



T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA BORÇLUNUN
TEMERRÜDÜ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Gizem KILIÇ ÖZTÜRK

BURSA- 2015



T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA BORÇLUNUN
TEMERRÜDÜ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Gizem KILIÇ ÖZTÜRK

Danışman:

Yrd. Doç. Dr. Çiğdem Mine YILMAZ

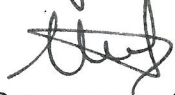
BURSA- 2015

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Özel Hukuk Anabilim/Anasanat Dalı,
Bilim Dalı'nda numaralı
Gizem Kılıç Öztürk'nin hazırladığı
"Türk Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü"
konulu Yüksek Lisans (Yüksek Lisans/Doktora/Sanatta Yeterlik
Tezi/Çalışması) ile ilgili tez savunma sınavı, 28.07.2015 günü 09:00-10:30 saatleri arasında
yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının
başarılı (başarılı/başarısız) olduğuna oybirliği/oy çokluğu (oybirliği/oy çokluğu)
ile karar verilmiştir.

Ünl. Doç. Dr. Aydemir Nure Yılmaz



Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu
Başkanı)
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Prof. Dr. Köksal Koçer



Üye
Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Doç. Dr. Zekeriya Abd


Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

Üye

Akademik Unvanı, Adı Soyadı
Üniversitesi

28.07/2015

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Gizem KILIÇ ÖZTÜRK
Üniversite : Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tezin Niteliği : Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı : x+144
Mezuniyet Tarihi :
Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Çiğdem Mine YILMAZ

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

Borçlu temerrüdü ve borçlu temerrüdünün sonuçları bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. TBK m. 117 — 126 hükümleri arasında düzenlenen borçlu temerrüdü, borcun ifasına engel olan olgulardan biridir. Borçlu temerrüdü, borcun ifa edilmemesinin özel bir halini oluşturmaktadır. Borçlu temerrüdünden söz etmek için borçlunun ifada gecikmiş olması yeterli değildir. İfanın mümkün ve muaccel olması ile alacaklının borçluya ihtarda bulunması gibi başka şartların da varlığı gerekir.

Borçlu temerrüdünün sonuçları genel ve özel sonuçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Borçlu temerrüdünün genel sonuçları, tüm borç ilişkilerine uygulanabilir. Bunun yanında, para borçlarında temerrüt halinde uygulanacak ayrı sonuçlar da vardır. Borçlu temerrüdünün özel sonuçları ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulur.

Anahtar Kelimeler:

Borçlu temerrüdü, temerrüt faizi, aşkın zarar, aynen ifa, zarar, tazminat, sözleşmeden dönme

ABSTRACT

Name and Surname : Gizem KILIÇ ÖZTÜRK
University : Uludağ University
Institution : Social Science Institution
Field : Private Law
Degree Awarded : Master
Page Number : x+144
Degree Date :
Supervisor : Yrd. Doç. Dr. Çiğdem Mine YILMAZ

DEFAULT OF DEBTOR IN TERMS OF TURKISH OBLIGATION LAW

Debtor' s default and the consequences of debtor' s default are the subjects of this study. The default of debtor is regulated in Turkish Code of Obligations between articles 117 — 126. Debtor' s default is one of the phenomenon that hinders the performance of an obligation. Debtor' s default has a special status in nonperformance of obligation. Delay of performance is not enough to mention debtor' s default. Other conditions should have existence such as performance should be possible, due and dischargeable and creditor should give a notice to debtor.

The consequences of debtor' s default are divided two as general and specific consequences. General consequences of debtor' s default are applied to all debt relations. Beside there are other results which applied to default of pecuniary obligations. Specific consequences of debtor' s default have a scope of application in synallagmatic contracts.

Key words:

Default of debtor, default interest, excess damage, specific performance, damage, compensation, avoidance of contract

ÖNSÖZ

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın konusunu “Türk Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü” oluşturmaktadır. Çalışma kapsamını, TBK m. 117 — 126 hükümleri oluşturmaktadır.

Borçlu temerrüdü, gerek kavram gerekse sonuçları bakımından borçlar hukukunun tartışmalı konularından biridir. Çalışmada borçlu temerrüdünün kavramsal olarak incelenmesi ile ifa engelleri sistemindeki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır. Borçlu temerrüdü, kavram, tanım, şartlar ve sonuçları olarak irdelenerek konuya bütün olarak yaklaşmak amaçlanmıştır. Hukukun teori ve uygulama ile bir bütün olduğu göz ardı edilmeyerek bilimsel eserlerin ve pozitif hukuk normlarının yanında Yüksek Mahkeme kararlarına da yer verilmiş, doktrindeki tartışmalı hususların pratikteki çözümleri ortaya konulmuştur.

Bu çalışmamda, danışmanlığımı üstlenen ve çalışmamın her aşamasında yardımlarını esirgemeyerek fikirleri ile yol gösteren saygıdeğer hocam Yrd. Doç. Dr. Çiğdem Mine YILMAZ’ a teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca bilimin ve bilim insanının destekçisi olan TÜBİTAK’ a çalışmalarım sırasındaki maddi katkısından dolayı teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜ KAVRAMI VE BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

I. BORÇLU TEMERRÜDÜ KAVRAMI.....	3
A. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN TANIMI.....	8
B. BORÇ TÜRLERİ BAĞLAMINDA TEMERRÜT	12
C. İFA ENGELLERİ BAĞLAMINDA TEMERRÜT	19
D. TEMERRÜT KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ	24
1. İmkansızlıktan Ayırt Edilmesi.....	24
2. Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Ayırt Edilmesi	28
3. Alacaklı Temerrüdünden Ayırt Edilmesi	29
II. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI	30
A. EDİMİN İFASININ MÜMKÜN OLMASI.....	30
B. BORCUN MUACCEL OLMASI.....	32
C. ALACAKLININ İFAYI KABULE HAZIR OLMASI	41

D. BORÇLUNUN EDİMİ İFADAN KAÇINMA HAKKININ BULUNMAMASI.....	41
E. ALACAKLININ BORÇLUYA İHTARDA BULUNMUŞ OLMASI.....	45
1. İhtarın Hukuki Niteliği ve Şekli	46
2. İhtarın Tarafları.....	48
3. İhtarın İçeriği ve Yapılacağı Zaman.....	50
4. Alacaklının İhtarda Bulunmasına Gerek Olmayan Durumlar	57
a. Sözleşmede ihtar koşulundan vazgeçilmesi veya özel bir kanun hükmünün varlığı.....	57
b. İfa gününün taraflarca açık şekilde belirlenmesi.....	58
c. İfa gününü belirleme yetkisinin taraflardan birine verilmesi	61
d. İhtarın gereksiz veya yararsız olması	62
e. Borcun haksız bir fiilden doğması.....	64
f. Borcun sebepsiz zenginleşmeden doğması.....	67
III. BORÇLU TEMERRÜDÜNDE KUSURUN ROLÜ	70

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

I. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI	72
A. AYNEN İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	73
B. GECİKMEDEN DOĞAN ZARARLARDAN SORUMLULUK	75
C. BEKLENMEDİK HALDEN SORUMLULUK	80
D. PARA BORÇLARINDA TEMERRÜT FAİZİ ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	84
E. PARA BORÇLARINDA AŞKIN ZARARDAN SORUMLULUK	93
II. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDEKİ ÖZEL SONUÇLARI.....	99
A. GENEL OLARAK	99
B. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARI KULLANMASI BAKIMINDAN ARANAN ŞARTLAR.....	101

1. Borçluya Ek Süre Verilmesi	102
2. Borçluya Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller.....	106
C. ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARI.....	109
1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı.....	111
2. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı	113
3. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı .	119
SONUÇ	129
KAYNAKLAR	134
ÖZGEÇMİŞ	142



KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
a.e.	:	Aynı eser
a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
a.g.m.	:	Adı Geçen Makale
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:	Alman Medeni Kanunu
BK	:	818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
ev.	:	Çeviren
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
ed.	:	Editör
EÜHFD	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	:	Hukuki Perspektifler Dergisi
İBGK	:	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	:	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

K.	:	Karar
m.	:	Madde
s.	:	Sayfa
ss.	:	Sayfadan Sayfaya
T.	:	Tarih
TBK	:	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu



GİRİŞ

Sözleşmeler borçlar hukukunun temel kavramlarından birini oluşturmaktadır. Borç ilişkilerini ele alan borçlar hukuku, her ne kadar irade serbestisine dayansa ve emredici nitelikte olmayan tamamlayıcı hükümler öngörmüş de olsa, belirli kural ve ilkelere tabidir. Bu ilkelerden en temeli, ahde vefa ilkesidir. Buna göre, birbirlerine karşı yükümlülükler üstlenerek borç ilişkisine giren tarafların, taahhüt ettikleri edimleri yerine getirmesi gereklidir. Zaten borç ilişkisinin kurulma amacı, taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmesi suretiyle bu ilişkinin sona ermesidir. Bazı hallerde ise borç ilişkileri beklenen, amaçlanan şekilde edimin ifa edilmesiyle sona ermez. İfa engeli olarak anılan bu durumlar, alacaklıdan, borçludan veya her ikisinin de etki alanı dışındaki bir sebepten ileri gelebilir.

Borçludan kaynaklanan ifa engellerinden birisi de borçlunun temerrüdüdür. Borçlu temerrüdü, gerçekleşebilmesi için bazı şartları ve prosedürleri gerektirmesi sebebiyle, borcun ifa edilmemesinin nitelikli bir hali olarak görülmektedir. Nitelikli halden daha farklı bir anlam yüklenerek, borcun ifa edilmemesi kavramından da ayrı bir hukuki kurum olarak hukukumuzda yer almaktadır. Buna karşılık, Anglo- Sakson hukuk sisteminde borçlu temerrüdü olarak isimlendirilen bir hukuki kurum mevcut değildir; bunun yerine borcun ifa edilmemesi veya borca aykırılık şeklinde tek bir kavram yer almakta ve borca aykırılığın ağırlığına göre uygulanacak yaptırımlar belirlenmektedir. Öte yandan Avrupa Birliği ve uluslararası örgütlerin model kanun metinlerinde, daha yakın tarihlerde değişikliğe uğramış ulusal kanun metinlerinde ise; borçlu temerrüdü kavramına yer verilse de, uygulanacak yaptırım sistemi daha basit ve sistematik hale getirilmiştir. Türk hukukuna bakıldığında, ifa engelleri ve her bir ifa engeline hangi yaptırımın uygulanacağı şeklinde bir sistematik mevcuttur. Borçlu temerrüdü ise, borcun ifa edilmemesi üst başlığına ait olan, borcun hiç ifa edilmemesi ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde ayrılan borca aykırılık halleri içinde incelenmektedir.

Temerrüt, borçlunun taahhüt ettiği ifası mümkün ve muaccel edimi zamanında yerine getirmemesi halinde, alacaklının borçluya ihtarda bulunması suretiyle gerçekleşir. Borçlunun temerrüde düşmesi ise, borçlu aleyhine sonuçlar doğurur. Borçlu temerrüdünün tüm sözleşme tipleri için uygulanabilen genel sonuçları olduğu gibi, ifasında temerrüde düşülen borcun para borcu olması halinde uygulanan sonuçları ve ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi halinde uygulanacak özel sonuçları vardır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, borçlu temerrüdü kavramı, bu hukuki kurumun tanımı ve borçlunun temerrüde düşmesi için aranan şartlar ile yerine getirilmesi gereken prosedürler incelenmiştir. İkinci bölümde ise, borçlu temerrüdünün genel sonuçları ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki sonuçları incelenmiştir. Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan seçimlik imkanlar ile alacaklının seçimlik haklara başvurmasında aranan şartlara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜ KAVRAMI VE BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

I. BORÇLU TEMERRÜDÜ KAVRAMI

Borç ilişkisi, taraflar arasında kurulan hukuki bağı ifade eder¹; bu bağ ile taraflardan en az birinin diğerine karşı bir edimi yerine getirme yükümlülüğü söz konusudur. Tarafların borç ilişkisini kurmakla takip ettiği amaç, borçlunun taahhüt ettiği ve alacaklının da talep etmeye yetkili olduğu edimin tam ve doğru bir biçimde yerine getirilmesi yoluyla alacaklının tatmin edilmesini sağlamak olup; borç ilişkisi, ifa veya ifa yerini tutan olguların gerçekleşmesiyle sona erer². Borcun ifa edilmesi, borçlunun yüklendiği edimi gerekli olduğu şekilde yerine getirmesi ile gerçekleşir ve böylece borç sona ererek borçlu söz konusu yükümlülüğünden kurtulur³. Bu bakımdan ifanın iki temel sonucu vardır; bir yandan alacaklıyı hak ettiği edim alacağına kavuşturur, diğer yandan da borçluyu yüklenmiş olduğu edim yükümlülüğünden kurtararak borcun sona ermesini sağlar⁴.

İfa, bir hukuki işlem veya kanun gereği borçlanılmış olan ve borcun konusunu oluşturan, verme, yapma veya yapmamadan ibaret olan edimin kural olarak borçlu veya

¹ Kemal Oğuzman- Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat, İstanbul, 2013, s. 3; Borç kelimesinin karşılığı olan Obligatio kelimesi, “obligare” den köken almakta ve obligare kelimesi de bağlı olmak anlamına gelmektedir, Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1980, s. 603.

² Ayşe Havutçu, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlı Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul, 2012, ss. 313-333, s. 313; Peter Huber, “Contract Formation and Non-Performance in German Law”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze- Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 201-212, s. 204.

³ Henry Bovay, “Temerrüdün Esası”, çev. Zahit İmre, **İÜHFİM**, C. 12, S. 2-3, 1946, ss. 765-804, s. 786.

⁴ Rona Serozan, **İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, Filiz, İstanbul, 2009, s. 7.

üçüncü kişi tarafından borca uygun şekilde taahhüt edilen edim eylemleri ile yerine getirilmesidir⁵.

Borç ilişkisinin normal, beklenen ve umulan sona erme sebebi olan ifanın⁶, borcu sona erdirme fonksiyonunu yerine getirebilmesi, yani bir edimin ifa sayılabilmesi için; yerine getirilen edimin konu, yer, tutar, zaman ve kişi öğeleri olan ifa unsurları bakımından borca uygun olması ve borçlanılmış edimle örtüşmesi, diğer bir deyişle borcun gereği gibi ifa edilmesi gerekir⁷.

Borçlunun, sözleşmeyle üstlendiği borcu yerine getirmesi gereklidir. Bu ahlaki kural, bir hukuk prensibi kılığına bürünmüş ve “pacta sunt servanda”, yani ahde vefa ilkesi olarak anılmaktadır⁸. Fakat borç ilişkisinin tarafları her zaman borç ilişkisi ile yükümlendikleri edimleri gereği gibi yerine getirmezler ve borç ilişkisinin amacına ulaşmasını engellerler. Borç ilişkisinin amacına ulaşmasını engelleyen tüm bu haller, borcun ifa edilmemesi⁹, borca aykırılık veya sözleşmenin ihlali şeklinde ifade edilmektedir. Farklı şekillerde ifade edilmekle beraber, borcun ifa edilmemesi ile borca aykırılık yahut sözleşmenin ihlali aynı kavramlardır. İfa etmeme kavramı sözleşmelerden kaynaklanan borçlarla da sınırlı değildir. Kaynağı ne olursa olsun, her türlü borç ilişkisinde borç yerine getirilmediği takdirde ifa etmeme söz edilir¹⁰.

Borcun ifa edilmemesinin çeşitli görünüşleri vardır. Doktrinde borcun ifa edilmemesi farklı şekillerde açıklanmakta ve alt ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bir görüş borcun ifa edilmemesini, ifanın yerine getirilmesi mümkün ve gerekli iken; borçlunun üstlendiği edimi anlaşılmaya uygun şekilde öngörülen zamanda ve yerde yerine getirmemesi olarak görmektedir¹¹. Kanımızca bu görüş, borcun ifa edilmemesi kavramını oldukça daraltmaktadır. Şöyle ki, ifanın mümkün olmasına karşılık ifa unsurlarına aykırı hareket edilmesini bu tanım kapsamına alarak, imkansızlık ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinden olan kötü ifa kavramlarını borcun ifa edilmemesi üst başlığının kapsamı

⁵ Selahattin Sulhi Tekinay- Sermet Akman- Haluk Burcuoğlu- Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 758; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 7.

⁶ İrfan Baştuğ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1977, s. 263.

⁷ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 8; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 1045.

⁸ Baştuğ, a.g.e., s. 269.

⁹ TBK’da borcun ifa edilmemesi üst kavramı kullanılmaktadır.

¹⁰ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 851.

¹¹ Baştuğ, a.g.e.,s. 268.

dışında bırakmaktadır; bir bakıma borcun ifa edilmemesi temerrüt ile sınırlı hale gelmektedir.

Tekinay ve Eren'e göre, borcun ifa edilmemesi üç şekilde söz konusu olabilir. Birinci ihtimal; önceden doğmuş bir borçta, borçlu borçlanmış olduğu edimin kendi kusuruyla imkansız hale gelmesi sebebiyle ifayı hiç yerine getirmemiş olabilir. İkinci ihtimal; borcun ifası mümkün ve ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen borçlu borcunu ifa etmemiş olabilir. Son ihtimal ise borçlu borcu ifa eder fakat bu kötü bir ifadır¹². Yukarıdaki üç ihtimalle aynı sonucu doğuran doktrindeki bir diğer ayrım ise farklı bir terminoloji kullanılarak yapılmıştır. Baştuğ borcun ifa edilmemesini; borcun tüm olarak ifa edilmemesi, eksik olarak ifa edilmesi ve gecikmiş olarak ifa edilmesi şeklinde nitelendirmiştir¹³.

Oğuzman'a göre ise, borcun ifa edilmemesinin iki çeşit görünümü vardır; borç hiç ifa edilmemiş olabilir veya borç gereği gibi ifa edilmemiş, yani kötü ifa edilmiş olabilir¹⁴.

Bir başka görüş ise, borcun ifa edilmemesini borçlunun davranışını merkez alarak ikiye ayırmaktadır. Yargıtay da bir kararında bu görüşe dayanmıştır. Bovay'a göre borcun ifa edilmemesi hallerinden ilki, borçlunun serbest iradesine dayanan, borcu ifa etmemek konusunda verdiği serbest karar ile borcu yerine getirmemesi¹⁵; diğeri ise borçlunun iradesinin makul bir şekilde karşı duramayacağı olaylar yüzünden, yani mücbir sebepten kaynaklanan ifa edememe halidir¹⁶. Yine bu görüş taraftarlarına göre, borcun ifa edilmemesi ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi şeklindeki ikili ayrıma ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu görüş konu, yer, zaman, miktar ve kişi olan ifa unsurlarının herhangi birinin ihlalinin, diğerrinin ihlaline eşdeğer olmasına dayanır. Şöyle ki borçlunun ifanın unsurlarından herhangi birine aykırı davranması, tek başına borcun ifa edilmemesini ifade etmektedir; çünkü ifanın gereği gibi yapılmasında uyulması gereken unsurlardan birini diğerrinden üstün tutmak mümkün değildir¹⁷. Bovay'ın savunduğu görüş bir adım daha ileri

¹² Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 851; Eren, a.g.e., s. 1027 ve s. 1051; Ahmet Cemal Ruhi, **Sözleşmeler Hukuku**, Cilt 1, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 59.

¹³ Baştuğ, a.g.e., s. 263.

¹⁴ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 379.

¹⁵ "Temerrüt olayı, ifa etmeme ve ifadan kaçınma şeklinde ortaya çıkan "iradi bir davranış" tır.", Yargıtay HGK, T. 28.11.1990, E. 1990/11-88, K. 1990/591; Yargıtay HGK, T. 13.11.1991, E. 1991/11-303, K. 1991/567, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

¹⁶ Bovay, a.g.m., s. 792.

¹⁷ Bovay, a.g.m., s. 787.

giderek borcun ifa edilmemesi kavramının varlığı karşısında, temerrüt kavramının mevcut olmasına gerek bulunmadığı yönündedir. Buna göre, borçlunun borcunu ifa etmemek konusunda verdiği serbest karar ile, yani kusurlu olarak ifa etmeme ile edimin objektif olarak imkansız olması sebebiyle ifa etmeme kavramları; borcun ifa edilmemesi üst kavramını tamamen kapsamaya yeterli olduğu için temerrüt kavramına ayrıca ihtiyaç bulunmamakta ve bu terimin kanunlarımızdan çıkartılması gerekmektedir¹⁸.

Kanımızca borcun ifa edilmemesi, hiç veya gereği gibi ifa edilmeme şeklinde ayrılmalıdır. Nitekim TBK m. 112’de de “borcun ifa edilmemesi”, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi olarak ifade edilmiştir. Aybay’a göre borçlu temerrüdüne, kanun kendine özgü hüküm ve sonuçlar bağladığından; temerrüt borcun ifa edilmemesi başlığı içinde özel bir yer işgal etmektedir¹⁹. Diğer taraftan, kanunun temerrüde özel şartlar ve sonuçlar öngörmüş olmasına dayanarak; borçlu temerrüdünü borcun ifa edilmemesinin üçüncü bir görünüm şekli, türü olarak kabul etmek ve borcun gecikmiş olarak ifası şeklinde bir ayırma gitmeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü borcun gecikmiş ifası yahut vaktinde ifa edilmemesi halleri, alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmediği müddetçe, zamanında yerine getirilmiş bir edim söz konusu olmadığı için; borcun hiç ifa edilmemesinden farksızdır. Ayrıca Aral’a göre, TBK m. 112 borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlüğün ihlalinde uygulanacak genel kural niteliğinde olup²⁰; borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler, TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenen borcun ifa edilmemesinden dolayı sorumluluk kurallarının ayrıntısından başka bir şey değildir²¹.

Bu görüşler tek tek değerlendirildiğinde sonuç olarak borçlu temerrüdünün, borcun ifa edilmemesi üst başlığı altında bazen borcun hiç ifa edilmemesi bazen de borcun gereği gibi ifa edilmemesi alt başlıklarına dahil edildiği görülmektedir. Borcun hiç ifa edilmemesi halinde, ya borcun ifası mümkün olduğu halde borç ifa edilmemiştir ya da borcun ifası imkansızlaşmıştır²². Buna göre, borçlunun ifa zamanı geçmesine rağmen edimi yerine getirmemekte direnmesi halinde; alacaklının TBK m. 125/II’ ye göre aynen ifadan vazgeçme ve sözleşmeden dönme haklarından birinin kullanılması üzerine borcun aynen

¹⁸ Bovay, a.g.m., s.803.

¹⁹ Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 2011, s. 132.

²⁰ Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin, Ankara, 2011, s. 69.

²¹ Bovay, a.g.m., s. 790.

²² Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 379.

ifasından artık söz edilemez²³. Bu ihtimalde borçlu temerrüdü “borcun hiç ifa edilmemesi” kategorisine dahil olur. Diğer taraftan, alacaklının söz konusu seçimlik hakları kullanmasından bağımsız olarak borçlu temerrüdünü doğrudan borcun hiç ifa edilmemesi olarak kabul eden bir görüş de mevcuttur. Buna göre, borçlu en küçük ayrıntısına kadar kendisi için çizilen yolu takip etmeyerek ifa zamanına riayet etmediği takdirde; borcun gereği gibi ifa edilmemesinden söz edilemez, borç hiç ifa edilmemiştir²⁴.

Borçlu temerrüdünü, borca aykırılık hallerinden gereği gibi ifa etmemeye dahil edenler de vardır. Gereği gibi ifa etmeme kavramı geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılmaktadır. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa unsurlarından herhangi birine aykırılık halinde söz konusu olur²⁵. Bu anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi, ifa mümkün olduğu halde borcun ifa edilmemiş olması, diğer bir ifade ile ifa zamanının geçirilmiş olmasına karşılık ifa imkanının mevcut olması ve borcun nitelik, miktar ve yer itibariyle gereği gibi yerine getirilmemesi kavramlarını kapsamaktadır²⁶. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme çok kapsamlı bir kavram olmasına karşılık; teknik ve gerçek anlamdaki gereği gibi ifa etmemeyi karşılamamaktadır. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, teknik anlamı karşılamaktadır; dar anlamda gereği gibi ifa etmeme borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmaması ve borçlunun yan yükümlülüklerden birini ihlal etmesi, diğer bir ifadeyle kötü ifayı ifade etmektedir²⁷. Bu görüşe göre, borçlu temerrüdü geniş anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesinden ibarettir²⁸. Çünkü temerrüt nitelik itibariyle geçici bir durumu ifade etmektedir ve borçlunun borçlandığı edimi ifa zamanından sonra, gecikmiş olarak yerine getirmesiyle birlikte borç ifa edilmiş olur; ancak gecikme olgusu ortadan kalkmayacağından, borç gereği gibi ifa edilmemiş olacaktır²⁹.

TBK'nın İkinci Ayırımında m. 112 vd. hükümlerinde borçların ifa edilmemesinin sonuçları düzenlenmiştir. TBK bu başlık altında, olması gerekene aykırı olarak tutulması

²³ Eren, a.g.e., s. 1090.

²⁴ Bovay, a.g.m., s. 786; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 677.

²⁵ Eren, a.g.e., s. 1045.

²⁶ Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 379.

²⁷ Eren, a.g.e., s. 1046.

²⁸ Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet**, Vedat, İstanbul, 2010, s. 398; Bovay temerrüdü salt bir ifa etmeme durumu olarak ifade etmektedir, Bovay, a.g.m., s. 790.

²⁹ Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 379; Müttemerrit borçlu borçlandığı edimi daha sonra ya ifa eder ya da kesin olarak ifa etmeme durumuna girer şeklinde ifade edilmiştir, Eren, a.g.e., s. 1090; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 15, İstanbul, 1992, s. 15.

beklenen sözlerin tutulmaması, ahde vefaya uyulmaması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırı fiillerden borca aykırılığa bağlanan yaptırımları düzenlemektedir³⁰.

Borcun ifa edilmemesinin sonuçları, ifa etmeme ve zamana uymamaya verilmiş özel isim olan temerrüt başlıkları altında düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun sistematüğinde, ifa etmeme başlığı; “borcun hiç ifa edilmemesi” ve “edime uygun ifa edilmemesi” iki uç noktası arasındaki her durumu kapsamına almaktadır.³¹ Dolayısıyla TBK m. 112 vd. hükümlerindeki düzenlemeler, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel sorumluluk ilkelerini içermekte; nitelikli borca aykırılık olan temerrüde ilişkin hükümler³² ise TBK m. 117 vd. hükümlerinde yer almaktadır. Bu bağlamda, borçlu temerrüdü kavramını borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi başlıklarından birine dahil etmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü borcun nitelikli ihlalini oluşturan temerrüt, borçlunun ifa zamanında borcunu yerine getirmemesi sebebiyle borcun hiç ifa edilmemesi sayılabileceği gibi; borçlunun temerrüde düştükten sonraki bir zamanda yerine getirilmesi halinde de borcun gereği gibi ifa edilmemesi haline girer.

A. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN TANIMI

Temerrüt, Arapça bir sözcüktür ve “inat” kökünden gelmektedir³³. Arapça kökenli bir sözcük olmasına karşılık, temerrüt kurumunun temeli Roma hukukuna dayanmaktadır³⁴. Roma hukukunda “mora” olarak ifade edilen temerrüt kavramı; borcun alacaklı veya borçludan kaynaklanan bir sebeple borcun yerine getirilmemesi, sorumluluk doğurucu bir gecikme, alacaklının ihtarına rağmen borçlunun geçerli ve muaccel borcunu ifa etmemesi dolayısıyla ortaya çıkan kusur hali olarak tanımlanmaktadır³⁵. Temerrüt, borçlunun borcunu ödememekte veya alacaklının alacağını almamakta direnmesi olarak da ifade edilmektedir³⁶. Borç ilişkisinin amacına ulaşmasını engelleyen tarafa göre temerrüt, borçlu temerrüdü ve alacaklı temerrüdü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

³⁰ Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta, İstanbul, 2014, s. 158.

³¹ Belen, a.g.e., s. 254.

³² Belen, a.g.e., s. 256.

³³ Baştuğ, a.g.e., s. 271.

³⁴ Mahmut Kızır, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 23.

³⁵ Berger, a.g.e., s. 587; Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s.158; Turgut Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 95, Kalite Matbaası, Ankara, 1975, s. 12.

³⁶ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 1992, s. 899.

TBK m. 117—126 hükümleri borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenlemeler içermektedir; ancak bu hükümler borçlu temerrüdüne ilişkin bir tarif vermemekte, yalnızca temerrüdün oluşum koşulları ile temerrüde bağlanan hüküm ve sonuçları düzenlemektedir. TBK m. 117’de yalnızca muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği belirtilmiştir. Bu nedenle temerrüdün tanımlanması içtihatlar ve doktrine kalmıştır.

“Borçlu temerrüdü” kanuni bir tanım yer almaması sebebiyle farklı şekillerde tanımlanmıştır. Yargıtay borçlu temerrüdünün kanunda tanımlanmadığını ifade ederek; borçlu temerrüdünü ifası mümkün bir borcun borçlu tarafından yasal bir engel bulunmamasına rağmen zamanında ifa edilmemesi şeklinde tanımlamaktadır. Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre; borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için, ifanın mümkün olması, borcun muaccel hale gelmesi ve uygun bir ihtar gerekmekte bununla birlikte; alacaklının temerrütte bulunmaması ve borçlunun, kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren bir def’i ileri sürmemiş olması gerekmektedir³⁷.

Doktrinde borçlu temerrüdü çeşitli şekillerde tanımlanmakta ve bu tanımlarda genellikle kanundaki gibi temerrüdün oluşma şartlarından yola çıkılmaktadır. Borçlu temerrüdüne ilişkin en yalın tanım, kanundaki ifadeyle aynı olan muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarına rağmen borcunu ifa etmemesi halinde temerrüde düşeceği şeklindedir³⁸. Başka bir tanımda, muacceliyet ve ihtardan başka ifanın mümkün olması şartı da eklenmiştir. Borçlu temerrüdü, borçlunun objektif bakımdan ifası mümkün bir borcu, ifa etmesi gereken zamanda kendiliğinden yerine getirmemesi, diğer bir deyişle ifada gecikmesi ve alacaklının kural olarak ona borcunu ifa etmesini ihtar etmesi üzerine gerçekleşen durumdur; kısaca borçlunun borcunu ifa etmemekte direnmesidir³⁹. Diğer bir ifadeyle, bir borcun yerine getirilmesi olanağının bulunmasına, borcun muaccel olmasına

³⁷ Yargıtay HGK, T. 23.06.2010, E. 2010/19-255, K. 2010/347; Yargıtay HGK, T. 28.09.2011, E. 2011/19-498, K. 2011/572, Kazancı İctihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

³⁸ Reinhard Zimmermann, **The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspectives**, Oxford University Press, New York, 2010, s. 56; Hüseyin Hatemi- Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 252; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 677.

³⁹ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 237; Aybay, a.g.e., s. 132; Baştuğ, a.g.e., s. 271; Tandoğan, a.g.e., s. 398; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 215, İfanın muaccel, mümkün olması ve ihtar şartından başka; borcun borçlu tarafından bir def’iyle pusatlanmamış olması şartını da tanımda belirtmiştir.

ve alacaklının ihtarda bulunmuş olmasına karşılık, borçlunun borcunu yerine getirmemesi anlamına gelmektedir⁴⁰.

Bazı tanımlarda ise, borçlu temerrüdünün borcun ifa edilmemesi hallerinden olduğu ve buradaki “ihlalin” edimi zamanında yerine getirmemek şeklinde ortaya çıktığı belirtilmektedir⁴¹. Buna göre borçlu, belirli zamanda taahhüdünü yerine getirmeyerek ifada gecikir ve temerrüde düşer⁴². İfa zamanını esas alan tanımlardan bir diğerine göre, “ifa zamanının sonradan ifada bulunmayı imkansız kılacak kadar önemli bir unsur olmaması halinde” ifanın gecikmesi borçluyu mütemerrit kılar⁴³. Kanımızca borçlu temerrüdünü, borçlu tarafından ifanın diğer unsurlarına uygun davranıldığı halde, sadece zaman bakımından borcu ihlal ettiği şeklinde tanımlamak mümkün değildir. Çünkü borçlu, borcunu zamanında ifa etmediği takdirde, halihazırda ifanın diğer unsurlarına da aykırı davranmış olacağı gibi⁴⁴; ifanın diğer unsurlarına aykırı davranış da ifa zamanını kaçırmaya sebep olacağından borçlunun temerrüde düşmesine neden olabilir. Şöyle ki, edim alacaklıya değil de başka birine ifa edilmişse, edim ifa yerinden başka bir yerde yerine getirilmek istenmiş ve alacaklı bunu kabul etmemişse, miktar veya nitelik olarak karşılaştırılana uygun olmayan ifayı alacaklı reddetmişse; bu hallerde de borçlu edimi zamanında ifa etmediği için, alacaklı borçluyu temerrüde düşürebilir⁴⁵. Ayrıca, borçlunun bizzat ifa ile yükümlü olduğu durumlarda üçüncü kişinin ifasını alacaklı kabul etmekle yükümlü olmadığından; bu ifayı reddederek borçluyu temerrüde düşürebileceği gibi, unsurlara uygun olmayan ifayı TBK m. 112’ye dayanan tazminat talep hakkını saklı tutarak kabul de edebilir⁴⁶. Benzer şekilde borçlunun karşılaştırılardan başka bir şey ifa olarak sunması (aliud ifa) halinde de borcun hiç ifa edilmemesi söz konusu olur ve alacaklı edimi kabul etmeyip borçluyu temerrüt haline sokabilir⁴⁷.

⁴⁰ Ejder Yılmaz, a.g.e., s. 140.

⁴¹ Eren, a.g.e., s. 1089; Eren, a.g.e., s. 1098, Borçlu ifa yükümlülüğünü, ifa zamanı modalitesine aykırı davranmak yoluyla ihlal etmekte ve bu nedenle temerrüde düşmektedir. Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. 1, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 903; Kemaleddin Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1290, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 497.

⁴² Işık Nazikoğlu, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, **AÜHF**, Sayı: 1, Cilt:8, 1951, ss. 658-684, s. 662.

⁴³ H. Oser- W. Schöenberger, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım**, çev. Recai Seçkin, Şerhin 2. Basısının Tercümesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950, s. 749.

⁴⁴ Bovay, a.g.m., s. 788.

⁴⁵ Tandoğan, a.g.e., s. 399; Eren, a.g.e., s. 1046.

⁴⁶ Aral, a.g.e., s. 75.

⁴⁷ Tandoğan, a.g.e., s. 400.

Bunun dışında temerrüt, salt ifa zamanının geçirilmesi değildir, borcun zamanında ifa edilmediği her halde temerrüdün gerçekleştiği söylenemez⁴⁸. İfada gecikmenin borçlu temerrüdü olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartların da gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan borçlu temerrüdü, borçlunun ifada nitelikli bir gecikmesi, başka bir deyişle borçlunun borcu ifa etmemede nitelikli bir direnişini ifade eder⁴⁹. Gerçekten de borçlu temerrüdünde, borçlunun borç ilişkisinden kaynaklanan yükümü hukuka aykırı olarak ihlal etmesi, sözleşme ihlalinin özel ve önemli bir hali niteliğindedir⁵⁰. Sözleşmenin ihlali, borcun ifasının geciktirilmesinden kaynaklanmaktadır. Borçlu temerrüdünde, borcun normal ve beklenen amacının, yani ifanın gerçekleşmesi imkansız olmamakla birlikte; bu amaç borçlu tarafından tehlikeye düşürülmüştür⁵¹. İfa zamanı geçtikten sonra, borcun içeriğine uygun bir ifa gerçekleştirilse dahi artık sözleşme ihlal edilmiştir.

Son olarak bir görüş de borçlu temerrüdünü alacaklı ile borçlu arasında kurulan borç ilişkisinden doğan yan borçlara aykırılık olarak değerlendirmektedir. Borç ilişkisi, edim yükümlülüklerinin yanında yan yükümlülükler de doğurmaktadır. Borçlunun ve alacaklının işbirliği yapma borcu da, dürüstlük kuralından kaynaklanan ve ifaya yardımcı olma amaçlı olan yan borçlardandır⁵². Bu bağlamda, borçlu temerrüdü, alacaklı ve borçlunun işbirliği yapma yükümlülüğüne aykırı davranması şeklinde ortaya çıkan bir borca aykırılıktır⁵³.

Borçlu temerrüdünün tanımlanmasında olduğu gibi; temerrüdün bir sorumluluk hali mi yoksa sorumluluk sebebi mi teşkil ettiği hususunda da farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, temerrüt ifaya mecbur olduğu anda edimi yerine getirmeyen borçlunun, borcun zamanında ifa edilmemesi nedeniyle içine düştüğü sorumluluk halidir⁵⁴. İkinci görüşe göre; borçlunun ifa etmekten kaçınma imkanı olmayan, muaccel ve mümkün olan

⁴⁸ Barlas, a.g.e., s. 15; Halil Akkanat, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, ss. 1- 50, s. 2.

⁴⁹ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 470; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 215.

⁵⁰ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1-2, 2. Baskı, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara, 1983, s. 605.

⁵¹ Selahattin Sulhi Tekinay- Sermet Akman- Haluk Burcuoğlu- Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 911.

⁵² H. Tamer İnal, **Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 343.

⁵³ İnal, borçlu temerrüdünü kavramsal olarak aynı tanımlamakla birlikte, sistematik olarak yan borçların ihlali konusunda incelemiştir; İnal, a.g.e., s. 356 vd.

⁵⁴ Bovay, a.g.m., s. 804; Tunçomağ, a.g.e., s. 904; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, 4. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2008, s. 60; Ferit H. Saymen- Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1958, s. 735.

edimi zamanında yerine getirmemesi haline eklenen belirli şartlara bağlı olarak gerçekleşen sorumluluk nedenine temerrüt adı verilmektedir⁵⁵. Borçlu temerrüdünü sorumluluk kaynağı veya sebebi olarak gören bu görüşün dayanağına göre, sorumluluk halinin gerçekleşmesi için temerrütten başka kusur ve zarar gibi başka unsurların da gerçekleşmesi gereklidir⁵⁶.

Kanımızca borçlu temerrüdünün bir sorumluluk hali olarak kabul edilmesi daha doğru görünmektedir. Öncelikle borçlu temerrüdünde, borçlunun sorumluluğunun sebebini borç ilişkisinden kaynaklanan yükümün ihlal edilmiş olması oluşturur⁵⁷. Daha önce de ifade edildiği gibi temerrüt nitelikli bir borç ihlali olduğundan, temerrüdün gerçekleşmesi için salt yüküm ihlali yeterli olmayıp başka şartların da bir araya gelmesi gereklidir. Bu nedenle temerrüt, sorumluluk sebebi olan yüküm ihlali ile diğer şartların bir araya gelmesiyle oluşan bir sorumluluk halidir. Diğer taraftan, sorumluluk halinin oluşması için temerrüdün tek başına yeterli olmadığı, zarar ve kusur gibi başka unsurların da gerektiği yönündeki gerekçe yerinde değildir. Kusur, zarar gibi unsurlar temerrüdün bir sorumluluk hali oluşturması ile ilgili olmayıp; temerrüt sonuçları bakımından borçlunun sorumluluğunun genişlemesi noktasında önem taşıyan unsurlardır.

B. BORÇ TÜRLERİ BAĞLAMINDA TEMERRÜT

İfa, borçlunun iradi etkinliği ile somut bir borç ilişkisinde borçlanılmış edimin yerine getirilmesi olarak nitelendirilir; bu bakımdan edimsiz ifa söz konusu olamaz⁵⁸. Edimsiz ifa düşünülmemeyeceğinden, borcun yerine getirilmemesinin özel bir hali olan borçlu temerrüdünün edim türleri bakımından ayrıca incelenmesi gereklidir.

Bir borç ilişkisi, ilişkinin taraflarına çeşitli yükümlülükler doğurur. Bu yükümlülüklerle ilişkin temel ayırım, edim yükümleri ile yan yükümlerdir. Edim borçları, borç ilişkisinin asıl konusunu, borçlunun alacaklı yararına gerçekleştirmekle sorumlu

⁵⁵ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 911; Barlas, a.g.e., s. 15; "...borçlu temerrüdü; borçlunun ifa etmekten kaçınmayacağı muaccel edimi zamanında yerine getirmeyerek ifada gecikmesi ve borcun ifasının hala mümkün bulunması durumunda belirli şartlara bağlı olarak gerçekleşen bir sorumluluk nedenidir.", Yargıtay HGK, T. 18. 02.2004, E. 2004/10-104, K. 2004/94, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2015)

⁵⁶ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 911, dn. 2.

⁵⁷ Aral, a.g.e., s. 72.

⁵⁸ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 10.

olduğu menfaati ifade etmektedir⁵⁹. Edim yükümü, borç ilişkisinin niteliğini, içeriğini belirler ve borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmekle mükellef olduğu edimin gerçekleşmesi ile borç ilişkisi amacına ulaşarak sona erer⁶⁰. Edim yükümlülükleri asli ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılır. Asli edim yükümlülükleri borç ilişkisiyle birlikte doğan, borç ilişkisinin tipini belirleyen, borç ilişkisinin esaslı noktalarını oluşturan ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde synallagmanın içeriğine dahil olan yükümlülüklerdir⁶¹. Dolayısıyla taraflar arasında asli edim hususunda anlaşma sağlanamadığı takdirde, geçerli bir borç ilişkisi kurulamayacaktır.

Yan edim yükümlülükleri ise, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmayan ve sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen edimlerdir⁶². Yan edim yükümlülükleri, alacaklının asli edim yükümünün yerine getirilmesindeki menfaatinin en geniş ölçüde ve tam olarak gerçekleşmesini sağlamaya yarayan yükümlülüklerdir. Yan edim yükümlülükleri bu bakımdan asli edim yükümlülüğüne işlevsel olarak bağlı ve asli edimi tamamlayıcı niteliktedir.⁶³ Söz konusu işlevsel bağıllığa karşın, yan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak dava konusu olabilirler⁶⁴.

Borç ilişkisinden, edim yükümlülüklerinden başka yan yükümlülükler de doğar. Yan yükümlülükler, borç ilişkisinin amacına ulaşmasına yardım eden yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler, asli edimin tam ve doğru olarak ifa edilmesine hizmet etmekte olup, alacaklının mal ve şahıs varlığını korumaya yöneliktir⁶⁵. Buna göre, borçlu borçlanılan edimi tam olarak yerine getirme için gerekli her şeyi yapmakla yükümlüdür⁶⁶. Davranış yükümlülükleri adı da verilen yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerine bağımlı

⁵⁹ İnal, a.g.e., s. 299.

⁶⁰ Aral, a.g.e., s. 34.

⁶¹ Aral, a.g.e., s. 34; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 27.

⁶² Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 27; “Taraflar arasındaki sözleşmede ağırlıklı olan konu bilgisayar satımıdır. Bilgisayarda Tüketici Kanununun 4. maddesinde belirtilen açık veya gizli ayıp olduğu iddia ve ispat edilmediğine göre, yan edim olan internet hizmetinin verilmemesi akdın esaslı unsurlarından olmadığı için davacı sözleşmenin feshini değil, internet hizmetinin vermediği tarihten itibaren, sözleşmede taahhüt edilen üç yıllık sürenin sonuna kadar böyle bir hizmetin temini için yapılması gerekli olan masrafların bedelini tazminat olarak isteyebilir.”, Yargıtay 13. HD, T. 25.11.2002, E. 2002/9489, K. 2002/12654, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2015)

⁶³ Aral, a.g.e., s. 36.

⁶⁴ Aral, a.g.e., s. 36.

⁶⁵ İnal, a.g.e., s. 299.

⁶⁶ Aral, a.g.e., s. 40; “...asli edime yardımcı olan ve asli edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden yan yükümler”, Yargıtay HGK, T. 06.05.1992, E. 1992/13-213, K. 1992/315, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

niteliktedirler. Yan yükümlülüklerin edim yükümlülüklerine bağımlı olması, bu yükümlülüklerin ihlali halinde bağımsız bir ifa davasına konu olmasını engeller. Dolayısıyla, yan yükümlülüklerin ihlali halinde zarar gören taraf yalnızca tazminat davası açabilir; ancak yan yükümlülüğün aynen ifasını karşı taraftan talep edemez⁶⁷. Yan yükümlülüklerin kaynağını genellikle doğruluk ve dürüstlük kuralları oluşturur⁶⁸.

Temerrüt hükümleri, hem asli edimlerin hem de yan edimlerin ifasında gecikme halinde uygulanır. Diğer taraftan, yan yükümlülüklerin bağımsız bir varlığı bulunmadığından, bunların ifasındaki gecikme temerrüt olarak nitelendirilemez⁶⁹. Yan yükümlülerin ihlali halinde temerrüdün söz konusu olmamasının bir diğer sonucu da, bir borç ilişkisinde alacaklı yan yükümü ihlal etmiş dahi olsa, asli edim yükümünü ihlal eden borçluya karşı borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmesidir⁷⁰.

Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler göre borçlu temerrüdü, diğer şartlarında varlığı ile birlikte yalnızca asli edim ve yan edim yükümlülerinin ihlali halinde söz konusu olabilmektedir.

⁶⁷ Eren, a.g.e., s. 37; Aral, yan yükümlülükleri ifaya bağımlı ve bağımsız olarak ikiye ayırmış ve ifadan bağımsız yan yükümlülüklerin ayrı bir eda davasına konu olabileceğini savunmuştur. Bkz. Aral, a.g.e., s. 42-43; Yargıtay yan yükümlülerin bağımsız ifa davasına konu edilememesini edim yükümlülüklerine bağımlı olmasına değil, ortaya çıkan borcun başlangıçta belirli olmamasında dayandırmıştır, “Yan yükümlüler (özen gösterme yükümleri diğer davranış yükümleri) ise asli edim yükümlülerine bağımlı yükümlülerdir; Taşıma sözleşmesinde taşıyıcının yolcuları can ve mallarına zarar vermeden varacağı yere ulaştırmak gibi, Bu yükümlülerin ihlali halinde ortaya çıkan borç belirli değildir: Bu nedenle alacaklı edim yükümlülerinde olduğu gibi bunu bir eda davası açarak yerine getirilmesini isteyemez; ancak bundan doğan zararının tazminini isteyebilir. Çünkü tazminat alacağı belirli nitelikte değildir; ancak açılacak tazminat davası sonunda verilecek kararın kesinleşmesiyle halli olacaktır.”, Yargıtay HGK, T. 28.11.1990, E. 1990/11-88, K. 1990/591; Ayrıca karar düzeltme üzerine verilen kararda “Oysa, yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcının yolcusunu, varmak istediği yere sağ salım götürme şeklinde ifade edilen özen borcu, TTK.nun 806/1 nci maddesinde asli edim olarak vazedilmiş bulunmaktadır. Nitekim doktrinde de taşıyıcının bu özen borcunun asli nitelikte bir edim olduğu açıkça kabul edilmektedir.”, Yargıtay HGK, T. 13.11.1991, E. 1991/11-303, K. 1991/567, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.02.2015)

⁶⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 29; “İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülerin de dikkate alınması gerekir. Yan yükümlülere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.”, Yargıtay 9. HD, T. 28.02.2011, E. 2011/6661, K. 2011/5317, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.02.2015).

⁶⁹ Eren, a.g.e., s. 1091; “...temerrüt edim yükümlülerinin (asli ve yan edim) ifasındaki gecikmede söz konusu olur. Buna karşılık yan (özen) yükümlülerde temerrüt söz konusu olmaz. Zira yan yükümlülerinin bağımsız varlığı bulunmadığı gibi dava yoluyla ifalarının talep edilmesi de mümkün değildir. Bunların ifalarında geçikme temerrüde değil koşulları varsa tazminat talebine olanak verir.”, Yargıtay HGK, T. 28.11.1990, E. 1990/11-88, K. 1990/591, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.02.2015)

⁷⁰ Aral, a.g.e., s. 35.

Edim türlerine ilişkin bir ayırım, edimin süresini göz önünde tutar; buna göre edim türleri, ani, dönemli ve sürekli olmak üzere üçe ayrılır. Ani edim, dönemli edim ve sürekli edim ayırımı da borçlu temerrüdü bakımından önem taşımaktadır. Ani edim, eser sözleşmesinde eseri teslim borcunda olduğu gibi belirli bir zamanda bir kerede yerine getirilebilen olağan edimdir⁷¹. Ani edimli borç ilişkilerinde, edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda olmakta ve dolayısıyla borç ilişkisindeki amaç sona ermeye, edimin yerine getirilerek borç ilişkisinin çözülmesine yöneliktir⁷². Sözleşmede miktarı baştan belirli ve bölümleri birbirine bağımlı olan ani edimin, düzenli veya düzensiz aralıklarla bölüm bölüm yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa; dönemli edim söz konusu olur⁷³. Ani edimli ve dönemli edimli sözleşmelerde, tarafların kararlaştırdığı zamanda edimin yerine getirilmemesi üzerine ve diğer şartların da gerçekleşmesi ile borçlu temerrüdü oluşur. Temerrüdün ani edimli ve dönemli edimli borçlarda söz konusu olabileceği yönünde görüş birliği olmasına karşılık; sürekli edimli borç ilişkilerinde temerrüdün söz konusu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Sürekli borçlar, ani edimli borç ilişkilerinden farklıdır. Sürekli borç ilişkilerinde, zaman yönünden devamlılık söz konusu olup borç ilişkisi sürdüğü müddetçe edim borcu her an ifa edilmektedir⁷⁴. Bu tip borç ilişkilerinde, “zaman” sözleşmenin sadece ifa biçimi olmaktan çıkıp sözleşmenin belirleyici ögesi haline gelmiştir. Çünkü edim hiç kesintisiz, her an yerine getirilmektedir⁷⁵.

Bir görüşe göre, edimin zamanının özel bir ağırlık kazandığı, edimin ivediliğinin en yüksek derecesine çıktığı sürekli edimli sözleşmeler genellikle mutlak kesin vadeli işlemler olduğundan, edim süresinin kaçırılması genelde borçlu temerrüdüne değil de sonraki imkansızlığa yol açar⁷⁶. Dolayısıyla sürekli borçlarda ifa imkansızlığı söz konusu olur ve temerrüt hükümleri kural olarak uygulanamaz. Sürekli borç ilişkilerinin bir süreci ifade etmesi sebebiyle herhangi bir anda ifa edilmeyen edim, o an geçmiş, maziye karışmış ve tekrarlanması mümkün olmadığı için bir daha ifa edilemez. Ancak bu görüş taraftarları,

⁷¹ Von Tuhr, a.g.e., s. 49.

⁷² Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 8.

⁷³ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 14.

⁷⁴ Seliçi, a.g.e., s. 8.

⁷⁵ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 14.

⁷⁶ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 215.

sürekli borç ilişkilerinde temerrüdün yalnızca ifa zamanının tamamının geçmemiş olması durumunda söz konusu olabileceğini savunmaktadır⁷⁷. İfa zamanı tamamen geçmemiş ise, ifanın gelecekte yapılması mümkün olan kısmı için temerrüt hükümleri, zamanında yapılmayan kısmı için ise imkansızlık hükümleri uygulanacaktır⁷⁸.

