



YAŞAR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

DOKTORA TEZİ

**TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA BELİRLİ SÜRELİ
TİCARİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ
TEMERRÜDÜ SONUCU SÖZLEŞMEDEN DÖNME**

MUSTAFA GÜR

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. AYŞE HAVUTCU

ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

BORNOVA/ İZMİR
OCAK 2024

Jüri üyeleri olarak bu tezi okuduğumuzu ve kapsam ve kalite bakımından Yüksek Lisans/Doktora/Sanatta Yeterlik tezi olarak uygunluğunu onaylıyoruz.

Jüri Üyeleri: İmza: Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi /Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi/Doç./Prof. Dr. Xxx YYY

... Üniversitesi

Prof. Dr. Yücel Öztürkoğlu

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdür

ÖZ

Türk Borçlar Hukukunda Belirli Süreli Ticari Satış Sözleşmesinde Satıcının Temerrüdünün Sonucu Sözleşmeden Dönme

Mustafa Gür

Doktora Tezi, Özel Hukuk Doktora Programı

Danışman: Prof. Dr. Ayşe Havutcu

Ocak 2024

Belirli süreli ticari satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, ani edimli bir sözleşmedir. Alıcının asli edim yükümlülüğü bedel ödemek, satıcının ise mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliği devretmektir.

Ticari satış sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle, temerrüt hâlinde, TBK. m. 112 vd. hükümleri ve TBK. m. 125 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Bunun yanı sıra, özel düzenleme olan satıcının temerrüdüne ilişkin olarak TBK. m. 212 hükmü uygulanmaktadır. TBK. m. 212 hükmü uyarınca alıcı, zilyetliğin devri bakımından belirli vade öngörülen satışları kesin vade ile bir tutmakta, alıcının temerrüdü ihtar etmesi ya da süre vermesine gerek olmaksızın seçimlik haklarını kullanmasına olanak tanımaktadır.

TBK. m. 212 hükmünün uygulanabilmesi bakımından, satış sözleşmesinin TBK. anlamında ticari satış teşkil etmesi gerekmektedir. Buna göre, ticari satış sözleşmesi, satış konusu malı tekrar satmak, kiraya vermek ya da herhangi bir şekilde kâr temin etmeyi amaçlayan alıcı ile yapılan bir sözleşmedir.

Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir haktır. Doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Sözleşmeden dönme, karşı tarafın onayı ya da mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın borç ilişkisine doğrudan etki eder. Bu nedenle, hakkın kullanılmasında belirli ilkeler ile sınırlandırılma getirilmiştir.

Sözleşmeden dönme hâlinde talep edilen zarar, satıcının sözleşmeden dönmeye yol açan borca aykırı davranışı neticesinde sözleşmeden dönülmesi nedeniyle, dönülen sözleşme hiç yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. TBK. m. 125/ II

hükmündeki “*borcun ifa edilmemesinden doğan zarar*” olumsuz zarar teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ticari satış sözleşmesi, sözleşmeden dönme, temerrüt, olumsuz zarar.



ABSTRACT

Recession of Commercial Sale Contract of Definite Duration as a result of the Default of the Seller in Turkish Law of Obligations

Mustafa Gür

Doctoral Thesis, Private Law Doctoral Program

Advisor: Prof. Dr. Ayşe Havutcu

January 2024

Commercial sale contract of definite duration is a contract of instantaneous performance, imposing full burden to both parties. In such contracts, the main obligation of performance for the buyer is the payment and for the seller, it is transferring the possession of the goods on the purpose of transfer of ownership.

Owing to the commercial sale contracts being synallagmatic, imposing full burden to both parties, in the event of default the provisions of article 112 et al. and provision 125 of Turkish Law of Obligations come into effect. In addition to this, as a specific regulation, article 212 regarding the default of the seller is applicable as well. As regards article 212 of Turkish Law of Obligations, definite term is considered equal to final term in terms of the transfer of possession and the buyer is granted to the right of choice without any necessity to notify or grant an extension time to the seller.

In order the article 212 of Turkish Law of Obligations to come into effect, the sale contract is to be constituted as a commercial sale in terms of the Turkish Law of Obligations. Accordingly, a commercial sale contract is an agreement where the buyer aims to resale, lease or to make profit out of in any manner as regards the goods.

Recession of a contract is a formative right. There are different opinions in doctrine as regards its legal consequences. Recession of a contract directly effects the obligation relationship without the need of the consent of the other party or a judicial decree. Therefore, it is restricted with specific principles as regards its exercise.

The damage to be claimed with the recession of a contract is the damage which is not to occur in case of the absence of the contract due to the infraction of the seller that caused the recession. “*Damage born by the non-performance of the obligation*” as

defined in the article 1225/II of Turkish Law of Obligations constitutes the reliance interest.

Key Words: commercial sale contract, recession of a contract, default, reliance interest



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Türk Borçlar Hukukunda Belirli Süreli Ticari Satış Sözleşmesinde Satıcının Temerrüdünün Sonucu Sözleşmeden Dönme” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Mustafa Gür

10.01.2024

TEŞEKKÜR

Tez danışmanlığımı üstlenerek tarafımı onurlandıran ve çalışmamı titizlikle inceleyip, ılık tutan değerdendirmeleriyle bana yol gösteren, kıymetli hocam Prof. Dr. Ayşe Havutcu'ya şükranlarımı sunarım. Tez izleme komitesinde yer alarak değerdli eleştirileri ile tezime katkı sağlayan hocalarım Prof. Dr. M. Ruhan Erdem, Prof. Dr. Sevilay Uzunallı ve tez savunma jürisinde bulunarak kıymetli değerdendirmelerini bildiren hocalarım Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla ve Dr. Öğr. Üyesi Elif Aydın Özdemir'e teşekkür ederim.

Mustafa Gür
İzmir, 2024

İÇİNDEKİLER

JÜRİ ONAY SAYFASI.....	iii
ÖZ	v
ABSTRACT.....	ix
YEMİN METNİ.....	xiii
TEŞEKKÜR.....	xv
İÇİNDEKİLER	xvii
KISALTMALAR	xxix
1. BİRİNCİ BÖLÜM: GİRİŞ.....	1
2. BÖLÜM: BELİRLİ SÜRELİ TİCARİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN VE ALICININ SEÇİMLİK HAKLARINI KULLANMASININ ŞARTLARI.....	3
2.1. Belirli Süreli Ticari Satış Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği	3
2.1.1. Tanımı	3
2.1.2. Unsurları.....	8
2.1.2.1. Satılanın Mülkiyetini Geçirmek Amacıyla Zilyetliğini Devir Borcu	9
2.1.2.1.1. Sözleşmenin Konusu	9
2.1.2.1.2. Mülkiyeti Geçirmek Amacıyla Zilyetliğin Devri.....	12
2.1.2.2. Bedel Ödeme Borcu.....	19
2.1.2.3. Tarafların Anlaşması.....	23
2.1.2.4. Satılanı Mesleki Faaliyet Çerçevesinde Kazanç Elde Etme Amacıyla Satın Almak	23
2.1.3. Ticari Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	24
2.1.3.1. Ticari Satış Sözleşmesi Borçlandırııcı Bir İşlemdir.....	24
2.1.3.2. Ticari Satış Sözleşmesi Sinallagmatik Bir Sözleşmedir.	25
2.1.3.3. Ticari Satış Sözleşmesi Rızai ve İvazlı Bir Sözleşmedir.	26
2.1.3.4. Ticari Satış Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşmedir.	26
2.1.4. Ticari İş Kavramından ve TTK. Madde 23 Anlamındaki Ticari Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	27
2.2. Belirli Süreli Ticari Satış Sözleşmesinde Satıcının Temerrüde Düşmesinin ve Alıcının Seçimlik Haklarını Kullanmasının Şartları	28
2.2.1. Satıcının Temerrüde Düşmesinin Şartları	28
2.2.1.1. Genel Olarak	28
2.2.1.2. Temerrüdün Şartları	32

2.2.1.2.1.	Edimin İfasının Mümkün Olması	32
2.2.1.2.2.	Muacceliyet.....	37
2.2.1.2.2.1.	Genel Olarak	37
2.2.1.2.2.2.	Def'i Hakkının Varlığının Muacceliyete Etkisi	40
2.2.1.2.3.	Kural: İhtar Gereği.....	42
2.2.1.2.3.1.	Hukuki Niteliği	44
2.2.1.2.3.2.	Tarafları, İçeriği ve Şekli.....	47
2.2.1.2.3.2.1.	Tarafları	47
2.2.1.2.3.2.2.	İçeriği	48
2.2.1.2.3.2.3.	Şekli	52
2.2.1.2.4.	İstisna: İhtara Gerek Olmayan Haller	54
2.2.1.2.4.1.	Belirli Vade	55
2.2.1.2.4.1.1.	Taraflarca Sözleşmede Kararlaştırılan Belirli Vade	55
2.2.1.2.4.1.2.	İhbar ile Tayin Edilen Belirli Vade.....	56
2.2.1.2.4.2.	Kesin Vade	59
2.2.1.2.4.2.1.	Kavram.....	59
2.2.1.2.4.2.2.	Satılanın Gönderilmesi Gereken Durumlarda Kesin Vade....	70
2.2.1.2.4.2.3.	Mutlak Kesin Vade.....	73
2.2.1.2.4.3.	Taraflarca İhtara Gerek Olmadığının Kararlaştırılması.....	75
2.2.1.2.4.4.	Dürüstlük Kuralı Uyarınca İhtarın Gerekmemesi	75
2.2.1.2.5.	İhtara Rağmen Edimin İfa Edilmemesi	76
2.2.1.2.6.	İfa Etmemenin Borca Aykırılık Teşkil Etmesi	77
2.2.1.2.6.1.	Alıcının Müttemerrit Olmaması	78
2.2.1.2.6.2.	Satıcının İfadan Kaçınma İmkânı Veren Def'i Hakkını Öne Sürmemesi	78
2.2.1.3.	İfa Yerinin Temerrüdün Oluşmasındaki Rolü	80
2.2.1.4.	Temerrüt ile Kusur Arasındaki İlişki	84
2.2.2.	Seçimlik Hakların Kullanılmasının Şartları	86
2.2.2.1.	Kural: Süre Verilmesi	93
2.2.2.1.1.	Hukuki Niteliği	94
2.2.2.1.2.	Tarafları.....	95
2.2.2.1.3.	İçeriği ve Şekli.....	96
2.2.2.2.	İstisna: Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller.....	104
2.2.2.2.1.	Satıcının İçinde Bulunduğu Durumdan veya Tutumundan Süre Verilmesinin Etkisiz Olacağının Anlaşılması.....	106
2.2.2.2.2.	Borcun İfasının Alıcı İçin Yararsız Kalması	107

2.2.2.2.3. Kesin Vadenin Kararlaştırılması	111
3. BÖLÜM: TİCARÎ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ TEMERRÜDÜ NEDENİYLE ALICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI.....	113
3.1. TBK. m. 212 Hükmü Kapsamında Seçimlik Hakların Değerlendirilmesi	113
3.1.1. Sözleşmeden Dönme Dışındaki Seçimlik Hakların Değerlendirilmesi	113
3.1.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi.....	118
3.2. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları	124
3.2.1. Borca Aykırılık Kuramında Dönme Hakkının Yeri.....	124
3.2.2. Dönme Kavramı ve İşlevi	127
3.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği.....	129
3.2.4. Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi.....	134
3.2.4.1. Fesih Hakkından Ayırt Edilmesi.....	135
3.2.4.2. İptal Hakkından Ayırt Edilmesi.....	137
3.2.4.3. Geri Alma Hakkından Ayırt Edilmesi	139
3.2.4.4. Cayma Hakkından Ayırt Edilmesi.....	140
3.2.5. Dönme Hakkına Hâkim Olan İlkeler	141
3.2.5.1. Bağımlılık İlkesi	142
3.2.5.2. Bölünmezlik İlkesi.....	143
3.2.5.3. Şarta Bağlanmazlık İlkesi	143
3.2.5.4. Açıklık İlkesi.....	144
3.2.5.5. Geri Alınmazlık ve Yinelenmezlik İlkesi	145
3.2.6. Dönme Beyanının Kullanılması ve Şekli.....	147
3.2.7. Dönme Beyanının Yorumu	153
3.2.8. Dönme Hakkının Kullanılmasının Sözleşmeye Etkisine Dair Görüşler	155
3.2.8.1. Klasik Dönme Teorisi.....	156
3.2.8.1.1. Sözleşme İlişkisinin Durumu.....	156
3.2.8.1.2. İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi	158
3.2.8.1.3. İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı	161
3.2.8.2. Kanuni Borç İlişkisi Teorisi.....	162
3.2.8.2.1. Sözleşme İlişkisinin Durumu.....	162
3.2.8.2.2. İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi	162
3.2.8.2.3. İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı	163
3.2.8.3. Ayni Etkili Dönme Teorisi	164

