldığı anlatımlara ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Sorumsuzluk anlaşmaları çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Tümünüyle sorumluluğu kaldıran, kusurun derecesine göre sorumluluğu kaldıran ya da dava açma süresini kısıtlayan anlaşmalar söz konusu olabilmektedir. Uygulamada daha çok genel işlem koşullarında görülür.⁶²⁷

Sorumluluğun doğması için kanun ya da sözleşmenin gerektirdiği koşulların yerine gelmiş olmasına karşın, olası hukuksal sonuçlara sorumsuzluk anlaşması engel

⁶²⁷ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 440.

olmaktadır. Yapısı gereği bir tasarruf işlemidir.⁶²⁸Çünkü henüz doğmamış ileride doğması olası tazminat istemi üzerine etki eder. Bu doğrultuda sorumsuzluk anlaşmasının itiraz olarak görülmesi söz konusu değildir.⁶²⁹

Sorumsuzluk anlaşmasının edim ve yan edim yükümlülüklerini etkilememektedir. Borçlunun asli edim yükümlülüğü üzerinde; azaltmaya, değiştirmeye, hafifletmeye yol açmaz.⁶³⁰

Sorumluluğu azaltan ya da kaldıran anlaşma, borca aykırı davranıştan önce yapılırsa sorumsuzluk anlaşması niteliğini kazanır. Borca aykırı davranışın sonrasında gerçekleştirilen sorumluluğu azaltan ya da kaldıran anlaşmalar, sulh ya da ibra niteliğindedir. Sulhte ya da ibrada, sorumsuzluk anlaşmasından ayrı olarak yalnızca hafif kusur nedeniyle değil, ağır kusur nedeniyle de ortaya çıkan zararlar sorumluluk dışı tutulabilir.⁶³¹

Aykırı davranılan sözleşme yükümlülüğünün korumak istediği yarar hangisi ise sorumluluk da yalnızca o yararın olumsuz etkilenmesi durumunda söz konusu olacaktır.⁶³² Ancak, sözleşmesel bir ilişkide sorumluluk anlaşma ile daraltılıyor ya da kaldırılıyor ise borca aykırı davranış eş zamanlı olarak haksız fiil olarak da görülebiliyorsa söz konusu daraltma ya da kaldırma, haksız fiilden doğan sorumluluğu da kaldırmış olacaktır.⁶³³

Sorumsuzluk anlaşması asıl sözleşmenin yazgısından bağımsızdır. Bu nedenle olumsuz zarar isteminde de etkinliğini yitirmez.⁶³⁴ Sorumsuzluk anlaşması kapsamında; ağır kusurlu olunan durumlarda sorumluluğun kaldırılamayacağı ya da belirli meslekleri yürüten kimselerin hafif kusurlu olsalar bile sorumsuzluk anlaşmasından yararlanamayacağına ilişkin düzenlemeler. Sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemeler olarak da nitelendirilebilmektedir ve buyurucudur.⁶³⁵

⁶²⁸ Başalp, 121.

⁶²⁹ Akman, 15.

⁶³⁰ Akman, 9; Başalp, 122.

⁶³¹ Oğuzman ve Öz, c.1, 410; Tandoğan, 454.

⁶³² Atamer, 355.

⁶³³ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 440.

⁶³⁴ Atamer, 345.

⁶³⁵ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 441.

3.5.6 Öngörülebilirlik ilkesi

Türk hukuk dizgesinde benimsenmeyen⁶³⁶ öngörülebilirlik ilkesi, tazminat sorumluluğun sınırlandırılması bakımından İngiliz Hukukunda önemli bir etkinliğe iye olup ilk olarak Hadley v. Baxendale, (1854) kararı ile ortaya çıkmıştır.⁶³⁷ ⁶³⁸ Türk hukukundaki uygun nedensellik bağı olgusu ile benzeşmektedir. Bu doğrultuda İngiliz Hukukunda öngörülebilirlik, sözleşmenin kurulması anından başlayarak göz önünde bulundurulması gerekir.⁶³⁹

Borçlunun öngörebileceği zararlar için sorumlu olması akla yatkın ve tutarlıdır. Ancak öngörülebilirlik araştırması, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı saptandıktan sonra yapılır. Başka bir deyişle, sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkin değil; sorumluluğun sınırlandırılması aşamasına ilişkin bir ölçüttür.⁶⁴⁰

Sözleşmede bir tarafın bilemeyeceği ciddi sonuçlar doğma olasılığı varsa, bu olasılığı ya da bilgiyi bilen tarafın, bilmeyene aktarma sorumluluğu bulunmaktadır. Eğer bunu yapmamışsa sözleşmeye aykırı davranan diğer tarafın olası zararlardan sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.⁶⁴¹ Şöyle ki;

Sorumluluğun kurulması aşamasındaki istenç bozuklukları ile öngörülebilirlik karıştırılmamalıdır. Söz edildiği üzere öngörülebilirlik yalnızca bir indirim nedenidir. İngiliz Sözleşme Hukukunda istenç bozuklukları altında incelenen “yanıltma – *misrepresentation*” kurumunda; sözleşme kurulmadan önce sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşme kurma güdüsünü doğrudan etkileyecek bir konuyu gizleyerek diğer tarafı yanıltması sonucu yanıltan taraf, sözleşmeyi feshedebilir. Sözü edilen yanıltma eyleminin masum, savsak (ihmalkâr) ya da aldatma güdüsüyle olup olmasına göre tazminat isteyebilir.⁶⁴² Hukukumuzdaki “aldatma” kurumuna benzetebileceğimiz bu kurumun tam karşılığı “aldatma” olarak çevrilemez. Bunun nedeni; sözü edilen kavramın, masum yanıltma (*innocent misrepresentation*) olarak çevirebileceğimiz “kişinin kendisinin de gerçeğe aykırı olduğunu bilmediği bir konuyu karşı tarafa

⁶³⁶ Oğuzman ve Öz, c.2, 146.

⁶³⁷ Helvacı ve Arslan Durgun, 907.

⁶³⁸ Bkz. Hadley v. Baxendale, (1854)- <https://www.lawteacher.net/cases/hadley-v-baxendale.php> (son ers. T. 01.12.2022).

⁶³⁹ Treitel, Sir Guenter: The Law of Contract, 11th Edition, England 2003, 976'den aktaran Helvacı ve Arslan Durgun, 909.

⁶⁴⁰ Atamer, 354.

⁶⁴¹ Atamer, 355.

⁶⁴² Merkin, Saintier ve Poole, 360–365.

ileterek karşı tarafın sözleşme güdüsünü etkileyecek bir biçimde yanılması” durumunu da kapsamı altına almasıdır. Kişinin kendisinin de gerçeğe aykırı olduğunu bilmediği bir veriyi karşı tarafa iletmesi durumu, TBK m. 36 kapsamında görülemeyeceğinden ötürü sözü edilen İngiliz Sözleşme Hukukuna özgü hukuksal kurum, TBK m. 36 kapsamındaki aldatmayı bütünüyle kapsamına karşı yanılma olarak çevrilebilir.

Susma yoluyla yanılmayı onaylamayan İngiliz Sözleşme hukuku, İngiltere ve Galler Temyiz mahkemesinin 1986 tarihli *Gordon v Selico*⁶⁴³⁶⁴⁴ kararında kusuru açığa vurmama yoluyla yanılmayı susma fiilinin ötesine geçen bir eylem olarak görmüştür. Taraflardan birinin diğer tarafın sözleşme güdüsünü açıkça etkileyecek bir konuyu gizlemesini, istenç bozukluğu saymıştır.⁶⁴⁵ Klasik İngiliz Sözleşme Hukuku 1851 tarihli *Keates v The Earl of Cadogan*⁶⁴⁶⁶⁴⁷ kararında genel olarak kusuru açık etmeme yoluyla yanılmayı onaylamasa da hem *Gordon v Selico* hem de görece yeni sayılabilecek 2004 tarihli *Sykes v. Taylor-rose*⁶⁴⁸ kararlarında “alıcının bilmeyi isteyeceği konuları gizlemeyi” yanılma sayarak yanıltilan tarafın sözleşmeyi sonlandırma ve tazminat talep etme hakkı olduğuna karar vermiştir.