Diğer bir görüş, sürekli edimli sözleşmelerde ifanın zamanında gerçekleştirilmediği kısım için; zamanın geçmiş, maziye karışmış ve telafisinin mümkün olmadığı gerekçesini reddetmektedir. Çünkü geçmiş olan ifa zamanını geri getirmek ani edimli borç ilişkileri bakımından da imkansızdır. Örneğin, satış sözleşmesine göre 25 Aralık tarihinde teslimi kararlaştırılmış bir malın o tarihte teslim edilmemiş olması durumunda, 25 Aralık tarihi geçmiş ve maziye karışmış olduğundan; satış konusunun bir daha 25 Aralık tarihinde teslimi mümkün olmayacak⁷⁹ ve burada ilk görüşe göre imkansızlık söz konusu olacaktır. Diğer taraftan, söz konusu satış sözleşmesinde edimin ifası hali hazırda mümkündür, sadece edim zamanında ifa edilmemiştir. Bu görüşe göre, edimin ifasının gelecekte mümkün olup olmadığı kriteri dikkate alınmalıdır. Edimin ifası mümkün olduğu sürece temerrüt söz konusu olur⁸⁰.

Sürekli edimlerde, ifa edilmeyen edimin maziye karışması sebebiyle o anın geri getirilemeyeceği ve edimin ifasının artık bu nedenle mümkün olamayacağı; dolayısıyla temerrüdün söz konusu olamayacağı yönündeki görüşün ve bu gerekçenin kabulü kanımızca mümkün değildir. Sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdün mümkün olamayacağı savının dayanağı kabul edildiği takdirde, belirli vadeye bağlı olan borçlar bakımından temerrüt kurumunun temeli sarsılmaktadır. Ayrıca TBK’ da temerrüt yönünden ani borç ve sürekli borç ayrımı da yapılmadığı gibi; sürekli borç ilişkilerinde temerrüdün sonuçlarının düzenlendiği bir hüküm yer almaktadır. TBK m. 126’da ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenlerle, sürekli edimlerde de, temerrüt için diğer şartların da varlığı koşuluyla borçlu

⁷⁷ Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Eren, a.g.e., s.1090 vd.

⁷⁸ Eren, a.g.e., s. 1091.

⁷⁹ Eren, a.g.e., s. 1091

⁸⁰ Eren, a.g.e., s. 1091; “ifa mümkün olmadığına ve binnetice temerrütten söz edilemeyeceğine göre...” Yargıtay 11.HD, T. 17.3.1989, E. 1988/5744, K. 1989/1723, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

temerrüdünün söz konusu olabileceğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla sürekli sözleşmelerde de edimin ifası imkansız hale gelmedikçe, imkansızlığa ilişkin hükümler değil, temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

Bir borç ilişkisinde, borçlunun alacaklı yararına, borca uygun olarak gerçekleştirdiği ve kural olarak ifa amacına yönelik, bilinçli ve amaçlı bir eylem olan edim; verme, yapma veya yapmama şeklinde olabilir⁸¹. Borçlu temerrüdü, kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı edimleri içeren borç ilişkileri de dahil her tür borç için söz konusu olabilir⁸². Yapmama borçlarında temerrüt mü yoksa imkansızlık mı söz konusu olacağı tartışmalıdır⁸³. Bir görüşe göre, yapmama borçlarında temerrüt söz konusu olamaz. Bu görüşün gerekçelerinden biri, yapmama borcuna bir kere aykırı hareket edildiğinde, o zaman bir daha geri gelmeyeceğinden borçlu temerrüdünün değil, imkansızlığın söz konusu olacağıdır⁸⁴. İkinci gerekçede ise, temerrüde düşen borçlunun fiilinin edimi yerine getirmeme şeklinde menfi oluşundan yola çıkılmıştır. Bu görüş taraftarı Mommsen'e göre, temerrüt haksız bir unutmama ve ihmal niteliğinde menfi bir durum olduğundan, yapmama borçlarında ihlal ancak müspet bir fiil ile gerçekleşebileceğinden; yapmama borçlarında temerrüt söz konusu olamaz⁸⁵.

Diğer bir görüşe göre, yapmama borcunun daha sonra ifası alacaklı için bir anlam ifade ediyorsa, başka bir ifadeyle sonradan ifa alacaklı bakımından bir değer taşıyorsa ve temerrüdün diğer şartları da oluşmuşsa; borçlu temerrüdü yapmama borçlarında da söz konusu olabilir⁸⁶. Gerçekten de, yapmama borçlarında temerrüt hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin bir kural koymak doğru değildir. Burada da, sürekli edimlerde dikkate alınan ifanın mümkün olup olmadığı kriteri esas alınmalıdır. Yapmama borçlarının da bazen sonradan ifası mümkün olup, sonradan ifanın mümkün olduğu durumlarda temerrüdün söz konusu olabileceğinin kabulü gerekir. Örneğin, 1-10 Mayıs tarihleri arasında piyano çalmamayı vaat edip de bu vaadini tutmayan piyanist, eğer komşusunun

⁸¹ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 9.

⁸² Eren, a.g.e., s. 1091.

⁸³ Tandoğan, a.g.e., s. 470.

⁸⁴ Ali Naim İnan- Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 618; Barlas, a.g.e., s. 15.

⁸⁵ Bovay, a.g.m., s. 794.

⁸⁶ Tandoğan, a.g.e., s. 470; Bovay, a.g.m., s. 785; İnan-Yücel, a.g.e., s. 618; Barlas, a.g.e., s. 15.

sadece on günlük bir dinlenmeye ihtiyacı varsa, bu vaadini daha sonraki bir tarihte de yerine getirebilir⁸⁷.

Borçlunun temerrüde düşmesi bakımından, edim fiilinin mi yoksa edim sonucunun ifa sayılacağına değerlendirilmesi de önem taşımaktadır. Çünkü edim, “ifa” kavramı bağlamında değerlendirildiğinde; kimi borçlarda borçlunun salt özenli bir edim etkinliğinde bulunması, başka bir deyişle edim fiilinde bulunması yeterli iken, sonuca bağlı borçlar bakımından edim sonucu alacaklının beklentileri doğrultusunda gerçekleşmedikçe ifa tamamlanmış sayılmayacaktır⁸⁸. Bu bağlamda edim kavramı çift anlam taşımakta, bazen edim fiilini, bazen de edim sonucunu ifade etmektedir. Alman Medeni Kanunu § 362/I’ e göre, borçlanılan edim alacaklıya sağlanmış olduğu takdirde, borç ilişkisi sona erer. Bu hükümden yola çıkılarak, Alman hukukunda borçların ifasının edim sonucuna bağlı olduğu kabul edilmektedir⁸⁹. TBK’ da, borcun sona ermesinin alacaklıya edim sonucunun sağlanmasına bağlı olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, edim türlerine göre bir ayrıma gidilmektedir.

Hukukumuzda kural olarak verme ve para borçlarında edim sonucu söz konusu olurken, yapma ve yapmama borçları bakımından edim fiili ön plandadır⁹⁰. Hizmet ve vekalet sözleşmelerinden doğan borçlar kural olarak, edim fiiline yönelik borçlardır. Borçlunun sadece ameliyat etmeyi veya dava izlemeyi taahhüt ettiği, iyileştirme veya dava kazanmanın aranmadığı borçlar edim fiiline dayanır⁹¹. Edim fiili borçlunun, alacaklının borç ilişkisinden beklediği sonucu elde etmesine yönelik gerekli faaliyetleri yerine getirmesini ifade ettiği için; hekim yaptığı ameliyatta, bir avukat da yürüttüğü davada gerekli dikkat ve özeni göstermişse, ameliyat veya dava başarıyla sonuçlanamamış olsa dahi, borçlu borcunu yerine getirmiştir⁹². Buna karşılık edim sonucuna yönelik borçlarda, edim sonucu alacaklı lehine gerçekleşmedikçe borç ifa edilmiş sayılmayacaktır. Örneğin, satış sözleşmesinde, eşyayı teslim etmek yetmez, satılanın mülkiyeti de kazandırılmalıdır;

⁸⁷ Tunçomağ, a.g.e., s. 904.

⁸⁸ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 12; Kizir, a.g.e., s. 10.

⁸⁹ Aral, a.g.e., s. 62.

⁹⁰ Aral, a.g.e., s. 62-63; Yapmama borçlarında edim fiili- edim sonucu ayrımı yapılamayacağı yönünde, Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 12, Yapmama borçları bakımından, edim fiili ve edim sonucu ayrımı mevcut değildir; çünkü bu borçlarda borçlunun taahhüt ettiği yapmama veya kaçınma edimini yerine getirmesiyle borç ifa edilmiş sayılır.

⁹¹ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 12.

⁹² Aral, a.g.e., s. 62; Kizir, a.g.e., s. 10.

eser sözleşmesinde eseri meydana getirmek için çalışılması yeterli olmayıp sözleşmede belirtilen niteliklere uygun olarak eserin alacaklıya teslimi gerekir⁹³. Edim sonucu, alacaklının borç ilişkisine girmekle amaçladığı menfaate fiilen kavuşmasını ifade ettiği için; borçlu her türlü edim fiilini tam olarak yerine getirirse de, edim sonucunu alacaklının beklentisine uygun olarak gerçekleştirmediği takdirde borcundan kurtulmuş olmayacaktır⁹⁴. Dolayısıyla edim sonucuna yönelik borçlar bakımından, edim sonucu alacaklı yararına sağlanmadığı takdirde, borç ifa edilmiş sayılmayacak ve diğer şartların da varlığıyla birlikte borçlu temerrüdü söz konusu olacaktır.

C. İFA ENGELLERİ BAĞLAMINDA TEMERRÜT

Geçerli olarak kurulmuş ve ifa amacına ulaşmaya yönelik bir borç ilişkisi, her zaman ifa veya ifa yerini tutan bir olguyla sona ermez ve dolayısıyla borç ilişkisi amacına ulaşmaz⁹⁵. Borç ilişkisinin amacına ulaşmasını önleyen her türlü olguya ifa engeli adı verilmektedir. Bu bağlamda ifa engelleri, ifanın başarıya ulaşmasını engelleyen bütün olguları bir araya toplayan ve bu olguların birlikte incelenmesi gerektiğini vurgulayan bir üst kavramdır⁹⁶. İfa engeli, borçlunun edimini eksiksiz, düzgün, zamanında ve yerinde gerçekleştirmemesi; alacaklının sözleşmeye uygun olarak teklif edilmiş edimin ifasını kabullenmemesi, koşulların beklenmedik bir biçimde değişmesi sebebiyle ifa borçluya yüklenemeyecek ölçüde güçleşmesi yahut alacaklı için anlamını yitirmesi, davranış yükümüne ve hukuksal ödevlere aykırılıkları kapsayan bir kavramdır⁹⁷. Dolayısıyla ifa engelleri, borca aykırılık, diğer bir ifadeyle borcun ifa edilmemesinden daha geniş bir kavramdır. Bugüne kadar ifanın imkansız olup olmaması üzerine kurulu olan borcun ifa edilmemesi sistemi, kökten değişmiş ve yerini yüküm ihlali kavramına bırakmış olup; edimle bağlantılı ve bağlantısız olan tüm yükümler tek bir kavram altında toplanarak hiç ifa etmeme, geç ifa ve kötü ifa kavramları bir araya getirilmiştir⁹⁸.

⁹³ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 12.

⁹⁴ Kizir, a.g.e., s. 11.

⁹⁵ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 130.

⁹⁶ Yeşim M. Atamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, ed. Baki İlkay Engin, C. 1, On İki Levha, İstanbul, 2010, ss. 317-360, s. 317.

⁹⁷ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 130; Belling- Belen, a.g.m., s.3025.

⁹⁸ Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHFİM**, C. 58, S. 1-2, 2000, ss. 231-248, s. 233; Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek

Son yıllarda tüm ulusal yasalar ve uluslararası hukuki metinlerde “yalın ifa engelleri” sistemi benimsenerek, hukukta benzer olgulara benzer çözümler getirilmiş ve yüküm ihlali kavramı ifanın başarıyla gerçekleşmesinin önündeki tüm engelleri kucaklayan bir kavram olmuştur⁹⁹. Söz konusu metinlerde, sözleşme ihlaline ilişkin genel hükümler belirleme eğilimi vardır¹⁰⁰. Şöyle ki bu ifa engelleri modelinde tüm yaptırımlar, aynen ifa, malı değiştirme, onarma, yeniden yapma, bedeli indirme, uyarılama, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesih, edimin yerini tutan tazminat, edime eklenen tazminat ve masraf tazminatı yaptırımları, genel hükümlerde sıralanmakta ve yüküm ihlalinin türüne göre hangi yaptırımın uygulanacağı özel olarak belirlenmektedir¹⁰¹.

İfa engelleri hukukunu yeknesaklaştırma amacıyla uluslararası örgütlerce model kanun metinleri ve bunun yanında uluslararası anlaşmalar hazırlanmıştır. Unidroit tarafından “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler” (PICC), Unicitral tarafından hazırlanan “Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” (CISG); kara avrupalı hukuk sistemleri ile anglo-sakson sistemi arasında bağlantı kurmayı ve bu iki sistemi bağdaştırmayı amaçlayan “Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri” (PECL) ve “Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları-Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak” (DCFR) bunlara somut örnek olarak gösterilebilir¹⁰². Bu metinler, ortak bir Avrupa borçlar hukuku yolunun temel taşları niteliğindedir¹⁰³.

Avrupa’da ortak bir anlayış çerçevesinde ortak bir özel hukuk nosyonu oluşturmayı amaçlayan DCFR, PICC ve PECL metinlerinin ortak noktası, ifa engellerinin önceden tiplendirilmesinden vazgeçilip genel bir ifa etmeme kavramına yer verilmesi ve böylece

Yenilikler)”, a.g.m., s. 247, Genel yüküm ihlali kavramı ile birlikte ayıp ile yanlış ifa ve eksik ifa ayrımları da ortadan kaldırılmıştır.

⁹⁹ Serozan, “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, a.g.m., s. 44-45.

¹⁰⁰ Reiner Schulze, “Changes in the Law of Obligations in Europe”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze- Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 3-21, s. 19.

¹⁰¹ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 140.

¹⁰² Havutçu, a.g.m., s. 318.

¹⁰³ Rona Serozan, “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, **HPD**, 2006, ss. 38-51,

<http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/%C4%B0fa%20ve%20%C4%B0fa%20Engellerine%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20De%C4%9Feriendirme.pdf> (07.02.2015), s. 40.

ihlal tiplerinin değil ifa etmemeye bağlanan hukuki sonuçların ön plana alınmasıdır¹⁰⁴. Dolayısıyla izlenen yol, somut olaydaki ihlali daha önce belirlenmiş kategorilerden birine dahil ederek, o ihlal tipi için belirlenen yaptırımları uygulamak şeklinde değil; somut olaydaki yüküm ihlalinin ağırlığına göre uygulanabilir olan hukuki sonucun tespit edilmesi şeklindedir. Ayrıca bu metinlerde, kusur sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk benimsenmiştir. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluktan kurtulması için kusursuz olduğunu ispatlaması yetmemektedir. Çünkü buradaki sorumluluk, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, karşı tarafın güvenini sarsmasından kaynaklanmakta ve garanti taahhüdünün yerine getirilmemesi sebebine dayanmaktadır¹⁰⁵. Sözleşmeyi ihlal eden taraf, ifa engeline sözleşmenin karşı tarafının sebep olduğunu veya ifa engelini kendi etki alanı dışında gerçekleştirdiğini ve bu engelin sözleşme kurulurken hesaba katılmasının mümkün olmadığını yahut engelin önlenemez olduğunu ispatlamalıdır ki sorumluluktan kurtulsun¹⁰⁶.

Bu metinlerin benimsediği yeni model, Hollanda, Almanya gibi ülkelerde de etkili olmuştur; bu ülkelerin medeni kanunları sözleşmeye aykırılık sistemini bu şekilde düzenlemişlerdir¹⁰⁷. Alman Medeni Kanunu'nun borçlar hukuku bölümünde, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı bir reform yasası yapılmış ve sözleşmenin ihlaline ilişkin karmaşık hükümler daha yalın hale getirilmiştir¹⁰⁸. CISG, AB'nin Ödemelerde Temerrütle Mücadele Yönergesi ve Tüketim Malları Alım Satımına İlişkin Yönergesi, Alman hukukunda reform yapılmasını dayatan unsurlardan birkaçıdır¹⁰⁹. Reform ile

¹⁰⁴ Study Group on a European Civil Code- Research Group on EC Private Law (Acquis Group), **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**, ed. Christian von Bar- Eric Clive- Hans Schulte Nölke, s. 8, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (erişim tarihi: 23.03.2015); Havutçu, a.g.m., s. 319.

¹⁰⁵ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 135.

¹⁰⁶ **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2004, Art. 7.1.1, 7.1.2, s. 193-194, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> (erişim tarihi: 23.03.2015); Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition, ed. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, III- 3: 104, s. 239, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf (erişim tarihi: 23.03.2015); The Principles of European Contract Law, Art. 8: 108, s. 26, <http://www.transnational.deusto.es/emtl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf> (erişim tarihi: 23.03.2015).

¹⁰⁷ Havutçu, a.g.m., s. 320.

¹⁰⁸ Zimmermann, a.g.e., s. 39.

¹⁰⁹ Rona Serozan, "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", a.g.m., s. 232; Zimmermann, a.g.e., s. 40.

birlikte BGB yönünü büyük oranda Avrupa Topluluğu'na çevirmiş ve Avrupa Topluluğu yönergeleri kapsamında yapılan değişikliklerle borçlar hukuku entegrasyonuna yönelik adım atılmıştır¹¹⁰. Reform ile birlikte, imkansızlık, borçlu ve alacaklı temerrüdü, tüm edim ve davranış yükümüne aykırılıklar, ayıplı ve aliudlu ifa kavramları “yüküm ihlali” potasında toplanarak; bu ihlallere uygulanacak yaptırımlar genel hükümlerde toplanmıştır¹¹¹. TBK'nın aksine yüküm ihlalleri önceden bir genellemeye tabi tutulmayı; bu ihlallere bağlanan yaptırımlar aynen ifa, tazminat, dönme ve uyarılma olarak genellemeye tabi tutulmuştur¹¹². Diğer bir yenilik ise, sözleşmeden dönme imkanına başvurulmasında karşı tarafın kusurlu olması şartının aranmaması ve sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte sözleşmeye aykırılık sebebiyle tazminat talebi imkanına birlikte başvurulabilmesidir¹¹³. Diğer taraftan kusur şartı, tazminat talepleri bakımından hala aranmakla birlikte; borçlunun sorumluluğu yalnızca ihlalin borçlunun etki alanı dışındaki bir engelden kaynaklanması ve borçlu tarafından öngörülememesi halinde söz konusu olmaz¹¹⁴.

İsviçre- Türk hukuku sistemine bakıldığında, ifa engeli yahut sözleşmeye aykırılık gibi genel bir üst başlık kanunumuzda yer almayı; somut bazı borca aykırılık türleri düzenlenmiş¹¹⁵ ve genel kısımda sözleşmeye aykırılık sistemi, geleneksel olarak imkansızlık, borçlu temerrüdü ve ayıplı ifa kavramları üzerine oturtulmuştur¹¹⁶. İsviçre hukuku bu ihlal tipleri için, özel hükümlerde her sözleşme tipi için ayrı düzenlemeler ve genel kısımda ise sistematik olmayan ve dağınık düzenlemeler içermektedir¹¹⁷.

¹¹⁰ Devlev W.Belling- Herdem Belen, Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 46, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, ss. 3025-3038, s. 3036.

¹¹¹ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 139; Zimmermann, a.g.e., s. 40.

¹¹² Serozan, “BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, a.g.m., s. 45.

¹¹³ Carsten Herresthal, “10 Years After the Reform of the Law of Obligations in Germany- The Position of the Law of Obligations in German Law”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze- Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 173-200, s. 194; Zimmermann, a.g.e., s. 40.

¹¹⁴ Zimmermann, a.g.e., s. 40.

¹¹⁵ Atamer, a.g.m., s. 318.

¹¹⁶ Tanja Domes- Celine P. Schmidt, “Contract Formation and Non-Performance in Swiss Law”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze- Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 275- 302, s. 290; Zimmermann, a.g.e., s. 39.

¹¹⁷ Domes- Schmidt, a.g.m., s. 290.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK'da da, eski sistem korunmuş ve ifa engellerine ilişkin güncel gelişmeler göz ardı edilmiştir. TBK tasarısının oluşturulmasında yukarıda bahsi geçen uluslararası metinler ile AB bünyesinde en güncel borçlar hukuku kurallarını içeren Hollanda Medeni Kanunu ve BGB Borçlar Hukukunu Modernleştirme Yasası göz ardı edilmiş ve TBK, İsviçre Borçlar Kanunu'nun çevrilmesinden ibaret olarak yürürlüğe girmiştir¹¹⁸. TBK'nın genel gerekçesinde, kanunun ulusal niteliğine vurgu yapılmış; uluslararası metinleri esas almak yerine, bu metinlerden yararlanılmakla yetinildiği belirtilmiştir¹¹⁹. Uluslararası metinlerde benimsenen sistemin TBK'da kabul edilmeyeşine gösterilen gerekçe eleştirilmektedir. Borçlar Kanunu alışveriş hayatını düzenleyen kurallardan ibaret olduğundan; bu nitelikte bir kanunun ulusal kalması gerekçesiyle uyumlaştırma metinlerinde benimsenen modelin benimsenmesinden kaçınılması ve bu hususta tereddüt edilmesi eleştirinin dayanağını oluşturmaktadır¹²⁰.

TBK'da, ifayı engelleyen olguları kucaklayan ifa engeli kavramına yer verilmemiş olup ifa engelleri ayrı ayrı tipleştirilmiştir. Böylece, borcun konusunun sözleşmenin kurulmasından sonra imkansız hale gelmesi ve borcun zamanında ifa edilmemesi halleri için isim konularak (imkansızlık ve temerrüt) özel hükümler ile düzenlenmiş; diğer borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri için borçluya zararın tazmini yükümlülüğü getirilmiş ve özel hükümlerde de ifa engelleri tekeffül hakları görünümünde düzenlenmiştir¹²¹. Bu sistemde ifa engeline uygulanacak hukuki sonucu belirlemek için takip edilecek yöntem, öncelikle somut olaydaki ifa arızasının kanunda düzenlenmiş ifa engellerinden hangisi olduğunu tespit etmek ve kanunda o tip için düzenlenmiş sonuçların uygulanması şeklinde olacaktır¹²².

¹¹⁸ Serozan, "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", a.g.m., s. 40.

¹¹⁹ "Ancak, bu çalışmaların varlığı ve hatta bazılarının sonuçlanmış olması, ulusal nitelikli borçlar kanununa sahip olmayı gereksiz kılmadığı gibi, ulusal nitelikli borçlar kanununun, bu metinlerin bir ürünü olarak ortaya çıkması gerektiği düşüncesinin savunulmasını da gerektirmemektedir. Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlığında da, bu metinlerin esas alınması değil, bu metinlerden yararlanılması söz konusu olmuştur." Genel gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (erişim tarihi: 26.3.2015)

¹²⁰ Havutçu, a.g.m., s. 320.

¹²¹ Belling- Belen, a.g.m., s. 3026.

¹²² Havutçu, a.g.m., s. 314.

İfa engeli kavramı içerik olarak, hukukumuzda borcun ifa edilmemesi başlığını akla getirmektedir¹²³. Fakat borcun ifa edilmemesi başlığında düzenlenmiş olan borca aykırılık halleri tam anlamıyla ifa engelleri kavramını kucaklamamaktadır. İfa engelleri üst başlığının bulunmaması nedeniyle, kanunda herhangi bir tipe girmeyen ve borç ilişkisinin amacına ulaşmasına engel olan işlem temelinin çökmesi gibi durumlara TMK m. 2, dürüstlük kuralını uygulamak suretiyle çözüm bulunmaktadır¹²⁴.

İfa engelleri üst başlığının yer almamasının bir diğer sonucu, ifa engeli oluşturan hukuki kurumların kanun sistematğinde dağınık olarak yer almasıdır; alacaklı temerrüdü borçların ifası kısmında, sonraki kusursuz ifa imkansızlığı borcun sona ermesi kısmında; borçlu temerrüdü, sonraki kusurlu imkansızlık ve gereği gibi ifa etmeme de borcun ifa edilmemesi kısmında düzenlenmiştir¹²⁵. Ayrıca borçlu temerrüdüne ilişkin özel hükümler de diğer sözleşme tiplerinin özelliklerine uygun olarak özel kısımda düzenlenmiştir.¹²⁶

Konu borçlu temerrüdü bakımından incelendiğinde, ifa engelleri kapsamında olan bu kavram; hukukumuzda borcun ifa edilmemesinin özel bir hali olarak düzenlenmiştir. Borçlu temerrüdünün oluşum şartları belirtilmiş ve sözleşmenin niteliğine göre alacaklının sahip olacağı haklar katalog olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla temerrüde düşen borçlunun karşı karşıya kalacağı yaptırımlara ilişkin genel düzenlemelere yer verilmemiş olmakla birlikte; alacaklının başvuracağı yaptırımları bir araya getirme imkanı da bulunmamaktadır.

D. TEMERRÜT KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

1. İmkansızlıktan Ayırt Edilmesi

Temerrüt ile karşılaştırılması gereken ilk kavram imkansızlıktır. Çünkü ifa zamanında, borçlunun borcunu yerine getirmemesi bu iki kavram yönünden benzer olup, birinde ifa mümkündür diğerinde ise imkansız hale gelmiştir. Temerrüt ile imkansızlık kavramı, ifa engelini süreklilik arz edip etmemesi, aşılabilir veya geçici nitelikte olup

¹²³ Belling- Belen, a.g.m., s. 3026.

¹²⁴ Havutçu, a.g.m., s. 314.

¹²⁵ Havutçu, a.g.m., s. 314.

¹²⁶ Domes- Schmidt, a.g.m., s. 293.

olmaması esas alınarak birbirinden ayrılır¹²⁷. Kusurlu imkansızlıkta, ifa kesin olarak imkansız hale gelmiş; temerrütte ise ifa mümkün olmakla birlikte ifanın gerçekleşmesi zaman yönünden borca aykırı olarak gecikmiştir. Başka bir deyişle, borçlu temerrüdünde, borçlunun edimini yerine getirmesi mümkün olmasına karşılık borçlu edimini yerine getirmek istememektedir¹²⁸. Kusurlu imkansızlık ve temerrüt bir arada bulunabilen kavramlar değildir.

Kusurlu imkansızlıkta borçlunun sorumluluğu kusur şartına bağlı iken, temerrütte sorumluluk kural olarak borçlunun kusuruna bağlı değildir¹²⁹. Edimin ifası imkansız olduğu takdirde, alacaklı edimin aynen ifası talebinin yerine getirilmesi hususunda borçluyu zorlayamaz¹³⁰. Buna karşılık, borçlu temerrüdünde aynen ifa talebi temerrüdün genel sonuçlarından olup, bunun yanında başka bazı sonuçlar da doğar. Kusurlu imkansızlık halinde, taraflar arasındaki borç ilişkisi sona ermez; yalnızca edimi ifa borcunun yerini tazminat borcu alır¹³¹. Borçlu temerrüdünde de kural olarak borç ilişkisi sona ermemekle birlikte, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede alacaklı temerrüde düşen borçluya karşı bir takım seçimlik haklara sahip olmaktadır. Bu haklardan bir tanesi de sözleşmeden dönmedir. Alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullandığı takdirde, bir görüşe göre borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer.

Temerrüt ile imkansızlık kavramının birbirinden ayrılmasındaki kilit kavram edimin ifasının mümkün olup olmadığıdır. İfanın imkansız hale gelip gelmediğini tespit etmek bakımından tartışmalı olan husus, mutlak kesin vadeli işlemler ile nispi kesin vadeli işlemler ayrımının yapılmasıdır. Kesin vadeli işlemler, tarafların ifa zamanına özel bir önem atfettiği ve ifa zamanını sözleşmenin temel meselesi haline getirdiği işlemlerdir¹³². Kesin vadeli işlemlerde, belirlenen tarihe kadar ifanın yapılması gerekmekte ve kararlaştırılan zamanda ifa yerine getirilmediği takdirde, ileride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, borçlu alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşmektedir.

¹²⁷ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 132.

¹²⁸ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 214.

¹²⁹ Eren, a.g.e., s. 1090.

¹³⁰ Huber, a.g.m., s. 205.

¹³¹ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 229.

¹³² Dilşad Keskin, "Kesin vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran- Aralık 2007, C. 11, S. 1-2, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, 2009, ss. 209- 231, s. 214.

Kesin vadeli işlemler, doktrinde bir görüşe göre mutlak kesin vadeli işlem ve nispi kesi vadeli işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak kesin vadeli işlemlerde, sözleşmenin amacı ve alacaklının sözleşmeden elde etmeyi beklediği menfaat ifanın zamanında yerine getirilmesine bağlıdır; başka bir deyişle ifa zamanı edimin unsurlarından biri haline gelmiştir¹³³. Yolcuyu uçağa yetiştirecek taksicinin, sonradan yinelenmesi mümkün olmayan sanat gösterisindeki sanatçının, nikah töreninde giyilecek olan gelinliği hazırlayan terzinin borcu bakımından mutlak kesin vade söz konusu olup; bu hallerde ifa zamanında gerçekleştirilmeyen edim artık borçlanılan edim olmaktan çıkıp ifa zamanından sonra yapılacak ifa aliud ifa halini alır¹³⁴. Mutlak kesin vadeli işlemlerde ifa zamanının geçmesi hem borcun ifa edilebilirliğini hem de alacaklının ifayı talep etme hakkını ortadan kaldırdığından; borcun zamanında ifa edilmemesi temerrüde değil, imkansızlığa yol açar¹³⁵. Nispi kesin vadeli işlemlerde ise, ifa zamanı mutlak kesin vadedeki önem ve ağırlığa sahip değildir¹³⁶. Bu hallerde taraflar arasında kararlaştırılan ifa zamanı, edimin ifa tarzını belirleyen bir anlaşma niteliği taşıdığından; edimin belirlenen zamandan sonra ifa edilmesi mümkün olup yalnızca taraflar söz konusu zamandan sonraki ifayı engellemek istemektedir¹³⁷. Dolayısıyla, nispi kesin vadeli işlemlerde edimi zamanında ifa etmeyen borçlu bakımından temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Nispi kesin vadeli işlemlerde alacaklı, ihtarda bulunmaksızın borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilecek ve eğer ihlal edilen sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ise, alacaklı borçluya ek süre vermeksizin seçimlik hakları kullanma imkanına sahip olacaktır.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre, kesin vadeli işlemlerin doğuracağı sonuç bakımından tek bir kavram olması sebebiyle, mutlak ve nispi olarak ikiye ayrılmasına gerek bulunmamaktadır. Kesin vadeli işlemlerde, ifa zamanının geçmesiyle birlikte sözleşmeden beklenen amaç gerçekleşmeyecek dahi olsa, edimin alacaklı tarafından talep edilebilirliği ortadan kalkmayıp, yalnızca borçlu tarafından ifa edilebilirliği ortadan

¹³³ Keskin, a.g.m., s. 216.

¹³⁴ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 55.

¹³⁵ Keskin, a.g.m., s. 218; Seliçi, a.g.e., s. 94.

¹³⁶ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 55.

¹³⁷ Mehmet Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2004, s. 61, <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/249/TEZ.pdf?sequence=1> (26.3.2015); Keskin, a.g.m., s. 217.

kalkacağından; kararlaştırılan zamandan sonraki ifanın yerine getirilip getirilmemesi alacaklının iradesine bağlanmıştır¹³⁸.

Gerçekten de mutlak kesin vadeli işleme örnek olarak verilen hallerde edimin yerine getirilmesi imkansız hale gelmiş değildir. Nikah töreni için dikilecek kıyafeti zamanında dikmeyen terzinin, o kıyafeti dikme edimini yerine getirmesi imkansız olmayıp; alacaklı bakımından zamanından sonra yapılacak aynen ifanın yararı kalmamıştır ki, bu halde temerrüt hükümleri alacaklıya aynen ifadan vazgeçme imkanı tanımaktadır. Ayrıca kesin vadeli işlemler ikili bir ayrıma tabi tutulduğunda, imkansızlık hükümlerinin mi yoksa temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı çelişkisi ortaya çıkacaktır. Aynı örnek üzerinden bu çelişkiyi ifade etmek gerekirse; nikah töreni için kıyafet diktirmek isteyen kişi terziye törenden söz etmeyerek yalnızca kıyafetin en geç 10 Mayıs 2015 tarihinde kendisine teslim edilmesini söyleyip taraflar bu konuda anlaşmışlarında, nispi kesin vadeden söz edilecektir. Diğer taraftan, aynı somut olayda taraflar 10 Mayıs 2015 tarihinde olacak nikah töreni için kıyafetin dikilerek teslim edilmesi konusunda anlaşmaları halinde aynı işlem mutlak kesin vadeli işlem sayılacaktır. Dolayısıyla aynı somut olayda, sözleşme kurulurken alacaklının kendisini sözleşme yapmaya iten sebebi, yani saiki¹³⁹ karşı tarafa bildirmesi halinde; ifa zamanında edimi yerine getirmeyen borçluya karşı imkansızlık hükümlerine başvurusu; aksi halde temerrüt hükümlerine başvurusu durumu ortaya çıkacaktır. Oysaki kesin vadeli işlemler, edimin zamanında yerine getirilmemesi halinde alacaklıya TBK m. 117/II'ye göre ihtar prosedürünü yerine getirmeksizin borçluyu mütemerrit kılma imkanı veren işlemlerdir. Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede kesin vade kararlaştırılmışsa, alacaklı TBK m. 124'e göre borçluya ek süre vermek zorunda kalmaksızın, TBK m. 125'te yer alan seçimlik hakları kullanma yetkisi ile donatılmıştır. Böylece kesin vadeli işlemler esasında tek bir kavramdan ibaret olup, aynen ifanın gerçekleşip gerçekleşmemesi alacaklının iradesine bırakılmış ve alacaklıya formalitesiz, yani ihtarsız ve süresiz¹⁴⁰ temerrüt hükümlerinden yararlanma imkanı verilmiştir.

¹³⁸ Altunkaya, a.g.e., s. 62; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 789; Seliçi, a.g.e., s. 96.

¹³⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 188.

¹⁴⁰ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 55.

2. Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinden Ayırt Edilmesi

Doktrinde temerrüt ile karşılaştırılan iki kavram borcun ifa edilmemesi ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramlarıdır. Borçlu temerrüdü, geniş anlamıyla borcun ifa edilmemesi hallerine dahil edilmekle birlikte, dar anlamdaki borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri temerrütten farklıdır¹⁴¹. Öncelikle temerrüde düşen borçlunun sözleşmeyi geç de olsa ifa etmesi söz konusu olduğundan; temerrüdün borcun ifa edilmemesi kavramından farklı olduğu belirtilmektedir¹⁴². Borcun anlaşmaya uygun nitelikte ve anlaşmada öngörülen yerde ifa edilmesindeki gecikmesinden¹⁴³ ibaret olan borçlu temerrüdünde, borçlunun borcunu hiç ifa etmeyeceği anlamına gelmemektedir; kaldı ki borçlu temerrüde düştükten sonra dahi borcunun ifa edebilir. Başka bir ifadeyle, temerrütte borçlu borcun ifasını geçici olarak yerine getirmemekte, fakat borcun ifa edilmemesinde borçlu borcunu hiç yerine getirmemektedir¹⁴⁴. Borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklı genel olarak aynen ifa, sözleşmenin yerine getirilmemesi sebebiyle uğradığı zararın tazmini veya sözleşmeden dönme imkanlarına sahip olmasına karşılık; borcun ifa edilmemesinin nitelikli, özel bir halini oluşturan temerrütte ise, başka bazı sonuçlar da mevcuttur¹⁴⁵. Ayrıca borcun ifa edilmemesi hali sadece borçlu aleyhine hükümler doğururken, temerrüt hem alacaklı hem de borçlu için söz konusu olabildiğinden; alacaklı aleyhine de hükümler doğurabilir¹⁴⁶. Bir görüşe göre ise borcun ifa edilmemesi ve temerrüt arasındaki fark şekli bir niteliğe sahiptir. Buna göre, borcun ifa edilmemesi ve temerrüt arasındaki ayırım, aslında temerrüt ihtarıyla ilgili olup, bir temerrüt usulü sorunudur¹⁴⁷. İhtar, borçlunun temerrüde düşmesi için kural olarak şart iken, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının borcun ifa edilmemesinin sonuçlarına başvurabilmesi için borçluya ihtarında bulunması şart değildir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi ile temerrüt arasındaki ayırım da şu şekilde ifade edilmektedir; alacaklı kural olarak gecikmiş

¹⁴¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 229.

¹⁴² H. Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 130, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s. 264.

¹⁴³ Baştuğ, a.g.e., s. 271.

¹⁴⁴ Şakir Berki, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949, s. 312.

¹⁴⁵ Baştuğ, a.g.e., s. 269.

¹⁴⁶ Berki, a.g.e., s. 313.

¹⁴⁷ Nevzat Koç, **İsviçre- Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1992, s. 9.

dahi olsa ifayı kabul etmeye mecbur iken, diğer hallerde borca uygun olmayan ifayı alacaklı kabul mecburiyetinde değildir¹⁴⁸.

Borçlu temerrüdü esasında geniş anlamda borcun ifa edilmemesi kavramına dahildir; borcun hiç veya gereği ifa edilmemesine ilişkin düzenlemeler genel nitelikte olup borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler, genel hükümlerin ayrıntısından başka bir şey değildir. Borcun ifa edilmemesi, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ile borçlu temerrüdü kavramı arasındaki fark yalnızca şekli niteliktedir. Borçlu temerrüdü, borcun ifa edilmemesinin nitelikli bir halidir; çünkü borçlunun temerrüde düşürülmesi için borçluya ihtarda bulunmak, temerrüdün sonuçlarından alacaklının yararlanması için de borçluya ek süre vermek gibi bir prosedüre uymak gereklidir. Bunun yanında borçlu temerrüdü, kullanılan seçimlik hakka göre değişmekle beraber borcun hiç ifa edilmemesine dahil edilebileceği gibi, geç ifa halinde de borcun gereği gibi ifa edilmemesi niteliğinde olacaktır.

3. Alacaklı Temerrüdünden Ayırt Edilmesi

Temerrüt ifa engeline sebep olan tarafa göre, alacaklı temerrüdü ve borçlu temerrüdü olarak ikiye ayrılmaktadır. Dolayısıyla alacaklı temerrüdü ile borçlu temerrüdü kavramlarının da birbirinden ayrılması gerekir. Alacaklının temerrüdünde, alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle borcun ifa edilememesi söz konusu iken; borçlu temerrüdünde, borcun ifa edilmemesi değil ifada gecikme durumu mevcuttur¹⁴⁹. Alacaklı temerrüdünde, alacaklı kendisine usulüne uygun olarak yapılmış bir ifa teklifini haklı bir sebep olmaksızın reddetmekte ve böylece borcun ifa edilmesine engel olmaktadır¹⁵⁰. Borçlunun temerrüdünde, alacaklının ifa engelini ortaya çıkmasında bir etkisi bulunmamaktadır. Borçlu temerrüdünde, ifası mümkün ve muaccel bir borcun; kural olarak alacaklının ihtarına rağmen zamanında ifa edilmemesi söz konusudur.

Alacaklı temerrüdü ile borçlu temerrüdü birbirine zıt iki ayrı direnimi ifade etmeleri dolayısıyla, aynı borç ilişkisinde ve aynı anda bu iki temerrüdün bir arada bulunması kural olarak mümkün değildir¹⁵¹. Bu kurumlar birbirini dışlamaktadır. Şöyle ki, alacaklının temerrüdünün söz konusu olduğu hallerde borçlunun temerrüde düşmesi imkansızdır.

¹⁴⁸ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 379.

¹⁴⁹ Fezioğlu, a.g.e., s. 229.

¹⁵⁰ Fezioğlu, a.g.e., s. 229.

¹⁵¹ Fezioğlu, a.g.e., s. 230.

Çünkü borçlu ifaya hazır olmaksızın alacaklının temerrüde düşmesi zaten mümkün değildir¹⁵². Diğer bir olasılıkta, temerrüt halindeki borçlunun borca uygun ifa teklifini, alacaklı kabulden kaçınırsa; borçlunun temerrüt hali sona erecek ve aynen ifa teklifini kabul ile yükümlü olan alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır¹⁵³.

Bu durumun istisnası, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kendisini gösterir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflar hem alacaklı hem de borçlu sıfatını haizdirler. İki tarafa borç yükleyen sözleşmedeki taraflardan biri, kendi edimini ifa etmekten kaçınır ve aynı zamanda karşı tarafın ifasını kabulden kaçınır ise; mütemerrit alacaklı ve mütemerrit borçlu sıfatını üzerine toplamış olur¹⁵⁴.

II. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

A. EDİMİN İFASININ MÜMKÜN OLMASI

Temerrüdün ilk şartı, zamanında ifa edilmemiş olan edimin ifasının mümkün olmasıdır. Temerrüt kavramı yalın haliyle borcun ifasının mümkün olmasına rağmen ifada gecikilmiş olmasını karşıladığından, ifanın mümkün olması temerrüdün doğal şartıdır¹⁵⁵. Bir ifa etmeme varsa, buna kusurlu imkansızlığa ilişkin hükümlerin mi, yoksa borçlu temerrüdü hükümlerinin mi uygulanacağı; edimin ifasının mümkün olup olmamasına göre belirlenir¹⁵⁶. Edimin ifası mümkün olduğu takdirde temerrüt gerçekleşir; aksi halde imkansızlık durumu ortaya çıkar ve temerrüt ile imkansızlık bir arada bulunamayan iki ayrı kurumdur¹⁵⁷. Edimin imkansız hale gelmesi ile birlikte, borçlunun ifa yükümlülüğü ile birlikte temerrüt hali de sona ermiş olur ve ifa yerine borçlunun zarar ve ziyanı karşılama yükümlülüğü geçer¹⁵⁸.

Edimin ifasının sonradan objektif olarak imkansız hale gelmesi durumunda, artık temerrütten söz etmek mümkün olmayacak, diğer bir deyişle temerrüt hali sona erecek ve imkansızlığa ilişkin hükümler uygulanacaktır; ancak edimin subjektif olarak imkansızlığı durumunda gerçek anlamda bir imkansızlıktan söz edilemeyeceğinden, temerrüt söz

¹⁵² Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 749; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 142.

¹⁵³ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 749; Baştuğ, a.g.e., s. 274.

¹⁵⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 230; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 750.

¹⁵⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s. 240.

¹⁵⁶ Tunçomağ, a.g.e., s. 903; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s. 367.

¹⁵⁷ Barlas, a.g.e., s. 16.

¹⁵⁸ von Tuhr, a.g.e., s. 605; Nazikoğlu, a.g.m., s. 662.

konusu olur¹⁵⁹. Bu bağlamda, borçlunun temerrüde düşmesi için ifanın mümkün olması şartı, para borçları bakımından bir anlam taşımaz. Çünkü para borcunun imkansız hale gelmesinden söz edilemez. Para borçlusu, alacaklıya karşı belirli bir miktar soyut mali gücü sağlama taahhüdü altındadır ve para borcunun ifası daima mümkündür¹⁶⁰.

Diğer taraftan, borçlu ödemekle yükümlü olduğu ülke parası veya yabancı parayı temin etmek hususunda mali güçlük içinde bulunabilir¹⁶¹. Fakat bu durum para borcunun imkansız hale geldiği, ifanın mümkün olmadığı sonucunu doğurmaz ve borçlu ifa yükümlülüğünden kurtulamaz.

Üzerinde durulması gerekli olan nokta, temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için edimin ifasının hangi tarihe kadar mümkün olması gerektiğinin tespitidir. Edimin muacceliyet anından önce imkansız hale gelmesi durumunda temerrüt hali hiç oluşmaz ve imkansızlık hükümleri uygulanır. Benzer şekilde borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın şart olduğu durumlarda; muacceliyet anından sonra fakat ihtar şartı gerçekleştirilmeden önce imkansızlık meydana gelirse, yine temerrüt hükümleri uygulanamayacak ve doğrudan imkansızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır¹⁶². İmkansızlığa ilişkin hükümler yerine temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için, edimin alacaklının borçluya ihtarda bulunduğu tarihe kadar mümkün olması gerekli ve yeterlidir¹⁶³. Çünkü temerrüt ve temerrüdün borçlu aleyhine olan sonuçları, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren değil; alacaklının ihtarda bulunarak edimi kabule hazır olduğunu borçluya bildirmesinden sonra ortaya çıkmaktadır¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Eren, a.g.e., s. 1092; "Gerçekten, bazı hallerde borçlu borcunu ifa etmek istediği halde mümkün olmayabilir. Borcun ifa edilememesinin (borçların ademi ifasının) bir nedeni de imkansızlıktır. İfa imkansızlığında, ifa konusunun yerine getirilemez nitelikte olması söz konusudur. İfanın mümkün olmaması da, kendini değişik şekillerde gösterebilir. Örneğin, somut olayda olduğu gibi satışı vaad olunan bağımsız bölümün bulunduğu binanın deprem nedeniyle yok olması ifayı olanaksız kılar. Bu tür ifa imkansızlığı maddi bir nedenden ortaya çıkmıştır. İmkansızlık bir başka açıdan "objektif ve subjektif" olmak üzere ayırma tabi tutulmaktadır. Objektif imkansızlıkta yalnız akdin tarafları bakımından değil, onların yerine kim kaim olursa olsun herkes için aynı sonucu meydana getiren yerine getirilemezlik vardır. Maddi ve hukuki imkansızlıkta genel anlamda "objektiflik" vardır. Subjektif imkansızlık ise, sadece akdin tarafları veya taraflardan yalnız biri yönünden mevcut olan imkansızlıktır. Diğer kimseler edimi yerine getirebilecek durumda olmalarına rağmen eğer borçlu bunu yapabilecek vaziyette değilse ortada subjektif imkansızlık vardır."Yargıtay 14. HD, T. 21.01.2008, E. 2007/15963, K. 2008/123, **Kazancı İçtihat Bankası**, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2015)

¹⁶⁰ Barlas, a.g.e., s. 18.

¹⁶¹ Barlas, a.g.e., s. 20.

¹⁶² Barlas, a.g.e., s. 16; Nazikoğlu, a.g.m., s. 662.

¹⁶³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 240.

¹⁶⁴ Von Tuhr, a.g.e., s. 606.

Diğer taraftan, borçlu temerrüde düştükten bir süre sonra ifa imkansız hale gelebilir. Bu halde, bir görüşe göre imkansızlık anına kadar geçen süre bakımından temerrüt hükümleri; edimin imkansız hale gelmesi anından itibaren ise imkansızlığa ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁶⁵. Başka bir görüşe göre ise, borçlu temerrüde düştükten sonra edimin ifası imkansız hale gelse dahi, temerrüt hükümleri uygulanmaya devam edilir¹⁶⁶. Bu görüşün dayanağı, borçlu temerrüdünün sonuçlarına ilişkin TBK m. 119 hükmünün, halihazırda edimin imkansızlaşması haliyle ilgili düzenleme içermesidir. TBK m. 119, temerrüde düşen borçluyu; edimin beklenmedik halden dolayı zarar görmesi veya imkansız hale gelmesi olasılıklarında kural olarak sorumlu tutmuştur. Temerrüde düşen borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmesi iki şekilde mümkün olmaktadır; borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmelidir. İlk görüşe göre ise, borçlu temerrüde düştükten sonra edimin imkansızlaşması halinde TBK m. 112 hükmü uygulanacak ve borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesinin tek yolu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlaması olacaktır.

İfanın mümkün olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu olduğu takdirde; aynen ifayı talep eden alacaklı ifanın mümkün olduğunu ispat etmek zorundadır¹⁶⁷.

B. BORCUN MUACCEL OLMASI

Muacceliyet, temerrüdün zaman ile ilgili olan şartıdır¹⁶⁸. Kural olarak borç muaccel olmadan önceki bir zamanda borçlu temerrüde düşmez; ancak İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında borçlunun borç henüz muaccel olmadan önce alacaklıya ifada bulunmayacağını bildirmesi durumunda temerrüde düşeceği kabul edilmiştir¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Barlas, a.g.e., s. 17.

¹⁶⁶ Nazikoğlu, a.g.m., s. 663; Dayınlarlı, a.g.e., s. 62; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop, a.g.e., s. 912.

¹⁶⁷ Dayınlarlı, a.g.e., s. 62.

¹⁶⁸ Eren, a.g.e., s. 1092; “Muacceliyet; alacaklının edimi isteyebileceği ve borçlunun da edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu andan itibaren gerçekleşir. Diğer bir anlatımla; alacaklının ödemeyi isteyebileceği, borçlunun ise ödemedede bulunmaktan kaçınmayacağı zamanın gelmiş olmasıdır. Muacceliyet kavramının hududu çizilirken önemli olan husus konuya sırf "ZAMAN" unsuru yönünden yaklaşıldığıdır. Muacceliyetin oluşması ile alacaklı ödemeyi talep hakkını kullanabilmek için artık bir süre daha beklemek zorunda kalmayacak, borçlu da ödemeyi bir süre daha geciktiremeyecektir.”, Yargıtay İBKG, T. 24.11.1995, E. 1994/2, K. 1995/2, **Kazancı İçtihat Bankası**, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

¹⁶⁹ Eren, a.g.e., s. 1093;

Muacceliyet anı, alacaklının alacak hakkının talep hakkına dönüştüğü, başka bir ifadeyle alacaklının ifayı talep hakkını kullanabileceği ve borçlunun ifada bulunmaktan kaçınamayacağı zaman noktasını ifade eder¹⁷⁰. Bu bakımdan muaccel hale gelen bir borcun, vadesi gelmiş ve ifa için artık herhangi bir süre söz konusu olmadığından; alacaklı borçluyu ifaya zorlayabilmek için artık bir süre daha beklemek mecburiyetinde değildir ve borçlu da ifayı temerrüde düşmeden bir süre daha geciktiremez durumdadır¹⁷¹. Muacceliyet aynı zamanda ifanın şartı olan zamanı ifade etmektedir. Bundan çıkan sonuca göre; alacaklı muacceliyet anından daha geç bir zamanda yerine getirilen bir edimi, ifa olarak kabul etmeye zorlanamayacaktır¹⁷².

Yukarıda kısaca belirtildiği üzere, muacceliyet gerek temerrüt gerekse ifa bakımından, zaman unsuru ile ilgili bir kavram olup ifa zamanını¹⁷³ ilgilendirmektedir. Buna karşılık bazı yazarlar, muacceliyetin gerçekleşmiş olması için zaman unsurunu, diğer bir ifadeyle ifa zamanının gelmiş olmasını yeterli bulmayıp; alacağın elde edilmesinin önünde kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan hukuki bir engelin bulunmamasını da aramaktadır¹⁷⁴. Buna göre, muacceliyet, yalnızca alacağın istenmesi ve borcun ifasını mümkün kılan bir an olmayıp; muacceliyet, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın borçlunun ifa ile alacaklının da ifayı kabul ile yükümlü olmasını ifade eder¹⁷⁵.

Muacceliyet ile karıştırılabilen kavramlara da değinmek gereklidir. Bunlardan ilki ifa edilebilirlik kavramıdır. Muacceliyet ve ifa edilebilirlik birbirinden farklı kavramlardır. İfa edilebilirlik, borçlunun taahhüt ettiği edimi ifa etme yetkisini ifade ederken, muacceliyet alacaklının borçludan edimin ifasını talep ve dava etme yetkisini ifade eder¹⁷⁶. Muacceliyet anı ve ifa edilebilirlik, vadeye bağlı olmayan borçlar bakımından kesişse de; vadeye bağlı borçlarda kural olarak borçlu vadeden önce borcu ifa edebilme yetkisine

¹⁷⁰ Baştuğ, a.g.e., s. 272; Feyzioğlu, a.g.e., s. 109; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 56; Barlas, a.g.e., s. 21; İnan-Yücel, a.g.e., s. 618; “Muacceliyet, alacaklının borçludan, borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisidir.”, Yargıtay 13. HD, T. 21.09.2010, E. 2009/14798, K. 2010/11828, **Kazancı İçtihat Bankası**, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

¹⁷¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 109; Barlas, a.g.e., s. 21.