3.2.8.3.1.	Sözleşme İlişkisinin Durumu.....	164
3.2.8.3.2.	İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi	164
3.2.8.3.3.	İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı	165
3.2.8.4.	Dönüşüm Teorisi.....	166
3.2.8.4.1.	Sözleşme İlişkisinin Durumu.....	166
3.2.8.4.2.	İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi	171
3.2.8.4.3.	İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı	177
3.2.8.5.	Görüşlerin Değerlendirilmesi	178
3.2.9.	Dönme Sonrası Tasfiye İlişkisi	180
3.2.9.1.	İade Borcunun İfası, İfa Yeri ve İade Borcunda Temerrüt	180
3.2.9.1.1.	İade Borcunun İfası.....	180
3.2.9.1.2.	İade Borcunu İfa Yeri.....	184
3.2.9.1.3.	İade Borcunu İfada Temerrüt	185
3.2.9.2.	Dönme Hakkının Kullanılmasının Yan Edim ve Yan Yükümlülükler Etkisi	187
3.2.9.3.	Kısmi Temerrütte Alıcının Dönme Hakkı ve Sonuçları	189
3.2.9.3.1.	İade Konusu Edimin İmkânsızlaşması.....	189
3.2.9.3.1.1.	Genel Olarak	189
3.2.9.3.1.2.	İade Konusu Edimin Dönme Hakkının Kullanılmasından Önce İmkânsızlaşması	196
3.2.9.3.1.2.1.	Türk/ İsviçre Hukuku Kapsamında	196
3.2.9.3.1.2.2.	Alman Hukuku Kapsamında	203
3.2.9.3.1.3.	İade Konusu Edimin Dönme Hakkının Kullanılmasından Sonra İmkânsızlaşması	211
3.2.9.3.1.3.1.	Türk/ İsviçre Hukuku Kapsamında	211
3.2.9.3.1.3.2.	Alman Hukuku Kapsamında	212
3.2.9.3.1.4.	İade Konusu Edimin İmkânsızlaşması Halinde İkâme Değerin Hesaplanması	217
3.2.9.3.1.4.1.	İade Anındaki Değerin Esas Alınması Görüşü.....	218
3.2.9.3.1.4.2.	Sözleşmede Kararlaştırılan Değerin Esas Alınması Görüşü	219
3.2.9.3.1.4.3.	Devir Anındaki Değerin Esas Alınması Görüşü.....	221
3.2.9.3.1.5.	Alman Hukuku'nda İkâme Değer Sorumluluğu Bakımından Öngörülen Ayrıcalık Düzenlemesi	222
3.2.9.3.1.5.1.	Genel Olarak	222
3.2.9.3.1.5.2.	Satılardaki Ayıbın İade İmkânsızlığına Neden Olması ve Satılanın Tüketilmesi Durumu	225
3.2.9.3.1.5.3.	Satıcıdan Kaynaklanan Sebeplerle Satılanın Yok Olması ya da Kötüleşmesi Durumu	226

3.2.9.3.1.5.4. İmkânsızlığın Alıcının Yetki Alanı Dışındaki Sebeplerden Ötürü ve Sözleşme Olmaksızın Satıcı Nezinde Gerçekleşecek Olması Durumu	227
3.2.9.3.1.5.5. Ayrıcılığın Uygulanması Bakımından Öngörülen Kriterler	228
3.2.9.3.1.5.6. Ayrıcılık Düzenlemesine Dair Eleştiriler.....	231
3.2.9.4. Dönme Hakkının Kullanılmasının Teminatlara ve Cezai Şarta Etkisi	234
3.2.9.4.1. Teminatlara Etkisi	234
3.2.9.4.2. Cezai Şarta Etkisi.....	236
3.2.9.5. Dönme Neticesinde Zararlardan Sorumluluk	237
3.2.9.6. Dönme Neticesinde Yararlardan Sorumluluk.....	237
3.2.9.7. Dönme Neticesinde Masraflardan Sorumluluk.....	243
4. BÖLÜM: DÖNME HAKKININ KULLANILMASINA İLİŞKİN ÖZEL HÂLLER VE OLUMSUZ ZARAR.....	247
4.1. Dönme Beyanının Taraflarının Tespitinde Özel Hâller	247
4.1.1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması	247
4.1.1.1. Vaat Eden Satıcının Temerrüdü.....	247
4.1.1.2. Vaat Ettiren Satıcının Temerrüdü	248
4.1.2. Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Çokluğu Hâlinde Dönme Hakkının Kullanılması	249
4.1.3. Alacağın Devri Hâlinde Dönme Hakkının Kullanılması	252
4.1.4. Kısmi Dönme	257
4.1.5. Kısım Kısım İfa Edilen Satış Sözleşmesinde Temerrüt Hâlinde Sözleşmeden Dönme Hakkının Değerlendirilmesi	264
4.1.6. Dönme Beyanının Geri Alınması.....	269
4.1.7. Dönme Hakkının Devrinin Mümkün Olmaması.....	277
4.2. Olumsuz Zarar	277
4.2.1. Tanımı	278
4.2.2. Kapsamı.....	283
4.2.2.1. Fiili Zarar	290
4.2.2.1.1. Sözleşme Kurma Masrafları	290
4.2.2.1.2. Sözleşmenin İfası Adına Yapılan Masraf ve Diğer Zararlar	291
4.2.2.1.3. Borç İlişkisinin Tasfiyesi Nedeniyle Uğranılan Zarar	292
4.2.2.1.4. Usuli İşlemlere Dair Masraflar	292
4.2.2.1.5. Üçüncü Kişilere Ödenen Tazminat ve Cezai Şart.....	293
4.2.2.2. Kaçırılan Fırsat	293
4.2.3. İspat	297

4.2.4.	Zararın Denkleştirilmesi.....	300
4.2.5.	Zararın Hesaplanacağı An.....	301
4.2.6.	Sınırlandırılması.....	304
4.2.6.1.	Olumlu Zarar ile Sınırlandırılması Görüşü ve Değerlendirilmesi 304	
4.2.6.2.	Olumlu Zarar Dışındaki Hukuki Müesseseler ile Sınırlandırma	306
4.2.6.3.	Tazminatın İndirilmesi.....	307
4.2.7.	Zamanaşımı.....	308
4.2.8.	Olumsuz Zarara Dair Eleştiriler ve Değerlendirilmesi	309
4.2.8.1.	Eleştiriler.....	309
4.2.8.2.	Değerlendirilmesi.....	310
5.	BÖLÜM: SONUÇ.....	314
6.	KAYNAKÇA.....	319

KISALTMALAR

AG.	: Allgemeines Teil
AK.	: Anwaltkommentar
Art.	: Artikel
AT.	: Allgemeiner Teil
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB.	: Bürgerlichesgesetzbuch
Bkz.	: Bakınız
BT.	: Besonderer Teil
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ETTK.	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HGB.	: Handelsgesetzbuch
K.	: Karar
m.	: Madde
MüKo.	: Münchener Kommentar
NK.	: Nomoskommentar
OR.	: Obligationenrecht
s.	: sayfa
SMG.	: Schuldrechtmodernisierungsgesetz
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve devamı
vs. : vesaire
Y. : Yargıtay
YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB. : Zivilgesetzbuch



1. BİRİNCİ BÖLÜM: GİRİŞ

Çalışmamızın konusu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu anlamında belirli süreli ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdünün sonucu olarak sözleşmeden dönme oluşturmaktadır. Belirli süreli ticari satış sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ani edimli ve rızai bir sözleşmedir. Çalışmamız konusu sözleşme doktrinde bazı eserlerde, ticari satım olarak anılmakta ise de TBK. m. 212 hükmünde yer alan “ticari satış” ibaresi tercih edilmiştir.

Ticari satış sözleşmesi, ticari hayatın sürat ihtiyacını karşılamak durumundadır. Kanun koyucu, bu durumun bilincinde olarak, inceleme konumuz bakımından TBK. m. 212 hükmünü öngörmüştür. İlgili düzenleme, satıcının temerrüdü hâlinde, borç ilişkisinin hızlı tasfiyesine olanak tanımaktadır.

TBK. m. 212 hükmü anlamındaki ticari satış sözleşmesi TTK. m. 23 hükmünde yer alan ticari satış sözleşmesi ile aynı değildir. Çalışmamızda bahsedildiği üzere, sözleşmenin taraflarının tacir sıfatına sahip olup olmadığına bakılmaksızın, sözleşmenin içeriği ve tarafların amacı gözetilerek, sözleşmenin TBK. m. 212 hükmünde olduğu kabul edilebilecektir. Çalışmamızda, öncelikle, ticari satış sözleşmesinin sınırlarının tespiti amaçlanmıştır.

Ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü hâlinde gerek borca aykırılığa ilişkin TBK. m. 112 vd. hükümleri gerekse tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hâlinde uygulanan TBK. m. 123 vd. hükümleri uygulama alanı bulması nedeniyle, öncelikle bu hükümler irdelenmiştir. Sonrasında, ticari satış sözleşmesi bakımından özel düzenleme teşkil eden TBK. m. 212 hükmü incelenmiştir.

Satıcının temerrüdü neticesinde alıcı, üç adet seçimlik hakka sahip bulunmaktadır. Çalışmamızda bu seçimlik haklardan biri olan sözleşmeden dönme hakkı irdelenmiştir. Sözleşmeden dönme hakkı, borç ilişkisine doğrudan etki eden, yenilik doğuran haktır. Borç ilişkisine doğrudan etki etmesi, muhatabın rızasının aranmaması gibi nedenlerle, yenilik doğuran sözleşme hakkının kullanılması bakımından birtakım sınırlandırıcı ilkeler oluşturulmuştur.

Satıcının temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, temerrütte kusurlu olması durumunda, TBK. m. 125 hükmü uyarınca olumsuz zarar talep edilebilmektedir. Çalışmamızda, olumsuz zararın kapsamı, sınırlandırılması ve olumlu zarardan ayırt edilmesi gibi başlıklar altında olumsuz zararın, kavram olarak netleştirilmesi amaçlanmıştır.



2. BÖLÜM: BELİRLİ SÜRELİ TİCARİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN VE ALICININ SEÇİMLİK HAKLARINI KULLANMASININ ŞARTLARI

2.1. Belirli Süreli Ticari Satış Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği

2.1.1. Tanımı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticari satış sözleşmesinin kanuni bir tanımına yer verilmemiştir. Ticari satış sözleşmesinin tanımı ve unsurları konusunda doktrinde farklı ölçütlerin esas alındığı görüşler bulunmaktadır. Görüşler, sübjektif ve objektif görüş olarak ayrılmaktadır.

Ticari satış sözleşmesinin varlığını tespitinde sözleşmenin taraflarını esas alan görüşü sübjektif görüş olarak adlandırmak mümkündür. Bu görüş, alıcının mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket edip etmediğini dikkate alır. Bu görüşe göre, ticari satış sözleşmesi, satış konusu malı tekrar satarak kazanç elde etmeyi meslek edinen kişiyle yapılan satış sözleşmesidir¹. Satıcının, alıcının tekrar satmak amacıyla malı satın aldığını bilmesi gerekmez. Alıcı, satış sözleşmesine konu malı mesleki faaliyetleri çerçevesinde tekrar satmak amacıyla satın almaktadır. Bu durum, ticari satış sözleşmesinin varlığının kabulü için gerekli ve yeterlidir. EREN'e göre, alıcının işletmesinin mesleki ihtiyacını karşıladığı, diğer deyişle satın aldığı mal hakkında başka bir kişi ile herhangi bir sözleşme kurma amacıyla hareket etmeksizin malı sadece kendi ticari işletmesinin işlevini artırmak gibi sebeplerle satın aldığı hâllerinde de ticari satış sözleşmesi olarak kabul etmek mümkündür². Dolayısıyla, alıcının satılanı işlemesi ve tekrar satışa sunması da TBK. m. 212 hükmünün uygulanmasına engel

¹ Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2015, 97; Yavuz, Nihat, Satış Sözleşmeleri, Ankara, 2016, 613; Giger, Marcel, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Wien, 1992, 193; Uygur, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara, 2013, 1229

² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, 41

değildir³. Keza, TBK. m. 212 hükmünün esas amacı, satıcının zamanında ifasıdır. Bu çerçevede, hükmün uygulama alanı, alıcının tekrar satmak amacıyla sınırlanmamalıdır. Aksi yöndeki görüşe göre, alıcının tekrar satmak değil, satılanı işleyip sonrasında satmak gibi bir amacının olması durumunda, TBK. m. 212 hükmü uygulanmaz⁴. Zira, anılan hükmün amacı, tarafların süratli biçimde tekrar satıma öngörmesi adına gecikmeden uzak biçimde sözleşmeden kurtulabilme olanağının sağlanmasıdır.