Sözü edilen sorumluluğun kurulması aşamasındaki kurumlar ile öngörülebilirlik arasındaki ayrım, sözleşme anı göz önünde bulundurularak saptanır. Borçlunun kusurunun saptanması ise özen yükümlülüğüne aykırı davranılan ana göre belirlenir.⁶⁴⁹

Borçlu kurtuluş kanıtı getiremediği için tazminat ödemek zorunda kalıyorsa, en azından öngörülebilirlik sınırlaması aracılığı ile tazminat tutarının indirilme olanağı doğmaktadır.⁶⁵⁰

Kasten gerçekleştirilen sözleşmeye aykırı davranış bile olsa sorumluluk öngörülebilirlik kuralı uyarınca sınırlandırılabilir.⁶⁵¹ Öngörülebilirlik sorunsalını CISG, kusurdan ayrı tutarak kastın ve ağır ihmalin olduğu durumlarda bile borçlunun

⁶⁴³ Gordon v Selico, 1986, (Merkin, Saintier ve Poole, 363).

⁶⁴⁴ Bkz. <https://www.lawteacher.net/cases/gordon-v-selico.php> (Son Erş. T. 01.12.2022)

⁶⁴⁵ Merkin, Saintier ve Poole, 364.

⁶⁴⁶ Keates v The Earl of Cadogan, 1851 (Merkin, Saintier ve Poole, 364).

⁶⁴⁷ Bkz. <https://www.lawteacher.net/cases/keates-v-cadogan.php> (Son Erş. T. 01.12.2022)

⁶⁴⁸ Sykes v Taylor-Rose, [2004] EWCA Civ 299, [2004] 2 P & CR 30, (Merkin, Saintier ve Poole, 364).

⁶⁴⁹ Atamer, 356.

⁶⁵⁰ Atamer, 354.

⁶⁵¹ Atamer, 356.

bu ilkedden yararlanması gerektiğini savunur. Avrupa Sözleşme Hukuku Esasları (PECL) ise kasıt ve ağır ihmal durumlarında öngörülebilirlik ilkesinin etkinliğini onaylamaz.⁶⁵²

3.6 Tazminatta ve Olumlu Zararın Gideriminde İndirim Nedenleri

3.6.1 Genel olarak tazminatta indirim nedenleri

TBK ve diğer özel kanunlarda tazminattan indirim nedenlerine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Bunların başat olanları, TBK m. 51/1 ve TBK m. 52’de düzenlenen indirim nedenleridir. TBK m. 52’de düzenlenen indirim nedenleri daha çok zarar görene ilişkindir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda⁶⁵³ (KTK) m. 86/2 ve madde 87/1’de; zarar görenin kusurunu, hatır için taşıma ve aracın hatır için verilmesi durumlarını, indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Tazminattan indirim nedenleri; kusurun hafifliği, zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru, tazminat sonrası zarar verenin yoksulluğa düşecek olması, umulmayan olay, zarar görenin yapısal yatkınlığı ya da yüksek bir gelire iye olması, uzak illiyet bağı gibi nedenler olarak sayılabilir. Tazminattan indirim nedenleri, sözleşmede özel düzenleme olmadıkça sözleşmelere de uygulanır.⁶⁵⁴ Yargıç, söz edilen nedenlere dayanarak ortaya çıkan tazminat tutarı üzerinde indirime gidebilir ya da tümüyle tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırabilir.⁶⁵⁵ İndirim nedenleri, zarar görenin ölümü durumunda mirasçılara karşı ileri sürülebilir.⁶⁵⁶

Türk-İsviçre hukukunda; zarar veren, kasıt, ağır kusur ve zarar verenin içerisinde bulunacağı durum gibi sayılan nedenler ile borç ilişkisinin özellikleri de göz önünde bulundurarak indirim kararı yargıç tarafından alınabilir. Buna karşın Alman hukukunda ya hep ya hiç ilkesi bulunmaktadır. Tazminat ya bütünüyle ödenecektir ya da ödenmeyecektir.⁶⁵⁷

⁶⁵² Atamer, 356.

⁶⁵³ RG, T. 18.10.1983, S. 18195.

⁶⁵⁴ Eren, 874.

⁶⁵⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 590.

⁶⁵⁶ Eren, 875.

⁶⁵⁷ Oğuz, 249.

3.6.1.1 Zarar görenin rızası

Zarar görenin zarara razı olması yaşamın olağan akışına uygun olmayan bir durum olsa da zarar gören, zararı doğuran fiile öncesinde razı olabilir⁶⁵⁸. Niteliği gereği birtakım olaylarda zarar görenin zarara rızası tazminattan indirim nedeni olabilir⁶⁵⁹. Tazminattan indirim nedeni olarak zarar görenin rızasının gündeme gelebilmesi için kişinin tasarrufla bulunamayacağı bir hak üzerinde rızası olmalıdır.⁶⁶⁰ Başka bir deyişle; rıza, hukuka ve ahlaka aykırı rıza sayılan durumlarda indirim nedeni olarak görülebilir.⁶⁶¹ Hukuka ve ahlaka aykırı olmayan bir durumda ortaya konulan geçerli bir rıza, TMK m. 24/2 bağlamında hukuka uygunluk nedeni olarak görüleceği için zararın ve tazminatın doğmasının önüne geçer. Dolayısıyla indirim nedeni olarak da gündeme gelmeyecektir. Bunun dışında hukuk düzeninin yasak ettiği bir rıza; ameliyat, spor gibi haklı amaçlarla verilmişse zarara yol açan eylemdeki haksızlığı giderir. Açıklanan nedenlerle TMK 24’de yer alan rıza ile bu aşamada sözü edilen rızayı karıştırmamak gerekir.⁶⁶²

Kanser sancıları içerisinde yoğun acı çeken Hasan, arkadaşı Hüseyin’den acılarının son bulması için kendisine zehirli bir ilaç vermesini istiyor. Hüseyin’in davranışı hukuka aykırı bir davranış olsa da yargıç tazminatı kararlaştırmayabilir. Hüseyin’in iyi niyetle Hasan’a zehir içmesini önermesi durumunda, tazminattan indirim söz konusu olabilir. Kısaca; somut olayın gereklerine göre tazminat tümüyle kaldırılabilir ya da indirilebilir.⁶⁶³

Son olarak; zarar görenin rızası, açık bir istenç açıklaması ile olabileceği gibi, rızanın olgulardan çıkarılması da eş deyişle örtülü olması da olanaklıdır. Sürücüsünün sarhoş olduğunu bildiği araca binen yolcu örneği, bu konudaki başat örneklerden biridir.⁶⁶⁴ TANDOĞAN’a göre; mağdurun rızasının, hukuka aykırılığı kaldırmadığı durumlar, ortak kusur sayılır.⁶⁶⁵

⁶⁵⁸ Eren, 876.

⁶⁵⁹ Yavuz, 457.

⁶⁶⁰ Uygur, Şerh, 421.

⁶⁶¹ Eren, 876.

⁶⁶² Tunçomağ, Borçlar, 461-462.

⁶⁶³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 593-594.

⁶⁶⁴ Eren, 877; Reisoğlu, sözü edilen örneği “Zarar görenin birlikte kusuru” başlığı altında vermiştir. (Reisoğlu). Ayrıca bu konuda bkz. Y. HGK, T. 14.04.2004, K. 2004/266).

⁶⁶⁵ Tandoğan, 321.