¹⁷² Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 633.

¹⁷³ Barlas, a.g.e., s. 22.

¹⁷⁴ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 751; Feyzioğlu, a.g.e., s. 230; Dayınlarlı, a.g.e., s. 61; Tandoğan, a.g.e., s. 470; Önen, a.g.e., s. 37.

¹⁷⁵ Oser-Schönerberger, a.g.e., s. 633.

¹⁷⁶ Eren, a.g.e., s. 1092.

sahip olsa da, alacaklı vadeden önce, diğer bir deyişle borç muaccel hale gelmeden önce, alacağını talep etme imkanına sahip değildir¹⁷⁷.

Borcun muaccel olduğu an ile borcun doğduğu an birbirinden ayrılmalıdır. Nitekim borcun muaccel olabilmesi için, öncelikle geçerli olarak doğmuş ve hukuki etkiye sahip bir borcun varlığı gerekmektedir. Bu bağlamda, borcun doğması, muaccel olmasının ön şartıdır ve borcun muacceliyeti en erken borcun doğum anında söz konusu olur¹⁷⁸. “Erken ifa” başlıklı TBK m.96’da borcun doğum anı ile muacceliyetin farklı kavramlar olduğu belirtilmiş ve borç doğduğu anda itibaren ödenebilir olmasına karşılık, talep edilebilmesi için muaccel olmasının gerektiği düzenlenmiştir. TBK m. 96’ya göre; sözleşme hükümlerinden, sözleşmenin özelliğinden veya durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça, borcun doğumu anından itibaren borç ödenebilir. Fakat borcun doğum anından itibaren ödenmesi her zaman talep edilemez¹⁷⁹. Buna karşılık, borcun doğduğu ve muaccel olduğu an, aynı zamana denk gelebilir. TBK m.90’da düzenlenen süreye bağlanmamış borçlar doğduğu anda muaccel olacağından; muacceliyet anı ve borcun doğum anı birbiriyle örtüşür ve borç doğum anından itibaren alacaklı tarafından talep edilebilir hale gelir.

Borcun muaccel hale gelebilmesi için, öncelikle geçerli ve hukuki etkiye sahip bir borcun varlığı gerektiğinden; bu konuda bazı özel durumların incelenmesi gerekmektedir. Hukuki işlemin yokluğu, hukuki işlemde irade beyanında bulunanın ehliyetsizliği, işlemin konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkansız olması; işlemin şekil şartına uygun olarak yapılmaması veya muvazaa halinde hukuki işlem kesin hükümsüz olacağından hukuki etkiye sahip bir borcun varlığından söz edilemez¹⁸⁰. Bu hallerde ifası talep edilebilir bir edimin varlığı söz konusu olmadığından, muacceliyet ve dolayısıyla temerrütten söz edilemeyecektir.

Kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olan hukuki işlemler bakımından muacceliyetin hiç bir şekilde gerçekleşmeyeceği söylenebilirken, iptal edilebilirlik

¹⁷⁷ Barlas, a.g.e., s. 21.

¹⁷⁸ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 752; Muacceliyet ile borcun doğum anı aynı zamana rastlarsa dahi, borçlu bakımından ifa konusunun elde edilmesi için gerekli uygun bir zamanın da hesaplanması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁷⁹ Oser- Schönerberger, a.g.e., s.632.

¹⁸⁰ Mustafa Dural- Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt: 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 211; Barlas, a.g.e., s. 23.

yaptırımına tabi işlemler bakımından her zaman aynı sonuca varmak mümkün değildir. İptal edilebilirlik, hukuki işlemin taraflarının iradesinin sakatlanması ve gabin halinde söz konusu olur. TBK m. 39'a göre, yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirebilir. Benzer şekilde, TBK m. 28'e göre, sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık var ve bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş ise, zarar gören, sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek iptal hakkını kullanabilir. Bu hak, düşüncesizlik veya deneyimsizliğin öğrenildiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu andan itibaren beş yıl içinde kullanabilir. İptal edilebilirlik yaptırımına tabi olan işlemlerde, söz konusu hak düşürücü sürenin dolmasına kadar geçen sürede ifa zamanının gelmesi halinde, kesin hükümsüzlükten farklı olarak borç muaccel hale gelecektir¹⁸¹. Borcun muaccel hale gelmesinden sonra, iptal hakkı kullanılırsa; bu durumda, işlem başlangıçtan itibaren geçersiz hale geleceğinden muacceliyet ortadan kalkacaktır¹⁸².

Sınırlı ehliyetsizlerin kendilerini borç altına sokan işlemlerinde, yasal temsilcilerinin işleme onay vermesi ve yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemin temsil edilen tarafından onay vermesi anına kadar söz konusu işlemler askıda hükümsüzdür¹⁸³. Askıda hükümsüz işlemlerde; işleme onay verilmesi anına kadar, hukuki işlem hüküm doğurmayacağından ve borçlu bakımından ödeme yükümlülüğü söz konusu olmayacağından, muacceliyet gerçekleşmez¹⁸⁴.

Geciktirici şarta bağlı olan hukuki işlemlerde de, şart gerçekleşene kadar olan dönemde borcun muaccel hale gelmesi söz konusu değildir¹⁸⁵.

Eksik borçlarda, alacaklı edimin ifasını talep ve dava edememekte; bu tür borçları yalnızca borçlu dilerse ifa edebilmektedir. Bu özelliği sebebiyle, eksik borçlarda ifa zamanının bulunmadığı ve dolayısıyla eksik borçların muaccel olamayacağı

¹⁸¹ Barlas, a.g.e., s. 23.

¹⁸² Barlas, a.g.e., s. 24.

¹⁸³ Dural- Sarı, a.g.e., s. 217.

¹⁸⁴ Barlas, a.g.e., s. 24.

¹⁸⁵ Tandoğan, a.g.e., s. 470.

savunulmaktadır¹⁸⁶. Eksik borçlarda, borçlu temerrüdünün gerçekleşmemesinin sebebi olarak da bu borçların muaccel hale gelmemeleri gösterilmektedir. Fakat eksik borçların muaccel hale gelip gelmeyeceğini tespit edebilmek için ikili bir ayırım yapmak gerekir. Kumar ve bahis veya evlenme tellallığı sebebiyle oluşan hukuki ilişkilerde ve hukuken ifası zorunlu olmamakla birlikte yerine getirildiğinde geri istenmesi mümkün olmayan edimlerin iade taahhüdü altına girilmesi hallerinde, gerçek anlamda borcun doğumu söz konusu değildir¹⁸⁷. Dolayısıyla bu hallerde de borcun muaccel hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Bu tip eksik borçlarda, borcun ifası borçlunun serbest iradesine bağlı olduğundan ve dolayısıyla eksik borcun muacceliyetinden söz edilemeyeceğinden, borçlunun temerrüdünden söz edilemeyecektir¹⁸⁸.

Diğer taraftan, eksik borçlardan biri olan zamanaşımına uğramış borçlar için, aynı tespitte bulunmak mümkün değildir. Zamanaşımına uğramış borçlarda, alacaklının alacağını talep etmesinin önünde bir engel bulunmamakta, borç geçerli bir borç olarak varlığını korumakta; ancak borçlunun def'i hakkını kullanmak suretiyle ifa yükümlülüğünden kurtulma imkanı bulunmaktadır¹⁸⁹. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış borçlarda; def'i hakkının varlığı yahut bu hakkın kullanılması, borcun muaccel hale gelmesini önlemez. Diğer taraftan, def'i hakkını kullanan borçlu, borcu ifa yükümlülüğünden ve dolayısıyla temerrüde düşmekten kurtulacaktır. Buna göre, borcun muaccel hale gelmesi ile borçlunun temerrüde düşmesi birbirinden farklı olgular olup; def'i hakkının kullanılması temerrüdü engellemesine karşılık, borcun muacceliyeti üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir¹⁹⁰.

Borcun muaccel olacağı an, tarafların anlaşması, taraflardan birinin ihbarı, kanun hükmü veya hukuki işlemin niteliği ile belirlenir¹⁹¹. İfa zamanı, belirtilen yollardan biriyle taraflar arasında kararlaştırılmamış veya işin niteliğinden de belirlenemiyorsa; TBK m. 90'a göre borç doğduğu anda muaccel olur. İfa zamanı bakımından TBK'nın kabul ettiği normal düzen borçların vadeye bağlanmaması yönündedir¹⁹². Bu kuralın kaynağı ise Roma

¹⁸⁶ Eren, a.g.e., s. 1092.

¹⁸⁷ Barlas, a.g.e., s.25.

¹⁸⁸ von Tuhr, a.g.e., s. 605, dn. 6.

¹⁸⁹ Barlas, a.g.e., s. 26.

¹⁹⁰ Barlas, a.g.e., s. 26.

¹⁹¹ Eren, a.g.e., s. 1093.

¹⁹² Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 323.

hukuku olup "süresiz borçlanılan şey, derhal ifa edilmek üzere borçlanılmıştır" (quod sine die debetur, statim debetur) şeklinde ifade edilmektedir¹⁹³. Borcun doğduğu anda muaccel olacağına ilişkin kuralın istisnası ise, borcun bir süreye veya vadeye bağlı olmasıdır.

Borcun ifası için taraflar vade belirlemişlerse, kural olarak vadenin gelmesiyle birlikte borç muaccel hale gelir. Bu hallerde vadenin geldiği anda borç muaccel olur¹⁹⁴. Kural vade ile birlikte borcun muaccel olacağı yönünde olsa da, bazı özel durumlarda vadeden önce de borç muaccel hale gelebilir. İİK m. 195' e göre, borçlunun taşınmaz mallarının rehni suretiyle elde edilmiş olan alacaklar hariç olmak üzere, diğer tüm borçlarda iflasın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar.

Borcun muaccel olması bakımından incelenecek ilk hal, tarafların anlaşması yoluyla ifa zamanının belirlenmesidir. Taraflar ifa zamanını, sözleşmeyi yaptıkları sırada belirleyebilirler. Tarafların vadeyi belirlediği edim, sözleşmeden doğmuş olabileceği gibi sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden doğmuş da olabilir¹⁹⁵. İfa zamanı mutlak veya nispi olarak belirlenebilir. İfa zamanının mutlak olarak belirlenmesi, doğrudan doğruya belirli bir ifa günü veya tarihinin belirlenmesi şeklinde olabileceği gibi; kesin olan ifa zamanının ancak belirli ek bilgilerin göz önünde tutulması yoluyla, diğer bir ifadeyle hesaben belirlenebilir şekilde, dolaylı olarak da belirlenmesi söz konusu olabilir¹⁹⁶. Örneğin, sözleşmenin kurulduğu tarihten bir yıl sonra borcun muaccel hale geleceği belirlenmişse, sözleşmenin kurulduğu tarih ek bilgisine ihtiyaç vardır. İfa zamanının nispi olarak belirlenmesinde, ifa zamanı taraf iradelerine göre gelecekte gerçekleşecek belirli bir olaydır; ancak bunun ne zaman gerçekleşeceği bir takvim günüyle kesin olarak belirlenmiş değildir¹⁹⁷. Bu durumda, belirsiz vade söz konusu olur¹⁹⁸. İnşaatın tamamlanmasından üç ay sonra, borçlunun ölümünden bir ay sonra, tütün piyasasının açılmasıyla gibi vadeler ile

¹⁹³ Barlas, a.g.e., s. 27.

¹⁹⁴ Baştuğ, a.g.e., s. 273.

¹⁹⁵ Eren, a.g.e, s. 948.

¹⁹⁶ Eren, a.g.e., s.949; Barlas, a.g.e., s. 28.

¹⁹⁷ Eren, a.g.e., s. 949.

¹⁹⁸ Barlas, a.g.e., s.28; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 326, Tarafların vade için belirledikleri olayın gelecekte gerçekleşmesi şüpheli ise, bu durumda vade değil, şart söz konusu olur; ki şart borcun muacceliyeti ile ilgili olmayıp borcun doğumuna ilişkin bir kavramdır. Bu nedenle belirsiz vadeden söz edebilmek için, tarafların gelecekte gerçekleşmesi kesin olan bir olayı belirlemeleri gerekir. Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 58, Tarafların belirledikleri olay bakımından vadenin mi yoksa şartın mı söz konusu olduğunda şüphe duyuluyorsa; şartın varlığı kabul edilmelidir.

İfa zamanının tespitinin taraflardan birinin bildirimine tabi tutulması halleri ifa zamanının nispi belirlenmesine örnek oluşturmaktadır.

İfa zamanının belirlenmesi, sözleşme ile taraflardan birine veya üçüncü kişiye bırakılmış olabilir. Borcun ifa zamanını belirleme hakkının sözleşme taraflarından birine yahut bir üçüncü kişiye verilmesinde; vadeyi belirleme hakkı yenilik doğuran bir hak niteliğinde olup, bu hak karşı tarafa muacceliyet ihbarında bulunmak suretiyle kullanılır¹⁹⁹. Bu hallerde, muacceliyet ihbarında borçluya bir süre tanınmış ise, sürenin dolduğu günü izleyen gün; süre tanınmamış ise, ihbarın borçluya ulaştığı gün borç muaccel hale gelir²⁰⁰. Buna karşılık bir görüşe göre, muacceliyet ihbarında bulunulduğunda borçluya ifa için uygun bir süre belirlenmelidir²⁰¹. Borçluya muacceliyet ihbarında böyle bir süre tanınmamış olsa dahi; TBK m.90'daki derhal ifa hükmünde olduğu gibi borçluya borcu ifa etmek için ihtiyaç duyduğu zaman dürüstlük kuralı gereği tanınmalı ve borcun hemen muaccel hale geldiği kabul edilmemelidir²⁰².

İfa zamanının belirlenmesi, sözleşme ile borçluya bırakılmış ise; bu olasılıkta borçlu, muacceliyet ihbarında bulunmayı geciktirebileceği gibi ihbar yapmaktan kaçınmak suretiyle alacaklıyı zararlı duruma sokabilir²⁰³. Alman Medeni Kanunu'nun 315. paragrafında ifa zamanının hakkaniyete uygun şekilde belirlenmesi ilkesi getirilmiştir. Buna göre, taraflar muacceliyet ihbarını hakkaniyete uygun şekilde yapmaz veya ihbarda bulunmayı geciktirirse; ifa zamanının belirlenmesi mahkeme kararı ile yapılır²⁰⁴. İsviçre-Türk hukukunda, ifa zamanının belirlenmesinin hakkaniyete aykırı olarak geciktirilmesi veya ihbarda bulunmaktan kaçınılması halini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat borçlunun ifa zamanını belirleme yetkisini kullanmaktan kaçınması halinde, dürüstlük kuralına aykırı davranması sebebine dayanılarak, alacaklının mahkemeye

¹⁹⁹ Barlas, a.g.e., s. 29; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 801 dn. 4, İfa zamanını belirleme yetkisi ile alacağın doğumunu taraflardan birine bırakmak birbirinden farklı kavramlardır; ilk ihtimalde taraflar arasında vade tayini söz konusu iken, ikinci ihtimalde bir iradi şartın varlığından söz edilir. Borcun doğumu şarta bağlanmış olur.

²⁰⁰ Barlas, a.g.e., s. 29.

²⁰¹ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 801.

²⁰² Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 327.

²⁰³ Barlas, a.g.e., s. 29.

²⁰⁴ Barlas, a.g.e., s. 29; www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (erişim tarihi: 21.01.2015)

başvurarak ifa zamanını tayin ettirebileceği savunulmaktadır²⁰⁵. Diğer bir ihtimal, tarafların borçlunun dilediği zaman ifada bulunabileceğini kararlaştırmış olmasıdır. Bu halde, borçlunun muacceliyet ihbarını geciktirmesi yahut hiç yerine getirmemesi, sözleşme ile kendisine tanınan hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir²⁰⁶. Bu gerekçeye dayanarak, borçlunun dilediği zaman ifada bulunabileceğinin kararlaştırıldığı hallerde esasen bir eksik borç ilişkisi söz konusu olur²⁰⁷.

Vadeyi belirleme yetkisinin taraflarca, üçüncü kişiye bırakıldığı haller bakımından da yine dürüstlük kuralı uygulanır. Üçüncü kişi bu yetkiyi hakkaniyete uygun biçimde kullanmadığı takdirde, menfaatine aykırı hareket edilen taraf mahkemeye başvurarak vadenin tespit edilmesini talep edebilir²⁰⁸.

Vadenin taraflarca yukarıda belirtilen şekillerde belirlenmesinin dışında, vade bazen borç ilişkisinin niteliğinden ve edimin özelliğinden çıkarılabilir; kimi hallerde de kanun vadenin belirlenmesi hususunda yerel adete atıf yapar²⁰⁹. Taraflar bir kutlama töreninin filme alınması konusunda anlaşmışlarsa, borçlanılan edim yalnızca törenin yapıldığı zamanda ifa edilebilir ve muaccel hale gelir²¹⁰.

Borç ilişkisinin doğumundan sonra ve borcun muaccel hale gelmesinden önceki süreçte, taraflar borçluya ifa yükümlülüğünü yerine getirmesi için ek süre tanımayı hedefleyen bir sözleşme yapabilecekleri gibi; borç muaccel hale geldikten sonra da yeni bir sözleşme yaparak vadeyi daha ileri bir tarih olarak tespit edebilirler²¹¹. Yeni sürenin işlemeye başlayacağı an taraflarca kararlaştırılmamışsa, TBK m. 95 uygulama alanı bulur ve buna göre yeni süre, önceki sürenin sona ermesini izleyen birinci günden başlar. Erteleme ile, belirlenen süre boyunca borç muacceliyet kazanamayacağından; alacaklı bu süre içinde ifa talebinde bulunduğu takdirde, borçlu ertelemeyi itiraz olarak ileri sürebilir

²⁰⁵ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 636; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 802, Sözleşmede “borçlu için uygun zamanda”, “borçlu fırsat bulunca” ifanın yapılacağı kararlaştırılmışsa, bu ibareler eksik borç niteliği kazandırmayacak ve borçlunun dürüstlük kuralına göre ifa zamanını belirlemesi gerekecektir.

²⁰⁶ Barlas, a.g.e., s. 30.

²⁰⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s. 111; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 802.

²⁰⁸ Barlas, a.g.e., s. 31.

²⁰⁹ Barlas, a.g.e., s. 31, Vade işin niteliğinden tespit edilemiyor ve vadeyi belirleyecek yerel adet in bulunmadığı hallerde de; kanun ifa zamanının tespitine ilişkin bir düzenleme içeriyor olabilir ve bu olasılıkta söz konusu düzenleme uygulama alanı bulur. Eren, a.g.e., s. 950, İfa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesinin yalnızca sözleşmeden doğan borçlarda söz konusu olabileceğini belirtmektedir.

²¹⁰ Eren, a.g.e., s. 950.

²¹¹ Barlas, a.g.e., s. 32; Eren, a.g.e., s. 951.

ve hakim de ertelemeyi re'sen dikkate alır²¹². Çünkü burada alacak hakkını ileri sürme, borçludan ifayı talep etme hakkını engelleyen maddi bir olay mevcuttur²¹³.

Alacaklı erteleme süresi boyunca alacağını talep edemeyeceğinden, burada aslında bir hakkın ileri sürülmesinden geçici olarak feragat etme durumu söz konusudur; dolayısıyla erteleme sözleşmesinin geçerliliği için alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Ayrıca erteleme, borcun muacceliyet anını değiştirdiği için borcun içeriğini değiştirir; bu nedenle yapılan erteleme sözleşmesinin geçerliliği, tarafların fiil ehliyetine sahip olmalarına, irade beyanlarının birbirine uygun ve karşılıklı olmasına bağlıdır.²¹⁴ Ayrıca erteleme anlaşması kural olarak şekle tabi olmamasına karşılık, kanunen şekle bağlı bir sözleşmedeki vadenin ertelenmesi, değiştirilmesi söz konusu ise; TBK m. 13 gereği erteleme anlaşması da asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun olarak yapılmalıdır²¹⁵.

Borçlu temerrüde düştükten sonraki bir zaman diliminde, taraflar uzatma sözleşmesi yapmış ise; temerrüdün temerrüt faizi gibi doğmuş sonuçlarından alacaklının vazgeçmiş sayılabilmesi için tarafların ayrıca bu yönde anlaşmış olmaları gerekir²¹⁶.

Borcun muaccel olduğunu ispat yükünün kime ait olacağı tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüş borçlunun borcun henüz muaccel olmadığını ispat etmek zorunda olması yönündedir; çünkü kanunun kabul ettiği genel prensip borcun doğduğu anda talep edilebilir nitelikte olduğu, yani muaccel olduğudur²¹⁷. Diğer bir görüşe göre ise, muacceliyet alacağı talep hakkının bir şartı olduğundan ve borçlu alacaklının talep hakkının unsurlarından birinin bulunmadığını ileri sürdüğünden, alacaklı borcun muaccel olduğunu ispatlamalıdır²¹⁸.

Borçlunun temerrüde düşmesi bakımından, borcun muaccel hale gelmesi gerekli ve yeterlidir. Ayrıca borçlunun borcunun muaccel olduğunu bilmesi ve alacağın borçlu tarafından kabul edilmiş olması temerrüdün şartlarından olmayıp; borçlunun borcun

²¹² Barlas, a.g.e., s. 32-33.

²¹³ Eren, a.g.e., s. 951.

²¹⁴ Eren, a.g.e., s. 951.

²¹⁵ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 324.

²¹⁶ Eren, a.g.e., s. 952.

²¹⁷ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 323; Barlas, a.g.e., s. 33.

²¹⁸ Eren, a.g.e., s.950.

muaccel olduğunu bilmemesi hali yalnızca, tazminat borcunun doğmasına ve kazadan dolayı borçlunun sorumlu tutulmasına engel olabilir²¹⁹.

C. ALACAKLININ İFAYI KABULE HAZIR OLMASI

Alacaklı, borçlunun edimi ifa teklifini kabule hazır olmalı ve edimin ifası için gerekli hazırlık fiillerini yapmış olmalıdır²²⁰. Alacaklının kabul etmeyi beyan ettiği edimi borçlunun rızası olmaksızın kabul etmekten kaçınmakta hakkı bulunmamaktadır; çünkü alacaklı da bu bağlamda borçlunun borçlusudur²²¹.

Alacaklının ifayı kabule hazır olmaması halinde, akla ilk gelen hukuki kurum alacaklının temerrüdüdür. Alacaklının borcun ifasını sağlamak üzere ön hazırlık yapması gereken durumlarda, bu hazırlıkları yapmaması; borçlunun ifa teklifini haklı bir sebep olmaksızın kabulden kaçınması veya ifayı kabule hazır bulunmaması hallerinde, alacaklı temerrüde düşer²²². Alacaklı temerrüdünün olduğu yerde de borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olamaz²²³.

Gerçekten de ifa yeri, ifa zamanı gibi ifanın unsurlarına uygun, gereği gibi ifa teklifinde bulunmuş bir borçlunun; alacaklının bu direnimi karşısında, temerrüde düşmesi ve kendisine ağır sonuçları olan sorumluluk hükümlerinin uygulanması düşünülemez. Buna karşılık, temerrüt halindeki alacaklının sonradan ifayı talep etmesi mümkündür. Bu durumda, alacaklı temerrüt halinden çıkacağından ve ifadan kaçınan borçlunun temerrüdü söz konusu olabileceğinden; borçlunun alacaklı mütemerrit iken, alacaklı temerrüdü hükümlerine göre tevdi veya sözleşmeden dönme imkanlarından yararlanması yerinde olur²²⁴.

D. BORÇLUNUN EDİMİ İFADAN KAÇINMA HAKKININ BULUNMAMASI

Borçlunun TBK m. 97'ye göre, edimi ifadan kaçınma hakkı varsa ve bu hakka dayanarak ödemezlik def'ini ileri sürerse; borçlunun ifadan kaçınması borca aykırılık teşkil etmeyeceğinden borçlu temerrüde düşmez²²⁵.

²¹⁹ Oser- Schöenberger, a.g.e., s. 752.

²²⁰ Eren, a.g.e., s. 1097.

²²¹ Bovay, a.g.m., s. 802.

²²² Feyzioğlu, a.g.e., s. 240-241.

²²³ Birsen, a.g.e., s. 497.

²²⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 241.

²²⁵ Eren, a.g.e., s. 1097.

TBK m. 97'ye göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borç altına girenin, karşı edimin kendisine ifa edilmesi veya ifasının teklif edilmesi anına kadar sahip olduğu edimi ifadan kaçınma hakkı; akdin ifa edilmediği def'i veya ödemezlik def'i olarak adlandırılmaktadır²²⁶.

Ödemezlik def'inin borçlu temerrüdüne etkisi konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, ödemezlik def'inin mevcudiyeti tek başına borçlunun temerrüde düşmesini önlemekte, ayrıca borçlunun def'i ileri sürmesine gerek bulunmamaktadır. Ödemezlik def'i imkanının salt varlığını borçlu temerrüdünü engellemek bakımından yeterli olarak gören bu görüşün gerekçelendirilmesi noktasında da ikili bir ayırım söz konusudur. İlk gerekçe, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki, edimlerin karşılıklı ve birbirine bağımlı olduğunu ve bu bağımlılık ilişkisi nedeniyle esasında bir def'i değil, def'i kılıfına bürünmüş bir maddi şartın varlığını savunmaktadır²²⁷. Alacaklının borçludan edimi talep edebilmesinin maddi şartı, kendisinin borçluya ifada bulunmuş veya ifayı teklif etmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu maddi şart gerçekleşmeden borçlunun kendi edimini ifa etme yükümlülüğü doğmayacak ve borcun muaccel hale gelmesi de söz konusu olmayacaktır²²⁸. Bu sebeple borçlunun def'i hakkının varlığı tek başına borçlu temerrüdünü önleyip ayrıca ileri sürülmesine gerek yoktur. Bu görüşü başka bir şekilde gerekçelendiren diğer görüş ise, ödemezlik def'inin maddi şart niteliğinde olmadığını, teknik anlamda bir def'i olduğunu kabul etmekte; ancak borçlu tarafından ileri sürülmemiş bile olsa, ödemezlik def'inin soyut ve potansiyel varlığının tek başına borçlu temerrüdünün oluşmasına engel olacağını savunmaktadır²²⁹. Çünkü def'i imkanına sahip borçlunun borcunu ifa etmemesi durumda sözleşmeye aykırılık unsurunun gerçekleşmeyecektir.

Türk- İsviçre hukukunda hakim olan diğer görüşe göre ise, borçlunun ödemezlik def'i imkanına sahip olması tek başına borçlu temerrüdünü önlemeye yetmemekte, bu

²²⁶ Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, Ahmet Said Matbaası, İstanbul, 1962, s. 1, Akdin ifa edilmediği def'inin latince karşılığı "exceptio non adimpleti contractus"tur.

²²⁷ Vedat Buz, "Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi", **BATİDER**, C. XXIX, S. 4, Ankara, 2013, ss.83-111, s. 86.

²²⁸ Buz, "Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi", a.g.m., s. 86.

²²⁹ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 216.

def'in alacaklıya karşı ileri sürülmesi gerekmektedir. Buna göre, borçlunun def'i ileri sürecek durumda olması tek başına borcun muacceliyetini etkilemez; ancak def'i ileri sürüldüğü takdirde borçlu muaccel bir borcu ifa etme zorunluluğundan kurtulmuş olacağından temerrüde düşmekten de kurtulacaktır²³⁰. Borçlunun, teknik ve maddi hukuk anlamında bir def'i imkanına sahip olmasının, tek başına borcun muaccel olmasına engel olmayacağına katılmakla birlikte; borçlunun def'i imkanına zamanında ve usulüne uygun olarak başvurması halinde borcun muaccel olmasının önleneyeğini savunan bir görüş de mevcuttur²³¹. Gerçekten de def'i imkanının tek başına varlığı temerrüdü engelleyici nitelikte değildir, ayrıca alacaklıya karşı ileri sürülmesi gerekir. Böylece ifa zamanında borçlunun, alacaklının ifa talebine yönelik bir def'i ileri sürmesi hali; borçlunun ifayı geciktirebilecek durumda olduğunu gösterir ki bu halde temerrüdün şartlarından biri gerçekleşmeyeceğinden borçlu temerrüde düşmeyecektir.

Ödemezlik def'ine ilişkin diğer bir tartışmalı husus, def'inin temerrüde etkisi noktasındadır. Ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin gerekli olduğu görüşünün kabulü halinde böyle bir tartışma söz konusu olacaktır. Borçlunun ödemezlik def'i ileri sürme hakkının salt varlığını temerrüdü engelleyici olarak kabul edilmesi halinde; zaten bu hakkın varlığı borçlu temerrüdünü tek başına dışlayacaktır. Bu bağlamda ödemezlik def'inin temerrüt üzerindeki etkisine ilişkin bir görüşe göre, borçlu temerrüde düştükten sonra artık ödemezlik def'ini ileri süremez²³². Diğer görüş ödemezlik def'inin sonradan ileri sürülmesi ile borçlu temerrüdünün sona ereceğini savunmaktadır²³³. Bu noktada, bir taraftan borçlunun ödemezlik def'ini ileri sürmesinin "ex tunc" sonuç doğuracağı ve ödemezlik def'inin ileri sürülmesi ile birlikte temerrüdün o ana kadar meydana gelmiş bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacağı savunulmaktadır²³⁴. Buna göre, borçlu hiç temerrüde düşmemiş gibi muamele görmektedir. Diğer bir görüşe göre, ödemezlik def'inin ileri sürülmesi ileriye etkili sonuç doğurur, dolayısıyla temerrüdün def'inin ileri sürüldüğü

²³⁰ Tandoğan, a.g.e., s. 470; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 832; von Tuhr, a.g.e., s. 512, 605; Buna karşılık itiraz sebebinin varlığının tek başına temerrüdü önleyeceği ileri sürülmesine gerek olmadığı yönünde bkz. Feyzioğlu, a.g.e., s. 231, İtirazlar, dava sebebinin doğru olmasına karşılık hakkın varlığına engel olan olaylardır. İtiraz niteliği taşıyan olay borcun muacceliyetinden önce, borcun varlığına etki ettiğinden; tek başına itiraz sebebinin varlığı borçlunun temerrüde düşmesine engel olmaktadır.

²³¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 231; von Tuhr, a.g.e., s. 605.

²³² Eren, a.g.e., s. 1098.

²³³ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 750.

²³⁴ Buz, "Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi", a.g.m., s. 91; Kaneti, a.g.e., s. 155.

ana kadar doğan sonuçları varlığını devam ettirir²³⁵. Def'i ileri sürme imkanı bulunan borçlunun, bu imkana başvurmaması halinde temerrüde düşeceği kabul edildiğinde, bu son görüşü savunmak daha yerindedir. Ödemezlik def'ini ileri sürmeyi savsaklayan borçluya temerrüde düştükten sonra, def'i ileri sürerek temerrüdün bütün sonuçlarını başlangıçtan itibaren ortadan kaldırma imkanı da verilmemelidir.

Borçluya edimi ifadan kaçınma hakkı veren diğer bir hüküm TBK m. 98'dir. TBK m.98/I' e göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, önceden ifa ile yükümlü tarafa bazı hallerde edimi ifadan kaçınma hakkı bu düzenleme ile verilmiştir. Alacaklının borç ödemedeki güçsüzlüğe düştüğü hallerde, ifa zamanı gelen borçlunun hakkı tehlikeye düştüğü takdirde borçlunun ifadan kaçınması mümkün olup bu takdirde²³⁶, ifadan kaçınan borçlu temerrüde düşmeyecektir. TBK m. 98'de sayılan haller örnek kabilindedir. Diğer bir ifadeyle, borçluya ifadan kaçınma hakkı veren haller, alacaklının iflası, haczin sonuçsuz kalmasından ibaret değildir. Alacaklının borçlarından kurtulmak için adresini, izini kaybettirmesi yahut konkordato başvurusunda bulunması halleri de bu kapsamdadır²³⁷.

Son olarak TBK m. 138'de aşırı ifa güçlüğü düzenlenmiştir. Tarafların sözleşmeyi yaptığı sırada öngöremediği veya öngörmelerinin beklenmediği ve borçludan da kaynaklanmayan olağanüstü bir durum ortaya çıktığında; borçluya edimi ifa etmek yerine başka imkanlara başvurma hakkı tanınmıştır. Borçlunun TBK m. 138 hükmünden yararlanabilmesi için, ortaya çıkan olgunun borçlu aleyhine, borçludan ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede değişmiş olması gerekmektedir. Bu koşullar gerçekleştiği takdirde, borçlu hakimden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edebileceği gibi, uyarılma mümkün olmadığı takdirde ise sözleşmeden dönme²³⁸ imkanına sahiptir. Alman hukukunda da, dürüstlük kuralına göre borçludan ifanın beklenemeyeceği hallerde borçluya ifadan kaçınma imkanı tanınmış ve bu imkan açıkça zikredilmiştir. BGB

²³⁵ Buz, "Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi", a.g.m. s. 92.

²³⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 598.

²³⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 598.

²³⁸ Sürekli edimli sözleşme söz konusu ise, borçlu dönme yerine sözleşmeyi feshetme imkanına sahip olacaktır.

§ 275'e göre, alacaklının ifaya olan çıkarı ile borçlunun yükümlülüğü karşılaştırıldığında borçlunun edimi yerine getirmesi borçlu için aşırı külfetli olacaksa veya şahsi edim borçlusunu ile alacaklının çıkarları karşılaştırıldığında sonuç katlanılmaz olacaksa borçlu ifadan kaçınma hakkına sahiptir²³⁹. Buna karşılık TBK m. 138'de borçluya terditli iki imkan verilmiş görünmektedir; bunlar uyarılma talep etme ve sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse sözleşmeden dönme imkanlarıdır. Fakat pratikte, sözleşmenin uyarlanmasını talep etmiş olan borçlunun, ifa zamanında edimini yerine getirmekten kaçınması haklı bir sebebe dayanacağından; temerrüde düşmesini kabul etmemek gerekir.

E. ALACAKLININ BORÇLUYA İHTARDA BULUNMUŞ OLMASI

Borçlunun, muaccel bir borcu ifa yükümlülüğü, ancak alacaklının edimi ifayı talep etmesi halinde doğduğundan; ihtarın gerekli olduğu durumlarda; muaccel hale gelmiş borcu ifa etmeyen borçlu, salt bu haliyle borca aykırı davranmış değildir²⁴⁰. Alacaklının, borçlunun edimi zamanında yerine getirmemesine karşılık sessiz kalması halinde temerrüt söz konusu olamaz. Çünkü alacaklının sessiz kalması, alacaklının gecikme nedeniyle bir zarara uğramadığına, edimin hemen ifasında menfaati bulunmadığına ve borçluya bir zaman tanıdığına karine teşkil etmektedir²⁴¹. Borçluya ihtarda bulunulmadığı takdirde, alacaklının henüz ifayı istemediği, ifa etmeme durumuna bir itirazı olmadığı veya borçluya ifa hususunda vade verdiği yönünde bir yorum yapılabilir²⁴². Diğer taraftan, ihtar şartının aranmadığı haller için aynı saptamayı yapmak mümkün değildir. Çünkü ihtarın gerekli olmadığı durumlarda diğer şartlar da mevcutsa, muaccel borcu ifa etmeyen borçlu, borç ilişkisinden doğan yükümlülük ve ödevlerini ihlal etmiş sayılır.

İhtar, alacaklı tarafından borçluya karşı yapılan ve borçlunun borçlandığı edimi ifa etmesine yönelik bir davet olup; bu yönüyle ihtar alacak hakkının doğal uzantısı olan ifayı talep yetkisinin kullanım biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁴³ İhtarın fonksiyonu ise, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve bir bakıma borçluyu korumaktır. İfa zamanının

²³⁹ Belling- Belen, a.g.m., s. 3030.

²⁴⁰ Eren, a.g.e., s. 1098; "Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bir alacağa temerrüt faizi uygulanabilmesi için alacağın kararlaştırılan kesin vadede ödenmemiş ya da alacaklının yöntemine uygun ihtar ile borçlunun, usulen temerrüde düşürülmüş olması zorunludur.", Yargıtay 15. HD, T. 6.12.2012, E. 2012/10, K. 2012/7674, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

²⁴¹ Nazikoğlu, a.g.m., s. 663.

²⁴² Baştuğ, a.g.e., s. 273.

²⁴³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 232; Eren, a.g.e., s. 1093; Barlas, a.g.e., s. 34.

taraflar arasında belirli veya belirlenebilir şekilde tespit edilmediği hallerde; ihtar ile borçlu temerrüdün sonuçları hakkında uyarılmakta ve borçlunun doğrudan doğruya temerrüdün ağır sonuçlarına maruz kalması önlenmiş olmaktadır²⁴⁴.

Kural olarak, temerrüt ve temerrüdün borçlu bakımından ağır olan hukuki sonuçları; alacağın muacceliyet anından itibaren değil, alacaklının ihtar ile birlikte doğar²⁴⁵. Bu bağlamda, borçlunun temerrüde düşmesi ve temerrüdün sonuçlarını doğurmaya başlaması bakımından ihtar şartı önem taşımaktadır.

1. İhtarın Hukuki Niteliği ve Şekli

İhtar; borçluya yerine getirmek zorunda olduğu edimi hatırlatmak, borçluyu uyarmak ve onu ifaya davet etmek amacını taşıyan, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli irade açıklamasıdır²⁴⁶. Fonksiyon ve nitelik itibariyle ihtar, alacaklının bir norm koyma yetkisini ifade eder. İhtarla birlikte normatif bir edim yükümlülüğü kurulur ve esasen konulan bu normun borçlu tarafından ihlali borçlu temerrüdüne sebep olur²⁴⁷.

İhtar, hukuki niteliği itibariyle hukuki işleme benzeyen bir irade beyanıdır²⁴⁸; ancak hukuki işleme ilişkin ihtarda bulunanın ayırt etme gücüne sahip olması, ihtarın iradeyi sakatlayan sebeplerden biri ile sakat olmaması, temsil gibi bazı hükümler ihtar bakımından kıyas yoluyla uygulanır²⁴⁹. İhtarın hukuki işlem benzeri niteliğinde olmasının sonuçları vardır. Öncelikle alacaklının irade açıklamasının ihtar niteliği taşıyabilmesi için, belirli bir borcun ifa edilmesi isteğini açık şekilde içermesi yeterli olup, ayrıca bu iradenin borçluyu temerrüde düşürme hukuki sonucuna yönelik olması gerekmemektedir²⁵⁰. Diğer bir deyişle, alacaklının borcun muaccel olduğunu ve bu sebeple ifa edilmesi gerektiğini

²⁴⁴ Barlas, a.g.e., s. 34; Suat Sarı, “Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt: 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, ss.1575-1584, s.1576. Haluk Nami Nomer, “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt:2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 1303-1313, s. 1305.

²⁴⁵ von Tuhr, a.g.e., s. 606.

²⁴⁶ Baştuğ, a.g.e., s. 273; Eren, a.g.e., s. 1093; İnan-Yücel, a.g.e., s. 618.

²⁴⁷ Eren, a.g.e., s. 1093.

²⁴⁸ von Tuhr, a.g.e., s. 606; İnan-Yücel, a.g.e., s. 618.

²⁴⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 232; Eren, a.g.e., s. 1094; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 753.

²⁵⁰ Sarı, a.g.m., s. 1576; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 753; Alacaklının iradesi, borçlunun ifada bulunma yükümlülüğüne yönelmiş ve dolayısıyla borcun ifasını istemekten ibarettir; Barlas, a.g.e., s. 36, İhtarda bulunan alacaklı, ifanın yerine getirilmesi konusundaki isteğini açığa vurmaktadır; bu nedenle borçluyu temerrüde düşürme amacını taşıması şart değildir.

borçluya bildirmiş olması²⁵¹ kanundan doğan temerrüt hükümlerinin gerçekleşmesi ve alacaklıya tanınan hakların kullanılabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Hukuk düzeni ihtara alacaklının iradesinden bağımsız hukuki sonuçlar bağlamış ve diğer şartların da mevcut olmasıyla birlikte yapılan ihtarın borçlu temerrüdüne yol açacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla, hukuki işlemin karakteristik özelliği olan iradenin belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş olması şartı ihtar bakımından gerekli değildir²⁵².

Ayrıca ihtar ile gerçekleşen temerrüt sonucu, ihtarında bulunan kişinin iradesinden kaynaklanmadığından ve ihtar hukuki işlem niteliğinde bir irade beyanı olmadığından, alacaklının temerrüdün hukuki sonuçlarını doğurmayı istemesi gerekli olmadığı gibi; temerrüdün sonuçlarının ihtarında gösterilmesi dahi gerekli değildir²⁵³.

TBK'da ihtarın ne şekilde yapılacağına ilişkin bir şekil şartı öngörülmemiştir. İhtar kural olarak şekle bağlı olmaksızın sözlü, yazılı veya irade gösteren bir fiil ile gerçekleştirilebileceği gibi; icra takibi başlatmak veya dava açmak yoluyla mahkeme aracılığı ile de gerçekleştirilebilir²⁵⁴.

Temerrüt ihtarının ilgili olduğu hukuki işlemin geçerliliği herhangi bir şekle tabi olsa dahi ihtarın geçerliliği kural olarak şekle tabi değildir²⁵⁵. Şekil şartının arandığı hallerde kanun koyucunun gerekçesi, tarafları dahil olacakları hukuki ilişki bakımından tekrar düşünmeye sevk etmektir. Şekil şartının amacı, ihtar ile birlikte değerlendirildiğinde; ihtar tek taraflı bir işlemdir ve alacaklının kendi lehine bir durum yaratmasını sağlamaktadır²⁵⁶. Dolayısıyla tarafları tekrar düşünmeye ve dikkatlerini çekmeye gerek olan bir durum ihtar için söz konusu olmadığından, ihtar için şekil şartı aranmasına gerek bulunmayacaktır.

İhtar kural olarak şekle bağlı olmamasına karşılık, ihtarın geçerliliğini şekil şartına bağlayan düzenlemeler de mevcuttur. Bu düzenlemelerden ilki TTK m. 18'dir. Söz konusu hükme göre; tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı

²⁵¹ İnan-Yücel, a.g.e., s. 619.

²⁵² Barlas, a.g.e.,s. 36; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin, Ankara, 2005, s. 58.

²⁵³ von Tuhr, a.g.e., s. 606; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 753; Tandoğan, a.g.e., s. 471.

²⁵⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 232; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 753; Eren, a.g.e., s. 1095.

²⁵⁵ Sarı, a.g.m., s. 1578.

²⁵⁶ Barlas, a.g.e., s. 38.

elektronik posta sistemi ile yapılır. Ayrıca sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin taksitlendirilmiş prim borcunda sonraki primleri ödemede temerrüde düşmesine ilişkin TTK m. 1434'te de benzer bir düzenleme mevcuttur. TTK.m.1434/3' e göre, izleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder. Sigortacının, sigorta ettirene göndereceği ihtar şekil şartına tabi tutulmuştur; bu düzenleme tüm sigorta türleri için uygulanan genel bir düzenlemedir²⁵⁷. İhtarın geçerliliğini şekle tabi tutan diğer bir düzenlemeye HMK m. 438'in atfı ile ulaşılır. HMK m. 438, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tebligatın Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca yapılacağını belirtmiştir. Tebligat Kanunu m. 28' e göre, adresi bilinmeyen muhataba karşı yapılacak ihtar ilan yoluyla yapılmalıdır²⁵⁸.

2. İhtarın Tarafları

İhtar alacaklının, borçluya yönelttiği irade beyanı olduğundan, ihtarın tarafları alacaklı ve borçludur. İhtar alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından yapılabilir; temsilcinin borçluya ihtarında bulunabilmesi için temsil belgesinde kendisine özel yetki verilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır²⁵⁹. Özel yetki verilmesi gerek haller TBK m. 504' te tahdidi olarak sayılmıştır²⁶⁰. TBK m. 504/III' e göre, vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz. Buna karşılık, vekaleti olmaksızın başkasının işini gören kişi, borçluyu bağlayacak nitelikte bir ihtarında bulunamaz²⁶¹. İhtar, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı olduğundan hukuki sonuçlarını doğurması borçlunun veya yetkili temsilcisinin hakimiyet alanına ulaşması gereklidir²⁶².

²⁵⁷ İrem Aral Erdeleklioğlu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10. Yıl'a Armağan, Yıl: 11, Sayı: 22, 2012, ss. 203-222, s. 217.

²⁵⁸ İnan-Yücel, a.g.e., s. 619.

²⁵⁹ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 754; Barlas, a.g.e., s. 37; Eren, a.g.e., s. 1094; Feyzioğlu, a.g.e., s. 234.

²⁶⁰ Usul hukukuna ilişkin özel yetki verilmesi gereken haller de HMK m. 74'te tahdidi olarak sayılmıştır.

²⁶¹ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 754.

²⁶² Eren, a.g.e., s. 1094.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, ihtarı yapacak olan alacaklının ehliyetine ilişkindir. İhtar alacaklı bakımından, bir haktan vazgeçme yahut bir borcu yüklenme sonucunu doğurmamaktadır²⁶³. Dolayısıyla, ihtarın geçerli olabilmesi için alacaklının ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterli olup tam fiil ehliyeti aranmaz. Zira ihtar ile alacaklının bir borçlandırıcı işlem yahut tasarruf işlemi yapması söz konusu olmadığından, aksine temerrüdün tanıdığı imkanlardan yararlanabilmek için gerekli şartlardan birini yerine getirmek için yapıldığından; alacaklı küçük veya kısıtlı olsa dahi tek başına ihtarda bulunması mümkün olacaktır²⁶⁴.

Ehliyete ilişkin bu kuralı, ihtarın muhatabı olan borçlu bakımından uygulamak mümkün değildir. Şöyle ki, ihtar borçlu taraf için ağır sonuçları olan bir sorumluluk hali yaratmaktadır²⁶⁵. Bu nedenle, ihtar tam fiil ehliyeti bulunmayan borçluya değil, onun kanuni temsilcisine yapılmalıdır²⁶⁶.

Bazı hallerde ihtarın yapılması imkansız olabilir. Bu imkansızlık, borçlunun yerleşim yerinin bilinmemesi veya borçlunun sonradan ayırt etme gücünü kaybetmesine karşılık kendisine henüz kanuni temsilci atanmamış olmasından ileri gelebilmektedir²⁶⁷. İhtarda bulunan alacaklı, her türlü hakkın kullanılmasında olduğu gibi objektif iyi niyet kuralları uyarınca hareket etmelidir²⁶⁸. Dolayısıyla ilk durumda, alacaklı adresini bilmediği borçluya karşı ilanen ihtarda bulunması gerekmektedir. İhtarın imkansız olduğu ikinci halde ise, borçlu TMK m. 403 gereğince öncelikle borçlu için bir kayyım tayin edilmesini sağlamalıdır²⁶⁹. Daha sonra ihtarı, borçlunun kanuni temsilcisine yapabilir.

Burada düşünülmesi gereken diğer bir olasılık, borçlunun kötünüyetle ihtarın tebliğine engel olması halidir. Borçlunun kasten ihtara muhatap olmaktan kaçındığı bu halde, TBK 175 hükmünü kıyasen uygulamak yoluyla, ihtarın yapılmış olduğunu kabul etmek ve borçlu bakımından vade tarihinden itibaren ihtarın yapıldığı varsayılarak temerrüt hükümlerini uygulamak gerekir²⁷⁰.

²⁶³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 234; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 754.

²⁶⁴ Eren, a.g.e., s. 1094; Barlas, a.g.e., s. 37; Önen, a.g.e., s. 41.

²⁶⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s. 234.

²⁶⁶ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 754.

²⁶⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s. 234.

²⁶⁸ Baştuğ, a.g.e., s. 274.

²⁶⁹ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 755; Feyzioğlu, a.g.e., s. 235; Baştuğ, a.g.e., s. 273.

²⁷⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s. 235, dn. 313; Tandoğan, a.g.e., s. 475; İnan-Yücel, a.g.e., s. 619.

İhtarın her türlü delil ile ispatlanması mümkündür. İhtarda bulunma olgusunu veya ihtarda bulunulmamışsa ihtar gereksiz kılan bir olgunun varlığını ispat yükü alacaklıdadır²⁷¹.

3. İhtarın İçeriği ve Yapılacağı Zaman

Alacaklının irade beyanının ihtar sayılabilmesi için bazı unsurları içermesi gerekmektedir. İrade açıklamasının ihtar olarak kabul edilebilmesi için, içeriğinde ihtar sözcüğünün kullanılması şart değildir²⁷². Alacaklı, ihtarda alacağı talep iradesini kesin olarak açığa vurmalı ve ifa talebini ciddi bir biçimde ifade etmelidir²⁷³. Bu bağlamda borçluya fatura ibrazı veya gönderilmesi, borçluya borcun varlığı ve miktarı hakkında bilgi vermek amacını taşıdığından, fatura gönderilmesi tek başına ihtar niteliği taşımaz²⁷⁴. Buna karşılık; ödeme süresinin geçmesinden sonra gönderilmiş olan hesap özeti, ödemenin gerçekleştirilmesine yönelik veya ödemenin gerçekleşmemesi halinde dava açılacağı, icra takibine girileceği yönünde şerh içeren fatura, borçluyu ifaya davet anlamı taşıyan bir mektup gönderilmesi ve TBK m. 123'te düzenlenen borçluya uygun bir süre verilmesi ihtar niteliği taşımaktadır²⁷⁵. Ayrıca, alacaklının üzerinde 'bedeli ödenmiştir' ibaresi bulunan faturayı borçluya göndermesi de ihtar yerine geçer²⁷⁶. Çünkü bu halde, bedel henüz ödenmemiş olsa dahi, alacaklının ödemenin yapılması isteğini fatura üzerine koyduğu şerh ile belirttiği söylenebilir ki bu şerh faturaya ihtar niteliği kazandırmaktadır²⁷⁷. Fatura üzerinde "bedel faturanın alındığı tarihten itibaren yedi gün içinde ödenir" şeklinde genel bir ibare yer alıyorsa; yine böyle bir fatura gönderilmesi ihtar

²⁷¹ Barlas, a.g.e., s. 43.

²⁷² Eren, a.g.e., s. 1093.

²⁷³ Eren, a.g.e., s. 1093, Alacaklının, borçluyu edimi vaktinde yerine getirmedeği takdirde temerrüdün sonuçlarından sorumlu olacağı hususunda uyarmasını; belirtilen zaman ve yerde, miktar ve nitelikte borçlanılan edimin yerine getirilmemesi halinde borca aykırı davranılmış olacağı uyarısının ihtarda yer alması gerektiğini belirtmektedir. Fakat ihtarın hukuki işlem benzeri olduğu göz önüne alındığında, alacaklının borçluyu bu yönde uyarmasının gerekli olmadığını, temerrüdün sonuçlarının alacaklının iradesinden bağımsız kanun gereği ortaya çıktığını savunmak daha uygundur.