Objektif görüş ise tarafların mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket edip etmediğini bir kriter olarak esas almaz. Bunun yerine, alıcının satılanı ne amaçla satın aldığı önem arz eder. Bu görüşe göre⁵, ticari satış sözleşmesi, alıcının malı tekrar satmak amacıyla satın aldığından satıcı tarafından bilindiği, alıcının mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket etmesinin ayrıca gerekmediği bir satış sözleşmesidir. Alıcının malı tekrar satmak amacıyla alması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca, mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket etmiş olması aranmaz. Benzer görüşe göre, TBK. m. 212 hükmünün uygulanması bakımından, alıcının satış sözleşmesini akdetmekteki, satıcı tarafından öngörülebilir, amacından hareket edilir⁶.

Doktrindeki bir kısım yazarlara göre, alıcının malı tekrar satmak amacıyla satın alması ticari satış sözleşmesinin varlığının kabulü için gereklidir⁷. TANDOĞAN ve SEROZAN'a göre ticari satış sözleşmesi, satış konusu malı tekrar satmak, kiraya vermek ya da herhangi bir şekilde kazanç temin etmeyi amaçlayan kişiyle yapılan satış sözleşmesidir⁸. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu metninde “*ticari alışveriş*” kavramı

³ Bär, Roger, Das Fixgeschäft, Zürich, 1956, 54

⁴ Honsell, Heinrich, Vogt, Nedin Peter, Wiegand Wolfgang, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Basel, Bern und Zürich, Schweiz, 2007, 1113

⁵ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2017, 40; Yavuz, 140

⁶ Bär, 54; Basler Kom./ Koller, 1113

⁷ Aral, Ayrancı, 97; Gümüş, 40; Schenker, Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg, 1988, 156; Basler Kom./ Koller, 1112; İşeri, Ahmet, Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü, Batıder C. II, 1964, Sayı 4, (sayfa 646-681), 672

⁸ Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, 2010, 508; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, 2008, 131; Yavuz, 139; Benzer yönde görüş için bkz. Amstutz, Marc, Breitschmid, Peter, Furrer, Andreas, Girsberger, Daniel,

tercih edilmiştir⁹. Ticari alışveriş satış sözleşmesi ve diğer sözleşme türlerini de kapsamaktadır. Buna göre de katıldığımız görüşe göre, mehzaz Kanun’ a uygun olarak alıcının sadece malı satmak amacıyla değil, herhangi bir şekilde kâr elde etmek amacıyla edinmesi hâlini de ticari satış sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Ticari alışveriş kavramından tarafların tacir olması gereği anlaşılmaz¹⁰.

İki görüş arasındaki fark; ilk görüşün, alım-satım işini meslek edinen kişinin alıcı konumunda olmasını, sözleşmenin ticari satış sözleşmesi olarak kabulü açısından zorunlu görmesidir.

Diğer taraftan, tarafların tacir olmamasına rağmen, tacirler arasında alışlagelmiş ilkelerin kullanılmasının taraflarca açık ya da örtülü olarak kararlaştırılması hâlinde; bilhassa, alıcının yeniden satmak amacıyla hareket etmesi gibi durumunda, TBK. m. 212 (OR. Art. 190) anlamında ticari satış söz konusu olur¹¹.

İsviçre Borçlar Kanunu’nda TBK. m. 212’nin mehzazı Art. 190 hükmüdür. BÄR’e göre, Art. 190 hükmünde yer alan ticari alışverişin (kaufmännischer Verkehr) ve bu anlamda olmak üzere, hükmün uygulama kapsamının tespitinde tarafın tacir sıfatından bağımsız olarak alıcının malı satın almaktaki amacından hareket edilmelidir¹². Objektif görüş, sözleşmenin taraflarının sıfatından bağımsız hareket eder¹³. Objektif görüş temsilcilerinden KEPPLER’e göre, tacirler arasında olması durumunda, alışverişin ticari olduğu karinedir¹⁴. Meğerki ticari işletmesine dair olmadığı ispat

Huguenin, Claire, Müller-Chen, markus, Roberto, Vito, Rumo-Jungo Alexandra, Schnyder, Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich, 2007, 1707; YHGK. 24.06.2021 T., 2017/3136 E., 2021/842 K.: “Bir malın özel bir ihtiyaç için kullanılıp tüketilmek üzere değil, paraya çevirme amacıyla satın alınması durumunda “ticarî satım” söz konusu olur”

⁹ Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2007, 251; Giger, 193 vd.

¹⁰ Giger, 194; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707; Keller, Max, Siehr, Kurt, Kaufrecht, 3. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, 1995, 33

¹¹ Giger, 194; Altherr, Hans, Brem, Ernst, Bühlmann, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern, 1994, 195

¹² Bär, 54; Yavuz, 141

¹³ Bär, 54; Giger, 193; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707; Keller, Siehr, 32 vd.

¹⁴ Keppler, Wilhelm, Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis in der Schweiz, Zürich, 1949, 22; Tandoğan, Borçlar Özel, 132; Basler Kom./ Koller, 1113; Olgaç, Senai Adi ve Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Malı Verme Borcunu Yerine Getirmemekte Direnmesi ve Bunun Sonuçları, Batider, Ocak 1963, C. 2, Sayı 2, (sayfa 247-251), 250; Giger, 194: Yazar, tacirin,

edilsin. Aksi yöndeki görüşe göre, tekrar satmak amacı bulunmasa dahi kendi ticari işletmesinde kullanmak üzere kurulan satış sözleşmesi ticari alışveriş teşkil eder¹⁵. Dolayısıyla, tacir, alışverişin ticari işletmesine ilişkin olmadığını ispat ederek, TBK. m. 212 hükmünün uygulanmasının önüne geçebilir.

Tacir ile tacir olmayan kişi arasındaki satış sözleşmesinin, alıcının tacir olduğu ve işlemin ticari işletmesine ilişkin olması durumunda ticari alışveriş karinesi mevcuttur¹⁶. Bu, aksi ispat edilebilir bir karinedir. Aynı şekilde, TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesi, tacir ile tacir olmayan kişi arasında da söz konusu olabilir¹⁷. Bu durumda ise satışın, TBK. m. 212 anlamında ticari olduğu karinesi mevcut değildir. KEPPLER'e göre bu hâlde, işlemin ticari alışveriş olduğunun ispatı gerekir¹⁸. TBK. m. 212 anlamındaki ticari satış sözleşmesi, tacir olmayan kişiler arasında da söz konusu olabilir¹⁹. Tacir olmayan kişiler arasındaki TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesini tespit ederken ya münferit satış sözleşmesinin içeriğinden ya da tacirler arası alışılmış işlemlerden olup olmadığına göre hareket edilir²⁰.

Alman Hukuku'nda ticari satış sözleşmesi Alman Ticaret Kanunu'nda düzenlenmektedir. BGB.'de bu yönde bir düzenleme mevcut değildir. HGB. § 376'da benimsenen sübjektif görüşe göre, tacirler arasındaki tacir sıfatıyla yapılan alışveriş ticari alışveriştir²¹. Hukukumuzda da TTK. m. 23 hükmünde benzer düzenleme yer almakta olup, inceleme konumuz TTK. değil, TBK. anlamında ticari satış sözleşmesini esas almaktadır.

HGB. § 376 kapsamında yapılan ve TBK. m. 212/II-III bakımından da geçerli olan eleştiriye değinmek gerekir. ZIMMERMANN'a göre, tacir olmayan alıcının, kural

işletmesinin diğer şubesinde kullanılmak adına satın aldığı mobilya örneğini, tacirler arasında ticari olmayan satışa örnek vermektedir.; YHGK. 24.06.2021 T., 2017/3136 E., 2021/842 K.: *“Her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler kural olarak ticarî satış sözleşmeleridir”*

¹⁵ Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Neu bearbeitete Auflage, Bern, 1995, 47

¹⁶ Giger, 194

¹⁷ Keppler, 22; Bär, 54; Schenker, 156; Basler Kom./ Koller, 1112

¹⁸ Keppler, 22

¹⁹ Keppler, 22; Keller, Siehr, 33

²⁰ Keppler, 23

²¹ Bär, 54; Giger, 193; Walter, Gerhard, Kaufrecht, Tübingen, 1987, 329

olarak, aynen ifada menfaatinin bulunmadığını savunmak inandırıcı değildir²². Ayrıca bu alıcı, aynen ifa bakımından öngörülen derhâl bildirim külfetini de genellikle bilmemektedir. Yazara göre, hükmün uygulama alanını her iki tarafı tacir olan satış sözleşmeleri ile sınırlamak gerekir.

Kanaatimizce, ticari satış sözleşmesinde alıcı tarafının mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket etmesinin aranması ticari satış sözleşmesine dair TBK. m. 212 hükmünün amacına da uygundur. Zira, anılan hükmün ikinci fıkrasında adi/ticari olmayan satış sözleşmesi ile ticari satış sözleşmesi arasında ticari hayatın sürat amacı gözetilerek fark yaratılmış, belirli vadeli satış, kesin vadeli satış ile bir tutulmuştur. Kesin vadeli satışın, belirli vadeden fark arz eden önemli hukuki sonuçları bulunmaktadır. Nitekim, anılan hükmü mesleki faaliyetleri kapsamında hareket etmeyen kişilere uygulamak hakkaniyet ve değindiğimiz gibi kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Mesleki faaliyetleri kapsamında hareket etmeyen kişide, mesleki faaliyeti kapsamında hareket eden kişideki basireti aramak da kanun koyucunun amacına uymaz. TBK. m. 212 hükmü içeriğinden farklı olmayan İsviçre Borçlar Kanunu maddeleri çerçevesinde yapılan değerlendirmelere de bakıldığında hukukumuz açısından ticari satış sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür. Ticari satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise tekrar satmak, kazanç elde etmek veya işletmesinin mesleki ihtiyacını karşılamak amacıyla mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket ettiği ve bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.

Ticari satış sözleşmesinin varlığını tespit bakımından, taraflar arasındaki yazışmalar, sipariş kapsamı gibi hususlar belirleyicidir²³. Keza, borsaya kayıtlı satılanın tacir olmayan kişi tarafından satılması durumunda da TBK. m. 212 uygulanır²⁴. Aynı şekilde, satın alınan mal miktarı, sözleşmenin karşı akidi ile önceden süre gelen ticari ilişki ya da ileride sürececek ilişkide TBK. m. 212 hükmü, alıcının acele ifada menfaati

²² Zimmermann, İngo, Das Fixgeschäft, Berlin, 2006, 94

²³ Giger, 194; Yavuz, 139

²⁴ Giger, 194; Kesin vadeli işlem kabul edilmesi yönünde bkz. Celle, Dieter Brüggemann, Canaris, Claus- Wilhelm, Fischer, Robert, Helm, Johann Georg, Ratz, Paul, Schulze- Osterloh, Joachim, Schilling, Wolfgang, Ulmer, Peter, Würdinger, Hans, Röhrich, Volker, Handelsgesetzbuch Großkommentar, Berlin, 1970, 324; Heidel, Thomas, Schall, Alexander, Nomoskommentar Handesgesetzbuch, 3. Auflage, Baden, 2020/ Stöber, 2907

bulunduğu, alıcının fiyat dalgalanmaların karşı, satıcının alıcısı konumunda olan üçüncü kişi karşısında korunması gerektiği durumlarda önem arz eder²⁵.

Ticari kesin vadeli işlem den söz edebilmek bakımından, ticari alışverişin söz konusu olması gerekir²⁶. TBK. m. 212’de karineden kendi lehine hak çıkaran alıcı, ticari alışveriş, inceleme konumuz bakımından ise TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesini ispat yükü altındadır.

Diğer taraftan, TBK. m. 212 hükmü taşınır satışı bakımından öngörülmektedir. Anılan hüküm TBK.’nın “Taşınır Satışı” başlıklı kısmında yer almaktadır. Kanun koyucunun TBK. m. 212 düzenlemesini ticari taşınır satışlarında gerekli süratin sağlanması bakımından öngörüldüğü de göz önüne alındığında ilgili hüküm yalnızca ticari taşınır satışları bakımından uygulanır.

2.1.2. Unsurları

Ticari satış sözleşmesi; öncelikle bir satış sözleşmesi olarak, satıcının, satılanın mülkiyetinin geçirmek amacıyla zilyetliğini devir borcu altına girdiğı, alıcının bedel ödemeyi borçlandığı ve tarafların iradelerinin birbirine uygun düşmesiyle kurulan bir sözleşmedir. Ticari satış sözleşmesi, rızaî bir sözleşmedir²⁷. Buna göre ticari satış sözleşmesi, satış sözleşmesinin tüm unsurlarına sahiptir. Ayrıca ilave olarak satış sözleşmesine ticari satış niteliğı kazandıran dördüncü bir unsur daha mevcuttur: Alıcının mesleki faaliyeti çerçevesinde olarak kazanç elde etmek amacıyla sözleşme konusu malı satın almış olması.