3.6.1.2 Zarar görenin kusuru

Genel Olarak

Zarara uğrayan kişi, zararın doğmasına ya da artmasına kendi eylemleri ile neden olabilir. Burada, kuşkusuz kişinin istenci doğrultusunda ahlaksal kötülüğü ya da zayıflığı değil, zarar görenin kendi yararını korumak için gerekli özeni ve çabayı göstermemesi, bu çabaya bütünüyle zıt yönde eylem göstermesi söz konusudur.⁶⁶⁶

EREN'e göre; ortak kusur kavramı, kusur sorumluluğunda kullanılabilir. Kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusuru anlatımının kullanılmaması gerekir. Çünkü; zarar verenin kusuru, sorumluluğun kurucu ögesi olmadığından, zarar görenin ortaklık kurmasının da olanağı yoktur.⁶⁶⁷ YAVUZ'a göre; adam çalıştıranın, çalıştırdığı kişinin eylemlerinden sorumlu olması ya da hayvan iyesinin hayvanın eylemlerinden sorumlu olması durumunda söz konusu sorumluluklarını düzenleyen hükümlerin kıyas yoluyla genişletilmesiyle zarar görenin ortak kusuru söz konusu olabilir. Şöyle ki Alp'in yanında çalışan Burak, Ceylan'ın Alp'e verdiği zararda etkili olmuşsa Burak'ın kusurunu, zarar görenin kusuru olarak yorumlayabiliriz.⁶⁶⁸

TUNCOMAĞ'a göre; birlikte-ortak kusur, saptanması bakımından ihmalden çok da ayrılmamaktadır.⁶⁶⁹ Nitekim; zarar gören %100 kusurlu ise tazminat alamayacaktır. Zarar görenin kusuru, illiyet bağını bütünüyle kesmemelidir.⁶⁷⁰ Bütünüyle illiyet bağının kesildiği durumlarda indirim söz konusu olmaz.

Zarar görenin zararı, sigorta ortaklığı tarafından bütünüyle karşılandığı durumda zarar görenin halefi olan sigorta ortaklığı zarar verene karşı dava açıp istemde bulunabilir. Zarar veren bu durumda, zarar görenin ortak kusurunu öne sürerek tazminattan indirim isteminde bulunabilecektir.⁶⁷¹ Üçüncü kişileri kusura ortak olması durumunda, ortak kusurdan değil dayanışmalı sorumluluktan söz edilebilir.⁶⁷²

⁶⁶⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 594.

⁶⁶⁷ Eren, 877.

⁶⁶⁸ Yavuz, 458.

⁶⁶⁹ Tunçomağ, Borçlar, 485.

⁶⁷⁰ Eren, 878.

⁶⁷¹ Y. İBK. T. 31.03.1954, 17/10.

⁶⁷² Eren, 879.

Zararın doğumuna yardım eden ortak kusur

Değerli eşyanın zarar göreceği bir yere bırakılması, eylemin zararlı sonuçları üzerinde zarar vereni bilgilendirmeme, örneğin; içerisinde para dolu bir çantayı, bilgilendirmeden birine geçici olarak bırakma, zarar vereni kışkırtma ya da kaygı verici olaydan kaçmama zararın doğumuna yardım eden ortak kusur olarak sayılabilir.⁶⁷³ Bu doğrultuda zarar görenin risk alması ortak kusur olarak değerlendirilebilir.⁶⁷⁴ Örneğin; başkasının çıkardığı bir yangında yanan yapıdan dışarı çıkmayı başarabilen bir kişi, sonrasında söndürmek için yeniden yanan yapının içerisine girip ölürse ortak kusur söz konusu olabilir ve bu durum tazminattan indirim nedenidir.⁶⁷⁵

“Zarar görenin, zarar verene ait yolu kapaması ve bunun sonucunda dövülmesi nedeniyle ortaya çıkan zararda, zarar görenin ortak kusuru vardır. Kışkırtma bulunmaktadır.”⁶⁷⁶

Zararın artmasına neden olan ortak kusur

TMK m. 2 gereği zarar görenin kendisinden beklenecek ölçüde zararın artmasını önleyecek çabayı gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁷⁷ Örneğin; parmağı kesilen kişinin hastaneye gitmemesi, motorlu aracın zamanında tamirhaneye götürülmemesi gibi eylemler, zararın artmasına yol açabilir.⁶⁷⁸

Zarar görenin kendisini ya da malvarlığını bilinçli bir biçimde tehlikeye atması ve bunun sonucunda zararın artması nedeniyle yüksek ölçüde tazminat isteminde bulunması, “*venire contra factum proprium*” yasağına eş deyişle “çelişkili davranış yasağına” aykırı olacaktır.⁶⁷⁹

3.6.1.3 Zarar veren ve görenin ekonomik durumları

Zarar görenin zararı giderilirken bir mutsuzluk başka bir mutsuzluğa daha doğrusu bir yıkıma yol açmaması için yargıç, hakkaniyet ölçüsünde tazminattan

⁶⁷³ Tunçomağ, Borçlar, 485-486.

⁶⁷⁴ Eren, 880.

⁶⁷⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 599.

⁶⁷⁶ Y. 3. HD. T. 23.06.1960, 4441/3669 (Tunçomağ, Borçlar, 486).

⁶⁷⁷ Uygur, Şerh, 421.

⁶⁷⁸ Eren, 881.

⁶⁷⁹ Aydın 115.

indirime gidebilir.⁶⁸⁰ Şoför, hizmetçi, işçi gibi varlıksız kişilerin yol açacağı büyük zararlarda da indirime bu gerekçe ile gidilebilir.⁶⁸¹ İndirim için iki ana koşul gerekir. Bunlardan ilki, zarar verenin söz konusu eylemi kasten ve ağır ihmal ile gerçekleştirmemesi ikincisi ise tazminatın ödenmesi sonrası zarar verenin ekonomik yıkımıdır.⁶⁸² Bunun dışında zarar görenin varlık durumu yüksekse de indirim söz konusu olabilir. Benzer biçimde zarara neden olan eylem, kasıt ve ağır kusurla işlenmemelidir. Zarar verenin de maddi durumu yine bu olasılıkta kötü olmalıdır. Yargıç, zarar görenin yüksek gönencini göz önünde bulundurup indirime karar verirken son derece çekingen olmalıdır. Yüksek varlıklı kişilere zarar verme eylemine kişiler özendirilmemelidir.⁶⁸³

3.6.1.4 Diğer tazminattan indirim nedenleri

Beklenmeyen durum

Beklenmeyen durum ile zorlayıcı neden uygulamada karıştırılmaktadır. Zorlayıcı neden, ortaya çıkması günün teknik ve bilimsel her türlü önlemin alınmış olması ya da alınmış olsaydı bile ortaya çıkacak olan nedendir. Dolayısıyla zorlayıcı nedende, yalnızca *haksız fiali* işleyen ya da borçlu bakımından değil onların yerinde kim olursa olsun zararın ortaya çıkması önlenemez. Beklenmeyen durumdan söz edilebilmesi için zorlayıcı neden gibi illiyet bağıni kesecek nesnel kaçınılmazlığı sağlamayan *nisbi* bir durum bulunması gerekir.⁶⁸⁴ Beklenmeyen durum, sorumluluğa neden olan olay ile zarar arasındaki nedensellik bağıının içerisinde bulunmaz. Söz konusu olaya dışarıdan etki eder.⁶⁸⁵

Beklenmeyen durumun indirim nedeni olarak sayılabilmesi için bunun zarar verenin ve zarar görenin eylemlerinden bağımsız olması gerekir. TBK m. 51 ve m. 52’de umulmayan olay indirim nedeni olarak öngörülmemiştir. Yargıç, durumun gereği doğrultusunda tazminatın kapsamını belirlerken olayların özelliklerini de göz

⁶⁸⁰ Eren, 881; Yavuz, 419.

⁶⁸¹ Tunçomağ, Borçlar, 491.

⁶⁸² Eren, 882.

⁶⁸³ Eren, 886.

⁶⁸⁴ Eren, Uygun İlliyet Bağı, 182.

⁶⁸⁵ Aydın, 120.

önüne alarak zararın, ortak ya da kısmi(bölümsel) nedeni olan beklenmedik olayı tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirmelidir.⁶⁸⁶

Zarar görenin yapısal yatkınlığı

Örneğin; kafatasında çatlak olan birinin başına ölümcül olmayan bir darbe vurulması durumunda sözü edilen kişi ölürse zarar veren, destekten yoksun kalma tazminatı öderken indirim isteyebilecektir.⁶⁸⁷ Zarar görenin yapısal yatkınlığı hem kusur hem de neden sorumluluğunda indirim nedenidir.⁶⁸⁸

Uzak illiyet bağı

İllyet bağına varlığı bulunmakla birlikte olaya etki gücü düşük olabilir. Yargıç bu durumu tazminattan indirim nedeni olarak görebilir. Uzak illiyet bağı hem kusur hem de neden sorumluluğunda etkinlik kazanabilir.⁶⁸⁹

Hatır işlemi

Bir kişinin karşılıksız olarak düşük bir ücret karşılığında ya da ücretsiz bir biçimde başka bir kimsenin yararına iş ve eylem yürütmesidir. Uygulamadaki başat örneği; hatır taşımacılığıdır. Bir indirim nedeni olduğu KTK 87/2'de açıkça öngörülmüştür.⁶⁹⁰

Yargıç, indirim oranını yine bu durumda TMK m. 4 kapsamındaki yetkisine göre belirleyecektir.⁶⁹¹

3.6.2 Olumlu zararda tazminatın indirim nedenleri

Sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesi için alacaklının başvurmuş olduğu tazminat istemine karşın tazminatın indirilmesi gibi hukuksal olanaklar ile tazminat borcu ya ortadan kalkacak ya da belirli oranda azalacaktır.⁶⁹²

⁶⁸⁶ Oğuzman ve Öz, c.2, 129; Eren, 883.