²⁷⁴ Oser- Schönerberger, a.g.e, s. 753; Tandoğan, a.g.e., s. 472; Barlas, a.g.e., s. 43; " inşaat malzemeleri bedellerini gösterir faturalar...içerikleri itibarıyla..."temerrüt ihtarını niteliğinde olmadığı gibi, icra takibinden önce de borçlu davalı, alacaklı tarafından borçlu temerrüdüne düşürülmemiştir.", Yargıtay 15.HD, T. 20.3.2007, E. 2006/1510, K. 2007/1723, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.2.2015)

²⁷⁵ Eren, a.g.e., s. 1095; Oser- Schönerberger, a.g.e, s. 753; Barlas, a.g.e., s. 45.

²⁷⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s. 233; Tandoğan, a.g.e., s. 471.

²⁷⁷ Barlas, a.g.e., s. 44.

niteliğinde olacaktır²⁷⁸. Bundan başka, bir görüşe göre borçluya ikinci kez fatura gönderilmesi zımni bir ihtar niteliğindedir²⁷⁹.

Alacaklının eda davası açması üzerine dava dilekçesinin, icra takibi başlatması üzerine ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmesi ile ifa talebi borçluya iletildiğinden; dava açılması ve ödeme emri gönderilmesi ihtar niteliğinde olacaktır²⁸⁰. Buna karşılık, alacaklının açtığı dava tespit davası ise, dava dilekçesinin tebliği ihtar niteliği taşımayacağı gibi; alacağın def'i yoluyla veya takas beyanında bulunmak suretiyle ileri sürülmesi de ihtar niteliğinde değildir²⁸¹. Çünkü tespit davasında alacaklı esasen borçludan bir ifa talebinde bulunmamaktadır ve tespit davası sonucunda verilecek hüküm de bir ifa emri içermez. Ayrıca alacaklının yapılan davet üzerinde alacağını iflas masasına kaydettirmesi ihtar teşkil etmeyecektir; çünkü iflasın açılmasından itibaren borçlu artık ifa yetkisine sahip olmayacağından kendisine ihtarda bulunmak anlam ifade etmez²⁸².

İhtarın beyanında, ihtarın hangi alacak için yapıldığı açık olarak gösterilmeli; ifası talep edilen edim, miktar, ifa yeri gibi borç ilişkisinin nitelik ve şartlarını uygun olarak karşılamalıdır²⁸³. Borçlu olunan edimden başka bir şeyin ifasının talep edilmesi, kararlaştırıldan başka bir yerde ifanın yerine getirilmesinin talep edilmesi gibi hallerde ihtar hüküm ifade etmeyecektir. Diğer taraftan gönderilecek bir borçta, alacaklı gönderim güçlüklerinin ortadan kalkması amacıyla, ifa konusunu bulunduğu yerde teslim almayı talep etmiş ise; bu halde borçlu aleyhine de bir durum oluşmadığından yapılan ihtar geçerlidir²⁸⁴.

²⁷⁸ Barlas, a.g.e., s. 45; "...fatura bedeli yazılı olduğu ve açıkça fatura bedelinin üç gün içinde ödenmesi istenildiğinden söz konusu ihtarname BK'nın 101 maddesine uygun ve davalıyı temerrüde düşürücü niteliktedir.", Yargıtay 15.HD, T. 10.4.2009, E. 2008/2140, K. 2009/2079, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

²⁷⁹ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 916; Barlas, a.g.e., s. 44, fatura gönderilmesi ihtar niteliği taşımazken, birden fazla aynı içerikte fatura gönderilmesine de ihtar niteliği vermemek gerekir.

²⁸⁰ Barlas, a.g.e., s. 45; "Temerrüt, ya bir ihtar ile ya da dava açılması vs. suretiyle gerçekleşir. Davacı (alacaklı) takip tarihinden evvel davalıları (borçluları) temerrüde düşürecek bir ihtarda bulunmamıştır. Davalılar aleyhine yapılan icra takip tarihinde temerrüt olgusu gerçekleşmiştir.", Yargıtay 3.HD, T. 25.9.2013, E. 2013/13167, K. 2013/13359, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

²⁸¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 233; Tandoğan, a.g.e., s. 471.

²⁸² Barlas, a.g.e., s. 46.

²⁸³ Eren, a.g.e., s. 1094; Feyzioğlu, a.g.e., s. 233; "...bir alacağa dava tarihinden önce faiz uygulanabilmesi için davalının davadan önce alacağın miktarını gösterir ihtarname ile temerrüde düşürülmesi gerekir.", Yargıtay 15. HD, T. 8.10.2012, E. 2012/993, K. 2012/6246, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.03.2015)

²⁸⁴ Tandoğan, a.g.e., s. 472.

İhtar borç miktarından daha az bir miktara ilişkin ise, borçlu ihtar konusu yapılan kısım bakımından temerrüde düşerken; ihtarın kapsamı daha fazla bir miktara ilişkin ise, ihtar geçersiz sayılmayıp borçlu tartışmalı olmayan kısım bakımından temerrüde düşmüş olur²⁸⁵. Diğer taraftan alacaklı, ihtar da borçlanılan edimden miktar olarak daha fazlasını talep etmiş ve borçlanılan edimin ifasını kabul etmeyeceğini belirtmişse, ihtar geçersizdir²⁸⁶.

Alacağın yeterli açıklıkta belirtilmesi için, miktarın gösterilmesi kural olarak şart değildir ki çoğu zaman borçlu zaten borç miktarını bilmektedir²⁸⁷. Diğer taraftan bazı hallerde alacağın açıklığı değişik şekillerde sağlanabilir. Alacaklı kural olarak alacağın hukuki sebebinin ihtar da göstermek zorunda olmamasına karşılık; alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki işlemlerden birden fazla alacak hakkı doğmuşsa, hangi alacak için ihtar da bulunduğunu belirtmek amacıyla alacağın hukuki sebebinin göstermek, alacak miktarları farklı ise, ifası talep edilen meblağı göstermek yahut hangi karşı edime ilişkin ifayı talep ettiğini belirtmek suretiyle ihtar da bulunmalıdır²⁸⁸. Aksi halde ihtar hukuki sonuçlarını doğurmayacaktır. Çünkü ihtar ile birlikte alacaklı temerrüdün hukuki sonuçlarından yararlanacak ve kendi lehine bir durum yaratacak olup, ihtarın gereği gibi gerçekleştirilmesi alacaklının yükümlülüğündedir ve borçlunun dürüstlük kuralı gereği alacaklıya hangi alacak için ifayı talep ettiğini sorma yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁸⁹. Gerçekten de ihtar gerektiği gibi yerine getirmeyen alacaklıyı korumak ve borçluya bu belirginliği oluşturma yönünde bir yükümlülük yüklemek taraf menfaatleri arasındaki dengeyi bozacağından; dürüstlük kuralını dayanak göstermek yoluyla dahi borçlunun alacağı yeterli açıklığa kavuşturması beklenemez.

Borç miktarının ihtar da gösterilmesine gerek olmaması kuralının bir istisnası da borçlunun hangi miktar üzerinden ifade bulunacağını, borcun doğum anında veya sonrasında bilmediği durumlar oluşturur²⁹⁰. Bu tip borçlarda, borç miktarını bilmeyen

²⁸⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s. 233; Dayınlarlı, a.g.e., s. 68.

²⁸⁶ Eren, a.g.e., s. 1094.

²⁸⁷ Barlas, a.g.e., s. 48; Aksi yönde “ihtarname belirli bir miktar alacağın ödenmesi talebini içermediğinden temerrüt ihtar olarak kabul edilmesi mümkün değildir.”, Yargıtay 15.HD, T. 22.1.2008, E. 2007/974, K. 2008/331, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.2.2015)

²⁸⁸ Barlas, a.g.e., s. 47.

²⁸⁹ Barlas, a.g.e., s. 47.

²⁹⁰ “direnmenin (temerrüdün) oluşması alacağın muaccel olmasından başka ayrıca belirli olmasına bağlıdır. Henüz miktar kesin bir durum olmamış ya da ancak inceleme ile belirginliği anlaşılabilir alacaklarda

borçluya ihtarda miktarın gösterilmesi zorunlu olacak; aksi halde ihtar hukuki sonuçlarını doğurmayacaktır. Bu ihtimalde bir görüşe göre, alacak miktarını içermeyen ihtarın geçersizliği ve hukuki etki doğurmaması, ihtarın yeterli açıklıkta olmaması sebebinden önce; ortada belirli bir borç olmaması ve dolayısıyla talep edilebilir, yani muaccel bir borç olmaması sebebine dayanmaktadır²⁹¹. Çünkü edimin belirli veya belirlenebilir olması; dava ve icra edilebilirliğin gereğidir²⁹². Diğer taraftan, borcun belirli olması her zaman muacceliyetin ön şartı olarak kabul edilmez. Alacaklının dava açarken, alacağın miktarını belirlemesinin olanaksız olduğu veya kendisinden beklenemeyecek olduğu hallerde; talep sonucunun belirlenmesi ve dava dilekçesinde gösterilmesi gerekmemektedir²⁹³. Belirsiz alacak davası olarak adlandırılan bu dava türü HMK m. 107’de düzenlenmiştir²⁹⁴. Yalnızca borcun konusu para olduğu takdirde açılabilen belirsiz alacak davası dikkate alındığında, alacaklının miktarını belirleyemediği alacaklar bakımından da dava açabildiği görülmektedir. Dolayısıyla alacaklının borcun miktarını belirlemesinin imkansız olduğu yahut kendisinden bu belirlemeyi yapması beklenemeyen hallerde, borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar şartı da aranıyorsa, ihtarda miktar göstermesi zorunlu olmamalıdır.

Temerrüt ihtarını borçluya uygun yer ve zamanda yapılmalıdır. Alacaklı, borçluya ihtarda bulunacağı yer ve zamanı serbestçe belirleyebilmekle birlikte; alacaklı ihtarda bulunurken dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorunda olup, somut olayın özellikleri dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde uygun yer ve zamanda yapılmış bir ihtar söz

tek başına muacceliyet, temerrüt faizi istenmesine yeterli sayılamaz.”, Yargıtay 15.HD, T. 3.2.1981, E. 1980/2551, K. 1981/207; “ taraflarca müştereken kararlaştırılmış veya hükmen tesbit olunmuş belli bir aylık kira bedeli bulunmamaktadır. Ödemelerin davacının iddia ettiği miktara uygun olmaması davalının temerrüde düştüğünü kabule yeterli değildir.”, Yargıtay 6.HD, T. 4.3.1988, E. 1988/15293, K. 1988/3264; “Borçlar kanunumuza göre temerrütten bahsedebilmek için ihtar tarihinde borcun ifasının ilk şartı da borcun miktarının bilinmesi veya bilinebilir olmasıdır. Temerrüt olabilmesi için ifanın mümkün olması gerekmesine, tazminat borcunun miktarının borçlu tarafından bilinmesi veya bilinebilir olmasının olanaksız bulunmasına, bu durumda temerrüdün veya temerrüde benzer bir halin varlığı söz konusu olamayacağına göre tazminat alacağına olay tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülmesi de mümkün değildir.”, Yargıtay 11.HD, T. 17.3.1989, E. 1988/5744, K. 1989/1723, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.3.2015)

²⁹¹ Barlas, a.g.e., s. 48.

²⁹² Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s.78.

²⁹³ Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 11, Özel S. 2009, Basım Yılı. 2010, ss. 509-552, s. 515.

²⁹⁴ MADDE 107– (1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

konusu değilse, ihtar hüküm ve sonuçlarını uygun olarak nitelendirilebilecek ilk andan itibaren doğurur²⁹⁵.

İhtarın geçerli olması için alacaklının edimin ifası için, borçluya ek süre verme zorunluluğu bulunmamaktadır; ancak alacaklı ihtarda ek süre vermiş ise, bu ifanın ertelenmesi, uzatma teklifi olarak değerlendirilmelidir. Bu olasılıkta ihtarın hüküm ve sonuçları sürenin tamamlanmasıyla doğar²⁹⁶. Burada belirtilen ek süre, TBK m. 123 anlamında borçluya tanınan ek süreden farklıdır. Fakat alacaklının ihtarda tanıdığı ek sürenin TBK m. 125'te düzenlenen seçimlik hakları kullanabilmek için verdiği anlaşılıyorsa; bu halde ihtar, verilen sürenin tamamlanması anında değil, borçluya ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁹⁷.

İhtar şarta bağlı olarak da yapılabilir; ancak şartın ifa zamanı hakkında borçlu açısından belirsizlik yaratmaması ve borçlunun şartın gerçekleştiğini bilebilecek durumda olması gerekir; dolayısıyla ihtar borçlunun şartın gerçekleştiğini öğrenme imkanına kavuştuğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur²⁹⁸. Bir görüşe göre, ihtar ancak ifa zamanının borçlu tarafından kesin olarak bilinmesi halinde şarta bağlı olarak yapılabilir; aksi halde şarta bağlı ihtarın hükümsüz olacak, borçlu ifa zamanını, dolayısıyla şartın gerçekleştiğini kesin olarak öğrendiğinde temerrüt söz konusu olabilecektir²⁹⁹. Bir başka görüşe göre ise, şart borçlu aleyhine bir durum yaratıyorsa, bu yeni bir icap niteliği taşıyacaktır ve geçerliliği borçlunun kabulüne bağlı olur³⁰⁰.

İhtarın hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı zamana ilişkin ikili bir ayırım yapmak gerekir. İhtarın borçluya ulaştığı anda mı yoksa borçlunun ihtarın içeriğini öğrendiği anda mı hüküm doğuracağına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. İhtarın hazırlar

²⁹⁵ Sarı, a.g.m., s. 1578; Barlas, a.g.e., s. 41; Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 475, İhtarın iş saatleri dışında bir aile toplantısında yapılması buna örnek gösterilebilir; von Tuhr, a.g.e., s. 608.

²⁹⁶ Birsen, a.g.e., s. 497; Eren, a.g.e., s. 1094; Sarı, a.g.m., s. 1577, İhtarda alacaklı, ifanın gerçekleştirilmesi için borçluya belirli bir süre tanımış olabilir; bu halde borçlu sürenin sonunda temerrüde düşer; Aynı yönde, "...ihtarın tebliğ edildiği tarih araştırılarak ihtarda öngörülen 15 günlük süre bitiminde davalının temerrüde düştüğü göz önünde bulundurularak, o tarihten itibaren asıl alacağa faiz yürütülmesine hükmedilmesi gerekirken, ödeme tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir.", Yargıtay 3. HD, T. 18.9.2013, E. 2013/13171, K. 2013/12929, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

²⁹⁷ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 476, dn. 423.

²⁹⁸ von Tuhr, a.g.e., s. 607; Sarı, a.g.m., s. 1577; İhtarın vadeye bağlanabileceği, ama hiçbir zaman şarta bağlı olarak yapılamayacağı görüşü için bkz. Oser-Schönenberger, a.g.e., s. 755.

²⁹⁹ Önen, a.g.e., s. 42.

³⁰⁰ Fezyioğlu, a.g.e., s. 233.

arasında yapılması halinde, bir tartışma olmayacaktır; çünkü alacaklının ihtar niteliği taşıyan sözlerini tamamladığı an ile borçluya ulaşma ve borçlunun ihtar öğrenme anı aynıdır³⁰¹. Fakat borçlunun hazır bulunmadığı hallerde, ihtarın borçlunun hakimiyet alanına girmesi ulaşma anıdır; borçlunun ihtarın içeriğini öğrenme anı ise, ulaşma anından daha sonraki bir zamanda gerçekleşebilir. Bir görüşe göre, ihtar ile birlikte diğer şartların da gerçekleşmiş olması durumunda, ihtar borçluya ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak ve borçlu temerrüde düşecektir³⁰². Başka bir görüşe göre ise, ihtarın borçluyu uyarma işlevi dikkate alınmalı ve ihtar borçlu tarafından öğrenildiği anda hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır³⁰³. Buna göre borçludan kaynaklanan bir sebeple ihtarın borçlu tarafından öğrenilmesi sağlanamıyorsa, alacaklının borçlunun ihtar öğrenmesini mümkün kılacak tedbirleri alması ile birlikte ihtar hüküm ve sonuçlarını doğurur³⁰⁴.

İhtarın borçluyu uyarma fonksiyonu ve ihtar sonrasında borçlunun temerrüdün ağır sonuçlarıyla karşı karşıya gelmesi düşünüldüğünde, teorik olarak öğrenme anında ihtarın hükümlerini doğuracağını savunmak makul olmakla birlikte; pratik bakımdan alacaklının, borçlunun ihtarın içeriğini öğrenmesini sağlaması oldukça güç olup borçlunun ihtarın içeriğini öğrenip öğrenmediğini belirlemek de mümkün olamayacaktır³⁰⁵. Dolayısıyla ihtarın borçluya ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmek pratik açıdan daha uygundur.

TBK m. 117/I' e göre, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Bu ifadenin lafzından, ihtarın borcun muaccel olmasından sonraki bir zaman diliminde yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Kural olarak ihtar borç muaccel olduktan sonra yapılmalıdır; çünkü alacaklı bakımından ifayı talep edebilme imkanı ve borçlu bakımından da ifa yükümlülüğü muacceliyet ile birlikte ortaya çıkmaktadır. Alman Medeni Kanunu § 286' te, muacceliyetten önce yapılan ihtarın hukuki etkiye sahip olmayacağı düzenlenmiştir. Alman doktrininde, ihtarın istisnai olarak muacceliyete yol açan ihbara bağlanabileceği kabul edilmektedir³⁰⁶. İsviçre- Türk hukukunda ihtarın, muacceliyetten

³⁰¹ Barlas, a.g.e., s. 42.

³⁰² Eren, a.g.e., s. 1095; Sarı, a.g.m., s. 1577.

³⁰³ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 475.

³⁰⁴ Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 130, 174.

³⁰⁵ Barlas, a.g.e., s. 43.

³⁰⁶ Barlas, a.g.e., s. 39; Kizir, a.g.e., s. 80.

önce yapıldığı takdirde etki doğurmayacağı açıkça düzenlenmemekle birlikte, ihtarın muacceliyetten sonra yapılacağı yönünde ifadeler yer almaktadır.

İsviçre- Türk doktrininde, muacceliyetten önce ihtarın yapılmasına ilişkin üç ayrı yaklaşım vardır. İlk görüşe göre ihtar ancak muacceliyetten sonra yapılabilir³⁰⁷. Bu görüş taraftarları, TBK m. 117/I' in lafzından hareket etmektedirler. TBK m. 117'de, muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği belirtildiğinden; ihtarın ancak muacceliyetten sonra yapılabileceği sonucu çıkarılmaktadır³⁰⁸. İhtarın, yalnızca muacceliyetten sonra yapılabileceği kuralının istisnası olduğu da savunulmaktadır. Buna göre, alacaklı kendisine tanınan ifa zamanını belirleme yetkisini kullandığında, muacceliyet ihbarında ihtar niteliği taşıyan beyanlara yer vermişse; bu halde tekrar bir ihtar prosedürünü uygulamamak için ihtarın muacceliyetten önce yapılması kabul edilebilir. Bu olasılıkta da ihtarın borçluyu uyarma fonksiyonunu kaybetmemesi için ihbarın borçluya ulaştığı an ile ihbarda belirlenen muacceliyet anı arasındaki sürenin fazla olmaması gerekir.³⁰⁹

İkinci görüşe göre ise, ihtarın borç muaccel olmadan önce de yapılması mümkündür. Buna göre alacaklı, borç muaccel olmadan önceki zaman diliminde tedbir olarak borçluyu uyarma amacıyla ihtarda bulunabilir³¹⁰. Muacceliyetten önce ihtar yapılmasına olanak vermek iş hayatının gereklerine uygun düşeceği gibi; borçlunun alacaklının amacının ne olduğunu önceden bilmesi sağlanarak, muacceliyet tarihinde ikinci bir ihtar yapılmasına gerek kalmayacaktır³¹¹. Bu görüş, kanunun açık metnine aykırı olduğu ve haklı bir gerekçeye sahip olmadığı, gerekçesi ile eleştirilmektedir³¹².

Diğer bir görüş, ihtarın esasen borcun muaccel olmasından sonra yapılabileceğini belirtmekle birlikte; bazı hallerde ihtarın muacceliyetten önce de yapılabileceğini savunmaktadır. Buna göre, ifanın zamana yayıldığı hallerde ve borçlunun ifa zamanından önce bir takım hazırlıklar yapmasını gerekli kılan hallerin varlığı halinde; iyi niyet kuralları gereği alacaklının borcun muaccel olmasından önce de ihtarda bulunabilmesi mümkün

³⁰⁷ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 473.

³⁰⁸ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 912.

³⁰⁹ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 754; Barlas, a.g.e., s. 40.

³¹⁰ Eren, a.g.e., s. 1095.

³¹¹ Tunçomağ, a.g.e., s. 907; Önen, a.g.e., s. 43.

³¹² Kızır, a.g.e., s. 82; Barlas, a.g.e., s. 40.

olmalıdır³¹³. Ayrıca muacceliyetten önce yapılmış bir ihtarın doğrudan geçersiz sayılmaması; dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olayın özelliklerine bakılması gerektiği de ifade edilmektedir³¹⁴. Bu son görüş, doğrudan bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerini dikkate alması ve böylece her iki görüşü de bünyesinde barındırması sebebiyle; bu görüşe katılmak daha uygundur.

4. Alacaklının İhtarda Bulunmasına Gerek Olmayan Durumlar

Borçlunun temerrüde düşmesi için gerekli şartlardan birisi de ihtardır. Buna karşılık, kanun koyucu bazı durumlarda ihtarın varlığını koşul olarak aramamıştır. Borçlu temerrüdünde ihtar şartının aranmadığı haller TBK m. 117/II' de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Bunun dışında, bazı hallerde dürüstlük kuralına göre ihtarın yararsız ve gereksiz olduğu sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla bu hallerde de ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşecektir.

a. Sözleşmede ihtar koşulundan vazgeçilmesi veya özel bir kanun hükmünün varlığı

Sözleşmenin tarafları, temerrüt için ihtar şartına gerek olmadığını, yalnızca muacceliyetin yeterli olduğunu kararlaştırabilirler³¹⁵. İhtara şartına ilişkin düzenleme emredici nitelikte olmadığından, tarafların aksini kararlaştırmaları mümkün olacaktır³¹⁶. Bunun sonucu olarak, borçlu, borcun muaccel hale gelmesine rağmen ifada bulunmadığı takdirde ve ihtar dışındaki diğer şartların da varlığıyla birlikte temerrüde düşecektir.

TBK m. 117, borçlunun temerrüdü için kural olarak alacaklının ihtarına gerek olduğunu ve istisnai olarak ihtara gerek olmadan da borçlu temerrüdünün gerçekleşeceği

³¹³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 234.

³¹⁴ Sarı, a.g.m., s. 1577.

³¹⁵ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 919.

³¹⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 681.

halleri düzenlemiştir. Bu hüküm dışında, temerrüde ilişkin bazı özel hükümlerde³¹⁷ de ihtar şartına gerek olmadan borçlunun temerrüde düşeceği belirtilmiştir.

İki ticari işletme arasındaki mal veya hizmet tedarikini konu alan sözleşmelerde uygulama alanı bulan TTK m. 1530³¹⁸, satım bedelini ödemekle yükümlü olan borçlunun, alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşeceğini düzenlemiştir. TTK m. 1530'a göre, sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmediği hallerde, kural olarak faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda, alacaklının ihtarına gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşer.

b. İfa gününün taraflarca açık şekilde belirlenmesi

Tarafların borcun ifa zamanını, borçlunun açık ve kesin şekilde tespit edebileceği bir gün olarak kararlaştırdığı hallerde belirli vade söz konusu olur³¹⁹. Vadenin belirli olduğu hallerde, Roma Hukukundan gelen “dies interpellat pro homine”, yani tarih insan yerine ihtar da bulunur ilkesi uygulanmaktadır³²⁰. Borçlu ifayı belirli vadede yerine getirmekle yükümlü ise, bu vadenin gelmesiyle birlikte ifada bulunmamışsa; ihtar gerek olmaksızın kendiliğinden temerrüde düşer. Belirli vadede kararlaştırılan gün, bir takvim günüyle belirlenebilecek nitelikte olabilir yahut borçlunun kesin olarak hesap edilebileceği objektif kriterlere de dayanabilir³²¹. Belirli vadeli sözleşmelerde, alacaklı alacağı talep iradesini yeterli açıklıkta borçluya belirtmiş olduğu için ayrıca ihtar aranmamaktadır³²².

Bunun dışında, taraflar arasında kararlaştırılan vadenin sözleşmenin olmazsa olmaz unsuru sayıldığı da görülmektedir³²³. Bu olasılıkta kesin vadeli işlem söz konusu olur.

³¹⁷ Bkz. Taşınır satışında bedel ödeme borcuna ilişkin TBK m. 234, Ticaret şirketlerine ilişkin TTK m. 128- 129, Anonim şirketlere ilişkin TTK m. 482.

³¹⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 684.

³¹⁹ “...borcun ifa olunacağı zaman sözleşme ile belirlenmiş ise ihtar şartı aranmadan bu günün bitmesi ile borçlu mütemerrit olur. Davalı, davacıya ait taşınmazda kiracı olup taraflar arasında imzalanan kira sözleşmesinin özel şartlar 3. maddesinde aylık kira bedellerinin her ayın 17 sinde peşin ödeneceği kararlaştırılmıştır.”, Yargıtay 6.HD, T. 23.1.2014, E. 2013/7207, K. 2014/768, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

³²⁰ Sarı, a.g.m., s. 1579.

³²¹ Eren, a.g.e., s. 1096; Sarı, a.g.m., s. 1579.

³²² Eren, a.g.e., s. 1096.

³²³ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 228; “Uygulamada, kesin vade genellikle "en geç" örneğin "en geç 5. ayın sonuna kadar" "mutlaka" gibi sözcüklerle anlatılmaktadır” Yargıtay 19.HD, T. 20.12.1993, E. 1992/5875, K. 1993/8741; “Taraflar arasında düzenlenen 24.9.1998 tarihli sözleşme ile davalı 20.000 DM'yi en geç Aralık 1999 tarihine kadar ödemeyi taahhüt ettiğine göre, Aralık 1999 tarihi kesin vade olup, davalının temerrüde düşürülmesine gerek yoktur.”, Yargıtay 13.HD, T. 6.5.2003, E. 2003/1090, K. 2003/5653, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

Borcun ifa edileceği zamanın taraflar arasında kesin olarak belirlenmesi, belirli bir günün içinde ifanın yapılmış olması şeklinde olabileceği gibi, belirli bir gün veya tarihe kadar ifanın yapılmış olması şeklinde de olabilir³²⁴. Borçlunun temerrüde düşebilmesi için, kesin vadenin kararlaştırıldığı sözleşmelerde evleviyetle ihtar şartı aranmamaktadır.

Diğer taraftan, ifa zamanının kesin olarak anlaşılacağı hallerde borçlunun temerrüde düşebilmesi için alacaklının ihtarında bulunmasına gerek olacaktır. Taraflar arasında edimin en kısa zamanda, mümkün olduğu kadar çabuk, yaz mevsiminde ifa edileceği kararlaştırılmış ise; bu hallerde ifa gününün kesin olarak belirlenmiş olduğundan söz edilemeyeceğinden, diğer bir ifadeyle belirsiz vade söz konusu olduğundan ihtar şartının yerine getirilmesi gerekir³²⁵. Benzer şekilde, gerçekleşeceği kesin olmakla birlikte ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan olgulara bağlanan vadelerde de ifa zamanı belirli olmadığından borçlunun temerrüde düşmesi için ihtara gerek vardır³²⁶. Kural olarak, vadenin taraflar arasında kesin olarak belirlenip belirlenmediğinde tereddüt edilen her durumda ihtar şartını aramak gerekmektedir³²⁷.

Taraflar arasında ifa zamanı sözleşme ile kararlaştırılmışsa; borçlu borcun belirlenen tarihte muaccel olacağını bildiğinden, ayrıca hatırlatmaya gerek bulunmamaktadır. Fakat ifa zamanı kanun tarafından öngörülmüş veya mahkeme kararı ile belirlenmiş ise, vade açık ve kesin olsa dahi, temerrüdün gerçekleşmesi için ayrıca ihtara gerek olacaktır³²⁸. Bu sonuca TBK m. 117 hükmünün aksi kavramından yapılan yorum ile ulaşılmaktadır. Söz konusu hükümde, ihtara gerek olmayan hal olarak borcun ifa edileceği günün taraflarca birlikte kararlaştırılmış olması belirtilmiştir. Dolayısıyla ifa zamanının tarafların iradesi dışında belirli olması hallerinde TBK m. 117 uygulama alanı bulmayacak ve borçlunun temerrüde düşmesi için, alacaklının ihtarında bulunması şartı aranacaktır.

³²⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 235.

³²⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s. 236.

³²⁶ Sarı, a.g.m., s. 1581; Feyzioğlu, a.g.e., s. 236; "Sözleşme hükümlerine göre borcun yerine getirileceği gün kesin olarak belirlenmiş ya da saptanan bir sürede yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa ihtara gerek olmadan direnim durumu gerçekleşir. Sözleşmede sadece "vadenin belirlenmiş" olması yetmez. Bunun kesin, belirli bir vade olması gerekir. Uygulamada, kesin vade genellikle "en geç" örneğin "en geç 5. ayın sonuna kadar" "mutlaka" gibi sözcüklerle anlatılmaktadır. Olayda, 30 günlük ödeme süresine başlangıç sayılan malın tesliminden sonra "düzenlenecek gerçekleştirme belgesinin ilgili muhasebeye verilme günü" kesin, hemen belirlenebilir bir gün olarak kabul edilmez.", Yargıtay 19.HD, T. 20.12.1993, E. 1992/5875, K. 1993/8741, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

³²⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s. 236.

³²⁸ İnan-Yücel, a.g.e., s. 619; Baştuğ, a.g.e., s. 274; Feyzioğlu, a.g.e., s. 236.

Üzerinde durulması gerekli olan diğer bir husus, tarafların kararlaştırdığı vadenin sözleşmenin kurulduğu sırada belirli veya belirlenebilir olmasının gerekip gerekmediğidir. Bir görüşe göre, vade bakımından belirliliğin veya belirlenebilir olmanın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerektiği düşünülmektedir³²⁹. Buna göre, ihtar gerekliliğini ortadan kaldıran belirli vade, borçlunun sözleşmenin kurulduğu anda ifa zamanını belirleyebilecek nitelikte olan vadedir.

Buna karşılık, ifa zamanı sözleşmenin kurulduğu zamanda belirlenebilir olmayıp, daha sonra gerçekleşecek bir olay veya olguya dayanılarak belirli hale gelecektse; borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarla gerek vardır³³⁰. “Fatura tarihinden itibaren on gün içinde”, “inşaat ruhsatının alınmasından itibaren bir yıl sonra”, “malın tesliminden on beş gün sonra” şeklinde tespit edilen vadelerde, ifa zamanı sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zamanda belirlenebilir hale geldiğinden temerrüt için ihtar şarttır³³¹. Diğer taraftan, Yargıtay’ın sözleşmenin kurulması anında belirlenebilir olmayan şekilde kararlaştırılmış vadelerde borçlunun ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşeceği yönünde kararları da mevcuttur³³². Ayrıca doktrinde de, ihtar şartını ortadan kaldıran vadenin sözleşmenin kurulduğu anda belirlenebilir olmasının gerekmediği de savunulmaktadır³³³. Bu görüşün dayanağı TBK m. 117/II’ de, borçlunun ifa zamanını açık ve kesin şekilde bilebilecek olmasının ihtar şartının ortadan kalkması için yeterli görülmesi; ayrıca belirli vadenin

³²⁹ Sarı, a.g.m., s. 1580; Barlas, a.g.e., s. 56.

³³⁰ Sarı, a.g.m., s. 1580.

³³¹ Sarı, a.g.m., s. 1580; “Taraflar arasındaki sözleşmenin 13.2. maddesinde ödemenin faturanın kesilmesini takiben 75 gün içinde yapılacağı belirtilmiş ise de, anılan sözleşme hükmü B.K.’nın 101. maddesi anlamında ödeme gününü kesin olarak belirleyen bir hüküm olarak kabul edilemez. Somut olayda takipten önce temerrüt ihtarında bulunulduğuna dair bilgi ve belgeye de rastlanmamıştır. Bu durumda mahkemece takip tarihinden önceki işlemiş faiz talebinin reddi ile temerrüdün takiple gerçekleştiğinin kabulü gerekir.”, Yargıtay 19.HD, T. 18.9.2008, E. 2008/2642, K. 2008/8549, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.02.2015)

³³² “taşıyıcının eşyanın tesellümünden itibaren en geç (20 gün) içinde teslim şart kılınmış ve bu suretle 20 günlük kesin bir vade tayin edilmiş...”, Yargıtay 11.HD, T. 27.2.1975, E. 1974/3361, K. 1975/1357; “ferdi hizmet sözleşmesinin 13. maddesinde koşulları olduğu takdirde cezai şartın 3 gün içinde ödenmesi gerektiği öngörüldüğüne göre, Borçlar Kanununun 102/2. maddesi uyarınca hüküm altına alınan cezai şart içinde dava tarihinden değil fesih tarihini takip eden 3 günün hitamından itibaren faiz yürütülmelidir.”, Yargıtay 9.HD, T. 25.4.2002, E. 2001/20816, K. 2002/6572; “Sözleşme hükümlerine göre en geç tedbirin kalktığı tapuya bildirildiği tarihten itibaren 20 gün içinde kat irtifakının kurulması ve davacılara isabet eden bağımsız bölüm tapularının devri gerekirken 14.03.2005 dava tarihi itibarıyla ve halen tapuda kat irtifakının kurulmadığı yargılamada celb olunan tapu kayıtlarından anlaşılmaktadır. Sözleşmede öngörülen 20 günlük sürenin sonunda davalı kooperatif, kat irtifakı tesisi ve bağımsız bölümlerin devri konusunda kendiliğinden temerrüde düştüğünden”, Yargıtay 15.HD, T. 8.10.2007, E. 2006/5362, K. 2007/6083, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.2.2015)

³³³ Sarı, a.g.m., s. 1582.

sözleşmede hüküm altına alınmış olması veya sözleşmenin kurulduğu anda vadenin belirlenebilir olması şeklinde bir zorunluluk öngörülmemesidir³³⁴.

Gerçekten de tarafların belirli veya kesin vade kararlaştırması; borçlunun borcunu ifa edeceği günü, açık ve kesin şekilde tespit edip bilmesini ifade etmektedir. Borçlunun, borcun ifa edileceği zamandan önce borcun muacceliyet tarihini bilmesi gerekli ve yeterli olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki bir alt başlıkta incelenecek olan, taraflardan birine ifa zamanını belirleme yetkisinin verilmesi durumunda da sözleşmenin kurulduğu sırada vade belirli olmamasına karşılık ihtar şartı gerekli değildir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından sonra olmakla birlikte, ifa zamanından önce belirli olan vadelerde de, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar şartı aranmamalıdır. Çünkü ihtar şartı, borçlunun ifa zamanını bilmediği durumlarda onu uyarma amacı taşımaktadır.

c. İfa gününü belirleme yetkisinin taraflardan birine verilmesi

Sözleşmenin tarafları, ifa zamanı hususunda sözleşmede bir belirleme yapmak yerine, ifa zamanını belirleme yetkisini bir tarafa vererek sözleşmenin kurulmasından sonraki bir aşamada ifa zamanının belirli hale gelmesi konusunda anlaşabilirler. Tarafların sözleşme ile ifa zamanını belirleme yetkisini bir tarafa vermiş olmaları durumunda, söz konusu taraf usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle ifa gününü belirleyecek ve o günde ifada bulunmayan borçlu kendiliğinden, ihtar olmaksızın temerrüde düşecektir³³⁵. İfa zamanını belirleme yetkisi kendisine bırakılmış olan taraf, bu yetkiyi karşı tarafa ihbarda bulunmak suretiyle kullanır. İhbar, borcun hangi gün ödenmesi gerektiğini borçluya bildirme niteliğinde olduğundan, ayrıca ihtar yapılmasına artık gerek bulunmamaktadır³³⁶.

Muacceliyet bildirimini yahut ihbarı, hukuki niteliği itibariyle ihtardan farklıdır. İhtar hukuki işlem benzeri niteliğinde olmasına karşılık; ihbar, hukuki işlem niteliğindedir. Bu nedenle ihbarın ispatı HMK m. 200 uyarınca senetle ispat kuralına tabi olacağından, ihbarın yapıldığı senetle ispatlanmalıdır³³⁷. İhbarda bulunan tarafın alacağı üzerinde bir tasarrufta bulunması söz konusu olduğundan, ihbar yenilik doğuran, tek taraflı ve karşı

³³⁴ Sarı, a.g.m., s.1582.

³³⁵ Eren, a.g.e.,s. 1096; İnan-Yücel, a.g.e., s. 619.

³³⁶ Feyzioğlu, a.g.e., s. 237.

³³⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 682.

tarafa varması gerekli bir irade beyanıdır³³⁸. Borçlunun hakimiyet alanına girmesi ile bildirim hukuki sonuçlarını doğurur. İhbar herhangi bir şekilde tabi olmamakla birlikte TTK 18/3'e göre tacirler arasında yapılan bildirim geçerliliği şekilde tabidir³³⁹.

Muacceliyet ihbarında bulunma hakkı taraflardan birine sözleşme ile değil de, kanun hükmü gereği tanındığı takdirde; ihtar şartının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TBK m. 117/II düzenlemesi, lafza bağlı kalınarak yorumlandığında bildirim ihtar niteliği taşıması, sadece sözleşmeyle bir tarafın bildirimde bulunmaya yetkili kılınması halinde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla ihtarsız temerrüt istisnası yalnızca, taraflardan birinin sözleşme ile ifa zamanını belirlemek hususunda yetkilendirildiği hallerde özgüdür³⁴⁰. Diğer taraftan, hakim görüşüne göre taraflardan birine muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi kanun tarafından verilmiş olsa dahi, durum değişmeyecek, muacceliyet ihbarı ihtar yerine geçerek, borçlunun temerrüde düşmesi için ayrıca ihtar şartı aranmayacaktır³⁴¹.

İfa zamanını belirleme yetkisinin kaynağı konusundaki iki görüşten, hakim görüşüne katılmak daha uygundur. İhtarın amacı ve işlevi, ifa zamanını bilmeyen borçluya bunu hatırlatmak ve temerrüdün ağır sonuçlarına maruz kalmaması için borçluyu uyarmaktır. Bu nedenle ihtarın amacı da dikkate alınmalı ve TBK m. 117/II, yalnızca lafza bağlı kalarak yorumlanmamalıdır. Muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi kanundan da kaynaklansa sözleşmeden de kaynaklansa; bu ihbar ile birlikte borçlu taraf, ifa zamanını açık ve kesin olarak öğrenmektedir. Dolayısıyla her iki halde de ihtarsız temerrüdün söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

d. İhtarın gereksiz veya yararsız olması

İhtarın gereksiz ve yararsız olduğu haller, TBK m. 117/II' de belirtilmemiş olmakla beraber, borçlunun ihtar olmaksızın temerrüde düşmesi sonucunu doğuran bu olgular dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Şöyle ki dürüstlük kuralı gereği alacaklının, borçluya ihtarında bulunmasının beklenemeyeceği hallerde ihtarsız temerrüt söz konusu olur³⁴². İhtar gereğini ortadan kaldıran bu başlıktaki istisnalar, doktrinde çeşitli örneklerle anılmaktadır.

³³⁸ Feyzioğlu, a.g.e., s. 237.

³³⁹ Eren, a.g.e., s. 1097.

³⁴⁰ Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 477.

³⁴¹ von Tuhr, a.g.e., s. 610; Eren, a.g.e., s. 1097; Feyzioğlu, a.g.e., s. 237.

³⁴² Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 478.

Zaten ihtarın gereksiz yahut yararsız olması hallerine ilişkin genel ve kesin nitelikte ölçüler belirlemek mümkün olmadığından; her somut olayın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalı ve dürüstlük kuralına göre ihtar şartının aranıp aranmayacağı tespit edilmelidir³⁴³.

İhtar gereksiz kılan olgular borçlunun davranışından kaynaklanabileceği gibi, hal ve durum da borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini gösterebilir; bu ihtimallerde, ihtarda bulunmak gerçekleşmeyecek bir sonuç için vakit kaybetmek olacağından alacaklının ihtarda bulunmasına gerek yoktur³⁴⁴. Borçlunun, borç muaccel olmadan önceki bir zaman diliminde, borcu ifa etmeyeceğini alacaklıya açıkça bildirmiş olması halinde, borçlunun durumu veya tutumu ihtarı işlevsiz hale getireceğinden artık ihtar gereksizdir. Zira yapılacak ihtarın artık yararı kalmamıştır³⁴⁵. Borçlu ödemelerini tatil etmiş, borçlu aleyhinde bir icra takibi semeresiz kalmış veya borçlu iflas etmişse, borçlunun durumu borcun ifa edilmeyeceğini göstermektedir; dolayısıyla bu hallerde alacaklının borçluya ihtarda bulunması gerekliliği ortadan kalkar³⁴⁶.

Muaccel bir borcun borçlusunun, borcu ifa etmeyeceği yönündeki açık ve kesin beyanının ihtar şartını ortadan kaldıracığı kuşkusuzdur. Borç henüz muaccel olmadan önceki evredeki, borçlunun borcu ifa etmeyeceği yönündeki beyanının ihtar şartına etkisi ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre; borçlunun vadeden önce taahhüdünü kesin ve fiili olarak ihlal ettiği, borç konusu şeyin başkasına bağışlanması ve teslim edilmesi gibi hallerde, bu davranışı muacceliyetten önce gerçekleşmiş olsa dahi artık ihtar şartının aranmasına gerek yoktur³⁴⁷. Diğer taraftan bu olasılıkta da borçlu temerrüdü, borcun muaccel hale gelmesi ile birlikte gerçekleşir³⁴⁸; çünkü muacceliyet borçlu temerrüdünün şartlarından bir tanesidir. İkinci görüşe göre ise, borçlu muacceliyet anına kadar ifa etmeme fikrinden

³⁴³ Kizir, a.g.e., s. 101.

³⁴⁴ Feyzioğlu, a.g.e., s. 238.

³⁴⁵ Eren, a.g.e., s. 1097.

³⁴⁶ Baştuğ, a.g.e., s. 275; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 682; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 478, dn. 437, Yazar, borç türlerine göre ayırım yaparak değerlendirmede bulunmuştur. Yapma borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak bildiren borçlu için kural olarak imkansızlık hükümleri uygulanacağından temerrüdün söz konusu olmayacağı; ihtarsız temerrüt olgusunun borçlunun kesinlikle ifa etmeme bildiriminde bulunmamış olmasına karşılık, tutum ve davranışlarından borcu ifa etmeyeceğinin anlaşılması halinde istisnaen uygulanacağını savunmaktadır. Verme borçları bakımından ise, borçlunun kesin olarak borcu ifa etmeyeceği beyanı olsa dahi ihtar şartı aranmaksızın temerrüde düşeceği belirtilmiştir.

³⁴⁷ Feyzioğlu, a.g.e., s. 238; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 918.

³⁴⁸ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 918.

vazgeçebileceği için; borçlunun borcu ifa etmeyeceği yönündeki beyanı muacceliyetten sonra yapması halinde ihtar şartı ortadan kalkmaktadır³⁴⁹.

Bazı hallerde işin niteliği gereği, ifanın ne zaman yapılması gerektiği yalnız borçlu tarafından bilinmekte veya borçlu ifa zamanını alacaklıdan daha iyi bilmektedir. Bu özellikteki ilişkilerde de alacaklının borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarında bulunması şartına ihtiyaç yoktur³⁵⁰. Çünkü bu tip taahhütlerde, borçlunun temerrüde düşmesi için ayrıca ihtarında bulunulması, ihtarın borcun muaccel olduğunu borçluya hatırlatmak ve ifanın gecikmesinin sonuçlarını borçluya bildirme amacı ile bağdaşmaz³⁵¹. Apartmanda asansör bakımını üstlenen borçlu, bakımların ne zaman yapılmasının gerektiğini yalnız kendisi bilmektedir; bunun gibi vekalet sözleşmesinde, vekilin idaresinde bulunan işlerin ne zaman yapılacağını en iyi vekil bilmektedir³⁵². Bu nitelikteki sözleşmelerde, taahhüt ettiği edimi zamanında yerine getirmeyen borçlu, alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşecektir.

İhtara gerek olmayan hallerden bir diğeri olarak yapmama borçları gösterilmektedir. Yapmama borçlarında, borçlunun her zaman alacaklı yararına hareket etmesi zorunlu olduğundan, bu borçlarda borçlu taahhüdüne aykırı davrandığı anda temerrüde düşmüş olacağı için; ayrıca ihtar şartı aranmaz³⁵³.

e. Borcun haksız bir fiilden doğması

Haksız fiillerde tazminat borçlusunun temerrüde düşebilmesi için ihtarın şart olarak aranıp aranmamasına ilişkin düzenleme daha önce 818 sayılı BK'da mevcut değildi. Bu nedenle, haksız fiillerde ihtar şartı aranmaksızın borçlunun temerrüde düşeceği, temelde Von Tuhr'un, müşterek hukuktaki "gasbeden daima temerrüt halindedir" kuralından yola çıkarak, bir şeyi geri vermeye veya haksız bir fiil sebebiyle tazminat ödemeye mecbur olan kişiye temerrüde düşmüş gibi muamele edileceği genel hukuk prensiplerine dayanır şeklindeki saptamasına dayanmakta idi³⁵⁴.

³⁴⁹ von Tuhr, a.g.e., s. 611; Oser- Schönenberger, a.g.e., s. 755.

³⁵⁰ İnan-Yücel, a.g.e., s. 619; Dayınlarlı, a.g.e., s. 72.

³⁵¹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 238.

³⁵² von Tuhr, a.g.e., s. 610; Feyzioğlu, a.g.e., s. 238.

³⁵³ Baştuğ, a.g.e., s. 275; Dayınlarlı, a.g.e., s. 71.

³⁵⁴ von Tuhr, a.g.e., s. 611; Nomer, a.g.m., s. 1304, Metnin orjinalinden yapılan çeviriyi ise Nomer şu şekilde belirtmiştir; "Müşterek hukuktaki <<fur semper in mora>> kuralı İsviçre Borçlar Kanunu'nda zikredilmemiştir. Buna rağmen bir kimse haksız fiil sebebiyle bir şeyi iade etmekle veya tazminle

6098 sayılı TBK'dan önceki yıllardaki Yargıtay kararlarına bakıldığında, kararlar haksız fiilin gerçekleşmesi nedeniyle doğan tazminat alacağına, haksız fiilin gerçekleştiği andan itibaren temerrüt faizi yürütüleceği yönündedir³⁵⁵.

6098 sayılı TBK m. 117/II' de, haksız fiillerde zarar görenin korunması düşüncesiyle, fiilin işlendiği tarihte borçlunun temerrüde düşmüş olacağı açıkça düzenlenmiştir³⁵⁶. 6098 sayılı TBK yürürlüğe girdikten sonraki dönemde verilen Yargıtay kararları da haksız fiillerde, fiilin işlendiği tarihten itibaren borçlunun temerrüde düşmüş olacağı yönündedir³⁵⁷.

Haksız fiilin işlendiği tarihte tazminat borcu doğar doğmaz muaccel hale gelir ve tazminat borçlusu da o anda temerrüde düşer; dolayısıyla borçlunun temerrüde düşmesi için ayrıca ihtar şartına gerek bulunmamaktadır³⁵⁸. Doktrinde herhangi bir ayırım yapılmadan haksız fiil sorumluluğunda, borçlu temerrüdü için ihtar şartının aranmadığı savunulmaktadır³⁵⁹. Buna karşılık bir görüşe göre, haksız fiillerde ihtar şartının aranmayacağı hususunda genel bir prensip belirlemek yerine; haksız fiillerde ihtar şartının aranmamasının hukuki dayanağı olan dürüstlük kuralı çerçevesinde her somut olay için

yükümlü ise, o takdirde o kimse, genel prensiplere göre temerrüde düşmüş borçlu gibi muamele görür" şeklinde olmalıdır.

³⁵⁵ "Haksız eylemin meydana geldiği tarihte zararda doğmuş ve aynı günde zarar veren tazminatı ödeme yükümlülüğü altına girmiştir. Ödememesi nedeniyle, davacının istemine karşı direnmesi sonucunu doğurur. Böylece aynı tarihten itibaren de alacaklı faiz istemeye hak kazanmış olur.", Yargıtay 4. HD, T. 11.2.2002, E. 2001/10735, K. 2002/1543; "haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren avans faizine hükmedilmesi gerekir...", Yargıtay 7. HD, T. 2.3.2010, E. 2009/7546, K. 2010/1046; "haksız fiilden kaynaklanan alacaklarda, zarar görenin haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren faiz isteme hakkı bulunduğundan...", Yargıtay 7. HD, T. 9.2.2010, E. 2009/6974, K. 2010/542, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

³⁵⁶ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 478, Sözleşmeden doğan bir borcun ihlali halinde ortaya çıkan tazminat borçlarında da TBK m. 114/II'den yola çıkılarak, TBK m. 117/II uygulama alanı bulur ve tazminat borçlarına da doğar doğmaz temerrüt faizi işletilir; Havutçu, a.g.m., s. 326, Bu hüküm sözleşmeden kaynaklanan tazminat alacakları bakımından da uygulama alanına sahip olacak ve temerrüt sözleşmeye aykırılık fiilinin gerçekleştiği tarihte oluşacaktır.

³⁵⁷ "Haksız fiilden kaynaklanan alacaklarda, talep halinde haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekir. Davaya konu alacağın abone sözleşmesinden değil, kaçak elektrik kullanımından kaynaklandığı gözetildiğinde gecikme zammı isteme hakkı bulunmayan davacının kaçak elektrik bedelini zamanında ödenmemesi sebebiyle dava dilekçesinde gecikme zammı olarak davalıdan istediği bedelin B.K.nun 101. maddesi hükmünde belirtilen gecikme (temerrüt) faizi olduğu kabul edilerek gecikme sebebiyle istenebilecek bedelin buna göre belirlenmesi gerekir.", Yargıtay HGK, T. 10.10.2012, E. 2012/7-502, K. 2012/707, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

³⁵⁸ Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 477;

³⁵⁹ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 918; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 218; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 683.

ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir³⁶⁰. Nitekim ihtar şartının aranıp aranmamasını dar anlamda kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk halleri açısından farklı incelemek gerekir.

Haksız fiil sorumluluğu geniş anlamda kusursuz sorumluluk hallerini de içermektedir. TBK m. 117/II'de yer alan yeni düzenleme, metindeki "fiilin işlendiği tarih" ibaresinden de açıkça anlaşıldığı üzere dar anlamda haksız fiil sorumluluğu bakımından geçerli olup yalnızca TBK m. 49 anlamında kusur sorumluluğu hallerinde ihtara gerek bulunmayacaktır³⁶¹. Diğer taraftan, kusursuz sorumluluk hallerinde, kusuru bulunmadan sorumlu tutulan kimsenin ayrıca ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceğini kabul etmek menfaatler dengesine uygun düşmez; zira kusursuz sorumluluk hallerinde sorumlu tutulan kimsenin bir fiilinin olması zorunluluğu da bulunmamaktadır³⁶². Kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde, sorumlu olan kişi sorumluluğu doğuran olaydan haberdar olsa veya söz konusu olayda ek kusuru olsa dahi, bu ek kusur ağır kusur, yani kast derecesine ulaşmadığı müddetçe, temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarı şarttır³⁶³.

Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu, yani kusur sorumluluğu bakımından da kusurun derecesi ihtarın gerekli olup olmadığını tespit açısından önem taşımaktadır. Kusuru kast derecesinde olan haksız fiil failini temerrüde düşürebilmek için ihtar şartı aranmazken, kusuru ihmal derecesinde olan ve gerekli özeni göstermediği için zararın doğumuna yol açan haksız fiil failinin temerrüdü için ihtarın gerekmediğini savunmak mümkün olmayabilir³⁶⁴.

Haksız fiillerde, zarar her zaman fiilin işlendiği tarihte ortaya çıkmaz. Bazı hallerde zarar, fiilin işlenmesinden daha sonra doğabilir; bu hallerde temerrüt faizinin başlangıç anı, haksız fiilin işlendiği tarih değil, zararın gerçekleştiği an olmalıdır³⁶⁵.

³⁶⁰ Nomer, a.g.m., s. 1306.

³⁶¹ Havutçu, a.g.m., s. 324.

³⁶² Nomer, a.g.m., s. 1306.

³⁶³ Havutçu, a.g.m., s. 324; Nomer, a.g.m., s. 1307.

³⁶⁴ Nomer, a.g.m., s. 1308.

³⁶⁵ Havutçu, a.g.m., s. 326; Nomer, a.g.m., s. 1304; "dava konusu alacak, bir tedavi gideri olan protez bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Oluşan kaza sonucu ayak kesilmesi nedeniyle kullanılması gereken protezin ancak belli bir iyileşme süresinden sonra takılabilmesi tıbben mümkün olduğundan, temerrüt faizinin bu olanağın doğduğu tarih olan protezin takılması tarihinden itibaren yürütülmesi gerekir. Davacının ilk protezi ne zaman taktığı dosya içeriğinden tespit edilememiştir. Şu halde, mahkemece, davacının ilk protezi ne zaman taktığının araştırılması, gerekirse protezi takan sağlık kuruluşundan sorulması ve oluşacak sonuca göre temerrüt tarihinin tespiti gerekir..."", Yargıtay 11. HD, T. 14.1.2003, E. 2002/8403, K. 2003/256, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi:26.3.2015)

Haksız fiil failinin, zarar görenin zararının bir miktarını olay tarihinde karşılaması halinde dahi; kalan kısım için temerrüdün sonuçları ortadan kalkmayacaktır³⁶⁶. Alacaklının bu halde, kalan kısmı için temerrüt hükümlerine dayanması mümkündür ve kural olarak borçlunun temerrüdü daha önce ifa edilen kısmı etkilemez³⁶⁷.

f. Borcun sebepsiz zenginleşmeden doğması

TBK düzenlemesinden önce sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade borçlarında doktrinde üç görüş mevcuttu; bir görüşe göre ihtar şartı sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli yahut kötüniyetli olmasına bakılmaksızın aranmalı idi³⁶⁸. Buna karşılık diğer görüş sebepsiz zenginleşenin ihtar şartı aranmaksızın temerrüde düşmüş olacağını savunmaktadır³⁶⁹. Bir başka görüşe göre ise, sebepsiz zenginleşmede de ihtar şartının aranması kural olarak kabul edilmekle birlikte; somut olayda sebepsiz zenginleşenin temerrüt için ihtarın gerektiği yönündeki savunması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, bu halde zenginleşenin ihtar gerekmeksizin temerrüde düştüğü kabul edilmelidir³⁷⁰. Çünkü zenginleşenin, bile bile zenginleşmeye yol açması gibi bu hallerde sebepsiz zenginleşenin, ihtar için temerrüdün şart olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur.

TBK m. 117/II düzenlemesinin mevcut olmadığı dönemde, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar bakımından ihtar şartının aranıp aranmaması hususunda Yargıtay'ın farklı yönde kararları vardır. Bir kısım kararlarda ihtarın sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar bakımından temerrüt için gerekli olduğu belirtilmiştir³⁷¹.

³⁶⁶ “Prensipte haksız eylem tarihinde tümüyle ödenmesi gereken zararın bir kısmının olay tarihinde ödenmiş olması haksız fiil sorumlusunun temerrüdünü ortadan kaldırmayacağı gibi... Böyle bir kabul biçiminde haksız fiil sorumlusunun geç ödemekten yarar elde etmesi söz konusu olur ki, bunun hukuken korunması olanaklı değildir.”, Yargıtay HGK, T. 18.5.2011, E. 2011/4-157, K. 2011/317, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.03.2015)

³⁶⁷ Eren, a.g.e., s. 1127.

³⁶⁸ Barlas, a.g.e., s. 66; Kizir, a.g.e., s. 103.

³⁶⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 200, Havutçu, a.g.m., s. 325.

³⁷⁰ Nomer, a.g.m., s. 1310.

³⁷¹ “Davacı, davalıya gönderdiği 6.10.2000 tarihli ihtarnamesi ile aynı zamanda ödediği 4.000.000.000 liranın da 3 gün içinde iade edilmesini istemiştir. Bu ihtarname ödemenin iadesini istemek hususunda geçerli bir ihtar olup, davalıya 17.10.2000 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davalı verilen üç günlük sürenin geçmesi ile 21.10.2000 tarihinde temerrüde düşmüştür.”, Yargıtay 13.HD, T. 19.06.2002, E. 2002/6022, K. 2002/7457; “zilyedliğin davadan önce davalılara devredildiği anlaşıldığı takdirde, davalıların davadan önce temerrüde düşürülmediği gözetilerek satış bedeline dava tarihinden itibaren faize hükmedilmeli”, Yargıtay 13.HD, T. 5.5.2004, E. 2003/17246, K. 2004/6741; “Davacı, 13.5.1999 tarihinde kurum kayıtlarına geçen dilekçesi ile, 1000 ABD Dolarının faizi ile birlikte aynen...ödenmesini istemiş...somut olayda 1000 ABD dolarına kurumun temerrüde düştüğü 13.5.1999

Bazı kararlarda ise, sebepsiz zenginleşmede, zenginleşme anından itibaren temerrüdün oluşacağı, ayrıca ihtarın şart olmadığı belirtilmiştir³⁷².

6098 sayılı TBK m. 117/II' de, sebepsiz zenginleşmede zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlunun temerrüde düşeceği düzenlenmiştir. Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade alacaklarında, temerrüdün zenginleşme tarihinden itibaren gerçekleşeceği ve ayrıca ihtara gerek olmadığı yönünde açık yasal düzenlemenin mevcut olmasına rağmen; Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur³⁷³.

TBK m. 117/II' de sebepsiz zenginleşmede borçlu temerrüdü için ihtar şartının aranmayacağı istisnasına, son cümle ile tekrar bir istisna getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için ihtar şarttır. Sebepsiz zenginleşmede temerrüde ilişkin düzenlemeye bakıldığında, dürüstlük kuralına göre bir

tarihinden itibaren...faizine hükmedilmesi gerekir.", Yargıtay HGK, T. 9.10.2002, E. 2002/10-779, K. 2002/779; "davalının mütemerrit olduğu saptanmadan nafakanın ödendiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi de doğru görülmemiştir.", Yargıtay 3.HD, T. 24.6.2008, E. 2008/3242, K. 2008/11757, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

³⁷² "sebepsiz zenginleşmenin olduğu tarih, şayet çek ibraz edilmiş ise ibraz günü, ibraz edilmemiş ise ibrazı gereken son gün olarak kabul edilmelidir. Olayda çekin bankaya ibraz tarihi çek üzerindeki takas odasına verildiği 22.2.1999 tarihi olup, faiz başlangıcının bu tarih olarak alınması gerekir...", Yargıtay 11.HD, T. 17.6.2002, E. 2002/2756, K. 2002/6224; "iyi niyetle sebepsiz zenginleşen durumundaki davalı Kurumun iadeyle yükümlü bulunduğu değer: İktisap anında mal varlığına dahil olan borçlanma tutarına tekabül eden miktar ile iktisap anından yani borçlanma tutarının ödendiği tarihten iade anına kadarki süreyle sınırlı biçimde bu miktara yürütülecek yasal faiz...", Yargıtay 10.HD, T. 21.12.2000, E. 2000/8424, K. 2000/8554; "sebepsiz zenginleşen daima temerrüt halinde bulunduğu için, zaten gerçekleşmiş olan temerrüdü sağlamak üzere alacaklının bunlara ayrıca bir ihtarında bulunması gerekmez.", Yargıtay HGK, T. 17.12.2003, E. 2003/13-787, K. 2003/774; "sebepsiz zenginleşmeden doğan geri verme borcunda gasp eden sürekli temerrüt halinde bulunduğundan, iktisap anından iade talep edilen ana kadar temerrüt faizi yürütülmesi gerekir...", Yargıtay HGK, T. 6.2.2008, E. 2008/3-40, K. 2008/102, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

³⁷³ "Ancak; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 117. maddesi (818 Sayılı B.K.'nun 101/1.md) uyarınca, muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. Bu nedenle, sebepsiz zenginleşmede gecikme faizi yürütülmesi için borçlunun yani haksız mal edinenin ya bir ihtar ile ya da aleyhine bir dava açılmak suretiyle temerrüde düşürülmesi gerekir.", Yargıtay 3.HD, T. 18.9.2013, E. 2013/13171, K. 2013/12929; "(6098 sayılı TBK.nun 117.maddesi) gereğince, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Zenginleşen kimseden (iyiniyetli ya da kötüniyetli olsun) iade talep edilmeden önce temerrüde düşmüş sayılmasının yasal dayanağı bulunmamaktadır. Sebepsiz zenginleşmeden doğan bir alacağa faiz yürütülebilmesi için alacağın muaccel olması yeterli olmayıp, alacaklının usulüne uygun ihtarı ile borçlunun temerrüde düşürülmesi zorunludur.", Yargıtay 3.HD, T. 5.2.2014, E. 2013/16953, K. 2014/1581; "Zenginleşen ister iyiniyetli, ister kötüniyetli olsun, kendisinden iade talep edilmeden önce temerrüde düşmüş sayılması olanaklı değildir. Sebepsiz zenginleşmede gecikme faizi yürütülmesi için borçlunun yani haksız mal edinenin ya bir ihtar ile ya da aleyhine bir dava açılmak suretiyle temerrüde düşürülmesi gerekir. Diğer bir deyişle; iade borcu para borcu şeklindeyse iade talebinde bulunulmasından itibaren temerrüt faizi işleyecektir...(TBK md.117) gereğince "muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur" denilmektedir.", Yargıtay, 3.HD, T. 12.3.2014, E. 2013/19500, K. 2014/3868, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 26.3.2015)

ayrım yapılmadığı; onun yerine bilip bilmemeye dayanan iyi niyet kavramından hareket edildiği görülmektedir.

Sebepsiz zenginleşmede ihtar şartını iyi niyet kavramını esas alan bir temele oturtmak eleştirilebilir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinde iyi niyet- kötü niyet ayrımı, zenginleşenin iade kapsamını belirlemek üzere esas alınan bir ayrımdır³⁷⁴. Buna göre zenginleşen iade yükümlüsü olduğunu bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, iyi niyetli kabul edilmekte; zenginleşen iade yükümlüsü olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kime iade edeceğini bilmeseyse veya bilmesi gerekmeseyse dahi, kötü niyetli kabul edilmektedir³⁷⁵.

İyi niyet- kötü niyet ayrımına göre ihtar şartının saptanmasında, iade yükümlüsü olduğunu bilip de kime iade etmesi gerektiğini bilmeyen bir kimse de kötü niyetli olacağından; zenginleştiği andan itibaren temerrüde düşmüş sayılacaktır³⁷⁶. Böylece taraf menfaatlerine aykırı bir çözüm tarzı benimsendiği gibi, bu çözüm tarzı ihtarın borçluya ifa zamanını bildirme fonksiyonu ile de bağdaşmayacaktır.

Kanun koyucunun sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli veya kötü niyetli olması haline göre koyduğu ölçütün, başlangıçta iyi niyetli olan ancak sonradan kötü niyetli hale gelen zenginleşen bakımından nasıl uygulanacağı düşünülebilir. Başlangıçtan itibaren haksız zenginleştiğini bilen veya bilmesi gereken kimsenin, temerrüdün ağır sonuçlarından zenginleşme anından itibaren ihtara gerek olmaksızın sorumlu olması yerindedir. Fakat zenginleşmenin gerçekleştiği anda bunun haksız olduğunu bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan kişinin, zenginleşmenin iadesi talebi karşısında kötü niyetli hale gelmesinde veya kendisine yanlışlıkla havale yapılanın havalenin yapıldığı tarihten bir ay sonra hesaplarını kontrol ederken zenginleşmeyi öğrenmesinde olduğu gibi zenginleşmenin sonradan öğrenilip kötü niyetli hale gelmesinde; bu kişi bakımından zenginleşme anından itibaren temerrüdün sonuçlarını uygulamak uygun bir çözüm olmayacaktır³⁷⁷.

Bu düzenlemenin diğer problemleri noktası ise, TMK m. 3'te iyi niyet karinesinin mevcut olmasıdır. Buna göre, zenginleşenin iyi niyetli olduğu karine olarak kabul edildiğinden, ihtara gerek olmaksızın temerrüdün sonuçlarından yararlanmak isteyen iade

³⁷⁴ Nomer, a.g.m., s. 1311.

³⁷⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 521.

³⁷⁶ Nomer, a.g.m., s. 1311.

³⁷⁷ Havutçu, a.g.m., s. 325-326.

alacaklısı öncelikle zenginleşenin iyi niyetli olmadığını ispatlamak zorunda kalacak ve bu düzenleme iade alacaklısını koruma işlevini yerine getiremeyecektir³⁷⁸.

TBK m. 117/II' deki sebepsiz zenginleşmeye ilişkin düzenlemenin bir eleştirisi de hükmün koruma amacına yöneliktir. Buna göre kanun koyucunun zenginleşenin, zenginleşme anından itibaren temerrüde düşmüş olacağını kabul etmesinin altında yatan sebep; zenginleşme anından ihtar anına kadar geçen sürede para değerindeki düşüslere karşı alacaklıyı koruma düşüncesidir. Fakat sebepsiz zenginleşmede iade kapsamına, sebepsiz yere ödenen para miktarından elde edilen faizler veya elde edildiği karine olarak kabul edilen faizler de dahildir. Böylece oluşan toplam zenginleşme tutarına ihtar tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilerek alacaklının menfaatleri korunabilir.³⁷⁹ Dolayısıyla bu eleştiriye göre, sebepsiz zenginleşmede ihtar şartı aranmaması yönündeki istisnaya kanunda yer verilmemesi gerekirdi.

Kanunun açık hükmü karşısında bu son görüşe katılmak mümkün olmamakla birlikte, düzenlemenin problemlı noktaları olduğunun kabulü gerekir. Sebepsiz zenginleşmede ihtar şartının aranıp aranmamasının tespitinde, zenginleşmede iadenin kapsamını belirleyen iyi niyet- kötü niyet ayırımına yer verilmesi yukarıda belirtilen sebeplerle eleştirilebilir.

III. BORÇLU TEMERRÜDÜNDE KUSURUN ROLÜ

Kusur, borçlunun temerrüde düşmesinde aranan şartlardan biri değildir. Borçlunun temerrüde düşmesinde kusurlu olup olmaması herhangi bir etki doğurmamaktadır. Temerrüt, borçlunun kişiliğinden soyutlanmış objektif bir durum olduğundan, borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart değildir³⁸⁰. Diğer taraftan, borçlunun temerrüdünde kusurun hiçbir rolünün mevcut olmadığını söylemek de mümkün değildir; borçlunun kusuru temerrüdün sonuçları bakımından durumunun ağırlaşmasına sebep olur³⁸¹. Temerrüdün bazı sonuçlarının uygulanmasında borçlunun kusurlu olması gerekmektedir; temerrüde düşen borçlunun, beklenmedik halden sorumluluğu ve gecikme tazminatı ödemesi yönündeki sonuçlar borçlunun kusurlu olması halinde uygulanır³⁸².

³⁷⁸ Havutçu, a.g.m., s. 326.

³⁷⁹ Nomer, a.g.m., s. 1312-1313.

³⁸⁰ Eren, a.g.e., s. 1098.

³⁸¹ İnan-Yücel, a.g.e., s. 620.

³⁸² Feyzioğlu, a.g.e., s. 241.

Bunun yanında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun alacaklının uğradığı müspet veya menfi zarardan sorumlu tutulması da kusurlu olmasına bağlıdır. Borçlu temerrüdünde kusurun etkisi, ileride ayrıntılı olarak ele alınacağından burada ayrıntılı olarak incelenmemiştir³⁸³.

Temerrüde düşmede borçlu kusursuz olmasına karşılık zararın doğmasında kusurlu ise, gecikmeden kaynaklanan zarardan sorumlu olup olmayacağıının cevabı kanunda düzenlenmiş değildir³⁸⁴.

³⁸³ Bkz. İkinci Bölüm, s. 74 vd.

³⁸⁴ Şeref Ertaş, “Borçları İfası ile İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, ”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul, 2012, ss. 303-311, s. 309.

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

I. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI

Temerrüt borcu sona erdiren sebeplerden birisi değildir; mütemerrit borçlu gecikmiş edimi ifa edebileceği gibi alacaklı da her zaman ifayı talep edebilir, diğer bir deyişle temerrüt borcun talep ve ifa edilebilirliğini engellemez¹. Buna karşılık, temerrüt borçlu aleyhine bir takım hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Temerrüdün hükümleri genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılır. Temerrüdün genel sonuçları bütün temerrüt halleri için söz konusu iken; özel sonuçlar para borçlarına ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkindir².

Borçlu temerrüdünün ilk ve genel sonucu, borçlunun borcunun genişlemesi ve sorumluluğunun ağırlaşmasıdır. Borcun genişlemesi, borçlunun ifada gecikmesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalmasını; sorumluluğun ağırlaşması da borçlu temerrüt halinde iken borç konusu edimin beklenmedik hal sebebiyle telef olmasından dahi sorumlu olmasını ifade etmektedir³.

Borçlu temerrüdünün genel sonuçları, TBK m. 118 ve 119' da düzenlenmiştir. Temerrüt nedeniyle borcun genişlemesini düzenleyen TBK m. 118' e göre, temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Temerrüde düşen borçlunun sorumluluğunun ağırlaşmasını, diğer bir ifade ile sözleşme konusunu koruma yükümlülüğünün ağırlaşmasını⁴ düzenleyen TBK m. 119' a göre ise, temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumlu tutulmuştur.

¹ Eren, a.g.e., s. 1099.

² Feyzioğlu, a.g.e., s. 242.

³ İnan-Yücel, a.g.e., s. 621.

⁴ Baştuğ, a.g.e., s. 275.

A. AYNEN İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Aynen ifa yaptırımı, kanuna uygun olarak kurulmuş bir sözleşmenin ifa edileceği yönünde bir ilke olan ahde vefa ilkesine dayanmaktadır⁵. Bu ilkeye göre sözleşmenin tarafları, kurulan sözleşme ilişkisi ile bağlı olup borçlandıkları edimi yerine getirmekle yükümlüdürler. Aynen ifa talebinin, sözleşmeye aykırılığın yaptırımı olarak öngörülmesinin tarihsel kökeni post klasik dönem Roma hukukudur. Klasik dönemde borca aykırılığın yaptırımı aynen ifa yerine tazminat ödenmesi olmasına karşılık; post klasik dönemde aşırı devalüasyon nedeniyle tazminat yaptırımı bir bakıma gücünü yitirmiş ve hukuki çare borçluyu aynen ifaya zorlamak şeklinde bulunmuştur⁶.

Genellikle borçlu temerrüdünün genel sonuçlarında aynen ifa bir yaptırım olarak ve temerrüdün sonucu olarak incelenmekle birlikte, bir görüşe göre alacaklının, temerrüde düşen borçludan gecikmiş ifayı talep etmesi nitelik olarak bir özellik taşımamaktadır; şöyle ki aynen ifa talebi esasen temerrüdün bir sonucu olmayıp, muaccel alacağın normal hükmüdür⁷. Dolayısıyla borçlunun aynen ifa yükümlülüğü, esasında temerrüde düşmesinin bir sonucu olmayıp, borçlunun borçlandığı edimi yerine getirmesi, yani aynen ifa etmesi borcun muaccel hale gelmesi ile ilişkilidir. Bu görüşe göre, temerrüdün genel sonuçları gecikme tazminatı ve borçlunun sorumluluğunun ağırlaşmasından ibarettir. Bu görüşün gerekçesine katılmak mümkün olsa da, aynen ifa talebinin borçlu temerrüdü sonucu alacaklının başvurabileceği imkanlardan biri olmadığına katılmak mümkün görünmemektedir. Gerçekten de alacaklının borçludan aynen ifa, yani borçlanılan edimi talep etme yetkisi; söz konusu alacağın muaccel hale gelmesi ön koşuluna bağlıdır. Fakat borç ilişkisinde, borçlunun temerrüde düşmesi ile birlikte, ifasında gecikilen borcun sona erdiğinden söz edilemeyeceğinden; alacaklının aynen ifayı talep etme yetkisi muacceliyetle başlar ve borçlu temerrüde düşse dahi bu yetki devam eder. Çünkü borçlunun temerrüde düşmüş olması, onu borcu aynen ifa yükümlülüğünden kurtarmayacağı gibi; alacaklıya da aynen ifa yerine tazminat isteme hakkını vermeyecektir⁸. Dolayısıyla borçlu temerrüde düştükten sonra dahi, edimin ifası mümkün olduğu, yani imkansızlaşmadığı müddetçe

⁵ Ece Baş, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 623- 655, s. 625.

⁶ Baş, a.g.m., s. 628.

⁷ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 496.

⁸ Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, a.g.e. , s. 920.

alacaklı borcun aynen ifasını talep ve dava edebilir. Alacaklı bu amaçla aynen ifa davası açabileceği gibi icra takibi de başlatabilir⁹.

Diğer taraftan kural olarak alacaklı, aynen ifa mümkün oldukça, aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat isteyemez. Aynen ifa yerine tazminat isteme hakkı, yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, belirli şartların gerçekleşmesi üzerine, borçlunun temerrüde düşmesi haline özgülenmiştir.¹⁰

Borçlunun aynen ifa yükümlülüğü temerrüdün kusura dayanmayan sonuçlarından olup her türlü borç için söz konusudur. Diğer taraftan, aynen ifa yükümlülüğü, yapma ve yapmama borçları bakımından özellikli bir durum ihtiva eder. Temerrüde düşen borçlunun, verme borçları dışındaki borçlarda da aynen ifa ile yükümlü olduğu kuşkusuzdur. Fakat yapma ve yapmama borçlarında, borcun zamanında ifa edilmemesi genellikle imkansızlığa yol açmaktadır¹¹. Dolayısıyla yapma ve yapmama borçlarının zamanında ifa edilmemesinin imkansızlığa yol açmadığı haller ile sınırlı olarak, temerrüt hükümleri uygulanabilecek ve borçludan aynen ifa talep edilebilecektir¹². Bu hallerde alacaklının aynen ifa talebi kapsamında başvuracağı hüküm TBK m. 113'tür.

Fakat bir görüşe göre, TBK m. 113 hükmü aynen ifa talebini karşılamaz. Bu hükme göre, yapma borçlarında alacaklı tarafından bizzat yahut üçüncü bir kişi tarafından ifada bulunulmak suretiyle alacaklının menfaati karşılanacağından aynen ifa sözünün burada kullanılması mümkün olmayacaktır. Ayrıca yapmama borçlarında, borçlu yapmama sözünü belirli bir süre veya bir kere belirli bir davranışta bulunmama şeklinde verdiği için, bu sözü ya tutar ya da tutmaz. Dolayısıyla yapmama borçları ihlal edildiği anda, aynen ifa olanağı da artık ortadan kalkmış olmaktadır.¹³

TBK m. 113' e göre, borçlu yapma borcunu ifa etmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir. TBK m. 113/I yapma borçlarında, borçlunun temerrüde düşmesi halinde taahhüt edilen işin yapılması konusunda alacaklıya yetki verilmesine ilişkin genel bir

⁹ Eren, a.g.e., s. 1099.

¹⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s. 242.

¹¹ Bkz. Birinci Bölüm, s. 17.

¹² Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, a.g.e. , s. 921.

¹³ Belen, a.g.e., s. 263-264.

hüküm niteliğindedir¹⁴. Borçlunun yapma borcu şeklinde yerine getirmeyi taahhüt ettiği edim, şahsi edim niteliğinde, yani borçlu dışında bir başka kimse tarafından yerine getirilemez nitelikte ise borçluyu bu yolla dahi aynen ifaya zorlamak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde alacaklı borçlu temerrüdü yerine imkansızlığa ilişkin hükümlere başvuracaktır.

Yapmama borçları bakımından da, edimin ifası hala mümkün olduğu takdirde alacaklı temerrüt hükümlerine başvurabileceğinden, TBK m. 113/III' e borca aykırılık sebebiyle ortaya çıkan durumun bertaraf edilmesini isteyebilir. Fakat yapmama borçlarında genel olarak imkansızlık durumunun ortaya çıktığı ve bu nedenle borçlunun borca aykırılık sebebiyle tazmin yükümlülüğünün doğduğunu tekrar vurgulamak gerekir¹⁵.

Yapma ve yapmama borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi üzerine, alacaklı aynen ifa talebi kapsamında doğrudan TBK m. 113'te yer alan imkanlara başvurabilmektedir. Başka bir ifadeyle, alacaklının TBK m. 113'e başvurmadan önce borçluyu aynen ifaya mahkum eden bir ilama ihtiyacı yoktur. Diğer taraftan İsviçre hukukunda savunulan bir görüşe göre, alacaklının aynen ifa talebini kullanmasına imkan veren TBK m. 113'teki olanaklardan yararlanabilmesi için borçlunun tek başına temerrüde düşmüş olması yahut borçluya ihtarda bulunulmuş olması yeterli olmayıp; öncelikle alacaklı, borçluyu aynen ifaya mahkum eden bir ilam elde etmiş olmalı ve bu ilama dayanarak icra takibi başlatmış olmalıdır¹⁶. Çünkü ancak bu yolla borçluya, borcunu bizzat ifa etmesi için fırsat verilmiş olacak ve borçluya son bir fırsat verildikten sonra alacaklının TBK m. 113' e dayanması haklı kılınmış olacaktır¹⁷.

B. GECİKMEDEN DOĞAN ZARARLARDAN SORUMLULUK

Alacaklı, borçlanılan edimin geç ifa edilmesi sebebiyle zarara uğramış olabilir. Alacaklı edimin aynen ifasının yanında gecikmeden kaynaklanan zararının da tazmin

¹⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 691, TBK m. 473/III aynı yönde özel hükümlere örnek verilebilir.

¹⁵ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 924, Örneğin komşu arsa sahibi kendi arsasında kümes inşa etmeme taahhüdüne aykırı olarak kümes inşa etmiş ise, yapmama borcunun alacaklısı TBK m. 113/III'e göre hakimden kümesin yıktırılmasını isteyebileceği gibi; bizzat kendisi kaldırmak üzere mahkemeden izin de isteyebilir. Diğer taraftan, bir şarkıcının rakip müessesede şarkı söylememeyi taahhüt borcuna aykırı davranışının ortadan kaldırılması mümkün değildir.

¹⁶ von Tuhr, a.g.e., s. 556.

¹⁷ Oser- Schönenberger, a.g.e., s. 730.

edilmesini borçludan talep edebilecektir. Gecikme tazminatı, alacaklının ifayı zamanında elde etmedeki çıkarını sağlamaya yöneliktir¹⁸.

Alacaklının borçludan gecikme tazminatı talep edebilmesi için öncelikle bir zararının mevcut olması gerekir. İsviçre- Türk hukukunda zarar, kişinin arzusu dışında malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma, pasifinde meydana gelen artma veya yoksun kaldığı karlar olarak tanımlanmaktadır. Zararın miktarının tespiti fark teorisine göre yapılır. Zarar gören tarafın mevcut malvarlığı ile zarar veren olay gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum karşılaştırılır.¹⁹ Buna göre gecikme zararı, borçlunun edimin zamanında ifa etmiş olsaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile ifanın geç yapılmış olması dolayısıyla alacaklının malvarlığının mevcut durumu arasındaki fark, diğer bir ifadeyle borcun geç ifa edilmesinden doğan zarar olarak tanımlanabilir²⁰. Gecikme zararının varlığını ve miktarını ispat yükü alacaklıda olup, alacaklı temerrüt nedeniyle zarara uğradığını her türlü delil ile ispatlayabilir²¹.

Gecikme zararı nitelik itibarıyla müspet zarar olup, gecikme tazminatı fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemlerinden oluşur²². Fiili zarar kapsamına ihtar ve hukuki takip giderleri, karşı edimi zamanında teslim almak amacıyla yapılan hazırlık masrafları, alacaklının geciken edim yerine kullanmak üzere kiralama veya satın alma şeklinde sağladığı şeyler, alacaklının geç ifa nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai koşullar girer. Alacaklının zamanında ifa edilen edimi tekrar satmak, kiraya vermek veya başka bir yolla elde edeceği kazançtan yoksun kalması ile fiyat değişmelerinden doğan kaybı da yoksun kalınan kar kalemine dahil olan gecikme zararını oluşturur.²³

¹⁸ Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 497; “Belirtmek gerekir ki, gecikmeden doğan zararlar sebebiyle gecikme tazminatı istenebilir. Borçlanılan edimin gecikerek de olsa aynen ifası, bazı hallerde alacaklının gecikme yüzünden uğradığı zararı karşılamaya yetmez. Bu sebeple alacaklı, borçludan aynen ifa yanında gecikme dolayısıyla uğramış olduğu zararın tazminini de isteyebilir. Gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatının istenmesine engel yoktur. Burada alacaklının gecikme dolayısıyla uğradığı zarara, gecikme zararı, bu zararın giderilmesi için ödenecek tazminata ise gecikme tazminatı denir.”, Yargıtay HGK, T. 10.10.2012, E. 2012/7-502, K. 2012/707, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.5.2015)

¹⁹ Domes- Schmidt, a.g.m., s. 298.

²⁰ Turgut Uygur, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt 1, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 760.

²¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 692.

²² Feyzioğlu, a.g.e., s. 243.

²³ Eren, a.g.e., s. 1103-1104.

Alacaklı temerrüde düşen borçlunun aynen ifasını bir çekince ileri sürmeksizin kabul etmiş dahi olsa; gecikme tazminatı talep etme imkanı temerrüdün bir sonucu olduğundan, sonradan gecikme tazminatı talep etmesi mümkündür. Gecikme tazminatı sözleşme ile taahhüt edilen edimden talep yönünden bağımsızdır²⁴. Gecikme tazminatı, aynen ifadan sonra ayrıca talep edilebileceği gibi, aynen ifa henüz gerçekleşmemiş olsa dahi alacaklı gecikme nedeniyle uğradığı zararı talep edebilir²⁵. Ayrıca temerrüde düşen borçlunun gecikme tazminatı ödemesi ikincil nitelikte bir borç olup, gecikme tazminatı ana borca eklenir²⁶. Bu bağlamda geç ifadan doğan zarara edimin değeri dahil edilmez. Şöyle ki ilk ihtimalde borçlu temerrüde düşmüş ve edimi geç de olsa ifa etmiştir ve böylece edimin değeri hali hazırda alacaklının malvarlığında yer almaktadır; diğer bir ihtimalde ise temerrüde düşen borçlu edimi yerine getirmemiş olsa dahi alacaklının edimin ifasını talep hakkı mevcut olduğundan ve talep hakkı da alacaklının malvarlığına dahil olduğundan, alacaklının malvarlığında söz konusu edim bakımından meydana gelen azalmadan söz edilemez²⁷. Diğer taraftan, borçlunun temerrüde düşmesinden sonraki bir zamanda, geç

²⁴ “...yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı Kanundan doğan bir hakktır. (BK'nın m. 106/11) Gecikme tazminatına, işin sözleşmesine göre teslimi gereken tarihten, bağımsız bölümün teslim edildiği tarihe kadarki süre için ihtirazi kayıt aranmaksızın hükmolunur. Gecikme tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, zararın kanıtlanması koşuluyla, zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman, râyîç üzerinden istenebilir; sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrıca zararın kanıtlanmasına gerek yoktur; çünkü, taraflar gecikme zararını baştan kabul ettikleri için, bu kabul hükmü tarafları bağlar. Oysa, BK'nın 158/2. fıkrasında düzenlenen gecikme cezası (ifaya ekli cezaî şart), ortada zarar olmasa dahi (BK m. 159/1), sadece sözleşmede kararlaştırılmış ise, istenebilir; aksi takdirde talep edilemez. Cezaî şart, asıl borca bağlı olup, muaccel olmadan önce fer'i niteliktedir. Dolayısıyla, eserin teslimi ile asıl borç düşünce, fer'i borç olan gecikme cezası da düşer (BK m. 113/1). Onun için eseri teslim alırken ihtirazi kayıt (çekince) dermeyer etmek gerekir (BK m. 158/11, son). Yani, cezayı isteme hakkı saklı tutularak, eser teslim alınmalıdır. Oysa, gecikme tazminatı, asıl edim borcunun yanında bağımsız bir borç olup, fer'i nitelikte değildir. Bu nedenle, gecikme tazminatını talep edebilmek için eseri teslim alırken ihtirazi kayıt (çekince) koymaya gerek yoktur.”, Yargıtay 23. HD, T. 6.12.2012, E. 2012/5327, K. 2012/7205, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.5.2015)

²⁵ “Yüklenici kararlaştırılan tarihte inşaatı tamamlayıp teslimi gerçekleştiremezse (temerrüde düştüğünde) arsa sahibinin BK.106/II. madde hükmünce seçimlik hakkı doğar. Şayet arsa sahibi seçimlik haklarından (geciken ifayı beklemek ve gecikme tazminatını talep etmek) seçeneğini tercih etmişse, geciken ifa nedeniyle uğradığı kira kaybı zararını her ay sonu itibariyle talep veya dava ederek binanın fiilen teslimini bekleyebilir. Kısaca, kira kaybını zararın gerçekleşmesiyle talep edebileceğinden fiili teslimi beklemek zorunda değildir. Nitekim Dairemizin yerleşen uygulaması da bu yoldadır.”, Yargıtay 15.HD, T. 17.3.2008, E. 2007/2303, K. 2008/1715, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.5.2015)

²⁶ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu- Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Yargıtay Yayınları No: 19, Ankara, 1987, s. 238.

²⁷ Eren, a.g.e., s. 1103.

teslim edilen edimde bir değer kaybı meydana gelmiş ise, alacaklı bu değer kaybını da gecikme tazminatı kapsamında talep edebilecektir²⁸.

Gecikme tazminatı talep edilebilmesinin ikinci koşulu, alacaklının uğradığı zararın borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle ortaya çıkmış olmasıdır. Zira gecikme tazminatı isteyebilme imkanı, geç ifanın değil temerrüdün bir sonucudur²⁹. Gecikme tazminatı, borçlunun temerrüde düştüğü andan, borçlunun edimini aynen ifa ettiği tarihe kadar geçen dönemdeki zararları kapsamaktadır³⁰. Borçlu, borcun muaccel olmasından sonra fakat temerrüde düşmeden önceki bir zaman diliminde ifada bulunmuş ise, bu TBK m. 118 anlamında geç ifa olarak nitelendirilmez; çünkü muacceliyet tek başına temerrüt sonucunu doğurmamaktadır³¹. Borçlunun TBK m. 118 anlamında geç ifasının söz konusu olması için temerrüde düşmüş olması gerekir; yani temerrüt için ihtara gerek olan hallerde ihtarın borçluya ulaşması, ihtara gerek olmayan hallerde borcun muaccel hale gelmesi ve yapmama borçlarında, sözleşmenin ihlali imkansızlık yaratmadığı müddetçe, sözleşmeye aykırı davranışın başladığı andan itibaren alacaklı bu hüküm kapsamında gecikme tazminatı talep edebilir³².

Alacaklının gecikme tazminatı talep edebilmesi için, borçlunun temerrüde düşmüş ve kendisinin de zarara uğramış olması yeterli değildir. Ayrıca bu zarar ile ifanın gecikmesi arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulacağı zarar belirlenirken, geç ifanın somut olayda meydana getirmeye niteliği icabı elverişli olduğu zararlar dikkate alınır³³.

Alacaklının gecikme tazminatı talep edebilmesinde aranacak diğer şart borçlunun kusurudur. Borçlunun gecikme tazminatı ödemesi, borçlu temerrüdünün kusura dayanan sonuçlarındandır. Temerrüde düşen borçlu, hafif de olsa ağır da olsa her türlü kusurundan sorumludur³⁴. Borçlunun hafif ihmalinden dolayı bir zarar meydana gelmiş dahi olsa sorumlu olacaktır. Borcun ifa edilmemesinden sorumluluk hususunda kusur, özen yükümlülüğünün ihlalinin ifade eder ve özen yükümlülüğünün normatif standardını

²⁸ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 761.

²⁹ Uygur, a.g.e., s. 761.

³⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 692; Feyzioğlu, a.g.e., s. 243.

³¹ Eren, a.g.e., s. 1103.

³² Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 924- 925.

³³ Eren, a.g.e., s. 1104; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 925.

³⁴ Belen, a.g.e., s. 283.

belirlemek için, benzer sektörde çalışan ortalama bir borçludan beklenen özen esas alınır³⁵. Borçlunun ifa için hazırlık işlerini geciktirmesi veya son ana bırakması, ihtiyatlı bir borçlunun hesaba katması gereken, ifaya engel olabilecek durumların ortaya çıkması hallerinde; borçlu edimi zamanında yerine getirmek için gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden kusurlu kabul edilir³⁶. Bunun dışında, ayırt etme gücünden yoksun olan borçlu yerine ifayı gerçekleştiren kanuni temsilcinin kusurundan da, ödeyeceği tazminat için kanuni temsilciye rücu imkanı olsa da, borçlu sorumlu olacaktır; benzer şekilde edimin ifasında yardımcı kişi kullanan borçlu, yardımcı kişinin ifada gecikmesi halinde TBK m. 116 gereği sorumlu olacaktır³⁷.

Haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, sözleşmesel sorumlulukta kanun koyucu borçluyu kural olarak kusurlu tutmaktadır³⁸. TBK m. 118, gecikme zararı ödeme yükümlülüğü hakkında borçlu aleyhine aksi ispat edilebilir bir kusur karinesi de getirmiştir. TBK m. 118, temerrüde düşen borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, gecikmeden doğan zararlardan sorumlu olacağını düzenlemiştir. Buna göre, borcun ifasında gecikilmiş olması, borçlunun gecikmede kusurlu olduğu yönünde bir kanuni karine teşkil eder³⁹. Bir görüşe göre ise, burada borçlu aleyhine getirilen kusur karinesi gerçek olmayan karine, başka bir ifadeyle ispat yüküne ilişkin özel bir kural niteliğinde olup ispat konusu borçlunun kusursuzluğudur⁴⁰. Borçlu aleyhine mevcut olan kusur karinesi, aksi ispatlanabilir bir karine olup borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkündür⁴¹. Temerrüde düşen borçlunun, gecikmeden doğan zararlar nedeniyle gecikme tazminatı ödeme sorumluluğundan kurtulabilmesi için, borcu zamanında ifa edebilmek için gerekli bütün tedbirleri aldığını ve ifanın gecikmesinde ağır veya hafif kusurunun bulunmadığını ispatlaması gereklidir⁴². Temerrüde düşen borçlu,

³⁵ Domes- Schmidt, a.g.m., s. 295-296.

³⁶ Velidedeoğlu- Özdemir, a.g.e., s. 238.

³⁷ Eren, a.g.e., s. 1105.

³⁸ Baştuğ, a.g.e., s. 264.

³⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 243; Eren, a.g.e., s. 1104; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 499.

⁴⁰ Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi", **Yargıtay Dergisi**, C. 10, S. 3, ss. 272- 286, s. 279.

⁴¹ Velidedeoğlu- Özdemir, a.g.e., s. 238.

⁴² Feyzioğlu, a.g.e., s. 244; Baştuğ, a.g.e., s. 275, Borçlunun, borcu vaktinde ifa etmesi halinde dahi alacaklının söz konusu zarara uğrayacağını ispatı halinde de borçlunun sorumluluktan kurtulacağını belirtmiştir.

temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını her türlü delille ispatlayarak gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilir⁴³.

Gecikme tazminatına ilişkin TBK m. 118 düzenleyici nitelikte bir hukuk normudur. TBK m. 118' in bu niteliğe sahip olmasının sonucu, taraflara gecikme zararının tazmini konusunda sorumsuzluk anlaşması yapma imkanı vermesidir⁴⁴.

Gecikme tazminatı yalnızca aynen ifa istenebildiği sürece talep edilebilir. Dolayısıyla alacaklı, borç zamanaşımına uğrayıncaya kadar geciken edimin ifası ile gecikme tazminatını talep edebilir⁴⁵. Edim imkansız hale gelmiş, aynen ifadan vazgeçilerek tazminat talep edilmişse veya sözleşmeden dönülmüşse gecikme tazminatı talep edilemez⁴⁶.

C. BEKLENMEDİK HALDEN SORUMLULUK

Borçlunun sorumluluğu kural olarak kusur esasına dayanmasına karşılık, borçlu temerrüde düştüğü takdirde sorumluluğunun kapsamı genişlemekte ve borçlu kusuru dışında meydana gelen zararları da yüklenmektedir⁴⁷. TBK m. 119'da düzenlenen bu sonuca göre, temerrüde düşen borçlu temerrüt sırasında edim konusunun beklenmedik bir halden dolayı telef olmasından, bozulmasından, kötüleşmesinden veya malın iktisadi değerinin azalmasından sorumludur⁴⁸. Bu düzenleme ile temerrüde düşen borçlu için öngörülen ağırlaştırılmış bir tazminat yükümlülüğüdür; çünkü borçlu yalnızca temerrüdün sonucu olan zararlardan (gecikme tazminatı) değil, ayrıca temerrüt sırasında meydana gelen zararlardan da sorumlu tutulmuştur⁴⁹.

Beklenmeyen hal, hayatın olağan akışından çıkması beklenebilecek tesadüfler sınırını aşan ve elden gelen tüm önlemlere başvurulsa dahi borçlu tarafından önlenemeyen

⁴³ Kılıçoğlu, a.g.e., s 693.

⁴⁴ Eren, a.g.e., s. 1104.

⁴⁵ Dayınlarlı, a.g.e., s. 97.

⁴⁶ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 499; “Mahkemece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshine ve gecikme tazminatının tahsiline karar verilmiştir. Fesih isteminin yanında davaya konu edilen gecikme tazminatı müspet zarar niteliğinde olup, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece sözleşmenin geriye etkili feshiyle birlikte istenemez. Bu sebeple gecikme tazminatı isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, belirtilen sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.”, Yargıtay 23. HD, T. 3.7.2012, E. 2012/2587, K. 2012/4567, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.5.2015)

⁴⁷ Baştuğ, a.g.e., s. 277; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 499; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 224; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 762; Eren, a.g.e., s. 1105.

⁴⁸ Uygur, a.g.e., s. 764.

⁴⁹ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 762.

olgulardan oluşur⁵⁰. Beklenmedik hal; borca aykırı davranışla illiyet bağıni kesen mücbir sebep ile borçlunun gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen engel olamayacağı durumları ifade eden ve sorumluluğu ortadan kaldıran kazayı, başka bir ifadeyle umulmayan olayı kapsayan bir üst kavramdır⁵¹. Bu kapsamıyla, beklenmedik haller esasında bir kusursuz imkansızlık nedeni olduğundan, beklenmedik haller nedeniyle ifanın tamamen veya kısmen ifa edilemeyecek olması halinde; borçlu bu durumu ispat ederek borçtan kurtulur. TBK m. 136 düzenlemesine göre, kural olarak borçlunun kusuru olmadan ortaya çıkan bir sebeple ifa imkansız hale gelmiş ise borçlu borçtan kurtulur⁵². Temerrüde düşen borçlu bakımından ise prensip olarak, bu genel kural uygulanmaz ve edim konusuna kazayla gelecek olan zararlardan dahi mütemerrit borçlu kural olarak sorumlu olur⁵³. Bu halde, satıcı temerrüde düştükten sonra satım konusunun yanması, mimarın temerrüde düştükten sonra ağır bir hastalığa yakalanması sonucu taahhüt ettiği projeyi çizmekten yoksun hale gelmesi, kamyon ithalatçısının vermeyi taahhüt ettiği türden kamyonun ithalinin hükümet tarafından yasaklanması hallerinde; borçlu tamamen kusursuz olsa dahi sorumlu olacaktır⁵⁴.

Temerrüde düşen borçlunun TBK m. 119 kapsamında beklenmedik halden sorumluluğu, yalnızca parça borçlarında uygulama alanı bulur⁵⁵. Ayrıca beklenmedik halden sorumluluk edim türü itibariyle verme borçları için söz konusu olup, borçlu temerrüde düştüğü andan itibaren sözleşme konusuna isabet edecek hasardan sorumlu tutulur⁵⁶.

Temerrüde düşen borçlunun, TBK m. 119 kapsamında sorumluluğu genişlese de borçlunun bu sorumluluktan kurtulma imkanı da mevcuttur. Borçlunun beklenmedik hal nedeniyle edimin kötüleşmesi veya yok olmasından sorumluluğu, borçlu temerrüdünün kusura dayanan sonuçlarındandır. Temerrüde düşen borçlunun, beklenmedik haller sonucu meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaktan kurtulması iki halde mümkündür. TBK m. 119/II' ye göre, borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında

⁵⁰ Uygur, a.g.e., s. 764.

⁵¹ Belen, a.g.e., s. 284.

⁵² Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 926.

⁵³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 244.

⁵⁴ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 926.

⁵⁵ Eren, a.g.e., s. 1105.

⁵⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 693.

ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.

Birinci ihtimal, borçlunun ifanın gecikmesinde, yani temerrüde düşmesinde kusurunun bulunmadığını ispatlamasıdır. Borçlu, borcun ifa edilmemesinde ayırt etme gücünden yoksun olduğu için kusurlu sayılmayacağını, borcun varlığını bilmediğini ve bilmemekte mazur olduğunu, borcun ifa edilmemesinin beklenmeyen hal, mücbir sebep veya alacaklı yüzünden ileri geldiğini veya gerekli bütün özeni gösterdiğini ispat ederek temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ileri sürebilir⁵⁷. Borçlu, ifayı geciktirmesinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispatlarsa, temerrüt sürecinde meydana gelen ve ifayı imkansızlaştıran olayda kusurlu olup olmadığını araştırmaya artık gerek kalmayacak ve borçlu beklenmedik hal nedeniyle sorumlu tutulmayacaktır⁵⁸.

Borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmesinin ikinci yolu, borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı dahi beklenmedik halin ifa konusu şeye isabet edeceğini ve alacaklının kaza sebebiyle zarara uğrayacağını ispatlamaktır. İfa zamanında yapılmış olsaydı dahi beklenmedik halin şeye zarar vereceğinin ispatında, borçlunun getirdiği kurtuluş kanıtı şahsının uğradığı beklenmedik haller için değil, borç konusuna yönelik beklenmedik hallere ilişkindir⁵⁹. Borçlunun bu yönde getireceği kurtuluş kanıtında, sadece beklenmedik halin alacaklı nezdinde de meydana geleceğini ispatlaması yeterli değildir. Borçlu ayrıca meydana gelen kazanın alacaklının zararına olarak gerçekleşeceğini, yani alacaklının borç konusunu paraya çevirmeyeceği, başkasına satmayacağı veya birtakım tehlikelere karşı sigorta ettirmeyeceği gibi olguları da ispatlamalıdır⁶⁰. Bu ikinci durumun ispatı halinde, borçlunun temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu kanıtlaması gerekli değildir; borçlu ifanın gecikmesinde kusurlu olsa dahi beklenmedik halden sorumlu olmayacaktır⁶¹. Çünkü borçlu burada ifanın gecikmese dahi zararın meydana geleceğini, diğer bir ifadeyle ifanın gecikmesi ile beklenmeyen hal arasında illiyet bağının bulunmadığını ispatlamaktadır⁶².

⁵⁷ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 418-419.

⁵⁸ Feyzioğlu, a.g.e., s. 245.

⁵⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s. 245; Uygur, a.g.e., s. 765; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 927, Daha önce verilen mimar örneğini burada tekrar etmiş ve temerrüde düşen mimarın hastalık sonucu projeyi çizemez hale gelmesinde, şahsen uğradığı bu kaza ile ilgili kurtuluş kanıtı ileri süremeyeceğini belirtmiştir.

⁶⁰ Tandoğan, a.g.e., s. 484.

⁶¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 694.

⁶² Feyzioğlu, a.g.e., s. 245.

İfa konusu şeye gelen kaza ile ifa yapılmış olsaydı şey alacaklıda iken gerçekleşeceği ispatlanan kazanın aynı kaza olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayan, ifa konusunun alacaklıda olması halinde de aynı kazanın şeye isabet edeceğini ispatlamaktır⁶³. Diğer bir ifadeyle, sözleşme konusuna isabet eden kazalarda özdeşlik gerekmektedir, dolayısıyla borçlu vaktinde ifada bulunsaydı bile sözleşme konusuna başka bir kazanın isabet edeceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz⁶⁴. Bu görüş taraftarları, zarar ile kaza arasındaki illiyet bağına esas alarak söz konusu sonuca ulaşmaktadır. Borçlu borcunu zamanında ifa etmiş ve ifa konusu şey alacaklıda iken başka bir kaza sonucu telef olsa, alacaklının uğradığı zarar aynıdır; ancak alacaklının burada uğradığı zarar ile borçlunun temerrüdü arasında herhangi bir illiyet bağı mevcut değildir⁶⁵. Bu gerekçe ile borçlu farklı bir kaza sonucu telef olan şey nedeniyle uğranılan zarardan sorumlu olacaktır. Diğer taraftan, borçlanılan şeyin borçlunun elinde iken uğradığı kaza ile alacaklıya zamanında verilmiş olsaydı uğramış olacağı kazanın aynı tarihlere tesadüf ettiğinin tespitinin güç olacağı da savunulmaktadır⁶⁶. Bu görüş çerçevesinde borçlunun temerrüde düştüğü sırada sözleşme konusu tablonun çalınmış olması halinde, mütemerrit borçlu tablonun aynı tarihte alacaklının evinde olması durumunda da çıkan yangın sonucu telef olacağını ispatlaması; borçluyu sorumluluktan kurtaramayacaktır. Borçlunun bu örnekteki ihtimalde sorumluluktan kurtulmasının tek yolu temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ispatlayabilmekten ibarettir.

Diğer görüşe göre ise, temerrüt sonucu gerçekleşen beklenmedik hal ile sözleşme konusunun alacaklıda bulunduğu sırada gerçekleşen beklenmedik hal aynı türden olmak zorunda değildir⁶⁷.

İspat konusunda ortaya çıkması muhtemel spekülasyonları önlemek amacıyla, sözleşme konusuna isabet eden beklenmedik halde özdeşlik aramak yönündeki görüş daha yerindedir.

⁶³ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 763; Feyzioğlu, a.g.e., s. 246.

⁶⁴ Uygur, a.g.e., s. 765; Kazada özdeşliği aramanın hükmün amacına daha uygun olduğu yönünde bkz. Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 501.

⁶⁵ Feyzioğlu, a.g.e., s. 246.

⁶⁶ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 928.

⁶⁷ Eren, a.g.e., s. 1106; von Tuhr, a.g.e., s. 617; Tandoğan, a.g.e., s. 484.