Ticari satış sözleşmesinin akdedilmesi, herhangi bir şekil şartına bağı değildir. Nitekim, TBK. m. 12 hükmü uyarınca “Sözleşmelerin geçerliliğı, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağı değildir”. Tarafların akdetmiş oldukları yazılı

²⁵ Giger, 194; Walter, 374

²⁶ Keppler, 23

²⁷ Tandoğan, Borçlar Özel, 78; Öz, Turgut, Ceylan, Ebru, Doğan, Murat, Akipek Öcal, Şebnem, Özdemir, Hayrunnisa, Şenocak, Kemal, Cumalıoğlu, Emre, Sert Sütçü, Selin, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2023/ Sert Sütçü, 54; Doğanay, İsmail, Ticari Alım- Satım Akdi ve Nevileri, Ankara, 2003, 185

sözleşme ispat aracı teşkil eder²⁸. Her iki tarafın tacir olduğu ticari satış sözleşmesi bakımından, TTK. m. 21/III hükmü uyarınca teyit mektubu ile de ispat mümkündür²⁹.

2.1.2.1. Satılanın Mülkiyetini Geçirmek Amacıyla Zilyetliğini Devir Borcu

2.1.2.1.1. Sözleşmenin Konusu

Ticari satış sözleşmesine ilişkin TBK. m. 212 hükmünün TBK.’nın “Taşınır Satışı” başlıklı kısmında yer alması nedeniyle, TBK. anlamında ticari satış sözleşmesinin konusunu taşınır mal oluşturur. Sözleşme konusu mal, TBK. m. 209 hükmünde belirtildiği gibi, *“Türk Medenî Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeyler Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir”*. TMK. m. 762 hükmü uyarınca *“taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir”*. Alacak ve hak satışını da taşınır satışı kapsamında kabul etmek gerekir. Keza, hayvan satışı da bu sözleşmenin konusunu teşkil edebilir.

Genel olarak taşınır satışında, taşınır malın, kural olarak, alan bakımından sınırlandırılabilir olması gerekir³⁰. Bu anlamda olmak üzere, akışkanların ve gazların da ticari satış sözleşmesine konu edilmesi mümkündür. Mutlak ve nispi haklar da işbu sözleşmeye konu olabilir³¹. Alacak hakkının satışı ise nispi hakkın satışına örnektir. Sınırlı ayni haklar satış sözleşmesine konu edilebilir³². Eşya topluluğu, belirlenebilir biçimde, tek bir ticari satış sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir³³. Know-how,

²⁸ Stern, Carl, Die kaufmännischen Lieferungsgeschäfte und die gebräuchlichsten Klauseln unter Berücksichtigung der Aufwertungsfrage und wichtiger Notverordnungen, Berlin, 1924, 13; Doğanay, 72

²⁹ Stern, 13

³⁰ Eckert, Hans-Werner, Maifeld, Jan, Matthiessen, Michael, Handbuch des Kaufrechts, München, 2014, 18

³¹ Basler Kom./ Koller, 1066; Giger, 15; Eren, 32; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 19; Fikentscher, Wolfgang, Heinemann, Andreas, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin, 2017, 473; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 56

³² Basler Kom./ Koller, 1066; Giger, 19; Fikentscher, Heinemann, 473; Keller, Siehr, 9

³³ Eckert, Maifeld, Matthiessen, 19; Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Dölle, Hans, München, 1976/ Huber, 153; Fikentscher, Heinemann, 473; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 56

yazılım, üretim sırrı, ticarî şirketlerin hisse senetleri de satış sözleşmesine konu edilebilir³⁴. Malvarlığının ya da ticari işletmenin devri satış sözleşmesinin konusu olabilir³⁵. Aynı şekilde, ileride üretilecek malların, ümit edilen şeylerin de satış sözleşmesine konu olması mümkündür³⁶. Para ile değiştirilmesi mümkün ve iktisadi değeri olan maddi ve maddi olmayan malların satış sözleşmesinde satıcının edimi olarak kararlaştırılması mümkündür³⁷.

Satılanın bazı niteliklerinin tayini hususu alıcı tarafından saklı tutulabilir³⁸. Alıcı bu noktada seçimlik hakkını kullanarak edimi belirler. Ayrıca, satılanın sözleşmenin kurulması anında belirlenmesi zorunlu değildir. Teslim anında tespit edilmesi yeterlidir³⁹. Keza, satılanın, sözleşmenin kurulması anında, satıcının malvarlığında bulunması gerekmez⁴⁰.

Satılanın, sözleşme uyarınca objektif olarak belirlenebilir olması gerekir⁴¹. Satılanın ifa zamanında belirlenebilir olması yeterlidir⁴². Alıcının satılanın belirlenmesine dair seçimlik hakkını kullanmaması durumunda alacaklı temerrüdü olur. Alıcıya satılanın belirlenmesi hususunda verilen seçimlik hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı olması nedeniyle,

³⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, 79; Arslanlı, Halil, Ticari Bey, I. Cild, 4. Bası, İstanbul, 1955, 21; Giger, 16; Basler Kom./ Koller, 1067; Eren, 33; Fikentscher, Heinemann, 473; Keller, Siehr, 9; Esser, Josef, Weyers, Hans- Leo, Schuldrecht Band I Besonderer Teil, 8., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1998, 15; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 56; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 18: Yazılımın bireysel olarak, alıcıya özel üretilmesi durumunda, eser sözleşmesi söz konusu olur.

³⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, 79; Arslanlı, 21; Basler Kom./ Koller, 1066; Giger, 16; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 20; Keller, Siehr, 9; Esser, Weyers, BT., 15

³⁶ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, 46; Tandoğan, Borçlar Özel, 79; Eren, 34; Giger, 18; Basler Kom./ Koller, 1067; Keller, Siehr, 9; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 19; KaufKo./ Huber, 153

³⁷ Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 45; Tandoğan, Borçlar Özel, 79; Giger, 16; Basler Kom./ Koller, 1067; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 18; Keller, Siehr, 8; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 56

³⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, 83

³⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, 84; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 45

⁴⁰ Giger, 18; Keller, Siehr, 9; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 45; Doğanay 124

⁴¹ Altherr, Brem, Bühlmann, 192; Basler Kom./ Koller, 1076: Yazar, ifa zamanında satıcıya ait malın faydalarının satılmasını örnek göstermektedir. Dolayısıyla, bu örnekte, ifa zamanında objektif kriterlere göre belirlenebilirlik mevcut olur.; Giger, 90: Yazara göre, aynı zamanda, sübjektif belirlenebilirlik gerekir.

⁴² Basler Kom./ Koller, 1077

temsilci, üçüncü kişi veya alıcının bu hakkı kullanmaktan kaçınması durumunda hâkim tarafından alıcının iradesi yerine geçmek suretiyle kullanılamaz⁴³.

Mahiyeti gereği devredilemeyen oturma hakkı ya da bağımsız biçimde devredilemeyen alacak hakkından bağımsız olarak rehin hakkı ticari satış sözleşmesine konu edilebilir ise de bu borcun ifa edilemeyecek olması borcun ifası aşamasını ilgilendirmekte olup borca aykırılık teşkil eder⁴⁴. Devir yasağı olan alacak hakları, TBK. m. 183 hükmü uyarınca devredilemez⁴⁵. Bu neviden alacağı konu edinen satış sözleşmesi geçerlidir⁴⁶.

Alacağın devri tasarruf işlemi teşkil eder. Dolayısıyla, alacağın satış sözleşmesine konu edilmesi, alacağın devri vaadi ile söz konusu olur. BGB. § 453 hükmü uyarınca, satış sözleşmesine dair hükümler, kıyasen, alacak ve hak satışına uygulanır. Hukukumuz bakımından da satış sözleşmesine dair hükümler kıyasen uygulanabilir. Doğmamış bir alacağın devrine ilişkin satış sözleşmesi geçerlidir⁴⁷. Bu durumda, TBK. m. 191, 193 hükümleri uyarınca satıcının garanti sorumluluğu söz konusu olur⁴⁸.

Ticari satış sözleşmesinde asıl yanında, bütünleyici parçanın da yer alması mümkündür. Bu durumda, TMK. m. 684 hükmü uyarınca, kural olarak, bütünleyici parça, asıldan bağımsız olarak devredilemez. Ancak, bütünleyici parçanın asıldan bağımsız olarak satış sözleşmesine konu edilmesi mümkündür⁴⁹. Bu durumda ifa, bütünleyici parçanın asıldan ayrılması sonrasında gerçekleşir⁵⁰. Bütünleyici parçanın bu şekilde satış sözleşmesine konu edilmesi ümit edilen şeyin satışını teşkil eder⁵¹.

Ticari satış sözleşmesinin borçlandırııcı bir işlem olması nedeniyle, sözleşme konusu malın, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olması gerekmez⁵². Aynı şekilde,

⁴³ Giger, 90 vd.

⁴⁴ Basler Kom./ Koller, 1066

⁴⁵ Basler Kom./ Koller, 1066

⁴⁶ Basler Kom./ Koller, 1066

⁴⁷ Basler Kom./ Koller, 1073

⁴⁸ Basler Kom./ Koller, 1073

⁴⁹ Basler Kom./ Koller, 1068; KaufKo./ Huber, 153

⁵⁰ Basler Kom./ Koller, 1068

⁵¹ Basler Kom./ Koller, 1068

⁵² Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 45; Tandoğan, Borçlar Özel, 79; Cavin, Pierre Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), Schweizerisches Privatrecht (Bd. VII/1), Obligationenrecht -

başkasına ait malın da ticari satış sözleşmesine konu olması mümkündür⁵³. Keza, aynı satılan hakkında, farklı alıcılar ile satış sözleşmesi akdedilebilir⁵⁴. Bu hâlde, alıcının, satılanın devredildiği üçüncü kişi konumundaki alıcıya karşı bir talep hakkı bulunmamaktadır: Alıcı, ancak satıcıdan satılanın kendisine devredilmesini talep edebilir⁵⁵.

2.1.2.1.2. Mülkiyeti Geçirmek Amacıyla Zilyetliğin Devri

TBK. m. 207 hükmü uyarınca “satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür”. Dolayısıyla, mülkiyetin devri borcu, ticari satış sözleşmesini karakterize eden zorunlu bir unsurdur⁵⁶. Yalnızca zilyetlik devri değil, devrin mülkiyeti geçirmek amacıyla yapılması gerekir⁵⁷. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere⁵⁸, satıcının zilyetliği devir borcunu, zilyetliğinin

Besondere Vertragsverhältnisse. Basel/Stuttgart, 1977, 21; Basler Kom./ Koller, 1065; Eren, 33; Gauch, Peter, Aepli, Viktor, Casanova, Hugo, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art.184-1186), Dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, 1993, 25; Fikentscher, Heinemann, 471; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 56

⁵³ Arslanlı, 86; Cavin, 21; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 47; Eren, 35

⁵⁴ Cavin, 22

⁵⁵ Cavin, 22

⁵⁶ Tunçomağ, 63; Arslanlı, 20; Giger, 36; Doğanay, 185; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 103; KaufKo./ Huber, 149; Aral, / Ayrancı, 92: ARAL/ AYRANCI'ya göre, mülkiyeti geçirme yerine, satılan hakkı geçirme ibaresi daha yerinde olur. Böylelikle, anılan ibare mülkiyet hakkına konu olmayan alacak ve hakların devrini de kapsar. Benzer olarak bkz. Basler Kom./ Koller, s 1064: Yazar, satış sözleşmesinde devre konu hak ve şey olarak nitelendirmiştir. Diğer benzer görüş için bkz. Giger, 11

⁵⁷ Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 63; Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2021, 495; Hoeren, Thomas, Martinek, Michael, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, 2002, 80; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 126; KaufKo./ Huber, 149; Emmerich, Volker, BGB- Schuldrecht Besonderer Teil, 15. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2018, 5; Keller, Siehr, 15; Löhnig, Martin, Gleti, Andreas, Schuldrecht II- Besonderer Teil 1: Vergrachliche Schuldverhältnisse, 2. überarbeitete Auflage, Stuttgart, 2018, 10

⁵⁸ “818 sayılı Borçlar Kanunun teslim giderlerine ilişkin 185’inci maddesi, Tasarının 210’uncu maddesinde düzenlendiği için, Tasarının 209’uncu maddesinde satıcının aslî borcu belirtilmiştir. Buna göre satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür. Fiili teslim dışında, zilyetliğin teslimsiz kazanıldığı durumlar (kısa elden teslim ve hükmen teslim gibi) göz önünde tutularak, taşınır satışında satıcının aslî boru açıklanırken, sadece “teslim”den söz edilmesi uygun görülmemiş; bunun yerine “mülkiyetin devri amacıyla zilyetliğin devri borcu’ndan söz edilmiştir.”

teslimsiz devri hâlleriyle ifa edebilmesi mümkündür. Bu nedenle, madde hükmünde teslim yerine mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliğin devrinden söz edilmiştir.