⁶⁸⁷ Eren, 885.

⁶⁸⁸ Oğuzman ve Öz, c.2, 129; Eren, 885; Uygur, Şerh, 422.

⁶⁸⁹ Eren, 885.

⁶⁹⁰ Eren, 886.

⁶⁹¹ Y.7.HD, T. 20.09.2012 K. 1131/6223.

⁶⁹² Atamer, 353.

Sözleşme ile tazminat indirimine ilişkin nedenlerin belirlenebileceği gibi doğrudan sorumsuzluk anlaşması da yapılabilir. Sözleşmede hüküm bulunmadığı sürece yargıç, sözü edilen genel indirim nedenlerine göre olumlu zarara ilişkin olarak tazminatta indirimde gidebilecektir.

Olumlu zarar isteminde tazminat indirimi, genellikle, başka bir yerden mal edinme ile zararın artması önleme külfetine yöneliktir.⁶⁹³ Satıcının ürünü teslim etmeyeceği açık olmasına karşın alıcının o malı başkasından almayıp zarar tutarını artırması zararın artmasına yardım eden ortak kusur olarak görülebilir.⁶⁹⁴ Sözleşmesel sorumluluk kapsamında bu aşamada önemle belirtmek gerekir ki zararın artmasını önleme sözleşmesel bir borç değil, *külfettir*. Zarar görenin, zararın artmasını önlemeye yönelik bir davranışa zorlamak söz konusu değildir.⁶⁹⁵ Özetle; başkasından mal almaya sözleşmenin ilgili tarafı zorlanamaz.

Alacaklı bir taraftan zarara uğrarken diğer taraftan birtakım yararlar elde etmişse, bu yararların zarar hesap edilirken göz önüne alınarak zararın giderildiği bir öge olarak sayılması gerekir.⁶⁹⁶

Genel indirim nedeni olmasına karşın beklenmeyen durum temerrüde özgü kural nedeniyle indirim nedeni değildir. Temerrüt sonucu olumlu zarar isteminde yargıç, beklenmeyen durumdan ötürü tazminatta indirimde karar vermemelidir.

Yine genel indirim nedeni olan; “tazminat ödenmesi sonucu zarara neden olan kişinin yoksullaşacak olması durumu,” olumlu zarar isteminde bir indirim nedeni olarak görülebilir.⁶⁹⁷

⁶⁹³ Gündüz, 482.

⁶⁹⁴ Tunçomağ, Borçlar, 489.

⁶⁹⁵ Baysal, 43.

⁶⁹⁶ Oğuzman ve Öz, c.1, 402; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 586; Tunçomağ, Borçlar, 463.

⁶⁹⁷ Eren, 881.

3.7 Olumlu Zararın İspatı

3.7.1 Genel olarak zararın ispatı

İspat, bir savın doğruluğu ya da gerçekliği konusunda yargıcı ya da muhatapları inandırma eylemi ve çabasıdır.⁶⁹⁸ İspat hakkının dayanağı Anayasa madde 36'dır.⁶⁹⁹

Türk hukuk dizgesinde özel hukuk uyuşmazlıklarında, kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardan ayrık olarak “*tarafarca getirilme ilkesi*” bulunmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁷⁰⁰ (HMK) m. 25’de tarafarca getirilme ilkesi düzenlenmiştir.

“HMK m. 25/1 gereği yargıç, ayrıklık durumları dışında, taraflardan birinin söylemediğini kendiliğinden göz önünde bulunduramaz. Taraflara hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. *HMK m. 25/2; “Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.”*

HMK m. 25’ de düzenlenen iddia (sav) yükünün yanı sıra HMK m. 190’da somutlaştırma yükü düzenlenmiştir. İddia ve somutlaştırma yükü, ispat yükü altında olmayan tarafta da olabilir.⁷⁰¹

HMK m. 192 gereği ispat yükü, kanunda özel bir durum bulunmadıkça öne sürülen sava bağlanan hukuksal sonuçtan lehine hak çıkaran taraftadır.

“*HMK 192/2: Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.*”

Sav(iddia) yükü ve somutlaştırma yükü sonrasında davanın dayanağı olan olayın kim tarafından ortaya konulacağı sorununu, ispat yüküne ilişkin kurallar çözer. “*İspat yükü, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının ispat edilememesi hâlinde aleyhe bir kararla karşılaşmak tehlikesidir.*”⁷⁰² HMK bağlamında ispat yükü, halkça yaygın olarak bilinen kullanımla; “iddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür,” biçiminde değildir. Öne sürülen olguya bağlanan hukuksal sonuç kimin yararına hak doğuracaksa ispat yükü o kişidedir.⁷⁰³

⁶⁹⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar ve Hanağası, 386.

⁶⁹⁹ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 643.

⁷⁰⁰ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

⁷⁰¹ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 665.

⁷⁰² Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 668.

⁷⁰³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar ve Hanağası, 391.

İspat yükü, objektif ve sübjektif ispat yükü olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif ya da maddi ispat yükü, kararın kaynağını oluşturan olayların ispat edilmemesi durumunda belirsizliğin rizikosunu kimin taşıyacağına karşılık gelir. Eş deyişle ileri sürülen savın ispatlanmaması sonucu ne olacağını gösterir. Objektif ispat yükü, taraflarca hazırlama ilkesinin veya kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması açısından ayırım yaratmaz. Sübjektif ya da şekli ispat yükü eş deyişle delil ikame yükü, çekişmeli olayların ispatı için hangi tarafın delil ortaya koyacağını belirler. Bu durum yalnızca taraflarca hazırlama ilkesinin etkin olduğu uyuşmazlıklarda geçerlidir. Sözü edilen davalarda; hükmün dayanağını oluşturan olayları, taraflar mahkemeye getirmelidir. Mahkeme önce sübjektif daha sonra da objektif ispat yükünü belirlemelidir.⁷⁰⁴

İspat yükü, zamanında ifası gerçekleşmeyen sözleşme ilişkisinde kusur bakımından borçludur. Ancak bu durum tarafların kendi savlarını ileri sürmesine engel değildir. Bu nedenle birtakım kaynaklarda ispat yükünün yer değiştirdiğinden söz edilse de yer değiştiren ispat yükü değil “delil ikame yüküdür.” İspat yükü yer değiştirmez. HMK m. 190 gereği; lehine hak çıkaracak olan taraf, ispat yükü altındadır. Kiraya veren sözleşmenin varlığına ilişkin ispat yükünü, davacı da olsa davalı da olsa uyuşmazlık boyunca taşır. Kiracı, kira bedellerinin ödendiğini davacı da olsa davalı da olsa uyuşmazlık boyunca taşır. İspat yükü sabittir. Yer değiştiren ispat yükü değil, delil ikame yüküdür. İspat yükü ile delil ikame yükü arasındaki en önemli ayırım; ispat yükünün saptanması maddi hukuka ilişkin bir sorunken delili ikame yükünün saptanması usul hukukuna ilişkin bir sorundur.⁷⁰⁵

TBK m. 112 gereği; kusur bakımından sözleşme ilişkilerinde ispat yükü borçludur. Borçlu kendisine hiçbir kusurun yükletilemeyeceğini ortaya koyarsa tazminat ödemekten kurtulur. Bunun dışında sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda temerrüde düşen borçlu, beklenmeyen durum nedeniyle zarar oluşursa ancak kusursuzluğunu ortaya koyması durumunda tazminat ödemekten kurtulabilir. (TBK 119/2)

Sözleşme ilişkilerinde ya da temerrüt durumunda kusura ilişkin ispat yükünün maddi hukuk kapsamında düzenlenmesi ile TBK m. 50’de yer alan genel ispat yükü kuralına karşın ispat yükü yer değiştirmiş değildir. Burada kanun ispat yüküne özgü

⁷⁰⁴ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 668.