D. PARA BORÇLARINDA TEMERRÜT FAİZİ ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Paranın genel değişim aracı olması ve başka türlü edimlerin değerini belirlemede ölçüt alınan şey olması sebebiyle; kanunda, para borçlarında temerrüde düşen borçlu bakımından daha ağır ve özel sonuçlar öngörülmüştür⁶⁸. İfasında gecikilen borcun para borcu olması halinde, borçlunun sorumluluğu TBK m. 120-122 hükümlerine göre belirlenir. Bu hükümlerde, para borçlarında temerrüde düşen borçlu bakımından temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Temerrüt faizi ödemek ise, borçlunun sorumluluğunun adeta alt sınırını oluşturur. Çünkü TBK m. 122’de alacaklının temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zararı söz konusu olursa, borçlunun ayrıca söz konusu aşkın zarardan da sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Borcun konusu belirli yahut belirlenebilir bir para meblağı ifade eden mali gücün alacaklıya aktarılması yükümlülüğünü ifade ediyorsa, para borcunun varlığından söz edilir⁶⁹. Temerrüt faizi, kaynağı ister sözleşme, ister sebepsiz zenginleşme yahut haksız fiil olsun yalnızca para borçlarında temerrüde düşülmesine özgü bir yükümlülüktür. Para borcu dışındaki borçlarda, edimin değeri parasal olarak ifade edilse bile temerrüt faizi bu edimler bakımından uygulanmaz⁷⁰. Diğer taraftan para borcunun doğduğu sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme bile olsa, temerrüdün para borçlarına ilişkin genel hükümleri aynen uygulama alanı bulabilecektir⁷¹.

Para borçlarında, borçlu temerrüdünün özel bir sonuç doğurması sebebiyle kısaca para borcunun niteliğini açıklamak gerekir. TBK’ da para borçlarının ödenmesine ilişkin hükümler yer almakla birlikte, para kavramı ve para borcu kavramının bir tanımı verilmiş değildir. Para kavramı, somut ve soyut olmak üzere iki farklı anlamı bir arada bulundurmaktadır. Somut olarak para, devlet veya onun yetkilendiği bir organ tarafından tedavüle çıkarılan ve alışveriş hayatında mübadele aracı olarak kullanılan, kağıt veya madenlerden oluşan sembollerini ifade ederken; diğer anlamıyla para, birimle ifade edilen ve

⁶⁸ Belen, a.g.e., s. 287.

⁶⁹ Barlas, a.g.e., s. 10; Emin Zeytinoğlu, “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 8, 2005, ss. 253- 263, s.254.

⁷⁰ Eren, a.g.e., s. 1099.

⁷¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 694.

her türlü mal ve hizmet edimleri için değer ölçüsü olan soyut mali gücü ifade etmek üzere kullanılır⁷².

Para borçlarının, iki farklı anlamı taşıması ve cins borcunun özel bir türünü oluşturması sebebiyle; somut, yani maddi anlamda para kimi zaman parça kimi zaman da çeşit borcuna konu olmakta ve bu hallerde para borcunun varlığından söz edilememektedir. Örneğin, eski başbakan A tarafından imzalanmış bir adet banknotun satış sözleşmesine konu olması halinde somut olarak para parça borcunun konusunu oluşturduğundan; burada para borcunun varlığından söz edilemez.⁷³ Dolayısıyla söz konusu örnekteki imzalı paranın sözleşmenin karşı tarafına zamanında teslim edilmemesi halinde, borçlunun karşılıksız veya sebepsiz olarak paradan yararlanması mümkün ve söz konusu olmadığından⁷⁴; para borcuna ilişkin temerrüdün özel sonuçları burada uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak şartları gerçekleşmiş ise, alacaklı borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle gecikme tazminatı talep edebilecektir.

TBK m. 120' de para borcunu ödemede temerrüde düşen borçlunun temerrüt faizi ödeyeceği belirtilmiştir. Para borçlarının zamanında ifa edilmemesi, hem alacaklı hem de borçlu bakımından iki ayrı sonuç doğurmaktadır. Öncelikle borçlu alacaklının parasını elinde bulundurmamak suretiyle, alacaklının temerrüt süresince bu parayı kullanarak ekonomik menfaat elde etme, parayı değerlendirme imkanından yoksun kalmasına sebep olmakta; ayrıca borçlu bu parayı elinde bulundurduğu sürece faiz geliri elde edebileceği gibi, bir gelir elde etmese dahi karşılıksız kredi sağlayan konumunda olmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında bu şekilde bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanması ve sebepsiz zenginleşen borçlunun zenginleşmeyi iade etmesi gerekmektedir⁷⁵. Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün öngörülmesinin altında yatan düşünce, başka bir ifadeyle temerrüt faizinin hizmet ettiği amaç taraflar arasında bozulan menfaat dengesinin tekrar tesis edilmesidir.

Temerrüt faizi yasal bir faiz olup, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü doğar doğmaz muaccel hale gelir; temerrüt faizi ödeme borcunun doğması için borçlunun temerrüde

⁷² Barlas, a.g.e., s. 6-7.

⁷³ Barlas, a.g.e., s. 11, Yazar tedavülden kalkmış paralardan oluşan koleksiyon örneğini ise maddi anlamda paranın cins borcuna konu olmasına örnek vermektedir.

⁷⁴ Eren, a.g.e., s. 1101.

⁷⁵ Eren, a.g.e., s. 1100.

düşmüş olması ve sözleşme konusunun bir miktar paradan oluşması gerekli ve yeterlidir⁷⁶. Dolayısıyla para borçlarında temerrüde düşen borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün doğması bakımından, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olup olmaması önem taşımamaktadır⁷⁷. Hatta borçlu kusursuzluğunu ispat etmiş olsa dahi temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Temerrüt faizi paranın bir ödeme aracı olmasının yanı sıra, yatırım aracı da olması özelliği sebebiyle; alacaklının paranın kullanma karşılığı olan faizinden yoksun kalmasının karşılığı olan asgari zarar kalemini karşılamaktadır⁷⁸. Burada kanun koyucu kusursuz sorumluluk ilkesine göre, alacaklıyı zarara uğramış gibi kabul etmekte ve bu zararı asgari ölçüde temerrüt faizi ile karşılamayı amaçlamaktadır⁷⁹. Borçlu olağanüstü bir sebepten dolayı ifada gecikmiş olsa dahi temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır⁸⁰.

Bunun yanında, alacaklı borçlunun temerrüde düşmesi sonucu bir zarar uğramış olsun veya olmasın, borçlu temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır⁸¹. Çünkü temerrüt faizi, para borçlarında uygulanan aksi ispat edilemez bir zarar karinesi niteliğindedir; kanun koyucu alacaklının zararı olduğunu farz etmekte ve bu karineye dayalı olarak alacaklı lehine adeta bir götürü tazminat belirlemektedir⁸². Dolayısıyla alacaklı temerrüt faizi talep edebilmek için, zararın varlığını ispatlamak zorunda kalmayacaktır⁸³. Diğer taraftan, hakimın temerrüt faizine hükmedebilmesi için, alacaklının asıl alacak ile birlikte

⁷⁶ Velidedeoğlu- Özdemir, a.g.e., s. 240; Havutçu, a.g.m., s. 327, Uygulamada zarar veya tazminat faizi olarak adlandırılan bir kavram da mevcuttur. Tazminat faizi, açılan tazminat davalarında hüküm verilmesinden önceki tarihten, hüküm tarihine kadar zarar miktarına işletilecek olan faizi ifade etmektedir. Bu uygulamanın amacı, zarar tarihinden hüküm tarihine kadar geçen sürede alacaklıyı ekonomik koşullardaki olumsuz değişimlerden korumaktır. Tazminat faizi, temerrüt faizinden farklı olarak kabul edilmektedir; kanuni faiz oranı üzerinden hesaplanan tazminat faizi zarar veya iade alacağının bir unsurunu oluşturmakta ve tazminat faizinin eklenmesiyle bulunan meblağa hüküm tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilmektedir.

⁷⁷ Baştuğ, a.g.e., s. 276; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 764; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 930, Eserde temerrüt faizi, sırf temerrüt olayının bir sonucu olduğundan, kusursuz sorumluluğun görünümünden biri olarak nitelendirilmiştir; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 503; Uygur, a.g.e., s. 768; Çiğdem Mine Yılmaz, **Mortgage Sisteminin Hukuki Niteliği ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri**, Yetkin, Ankara, 2012, s. 139.

⁷⁸ Rona Serozan, "Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılansında Eşitsizlikler", **İÜMHAD**, Cilt: 20, 1996, ss.41- 48, s. 44.

⁷⁹ Zeytinoğlu, a.g.m., s. 255; Vedat Buz, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", **Yargıtay Dergisi**, Sayı: 3, Temmuz 1998, ss. 369- 410, s. 393.

⁸⁰ Feyzioğlu, a.g.e., s. 247.

⁸¹ Velidedeoğlu- Özdemir, a.g.e., s. 240; Baştuğ, a.g.e., s. 276; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 503; Çiğdem Mine Yılmaz, a.g.e., s. 139.

⁸² Eren, a.g.e., s. 1100; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 503; Çiğdem Mine Yılmaz, a.g.e., s. 139.

⁸³ Feyzioğlu, a.g.e., s. 247.

veya zamanaşımı süresi dolmadan bağımsız olarak temerrüt faizi talep etmiş olması gerekir; aksi halde hakim re'sen bu tazminata hükmetmez⁸⁴. Temerrüt faizini ödemede temerrüde düşen borçlu hakkında tekrar temerrüt faizi işletilemez; çünkü faiz borcuna faiz yürütülmesi mümkün değildir⁸⁵.

Temerrüt faizi, para borçlarında temerrüdün doğrudan sonucu olduğundan; temerrüde düşen borçlunun temerrüde düştüğü tarihten itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar⁸⁶. Temerrüt faizi, belirli vadeli sözleşmelerde ifa gününün sona erdiği tarihten; borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar şartının arandığı hallerde ise, ihtarın borçluya vardığı tarihten itibaren işlemeye başlar⁸⁷. Temerrüt faizi, borcun ifası tarihine kadar işlemeye devam eder. Borçlunun, para borçlarında temerrüde düşmesi bakımından TBK'da özellikli bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık para borçlarında ifayı kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla, para borçlusunun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceğine ilişkin 29.05.2000 tarihli 2000/35 sayılı AB Yönergesi mevcuttur. Buna göre, para borçlarında temerrütle mücadele için para borçlusunun ihtarı hak etmediği bütün olgular bakımından, borçlunun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceği kabul etmiştir⁸⁸. İç hukuku bu yönerge ile uyumlaştırmak amacıyla Alman Medeni Kanunu m. 286'da değişiklik yapılmış ve bu hükme göre sözleşme konusu edimin ivazı niteliğinde olan para borçlarında, fatura veya ödeme belgesinin para borçlusuna ulaşması ve muacceliyetten itibaren 30 gün içinde ödeme yapmayan borçlu ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmektedir⁸⁹.

TBK m. 121'de, temerrüt faizi dışındaki faiz borçları, irat borçları ve bağışlanan bir miktar paranın geri ödenmesinde temerrüde düşüldüğü takdirde; temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı ana ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu tip para borçlarında, temerrüt faizi alacaklının icra takibi başlattığı veya dava açtığı tarihten itibaren işlemeye başlar. TBK m. 121/II'ye göre, taraflar bu düzenlemenin aksine anlaşma yaparak, temerrüt

⁸⁴ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 930; Eren, a.g.e., s. 1102; Çiğdem Mine Yılmaz, a.g.e., s. 140.

⁸⁵ Baştuğ, a.g.e., s. 277; Eren, a.g.e., s. 1102; Aksi yönde bkz. Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 766-777.

⁸⁶ Baştuğ, a.g.e., s. 276; İlhan Helvacı, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları Çerçevesinde Munzam Zararın İspatı", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, XII Levha, İstanbul, 2011, ss. 269- 273, s. 269.

⁸⁷ Velidedeoğlu- Özdemir, a.g.e., s. 240; Eren, a.g.e., s. 1101.

⁸⁸ Havutçu, a.g.m., s. 327.

⁸⁹ Havutçu, a.g.m., s. 327; Serozan, "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", a.g.m., s. 44.

faizinin temerrüt tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını kararlaştırabilirler; ancak bu anlaşma cezai şart hükümlerine tabi olacaktır⁹⁰.

Borçlu temerrüdünde, temerrüt faizi oranını belirlerken adi işlem ve ticari işlemler arasında ayırım yapmak gerekir. Adi işlemlerde, TBK m. 120, temerrüt faizi oranının sözleşmeyle kararlaştırılmadığı hallerde, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bu düzenleme ile 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a yollama yapılmaktadır⁹¹. 3095 sayılı Kanun m. 2 gereğince, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. 3095 sayılı Kanun m. 1' de ise, faiz oranı taraflarca belirlenmediği takdirde, borçlunun yıllık yüzde oniki oranı üzerinden ödeme yapacağı belirtilmekle birlikte; aynı hükmün ikinci fıkrasında Bakanlar Kurulu'na bu oranı aylık olarak belirleme, yüzde onuna kadar indirme veya bir katına kadar artırma yetkisi verilmiştir. 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kanuni temerrüt faizi oranı, 1.1.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık % 12'den % 9'a indirilmiştir.

TBK m. 120/II' ye göre, taraflar sözleşmede farklı bir oran belirleyebilirler; ancak tarafların belirlediği temerrüt faizi oranı, kanuni temerrüt faizi oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Dolayısıyla tarafların belirleyeceği temerrüt faizi oranının üst sınırı şimdilik yıllık %18' dir. Kanun koyucunun faiz hususunda emredici nitelikte üst sınır belirlemesinin amacı, sosyal ve iktisadi sebeplerle zayıf olan tarafı korumaktır. Tarafların bu sınırı aşan bir faiz oranı belirlemeleri halinde, tam hükümsüzlük yerine, anlaşma ile faiz oranı olarak belirlenebilecek en yüksek sınır üzerinden geçerli sayılarak bir çeşit kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulanır⁹².

Tarafların sözleşmede faiz oranı kararlaştırmasıyla ilgili diğer bir ihtimal de, taraflar sözleşmede temerrüt faizi oranı belirlememiş olmalarına karşılık anapara faizi oranı belirlemiş olabilirler. Sözleşmede para alacağı için, kanuni temerrüt faizi oranının altında bir anapara faiz oranı kararlaştırılmış ise, daha yüksek olan kanuni temerrüt faizi

⁹⁰ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 509.

⁹¹ İnan-Yücel, a.g.e., s. 622.

⁹² Nagehan Kırkbeşoğlu, " 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme", **BATİDER**, C. 28, S. 4, 2012, ss. 145- 172, s. 147.

oranı uygulanacaktır⁹³. Taraflar sözleşmede, anapara faizi olarak kanuni temerrüt faizinden daha yüksek bir oran belirlemişlerse, TBK m. 120/III uyarınca belirlenen anapara faizi temerrüt faizi olarak da uygulanmaktadır. Anlaşmada belirlenen daha yüksek faiz oranının uygulanabilmesi için alacaklının talebi de aranmamaktadır⁹⁴.

Ticari işlemlerde temerrüt faizini saptarken TTK dikkate alınır ve TTK m. 9 düzenlemesi de temerrüt faizine ilişkindir⁹⁵. Söz konusu düzenleme de yine 3095 sayılı Kanun'a atıf yapmaktadır. Ticari işlerde de temerrüt faizi oranı taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, 3095 sayılı Kanun m. 1' e göre belirlenir. Dolayısıyla ticari işlerde de kanuni temerrüt faizi oranı yıllık % 9' dur. Diğer taraftan 3095 sayılı Kanun m. 2/II' ye göre, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, kanuni temerrüt faizi oranından fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Adi işlerden farklı olarak, ticari işlerde para borçlarında alacaklıya daha yüksek orandan temerrüt faizi talep etme imkanı verilmiştir. Kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı, 14.12.2014 tarihi itibarıyla yıllık % 10,5'tir. TTK m. 8'e göre, ticari işlerde taraflar faiz oranını belirlemede serbesttirler. Kuşkusuz tarafların faiz oranını diledikleri gibi belirleme özgürlüğünün, diğer bir ifadeyle serbestisinin sınırını; kanunun emredici hükümleri, ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları ve gabine ilişkin hükümler oluşturur⁹⁶. Adi işlerde olduğu gibi taraflar sözleşmede daha yüksek bir akdi faiz kararlaştırmışlarsa, temerrüt faizi için bu oran uygulanır.

Ticari işler için söz konusu olan temerrüt faiz oranının, taraflarca belirlenmesinde TBK m. 120' deki üst sınırın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, TBK m. 120/II' de belirtilen üst sınır, ticari işlerde uygulanacak olan temerrüt faizi bakımından uygulama alanı bulur; dolayısıyla tarafların sözleşme ile belirleyebileceği faiz oranının üst sınırı ticari işlerde yıllık % 21'dir⁹⁷. Diğer

⁹³ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 504; Barlas, a.g.e., s. 153.

⁹⁴ Barlas, a.g.e., s. 153.

⁹⁵ İnan-Yücel, a.g.e., s. 622.

⁹⁶ Eren, a.g.e., s. 1101; Sözleşme serbestisi ve sınırları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çiğdem Mine Aslan, **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Yetkin, Ankara, 2006, s. 49 vd.

⁹⁷ Kırkbeşoğlu, a.g.m., s. 159.

görüŖe göre, TBK m. 120 ve TTK m. 8 aynı anda yürürlüğe giren özel hüküm niteliğinde düzenlemeler olduğundan, ticari faizlerde TBK’ da belirlenen üst sınırlar uygulanamayacağı gibi; TTK m. 9 hükmündeki “ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır” ifadesinin TBK’ da düzenlenen üst sınırlara atıf yaptığından da söz edilemez⁹⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre ticari işlerde temerrüt faizinin üst sınırı bulunmamakla birlikte; çok yüksek ticari temerrüt faizi, cezai şartın tenkisine ilişkin TBK m. 182’nin kıyasen uygulanmasıyla indirilmesi veya ahlak kuralları ile kişilik hakkına aykırılık sebebiyle kısmen geçersiz sayılması söz konusu olabilir⁹⁹.

Para borçları, yabancı bir ülkenin para birimi ile de ifade edilebilir ki bu halde yabancı para borcunun varlığından söz edilir. Yabancı para borçlarında, borçlunun alacaklıya sağlamayı taahhüt ettiği soyut mali güç yabancı para birimiyle ifade edilmektedir¹⁰⁰. Yabancı para borçlarında, edimin ifasının mutlaka yabancı para birimiyle ödenmesi kararlaştırılabileceği gibi, bu şekilde bir aynen ödeme kaydının bulunmaması halinde borçlu sözleşmede kararlaştırılan yabancı paranın TL karşılığını ödemek suretiyle de borcundan kurtulabilir. Bu bağlamda yabancı para borçları gerçek ve gerçek olmayan yabancı para borcu olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁰¹. Borcun sona ermesi için, borçlunun mutlaka belirlenen yabancı para birimiyle ifade bulunmasının gerekli olduğu hallerde gerçek yabancı para borcundan; borçlunun aynen veya belirlenen yabancı para biriminin TL karşılığı ile ifade bulunabileceği hallerde ise gerçek olmayan yabancı para borcundan söz edilir.

Gerçek yabancı para borcunun ifasında borçlu temerrüde düŖtüğü takdirde; 3095 sayılı Kanun m. 4/a uyarınca, sözleşmede daha yüksek bir akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı takdirde yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.

Gerçek olmayan yabancı para borçları bakımından ise, öncelikle TBK m. 99/III hükmü incelenmelidir. TBK m. 99/III’ e göre, “Ülke parası dışında başka bir para birimiyle

⁹⁸ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 507.

⁹⁹ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 507.

¹⁰⁰ Barlas, a.g.e., s. 13.

¹⁰¹ Serkan Ayan, “Yabancı Para Borçlarının İfası”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 511-570, s. 524.

belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.” Bu hükme karşılık gelen 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 83/III’ te aynen ödeme kaydı bulunmayan yabancı para borcunu ödemede temerrüde düşen borçluya karşı, alacaklının iki seçimlik yetkisi¹⁰² mevcut idi. Alacaklı vade veya fiili ödeme günündeki döviz kuruna göre TL ile ödemeyi talep edebilmekteydi. TBK m. 99/III ile bu iki seçimlik yetkinin dışında alacaklıya aynen ödeme talebinde bulunma imkanı da tanınmıştır. Bu düzenlemelerin amacı, özellikle yüksek enflasyonun olduğu dönemlerde alacaklıyı, döviz kurlarında meydana gelen artışların olumsuz etkilerinden korumaktır¹⁰³. Böylece alacaklı, aşkın zarara ilişkin düzenlemeye başvurmak zorunda kalmaksızın kur farkından dolayı oluşan zararını TBK m. 99/III ile giderebilme olanağına sahip olmaktadır¹⁰⁴.

TBK m. 99/III hükmünün, borçlu temerrüdü bakımından önemli bir noktası “borcun ödeme gününde ödenmemesi” ifadesidir. Söz konusu ifadeden ne anlaşılması gerektiği ise bir taraftan doktrinde tartışmalı olup diğer taraftan kanunun bu ifadesi eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, alacaklının seçimlik yetkilerini kullanabilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekli değildir, çünkü hükümde alacaklı lehine imkanların doğması borçlunun ifa zamanında ödemede bulunmamasına bağlanmış sonuçlardır ve borçlu temerrüdü oluşmasa bile muacceliyet gerçekleştiğinde alacaklının seçimlik hakları ortaya çıkar¹⁰⁵. Diğer görüşe göre ise, hükümde geçen “borcun ödeme gününde ödenmemesi” ifadesi muacceliyeti değil temerrüdü ifade etmektedir. Çünkü borçluyu temerrüde düşürmeyen alacaklıya söz konusu düzenlemedeki seçimlik imkanların tanınmasına gerek bulunmamaktadır¹⁰⁶. Ayrıca bu ifadeden borcun muaccel olmasının yeterli olduğu anlaşılacak olursa; TBK m. 99/II’ de gerçek olmayan yabancı para

¹⁰² Alacaklıya tanınan bu imkanın bir seçimlik yetki niteliği taşımadığı, çünkü burada asıl edim ve alacaklının seçmeye yetkili bulunduğu bir yedek edimin bulunmadığı; dolayısıyla alacaklıya yalnızca ifa konusunu miktar bakımından etkileyebilecek bir tercih imkanının sunulduğu yönünde bkz. Barlas, a.g.e., s. 100.

¹⁰³ Vedat Buz, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Ankara Barosu**, 12-13 Mayıs 2011, ss. 165-177, s. 167.

¹⁰⁴ Cem Baygın, “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri- Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, **EÜHFĐ**, C. XIV, S. 3-4, 2010, ss. 119- 144, s. 129.

¹⁰⁵ Barlas, a.g.e., s. 100; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 514-515.

¹⁰⁶ Ayan, a.g.m., s. 549.

borçlarında borçluya verilen ödeme günündeki rayiç üzerinden TL olarak ödeme şeklindeki seçimlik hak ile TBK m. 99/III hükmü çelişecektir¹⁰⁷. Dolayısıyla bu iki fıkradan birinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle TBK m. 99/III' ün kanundan çıkarılması yahut “borcun ödeme gününde ödenmemesi” ifadesinin, “borçlunun borcunun ifada temerrüde düşmesi durumunda” şeklinde değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁸. TBK m. 99/III' te alacaklıya tanınan seçimlik hakların temerrüt halinde uygulanacağı ve maddedeki tartışma yaratan ifadenin yukarıda belirtilen gerekçe ile düzeltilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız.

TBK m. 99 ile ilgili açıklamalardan sonra, gerçek olmayan yabancı para borçlarında temerrüt faizinin ne şekilde uygulanacağını açıklanması gerekir. Öncelikle, alacaklının aynen ödemeyi tercih etmesi durumunda, gerçek yabancı para borçlarındaki gibi bir uygulama söz konusu olacaktır. Alacaklı, temerrüt tarihinden borçlunun fiili ödemedede bulunduğu tarihe kadar yabancı para borçlarına uygulanan faiz üzerinden temerrüt faizi talep edebilir. Alacaklının, fiili ödeme tarihindeki döviz kurunun TL karşılığının ödenmesini talep ettiği takdirde de yine hesaplama aynı şekilde yapılacaktır¹⁰⁹. Yabancı paraya uygulanan faiz oranı temerrüt tarihinden itibaren hesaplanarak, fiili ödeme günündeki efektif satış kuru üzerinden miktar TL' ye çevrilir. Son olarak alacaklının, borcun vade, diğer bir deyişle muacceliyet tarihindeki TL karşılığını talep etmesi halinde ise temerrüt faizinin nasıl uygulanacağı hususunda iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, alacaklının vade tarihindeki kur üzerinden hesaplama yapılmasını talep etmesiyle birlikte muacceliyet tarihi itibariyle borç artık TL' ye dönüşmüş olacağından Ülke parasına uygulanan temerrüt faizi oranı dikkate alınır¹¹⁰. İkinci görüşe göre ise, alacaklı vade tarihindeki kur üzerinden alacağının hesaplanmasını talep etmiş olsa dahi yabancı para borcu olma niteliği değişmediğinden; temerrüt faizi yabancı para olarak 3095 sayılı Kanun

¹⁰⁷ Buz, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, a.g.m., s. 170.

¹⁰⁸ Buz, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, a.g.m., s. 170.

¹⁰⁹ Ayan, a.g.m., s. 560.

¹¹⁰ Ayan, a.g.m., s. 557; “Alacaklının, vade tarihindeki kur üzerinden ödeme yapılmasını istemesi halinde ise bu tarihten itibaren Türk Parası alacağına dönüşen alacağına 3095 Sayılı Kanunun 2. maddesine göre yasal faiz isteyebilir.”, Yargıtay 12. HD, T. 23.9.2010, E. 2010/8268, K. 2010/20864, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.5.2015)

m. 4/a uyarınca hesap edilerek bulunan miktar, vade tarihindeki kura göre TL'ye çevrilmelidir¹¹¹.

E. PARA BORÇLARINDA AŞKIN ZARARDAN SORUMLULUK

Kanun koyucu, borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı ilk planda temerrüt faizi ile gidermeyi amaçlamış; alacaklının zarara uğradığını ve borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamaksızın, zararını elde edeceği temerrüt faizi ile gidermesini öngörmüştür¹¹². Diğer taraftan para borçlarında borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarar, temerrüt faizinden fazla olabilir; bu zarara aşkın zarar (munzam zarar) adı verilmektedir¹¹³. Aşkın zarar temerrütten kaynaklanan, fakat temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar olup; borçlunun temerrüde düştüğü andan fiili ödeme tarihine kadarki süreçte gerçekleşen zararı kapsamaktadır¹¹⁴. Aşkın zarar, tıpkı temerrüt faizinde olduğu gibi, kaynağı ne olursa olsun para borçlarında söz konusu olmaktadır¹¹⁵.

Aşkın zararı tazmin yükümlülüğü, asıl borç ve temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden farklıdır. Aşkın zararın hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması, borcun zamanında ifa edilmemesi şeklindeki borca aykırılık olup; aşkın zararı tazmin yükümlülüğü borçlunun temerrüde düşmesi ile oluşmaya başlayan ve borcun ifasına kadar artarak devam eden, asıl borçtan bağımsız yeni bir borçtur¹¹⁶. Bu nedenledir ki, alacaklı

¹¹¹ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 515; Barlas, a.g.e., s. 92.

¹¹² Barlas, a.g.e., s. 187.

¹¹³ Eren, a.g.e., s. 1106; “Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar şeklinde tanımlanabilir.”, Yargıtay HGK, T. 13.6.2012, E. 2011/18-730, K. 2012/373, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.5.2015)

¹¹⁴ İnan-Yücel, a.g.e., s. 623; Zeyinoğlu, a.g.m., s. 256; “Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar şeklinde tanımlanabilir. BK'nun 105. maddesi, kaynağı ne olursa olsun, temerrüt faiz yürütülebilir nitelikte olmak koşuluyla bütün para borçlarında uygulanma olanağına sahiptir. Borcun dayanağı haksız fiil, sözleşme, nedensiz zenginleşme, kanun veya vekâletsiz işgörme olabilir. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, munzam zarar borcunun hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuka aykırılıktır.”, Yargıtay HGK, T. 28.11.2012, E. 2012/11-418, K. 2012/874, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.5.2015)

¹¹⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 698.

¹¹⁶ Uygur, a.g.e., s. 798; “Ticari hayatta, kişi ve kurumların, alacak borç ilişkileri dahilinde, karşılıklı edimlerini ifa aşamasında temerrüde düşmeleri halinde, para alacaklısı yönünden temerrüt faiziyle giderilemeyen birtakım ekstra zararların oluşması mümkündür. İşte bu nitelikte, temerrüt faizini aşan ek (munzam) zararların varlığı halinde dava yoluyla talep edilmesi olanaklı olup, bu konuda açılacak olan davalarda ispat külfeti, munzam zarara uğradığını iddia eden davacıya aittir. Ancak önemle

asıl alacağın temerrüt faiziyle birlikte tahsiline yönelik açtığı davada veya başlattığı icra takibinde aşkın zarar hakkını saklı tutmasa dahi; aşkın zararı ayrı, bağımsız bir dava ile zamanaşımı süresi içinde talep edebilir¹¹⁷. Aşkın zarar, asıl borcun bir uzantısı olduğundan, asıl borç bakımından geçerli olan zamanaşımına ilişkin hükümler aşkın zarar bakımından da uygulanır¹¹⁸. Katıldığımız diğer bir görüşe göre, aşkın zararın giderilmesine yönelik tazminat talebi bağımsız nitelikte olduğundan ve asıl borcun kapsamında veya bir uzantısı olarak kabul edilemeyeceğinden; asıl borcun kaynağı ne olursa olsun aşkın zarar talebi TBK m. 146'da düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olmalıdır¹¹⁹.

Hukuki niteliği bakımından aşkın zarar, öğretide genellikle bir müspet zarar türü olarak değerlendirilmektedir¹²⁰. Diğer taraftan, bir görüşe göre, aşkın zararı müspet ya da menfi zarar türlerinden birine dahil etme zorunluluğu bulunmamakta; somut olayın özelliklerine göre aşkın zarar, bazı hallerde menfi, bazı hallerde ise müspet zarar olarak karşımıza çıkmaktadır¹²¹.

Aşkın zarar, fiili zarar şeklinde ve yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkabilir¹²². Aşkın zarar kapsamındaki talebin ilk kalemini genellikle alacaklının, alacağını elde etme üzere, ihtarda bulunmak, dava açmak, icra takibi başlatmak gibi girişimlerde bulunması

vurgulanmalıdır ki; munzam zarar alacağının tespiti konusunda anapara alacağının ve temerrüt faizinin tahsil edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu haliyle temerrüt oluşuktan sonra her aşamada munzam zarar iddiasının ileri sürülmesi mümkündür.”, Yargıtay 11. HD, T. 4.7.2014, E. 2014/5363, K. 2014/12928, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.5.2015)

¹¹⁷ Eren, a.g.e., s. 1108; Uygur, a.g.e., s. 799; “borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü (BK.md.105), asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar geçen zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur. Munzam zarar, bu hukuki niteliği ve karakteri itibarıyla, asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibi veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması halinde dahi takip veya davanın konusuna dahil bir borç olarak da kabul edilemez. Hal böyle olunca, asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazi kayıt dermeyeranına da gerek bulunmamaktadır. Ayrı bir dava ile zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesi mümkündür.”, Yargıtay HGK, T. 13.6.2012, E. 2011/18-730, K. 2012/373, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.5.2015)

¹¹⁸ İnan-Yücel, a.g.e., s. 624.

¹¹⁹ Barlas, a.g.e., s. 226.

¹²⁰ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 941.

¹²¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 699.

¹²² Aşkın zararın yoksun kalınan kar şeklinde olduğu yönünde, “paranın yoğun ve sürekli olarak değer kaybettiği dönemlerde paranın değer yitirmesi hukuki nedenine dayanan, bu dönemde paranın sağlayacağı kazanç kaybindan doğan zarar istemleri ile sınırlıdır. Zarar bu niteliği itibarıyla "kaybedilen kazanç", "mahrum kalınan kar" niteliğindedir.”, Yargıtay İBKG, T. 8.10.1999, E. 1997/2, K. 1999/1, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.5.2015)

sonucu doğan masraflar oluşturur¹²³. Alacaklının, zamanında ifa edilmeyen borç nedeniyle kendi alacaklısına cezai şart veya daha yüksek oranda bir temerrüt faizi ödemek zorunda kalması, yine borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle daha yüksek faiz ile para sağlamak zorunda kalması hallerinde; alacaklının temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zararı söz konusu olur¹²⁴. Bunun gibi, alacaklının temerrüt sebebiyle kendisinin üzerinde kalması kesin olan ve büyük bir kar elde edeceği ihaleye katılamaması, temerrüt sebebiyle iflas etmesi yahut mallarının haczedilmesi hallerinde de aşkın zararı vardır¹²⁵.

Alacaklının temerrüt faizini talep edebilme bakımından sahip olduğu elverişli durum, aşkın zararı talep hususunda mevcut değildir¹²⁶. Şöyle ki alacaklının aşkın zararı talep edebilmesi için belirli şartların varlığı gereklidir. Aşkın zarar için tazminata hükmedilmesinin ilk şartı borçlunun kusursuz olduğuna yönelik kanıt getirmemiş olmasıdır¹²⁷. Aşkın zarar talebiyle karşılaşan borçlunun kusurlu olduğuna ilişkin kanuni karine mevcuttur ve borçlu temerrüt faizini aşan, alacaklı tarafından ispatlanan bu zararı ödemekten ancak kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek kurtulabilir¹²⁸. Buradaki kusur borçlunun temerrüde düşmedeki kusuru olup, borçlunun aşkın zararın doğmasına yol açan kusurunun varlığı yahut bu anlamda borçlunun kusursuz olduğunu ispatlaması sorumluluğuna etki etmez¹²⁹. Borçlunun aşkın zarardan sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiş ve borçluya kurtuluş kanıtı getirme imkanı verilmiş olmasına karşılık; para borçlusu bakımından temerrüde düşmede kusursuz olduğunun ispatı neredeyse olanaksızdır¹³⁰. Borçlunun parasının olmaması gerekçesi kusursuzluk

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, a.g.e., s. 196 vd.

¹²⁴ Velidedeoğlu- Özdemir, a.g.e., s. 243; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 512.

¹²⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 705.

¹²⁶ Barlas, a.g.e., s. 188; “Borçlar Kanununun 105. maddesi uyarınca aşkın zararın istenebilmesi için alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın bir zararının gerçekleşmesi, bu aşkın zarar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağının bulunması en önemlisi borçlunun kusursuzluğunu kanıtlayamamış olması gerekir.”, Yargıtay HGK, T. 7.5.2003, E. 2003/15-302, K. 2003/330, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.5.2015)

¹²⁷ Eren, a.g.e., s. 1108.

¹²⁸ Baştuğ, a.g.e., s. 277.

¹²⁹ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 941; Uygur, a.g.e., s. 799; “Munzam zarar sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanmakta olup, buradaki kusur borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur.”, Yargıtay HGK, T. 13.6.2012, E. 2011/18-730, K. 2012/373, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.5.2015), Borçlunun, alacaklının temerrüt faizinin üzerinde bir zarara uğramasında kusursuz olduğunu ispatlayarak TBK m. 122 anlamında sorumluluktan kurtulacağı yönünde bkz. Kılıçoğlu, a.g.e., s. 703; Altaş, “Munzam Zararda İspat Sorunu”, **AÜHFD**, Cilt: 50, Sayı: 1, 2001, ss. 121-130, s. 123.

¹³⁰ Serozan, “Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler”, a.g.m., s. 45.

olarak değerlendirilmemekte; kusursuzluğun ispatı, borçlunun mirasçı sıfatıyla borçlu olduğunu, temsilcisinin kendisini borçlandırdığını bilmeme gibi özel bilgisizlik halleri veya ifanın ulaştırma sırasında meydana gelen bir kaza, postanın gecikmesi sebebine dayandığı haller ile sınırlıdır¹³¹. Diğer taraftan TBK m. 122 nitelik itibariyle düzenleyici bir hüküm olduğundan, taraflar sorumsuzluk anlaşması yapmak suretiyle borçlunun aşkın zarardan sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler¹³².

Temerrüt faizinden farklı olarak, alacaklının aşkın zarar talep edebilmesi için; zararının temerrüt faizi ile karşılanamadığını ispatlaması gerekir¹³³. Alacaklı, geç ödeme sonucunda zarar meydana geldiğini ve zarar ile geç ödeme arasında uygun illiyet bağı olduğunu somut delillerle ispatlamalıdır¹³⁴. Aşkın zarar, özellikle borçlunun temerrüde düştüğü tarihten sonra paranın satın alma gücündeki azalma sonucu ortaya çıkmaktadır¹³⁵. Buna karşılık, alacaklının enflasyon sebebiyle para değerinin temerrüt faizi oranından fazla düştüğünü ileri sürmesinin, başlıca aşkın zararın ispatı için yeterli olup olmayacağı Türk hukuk doktrini ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Yüksek enflasyonun söz konusu olmadığı ülkelerde, genellikle bu tartışmalı durum ortaya çıkmamaktadır. Örneğin İsviçre’de enflasyon oranı düşük olduğundan, paranın değer kaybı temerrüt faizinin altında kalmakta ve alacaklının aşkın zararı söz konusu olmamaktadır. Bu nedenledir ki, İsviçre doktrin ve içtihatlarında, alacaklının aşkın zararı somut olarak ispat etmesi gerektiği konusunda görüş birliği mevcuttur¹³⁶. Benzer şekilde Alman hukukunda, paranın satın alma gücündeki kayıpların alacaklının malvarlığında etkisini göstermiş olması ve alacaklının bu zararı somut olarak ispatlaması halinde, aşkın zararı talep edebileceği; alacaklıya ispat kolaylığının ise yalnızca hiperenflasyon durumunda verileceği kabul edilmektedir¹³⁷.

Türk hukukunda bir görüşe göre, enflasyon sebebiyle paranın satın alma gücünü kaybettiği yönündeki iddia tek başına yeterli olmayıp, alacaklının paranın değer kaybı

¹³¹ Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 768; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 222.

¹³² Eren, a.g.e., s. 1108.

¹³³ Baştuğ, a.g.e., s. 277; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 511; Eren, a.g.e., s. 1108; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 705; Hüseyin Altaş, a.g.m., s. 122.

¹³⁴ Zeytinoglu, a.g.m., s. 259.

¹³⁵ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 943; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 696; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 222.

¹³⁶ Buz, “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, a.g.m., s. 370- 372.

¹³⁷ Buz, “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, a.g.m., s. 376.

sonucu aşkın zarara uğradığını somut olarak ispatlaması gerekir¹³⁸. Aksi takdirde, alacaklının somut olarak zararını ispat etmeksizin enflasyon oranında bir zarara uğradığı kabul edildiğinde; kanuni temerrüt faizi oranı otomatik olarak enflasyon oranına çıkarılmış olur¹³⁹. Diğer görüş, aşkın zararın somut olarak ispatlanması yükünün alacaklıya bırakılmasını eleştirilmekte; temerrüt faizi oranıyla vadeli faiz oranı arasındaki farkın hiçbir ispat yükü aranmadan, alacaklının talep edebileceğini savunmaktadır¹⁴⁰. Paranın değer kaybı halinde aşkın zararın somut olarak ispatı zor olduğundan; parasını zamanında elde edemeyen alacaklının enflasyon artış oranı kadar zarara uğramış olduğu fiili karine olarak kabul edilmelidir¹⁴¹. Yargıtay içtihatlarında da aşkın zararın ispatı hususunda, farklı değerlendirmeler mevcuttur. Enflasyon sebebiyle paranın satın alma gücündeki değer kayıplarının somut olarak ispatlanmasına gerek olmadığı yönünde kararlar olduğu gibi¹⁴²; alacaklının aşkın zararını somut olarak ispatlaması gerektiği yönünde de kararlar vardır¹⁴³. Yargıtay içtihatlarındaki farklılıklar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu önüne gelmiş ve Genel Kurul'un 08.10.1999 tarihli kararına göre; *"kaynağını değişik ve çok türlü maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin, içtihatların birleştirilmesi yolu*

¹³⁸ Uygur, a.g.e., s. 802; Zeytinoğlu, a.g.m., s. 260; Barlas, a.g.e., s. 211; Altaş, a.g.m., s. 125.

¹³⁹ Altaş, a.g.m., s. 128.

¹⁴⁰ Ertaş, a.g.m., s. 310.

¹⁴¹ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 943; Buz, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", a.g.m., s. 406; Serozan, "Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler", a.g.m., s. 45.

¹⁴² "...munzam zarar davalarında alacaklı, davacının isbat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel isbat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Örneğin, yaşanan hayatın gerçekleri ve deneyimlerinin zorunlu kıldığı herkesçe bilinen normal durumları ile fiili karineler, başka bir anlatımla M.K.nun 6. maddesinde ifadesini bulan genel kuralın istisnaları şeklinde isbat yükümünü ortadan kaldıran olgular, isbat hukuku açısından alacaklı yararına değerlendirilmeli; bunların aksini iddia eden borçluya isbat yükünün düştüğü kabul edilmeli, en önemlisi hükmedilecek zarar miktarı ve kapsamının tesbitinde B.K 43/2. madde ve fıkrası hükmünden yararlanılmalıdır. Ülkemizde yıllardır yüksek oranda seyreden enflasyon nedeniyle paramızın değerinin çok düştüğü bir gerçektir. Böyle bir ortamda alacağımı zamanında elde eden alacaklının bunu bir an önce banka mevduat faizine veya devlet tahviline yatırması veya dövize dönüştürmesi, yaşanan hayat gerçeklerine uygun bir davranış olur. Buna karşılık alacağımı geç alan alacaklının da zarar göreceği enflasyonun altında kalan faizinde bu zararı karşılamayacağı açıktır. Bu hal, zararın varlığı için fiili bir karine oluşturur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlar kamuca az veya çok herkesin bildiği, vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyim ile bunlar "maruf ve meşhur" vakıalardır ve bunların isbatına gerek yoktur.", Yargıtay 13.HD, T. 16.5.2002, E. 2001/7994, K. 2002/5671, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.5.2015)

¹⁴³ "Genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlanması gereken husus, enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, şahsen ve somut olarak geç ödemedi dolaylı zarar gördüğü keyfiyettir.", Yargıtay 18.HD, T. 11.3.2013, E. 2013/370, K. 2013/3521, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 17.5.2015)

ile tek bir ispat vasıtasına bağlanması; hakimin delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kurmasını öneren yasal kuralı sınırlandıracağı gibi hukukun zaman içinde gelişimini de önleyeceği sonucuna kavuşulmuş, bu düşünce ve sakıncalar önde tutularak içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemiştir¹⁴⁴.” Yargıtay içtihatlarındaki farklılıklar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun verdiği karardan önce var olduğu gibi, söz konusu karardan sonra da devam etmiştir.

Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde, enflasyon sebebiyle paranın satın alma gücünün kaybı şeklinde ortaya çıkan zararlarda, alacaklıya ispat kolaylığı sağlanması ve zararın oluştuğu yönünde fiili karinenin mevcut olduğunun kabulü gerekir. Öncelikle somut ve öznel ispat yükü alacaklı için oldukça ağırdır¹⁴⁵. Ayrıca borçlu aşkın zarardan sorumluluktan kurtulma imkanına zaten sahip olduğundan; edimini zamanında yerine getirmeyerek temerrüde düşen ve bu şekilde borca aykırı davranan borçluya, bir de paranın değer kaybından yararlanma olanağı da sunulmamalıdır.

Aşkın zarar, gerçek yabancı para borçları bakımından da söz konusu olabilir. Örneğin, borçlunun 1000 ABD Dolarını gerçek yabancı para borcu olarak borçlandığı bir olayda temerrüdün oluştuğu anda döviz kuru 1,5 TL iken, borcun ödendiği zamanda döviz kuru 1 TL’ye düşmüş ise; alacaklı borç zamanında ifa edilseydi bu parayı TL’ye çevireceğini ve bu şekilde temerrüt faizini aşan miktarda gelir elde edebileceğini ispatladığı takdirde bu zararını da aşkın zarar kapsamında talep edebilir¹⁴⁶. Buna karşılık gerçek olmayan yabancı para borçları için aynı sonuca varmak mümkün değildir. Gerçek olmayan yabancı para borçlarında, borçlunun temerrüde düşmesi halinde; yukarıda açıklanan TBK m. 99’un alacaklıya sağladığı seçimlik hakların varlığı karşısında, aşkın zarara ilişkin düzenlemenin en azından paranın satın alma değerinin düşmesinden kaynaklanan zarar bağlamında uygulanmasına ihtiyaç kalmamıştır¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Yargıtay İBGK, T. 8.10.1999, E. 1997/2, K. 1999/1; Çeşitli karar örnekleri için bkz. Helvacı, a.g.m., s. 270 vd.

¹⁴⁵ Serozan, “Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılansında Eşitsizlikler”, a.g.m., s. 45.

¹⁴⁶ Ayan, a.g.m., s. 526.

¹⁴⁷ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 513; Eren, a.g.e., s. 1107.

II. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDEKİ ÖZEL SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Borç doğuran sözleşmeler, borç altına giren taraf bakımından tek tarafa borç yükleyen ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılır¹⁴⁸.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan yalnızca bir tanesi edim taahhüdü altına girmektedir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri borçlu, diğeri ise alacaklı sıfatına sahip olduğundan; edimler arasından karşılıktan söz edilmesi mümkün değildir¹⁴⁹.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, tam iki tarafa borç yükleyen ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak sınıflandırılmaktadır. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri her zaman borç altına girerken, diğeri taraf bazı şartların gerçekleşmesi ile borç altına girer veya bazen de bir tarafın borcu, diğeri tarafın borcunun karşılığı olmayıp, karşı tarafın borcunu ifa etmesinin sonucudur¹⁵⁰. Başka bir ifade ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler karşılıklı olarak taahhüt edilmemekte; sözleşmenin kurulduğu safhada taraflardan biri edim taahhüdü altına girer ve diğeri tarafın borcu sözleşmenin ilerleyen safhalarında veya sona ermesi anında; karşı edim nedeniyle ve ondan bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵¹.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin her iki tarafı da borç altına girmektedir. Sözleşmenin taraflarından biri, karşı tarafın edimini taahhüt etmesine dayanarak, bir edim yükümlülüğü altına girmekte; dolayısıyla kendi edimini karşı tarafın edimi ile değiştirmeyi amaçlamaktadır¹⁵². Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borç ilişkisinin taraflarının taahhüt ettikleri edimler arasında bir karşılıklılık ilişkisi

¹⁴⁸ Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, 1995, s. 3; Borç altına giren taraf sayısı bakımından yapılan sınıflandırmada, bir de şirket sözleşmeleri vardır ki, bu sözleşmelerde tarafların iradeleri ortak bir amaca ulaşmak için aynı doğrultuda olup edimlerin karşılıklı değişimi de söz konusu değildir. Dolayısıyla şirket sözleşmeleri çok taraflı sözleşmeler olarak adlandırılarak ayrıca incelenmektedir, Tandoğan, a.g.e., s. 494; Havutçu, a.g.e., s. 6; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 343.

¹⁴⁹ Havutçu, a.g.e., s. 6; Eren, a.g.e., s. 1110, Bağışlama sözü verme bu tip sözleşmelere örnek gösterilebilir.

¹⁵⁰ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 342; Eren, a.g.e., s. 1110, Faizsiz ödünç sözleşmesi, ücretsiz vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek gösterilebilir.

¹⁵¹ Havutçu, a.g.e., s. 6.

¹⁵² Velidedeoğlu-Özdemir, a.g.e., s. 244; Yavuz, a.g.e., s. 771.

mevcuttur. Sözleşmelerin borç altına giren taraf sayısı bakımından sınıflandırılmasında, taahhüt edilen edimlerin niteliği dikkate alınmaktadır. Daha önce de açıklandığı üzere, borç ilişkilerinden; yalnızca o ilişkinin niteliğini belirleyen asli edim yükümlülükleri ortaya çıkmaz. Bu bağlamda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların taahhüt ettikleri edimlerin tamamı karşılıklı değişim ilişkisi içinde olmayabilir. Örneğin, kira sözleşmesinde karakteristik edimler olan, kiracının kira bedelini ödeme borcu ile kiralayanın sözleşme konusunun kullanımını kiracıya bırakma borcu karşılıklı değişim içinde olmasına karşılık; kiracının kiralananı iade borcu, sözleşme konusunun kendisine teslim edilmesinin bir sonucu olarak doğmaktadır¹⁵³. Kiracının kira konusunu iade borcu bakımından, kira sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Dolayısıyla, borçlu temerrüdünün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü sonuçlarının uygulanmasında edimlerin karşılıklı değişim içinde olup olmadığı dikkate alınacaktır. Kira sözleşmesi asli edimler bakımından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme de olsa, örnekte verilen kiracının kiralananı iade borcunda temerrüde düşmesi halinde; edimin niteliği gereği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü sonuçlar burada uygulanamayacaktır.

İfa engellerinin kural olarak borcun ifası ile aşılması söz konusu olmasına karşılık, ifanın imkansızlaşması, alacaklının ifaya ilişkin çıkarının sona ermesi veya dönme hakkının kullanılması ile ifa olmaksızın da engel aşılabilmektedir¹⁵⁴. Borçlunun temerrüde düşmesi şeklinde ortaya çıkan ifa engelini, aynen ifa olmaksızın aşılmasının örneğini TBK m. 125' te alacaklı lehine düzenlenen seçimlik imkanlar oluşturur. TBK m. 125' te, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının başvurabileceği seçimlik haklar düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklı aynen ifayı talep ve dava edebilir, buna ek olarak ifanın gecikmesi nedeniyle uğradığı zararları talep edebilir. Alacaklı gecikmiş sonraki ifayı talep etmekten vazgeçebilir; bu halde alacaklı ifa etmeme sebebiyle uğradığı zararları borçludan talep edebilir veya sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararları borçludan talep edebilir¹⁵⁵.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüde düştüğü takdirde kanun koyucu alacaklıya daha geniş seçimlik haklar tanımıştır. Tek tarafa borç yükleyen

¹⁵³ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 342- 343.

¹⁵⁴ Belling- Belen, a.g.m., s. 3030.

¹⁵⁵ Domes- Schmidt, a.g.m., s. 291.

sözleşmelerde, bu hakların tanınmamasının sebebi; karşı edimle yükümlü olmayan alacaklının, borçluya onun düşünmediği bir ifa şeklini yani tazminat ödeme yükümlülüğünü yüklemesinin adalete aykırı sonuçlar doğuracak olmasıdır¹⁵⁶. Buna karşılık tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının borçluya karşı yerine getirmiş olduğu yahut yerine getirmeye hazır olduğu bir karşı edim mevcut olduğundan; borçlunun kendi edimini yerine getirmemesi halinde alacaklının aynen ifadan vazgeçerek ya da sözleşmeden dönerek kendisine daha güvenilir bir sözleşme tarafı bulmasına¹⁵⁷ imkan verilmesi uygun bir çözümdür.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçları düzenleyen TBK m. 125, borçluyu korumaya yönelik bir hüküm olduğundan ve emredici nitelikte olduğundan, tarafların bu hükme aykırı sözleşme kayıtları koyması mümkün değildir¹⁵⁸.

B. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARI KULLANMASI BAKIMINDAN ARANAN ŞARTLAR

Kanun koyucu TBK m. 125 ile alacaklı tarafın menfaatini ön planda tutmasına ve alacaklıya seçimlik haklar tanımış olmasına rağmen; alacaklının seçimlik imkanlara başvurabilmesi için belirli şartların varlığını aramıştır.

Kuşkusuz öncelikle aranan şartlar, borçlunun temerrüde düşmesi ve temerrüde düştüğü edim bakımından sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf da hem alacaklı hem borçlu olduğundan; borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için taraflardan birinin borcunu ifa etmiş veya en azından ifayı teklif etmiş olması gerekir¹⁵⁹. Borç ilişkisinde, bir taraf borcunu ifa etmesine veya ifayı teklif etmesine rağmen, karşı taraf edimini ifa zamanında yerine getirmemiş ve temerrüdün diğer şartları da gerçekleşmiş ise, borçlu temerrüdünden söz edilir.

¹⁵⁶ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 945.

¹⁵⁷ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 945.

¹⁵⁸ Ertaş, a.g.m., s. 310.

¹⁵⁹ Tandoğan, a.g.e., s. 490; İnan-Yücel, a.g.e., s. 624; Eren, a.g.e., s. 1110, Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlanılan edim ile karşı edim arasında bir değişim ilişkisi mevcut olduğundan, taraflardan her biri hem kendi ediminin borçlusu hem de karşı edimin alacaklısı konumundadır.

1. Borçluya Ek Süre Verilmesi

Alacaklının TBK m. 125' te düzenlenen seçimlik haklara başvurabilmesi için aranan şartlardan diğeri ise, borçluya uygun bir ek süre vererek, borcunu ifa etmesi için son bir şans tanımaktır¹⁶⁰. TBK m. 123' e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Alacaklının borçluya belirli bir tarihe kadar ifada bulunması gerektiği yönündeki irade beyanı ek süre verilmesi olarak adlandırılmaktadır¹⁶¹. Borçluya ek süre verilmesi, alacaklının aynen ifadan vazgeçip tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarından birini kullanma kararında olması hallerinde söz konusu olur¹⁶². Alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme hakkı aynı zamanda temerrüdün genel sonuçlarından olup, borçlunun ifa şeklini değiştirir nitelikte olmadığından; aynen ifa talebinde bulunan alacaklının ayrıca ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan, alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi veya sözleşmeden dönmek istemesi hallerinde, borçlunun edim yükümlülüğü tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşmektedir; bu nedenle borçluya ek süre verilmesi, borçlunun aynen ifada bulunması için son bir şans verilmesi amacını taşımaktadır. Borçluya ek süre verilmesinde, verilen süre içinde ifada bulunulmasının gerektiği açıkça belirtilmeli ve tıpkı ihtarda olduğu gibi ifası talep edilen edimin hangisi olduğu açıkça bildirilmelidir¹⁶³.

Borçluya ek süre verilmesi hukuki nitelik olarak alacaklının ihtarı ile aynı olup, hukuki işlem benzeri fiildir¹⁶⁴. Borçluya ek süre verilmesi hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan, ek sürenin dolması ile birlikte ortaya çıkan sonuçlar kanun gereği, kendiliğinden gerçekleşmektedir; diğeri bir anlatımla söz konusu sonuçlar alacaklının iradesinden bağımsız olarak gerçekleşir¹⁶⁵. Bu nedenle, ek süre verilmesi beyanında borçlunun edimi ifa etmemesi halinde karşılaşılabilecek sonuçlar hakkında bir bilgi yahut uyarının yer alması gerekli değildir¹⁶⁶. Borçluya ek süre verilmesi, alacaklının TBK m.

¹⁶⁰ Baştuğ, a.g.e., s. 278.

¹⁶¹ Eren, a.g.e., s. 1110.

¹⁶² Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 946; M. Turgut Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **İÜMHAD**, Cilt 13, Sayı 16, ss. 131- 172, s. 131.

¹⁶³ Tandoğan, a.g.e., s. 495.

¹⁶⁴ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 518.

¹⁶⁵ Eren, a.g.e., s. 1112.

¹⁶⁶ Tandoğan, a.g.e., s. 495.

125'te düzenlenen ek seçimlik haklardan yararlanabilmesi için yerine getirmesi gereken bir formalitedir¹⁶⁷. Bu yönüyle ek süre tayini, yenilik doğuran hak niteliğinde kabul edilemez. Çünkü yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla tükenirken; tayin ettiği ek sürenin sonunda seçimlik hakları kullanmada geciken alacaklı, borçluya tekrar ek süre tayin ederek yeniden seçimlik haklara başvurma olanağına kavuşmaktadır¹⁶⁸.

Borçluya ek süre verilmesi kural olarak özel bir şekle tabi değildir; borcun kaynaklandığı sözleşme şekle bağlı olsa bile durum değişmez, yani ek süre vermeye ilişkin beyan şekle bağlı olmayacaktır¹⁶⁹. Buna karşılık, tıpkı ihtarda olduğu gibi tacirler arasında yapılan ek süre tayinine ilişkin beyanın geçerliliği şekle tabidir. TTK m. 18/3 gereği, ek süre tayini noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Ek süre verilmesine ilişkin beyanın tarafları bakımından, ihtar hususunda yapılan açıklamalar aynen geçerlidir. Ek süre, alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından; borçlu veya yetkili temsilcisine verilir¹⁷⁰. Ek süre verilmesi tek taraflı ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olup, karşı tarafa ulaştığı andan başlayarak hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁷¹.

TBK m. 123'ün lafzı dikkate alındığında, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğerinin, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebileceği belirtildiğinden; borçluya ek süre verilmesi için, borçlunun temerrüde düşmüş olması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır. Fakat hakim görüşüne göre, temerrütten önce ek süre tayin etmek mümkün olmamakla birlikte; alacaklı, borçluyu temerrüde düşüren ihtar ile birlikte de ek süre tayin edebilir¹⁷². Dolayısıyla temerrüde düşmüş olmak, borçluya ek süre verilmesinin ön şartı niteliğinde değildir; ancak borçluya ek süre vermek için her halde borcun muaccel olması gerekir¹⁷³. Borç muaccel hale geldikten sonra, alacaklının borçluya ek süre vereceği zaman sınırlanmış değildir. Kural olarak alacak zamanaşımına uğramadığı müddetçe alacaklı

¹⁶⁷ Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, a.g.e., s. 168, Buna karşılık hakim görüş ihtar ve ek süre tayinini yenilik doğuran hak olarak kabul etmektedir.

¹⁶⁸ Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, a.g.e., s. 169.

¹⁶⁹ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 520.

¹⁷⁰ Eren, a.g.e., s. 1111.

¹⁷¹ Velidedeoğlu- Özdemir, a.g.e., s. 245; Ek sürenin, beyanı muhatabın öğrenmesi ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ve bu andan itibaren işlemeye başlayacağı yönünde bkz. Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 520.

¹⁷² Velidedeoğlu, a.g.e., s. 244; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 948; Aybay, a.g.e., s. 147.

¹⁷³ Eren, a.g.e., s. 1111.

borçluya ek süre verebilecektir¹⁷⁴. Bunun sınırını ise dürüstlük kuralı oluşturmaktadır; borçlu zararına olarak piyasadaki değişikliklerden yararlanma peşinde koşan bir alacaklıya bu imkan verilmemelidir¹⁷⁵.

Borçluya ek süre verilmesine ilişkin beyan, ihtar ile bazı ortak noktalara sahip olsa da ihtar beyanından farklıdır. Ek süre verilmesi beyanı, borçlunun belirli bir tarihe kadar edimi yerine getirmesi talebini içeren ve borçluyu son defa ifaya davet eden bir beyan olup; ihtardan farklı olarak bu beyan edimin ifası için belirli bir vade içermektedir¹⁷⁶.

Borçluya verilen ek sürenin bazı niteliklere sahip olması gerekir. Bunlardan ilki borçluya edimin ifası için tanınan ek sürenin uygun olmasıdır. Uygun süre, borçlu ve alacaklının menfaatleri, edimin niteliği ve dürüstlük kuralları dikkate alınarak borçlunun edimi ifa etmesine yetecek bir süreyi ifade eder¹⁷⁷. Bu bağlamda, uygun süre borçlunun son ifa davetini yerine getirmesine elverişli, edimini hazırlayabileceği veya tedarik edebileceği makul süreyi ifade etmektedir¹⁷⁸. Tarafların menfaatleri de gözetildiğinden, alacaklının edimin ifasına olan menfaati arttıkça verilecek ek süre kısalmıştır¹⁷⁹. Verilen ek süre borçlunun ifayı gerçekleştirmesine imkan verecek yeterlilikte olmalıdır; ancak borçlunun ifa hazırlığına süre tayininden önce başlamış olduğu kabul edildiğinden, uygun sürenin üst sınırını borçlunun ifa hazırlığını tamamlamasına yetecek süre oluşturur¹⁸⁰. Buna karşılık, ifa zamanına kadar hiçbir hazırlık yapmamış olan borçluya yeniden işe başlayacak kadar uzun bir ek süre verilmesine gerek yoktur¹⁸¹.

Borçluya tanınan ek süreyle ilgili iki durum ortaya çıkabilir; alacaklının verdiği ek süre uygun süreden daha uzun bir süre olabileceği gibi, uygun süreden daha kısa bir süre de verilmiş olabilir. Alacaklının verdiği ek süre, uygun süreden daha uzun bir süre ise, alacaklı bu süreyle bağlı olacaktır ve artık tek taraflı olarak bu süreyi kısaltması mümkün olmayacaktır¹⁸². Alacaklı ek süreyi çok kısa bir süre olarak vermişse; borçlu itirazda

¹⁷⁴ Eren, a.g.e., s. 1111.

¹⁷⁵ Tunçomağ, a.g.e., s. 937.

¹⁷⁶ Eren, a.g.e., s. 1112.

¹⁷⁷ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 947; Eren, a.g.e., s. 1111; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 519; Birsen, a.g.e., s. 514.

¹⁷⁸ Aybay, a.g.e., s. 147.

¹⁷⁹ Baştuğ, a.g.e., s. 278.

¹⁸⁰ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 947.

¹⁸¹ Tandoğan, a.g.e., s. 495.

¹⁸² Eren, a.g.e., s. 1112.

bulunarak bunun uzatılmasını isteyebilir¹⁸³. Diğer taraftan, taraflar temerrüt halinde, borçluya verilecek ek sürenin ne kadar olacağını önceden sözleşme ile de kararlaştırmış olabilirler¹⁸⁴. Bu halde borçlu kararlaştırılan süre ile bağlı olduğundan, bu süreye itirazının kabul edilmemesi gerekir. Alacaklının verdiği ek süre uygun değilse, verilen bu kısa süre hükümsüz sayılmamakta; uygun süre kadar uzayarak, bu şekilde yorumlanmakta ve alacaklı seçimlik hakları uygun sayılan süre sonunda kullanabilmektedir¹⁸⁵. Dolayısıyla alacaklının verdiği ek süre geçtikten sonra, fakat uygun ek süre henüz dolmadan borçlu aynen ifayı teklif ettiği takdirde alacaklı bunu reddedemeyeceği gibi, alacaklı uygun olan süre dolmadan diğer seçimlik imkanlara da başvuramaz¹⁸⁶.

Verilen ek sürenin sahip olması gereken diğer bir nitelik, bu ek sürenin belirgin ve açık olması gerekliliğidir; diğer bir ifadeyle borçlu ne zaman ifada bulunacağını kesin olarak bilmelidir. Alacaklının ifayı “derhal”, “vakit geçirmeksizin”, “yakında” veya “uygun bir süre içinde” talep etmesi durumunda verilen ek süre belirgin olmadığından bu beyan geçersiz olacaktır¹⁸⁷. Alacaklının, borçluya verdiği ek sürenin çok kısa olması halinde bu süre hükümsüz kabul edilmez iken; alacaklının borçluya verdiği ek sürenin belirli olmaması halinde hükümsüz kabul edilmesinin, çelişki yarattığı savunulmaktadır¹⁸⁸. Gerçekten de, ek sürenin uygun olup olmadığı, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirildiğinden; alacaklının verdiği kısa süre uygun süreye uzatılabilirken, verilen muğlak sürenin de uygun bir süreye uzatılması veya uygun sürenin belirlenmesi mümkün olmalıdır.

Borçluya edimi ifa etmesi için son bir şans tanınması ve kendisine ek süre verilmesi borçlu temerrüdünü sona erdirmez. Verilen ek süre boyunca borçlunun temerrüt hali devam etmektedir; dolayısıyla bu süre içinde borçlunun gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğü ile beklenmedik halden sorumluluğu devam etmektedir¹⁸⁹.

¹⁸³ Eren, a.g.e., s. 1112.

¹⁸⁴ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 519.

¹⁸⁵ Tandoğan, a.g.e., s. 495; Baştuğ, a.g.e., s. 278; Serozan, Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 248; Verilen ek sürenin uygun olmaması halinde hükümsüz sayılacağı, alacaklının TBK m. 125'teki seçimlik imkanlardan yararlanabilmesi için borçluya yeniden uygun bir ek süre vermesi gerektiği yönünde bkz. Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 519 ve Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 227.

¹⁸⁶ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 948.

¹⁸⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., s. 244; Eren, a.g.e., s. 1112; Yavuz, a.g.e., s. 772.

¹⁸⁸ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 948.

¹⁸⁹ von Tuhr, a.g.e., s. 620; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 518.

2. Borçluya Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

Bazı hallerde borçluya edimi yerine getirmesi için ek süre tanımaya gerek yoktur. Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar TBK m. 124'te düzenlenmiştir.

Bunlardan ilki borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağına anlaşılmıştır. Borçlunun ödemelerini tatil etmiş olması, borçlu aleyhine yürütülen icra takibinin sonuçsuz kalması, borçlunun borcun ifası için hiçbir ön hazırlık yapmamış olması veya borçlunun edimi ifa etmeyeceğini açıkça bildirmiş olması halleri bu duruma örnek gösterilebilir¹⁹⁰. Borçlunun alacaklıdan süre uzatım talebinde bulunması, borcun ifasını haklı olmayan bazı kayıt ve şartlara tabi tutması, borcu ifa ettiğini veya sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmesi gibi hallerde de süre vermek yararsız olacaktır¹⁹¹.

Ek süre verilmesine gerek olmayan ikinci hal, ifanın alacaklı için yararsız hale gelmiş olmasıdır. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, alacaklının seçimlik haklara başvurmak için borçluya uygun bir ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Temerrüt halinde bulunan borçlunun edimini kabul etmekte ve karşı edimini yerine getirmekte alacaklının hiçbir menfaati kalmamışsa, ifa alacaklı için faydasız hale gelmiş demektir¹⁹². Bir başka görüşe göre, sözleşmenin ifasının alacaklı için önemli derecede faydasız hale gelmiş olması yeterli olup, ayrıca alacaklının ifada hiçbir menfaatinin kalmamış olması gerekli değildir¹⁹³. Zamanında yerine getirilmeyen edimin ifasının yalnızca alacaklı bakımından faydasız hale gelmiş olması yeterlidir, ayrıca herkes yönünden yararsız olması şeklinde objektif bir şart aranmaz¹⁹⁴. Örneğin, alacaklının yaz mevsimi için istediği mayoların veya düğün töreni için ısmarladığı elbiselerin zamanında teslim edilmemesi halinde, borçlunun taahhüt ettiği edim ifa zamanının geçmesi ile birlikte artık kullanılamaz hale gelmiştir¹⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, edimin borçlu tarafından ifası hala mümkün olmasına karşılık, alacaklının bu edimlerden

¹⁹⁰ Baştuğ, a.g.e., s. 278; Reisoğlu, a.g.e., s. 383.

¹⁹¹ Saymen- Elbir, a.g.e., s. 752; Eren, a.g.e., s. 1113.

¹⁹² von Tuhr, a.g.e., s. 622.

¹⁹³ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 951.

¹⁹⁴ Eren, a.g.e., s. 1113.

¹⁹⁵ Reisoğlu, a.g.e., s. 383; Eren, a.g.e., s. 1113, Yazar ek süre verilmesine lüzum olmayan hallere bu durumları örnek olarak vermekle birlikte; aynı örnekleri, yani düğün veya diploma merasimi için ısmarlanan özel elbiselerin zamanında teslim edilmemesi halinin borçlu temerrüdüne yol açmayacağı ve burada imkansızlık hükümlerinin uygulama alanı bulacağını da savunmaktadır. Bkz. Eren, a.e., s. 1040-1041.

beklediği menfaat artık ortadan kalkmıştır. Ek süre verilmesi gereğinin ortadan kalkması için, ifanın alacaklı için faydasız hale gelmesi ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekir¹⁹⁶. Aynen ifanın faydasız hale gelmesi başka bir sebepten kaynaklanıyorsa, alacaklı bu halde ek süre verme zorunluluğundan kurtulamaz.

İfanın alacaklı için yararsız hale gelmesi; borçlunun ifada gecikmesi sebebiyle, alacaklının söz konusu edimi başka bir kimseden tedarik etme mecburiyetinde kalması şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁹⁷. İnşaat sahibi alacaklının, kendisine teslim edilmesi taahhüt edilen çimentolar vaktinde teslim edilmediğinden başka bir yerden çimentoyu tedarik etmesi ve bu sebeple ifanın artık önemini yitirmesi bu olasılığa örnek gösterilebilir¹⁹⁸. Edimin başka bir kimseden tedarik edilmesi hali, alacaklıya her zaman doğrudan, ek süre vermeksizin, seçimlik haklara başvurma imkanı vermemelidir. Çünkü bu ihtimalde, alacaklının her türlü ikame alım yapmış olması, ek süre tayini koşulunu bertaraf etmeye yetecektir ve böylece borçluya ek süre verilmesi kuralını uygulamaya yer olmayacaktır. Dolayısıyla borçluya ek süre verilmesi prosedürünü yerine getirmeyen alacaklıya ikame alım yapmak yoluyla, bu kuraldan kaçış imkanı verilmiş olur. Borç ilişkisinin her iki tarafının menfaatleri dikkate alındığında, alacaklının ikame alım yapması nedeniyle borçluya ek süre vermektan kurtulması imkanını en azından belirli vadeli sözleşmelere özgü olarak uygulamak yerinde olacaktır. Belirli vadeli sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu sırada veya en azından ifa zamanından önceki bir zamanda, borçlu taahhüt ettiği edimi ne zaman yerine getirmesi gerektiğini bilmektedir. Bu hallerde ifa zamanının geçmesi ile birlikte, alacaklının ikame alım yapması karşısında artık borçlunun korunacak bir menfaati kalmamıştır. Diğer taraftan, vade belirlenmemiş olan sözleşmelerde, borçlu alacaklının ihtarı ile birlikte temerrüde düştüğünden; alacaklı ihtardan hemen sonra, borçluya ifa imkanı tanımaksızın, ikame alım yapmak suretiyle doğrudan seçimlik imkanlara başvurabilir. Bu halde, borçluya ifa için son bir şans verilmediğinden, taraflar arasındaki menfaat dengesi borçlu aleyhine bozulmuş olacaktır.

Borçlunun, gecikmiş ifanın alacaklı için faydasız hale geleceğini önceden bilmesinin veya bilebilecek durumda olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ek süre tayini kuralını bertaraf edebilmesi için gecikmiş ifanın alacaklı için

¹⁹⁶ Tandoğan, a.g.e., s. 498.

¹⁹⁷ von Tuhr, a.g.e., s. 622.

¹⁹⁸ Baştuğ, a.g.e., s. 279; Tandoğan, a.g.e., s. 497.

faydasız olacağı açık olmalı ve borçlu tarafından önceden bilinmelidir¹⁹⁹. Bunun kabulü halinde TBK m. 124/3' ün uygulama alanı kalmayacağı gerekçesiyle görüşü eleştiren diğer görüşe göre ise; temerrütten sonra edimin ifasının alacaklı için faydasız hale geleceğinin borçlu tarafından önceden bilinmesine gerek bulunmamaktadır²⁰⁰. Bir başka görüşe göre ise, kanunda bu konuda bir çözüm tarzı gösterilmediğinden, bir boşluk mevcut olup bu boşluğun hakim tarafından doldurulması gerekir. Taraf menfaatlerinden hangisinin üstün tutulacağı, borçlunun temerrüde düşmesindeki kusur derecesine göre belirlenmelidir. Buna göre, borçlu kastı veya ağır ihmali ile temerrüde düşmüşse, geciken ifanın alacaklı için faydasız olacağını önceden bilmeseydi veya bilebilecek durumda olmasa bile kendisine ek süre verilmesi gerekmez²⁰¹. Borçlunun geç ifanın alacaklı bakımından faydasız hale geleceğini önceden bilmesi gerekmediği yönündeki görüşe katılmak gerekir. Gerçekten de borçlunun bilmesi gerektiği kabul edildiğinde, kesin vadeli işlemlerde ek süre vermeye gerek olmadığını düzenleyen TBK m. 124/3 hükmü uygulanamaz hale gelecektir. Diğer taraftan, bu istisnaya örnek verilen haller dikkate alındığında, genellikle işin niteliğinden, borçlunun geç ifanın faydasız hale geleceğini en azından tahmin edeceği savunulabilir. Şöyle ki, seyahat edecek alacaklıyı havaalanına götürmeyi taahhüt eden veya düğün için alacaklıya gelinlik dikme taahhüdünde bulunan borçlu; uçağın kalkacağı saatten sonra veya düğün tarihinden sonra artık ifanın anlamsız hale geleceğini tahmin etmektedir.

Ek süre tayinine gerek olmayan son hal, borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi halinde ifanın artık kabul edilmeyeceğinin sözleşme ile kararlaştırılmış olmasıdır. Burada belirtilen istisna, tarafların borcun muacceliyeti için kesin vade kararlaştırmış olmalarıdır. Kesin vadeli sözleşmelerde, taraflar ifa zamanını kesin olarak belirlediği ve taraf iradelerinden açıkça veya iradeyi gösteren davranışlardan sonraki ifanın peşinen önlendiği görülmektedir²⁰². Bunun yanında, kesin vadeli sözleşmelerde ifa zamanından sonra edimin yalnızca borçlu tarafından ifa edilebilirliği ortadan kalkmakta; edimin alacaklı tarafından talep edilebilirliği ifanın gecikmesinden etkilenmemektedir²⁰³. Dolayısıyla sözleşmenin kesin vadeli olması alacaklının kendisine

¹⁹⁹ Tandoğan, a.g.e., s. 499.

²⁰⁰ von Tuhr, a.g.e., s. 622; Tandoğan, a.g.e., s. 499; Eren, a.g.e., s. 1113.

²⁰¹ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 952.

²⁰² Serozan, Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 248; Eren, a.g.e., s. 1114.

²⁰³ Eren, a.g.e., s. 1114.

tanınan seçimlik haklara başvurmasını engellemez. Üstelik alacaklı borçluya ek süre vermek zorunda kalmaksızın bu imkanlara başvurabilmektedir²⁰⁴.

Kesin vadeli sözleşmeler ile belirli vadeli sözleşmeler arasındaki fark da tam bu noktada kendisini göstermektedir. Belirli vadeli sözleşmelerde de ifa zamanı belirli olmakla birlikte taraf iradeleri ifa zamanından sonra edimin ifasının kabul edilmeyeceğini peşinen belirlemiş değildir. Dolayısıyla belirli vadeli sözleşmelerde, ihtara gerek olmamasına karşılık borçluya ifa için ek süre verilerek son bir şans tanınması gereklidir²⁰⁵. Diğer taraftan kesin vadeli sözleşmelerde, temerrüdün sonuçlarından yararlanmak için borçluya ihtarda bulunmak gerekmediği gibi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa için ek süre verilmesine de ihtiyaç yoktur.

Ek süre verilmesi gerekmeyen hallerde alacaklı doğrudan seçimlik imkanlara başvurabilir. Borçluya ek süre verilmesi gereken hallerde ise, verilen ek süre içinde borçlu iki şekilde hareket edebilir. İlk ihtimalde borçlu, borcunu ifa eder; bu halde temerrüt hali sona ereceğinden alacaklının TBK m. 125' te düzenlenen aynen ifadan vazgeçip tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme imkanına başvurması artık mümkün değildir. Diğer ihtimalde, borçlu ek süre sona ermesine rağmen borcunu ifa etmez. Bu halde, alacaklı aynen ifa talebinde ısrar etmeye devam edebilir, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmin edilmesini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir; kısaca TBK m. 125'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilir.

C. ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARI

Borçlu temerrüdünün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü sonuçları TBK m. 125'te düzenlenmiştir. TBK m. 125'te alacaklıya tanınmış seçimlik hakların kullanılmasının geçerliliği herhangi bir şekle tabi olmayıp, alacaklıya tanınan bu imkanlar yenilik doğuran hak niteliğindedir²⁰⁶. Bu niteliğin bir sonucu olarak alacaklı, temerrüde düşen borçlunun da dahil olduğu hukuki ilişkiye, tek taraflı bir hukuki işlemi ile müdahalede bulunma gücü ile donatılmıştır²⁰⁷. Alacaklı seçimlik haklarını tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile kullanır. Alacaklının seçimlik haklara başvurma

²⁰⁴ Baştuğ, a.g.e., s. 279.

²⁰⁵ Reisoğlu, a.g.e., s. 383.

²⁰⁶ Eren, a.g.e., s. 1115; Tacirler arasındaki hukuki işlemler için TTK m. 18/3 düzenlemesi sebebiyle, bu beyan şekle tabidir.

²⁰⁷ Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, a.g.e., s. 64.

yönündeki beyanı, hukuki nitelik itibariyle ihtar ve ek süre tayininden farklı olarak, tek taraflı bir hukuki işlemdir²⁰⁸. Dolayısıyla hukuk düzeni, bu sonuçları alacaklının iradesine bağlamıştır.

Alacaklının seçimlik hakları kullanması yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan; alacaklı bu hakkını şarta bağlı olarak kullanamayacağı gibi, alacaklı beyanı ile bağlıdır ve borçlunun muvafakati olmaksızın da bu beyandan dönemez²⁰⁹.

Alacaklı hangi seçimlik hakkı kullandığını, ek süre verilmesi gereken bir hal söz konusu ise, sürenin sonunda derhal; ek süre verilmesi gerekmeyen hallerde ise, ek süre verilmesinin yararsız olduğunu öğrendiği andan itibaren gecikmeksizin borçluya bildirmelidir²¹⁰. Alacaklının seçimlik haklardan hangisini kullandığını derhal veya gecikmeksizin bildirmesinden; şartlara göre mümkün olan en kısa süre, yani alacaklının hal ve duruma göre bir karar verebilmesi için muhtaç olduğu zaman anlaşılmalıdır²¹¹. Alacaklı, borçluya ek süre tayin ederken sürenin sonunda hangi seçimlik hakka başvuracağını bildirebilir yahut verdiği ek süre henüz sona ermeden de ayrı bir beyanla sürenin sonunda kullanacağı hakkı bildirebilir²¹². Bu hallerde, alacaklının ek süre sonunda borçluya tekrar bildirimde bulunmasına ihtiyaç yoktur. Başvurulan seçimlik hakkın derhal bildirilmesi kuralı, alacaklının, edimin değerinin alçalış yükselmesine göre seçtiği hakkı değiştirmek suretiyle, borçlu aleyhine bir durum veya spekülasyon yaratması endişesinden ileri gelmektedir²¹³. Örneğin, alacaklının bir süre bekleyerek, sözleşme konusu edimin fiyatı yükselmişse borçludan aynen ifayı talep etmesi, buna karşılık fiyatı düşmüşse edimin ifasından vazgeçmek suretiyle belirsizlik yaratması; bu kural ile önlenmek istenmiştir²¹⁴.

Son olarak alacaklının sahip olduğu seçimlik imkanlardan yalnızca birini kullanması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, seçimlik hakların ikisi veya hepsinin birden kullanılması mümkün değildir²¹⁵. Benzer şekilde, alacaklının TBK m. 125'te düzenlenen hakları birbirine harmanlayarak kullanması da mümkün değildir. Örneğin, alacaklı aynen ifada ısrar ederek müspet zararının giderilmesini talep edemeyeceği gibi; sözleşmeden

²⁰⁸ Tunçomağ, a.g.e., s. 943.

²⁰⁹ Birsen, a.g.e., s. 516; Hatemi- Gökyayla, a.g.e., s. 260; Reisoğlu, a.g.e., s. 386; Tandoğan, a.g.e., s. 491.

²¹⁰ Reisoğlu, a.g.e., s. 385; Birsen, a.g.e., s. 515; Eren, a.g.e., s. 1117.

²¹¹ Tunçomağ, a.g.e., s. 944.

²¹² Aybay, a.g.e., s. 148; Reisoğlu, a.g.e., s. 386.

²¹³ Tandoğan, a.g.e., s. 491; Birsen, a.g.e., s. 516;

²¹⁴ Saymen- Elbir, a.g.e., s. 756.

²¹⁵ Baştuğ, a.g.e., s. 280.

dönerek gecikme tazminatı da talep edemeyecektir. Alacaklıya tanınan seçimlik imkanlar, aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı

Borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep etme imkanı, borçlu temerrüdünün aynı zamanda genel sonuçlarındandır. Borçlu temerrüdünün genel sonuçları başlığı altında aynen ifa ve gecikmeden doğan zararların tazminine ilişkin açıklamalara yer verildiğinden, bu başlık altında yalnızca özellik arz eden konular üzerinde durulacaktır.

Borçlunun temerrüde düşmesi ve borçluya ek süre tanınmış olması sözleşmenin varlığını ve geçerliliğini etkilemeyeceğinden, alacaklı her zaman borcun aynen ifasını ifa davası açmak veya cebri icraya başvurmak suretiyle talep edebilir ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini borçludan talep edebilir²¹⁶. Daha önce de belirtildiği gibi, alacaklının aynen ifayı talep etmesi bakımından borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olup olmadığı önem taşımazken; alacaklının gecikmeden doğan zararlarının tazminini talep edebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurunun olması gerekmektedir²¹⁷. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede, borç para borcu niteliğinde olup borçlu bu edimi ifada temerrüde düşmüş ise; aynen ifada ısrar eden alacaklı borçluya ek süre vermiş olsa dahi temerrüdün para borçlarına ilişkin sonuçlarına başvurabilecektir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, temerrüdün genel sonucu olan aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme imkanından alacaklı her zaman yararlanabilir. Bunun için borçluya ek süre vermesi gerekli değildir; ancak ek süre tayin edilmiş olsa dahi alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkı ortadan kalkmaz²¹⁸. Fakat pratik açıdan değerlendirildiğinde, verdiği sürenin sonunda aynen ifa talebinde bulunmayı düşünen alacaklının, boş yere süre tayini yoluna gitmiş olduğu söylenebilir²¹⁹. Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda alacaklının borçlusuna uygun bir ek süre verme bildirimini, temerrüt ihtarını ve ifadan vazgeçme uyarısını içerdiği kabul

²¹⁶ Tandoğan, a.g.e., s. 501; Eren, a.g.e., s. 1115; Baştuğ, a.g.e., s. 280.

²¹⁷ Belling- Belen, a.g.m., s. 3034.

²¹⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 722; Reisoğlu, a.g.e., s. 384.

²¹⁹ Tunçomağ, a.g.e., s. 943.

edilmektedir²²⁰. Diğer bir ifadeyle, Alman hukukundan alacaklı, borçluya ek süre tayin etmekle birlikte artık aynen ifaya başvurma hakkını kaybetmektedir²²¹.

Borçluya ek süre tayin eden ve sürenin sonunda aynen ifa talebinde bulunmak isteyen alacaklının, kural olarak diğer iki seçimlik haktan birini kullanmayacağını borçluya bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır²²². Zira alacaklının verilen ek süre sonunda susmasına kanun alacaklının aynen ifayı istediği sonucunu bağlamıştır²²³. Alacaklı, ek süre sonunda hangi seçimlik imkana başvuracağını borçluya derhal bildirmez ise, kanuni karine gereği kural olarak alacaklının aynen ifada ısrar edip gecikme tazminatı talep ettiği kabul edilir²²⁴. Kanuni karine alacaklının aynen ifayı talep etmesi yönünde olduğundan, aynen ifa ile gecikme tazminatı isteme niyetinde olmayan alacaklı, aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya derhal bildirmelidir. Bu bildirim yapmamış ve aynen ifada ısrar ettiği düşünülen alacaklının, borçluya tekrar ek süre tayin ederek diğer seçimlik haklara başvurması da mümkündür²²⁵.

Son olarak alacaklının bu seçimlik hakkını kullanmasının, borç ilişkisine etkisi hususuna da değinmek gerekir. Aynen ifa ve gecikmeden doğan zararının giderilmesini talep eden alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi, alacaklının bu talebine rağmen varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla alacaklının borç ilişkisinde taahhüt ettiği karşı edimini yerine getirme yükümlülüğü devam etmektedir. Diğer taraftan, alacaklının edimi para borcu ise,

²²⁰ Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, a.g.m., s. 243.

²²¹ Tunçomağ, a.g.e., s. 943; Havutçu, a.g.e., s. 60.

²²² Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 961.

²²³ Tunçomağ, a.g.e., s. 943; “Hukuk Öğretisindeki yerleşmiş görüşe göre: Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme halinde (gecikmiş ifa halinde) alacaklı, BK'nun madde 106/II' deki hakkını “her zaman” kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle, alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı (kural olarak 10 sene) süresi içerisinde isteyebilir... Davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği (birinci seçimlik hak) yolunda “bir karinenin varlığı kabul edilir... Bu karine, yasa koyucunun alacaklının borcun ifasını ve gecikme sebebiyle zarar ve ziyanını “her zaman” isteyeceğini kabul etmekle oluşmuştur.”, Yargıtay HGK, T. 22.5.2013, E. 2012/15- 1493, K. 2013/731, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 5.6.2015)

²²⁴ Baştuğ, a.g.e., s. 280; Eren, a.g.e., s. 1116; Bu kuralın istisnasını özel borç ilişkilerinde ticari satışlarda satıcının temerrüdüne ilişkin TBK m. 212 hükmü oluşturmaktadır.

²²⁵ “Somut olaya gelince; iş sahibince, 29.06.2008 tarihinde kesin vadenin dolmasıyla yüklenici temerrüdü gerçekleşmesine karşın seçimlik hak, ifayı beklemek şeklinde olmuş, böylece sözleşme kesin vadeli olmaktan çıkmıştır. O halde, fesih hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin uygun bir süre verilerek temerrüde düşürülmesi zorunlu hale gelmiştir. Süre verilmeden 16.01.2009 tarihinde yapılan fesih yukarıda belirtilen ilkelere uygun değildir, bu bakımdan eser sahibinin sözleşmeyi fesihde haklı olduğu kabul edilemez.”, Yargıtay HGK, T. 15.1.2014, E. 2013/15- 1947, K. 2014/13, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 5.6.2015)

gecikme tazminatı alacağı ile kendi borcunu takasa ilişkin hükümler gereğince takas etmesi ve borcun sona ermesini sağlamasının önünde bir engel bulunmamaktadır²²⁶.

2. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının başvurabileceği diğer seçimlik imkan, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmektir. 1881 tarihli eski İsviçre BK' da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklıya iki seçimlik hak tanınmıştı; bunlar gecikmeden doğan zararın tazminini talep etme veya sözleşmeden dönüp tazminat talep etme haklarıydı²²⁷. 1911 tarihli İsviçre BK' da ise, alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etme imkanı bağımsız bir seçimlik hak olarak düzenlenmiştir²²⁸. Türk hukukunda borçlar kanununun iktibasında 1911 tarihli İsviçre BK dikkate alındığından; hem 818 sayılı mülga BK' da hem de 6098 sayılı TBK' da, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep etme imkanı alacaklıya tanınmıştır.

Seçimlik haklara başvurmanın koşulları olduğu zaman; alacaklı aynen ifayı artık istemediğini borçluya bildirmelidir. Vazgeçme beyanı olarak adlandırılan bu bildirim hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran bir hukuki işlemdir²²⁹. Bu niteliği sebebiyle, vazgeçme beyanının koşula bağlanması mümkün olmadığı gibi, alacaklının bu beyanı borçluya vardıktan sonra geri alması, yani beyandan dönmesi de kural olarak mümkün olmayacaktır²³⁰. Tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli olan vazgeçme beyanı, borçlunun temerrüde rağmen devam eden ifa yükümlülüğünü sona erdirici etkiye sahiptir²³¹. Alacaklı, aynen ifadan vazgeçme bildiriminde bulunmakla artık ifayı talep hakkını kaybederken, borçlu da sözleşmenin konusu olan asli edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulur²³². Dolayısıyla vazgeçme beyanını kullanan alacaklı borçludan artık aynen ifayı talep edemeyeceği gibi, aynen ifada bulunan borçlunun edimini kabulden kaçınması halinde alacaklı temerrüdüne düşmeyecektir.

²²⁶ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 961.

²²⁷ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin, Ankara, 1998, s. 51.

²²⁸ Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, a.g.e., s. 52.

²²⁹ Havutçu, a.g.e., s. 60.

²³⁰ Eren, a.g.e., s. 1116; Buna karşılık borçlunun muvafakati ile alacaklının vazgeçme beyanını geri alması mümkündür.

²³¹ Havutçu, a.g.e., s. 60.

²³² Eren, a.g.e., s. 1116.

Alacaklının vazgeçme beyanında bulunması, aynı zamanda aynen ifayı talep etme hakkı üzerinde tasarruf edilmesi sonucunu doğurduğundan; vazgeçme beyanı geniş anlamda bir tasarruf işlemi olup, bu beyanda bulunan tarafın söz konusu hak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması ve bu kimsenin fiil ehliyetine sahip olması gereklidir²³³.

Alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermemekte ve varlığını sürdürmektedir. Diğer taraftan, taraflar arasında devam eden sözleşme ilişkisinin hiçbir değişikliğe uğramadığı da söylenemez. Aynen ifadan vazgeçme beyanı, etkisini borçlunun edim yükümlülüğü üzerinde göstermektedir. Aynen ifasından vazgeçilen borç ilişkisinde, borçlunun asli edim borcu olan aynen ifa, artık tali edim yükümlülüğü olan tazminat borcuna dönüşmektedir²³⁴. Başka bir ifade ile borçlunun borcunu teşkil eden edim içerik değiştirmektedir²³⁵. Burada alacaklı artık borcun aynen yerine getirilmesini istememekte, borcun nakden yerine getirilmesini talep etmektedir²³⁶.

Vazgeçme beyanının, alacaklının edim yükümlülüğü üzerinde bir etkiye sahip olup olmadığı; başka bir ifadeyle alacaklının kendi karşı edimini yerine getirmek zorunda olup olmadığına ilişkin kanunda genel bir düzenleme bulunmadığından, bu husus tartışmalıdır. Doktrinde konuyla ilgili iki temel teori mevcuttur; bunlar mübadele ve fark teorisidir. Mübadele teorisine göre, sözleşmenin aynen ifasından vazgeçmek sözleşme ilişkisini sona erdirmediğinden; mütemerrit borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklının da kendi edimini aynen yerine getirme yükümlülüğü devam etmektedir²³⁷. Aynı doğrultuda karşı edimini daha önce ifa etmiş olan alacaklı, bu seçimlik hakka başvurduğunda; daha önce ifa etmiş olduğu edimin iadesini de borçludan talep edemeyecektir²³⁸.

²³³ Eren, a.g.e., s. 1116.

²³⁴ Saymen- Elbir, a.g.e., s. 754; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 962; Reisoğlu, a.g.e., s. 385; Eren, a.g.e., s. 1117; Baştuğ, a.g.e., s. 280; “Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur. Sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı olmaktadır. Burada sözleşmenin feshedilmemesinden değil, borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir.”, Yargıtay HGK, T. 14.1.2015, E. 2014/3- 8, K. 2015/10, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.6.2015)

²³⁵ Aybay, a.g.e., s. 147.

²³⁶ Baştuğ, a.g.e., s. 280.

²³⁷ Eren, a.g.e., s. 1118; Tunçomağ, a.g.e., s. 950; Yargıtay 13. HD, T. 12.7.2004, E. 2004/3108, K. 2004/11101, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.6.2015)

²³⁸ Birsen, a.g.e., s. 516; Tunçomağ, a.g.e., s. 950; Tandoğan, a.g.e., s. 503; Aybay, a.g.e., s. 147.

Mübadele teorisi esas itibariyle, edim kavramı ve sözleşme kavramı arasında ayırım yapılmak suretiyle gerekçelendirilmektedir. Buna göre, temerrüde düşen borçlu bakımından ifa etmeme sözleşmenin ifa edilmemesi değil, yalnızca edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi anlamını taşımaktadır. Bu tespit ile iki sonuca ulaşılmaktadır. Alacaklının tazminat talebinin amacı edimin ifasına olan menfaatinin karşılanması olduğundan, alacaklıya kendi edimini ifa etmeyip sözleşmenin tamamen ifa edilmemiş olmasına dayanarak, sözleşmenin ifasına olan menfaatini talep imkanı verilmemelidir. Bunun yanında, borçlunun asli ediminin yerini alan tali edim yükümlülüğü ile alacaklının edimi arasındaki karşılıklı bağlılık devam etmektedir; dolayısıyla alacaklı da kendi edimini yerine getirmekten kaçınmaz.²³⁹ Bu bağlamda, alacaklının zararı sadece borçlunun ifa etmediği edim göz önüne alınarak hesaplanacaktır; çünkü borçlunun ödeyeceği tazminat ile alacaklının edimi değiş tokuş edilecektir.²⁴⁰

Doktrin ve uygulamada hakim olan fark teorisine göre ise, alacaklı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulmakta ve alacaklının talep edeceği müspet zarar, borçlunun ifa etmediği edimin değeri ve alacaklının başkaca uğradığı zararlar ile alacaklının kendisinde tutup alıkoyabileceği karşı edim değeri arasındaki farktan ibaret olacaktır²⁴¹. Bu teoriye göre, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep etmesiyle birlikte; sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerinin yerini alacaklının tek taraflı tazminat talebi alarak, sözleşme ilişkisi özel bir tasfiye ilişkisine dönüşür²⁴². Dolayısıyla artık taraflar arasında son bulan edim yükümlülüklerinin karşılıklı bağlılığından söz edilemeyecektir.

Bu iki temel teorinin uygulama alanına ilişkin farklı görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre, fark teorisi yalnızca alacaklının karşı ediminin konusu para ise veya alacaklı, borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşme konusunu paraya dönüştürmüş ise uygulanır²⁴³. Bu görüşün dayanağını, borçlunun tazminat ödeme borcu ile alacaklının borcunun takas edilmesi oluşturmaktadır. Borçlunun tazminat ödeme borcu para borcu niteliğinde olduğundan ve TBK m. 139 gereği takasın koşullarından biri de karşılıklı edimlerin özdeş olması olduğundan; bu görüşe göre alacaklının ediminin de para borcu niteliğinde olması veya paraya dönüştürülmüş olması gerekir ki fark teorisi uygulansın.

²³⁹ Havutçu, a.g.e., s. 78.

²⁴⁰ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 405.

²⁴¹ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 210; Eren, a.g.e., s. 1118.

²⁴² Havutçu, a.g.e., s. 77.

²⁴³ Tunçomağ, a.g.e., s. 950; Saymen- Elbir, a.g.e., s. 755.

Buna karşılık, burada yapılan mahsup işleminin niteliği itibariyle bir takas olmadığı da savunulmaktadır²⁴⁴. Gerçekten de, edimler arasında yapılan mahsup işlemi takas niteliğinde değildir. Karşı edim ile tazminat borcunun mahsubu, tazminatın kapsamıyla ilgilidir. Fark teorisi kabul edildiğinde, borçlunun müspet zararı tazmin etme yükümlülüğünün kapsamına karşı edimin değeri eklenmeyerek tazminat miktarı hesaplanacaktır.

Diğer bir görüşe göre, fark teorisi istisnasız uygulanmalıdır. Bu görüşün dayanağı, mübadele teorisinin uygulanması halinde somut olay adaleti sağlanamaması ve ayrıca özel hükümlerde, taşınır satışına ilişkin TBK m. 213/II ve TBK m. 236' in fark teorisini kabul etmiş olmasıdır. Buna göre, söz konusu hükümler iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kıyas yoluyla uygulanabilir.²⁴⁵

Son olarak alacaklının, zararın hesaplanmasında mübadele teorisi veya fark teorisinden birini tercih etme imkanına sahip olduğu da savunulmaktadır²⁴⁶. Fakat seçimlik hakkın kullanılması hususunda da bir görüş birliği mevcut değildir. Bir tarafta, alacaklının ister önceden edimini ifa etmiş olsun isterse henüz ifa etmemiş olsun, her iki halde de fark teorisine göre zararının tazminini talep edebileceği kabul edilirken; diğer tarafta, alacaklının seçimlik hakkı dilediği gibi kullanamayacağı, yalnızca henüz kendi edimini ifa etmemişse fark teorisinin uygulanmasını isteyebileceği kabul edilmektedir²⁴⁷. Kanaatimizce, borca aykırı davranarak edimini zamanında yerine getirmeyen borçlu karşısında, alacaklıya kendi edimini ifa edip etmeme hususunda seçimlik yetki verilmesi yerindedir. Çünkü alacaklı edimini daha önce yerine getirmiş olsun veya olmasın, söz konusu edimi taahhüt etme sebebi borçlunun da karşı edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir. Dolayısıyla kendisine taahhüt edilen edim yerine getirilmediğinden, bu edimden mahrum kalan alacaklı kendi ediminin iadesini talep edebileceği gibi, henüz ifa etmediği edimi ifa etme zorunluluğundan da kurtulmayı tercih edebilmelidir. Kuşkusuz burada da alacaklının borçlu aleyhine bir durum yaratması veya spekülasyon yaratması kaygısı ortaya çıkabilir. Başka bir ifadeyle, kendi ediminin değeri artan alacaklı edimin iadesini talep edebilir veya edimin değeri düştüğü takdirde mübadele teorisine başvurmak isteyebilir. Bu

²⁴⁴ Eren, a.g.e., s. 1118.

²⁴⁵ Hatemi- Gökyayla, a.g.e., s. 263; Eren, a.g.e., s. 1119.

²⁴⁶ Havutçu, a.g.e., s. 93.

²⁴⁷ Birsen, a.g.e., s. 516; Fark teorisinin mutlak, nisbi ve sınırlı olarak ayrımlanarak ayrıntılı incelenmesi hakkında bkz. Havutçu, a.g.e., s. 89 vd.

endişenin giderilmesi, alacaklının hangi seçimlik hakka başvuracağını borçluya bildirirken aynı zamanda hangi yolla zararının hesaplanmasını istediğini de belirtmesi yoluyla sağlanabilir.

Yukarıda bahsedildiği üzere aynen ifa isteminden vazgeçen alacaklı, ayrıca edimin yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilir. Alacaklının bu halde talep edeceği zarar müspet, yani olumlu zarardır. Müspet zararın tazmini alacaklının tam, doğru ve gereği gibi ifaya olan menfaatini korumayı amaçlamaktadır²⁴⁸. Müspet zarar, borçlunun borçlandığı edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle, alacaklının uğradığı zararı ifade etmektedir²⁴⁹. Müspet zarar, alacaklının malvarlığının borçlanılan edimin ifa edilmemesi sonucu olan mevcut durumu ile borçlu edimini ifa etmiş olsaydı içinde bulunacağı varsayılan durumu arasındaki farkı ifade etmektedir²⁵⁰.

Müspet zarar, fiili zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Alacaklının ifa için yaptığı masraflar, seçim hakkını kullanmak üzere yaptığı masraflar, dava giderleri, borçlunun temerrüdü nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve tazminatlar ve para borcu söz konusu ise aşkın zarar da müspet zarar kapsamındadır²⁵¹. Ayrıca müspet zarar, yoksun kalınan kar şeklinde de olabilir²⁵². Örneğin, satış sözleşmesinde mallar kendisine zamanında teslim edilseydi, onları daha fazla fiyatla satabilecek olan alacaklı, yoksun kaldığı karı müspet zarar kapsamında talep edebilecektir²⁵³.

²⁴⁸ Eren, a.g.e., s. 1117; Reisoğlu, a.g.e., s. 352; Tunçomağ, a.g.e., s. 949.

²⁴⁹ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, Beta, İstanbul, 2008, s. 55; Saymen- Elbir, a.g.e., s. 754, Müspet tazminata taviz tazminatı adı da verilmektedir; “Müspet zarar ise, sözleşme sebebiyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi sebebiyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Kısaca, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Örneğin, kira geliri kaybı, geciken ifa sebebiyle ifaya bağlı ceza (B.K.158/II.md.), seçimlik ceza (B.K.158/I.md.), eksik işler bedeli, kar kaybı müspet zarar kapsamındaki alacakları oluşturmaktadır.”, Yargıtay 15. HD, T. 18.2.2014, E. 2013/2030, K. 2014/1053, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 10.6.2015)

²⁵⁰ Havutçu, a.g.e., s. 68; “...müspet zarar; alacaklının gereği gibi ve vaktinde olan ifaya taalluk eden menfaatine tekabül eder. Yani borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idi ise bu vaziyetle mamelekin hali hazır vaziyeti arasındaki fark şeklinde anlatılmaktadır.”, Yargıtay 14. HD, T. 14.10.2008, E. 2008/6528, K. 2008/11628, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 19.6.2015)

²⁵¹ Eren, a.g.e., s. 1117- 1118; “Munzam zarar, borcun hiç veya kararlaştırılan sürede ifa edilmemesinden doğmaktadır. Bu özelliğinden dolayı da munzam zarar müspet zarardır.”, Yargıtay 14. HD, T. 7.10.2008, E. 2008/10043, K. 2008/11109, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 19.6.2015)

²⁵² Reisoğlu, a.g.e., s. 353.

²⁵³ Baştuğ, a.g.e., s. 279; “...müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kar mahrumiyetini de içine alır.”, Yargıtay 3. HD, T. 25.2.2014, E. 2013/19821, K. 2014/2816; “...ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kar kaybı

Alacaklının müspet zararının tazminini talep edebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir. Kanun borçlu aleyhine kusur karinesi öngördüğünden; kusursuz olduğunu ve müspet zararı tazmin etmekle yükümlü olmadığını iddia eden borçlu, bu iddiasını ispatlamakla sorumluluktan kurtulur²⁵⁴.

Müspet zararın tazminine, hukuki nitelikleri aynı olduğundan, borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkansız hale gelmesinden doğan müspet zararın tazminine ilişkin TBK m. 112 ve devamındaki hükümler uygulanır²⁵⁵. Zararın belirlenmesi ve hesaplanması, alacaklının vazgeçme beyanını borçluya bildirdiği tarihten itibaren yapılır. Diğer bir ifadeyle, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği andaki müspet zararı esas alınır²⁵⁶. Çünkü temerrüt borca aykırılık teşkil etmektedir ve ifa etmemenin sebebiyet verdiği bütün zararlar, yani alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği ana kadar temerrüt sebebiyle uğradığı tüm zararların da karşılanması gerekmektedir²⁵⁷. Bu bağlamda temerrütten sonra, fakat alacaklının edimden vazgeçme anından önce edimin değeri yükselmişse; alacaklı sözleşme konusunu satarak değer artışından yararlanacağını ispat ederse, bu değer de alacaklıya müspet zarar kapsamında verilmesi gerekirken; alacaklının vazgeçme beyanından sonraki zamanda edimin değerindeki değişimler dikkate alınmayarak müspet tazminatın miktarını etkilemeyecektir²⁵⁸.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçtiği andaki edimin değerine gecikmeden doğan zararın eklenmesi yoluyla hesaplanır²⁵⁹. Burada kabul edilen teoriye göre hesaplama

zararının müspet zararkapsamında bulunduğu şüphesizdir.”, Yargıtay 14. HD, T. 12.5.2009, E. 2009/3404, K. 2009/6006; “...mahkemece davacının yeni bir sözleşme yapabilme imkanı dikkate alınarak kar kaybı ve diğer müspet zararlarının tespit edilerek bu zarar miktarlarına hükmedilmesi ve diğer taleplerin ise reddine karar verilmesi gerekirken...”, Yargıtay 13. HD, T. 29.9.2011, E. 2011/5417, K. 2011/13280, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 19.6.2015)

²⁵⁴ Reisoğlu, a.g.e., s. 385.