Mehaz OR. Art. 190 hükmü ve BK. m. 187 hükmünde “*teslim*” açısından belirli vade tayin edilmesinden bahsedilmiştir. KEPPLER tarafından haklı olarak, bu ibareden, teslim değil, ifanın anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹. Keza, TBK. m. 212 hükmü de “*zilyetliğin devri*” ibaresini tercih etmiştir. Esasen, bu değişiklik yerinde olmuştur. Zira teslim, zilyetliğin devri hâllerinden biri olup, zilyetliğin teslimsiz devri, diğer deyişle ifanın teslim dışındaki zilyetliğin devri şekilleriyle gerçekleşmesi mümkündür. GÜMÜŞ’e göre, zilyetliğin devri ibaresinin tercihi hatalı olmuştur⁶⁰. Yazara göre, temlik borcu doğuran ticari satış sözleşmesinde, alıcının dolaysız zilyetliğinin sağlanması gerekmektedir. Zilyetliğin teslim dışı yollarla devrinde alıcı satılan üzerinde serbest denetim ve tasarruf imkânını sahip olamamaktadır. Bu kabul, ayıp ve zapttan doğan sorumlulukta satılanın teslimine dair düzenlemelerle çelişki arz eder.

TMK. m. 977 hükmü uyarınca “*zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur*”. Teslimsiz devre ilişkin TMK. m. 979 hükmü ve emtiayı temsil eden senetlerin devrine ilişkin TMK. m. 980 hükmü doğrudan uygulama alanı bulur⁶¹. Zilyetliğin devri bakımından, zilyet olma iradesi (animus) ile devir alma gereklidir⁶². Ancak, eşyadan ekonomik yarar sağlama zilyetliğin bir unsuru değildir⁶³.

⁵⁹ Keppler, 25

⁶⁰ Gümüş, 47

⁶¹ Cavin, 38; Giger, 30; Honsell, 33; Hoeren, Martinek, 76; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, 85; Eren, Mülkiyet, 496; Kılıçoğlu, Eşya, 36

⁶² Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, 67; Serozan, Rona, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, 102; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2021, 43; Havutcu, Gayrimenkul/ Sert Sütçü, 1296; Sirmen, 44; Kılıçoğlu, Ahmet M., Eşya Hukuku, Ankara, 2021, 17; Özkaya, C. III, 3409; Akçaal, Mehmet, Eşya Hukuku, Ankara, 2022, 48

⁶³ Ertaş, 29

Mülkiyetin devri, soyut bir hukuki işlemdir⁶⁴. Mülkiyetin devrinin hem alıcı hem de satıcı bakımından temsilci aracılığıyla yapılması mümkündür⁶⁵. Mülkiyetin devri aynı etki doğurmakla, bir tasarruf işlemidir⁶⁶.

Taşınmaz mülkiyetinin devri konusunda TMK. m. 1024/II hükmü uyarınca sebebe bağlılık prensibinin geçerli olduğu tespit edilmektedir. Taşınır mülkiyetinin devrinde bu konuda açıklık bulunmamaktadır.

Doktrinde bir kısım yazarlara göre, taşınır mülkiyetinin devri sebebe bağlıdır⁶⁷. Taşınır mülkiyetinin devrinde iyiniyetli üçüncü kişinin korunmasına dair hükümler bu işlemlerdeki emniyeti sağlamak açısından yeterlidir⁶⁸. Diğer taraftan, bu prensibin kabul edilmesi sebepsiz zenginleşmeye dair hükümleri işlevsiz kılmamaktadır. Sebebe bağlılık ilkesinin kabul edilmesi ile sebepten yoksun ya da geçersiz sebebe dayanarak yapılan tasarruf işlemi, taşınırın iyiniyet veya zamanaşımı ile kazanılması hâlleri saklı kalmak kaydıyla, geçersizdir⁶⁹. Bu çerçevede satıcı, satılanın iadesini istihkak davası ile zamanaşımına tabi olmaksızın talep edebilir: Öncelik hakkına dayanarak satıcının iflası hâlinde ya da ipotek alacaklısına karşı bu hakkını öne sürebilir⁷⁰. İyiniyetli üçüncü kişi korunmaz⁷¹. Sebebe bağlılık ilkesinin kabul edilmesiyle, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğin devri borcunun hukuki sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlem niteliğindeki ticarî satış sözleşmesinin geçerli olması gerekir.

Katıldığımız sebepten soyutluk ilkesi esas alındığı takdirde, borçlandırıcı işlemin geçersiz olması, tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemez, mülkiyet alıcıya intikâl eder⁷². Geçerli veya haklı bir sebep olmaksızın mülkiyetin kazanılması hâlinde satıcı,

⁶⁴ Hoeren, Martinek, 80

⁶⁵ Hoeren, Martinek, 80; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 103

⁶⁶ Hoeren, Martinek, 80

⁶⁷ Tandoğan, Borçlar Özel, 96; Cavin, 24; Keller, Max, Schöbi, Christian, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, Band I, Main, 1988, 277; Eren, 62; Honsell, 34; Gauch BT., 24; Erbek, Özge, “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)– Soyutluk(Mücerretlik) Meselesi”, (sayfa 937-985), 979; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 54 ; Özkaya, C. I- C, 2474

⁶⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, 96

⁶⁹ Cavin, 25; Aral/ Ayrancı, 72; Eren, Borçlar Özel, 30; Erbek, 943; Honsell, 34

⁷⁰ Cavin, 25; Honsell, 34

⁷¹ Honsell, 35

⁷² Arslanlı, 78; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, 853; Öz, M. Turgut "İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönme Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk

alıcıdan TBK. m. 77 vd. hükümleri uyarınca sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı talepte bulunabilir⁷³. Bu durumda, devreden, istihkak iddiasında bulunarak satılanın iadesini talep edemez⁷⁴. Soyutluk ilkesi çerçevesinde, hukuki istikrar ve işlem güvenliği sağlanmaktadır. Bu sayede alıcı, temel işlemin geçerliliğini araştırmak zorunda kalmamaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin devrinde açıkça sebebe bağlılık ilkesi düzenlenmiş iken, taşınır mülkiyeti yönünden hüküm öngörülmemesi nedeniyle, kanun koyucunun soyutluk ilkesini tercih ettiği sonucuna varılabilir. Soyutluk ilkesinin kabulü, aynı zamanda, inceleme konumuz bakımından, sözleşmeden dönme üzerine oluşan tasfiye ilişkisinde taraflar arasında eşitlik sağlar⁷⁵. Zira, tasfiye ilişkisinde, paranın iadesi bakımından sebepsiz zenginleşme kuralı uygulanırken, soyutluk ilkesinin kabulü ile zilyetliği devredilen satılanın iadesinde de sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanır.

Mülkiyeti geçirme ve zilyetliğin devri iki ayrı yükümlülük değildir: Her ikisi birlikte tek bir yükümlülük teşkil eder⁷⁶. Bu anlamda olmak üzere, satılanın devredilmiş kabul edilebilmesi bakımından, alıcının, satılan üzerinde fiilen tasarruf edebilme imkânına sahip olması gerekir⁷⁷. Zilyetliğin devri, aynı zamanda, mülkiyet devrinin üçüncü kişiler tarafından bilinebilir olmasına hizmet eder⁷⁸. Taşınırın devrine ilişkin sorun, satış sözleşmesine dair hükümler çerçevesinde değerlendirilmekle beraber, mülkiyetin devrine ilişkin genel hükümler kapsamında çözümlenir⁷⁹.

Her ne kadar TBK.'da devir borcunun yerine getirildiğini kabul edebilmek için bu konuda bir açıklık yok ise de satılanın, sözleşmede kararlaştırılan çerçevede, her türlü

Araştırmaları Dergisi 20, 1996, 57; Serozan, Eşya, 271; Eren, Borçlar Özel, 30; Hellwege, Phillip, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, Tübingen, 2004, 80; Honsell, 34; Fikentscher, Heinemann, 471; Keller, Siehr, 4

⁷³ Serozan, Eşya, 272; Eren, 30

⁷⁴ Cavin, 23

⁷⁵ Serozan, Eşya, 273

⁷⁶ Giger, 58

⁷⁷ Basler Kom./ Koller, 1078; Reinicke, Dietrich, Tiedtke, Klaus, Kaufrecht, München, 2009, 69; KaufKo./ Huber, 150

⁷⁸ Giger, 29; Hoeren, Martinek, 78

⁷⁹ Basler Kom./ Koller, 1070

sınırlı ayni hak vb. haktan ari şekilde zilyetliğinin devri gerekir⁸⁰. Keza, kural olarak, üçüncü kişilerle satılana dair yapılan borçlandırııcı işlemlerin de bulunmaması gerekir⁸¹. Alıcının fiili hakimiyetinin (corpus) sağlanması gerekir⁸². Ancak, fiili hâkimiyet her durumda gerekmez. Zira, zilyetliğin bazı devirlerinde fiili hâkimiyet devri gerekmez. Ayrıca, fiili hakimiyet “belirli ölçüde devamlılık” arz etmelidir⁸³.

Zilyetliğin devri, yer ve zaman bakımından bölünemez bir işlemdir⁸⁴. Zilyetliğin devri hukuki fiildir⁸⁵. Teslim yolu ile zilyetliğin kazanılmasında rıza aranmamaktadır. Aksi yöndeki görüşe göre, zilyetliğin devri soyut bir hukuki işlemdir⁸⁶. Zilyetliğin, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, nitelik ve nicelik bakımından sözleşmeye uygun biçimde, doğru yerde doğru kişi tarafından doğru kişiye devredilmesi gerekir⁸⁷. Mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliğin devri işlemi, ifa yerinde gerçekleşmelidir⁸⁸.

⁸⁰ Basler Kom./ Koller, 1081; Giger, 19; Honsell, 34; Reinicke, Tiedtke, 69; Schmidt, Rolf, Praxisratgeber Recht Band 1 – Kaufrecht, Bremen, 2019, 9; Hoeren, Martinek, 34; Hoeren, Martinek, 82 vd.; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 109; Gauch, BT., 25; Esser, Weyers, 16; Brox, Hans, Walker, Wolf- Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aktualisierte Auflage, Nördlingen, 2019, 7; Looschelders, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, 14. neu bearbeitete Auflage, Nördlingen, 2019, 8; Medicus, Dieter, Lorenz, Stephan, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. neu bearbeitete Auflage, München, 2018, 13. BGB. § 433/I hükmünde, bu durum açıkça düzenlenmiştir.

⁸¹ Honsell, 34

⁸² Giger, 21; Honsell, 33; Reinicke, Tiedtke, 69; Hoeren, Martinek, 75; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 103; Gauch BT., 25; Brox, Walker, 7; Medicus, Lorenz, 12; Emmerich, 6; Löhnig, Gleti, 10; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, 74; Serozan, Eşya, 101; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 74; Ertaş, 29; Havutcu, Gayrimenkul/ Sert Sütçü, 1294, Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara, 2022, 42; Kılıçoğlu, Eşya, 16; Özkaya, Eraslan, Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. III, Ankara, 2022, 3408

⁸³ Serozan, Eşya, 101; Ertaş, 29; Havutcu, Gayrimenkul/ Sert Sütçü, 1295; Özkaya, C. III, 3409

⁸⁴ Giger, 19

⁸⁵ Reinicke, Tiedtke, 69; Hoeren, Martinek, 77; Ertaş, 39; Havutcu, Gayrimenkul/ Sert Sütçü, 1307; Sirmen, 59; Kılıçoğlu, Eşya, 444; Özkaya, C. III, 3444

⁸⁶ Honsell, 36; Bucher, 378, dn. 199; Oğuzman, M. Kemal, Seliçi Özer, Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021, 73: Zilyetliğin devrinde, tarafların irade uyuşması borçlandırııcı işlem bakımından değil, zilyetliğin devri bakımından aranır. Dolayısıyla, zilyetliğin devri, soyut bir hukuki işlemdir.

⁸⁷ Giger, 20; Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich, 1988, 292

⁸⁸ Honsell, 33; Bucher, 303; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 105; Nomoskommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, 2019/ Schulze, 344

Zilyetliğin devri bakımından, kural olarak, alıcının ifaya katılması gerekmez⁸⁹. Keza, zilyetliğin devri şarta bağlanamaz⁹⁰. Satıcının mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliğin devri borcunun ifa edilmesi için, alıcının fiili hâkimiyetinin sağlanması ve satılardan sınırsız biçimde faydalanma, tasarruf yetkisine sahip olması gerekir⁹¹. Ancak, emin sıfatıyla zilyedin mülkiyeti devrinde TMK. m. 763 hükmü uyarınca, zilyetliği devreden tasarruf yetkisi olmasa bile iyi niyetli alıcının kazanımı korunur. Netice olarak, asli edim yükümlülüğünün ifasında zilyetliğin devri neticesinde fiili durum değişirken, aynı zamanda mülkiyetin devri ile hukuki bakımdan da sonuç doğurur⁹².