⁷⁰⁵ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 673.

yine maddi hukuk içerisinde ayrıca bir düzenleme öngörmüştür. Nitekim, kusura ilişkin ispat yükü her ne kadar temerrüde düşen borçluda da olsa zararın varlığına ve tutarına ilişkin ispat yükü tazminat isteminde bulunandadır.⁷⁰⁶ Düzenlemeler ya da karineler nedeniyle uygulamada sıkça kullanılan ispat yükünün yer değiştirmesi kavramı hukuksal olarak yerinde değildir. Söz edildiği üzere yer değiştiren delil ikame yüküdür. Kanımızca; zararın ispatı ile ilgili olarak davacıyı elverişli konuma getiren ispat yüküne ilişkin bir kural ayrıca düzenlenmemiştir. GÜNDÜZ'e göre; Zarar konusundaki ispat yükünün kimde olacağı yeğlemesi yerindedir. Kendi malvarlığındaki eksilmenin ve bunun boyutunun ayırına en çok zarara uğrayan varabilir. Ancak ürünün borsada kayıtlı ya da piyasada fiyatı bulunmakta ise alacaklının zarar konusunda ispat yükünü yerine getirmesi kolaylaşmaktadır.⁷⁰⁷

Taraflar ispat yükünün kimde olacağını, üzerinde karar vermelerinin yasak olmadığı durumlarda sözleşme ile kararlaştırabilirler.⁷⁰⁸

HMK m. 200 uyarınca kanunda belirlenen ispat sınırını aşan hukuksal işlemler senetle ispat olunmalıdır. Bu kuralın diğer bir adı tanıkla ispat yasağıdır.⁷⁰⁹ Tanıkla ispat için yasal sınırı aşan uyuşmazlıkta diğer tarafın onayı gerekir. Diğer tarafın onay vermesi ile birlikte delil sözleşmesi kurulmuş olur.⁷¹⁰

Sözü edilen ispat kuralı hukuksal işlemim kendisine yöneliktir. Zararın tutarına yönelik değildir. Hukuksal işlem belirlenen yasal sınırı aşıyorsa zarar tutarı sınırın altında kalsa bile ispatı için senet gerekir.⁷¹¹ Senetle ispat kuralına ayrıklık durumları da bulunmaktadır.

Kanımızca; usul kanunlarının yürürlüğe girer girmez uygulanması ilkesi bu aşamada göz ardı edilmemelidir. 2022 yılı içerisinde geçerli olan senetle ispat sınırı 6640 TL'dir.

BUDAK'a göre; Tüketici Hakem Heyeti yargılamasında senetle ispat yasağı uygulanmamalıdır.⁷¹² Kanımızca; THHY ile belirlenen 30 bin TL sınırı, senetle ispat yasağında olduğu gibi hukuksal işleme yönelik olarak öngörülmüş bir sınır değildir.

⁷⁰⁶ Eren, 831; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 578; Tunçomağ, Borçlar, 457.

⁷⁰⁷ Gündüz, 420.

⁷⁰⁸ Pekcantez, Atalay ve Özkes, 672.

⁷⁰⁹ Erdönmez, 1836.

⁷¹⁰ Erdönmez, 1837.

⁷¹¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar ve Hanağası, 425.

⁷¹² Budak, 93.

Zarara ilişkin bir sınırdır. Uyuşmazlığa konu zararın 30 Bin TL'nin altında olması gerekir. Böylece hakem heyetlerinin önüne gelen uyuşmazlıkta hukuksal işleme ilişkin tutar daha da yüksek olabilir. Bu nedenle, senetle ispat yasağı hakem heyeti yargılanma sürecinde de etkin olmalıdır.

3.7.2 Olumlu zararın ortaya konulması

Zararın saptaması her zaman kolay olmamaktadır. Bir kimse zararın artmaması için birtakım giderler yapıp içerisinde bulunduğu güç durumdan ötürü gerekli belgeleri almamış olabilir ya da zararı kesin olarak saptanmasının olanağı zaten yoktur.⁷¹³ Bu durumda yargıcın takdir yetkisi devreye girecektir. Yargıcın takdir yetkisi hem zararın varlığı hem de tutarı konusunda etkinlik kazanacaktır.⁷¹⁴

Ürünün borsada kayıtlı ya da piyasada belirli bir fiyatının olması hem zararın ispatı bakımından hem tutarı bakımından ikili-koşut bir işlev görmektedir.⁷¹⁵ KILIÇOĞLU'NA göre; olumlu zararın kanıtlamadığı durumlarda olumsuz zarar, alacaklının en aşağı zararı olarak her zaman istenebilir.⁷¹⁶

Olumlu zararın tazmini için zarar görenin malvarlığındaki azalmalar, uygun illiyet bağı ile ortaya konulmalıdır. Ancak zarar gören tarafından olumlu zararın, kuşkuyla yer bırakmayacak bir biçimde ortaya konulması beklenemez. Ortaya çıkan zararın illiyet bağının saptanmasında yaşanan güçlükler nedeniyle kanun koyucu tarafından ispat külfeti yumuşatılmıştır.⁷¹⁷ Zararın varlığı soyut bir savdan öte olmalıdır. Zarar görenin öne sürdüğü olaylar yüksek bir olasılık içinde zararın varlığını gösteriyorsa zarar karine olarak kabul edilebilir. Yargıç bu konuda ya da tutarın belirlenmesinde bilirkişiden yardım alabilir.⁷¹⁸ Yargıtay, bilirkişiden yardım alınmadığı durumlarda eksik incelemeye hükmederek bozma kararı alabilmektedir.⁷¹⁹

Yargıç, zararın saptanması ve tutarı konusunda bilirkişiden yardım alabilir. Ancak kararı; genel yaşam deneyimlerine, yaşamın olağan akışına ve sayılamasal (istatistiksel)⁷²⁰ çalışmalara uygun olarak vermelidir.⁷²¹ Örneğin; cüzdanını, maaşını

⁷¹³ Tunçomağ, Borçlar, 457.

⁷¹⁴ Eren, 832.

⁷¹⁵ Gündüz, 425.

⁷¹⁶ Kılıçoğlu, 930.

⁷¹⁷ Gündüz, 420.

⁷¹⁸ Eren, 833.

⁷¹⁹ Y. HGK, 19/X/1966, 4,783-269, ABD, 1966, S.6, 1058'aktaran Tunçomağ, Borçlar, 459.

⁷²⁰ Sayılamasal=İstatistiksel, Uygulayimbilim=Teknoloji gibi örnekler için Bkz. Ozankaya.

⁷²¹ Eren, 833.

aldığı gün çaldıran bir kimsenin yaşamın olağan akışında bir maaş tutarı kadar zarara uğradığı öngörülebilir.⁷²²

GÜNDÜZ'e göre; olumlu zarar kapsamında fiili(eylemler)⁷²³ zararların saptanması kolaydır. Zor olan olumlu zararın yoksun kalınan kazanç gibi öğelerinin saptanmasıdır.⁷²⁴

BGB'de yoksun kalınan kazanç için bir düzenleme öngörülmüştür. (BGB m. 252) "Kazanç yoksunluğu, olayların olağan gelişim biçimine ya da durumun özel gereklerine özellikle de alınan önlemler ve yapılan hazırlıklara dayanarak olası beklenen bir kazancın elde edilememesidir."⁷²⁵ HAVUTÇU'ya göre; bu düzenleme Türk hukukunda da uygulama alanı bulur.⁷²⁶

Olayların olağan akışı kapsamında; alacaklının tacir olup olmadığı ya da tacir olmasa bile satışın konusunu oluşturan mallar üzerinden bir gelir elde ediyor olması önemlidir. Bu durumda karine olarak gelir sağlayacağı kabul edilir.⁷²⁷ Bir tüketicinin ise yaşamın olağan akışında kazanç sağlamayı öngördüğü varsayılmamalıdır.⁷²⁸

EREN'e göre; hesaplanması olanaklı olan olası zararlar dava edilmelidir. Örneğin; bir iş makinesinin zamanında ifa edilmemesi durumunda iş makinesinin kullanılmaması sonucu ortaya çıkan zararların ispatı ya da hesaplanması olanaklıdır.⁷²⁹ Ölçüsüz düzeyde yüksek kazanç savları ve gerçekleşme olasılığı düşük beklentiler göz önünde bulundurulmamalıdır. Yaşamın olağan akışında ortalama bir tutar göz önüne alınmalıdır.⁷³⁰ Bunun dışında; yoksun kalınan kazancı, borcun ifa edilmesi durumunda üçüncü kişilerle yapılacak başka sözleşmelerden beklenen olası kazançlar olarak da nitelenebilir.⁷³¹

⁷²² Kılıçoğlu, 533.