²⁵⁵ Reisoğlu, a.g.e., s. 385; Eren, a.g.e., s. 1119; “Somut olayda, başlangıçta geçerli olarak kurulmasına rağmen daha sonra ortaya çıkan nedenler dolayısı ile imkansızlaşan bir edim söz konusudur. Bu durumda mahkemece, davacının gerçek ve güncel müspet zararının yukarıda açıklanan ilkelere göre bilirkişi marifetiyle araştırılıp tespit edildikten sonra, buna hükmedilmesi gerekir.”, Yargıtay HGK, T. 29.9.2010, E. 2010/14- 386, K. 2010/427; “Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, müspet zararın giderimi söz konusu olur.”, Yargıtay HGK, T. 5.7.2006, E. 2006/13- 499, K. 2006/507, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 15.6.2015)

²⁵⁶ Tandoğan, a.g.e., s. 502; Reisoğlu, a.g.e., s. 385; Eren, a.g.e., s. 1119.

²⁵⁷ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 962.

²⁵⁸ Tunçomağ, a.g.e., s. 949- 950.

²⁵⁹ Eren, a.g.e., s. 1117.

değişecektir; mübadele teorisinin kabulü halinde alacaklı kendi edimini yerine getirecektir, fark teorisinin kabulü halinde ise alacaklının karşı ediminin değeri hesaplanan tazminat miktarından mahsup edilecektir.

Son olarak, müspet zararın tazminine ilişkin TBK m. 125 düzenleyici bir hüküm olduğundan taraflar bunun aksini kararlaştırabilir veya sorumsuzluk anlaşması yapabilirler²⁶⁰. Böyle bir anlaşma yapıldığı takdirde borçlu temerrüde düşmüş ve tazminat talebine ilişkin tüm koşullar gerçekleşmiş dahi olsa, alacaklı müspet zararının karşılanmasını borçludan talep edemeyecektir.

3. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının başvurabileceği son seçimlik imkan sözleşmeden dönerek menfi zararlarının karşılanmasını talep etmektir. Sözleşmeden dönme imkanı verilmesi, borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklıyı, söz konusu sözleşme ilişkisi ile bağlı olmaktan kurtararak, alacaklıyı korumayı amaçlamaktadır. Alacaklı genellikle, borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunmaması sebebiyle, tazminat almasının mümkün olmadığı veya aynen ifa ya da aynen ifanın yerine alacağı tazminat ile elde edeceği menfaatin, kendi borcunun kendisine yüklediği fedakarlıktan daha az olduğu durumlarda sözleşmeden dönme seçeneğine başvurmaktadır²⁶¹.

Roma hukukunda, sözleşmeye aykırı davranışlar nedeniyle sözleşmenin karşı tarafına genel bir sözleşmeden dönme hakkı tanınmamış olup, yalnızca satım sözleşmeleri bakımından dönmeye benzer sonuçlar doğuran dava hakları mevcuttu²⁶². Buna karşılık modern hukuk sistemlerinde istisnai de olsa sözleşmeye aykırı davranılması karşısında, dönme hakkı kabul edilmiştir²⁶³. Türk hukukunda borcun ifa edilmemesi halinde, borç ilişkisini ifa mümkün olduğu halde sona erdirme imkanı yalnızca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi hali için öngörülmüştür²⁶⁴. Reform sonrası Alman Medeni Kanununda alacaklının sözleşmeden dönmesi; yükümlülüklerin ağır ihlali

²⁶⁰ Eren, a.g.e., s. 1119.

²⁶¹ Önen, a.g.e., s. 89; Tunçomağ, a.g.e., s. 951.

²⁶² Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 45.

²⁶³ Pandekt hukuku, Alman hukuku ve İsviçre hukukunda dönme hakkının tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 46 vd.

²⁶⁴ Belling- Belen, a.g.m., s. 3029.

şeklinde ortaya çıkan borcun ifa edilmemesinin, diğer bir deyişle tüm yüküm ihlallerinin ortak ve genel²⁶⁵ yaptırımını olarak düzenlenmiştir²⁶⁶.

Sözleşmeden dönme hakkı, dönme beyanıyla kullanılır; dönme beyanı tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı olup borçlunun hakimiyet alanına ulaşması ile hukuki sonuçlarını doğurur ve alacaklı da artık kendi edimini yerine getirme borcundan kurtulur²⁶⁷. Sözleşmeden dönmenin iki temel sonucu vardır; öncelikle sözleşme sona erdiğinden alacaklı artık aynen ifayı reddedebilir, ayrıca tarafların daha önce yerine getirdiği edimler mevcutsa onların iadesi söz konusu olacaktır²⁶⁸. Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, borçlunun kusurlu olması gerekmez. Diğer bir ifadeyle, borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat ederek, alacaklının dönme hakkını kullanmasını engelleyemez²⁶⁹.

Sözleşmeden dönmenin, sözleşmenin geçerliliğine etkisi üzerine farklı görüşler mevcuttur. Dönme hakkının kullanılması üzerine taraflar arasındaki sözleşmenin akıbetine ilişkin görüşleri, dört başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar klasik dönme teorisi, kanuni borç ilişkisi teorisi, aynı etkili dönme teorisi ve dönüşüm teorisidir²⁷⁰. Klasik dönme teorisine göre, dönme beyanı bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir ve dönme beyanının kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar²⁷¹. Başka bir ifadeyle, dönme sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi bir etki doğurmaktadır. Fakat bu görüşe göre, borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkarken; bu etki yalnızca borçlandırıcı işlemler üzerinde olur, yani daha önce ifa amacıyla yapılan tasarruf işlemlerinin aynı sonuçları dönmeden etkilenmeyecektir²⁷². Bu bağlamda, sözleşmenin kuruluşunda bir sakatlık olmadığı müddetçe, sözleşmeden dönme ile edimlerden her birinin dayandığı borç ilişkisi sona erse bile, yapılan kazandırıcı işlemlerin

²⁶⁵ Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, a.g.m., s. 238.

²⁶⁶ Belling- Belen, a.g.m., s. 3032.

²⁶⁷ Eren, a.g.e., s. 1120; Baştuğ, a.g.e., s. 280; Birsen, a.g.e., s. 517; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 964.

²⁶⁸ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 967.

²⁶⁹ Saymen- Elbir, a.g.e., s. 755; Reisoğlu, a.g.e., s. 386.

²⁷⁰ Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 119 vd.

²⁷¹ Eren, a.g.e., s. 1120; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 530; Belling- Belen, a.g.m., s. 3033; Tunçomağ, a.g.e., s. 951; Hatemi- Gökyayla, a.g.e., s. 260; Öz, a.g.m., s. 134.

²⁷² Tandoğan, a.g.e., s. 504; Belling- Belen, a.g.m., s. 3033

ayni etkisi devam etmektedir²⁷³. Diğer taraftan, geğerlilikleri etkilenmeyen tasarruf işlemleri sözleşmeden dönme ile birlikte sebepten yoksun hale gelecek ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin aynen veya aynen iadeleri mümkün değilse değeri üzerinden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenmesi söz konusu olacaktır²⁷⁴.

Kanuni borç ilişkisi teorisine göre, dönme üzerine sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermekte, fakat taraflar arasında TBK m. 125/III hükmüne dayanan kanuni bir borç ilişkisi meydana gelmektedir²⁷⁵. Bu ilişki ile tarafların daha önce elde ettikleri edimlerin iadesi borcu doğmaktadır. Taraflar arasında kanun tarafından öngörülen bir borç ilişkisi meydana geldiğinden, verileni geri alma hakkı şahsi bir haktır ve daha önce ifa edilmiş edimler hükümsüz bir hukuki sebebe dayanılarak verilmiş deęildir²⁷⁶. Bu nedenle, iade borçlarına genel zamanaşımı süresi olan TBK m. 146' da düzenlenen on yıllık süre uygulanır. Sebepsiz zenginleşme hükümleri ise yalnızca iade borcunun kapsamını belirlemek için kıyasen uygulanabilecektir²⁷⁷. Dolayısıyla iade talebi için açılan davanın dayanağı sebepsiz zenginleşme olmayıp taraflar arasındaki sözleşme, yani kanuni iliřkidir²⁷⁸. Kanuni borç ilişkisi teorisi, sözleşmeden dönmenin borç ilişkisi üzerindeki etkisi bakımından klasik görüşten esasen farklı değildir. nkn bu görüşe göre de dönme ile birlikte taraflar arasındaki sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Bu teorinin pratik açıdan farkı, iade davasına uygulanacak zamanaşımı sresidir. Daha önce yerine getirdiği edimin iadesini talep eden tarafın, sebepsiz zenginleşmeye özgü olan daha kısa zamanaşımı sresindense, genel zamanaşımı süresine tabi olması; taraflar arasında kanundan kaynaklanan bir ilişkinin mevcut olduğunu kabul ile mümkün olmuştur.

Ayni etkili dönme teorisi de dönme ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmekte; ancak klasik teoriden farklı olarak, bu teori dönmeye ayni etki tanımaktadır. Başka bir ifadeyle, dönme daha önce yerine getirilen edimlerde yalnızca borçlandırıcı işlemleri etkilememekte, tasarruf işlemlerini de etkilemektedir.²⁷⁹ Bu nedenle, tasarruf işlemleri de geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve mülkiyet karşı

²⁷³ Tunçomağ, a.g.e., s. 952; Reisoğlu, a.g.e., s. 387.

²⁷⁴ Eren, a.g.e., s. 1121; Oğuzman- z, a.g.e., s. 530; Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 119; Saymen- Elbir, a.g.e., s. 757; Aybay, a.g.e., s. 148; Reisoğlu, a.g.e., s. 387.

²⁷⁵ Oğuzman- z, a.g.e., s. 532.

²⁷⁶ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 968.

²⁷⁷ Oğuzman- z, a.g.e., s. 532; Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 121.

²⁷⁸ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 968.

²⁷⁹ Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 121.

tarafa geçmemiş olacaktır. Dolayısıyla bu durumda, tarafların geri vermeye ilişkin talepleri aynı nitelikte olup, edimin iadesi davası istihkak davasına konu olacaktır²⁸⁰.

İsviçre ve Türk hukukunda son zamanlarda savunucusu artan ve yeni dönme ya da dönüşüm teorisi olarak adlandırılan bu teoriye göre; dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme ilişkisi ne geçmişe ne de ileriye etkili olarak sona ermez²⁸¹. Dönüşüm teorisine göre, dönme beyanı değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olup, dönme hakkının kullanılması ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi içerik değiştirir ve ifa edilen edimlerin iadesi yönünde taraflar arasında bir tasfiye ilişkisine dönüşür²⁸². Buna göre, dönme hakkının kullanılması sözleşmenin geçerliliğine ve dolayısıyla daha önce devredilmiş olan aynı hakların geçerliliğine etki etmeyecektir²⁸³. Dönüşüm teorisi, dönme hakkının sözleşme üzerindeki etkisini bir benzetme ile açıklamaktadır; dönme üzerine sözleşmenin durumu, oynamakta olan bir filmin geriye doğru oynatılması gibidir²⁸⁴. Fakat geri verme borcu ifa edilmeden önce, mülkiyet veya alacak hakkı kendiliğinden eski malik veya alacaklıya geçmez²⁸⁵. Bu bağlamda, daha önce yerine getirilmiş edimlerin, devredilmiş hakların, eski sahibine iadesinin hukuki dayanağı sözleşme olacak ve açılan dava borç ilişkisinden kaynaklanan akdi bir dava niteliğinde olacaktır²⁸⁶. İçerik değiştirerek tasfiye ilişkisine dönüşen sözleşmeye özgü tazminat, zamanaşımı, ispat yükü, teminatlar ve hasar düzeni, bu görüş çerçevesinde yürürlükte kalmaya devam eder²⁸⁷. Dolayısıyla geri verilecek şeyden elde edilen doğal ürünler ve faizler de iadeye konu olacak, ayrıca iade konusu şeye yapılan giderleri iade alacaklısı ödemek zorunda olacaktır²⁸⁸. Bunun yanında iade konusu edim, bir şeyin kullanılmasının terki, hizmet veya yapmama edimi ise; bu tip edimlerin aynen iadesi mümkün olmadığı için objektif piyasa değerleri para olarak iade edilir²⁸⁹. Sözleşme hukuku kuralları ters geri verme

²⁸⁰ Eren, a.g.e., s. 1122.

²⁸¹ Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 533, Ayrıca dönüşüm teorisinin eleştirisi için bkz. Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 534 vd.

²⁸² Eren, a.g.e., s. 1120; Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 233; Hatemi- Gökyayla, a.g.e., s. 261.

²⁸³ Öz, a.g.m., s. 136; Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 123.

²⁸⁴ Öz, a.g.e., s. 136.

²⁸⁵ Eren, a.g.e., s. 1123.

²⁸⁶ Hatemi- Gökyayla, a.g.e., s. 261; Serozan, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, a.g.m., s. 199.

²⁸⁷ Serozan, “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, a.g.m., s. 199.

²⁸⁸ Eren, a.g.e., s. 1123.

²⁸⁹ Eren, a.g.e., s. 1123.

yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler içermediğinden; tasfiye ilişkisine kıyasen sebepsiz zenginleşmedeki tasfiye kuralları uygulanacaktır.

Dönüşüm teorisinde, tarafların henüz yerine getirmemiş olduğu edimin kaderinin ne olacağına ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, henüz yerine getirilmemiş olan edim yükümleri ortadan kalkar²⁹⁰. Dönme ile birlikte henüz yerine getirilmemiş edimlerin gerçekleştirilmesi istemi diğer görüşe göre ortadan kalkmamakta, fakat sürekli bir def'i hakkıyla engellenmektedir²⁹¹.

Alman hukukunda dönüşüm teorisi benimsenmiştir. BGB § 346'ya göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisi, geri vermeye ilişkin yeni bir borç ilişkisine dönüşür²⁹². BGB § 346'ya göre, geri vermeye ilişkin yeni borç ilişkisi her iki taraf için de yükümlülükler getirmektedir. İade borcunun konusunun ortadan kalkmış olması söz konusu yeni borç ilişkisine aykırılık teşkil edecek ve iade borçlusu edimin değerini ödemekle yükümlü olacaktır²⁹³.

Bu görüşler çerçevesinde, dönüşüm teorisinin kabulü kanımızca mümkündür. Öncelikle klasik teori, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sebebiyle iade taleplerini sebepsiz zenginleşmeye dayandırmaktadır. Fakat daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi esasen ortadan kalkan sözleşmeye değil, sözleşmenin ihlaline dayanmaktadır. Kanuni borç ilişkisi teorisi ise, klasik teoriden yalnızca zamanaşımı süresi bakımından ayrılmakta ve bir taraftan sözleşmenin geçmişe etkili olduğunu savunurken diğer taraftan iade talebinin taraflar arasında meydana gelen borç ilişkisine dayandığını belirtmekle; bir bakıma çelişkili görünmektedir. Aynı etkili dönme teorisi de daha önce geçerli olarak yapılmış tasarruf işlemlerinin dönme ile birlikte ortadan kalkacağını savunmaktadır. Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili ve dolaysız biçimde yapılan tasarruf işlemlerini hiç kurulmamışçasına ortadan kaldırması mümkün değildir²⁹⁴. Dönüşüm teorisi, dönme hakkının kullanılmasının sözleşme üzerindeki etkisini açıklamak bakımından daha tutarlıdır. Borçlu temerrüdünün borcu sona erdirmediği, bir ifa engeli olduğu kabul

²⁹⁰ Eren, a.g.e., s. 1121.

²⁹¹ Rona Serozan, "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 195- 207, s. 199; Belling- Belen, a.g.m., s. 3033.

²⁹² Belling- Belen, a.g.m., s. 3032.

²⁹³ Belling- Belen, a.g.m., s. 3033.

²⁹⁴ Serozan, İfa ifa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 233; Serozan, Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 63.

edildiğinde, alacaklı seçimlik hakka başvurarak sözleşmeden dönse dahi tarafların yan yükümlülükleri, koruma yükümlülükleri ve teminatların devam edebilmesi yalnızca sözleşmenin bir tasfiye ilişkisine dönüştüğünün kabulü halinde mümkün olur²⁹⁵. Dönüşüm teorisi, menfi zararın tazminini talep noktasında eleştirilmektedir. Dönme ile birlikte sözleşme ilişkisi sona ermediği takdirde menfi zararın talep edilemeyeceği savunulmaktadır²⁹⁶. Aksine menfi zararın tazminini talep, sözleşmenin ihlalinden kaynaklanmaktadır; bu nedenle ancak dönme hakkının kullanılmasından sonra da sözleşmenin geçerliliğini koruduğu kabul edildiği takdirde, menfi zararın istenmesi mümkün olacaktır²⁹⁷.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme, kira veya hizmet sözleşmesi gibi devamlı bir borç ilişkisi yaratıyorsa; borçlunun temerrüdü halinde alacaklının dönme hakkı fesih hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹⁸. Çünkü klasik görüşe göre, sürekli edimli sözleşmelerde dönme yaptırımının uygulanması mümkün değildir. 818 sayılı mülga BK’ da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları ani edimli sözleşmeler dikkate alınarak düzenlenmişti. Sürekli edimli sözleşmelere özgü bir düzenlemeye yer verilmemişti. TBK m. 126’da sürekli edimli sözleşmelere ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü söz konusu olursa, alacaklı ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğradığı müspet zararı talep edebilmektedir²⁹⁹. Sürekli edimli sözleşmelerde, alacaklının tek taraflı bir beyanla fesih hakkını kullanması üzerine sözleşme ileriye etkili olarak sona ermektedir³⁰⁰. Diğer taraftan, sürekli edimli sözleşmenin ifasına henüz başlanmamış ise ani edimli sözleşmelerdeki temerrüdün sonuçları burada da uygulanabilecektir³⁰¹.

Bu seçimlik hakka başvuran alacaklının, sözleşmeden dönmenin yanında menfi zararının da karşılanmasını talep etmesi mümkündür. Alacaklının menfi zararın tazminini

²⁹⁵ Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 125.

²⁹⁶ Öz, a.g.m., s. 163.

²⁹⁷ Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 124; Aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirileceği üzere, buradaki menfi zarar edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine dayanmamakta, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır, bkz. Ergüne, a.g.e., s. 108 vd.

²⁹⁸ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 965.

²⁹⁹ Havutçu, a.g.m., s. 330.

³⁰⁰ Ertaş, a.g.m., s. 310; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 965.

³⁰¹ Havutçu, a.g.m., s. 330.

talep edebilmesi için, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir, burada borçlu aleyhine kusur karinesi öngörülmüştür³⁰². Temerrüde düşen borçlu kendisine yüklenen ispat külfetini yerine getirmediği, alacaklının o sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacak olduğu zararını tazmin etmek zorundadır³⁰³. Ayrıca alacaklının menfi tazminat talep edebilmesi için, alacaklının bir zarara uğramış olması ve alacaklının bu zararı ispatlamış olması gerekir³⁰⁴.

Menfi zarar, alacaklının bir sözleşmenin kurulduğuna, sözleşmenin geçerli olduğuna veya sözleşmenin borçlu tarafından yerine getirileceğine duyduğu güvenin boşa çıkması nedeniyle uğradığı zararı ifade etmektedir³⁰⁵. Burada borçlunun sorumluluğu culpa in contrahendo esaslarına dayanan tipik bir menfi zarardan sorumluluk değildir. Diğer bir ifadeyle, buradaki tazminat sözleşmenin geçerli olduğu yolundaki güvenin sarsılmasından değil de; borçlunun borca aykırı davranışı neticesinde sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklının bu sözleşmeyi yaptığı için, yani dönülen sözleşmeyi hiç yapmasaydı uğramayacak olduğu malvarlığı kayıplarını karşılamaktadır³⁰⁶.

Menfi zarar da tıpkı müspet zarar gibi fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemlerinden oluşur. Fiili zarar, alacaklının sözleşmenin yapılması için yaptığı harcamalar, ifa beklentisi içinde yaptığı harcamalar, temerrüde bağlı olarak ihtar, süre verme, sözleşmeden dönme, dava açma, tasfiye ilişkisi sırasında kendi edimini iade etmek ve karşı taraftan edimi geri almak için yaptığı masraflar; borcun ifa edilmemesi sebebiyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai koşul ve tazminatlar ile alacaklının asli edim

³⁰² Eren, a.g.e., s. 1126.

³⁰³ Ergüne, a.g.e., s. 257.

³⁰⁴ Saymen- Elbir, a.g.e., s. 757.

³⁰⁵ Eren, a.g.e., s. 1124; Ergüne, a.g.e., s. 39; Reisoğlu, a.g.e., s. 353; Hatemi- Gökyayla, a.g.e., s. 262; "Kural olarak, sözleşmeyi fesheden taraf BK'nın 96 ve 108. maddeleri hükmüne, menfi zararlarını isteyebilir. Menfi zarar, akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zarara ilişkindir.", Yargıtay 15. HD, T. 5.12.2011, E. 2011/829, K. 2011/7161, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 25.6.2015); ; Menfi zarar ve müspet zarar ayrımını, adaletsizliğe yol açtığı gerekçesiyle reddeden görüş için bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, a.g.e., s. 630 vd., görüşün içtihatlarda benimsenmediği yönünde, "Hukuk öğretisinde menfi-müspet zarar ayrımının adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek terk edilmesi önerilmektedir (Serozan, Sözleşmeden Dönme, sh: 630 vd.). Bu görüşe göre, Borçlar Kanununun 108. maddesinde anılan zarar, "doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından kısacası sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle 108. maddenin söz konusu olduğu durumlarda da müspet zarar esas alınmalıdır. Ne var ki bu görüş kabul edildiğinde Borçlar Kanununun 106. maddesinde getirilen ayrımın hiç bir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müspet-menfi zarar ayrımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir.", Yargıtay HGK, T. 17.1.1990, E. 1989/13-392, K. 1990/1, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.6.2015)

³⁰⁶ Tunçomağ, a.g.e., s. 956; Ergüne, a.g.e., s. 256.

konusunu borçluya vermemiş olsaydı bundan elde edeceği doğal ve hukuki ürünleri kapsar³⁰⁷. Sözleşmenin ifa edileceğine iyi niyetle inanarak yaptığı masraflar menfi zarar kapsamındadır; örneğin tavuklar teslim edilecek diye kümes yaptıran, mallar teslim edilecek diye depo kiralayan, usta gelecek diye otelden yer ayırtan alacaklı fiilen yaptığı bu masrafları talep edebilecektir³⁰⁸. Yoksun kalınan kar ise, alacaklının üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden elde edeceği kar ve sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle kaçırılan kazanç olanaklarını kapsar³⁰⁹.

Menfi zararın tespitinde esas alınacak tarih, tazminat talebine ilişkin hükmün verildiği tarih olmalıdır; sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı veya sözleşmenin kuruluşu tarih zararın hesabında dikkate alınmaz³¹⁰. Menfi zararın tazmini talebine uygulanacak zamanaşımı süresi TBK m. 146 hükmüdür; buna göre alacaklının tazminat talebi on yıllık süreye tabi olacaktır. Zamanaşımı süresi tazminat talebinin muaccel olduğu, diğer bir ifade ile dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren işlemeye başlar³¹¹.

Türk hukukunda genellikle, alacaklının TBK m. 125 çerçevesinde sözleşmeden dönmesi halinde, yalnızca menfi zararın tazminini talep edebileceği savunulmaktadır³¹². Yargıtay kararları da sözleşmeden dönen alacaklının menfi zararın tazminini talep

³⁰⁷ Eren, a.g.e., s. 1124- 1125; “Burada istenilebilecek zararlar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı şayet sözleşme yapmamış olsaydı uğramayacağı zararlardır. Kısaca menfi zarar, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamıdır. Başka bir anlatımla, karşı tarafın malvarlığına girmese dahi o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Hiç kuşkusuz, akdin icrasına inanılarak yapılan giderlerin bunları yaptığını iddia eden tarafça somut biçimde kanıtlanması gerekir.”, Yargıtay 14. HD, T. 10.4.2012, E. 2012/1350, K. 2012/5253; “a-) Sözleşmenin yapılmasına dair giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi, b-) Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar, c-) Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi, ç- Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi, d-) Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar, e-) Dava masrafları”, Yargıtay 3. HD, T. 25.2.2014, E. 2013/19821, K. 2014/2816, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 25.6.2015)

³⁰⁸ Baştuğ, a.g.e., s. 279; Reisoğlu, a.g.e., s. 388.

³⁰⁹ Reisoğlu, a.g.e., s. 354; “Davacı, sözleşme konusu malı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat), o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı, yani menfi zararını ister.”, Yargıtay HGK, T. 17.1.1990, E. 1989/13-392, K. 1990/1, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 20.6.2015)

³¹⁰ Eren, a.g.e., s. 1125.

³¹¹ Eren, a.g.e., s. 1126.

³¹² Nazikoğlu, a.g.m., s. 684; Oser- Schönerberger, a.g.e., s. 794; Ruhi, a.g.e., s. 68; Yalnızca sözleşmede aksi kararlaştırıldığı takdirde alacaklının müspet zararın tazminini talep edebileceği yönünde bkz. Reisoğlu, a.g.e., s. 389; Oğuzman- Öz, a.g.e., s. 536.

edebileceği yönündedir³¹³. İctihatlara göre, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zararı ifade eder. Dolayısıyla, sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar bu sözleşmeye dayanılarak borcun ifa edilmemesinden doğan zararın, yani müspet zararın tazmin edilmesinin istenmesi mümkün değildir³¹⁴. Doktrinde ise, müspet zararın tazmini talep eden alacaklının kendisine tanınmış diğer bir seçimlik hak olan, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının giderilmesi yoluna başvurması; sözleşmeden dönen alacaklının ise bu seçiminin sonuçlarına katlanarak menfi zararlarla yetinmesi gerektiği savunulmaktadır³¹⁵.

Buna karşılık Alman hukukunda BGB § 325'e göre, alacaklı sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile müspet zararının tazmini talebini birleştirebilmektedir³¹⁶. Türk hukukunda da sözleşmeden dönme seçeneğine müspet zararın tazmini talebi eklenebileceğini savunanlar vardır. Bir görüşe göre, dönme hakkının kullanılması halinde esas olarak menfi zararın tazmini talep edilebilir; ancak somut olay adaleti gerektiriyorsa alacaklı müspet zararını da talep edebilmelidir³¹⁷. Sözleşmeden dönme, sözleşmenin artık hiçbir hüküm ifade etmediği anlamına gelmemektedir. Çünkü burada sözleşmenin geçerliliğinde herhangi bir sakatlık bulunmadığı gibi sözleşme hükümsüz de değildir; yalnızca borçlunun edimi ifa etmemesi sebebiyle alacaklı sözleşmeden dönmektedir³¹⁸. Bu nedenle, dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin sanki hiç yapılmamış sayılması gerekmemeli ve borçlunun borca aykırılık ve ifa etmemeye bağlı tazmin yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmek gerekir³¹⁹.

³¹³ “Kural olarak, sözleşmeyi fesheden taraf menfi zararlarını isteyebilir. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan müspet zarar fesih halinde talep edilemez.”, Yargıtay 15. HD, T. 5.12.2011, E. 2011/829, K. 2011/7161; “Dönme işlemi ise ayrıca zarar giderimi talep etme imkanı vermez, ancak akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan menfi zararın tazmini imkanı verir.”, Yargıtay HGK, T. 24.11.1999, E. 1999/13-967, K. 1999/990, Kazancı İctihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 25.6.2015)

³¹⁴ Yargıtay 15. HD, T. 3.6.2013, E. 2012/5740, K. 2013/3550; Yargıtay 3. HD, T. 25.2.2014, E. 2013/19821, K. 2014/2816.

³¹⁵ Ergüne, a.g.e., s. 259.

³¹⁶ Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, a.g.m., s. 235-236.

³¹⁷ Hatemi- Gökyayla, a.g.e., s. 262.

³¹⁸ Serozan, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, a.g.e., s. 236; Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 970.

³¹⁹ Tekinay- Akman- Burcuoğlu- Altop, a.g.e., s. 970.

Alacaklının menfi zarar yerine, sözleşmeden dönerek müspet zararın tazminini isteyip isteyemeyeceği, esasında dönmenin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin bir problemdir. Klasik görüş kabul edildiğinde, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından zaten müspet zarar istemine yer olması mümkün değildir. Bu bağlamda, klasik görüş alacaklının yalnızca menfi zarar isteyebileceğini savunarak kendi içinde tutarlıdır.

Aynı şekilde, dönüşüm teorisinin kabulü halinde, taraflar arasındaki borç ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüştüğü savunulmaktadır. Taraflar arasında değişime uğrayarak varlığını devam ettiren bu ilişkide, borca aykırılık ve borcun ifa edilmemesi sebebiyle zarar gören alacaklının, bu zararlarını karşı taraftan talep edebilmesi mümkün görünmektedir. Çünkü alacaklı her ne kadar sözleşmeden dönme seçimlik hakkına başvurmuş olsa da, borçlunun edimi yerine getirmeyerek borca aykırı davrandığı gerçeği yadsınamaz. Dolayısıyla, alacaklının sırf bu seçimlik hakka başvurması nedeniyle, uygulamada genellikle müspet zararın kapsamından daha dar olan menfi zarar ile yetinmesinin öngörülmesi adaletsizliğe yol açmaktadır. Alacaklının menfi zarar yerine müspet zararı talep edebilmesi, hukuki temelleri bakımından, dönüşüm teorisi kabul edildiğinde, bir çelişki de barındırmamaktadır. Bu nedenle, kanımızca dönme hakkının kullanılması ile müspet zararın tazmini talebi birleştirilebilmelidir.

SONUÇ

Tez çalışmamızda borçlu temerrüdü kurumu, tanımı, şartları ve sonuçları yönünden incelenerek aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Taraflar borç ilişkisi kurmakla, taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmesini amaçlamaktadırlar. Fakat beklenen bu sonuç gerçekleşmediğinde borcun ifa edilmemesi, borca aykırılık veya sözleşmenin ihlalden söz edilir. Uluslararası örgütlerce hazırlanan model kanun metinleri ile uluslararası anlaşmalar ve bu hukuk kaynaklarından etkilenecek yeniden sistematize edilen Hollanda ve Almanya medeni kanunlarında ifa engelleri sistemi benimsenmiştir. Sözü geçen hukuk kaynaklarında ifa engeli veya sözleşmeye aykırılık üst başlığına yer verilmiş ve borcun ifa edilerek sona ermesine engel olan tüm olgular bu başlığa dahil edilmiştir. Borcun ihlali niteliğinde olan olgulara uygulanacak yaptırımlar da yine aynı şekilde genel olarak düzenlenmiştir. İhlalin ağırlığına göre borç ilişkisinin taraflarının başvurabileceği hukuki imkanlar değişmektedir. İsviçre- Türk hukukunda ise yüküm ihlali yahut ifa engeli şekline bir üst başlık bulunmamaktadır. Kapsamı ifa engelinden daha dar olsa da borcun ifa edilmemesi şeklinde genel bir başlığa yer verilmiştir. Borcun ifa edilmemesi, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Borçlu temerrüdü kavramının, borcun hiç ifa edilmemesi haline mi dahil olduğu yoksa borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinden olduğu tartışmalıdır. Kanımızca, borçlu temerrüdünü bu alt başlıklardan birine dahil etmeye ihtiyaç yoktur. Çünkü nitelikli borca aykırılık olan borçlu temerrüdü, borçlunun borcunu ifa etmemekte direnmesi halinde borcun hiç ifa edilmemesi başlığına dahil olurken; borçlunun ifa zamanına aykırı hareket etmekle birlikte sonradan edimini yerine getirmesi halinde, temerrüt borcun gereği gibi ifa edilememesi halini oluşturmaktadır. Bu nedenle temerrüt, borcun ifa edilmemesinin özel bir hali olarak incelenmelidir.

Borçlu temerrüdünün tanımına kanunda yer verilmemiş olup yalnızca temerrüdün şartları belirtilmiştir. Bu nedenle farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Doktrin ve içtihatlarda borçlu temerrüdünün şartlarından yola çıkılarak bir tanımı verilmektedir. Borçlu

temerrüdünü, ifası mümkün ve muaccel olan bir borcun, borçlu tarafından borca aykırılık teşkil edecek şekilde taahhüt edilen zamanda yerine getirilmemesi ve bunun üzerine kural olarak alacaklının ihtarıyla birlikte borçlunun içine düştüğü sorumluluk hali olarak tanımlamak mümkündür.

Borçlu, asli edimlerin ifasında temerrüde düşebileceği gibi yan edimlerin ifasında da temerrüde düşebilir. Buna karşılık, temerrüt hükümleri yan yükümlülüklerin ihlali halinde uygulama alanı bulmaz; çünkü yan yükümlülüklerin bağımsız bir varlığı yoktur. Borçlunun ani edimli sözleşmelerin ifasında temerrüde düşebileceği kuşkusuzdur; bunun yanında dönemli veya sürekli edimli sözleşmelerde de borçlu temerrüde düşebilir. Verme, yapma ve yapmama borçlarının tamamında borçlunun temerrüdü söz konusu olabilir. Burada esas alınacak ölçüt, borçlu temerrüdünün şartlarını oluşmasıdır.

Borçlu temerrüdü, borçlunun sadece ifa zamanına aykırı hareket etmesi olmadığından, temerrüdün gerçekleşmesi için belirli şartların da varlığı gerekir. Öncelikle temerrütten söz edebilmek için, edimin ifasının mümkün olması gerekmektedir. Edimin ifası objektif olarak mümkün değilse, borçlu temerrüdünden değil ancak imkansızlıktan söz edilebilir. Ayrıca borcun muaccel olması da gerekmektedir. Muacceliyet, alacaklının alacak hakkının, talep hakkına dönüştüğü andır. Borçlu temerrüdü ancak muaccel bir borçta söz konusu olabilir. Borçlu temerrüdünün diğer bir şartı, alacaklının ifayı kabule hazır olmasıdır. Alacaklı, borcun yerine getirilmesi için gerekli hazırlıkları yapmadığı veya borçlunun ifa teklifini haklı bir sebep olmaksızın kabul etmediği takdirde, alacaklı temerrüdü söz konusu olur. Alacaklı temerrüde düştüğü takdirde ise, borçlunun temerrüdünden söz edilmesi mümkün değildir. Borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı mevcut olduğunda da, borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olamaz. TBK m. 97 ve 98/I hükümlerinde, borçluya taahhüt ettiği edimi ifadan kaçınma imkanı tanınmıştır. Bu hallerde borçlunun edimi zamanında yerine getirmemesi, borca aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla borçlunun edimi ifadan kaçınma olanağının bulunmaması, temerrüdün olumsuz koşulunu oluşturur. Borçlunun temerrüt hükümlerine göre sorumluluğunun söz konusu olabilmesinin son koşulu, alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olmasıdır. İhtar, borçlunun borçlandığı edimi ifa etmesine yönelik bir davet olup; tek taraflı, karşı tarafa varması gereken ve hukuki işlem benzeri niteliğinde bir irade beyanıdır. Borçluyu temerrüde düşürebilmek için, ihtar şartının gerçekleştirilmesi kural olarak aranmakla

birlikte; bazı hallerde alacaklının ihtarda bulunmasına gerek olmaksızın borçlunun temerrüt hükümlerince sorumluluk hali gerçekleşir.

Bunlardan ilki, sözleşmede tarafların ihtar şartını kaldırmasıdır. Sözleşme özgürlüğü prensibine göre, taraflar kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilirler. TBK m. 117 hükmü, emredici nitelikte olmadığından taraflar sözleşmede borçlu bakımından daha ağır bir sorumluluk rejimi belirlemiş ve ihtarla gerek olmaksızın edimi zamanında ifa etmeyen borçlunun temerrüde düşmüş olacağını kararlaştırmış olabilirler. Bunun yanında, özel kanun hükümlerinde borçlu temerrüdü bakımından ihtarla gerek olmadığı öngörülmüş olabilir.

Bu iki hal dışında, taraflar sözleşmede belirli vade veya kesin vade kararlaştırmış olabilirler. Bu ihtimalde, borçlu ifa zamanını önceden açık ve kesin olarak bildiğinden; ayrıca kendisine ihtarda bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Sözleşmenin tarafları sözleşmede vade belirlemeden birlikte, ifa gününü belirleme yetkisini taraflardan birine vermiş olabilirler. İfa gününü belirleme yetkisi kendisine verilen taraf, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir aşamada karşı tarafa muacceliyet ihbarında bulunacaktır. Bu ihbarla birlikte, borçlu ifa gününün ne zaman olduğuna ilişkin kesin bilgiye sahip olacağından, ayrıca alacaklının ihtarda bulunması artık gerekli değildir. Dürüstlük kuralı gereği, ihtarın gereksiz veya yararsız olacağı hallerde de alacaklı korunarak ihtar prosedürüne gerek olmaksızın borçlu temerrüdünün gerçekleşeceği kabul edilmektedir.

Dar anlamda haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan tazminat borçları ile kötü niyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcu bakımından; borçlu alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşer. Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade borçlarında ihtar şartının aranıp aranmaması, TBK m. 117/II' de, borçlunun iade borcunu bilip bilmemesine dayandırılmaktadır. Borçlunun zenginleşmeyi iade etmesi gerektiğini bilmesi halinde, borçlu kötü niyetli kabul edilerek alacaklının borçluya ihtarda bulunma şartının olmadığı kabul edilmiştir. İhtarın gerekip gerekmediğini belirlerken iyi niyet- kötü niyet ayrımının esas alınması her zaman adaletli sonuçlar doğurmamaktadır. Zenginleşenin, iade borcunun olduğunu bilmesine karşılık bunu kime iade etmesi gerektiğini bilmemesi halinde kötü niyetli kabul edilmesi ve ihtarsız temerrüde düşmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Bu nedenle sebepsiz zenginleşmede ihtarın gerekip gerekmediğinin dürüstlük kuralına göre belirlenmesi daha isabetli olurdu.

Borçlunun temerrüde düşmesinde kusurlu olup olmaması bir önem arz etmez. Başka bir ifadeyle, borçlu kusuru olmaksızın edimi yerine getirmemiş dahi olsa temerrüt gerçekleşmiştir. Diğer taraftan kusur, borçlu temerrüdüne uygulanacak sonuçlar bakımından önem kazanır. Kusurlu olan borçlunun sorumluluğu daha ağırdır. Alacaklının temerrüde düşen borçludan gecikme tazminatı, aşkın zararının tazmini, müspet veya menfi zararının tazminini talep edebilmesi ve borçluyu beklenmedik halden sorumlu tutabilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir.

Borçlu temerrüdünün sonuçları, TBK m. 118 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ve uygulanacak sonuçlar borç ilişkisi ve borcun niteliğine göre değişmektedir. Borçlu temerrüde düşse de temerrüt borcu sona erdiren bir hal olmadığından borçlunun aynen ifa yükümlülüğü devam etmektedir. Borçlu temerrüdünün her borç ilişkisine uygulanabilecek genel sonuçları, borçlunun sorumluluğunun genişlemesi ve ağırlaşması şeklinde olur. Temerrüt nedeniyle borcun genişlemesi, TBK m. 118' de düzenlenmiştir. Buna göre, Borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispatlayamadığı takdirde, alacaklı aynen ifanın yanında borcun geç ifası nedeniyle uğradığı zararı da talep edebilmektedir. Borçlunun sorumluluğunun ağırlaşması ise, TBK m. 119'da düzenlenmiştir. Borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte, sözleşme konusunu koruma yükümlülüğü de ağırlaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, borçlu temerrüt halinde iken beklenmedik hal nedeniyle edimin kötüleşmesi veya yok olmasından sorumlu olacaktır. Borçlunun bu sorumluluktan kurtulabilmesi için, temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını veya borcu zamanında ifa etmiş olsa bile aynı beklenmeyen olayın alacaklı aleyhine ifa konusu şeye isabet edeceğini ispatlaması gerekmektedir.

Borçlunun ifada temerrüde düştüğü borç, para borcu niteliğindeyse ortaya çıkan sonuçlar edimin niteliği sebebiyle daha farklıdır. Para borcunda temerrüde düşen borçlu temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Alacaklı, borçlu kusuru olmaksızın temerrüde düşmüş bile olsa temerrüt faizi talep edebilmektedir. Bu bakımdan temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, temerrüdün kusura bağlı olmayan sonuçlarındandır. Bazı hallerde temerrüt faizi, alacaklının borcun geç ifası nedeniyle uğradığı zararın tamamını karşılamaz. Bu haller için kanun koyucu para borcunun alacaklısını, sadece temerrüt faizi ile korumakla yetinmemiştir. Alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararı, yani aşkın (munzam) zararı söz konusu ise, bunu da talep edebilme imkanı mevcuttur. Müspet zararın bir türü olan aşkın

zararın talep edilebilmesi için, borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun olmadığı ispatlayamamış olması gerekmektedir.

TBK m. 123 vd. hükümlerinde ise, borçlu temerrüdünün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü özel sonuçları düzenlenmiştir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin birbirinin karşılığını oluşturması ve bir değişim ilişkisi içinde olması sebebiyle, borçlunun temerrüde düşmesine özel sonuçlar bağlanmıştır. Bu tip sözleşmelerde, alacaklı borçlunun taahhüt ettiği edimi yerine getirmesi karşılığında edim yükümlülüğü altına girmektedir. Bu nedenle, borcunu yerine getirmeyen borçlu karşısında, alacaklı daha geniş seçimlik imkanlar ile donatılmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüde düşmüş ise, alacaklı aynen ifada ısrar ederek gecikme tazminatı talep edebilir. Bu sonuç aynı zamanda, temerrüdün her borç ilişkisine uygulanabilen genel sonuçlarındandır.

Bunun yanında alacaklı, temerrüde düşen borçluya aynen ifada bulunması için son bir şans vermek koşuluyla iki imkana daha sahip olur. Borçluya ifada bulunması için şans vermek, kendisine ek süre verilmesi şeklinde gerçekleştirilir. Alacaklı, borçluya edimi yerine getirmesi için uygun bir ek süre vermelidir. Bu sürede de borçlu ifada bulunmamişsa, alacaklı kural olarak süre sonunda hangi seçimlik imkana başvuracağını borçluya derhal bildirmelidir. Ek süre tayini ve derhal bildirim ile alacaklının başvurabileceği imkanlar; aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının giderilmesini istemek veya sözleşmeden dönerek menfi zararının karşılanmasını talep etmektir. Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı ifade eder. Menfi zarar ise, yerine getirileceğine inanılan bir borcun ifa edilmemesi yüzünden alacaklının güveninin boşa çıkması sebebiyle uğradığı zarardır. Başka bir ifadeyle, alacaklının böyle bir borç ilişkisi içine hiç girmeseydi uğramamış olacağı zararı ifade eder.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR

- ARAL Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin, Ankara, 2011.
- ASLAN Çiğdem Mine, **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Yetkin, Ankara, 2006.
- AYBAY Aydın, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, Filiz, İstanbul, 2011.
- BARLAS Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 15, İstanbul, 1992.
- BAŞTUĞ İrfan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1977.
- BELEN Herdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta, İstanbul, 2014.
- BERGER Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1980.
- BERKİ Şakir, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949.
- BİRSEN Kemaleddin, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1290, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967
- BUZ Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin, Ankara, 1998.
- BUZ Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin, Ankara, 2005.
- DAYINLARLI Kemal, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**, 4. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2008.
- DURAL Mustafa- SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt: 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.

- ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- ERGÜNE Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, Beta, İstanbul, 2008.
- FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977.
- HATEMİ Hüseyin- GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- HAVUTÇU Ayşe, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, 1995.
- İNAL H. Tamer, **Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- İNAN Ali Naim- YÜCEL Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- KANİTİ Salamon, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, Ahmet Said Matbaası, İstanbul, 1962.
- KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- KİZİR Mahmut, **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- KOÇ Nevzat, **İsviçre- Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1992.
- OĞUZMAN Kemal, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- OĞUZMAN Kemal - ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat, İstanbul, 2013.
- OĞUZOĞLU H. Cahit, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 130, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.
- OSER H.- SCHÖNENBERGER W., **Borçlar Hukuku İkinci Kısım**, çev. Recai Seçkin, Şerhin 2. Basısının Tercümesi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950.

- ÖNEN Turgut, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 95, Kalite Matbaası, Ankara, 1975.
- REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- RUHİ Ahmet Cemal, **Sözleşmeler Hukuku**, Cilt 1, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.
- SAYMEN Ferit H.- ELBİR Halid K., **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1958.
- SELİÇİ Özer, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- SEROZAN Rona, **İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5. Bası, Filiz, İstanbul, 2009.
- TANDOĞAN Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet**, Vedat, İstanbul, 2010.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi- AKMAN Sermet- BURCUOĞLU Haluk- ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt. 1, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- UYGUR Turgut, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt 1, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet- ÖZDEMİR Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Yargıtay Yayınları No: 19, Ankara, 1987.
- von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, C. 1-2, 2. Baskı, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara, 1983.

YAVUZ Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt 1 Madde 1- 338, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

YILMAZ Çiğdem Mine, **Mortgage Sisteminin Hukuki Niteliği ve Türk Hukuk Sistemindeki Yeri**, Yetkin, Ankara, 2012.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 1992.

ZIMMERMANN Reinhard, **The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspectives**, Oxford University Press, New York, 2010.

MAKALELER

AKKANAT Halil, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, ss. 1- 50.

ALTAŞ Hüseyin, “Munzam Zararda İspat Sorunu”, **AÜHFD**, Cilt: 50, Sayı: 1, 2001, ss. 121-130.

ATAMER Yeşim M., “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, ed. Baki İlkay Engin, C. 1, On İki Levha, İstanbul, 2010, ss. 317-360.

AYAN Serkan, “Yabancı Para Borçlarının İfası”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 511-570

BAŞ Ece, “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, ss. 623- 655.

BAYGIN Cem, “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri- Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, **EÜHFD**, C. XIV, S. 3-4, 2010, ss. 119- 144.

BELLİNG Devlev W.- BELEN Herdem, Alman Medeni Kanununun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesi ve Türk Hukuku Düzenlemesiyle Karşılaştırılması, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 46, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, ss. 3025-3038.

- BOVAY Henry, “Temerrüdün Esası”, çev. Zahit İmre, **İÜHFİM**, C. 12, S. 2-3, 1946, ss. 765-804.
- BUZ Vedat, “Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı”, **Yargıtay Dergisi**, Sayı: 3, Temmuz 1998, ss. 369- 410.
- BUZ Vedat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Ankara Barosu**, 12-13 Mayıs 2011, ss. 165-177.
- BUZ Vedat, “Ödemezlik Def’inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi”, **BATİDER**, C. XXIX, S. 4, Ankara, 2013, ss.83-111.
- DOMES Tanja- SCHMİDT Celine P., “Contract Formation and Non-Performance in Swiss Law”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze- Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 275- 302.
- ERDELEKLİOĞLU ARAL İrem, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 10. Yıl’a Armağan, Yıl: 11, Sayı: 22, 2012, ss. 203-222.
- ERTAŞ Şeref, “Borçları İfası ile İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul, 2012, ss. 303-311.
- HAVUTÇU Ayşe, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul, 2012, ss. 313-333.
- HELVACI İlhan, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları Çerçevesinde Munzam Zararın İspatı”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, XII Levha, İstanbul, 2011, ss. 269- 273.

- HERRESTHAL Carsten, “10 Years After the Reform of the Law of Obligations in Germany- The Position of the Law of Obligations in German Law”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze-Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 173-200.
- HUBER Peter, “Contract Formation and Non-Performance in German Law”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze-Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 201-212.
- KESKİN Dilşad, “Kesin vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran- Aralık 2007, C. 11, S. 1-2, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, 2009, ss. 209- 231.
- KIRKBEŞOĞLU Nagehan, " 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, **BATİDER**, C. 28, S. 4, 2012, ss. 145- 172.
- KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, “Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 10, S. 3, ss. 272- 286.
- NAZİKOĞLU Işık, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, **AÜHFD**, Sayı: 1, Cilt:8, 1951, ss. 658-684.
- NOMER Haluk Nami, “Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü İçin İhtar Gerekir mi?”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt:2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 1303-1313.
- ÖZ M. Turgut, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **İÜMHAD**, Cilt 13, Sayı 16, ss. 131- 172.
- PEKCANİTEZ Hakan, “Belirsiz Alacak Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 11, Özel S. 2009, Basım Yılı. 2010, ss. 509-552.
- SARI Suat, “Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt: 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, ss.1575-1584.

SCHULZE Reiner, “Changes in the Law of Obligations in Europe”, **The Law of Obligations in Europe A New Wave of Codifications**, ed. Reiner Schulze-Fryderyk Zoll, Selp, 2013, Munich, ss. 3-21.

SEROZAN Rona, “Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılmasında Eşitsizlikler”, **İÜMHAD**, Cilt: 20, 1996, ss.41- 48.

SEROZAN Rona, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, **İÜHFM**, C. 58, S. 1-2, 2000, ss. 231-248.

SEROZAN Rona, “Sözleşme İlişkinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Seçkin, Ankara, 2004, ss. 195- 207.

ZEYTİNOĞLU Emin, “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 8, 2005, ss. 253-263.

DİĞER KAYNAKLAR

ALTUNKAYA Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2004, s. 61, <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/249/TEZ.pdf?sequence=1> (26.3.2015)

Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition, ed. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, III- 3: 104, s. 239, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (erişim tarihi: 23.03.2015)

SEROZAN Rona, “BK Tasarısı’nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi”, **HPD**, 2006, ss.38-51, <http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/%C4%B0fa%20ve%20%C4%B0fa%20Engellerine%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20De%C4%9Ferlenirme.pdf> (07.02.2015).

Study Group on a European Civil Code- Research Group on EC Private Law (Acquis Group), **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**, ed. Christian von Bar- Eric Clive- Hans Schulte Nölke, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (erişim tarihi: 23.03.2015)

The Principles of European Contract Law, Art. 8: 108, s. 26, <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf> (erişim tarihi: 23.03.2015).

Unidroit Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2004, Art. 7.1.1, 7.1.2, s. 193-194, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> (erişim tarihi: 23.03.2015).

ÖZGEÇMİŞ

Adı, Soyadı	Gizem	KILIÇ ÖZTÜRK	
Doğum Yeri ve Yılı	KONAK	24.08.1989	
Bildiği Yabancı Diller ve Düzeyi	İNGİLİZCE	İYİ	
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı	Kurum Adı	
Lise	2003	2007	İzmir Kız Lisesi
Lisans	2007	2012	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Yüksek Lisans			
Doktora			
Çalıştığı Kurum (lar)	Başlama - Ayrılma Yılı	Çalışılan Kurumun Adı	
1.	2013	-	Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2.			
3.			
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar			
Katıldığı Proje ve Toplantılar			
Yayımlar:			
Diğer:			
İletişim (e-posta):	gizemkilicozturk@gmail.com		
	Tarih	15.07.2015	
	İmza		
	Adı Soyadı	Gizem KILIÇ ÖZTÜRK	