Alacak ve hak satışında ise, zilyetliğin devri yerine, TBK. m. 183 vd. hükümlerinde yer alan alacağın devri söz konusu olur⁹³. Sözleşme konusu hak, bir kıymetli evraka bağlanmışsa, ayrıca kıymetli evrakin da zilyetliğinin devri gerekir⁹⁴. Hakkının devri zilyetliğin devri şeklinde gerçekleşebilir⁹⁵. Örneğin, intifa hakkının kullanılması bakımından taşınırın zilyetliğinin devri gerekir. Hakkın devrinde, kullanımın bırakılması, bir anlamda, zilyetliğin devri teşkil eder⁹⁶. Diğer deyişle, hak satışında, hakkın kullanımında gerekli belge vs. gibi şeylerin de alıcıya teslimi gerekir⁹⁷.

Zilyetliğin devri sadece teslim ile değil teslim dışında başka yollarla da gerçekleşir. Örneğin, zilyetliğin devrinin hukuki işlem yoluyla yapılması mümkündür⁹⁸: Satılan kullanım ödücü ya da kira gibi bir hukuki sebep ile elinde tutan kimseye ile satıcı arasındaki satış sözleşmesi uyarınca satılanın satış hukuki sebebiyle zilyetliğin devredildiğine ilişkin bildirim bu duruma örnek teşkil eder.

⁸⁹ Giger, 21

⁹⁰ Giger, 21

⁹¹ Giger, 31; Reinicke, Tiedtke, 71; Hoeren, Martinek, 76; Bucher, 294; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, 849; Eren, Mülkiyet, 497; Ertaş, 514; Sirmen, 557; Akçaal, 587

⁹² Giger, 36

⁹³ Tandoğan, Borçlar Özel, 101; Cavin, 41; Basler Kom./ Koller, 1080; Aral/ Ayrancı, 89; Hoeren, Martinek, 82; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 126; Gauch BT., 25

⁹⁴ Cavin, 41; Aral/ Ayrancı, 89; Honsell, 33; Hoeren, Martinek, 82; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 127

⁹⁵ Basler Kom./ Koller, 1078; Hoeren, Martinek, 88

⁹⁶ Giger, 31

⁹⁷ Giger, 56

⁹⁸ Giger, 30; Honsell, 33; Reinicke, Tiedtke, 69; Hoeren, Martinek, 76; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 125

Aynı sözleşme, zilyetliğin devrinde, tarafların mülkiyeti geçirme amacıyla anlaşmasını teşkil eder. Hukukumuzda taşınır mülkiyetinin devrinde, Alman Hukukundan farklı olarak, aynı sözleşmenin gerekliliği hususunda açık düzenleme bulunmamaktadır. Taşınır mal mülkiyetinin alıcıya nakli için, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 763 hükmünde açıkça zikredilmese de satılanın zilyetliğinin mülkiyetin nakli amacıyla alıcıya devredildiği konusunda tarafların anlaşması, bu hususta taraflar arasında aynı sözleşmenin olması gerekir⁹⁹. Aynı sözleşme TMK. m. 763'ten çıkarılmaz¹⁰⁰. Kaza ya da malın başkaca bir kişi tarafından, satıcının rızası olmaksızın, satıcının zilyetliğine geçmesi mülkiyetin nakli sonucunu doğurmaz¹⁰¹. Satış sözleşmesi kendi içerisinde aynı sözleşmeyi barındırır¹⁰². BGB. § 929 hükmünde, alıcı ve satıcının zilyetliğin devri konusundaki anlaşmaları, diğer deyişle aynı sözleşmenin gerekliliği açıkça düzenlenmiştir.

Aksi yöndeki görüşe göre, taraflar arasındaki temel borçlandırııcı işleme dair anlaşma ve bunun ifasına ilişkin işlemin varlığı satış sözleşmesinin ekonomik amacına ulaşılması bakımından yeterlidir¹⁰³. Ayrıca, aynı sözleşme gerekmez. Nitekim, kanun koyucu satış sözleşmesinin esaslı unsurlarını sayarken tarafların mülkiyetin devrine dair borçlandırııcı işleme ilişkin anlaşmasını yeterli görmektedir¹⁰⁴.

Aynı sözleşme, mülkiyetinin devrinin ne zaman gerçekleştiği hususunda belirleyicidir¹⁰⁵. Satıcının, satılanı sözleşmede kararlaştırılan tarihten önce devretmesi durumunda, taraflar arasındaki aynı sözleşme gereği, mülkiyet sözleşmede belirtilen tarihte alıcıya geçer¹⁰⁶.

⁹⁹ Arslanlı, 69; Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2021, 47; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, 847; Serozan, Eşya, 118; Aral/ Ayrancı, 92; Eren, Mülkiyet, 495; Basler Kom./ Koller, 1079; Hoeren, Martinek, 81; Bucher, 293; Ertaş, 38; Sirmen, 555; Özkaya, C. I- C, 2472; Akçaal, 586

¹⁰⁰ Honsell, 36; Bucher, 293

¹⁰¹ Honsell, 36; Bucher, 293

¹⁰² Honsell, 36

¹⁰³ Giger, 12 vd.

¹⁰⁴ Giger, 14

¹⁰⁵ Basler Kom./ Koller, 1079

¹⁰⁶ Basler Kom./ Koller, 1080

Alacak ve hak satışında ise mülkiyet, alacağın TBK. m. 183 vd. hükümleri uyarınca devri ile nakledilir¹⁰⁷. Bu takdirde “fiili” bir zilyetlik devri olmasa bile, taraflar arasında zilyetliğin devri hususundaki aynı sözleşme mevcut olmalıdır¹⁰⁸. Fiili faydaların satışında ise, faydaların alıcının tasarrufuna arz edilmesi ve alıcıya nakli için gereken işlemlerin yapılması ile mülkiyet nakledilir¹⁰⁹.

Bize göre de taşınır mülkiyetinin devrinde tarafların zilyetliğin devrinde buna dair aynı anlaşması aranmalıdır. Aynı sözleşmenin olmaması durumunda sözleşme konusunun mülkiyeti alıcıya geçmez.

Zilyetliğin, alıcı ya da onun yetkili temsilcisine devredilmesi gerekir¹¹⁰. Keza, TBK. m. 83 hükmü uyarınca, satıcı veya yetkili temsilcisi zilyetliğin devri borcunu ifa edebilir¹¹¹. Ticari satış sözleşmesi bakımından, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati var ise bizzat ifa gerekir. Zilyetliğin devri borcunun ifa edildiğini ispat yükü satıcıdadır¹¹².

2.1.2.2. Bedel Ödeme Borcu

Ticari satış sözleşmesinin ikinci unsuru alıcının bedel ödeme borcudur (TBK. m. 207 ve m. 232). Bedelin ödenmesi bakımından, satış bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK. m. 233 ve satış bedelinin muacceliyeti ve faizine dair 234 hükümleri saklı kalmak kaydıyla, m. 83 vd. yer alan borçların ifasına ilişkin genel hükümler uygulanır¹¹³.

Alıcının ödemesi gereken bedel, taraflarca sözleşmede serbestçe belirlenebilir. Bedelin belirlenebilir olması da yeterlidir. TBK. m. 207/III hükmü uyarınca “*Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir*”. Buna göre, bedelin belirlenebilir olması yeterlidir. Bu anlamda olmak

¹⁰⁷ Giger, 14; Aral/ Ayrancı, 93; Eren, Borçlar Özel, 62

¹⁰⁸ Hoeren, Martinek, Müller, 78; Bucher, 293; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 104; Esser, Weyers, BT., 15; Erbek, 938

¹⁰⁹ Aral/ Ayrancı, 93

¹¹⁰ Arslanlı, 58; Giger, 24; Bucher, 295; KaufKo./ Huber, 171

¹¹¹ Giger, 24; Bucher, 295

¹¹² Yavuz, 149; Y. 19. HD., 10.06.2013 T., 7681/10721: “*Dava; faturaya dayalı alacağın tahsili istemiyle başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir... Davacı satım sözleşmesine konu malları teslim ettiğini usulüne uygun delillerle kanıtlamalıdır.*”; Y. 19. HD., 28.05.2013 T., 6831/9778: “*Teslimi gereken mermerlerin davacı alıcıya teslim edildiğini davalı satıcı ispatlamak zorundadır.*”

¹¹³ Cavin, 51; Basler Kom./ Koller, 1085

üzere, sözleşmede, en azından bedelin sonradan belirlenebilmesine dair kriterlerin tayin edilmiş olması gerekir¹¹⁴. Belirlenebilir olmak, bedelin sonradan somutlaştırılabilir olmasını, aynı zamanda satılan ve bedel hakkında yeniden bir anlaşma yapılmamasını gerektirir¹¹⁵. Diğer deyişle, objektif belirlenebilir olmak gerekir¹¹⁶. Bu durumda, hâkim tarafından bedelin belirlenmesi mümkündür¹¹⁷. Sözleşmenin ifa zamanındaki yerde geçerli bedel üzerinden kurulduğu kabul edilir¹¹⁸. Aynı şekilde, TBK. m. 233/I hükmü uyarınca “*alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır*”. Burada, ifa gün ve yerindeki ortalama fiyat esas alınır¹¹⁹. Bedelin belirlenmesine ilişkin diğer bir kural aynı hükmün ikinci fıkrasında yer alır: “*Satış bedeli, satılanın ağırlığına göre hesaplanıyorsa, darası indirilir*”. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise “*bazı ticari malların satışında, daralı ağırlıktan miktar olarak ya da yüzde hesabıyla bir indirim yapılmasına veya bedelin, daralı ağırlık üzerinden belirlenmesine ilişkin ticari teamüller*” saklı tutulmuştur.

Taraflar, bedeli, “*emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı*” olmamak kaydıyla, serbestçe belirleyebilir¹²⁰. Bedeli belirleme yetkisinin üçüncü kişi ya da sözleşmenin diğer tarafına bırakılması mümkündür¹²¹. Ancak bu durumda, üçüncü kişi ya da sözleşmenin diğer tarafı, bedeli hakkaniyete uygun bir şekilde belirlemelidir¹²². Üçüncü kişinin, kişiliğinin önem arz ettiği durumlarda, üçüncü kişi bedeli belirlemez ya da belirlemesi imkânsız olursa sözleşme tarafları bağlamaz¹²³. Bu hâlde, sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, hâkimin sözleşmedeki bedeli belirleme yetkisi yoktur¹²⁴. Ancak, üçüncü kişinin kişiliği önemli değilse,

¹¹⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, 90; Arslanlı, 39; Basler Kom./ Koller, 1064; Giger, 86; Doğanay, 191

¹¹⁵ Giger, 86

¹¹⁶ Giger, 87

¹¹⁷ Giger, 90

¹¹⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, 92; Basler Kom./ Koller, 1075; Eren, 36

¹¹⁹ Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 52; Tandoğan, Borçlar Özel, 92

¹²⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, 84; Keller, Siehr, 10

¹²¹ Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 51; Tandoğan, Borçlar Özel, 90; Basler Kom./ Koller, 1076; Giger, 86; Eren, 36; Doğanay, 193

¹²² Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 51; Basler Kom./ Koller, 1076

¹²³ Arslanlı, 40; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 51; Tandoğan, Borçlar Özel, 91; Doğanay, 193; Basler Kom./ Koller, 1077: Yazara göre, bu durumda imkânsızlık nedeniyle sözleşme geçersizdir.

¹²⁴ Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 51; Tandoğan, Borçlar Özel, 91; Basler Kom./ Koller, 1077

bedelinin mahkemece tayini mümkündür¹²⁵. Hâkim, bu yetkiye dair genel hüküm olan TBK. m. 2/II hükmü çerçevesinde sözleşmeyi “tamamlar”¹²⁶. Fiyatın üçüncü kişi tarafından belirlenecek olması durumunda, üçüncü kişinin ölmesi hâlinde sözleşmenin akıbeti ile ilgili bir hüküm mevcut değildir¹²⁷. Bu durumda, kural olarak, hâkim sözleşmedeki boşluğu giderir¹²⁸. Sözleşmede fiyatın belirlenmesi bakımından fiyat aralığı öngörülmüşse, satıcı en üst limit üzerinden fiyatı tayin edebilir¹²⁹. Sözleşmenin diğer tarafı, edimin içeriğini belirleme seçimlik hakkını kullanmaz ise, sözleşmesel yükümlülük ihlâli teşkil eden bu durum neticesinde alacaklı temerrüdüne düşer¹³⁰. Zira, edimin içeriğini belirleme hakkı, aynı zamanda bir yükümlülük teşkil eder. Ancak, bu durumda taraflardan birinin sözleşmesel asli edim yükümlülüğünün hâkim tarafından belirlenmesi kanunun özüne aykırıdır¹³¹. Ancak, bu noktada bir fiyat aralığının öngörülmesi tam anlamıyla asli edim yükümlülüğün hâkim tarafından tayin edilmesi teşkil etmez.