⁷²³ Bu Kullanım İçin Bkz. Serozan, c.3.

⁷²⁴ Gündüz, 422.

⁷²⁵ Bardo Ulrike, Die abstrakte Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, Berlin, Duncker&Humboldt, 1989, 126'dan aktaran Gündüz, 424.

⁷²⁶ Havutçu, 131.

⁷²⁷ Havutçu, 132; Gündüz, 424.

⁷²⁸ Gündüz, 424.

⁷²⁹ Eren, 835.

⁷³⁰ Gündüz, 426.

⁷³¹ Havutçu, 132.

SONUÇ

İfa engelleri bakımından hukuk dizgeleri arasında benzerlik bulunmamaktadır. Anglo-Sakson hukukunda ve Alman hukukunda ifa engelleri, Türk-İsviçre hukukundan ayırık olarak temerrüt, imkânsızlık ve borcun gereği gibi yerine getirilmemesi biçiminde ayrı ayrı düzenlenmemiştir.

Bir sorumluluk durumu değil bir sorumluluk nedeni olarak görülebilecek temerrüdün alt kümesi olan gecikmiş ifadan vazgeçmenin, iki ana sonucu bulunmaktadır. Bunlar; sözleşmeyi ayakta tutarak olumlu zarar istemi ve sözleşmeden dönme sonucu olumsuz zarar istemidir. Bunlar dışında; sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının kullanılmadığı durumlarda ileriye etkili olarak feshedilen sözleşmenin sonlandırılması nedeniyle olumlu zarar istenilebilmesi, ifadan vazgeçmenin bir diğer göz önünde bulundurulması gereken sonucudur.

Olumlu-olumsuz zarar istemi üzerinde yapılan tartışmalardan ve öğretideki yeğlemelerden çıkarılabilecek iki başat sonuç; olumsuz zararın bütünüyle gereksiz olmadığı ve iki zarar türünün eş zamanlı olarak istenilemeyeceği sonuçlarıdır.

Sorumluluk hukuku bakımından sözleşmesel sorumluluk kapsamında geçerli olumlu ve olumsuz zarar türlerinin, fiili(eylemli) zarar ve yoksun kalınan kazanç gibi ortak hesaplanma öğeleri bulunmaktadır.

Her ne kadar ifa yerine olumlu zarar ve dönme sonucu olumsuz zarar anlatımları keskin bir biçimde kullanılmışsa da söz konusu seçenekler buyurucu hükümlere bağlı değildir. Dönme hakkının kullanılması sonucu olumlu zarar istenilebileceği sözleşme ile kararlaştırılabilir. Kanımızca; sözleşme kurulmuş olmasaydı alacaklının içerisinde bulunacağı durumu belirleme süreci içerisinde olumlu zarar istenebileceğine ilişkin bir sözleşme anlatımı, sözü edilen seçimlik hakların özü gereği geçerli olmamalıdır.

Para borçlarına özgü olan temerrüt faizi hem olumlu hem olumsuz zararın kapsamında yer alacaktır. Tarafımızca da benimsenen görüşe göre temerrüt faizi, kanundan kaynaklanan bir ceza koşuludur. Zararın ispatını gerektirmez. Kendisi ile karşılanamayan zarar bölümünün istenilebilmesi ise ispata bağlıdır.

Temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar bölümü olarak betimlenen aşkın zarar, öğretide olumlu zarar ögesi olarak görülebilmektedir. Böylesi bir yeğleme sonucu dönme nedeniyle sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça aşkın zarar istenemeyecektir.

Yeni Dönme Kuramı benimsenir ise sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmayacak ve bir *tasfiye* ilişkisine dönüşecektir. Bunun sonucunda alacaklı, dönme sonucu olumlu zarar isteminde bulunabilecektir. Bu anlayış benimsenirse; sözleşmede yer alan güvenceler ve ceza koşulu gibi ögeler üzerinde tartışmalar son bulacaktır. Dönme sonucu aşkın zarar istemi, yine tartışma olmaksızın öne sürülebilecektir.

Gecikmiş ifayı ret nedeniyle olumlu zararın hesaplanması kapsamında fark ve değişim kuramları, sözleşme konusu edimin verilmesi bakımından ayrı ayrı oluşturulmuştur. Fark ve değişim kuramlarından birinin seçilmesi ile sözleşme konusu ana edime ilişkin olan zararların giderilmesi dışında başkaca giderilmesi gereken olumlu zarar ögeleri de bulunmaktadır. Yoksun kalınan kazanç, diğer zarar ögeleri içerisinde başat konumundadır. Yargılama giderleri, seyahat ücretleri, icra giderleri, depo giderleri, avukat vekalet ücreti gibi ifanın zamanında gerçekleşmesine yönelik yararın sağlanması bakımından akla gelebilecek tüm zarar ögeleri olumlu zararın kapsamı altına alınabilir.

Zararın hesaplanacağı an bakımından genel kural, yargıcın karar verdiği andır. Ancak temerrüt durumunda temerrüt anı öne çıkarılır. Gecikmiş ifayı ret sonucu olumlu zarar isteminde ise zararın hesaplanacağı an, ifanın reddedildiği andır.

TKHK m. 8 gereği; gecikmiş ifa, ayıplı ifa sayılmaktadır. TKHK m. 11 bu duruma özgü olarak türlü seçimlik haklar öngörmüştür. Kanımızca bu seçimlik haklar, TBK m. 125’de yer alan seçimlik haklar kadar elverişli değildir. Özel kanunun uygulanması önceliğinden ötürü tüketiciyi daha elverişsiz bir konuma sokmaktadır. TKHK, elverişli durum bakımından her ne kadar süre vermeden sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı tüketiciye tanımışsa da ifade gecikme durumunda piyasadan sözleşmeye konu malı hızla edinip olumlu zarar isteme olanağını tüketiciye tanımamıştır.

Para borçlarında ve kambiyo senetlerinin ifasında gecikme söz konusu olur ise borçlu kusuruna bakılmaksızın temerrüt faizi ödemelidir. Ancak, yaşamımızda yeni olan kripto paraların ifasında gecikme söz konusu olur ise TCMB yönetmeliği gereği

kripto paralar, para olarak nitelendirilmediği için temerrüt faizi sonucunu doğurmayacaktır.

Sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmış ise zarar yönünden ispat yükü bulunmayan alacaklı, ceza koşulunu aşan zarar tutarı için borçlunun kusurunu da zararını da ortaya koymak zorundadır. Sözleşme ilişkileri bakımından ispat yükü kuralı, borçlunun kusuru olmadığını kanıtlaması yönünde belirlenmişken bu durum sözü edilen kuralın bir ayrıklığı olarak görülebilir. Kanımızca; temerrüt durumunda bu ayrıklık benimsenmemelidir. Ceza koşulunun aşan bölümleri için de borçlunun kusurlu olmadığını ortaya koyması gerekir.

Kusurun ortaya konulması bakımından temerrüde düşen borçlu, kusursuzluğunu ortaya koymalıdır. Zarar tutarının ortaya konulması ise alacaklının üzerinde olan bir yüküdür. Temerrüt faizi isteminde hem kusurun hem zararın ortaya konulması aranmazken ceza koşulu isteminde belirlenen ceza koşulu tutarına kadar zararın ortaya konulması gerekmez.