TBK. m. 2 uyarınca, tarafların bedelin sonradan belirlenmesinde anlaşmayı saklı tutması ve bedel üzerinde anlaşamaması durumunda sözleşme yok hükmündedir¹³². Nitekim, bu durumda, tarafların asli edim yükümlülükleri noktasında, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı mevcut değildir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, bu durumda, tarafların farazi iradelerine göre hâkim tarafından bedelin belirlenmesi mümkün değildir¹³³. Tarafların bedeli örtülü olarak belirlememesi durumunda da sözleşme geçersiz olur: Meğerki, satılanın piyasa fiyatı belirli olsun.

¹²⁵ Arslanlı, 40; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 51; Tandoğan, Borçlar Özel, 91; Doğanay, 193 vd.

¹²⁶ Giger, 93

¹²⁷ Basler Kom./ Koller, 1077

¹²⁸ Basler Kom./ Koller, 1077.

¹²⁹ Basler Kom./ Koller, 1076

¹³⁰ Lemp, Paul, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern, 1939, 13; Giger, 94

¹³¹ Giger, 94

¹³² Basler Kom., Koller, 1075

¹³³ Basler Kom./ Koller, 1075

Satış bedeli mutlaka para olmalıdır¹³⁴. Bedel ödeme borcu, kural olarak, peşin ifa edilir¹³⁵. Para haricinde başkaca bir edim karşılığı tayin edilmesi durumunda, satış sözleşmesi niteliğini kaybeder¹³⁶. Ancak, bedelle ödeme yükümlülüğüne, bedele ilişkin olmayan yan edimlerin eşlik etmesi mümkündür¹³⁷. Keza, bedelin yabancı ya da yerli para birimi üzerinden kurulması önem arz etmez¹³⁸. TBK. m. 99/II hükmü uyarınca “ülke parası dışında başka bir para birimi”nin bedel olarak belirlenmesi mümkündür. Sözleşmenin akdedilmesi anında tarafların bedelin tamamını para olarak tayin etmemesi durumunda satış sözleşmesi söz konusu olmaz¹³⁹. İvaz mal olarak belirlendiği takdirde, satış değil TBK. m. 282 vd. hükümlerinde yer alan mal değişim sözleşmesi söz konusu olur. Paranın yanında başka tür edimin kararlaştırılması durumunda ise karma sözleşme söz konusu olur¹⁴⁰.

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/51) m. 8 hükmünde bedelin yabancı para cinsinden kararlaştırılmasına birtakım sınırlandırmalar getirilmiştir. Anılan hükmün dokuzuncu fıkrası uyarınca “*Türkiye’de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri; taşıt satış sözleşmeleri dışında kalan menkul satış sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür. (Ek cümle:RG-19/4/2022-31814) Ancak sözleşme konusu ödeme yükümlülüklerinin Türk parası cinsinden yerine getirilmesi ve kabul edilmesi zorunludur*”. Bu sınırlamalara aykırılıklar, 1567 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun kapsamında olarak idari para cezası yaptırımını ile karşılaşır.

¹³⁴ Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 48; Arslanlı, 18; Tandoğan, Borçlar Özel, 84; Tandoğan, Borçlar Özel, 84; Basler Kom./ Koller, 1064; Giger, 61; İşeri, 652; Eren, 36; Keller, Siehr, 10; Doğanay, 122; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 58

¹³⁵ Bucher, 300

¹³⁶ Arslanlı, 18; Giger, 60; Doğanay, 191

¹³⁷ Giger, 60

¹³⁸ Basler Kom./ Koller, 1068; Giger, 61

¹³⁹ Basler Kom./ Koller, 1069: Yazar, bu durumu, eski model arabanın üzerine para eklenmek suretiyle yeni modelinin alınması örneğiyle açıklamaktadır. Yazara göre, bu durumda seçimlik borç bulunmamaktadır.

¹⁴⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, 84; Basler Kom./ Koller, 1068; Keller, Siehr, 10

Anılan düzenleme uyarınca taşıt satış sözleşmeleri dışında kalan taşınır satışlarında bedel, döviz cinsinden ya da dövize endeksli olarak kararlaştırılmasına engel yoktur. Bu noktada sınırlama, edimin Türk parası ile ifa edilmesi zorunluluğu bakımından öngörülmüştür. Dolayısıyla, ilgili düzenleme borcun ifasına ilişkindir¹⁴¹. İlgili düzenlemeye aykırı biçimde borcun yabancı para cinsinden ifası kesin hükümsüzlük yaptırımına konu olmaz. Anılan düzenlemeyi, idari para cezası öngörülmesine dair düzenleyici bir hüküm olarak görmek gerekir. İdari para cezasına hükmedilip hükmedilemeyeceği ya da kanunu aşar biçimde idari para cezası öngörülmesinin hukuken geçerli olup olmadığı aykırı bir tartışma konusu olup, inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

2.1.2.3. Tarafların Anlaşması

Ticari satış sözleşmesi, alıcı ve satıcının sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur¹⁴². Tarafların iradeleri açık veya örtülü olabilir. Bu esaslı noktalar, mal ve bedelin birbiriyle değiştirilmesini teşkil eder. Tarafların açık iradeleri ya da iradelerinin güven prensibi çerçevesinde yorumlanması neticesinde satış sözleşmesinin kurulması yönünde anlaşmaları gerekir¹⁴³. Taraflar TBK. m. 27 hükmüne aykırı olmamak kaydıyla, sözleşme konusu edimi serbestçe tayin edebilir. TBK. m. 27 hükmü sözleşme konusu ile ilgilidir, yoksa sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Zira, bu hükme aykırılığın yaptırımı hükümsüzlüktür.

Taraflar satılanın ve bedelin devrini kesin olarak taahhüt etmelidir¹⁴⁴. Kullanma ya da faydalarını elde etmek amacıyla bırakma söz konusu değildir. Kesin devir olgusu aynı zamanda, satış sözleşmesini kullandırma sözleşmelerinden ayırt eder.

2.1.2.4. Satılanı Mesleki Faaliyet Çerçevesinde Kazanç Elde Etme Amacıyla Satın Almak

TBK. anlamında ticari satış sözleşmesinden bahsedebilmek için alıcının satılanı kazanç elde etme amacıyla satın alması aranır. Aynı zamanda, bu alışverişin mesleki

¹⁴¹ Vuraloğlu, Mehmet Oğuz, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de Yapılan Son Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 210, Eylül, 2022, (sayfa 893-1005), 992

¹⁴² Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 59 vd.; Cavin, 19; Eren, 37; Keller, Siehr, 5; Arslanlı, 12

¹⁴³ Basler Kom./ Koller, 1064; Arslanlı, 12

¹⁴⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, 93; Basler Kom./ Koller, 1065

faaliyet kapsamında yapılması gerekir. Ticari satış sözleşmesinde, mesleki faaliyet ve kazanç elde etme amacı bir unsur teşkil eder.

Kanun koyucu TBK. m. 212 hükmünü, alıcının mesleki faaliyeti çerçevesinde hareket etmesinden ötürü, sürat ilkesini esas alarak öngörmüştür. Nitekim, anılan hüküm, alıcının aynen ifadan vazgeçme beyanını aramaksızın müspet zararı talep ettiği karinesini esas almaktadır. Aynı zamanda, taraflarca belirli vade kararlaştırılması durumunda, kesin vadeli işlem karinesi öngörülmüştür. Kesin vadeli işlem sayesinde alıcı, belirli vadede olduğu gibi temerrüt ihtarında bulunmaksızın ve belirli vadeden farklı olarak süre verilmesine gerek olmaksızın seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Bu sayede alıcı, borç ilişkisini süratle tasfiye edebilmektedir.

2.1.3. Ticari Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

2.1.3.1. Ticari Satış Sözleşmesi Borçlandırıcı Bir İşlemdir.

Ticari satış sözleşmesi borç doğuran bir sözleşmedir¹⁴⁵. Sözleşmenin kurulmasıyla taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğmakta, mülkiyetin devri söz konusu olmamaktadır¹⁴⁶. Satıcı sözleşme ile satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliği devir borcu, alıcı ise bedel ödeme borcu altına girmektedir. Diğer deyişle ticari satış sözleşmesi, borçlandırıcı bir işlemdir¹⁴⁷. Satıcının, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğini alıcıya devretmesi¹⁴⁸ tasarruf işlemi olup mülkiyet aynı anlaşmaya dayalı olarak zilyetliğin devri ile alıcıya geçer. Bu anlamda olmak üzere, ayrılık prensibi uyarınca, borçlandırıcı işlem ve eşya hukukuna ilişkin mülkiyetin devri birbirinden keskin biçimde ayrılmaktadır¹⁴⁹. Dolayısıyla, sözleşmenin akdedilmesi neticesinde mülkiyet alıcıya geçmez: Satıcı, satılan üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir, satılanı konu edinen ayrı bir satış sözleşmesi akdedebilir¹⁵⁰. Nitekim, malik sıfatıyla her tür tasarruf imkânı satıcıya aittir. Öncelik ilkesi uyarınca,

¹⁴⁵ Cavin, 19; Aral/ Ayrancı, 69; Basler Kom./ Koller, 1065; Eren, 28; Schmidt, Rolf, 9; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 54

¹⁴⁶ Eren, 28; Schmidt, Rolf, 9; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 54

¹⁴⁷ Tandoğan, Borçlar Özel, 94; Cavin, 19; Basler Kom./ Koller, 1065; Olgaç, Direnme, 247; Eren, 28; Schmidt, Rolf, 9; Fikentscher, Heinemann, 471; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 52

¹⁴⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, 94; Cavin, 21; Olgaç, Direnme, 247; Eren, 28; Schmidt, Rolf, 9; Hoeren, Martinek, 77; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 52

¹⁴⁹ Schmidt, Rolf, 9

¹⁵⁰ Schmidt, Rolf, 10

mülkiyetin devri bir sefer yapılmakla, ikinci kez devre olanak yoktur: Buna dair bir borçlandırıcı işlem bulunması durumunda, borçlandırıcı işlemin alıcısına karşı, satıcının tazminat sorumluluğu söz konusu olur¹⁵¹.

2.1.3.2. Ticari Satış Sözleşmesi Sinallagmatik Bir Sözleşmedir.

Satıcının satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devir borcu ile alıcının satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde satış bedelini ödemek borcu arasında karşılıklı ilişki vardır. Diğer deyişle ticari satış sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁵². Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar, diğer tarafın edimini taahhüt etmesine dayanarak kendi edimini taahhüt ederek, edimler arasındaki değişimi amaçlamakta, bu karşılık ve bağlılık nedeniyle her bir edim diğerinin karşılığını oluşturmaktadır¹⁵³. Dolayısıyla, ticari satış sözleşmesinde edimler arasındaki bağlılık, sebep-amaç ilişkisi ile işlemin muhtevasına dahildir¹⁵⁴.

Ticari satış sözleşmesinde, edimler arasında fonksiyonel ve genetik bağlantı mevcuttur: Edimler hem doğumunda hem de ifasında karşılıklı yükümlülüklerden ibarettir¹⁵⁵.

TBK. m. 207/II hükmü uyarınca taraflar “Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle

¹⁵¹ Schmidt, Rolf, 10

¹⁵² Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, 62; Arslanlı, 14; Tandoğan, Borçlar Özel, 78; Oğuzman, Öz, 48; Olgaç, Direnme, 247; İşeri, 646; Doğanay, 70; Basler Kom./ Leu, 516; Aral/ Ayrancı, 70; Eren, 28; Keller, Siehr, 5; Schmidt, Rolf, 9; Walter, 264; Fikentscher, Heinemann, 472; Medicus, Lorenz, 12; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 54; YHGK., 24.06.2021 T., 2017/3136 E., 2021/842 K.: “Satış sözleşmesi” tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup” YHGK. 24.05.2017 T., 2017/1633 E., 2017/1013 K.: “Satım sözleşmesi synallagmatik, başka deyişle tam iki tarafa karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşmedir”

¹⁵³ Lemp, 18; Olgaç, Direnme, 247; Havutcu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın, Tazmini, İzmir, 1995, 4; Doğanay, 70; Basler Kom./ Leu, 517; Basler Kom./ Koller, 1065; Schmidt, Rolf, 9; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 7, 79. Neubearbeitete Auflage, München, 2020/ Grüneberg, 551; Fikentscher, Heinemann, 472; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 54

¹⁵⁴ Havutcu, 13

¹⁵⁵ Becker, H., Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern, 1941, 398; Aral/ Ayrancı, 70

yükümlüdürler”. TBK. m. 97 hükmü uyarınca “*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*”. Satılanın zilyetliğinin alıcıya devri ile satış bedelinin muaccel olacağını öngören TBK. m. 234/I ve yukarıda anılan hükümler edimlerinin ifa yönünden bağımlılığını gösterir. Bu hükümler sinallagmanın varlığına işaret eder.

Edimlerin doğumu anında karşılıklılık ve bağımlılık bakımından TBK. m. 27/I ve TBK. m. 170/I hükmü örnek gösterilebilir. İlgili düzenleme çerçevesinde, satıcının mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devri borcunun geçersizliği, alıcının borcunun da geçersizliğine neden olur¹⁵⁶.