Tazminatta indirim nedenlerinden birçoğu olumlu zarara ilişkin zararın gideriminde de göz önünde bulundurulur. Ancak temerrüt nedeniyle beklenmeyen durumdan sorumlu olacak olan borçlu, bu nedene dayanarak indirim isteminde bulunamayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin. “Belirli Vadeli Bononun Süresinde İbraz Edilmemesi Halinde Temerrüt ve Temerrüdün Sonuçları.” *Fikren Eren’e Armağan*. Yetkin Yay., Ankara, 2006.
- AKKANAT, Halil. “İfada gecikme ve Borçlu Temerrüdü.” *Oğuzman’a Armağan*. Beta Basım Yay., İstanbul, 2000.
- AKMAN, Galip Sermet. *Sorumsuzluk Anlaşması*. Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- ANTALYA, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. c.3. Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, AYVAZ TAŞPINAR, Sema ve HANAĞASI, Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ATAMER, Yeşim. “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistemik.” *Serozan’a Armağan*. c.1. On İki Levha Yay., İstanbul, 2010.
- ATEŞ, Derya. “Temerrüde Düşen Borçlunun Aynen İfadan Vazgeçme Hakkı ile Seçim Hakkı.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Der.*, S.12(1), s. 58-84, Ankara, 2022.
- AYDEMİR, Efrail. *Yorum ve Çözümleriyle Aşkın zarar- Sözleşmenin Uyarlanması- Ceza Koşulu*. Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- AYDIN, Elif. “*Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini*.” 2009. Dokuz Eylül Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi.
- AYRANCI, Hasan. *Munzam Zarar*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- BAŞALP, Nilgün. *Sorumsuzluk Anlaşmaları*. On iki Levha Yay., İstanbul, 2011.
- BARLAS, Nami. *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.

- BAYSAL, Başak. *Zarar Görenin Kusuru*. On İki levha Yay., İstanbul, 2012.
- BUDAK, Ali Cem. “TKHK’e göre Hakem Heyetleri.” *Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fakültesi Der. Hakan Pekcanitez’e Armağan*, c. 16, 2015.
- BİRSEN, Kemaleddin. *Borçlar Hukuku Dersleri*. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba. *Götürü Tazminat*. Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- BÖRÜ PARLAK, Şafak. “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış.” *TBB der.*, 2017.
- BUZ, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- DOĞAN, Gülmelihat. “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü.”, *ABD*, S. 2014/4.
- ERDEM,ERCÜMENT. “Viyana Satın Anlaşmasında Sözleşmeden Dönme.” *Serozan’a Armağan*. c.1, On İki Levha Yay., İstanbul 2010.
- ERDÖNMEZ, Güray. *Pekcanitez Usul*. c.1. On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.
- EREN, Fikret. *Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (Anılış: Eren).
- EREN, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara, 1975, (Eren, Uygun İlliyet Bağı).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan. *Olumsuz Zarar*. Beta Yay., İstanbul, 2008.
- ERKAN, Vehbi Umut. “Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması.” *TAAD*, S.30, yıl:7, 2017.
- ERSİN, Meryem Kübra. *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi*. 2007, Ankara Üni., Yüksek Lisans Tezi.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.

- FURRER, Andreas, MÜLLER-CHEN, Markus ve ÇETİNER, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÜNAY, Cevdet İlhan. *Cezai Şart*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- GÜNDÜZ, Ş. Deren. *Olumlu Zarar*. On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- HATEMİ, Hüseyin ve GÖKYAYLA, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- HAVUTÇU, Ayşe. *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*. 9 Eylül Üni. Yay., İzmir, 1995.
- HELVACI, İlhan. “Prof. Dr. İlhan Helvacı Dersleri.” 22.09.2022 tarihinde <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/>. URL adresinden erişildi.
- HELVACI, Serap ve ARSLAN DURGUN, Çisil. “İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi.” *Marmara Üni. Hukuk Fakültesi Hukuk Arş. Der. Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağan'ı*, c.25. S.2, İstanbul, 2019.
- İNAL, Tamer. *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*. Seçkin Yay., Ankara, 2017.
- KAPANCI Berk. “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: “Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler.” *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*. Ed.: Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Öğr. Gör. Osman Gazi Güçlütürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit. *Tazminat Davaları*. İstanbul Matbaası, İstanbul, 1976.
- KILIÇOĞLU, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Turhan Kitapevi, Ankara, 2018.
- KÖNDEL, Arif ve SİMSOY, Çağlar. *Çınar Ağacının Altında Bir Ay Felsefe*. 2004-yayımlanmamıştır.03.09.2022 tarihinde <https://www.scribd.com/document/390915317/Arif-K-C%C4%B1nar-A%C4%9Fac%C4%B1n%C4%B1n-Alt%C4%B1nda-Bir-Ay-Felsefe#> URL adresinden erişim sağlanmıştır.
- KURU, Baki. *Medeni Usul Hukuku*. Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

- MERKIN, Robert, SAINTIER, Séverine ve POOLE, Jill. *'Misrepresentation', Poole's Textbook on Contract Law*. 15t. edn, Oxford University Press, 2021.
- NOMER, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- NOMER, Haluk Nami. "Haksız Fiil ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?" *SEROZAN'a Armağan*. c.2. On İki Levha Yay., İstanbul, 2010.
- OĞUZ, Arzu. *Karşılaştırmalı Hukuk*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- OĞUZMAN, Kemal ve ÖZ, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. c.1. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, (Anılış; Oğuzman ve Öz, c.1).
- OĞUZMAN, Kemal ve ÖZ, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. c.2. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, (Anılış; Oğuzman ve Öz, c.2).
- OZANKAYA, Özer. *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı*. 1922. Max Weber'in eserini Almandan çeviren: Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İzmir, 2014.
- ÖZ, Turgut. "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi." *İÜHF Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Der. S. 16*. (anılış; Öz, Karşılaştırma).
- ÖZ, Turgut. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1989. (Anılış: Öz, Eser Sözleşmesi).
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz ve ÖZEKES, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*. Yetkin Yay., Ankara, 2013.
- REİSOĞLU, Safa. *Türk Borçlar Hukuku*. Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona ve ARPACI, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, c.3, Filiz Kıtapevi, İstanbul, 2014, (Anılış: Serozan, c.3).

- SEROZAN, Rona. “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku.” *İÜHF Der.*, c. 58, S. 1-2, İstanbul, 2000, (Anılış: Serozan, Alman İfa Engelleri).
- SEROZAN, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, (anılış: SEROZAN, Dönme).
- TANDOĞAN, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit dışı ve akdi mesuliyet)*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (1961 Tıpkı Basım).
- TANRİVER, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. Yetkin Yay., Ankara, 2016.
- TARMAN, Zeynep Derya. *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak*. Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- TEKİNAY, Selahaddin Sulhi. *Borçlar Hukuku*. Sermet Matbaası, İstanbul, 1979.
- TEKİNAY, Selahaddin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk ve ALTOP, Atilla. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
- TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal ve DEVELİOĞLU, Murat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TUNÇOMAĞ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku*. c.1. Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, (Anılış: Tunçomağ, Borçlar).
- TUNÇOMAĞ, Kenan. *Cezai Şart*. İstanbul, 1963, (Anılış: Tunçomağ, Cezai Şart).
- TÜMERDEM, Murat. *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*. Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- UYGUR, Turgut. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. c.1. Seçkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2012, (Anılış: Uygur, Şerh).
- UYGUR, Turgut. *Açıklamalı ve İctihatlı Borçlar Kanunu-Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. c.3. Seçkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, (Anılış: Uygur, c.3).
- ÜZÜMCÜ, Rabia ve YILDIRIM, Yasin. “Kripto Paraların Hukuksal Statüsü ve Sözleşme içerisindeki Yerleri.” *Vizyoner Dergisi*, c.13, S.33, Isparta, 2022.

- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet ve ÖZDEMİR, Refet. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)*. Yargıtay Yayınları, Ankara, 1987.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet. *Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu*. Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1979.
- YAVUZ, Nihat. *Borçlar Kanunu Şerhi*. Adalet Yayınları, Ankara, 2015.
- YELKENCİ, Işıl. *CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*. Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- YILDIZ, Mustafa Göktürk. *Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlunun Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları*. 2017, İstanbul Üni., Doktora Tezi.
- YÜKSEL Sinan ve GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi. "Kripto Varlıkların İlk Arzı (Ico) ve Türk Hukukunda İlgili Düzenlemelerin Tespiti." *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*. Ed.: Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Öğr. Gör. Osman Gazi Güçlütürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ZEYTİN, Zafer. *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*. Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

TURNITIN RAPORU

Gecikmiş İfayı ret ve olumlu zarar istemi- Hasan Hüseyin
OKTAY-20317310025

ORJİNALLİK RAPORU

%9	%9	%3	%3
BENZERLİK ENDEKSİ	İNTERNET KAYNAKLARI	YAYINLAR	ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

BİRİNCİ KAYNAKLAR

1	acikbilim.yok.gov.tr İnternet Kaynağı	%3
2	dspace.ankara.edu.tr İnternet Kaynağı	%1
3	yateb.akdeniz.edu.tr İnternet Kaynağı	<%1
4	nek.istanbul.edu.tr:4444 İnternet Kaynağı	<%1
5	Submitted to Bahcesehir University Öğrenci Ödevi	<%1
6	bultenler.ankara.edu.tr İnternet Kaynağı	<%1
7	www.hukukcugenc.com İnternet Kaynağı	<%1
8	dergipark.org.tr İnternet Kaynağı	<%1
9	acikerisim.uludag.edu.tr İnternet Kaynağı	<%1

10	Submitted to Beykent Universitesi Öğrenci Ödevi	<% 1
11	www.hukukihaber.net İnternet Kaynağı	<% 1
12	acikerisim.maltepe.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
13	silo.tips İnternet Kaynağı	<% 1
14	www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
15	earsiv.cankaya.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
16	acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
17	cdn.legalbank.net İnternet Kaynağı	<% 1
18	Submitted to TechKnowledge Turkey Öğrenci Ödevi	<% 1
19	www.goksusafisik.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
20	www.lawteacher.net İnternet Kaynağı	<% 1
21	DOĞAN, Gülmelihat. "Sürekli borç ilişkilerinde boçlunun temerrüdü", Ankara Barosu, 2014.	<% 1

22	acikerisim.akdeniz.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
23	acikerisim.iku.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
24	tbbdergisi.barobirlik.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
25	yetkin.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
26	dspace.gazi.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
27	docplayer.biz.tr İnternet Kaynağı	<% 1
28	dspace.baskent.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
29	acikerisim.iku.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
30	pdfcoffee.com İnternet Kaynağı	<% 1
31	yayin.taa.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
32	ÖZTÜRK, Esra. "MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASINA (CISG)	<% 1

**GÖRE SATICININ MALLARI VE BELGELERİ
TESLİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ", Türkiye Adalet
Akademisi, 2015.**

Yayın

33	doczz.biz.tr İnternet Kaynağı	<%1
34	dnblegal.com.tr İnternet Kaynağı	<%1
35	kutelhukuk.com İnternet Kaynağı	<%1
36	Submitted to (school name not available) Öğrenci Ödevi	<%1
37	Submitted to Istanbul Aydın University Öğrenci Ödevi	<%1
38	dspace.akdeniz.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<%1
39	Submitted to University of Salford Öğrenci Ödevi	<%1
40	www.atilim.edu.tr İnternet Kaynağı	<%1
41	www.seckin.com.tr İnternet Kaynağı	<%1
42	quizlet.com İnternet Kaynağı	<%1

43 İlhan Helvacı. "Turkish Contract Law", Springer Science and Business Media LLC, 2017
Yayın <% 1

44 Submitted to Atılım University
Öğrenci Ödevi <% 1

45 Submitted to İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Öğrenci Ödevi <% 1

46 Submitted to İstanbul Medipol Üniversitesi
Öğrenci Ödevi <% 1

47 TOSUN, ZELAL NARÇİN. "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması", Seçkin Yayıncılık A.Ş., 2015.
Yayın <% 1

48 acikerisim.akdeniz.edu.tr:8080
İnternet Kaynağı <% 1

49 acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080
İnternet Kaynağı <% 1

50 eko.rip
İnternet Kaynağı <% 1

51 forum.barandogan.av.tr
İnternet Kaynağı <% 1

52 hukukiyorum.blogspot.com
İnternet Kaynağı <% 1

massaget.kz

53	İnternet Kaynağı	<% 1
54	sahinakinci.com İnternet Kaynağı	<% 1
55	www.eralp.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
56	www.hukuki.net İnternet Kaynağı	<% 1
57	Submitted to Akdeniz University Öğrenci Ödevi	<% 1
58	UYUMAZ, Alper and TOKAT, Hüseyin. "DEMİRYOLU İLE YOLCU TAŞIMACILIğINDAN", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2016. Yayın	<% 1
59	www.burcusanverdi.com İnternet Kaynağı	<% 1
60	AKKAŞOğLU, Nevfel. "GARAMEYE İŞTİRAKTEN FERAGAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİğİ", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015. Yayın	<% 1
61	acikerisim.aku.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
62	taad.taa.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1

- 63 Filipe Ant3nio Marchi Levada. "Garantias autoexecut3veis", Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gest3o da Informa3o Academica (AGUIA), 2021
Yayın <% 1
-
- 64 archive.org
İnternet Kaynağı <% 1
-
- 65 repository.bilkent.edu.tr
İnternet Kaynağı <% 1
-
- 66 www.baltaci.av.tr
İnternet Kaynağı <% 1
-
- 67 www.coursehero.com
İnternet Kaynağı <% 1
-
- 68 www.lexpera.com.tr
İnternet Kaynağı <% 1
-
- 69 www.varastokirjasto.fi
İnternet Kaynağı <% 1
-
- 70 3ZÇELİK, Ő. BarıŐ. "S3ZLEŐMEDEN DOĞAN BORÇLARIN İFASINDA HUKUKİ İMK3NSİZLİK VE SONUÇLARI", Ankara 3niversitesi Hukuk Fak3ltesi, 2014.
Yayın <% 1
-
- 71 KANIŐLI, Erhan. "CISG'DA VE DİĞER ULUSLARARASI HUKUK UYUMLAŐTIRMASI METİNLERİNDE 3NCELENMİŐ S3ZLEŐMEYE <% 1

AYKIRILIK", Turhan Kitapevi Ofset Matbacılık
Tesisleri, 2016.

Yayın

72	hdl.handle.net İnternet Kaynağı	<% 1
73	law.khas.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
74	libratez.cu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
75	mtopaloglu.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
76	openaccess.altinbas.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
77	openaccess.maltepe.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
78	www.ankarabarosu.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
79	www.kubatsolak.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
80	Emre İşeri, Tuğçe Uygurtürk. "Chapter 32-1 Energy Governance in Turkey", Springer Science and Business Media LLC, 2021 Yayın	<% 1
81	Robert Merkin, Séverine Saintier. "Chapter 14 14. Misrepresentation", Oxford University	<% 1

Press (OUP), 2019

Yayın

82

www.ghgazete.com

İnternet Kaynağı

<% 1

83

Impossibility in Modern Private Law, 2014.

Yayın

<% 1

84

İKİZLER', Metin. "KİRALANANIN SATILMASI DURUMUNDA ALICININ SATICIYA KARŞI HAKLARI", Gazi Üniversitesi, 2016.

Yayın

<% 1

Alınan çıktı

Üzerinde

Eylemleri çıkar

Kapat

Bibliyografya Çıkart

Üzerinde

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı: Hasan Hüseyin OKTAY

Öğrenim Durumu:

Derece	Alan	Üniversite	Yıl
Ön Lisans	Web Tasarımı ve Kodlama	Anadolu Üni.	2020-2022
Lisans	Hukuk Fakültesi	Ankara Üniversitesi	2013-2017
Yüksek Lisans	Özel Hukuk	Atılım Üniversitesi	2020-2023

İş Deneyimi:

Çalıştığı Yer	Görev	Yıl
Güner&Kurtuluş Hukuk	Stajyer Avukat	2018-2019
Türk Silahlı Kuvvetleri	Disiplin Subayı- (Yedek Subay)	2019-2020
Kendi Ofisi	Avukat	2020-2023

Yabancı Diller: Orta Düzey İngilizce

Yayınlar: + Ortaçağın Son Çocuğu Osmanlı Devleti, Bir Kıvılcım Dergisi, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2017.

+ Anadilci Ulus Kuramı, Kutlu Yayınevi, İstanbul, 2018.

Tarih: 06.03.2023