2.1.3.3. Ticari Satış Sözleşmesi Rızai ve İvazlı Bir Sözleşmedir.

Ticari satış sözleşmesi rızai bir sözleşmedir¹⁵⁷. Sözleşmenin kurulması için tarafların birbiriyle anlaşması yeterlidir. Elden satış olarak adlandırılan satış sözleşmesinde tasarruf işleminin kurulduğu anda gerçekleşmesi rızai niteliği değiştirmez¹⁵⁸.

Tarafların asli edim yükümlülükleri, TBK. m. 207 hükmünde “*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu*” ifası olarak hükme bağlandığı üzere, ticari satış sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Sözleşmenin bedel unsuru, mülkiyeti geçirmek amacıyla satılanın zilyetliğini devir borcunun karşı edimini teşkil eder ve bu sözleşmeyi bağışlama sözleşmesinden ayırt eder¹⁵⁹.

2.1.3.4. Ticari Satış Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşmedir.

Ticarî satış sözleşmesi ani edimlidir¹⁶⁰. Sözleşmenin ani edimli olduğunun tespitinde karakteristik edim alacaklısının ifa menfaatinin bir anda mı yoksa zamana yayılarak mı gerçekleştiğine bakılır¹⁶¹. Ticari satış sözleşmesinde, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğini alıcıya devrettiği anda ifa menfaati gerçekleşir¹⁶².

¹⁵⁶ Aral/ Ayrancı, 70

¹⁵⁷ Arslanlı, 14; Tandoğan, Borçlar Özel, 94; Cavin, 19

¹⁵⁸ Arslanlı, 14; Tandoğan, Borçlar Özel, 95; Aral/ Ayrancı, 69

¹⁵⁹ Eren, 29

¹⁶⁰ Oğuzman, Öz, s .11, Eren, 29; Keller, Siehr, 5

¹⁶¹ Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, 7

¹⁶² Aral/ Ayrancı, 71; Eren, 29

Alıcının ifa menfaati, zaman içinde satıcının tek bir davranışta bulunmasıyla (mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliği devir) sağlandığından, ticari sözleşmesi anı edimlidir.

2.1.4. Ticari İş Kavramından ve TTK. Madde 23 Anlamındaki Ticari Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Ticari iş kavramının da ticari satış sözleşmesinden ayırt edilmesi gerekir. 6102 sayılı TTK. m. 3 hükmü uyarınca “*bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir*”. Anılan hükme göre, ticari işletmeyi ilgilendirmese de Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlar da ticari iş kapsamındadır. Ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem, fiil ve inceleme konumuz olan satış sözleşmesinin de TTK. anlamında ticari iş kapsamında olması mümkündür. Ancak, TBK. anlamında ticari satış sözleşmesi her halükârda ticari iş sayılmaz. Nitekim, ticari satış sözleşmesinin varlığı için ticari işletmeye dair bir sözleşme olması aranmaz. Esas olan, alıcının mesleki faaliyet kapsamında hareket etmesi, kâr elde etmek veya işletmesinde sözleşme konusu malı işletmesel amaçlarla kullanmasıdır. Bu bağlamda, TBK. anlamında ticari satış sözleşmesi, satış sözleşmesi kapsamında olarak, ticari iş kavramından geniştir. Ayrıca, ticari iş TTK. anlamında ticari iş sayılmaya bağlanan sonuçlar ile ilgidir¹⁶³.

HGB. § 345 ticari işlem kavramını kullanmıştır. HGB. § 345 de, TTK. m. 19/II hükmüne benzer şekilde, hukuki işlemin, bir taraf bakımından ticari işlem teşkil ettiği hâlde, kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça, her iki taraf yönünden ticari işleme dair hükümlerin uygulanacağını hükme bağlamıştır. TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesinin varlığını tespit bakımından, TTK. m. 19/II’de yer alan karine uygulanmaz. Zira, anılan karine, ticari satış sözleşmesi değil, ticari iş yönünden öngörülmüştür.

TTK.’da yer alan “*ticari satış ve mal değişimi*” başlıklı m. 23 anlamındaki ticari satış sözleşmesinin, TBK. m. 212’de zikredilen TBK. anlamında ticari satış sözleşmesinden ayırt edilmesi gerekir. TTK. m. 23. hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, anılan düzenleme “*tacirler arasındaki*” satış sözleşmelerine ilişkindir. Aynı zamanda,

¹⁶³ Detaylı bilgi için bkz. Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, 67 vd.; bkz. Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kaya, Arslan, Nomer Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2019, 71 vd.; Kayıhan, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2021, 84 vd.

sözleşmenin tarafların ticari işletmesine ilişkin olması gerekir. TBK. anlamında ticari satış sözleşmesi TTK. m. 23 hükmündeki ticari satış sözleşmesinden daha geniştir. Zira, TBK. anlamında ticari satış sözleşmesinden söz edilebilmesi için taraf ya da tarafların tacir olması gerekmez. Ticari iş kavramından ayırt edilmesinde değinildiği gibi, TBK. anlamında ticari satış sözleşmesinden söz edebilmek için tarafların tacir olması, ayrıca, TTK. m. 12 hükmündeki ifadesiyle, ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmesi aranmaz.

2.2. Belirli Süreli Ticarî Satış Sözleşmesinde Satıcının Temerrüde Düşmesinin ve Alıcının Seçimlik Haklarını Kullanmasının Şartları

2.2.1. Satıcının Temerrüde Düşmesinin Şartları

2.2.1.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda temerrüdün tanımına yer verilmemiştir. Borçlunun temerrüdü TBK. m. 117 hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre, “*muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*”. TBK. m. 212/I'de satıcının temerrüdü hâlinde borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere atıf nedeniyle TBK. m. 117 vd. hükümleri ticari satış sözleşmesi bakımından da uygulanır.

Ticarî satış sözleşmesi açısından temerrüt, TBK. m. 212 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca, “*satıcının temerrüdü hâlinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır*”. Dolayısıyla, TBK. m. 117 ila 125 hükümleri de uygulama alanı bulur. TBK. m. 212/II ve m. 212/III hükmünde ise, ticarî satış sözleşmesinin ayırık durumuna dair bir düzenleme yer almaktadır.

Ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü bakımından, mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliğin devri borcunun ifasının mümkün olması, bu edimin muaccel olması, ihtar ve bu ihtara rağmen borcun ifa edilmemesi, ifa etmemenin borca aykırılık teşkil etmesi aranmaktadır.

Temerrüt, ifa modalitelerinden olan zamana ilişkindir¹⁶⁴. Dolayısıyla, mütemerrit satıcı, borca aykırı davranmış olur¹⁶⁵. Temerrüt hâlinde alıcı, 112 vd. hükümleri uyarınca korunur. Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borcun borçlu tarafından zamanında ifa edilmemesidir¹⁶⁶. Borçlunun temerrüdü, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden ayrılır¹⁶⁷. Zira, borcun gereği gibi ifa edilmemesinde, ifa vardır ancak sözleşmeye uygun değildir. Temerrüt hâlinde ise borç zamanında ifa edilmemektedir¹⁶⁸. Dolayısıyla, borçlunun temerrüdü bakımından, borcun mevcut

¹⁶⁴ Oğuzman, Öz, 490; Lemp, 11; Honsell, Heinrich, Vogt, Nedim, Peter, Wiegand Wolfgang, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Basel, Bern und Zürich, Schweiz, 2007, 604; Guhl, Theo, Koller, Alfred, Schnyder, Anton K., Druey, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000, 252; Ehrat, Felix R., Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich, 1990, 75; Havutcu, 23; Bucher, 341; Lammich, Klaus, Gläubiger und Schuldnerverzug, Berlin, 2022, 14; Schmid, Petra, Der Schuldner Verzug, Aachen, 1996, 2; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Neuarbeitete Auflage, München, 2019, 413; Studienkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Neuarbeitete Auflage, München, 2018, 147; Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, 254

¹⁶⁵ Oğuzman, Öz, 490; Lemp, 10; Eren Eren, Fikret, Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara, 2022, 2348; Rimle, Alois, Der erfüllte Schuldvertrag, Freiburg, 1995, 148; Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk, Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, 911; İzveren, Adil, Akdi Mükellefiyetlerin İfa Edilmemesi (Akdi İhlali) ve Neticeleri, AD., Ekim 1953, Yıl: 44, 10, (sayfa 1180-1192), 1189; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016, 217; Reisoğlu, Safa, Borçlar Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, 363; Basler Kom./ Wiegand, 563; Guhl, 252; Becker, 522; Olgaç, Senai, Ticari Satışlarda Satıcının Malı Teslim Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonucu Tazminatla Sorumluluğu ve Zararın Hesabındaki Usuller, Batıder, 1964, C. II, Sayı 3, (sayfa 349-361), 349; Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, 401; Stern, 22; Bucher, 355; Lammich, 13; Schmid, 2; Palandt/ Grüneberg, 413; SK, 147; Prütting, Hans, Wegen, Gerhard, Weinreich, Gerd, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. Auflage, Luchterland, 2019/ Zöchling-Jud, 493; Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage, München, 2018/ Stadler, 377; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1459; Doğan, Murat, Şahan, Gökhan, Atamulu, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, 280; Ünlütepe, 254

¹⁶⁶ Rimle, 148; Basler Kom./ Wiegand, 604; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, 874; Gerhardt, Gregory/ Leisinger, Benjamin, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Fragen und Antworten, Bern, 2005, 168; Palandt/ Grüneberg, 413; HK-BGB/ Schulze, 394; SK., 147; Jauernig BGB/ Stadler, 377; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1459; Benzer olarak bkz. Cumalıoğlu, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, İstanbul, 2019, 107

¹⁶⁷ Kılıçoğlu, 874; Palandt/ Grüneberg, 413; HK-BGB/ Schulze, 394; Ünlütepe, 254

¹⁶⁸ Kılıçoğlu, 874; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 302; HK-BGB/ Schulze, 394; Ünlütepe, 254

olması ve bu borca aykırı davranılması gerekir¹⁶⁹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan ticarî satış sözleşmesinde her iki taraf aynı zamanda alacaklı ve borçlu sıfatına sahip olduğu için hem satıcı hem de alıcı hakkında borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanabilir¹⁷⁰.

Satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından, kural olarak, temerrüt asli edim yükümlülüğüne ilişkin ve sözleşmesel denge durumunu tehlikeye atar mahiyette olmalıdır¹⁷¹. İnceleme konumuz bakımından, satıcının mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devri borcuna ilişkin temerrüt aranır.

Yan edim yükümlülüğü olmasaydı sözleşmenin akdedilmeyeceği kabul edilebilir ise sözleşmenin tamamını kapsar biçimde temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkündür. Yan edim yükümlülüğünün edim karşı-edim ilişkisine dahil olması durumunda, temerrüt sinallagma ilişkisinin tamamına etki eder. Dolayısıyla, seçimlik haklar sözleşmenin tamamına etki edecek şekilde kullanılabilir.

Borcun ifa edilmemesi durumunda, TBK. m. 112 vd. yer alan borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerin mi yoksa borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin mi uygulanması gerektiğinin tespitinde, sonraki ifanın mümkün olup olmadığı ve edimin ifasının alıcı tarafından kabulünün beklenebilir olup olmadığına göre hareket edilir¹⁷². Her gecikme hâli, temerrüdün sonuçlarına neden olmaz¹⁷³. Bu bakımından kanun koyucu, temerrüdün sonuçlarının meydana gelmesi bakımından birtakım gereklilikler öngörmüştür. Öncelikle, geçerli, dava edilebilir, muaccel, itirazdan arî bir borç bulunmalıdır¹⁷⁴.

Satıcının gecikmiş ifadan sorumluluğu üstlenmesi temerrüdün gerçekleşmesi bakımından önemsizdir¹⁷⁵. Bu durumda, alıcı sözleşme konusu edimden başka bir şey talep edemez, satıcı da tazminat ödemekle sorumluluktan kurtulamaz: Temerrüde ilişkin hükümler çerçevesinde hareket edilir¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Schenker, 1

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, 875

¹⁷¹ Becker, 549; Schmid, 134

¹⁷² Becker, 522

¹⁷³ Becker, 522; Bucher, 355

¹⁷⁴ Becker, 523

¹⁷⁵ Gerhardt/ Leisinger, 169; Lammich, 19

¹⁷⁶ Becker, 459

Kusur temerrüdün unsurları arasında değildir¹⁷⁷. Diğer deyişle, satıcının temerrüdünün oluşması açısından kusurlu olması gerekmez. Kusur, temerrüdün sonucuna ilişkin tazminatların unsuru olarak aranır.

Elden satış sözleşmesinin varlığı hâlinde, ifa zamanı ile sözleşme akdedilme anının zamansal olarak ayırt edilmesi güçtür¹⁷⁸. Bir görüşe göre, elden satış sözleşmesinde borç doğmaz¹⁷⁹. Elden satış sözleşmesinde “tipik” satış sözleşmesi gibi ayıba karşı tekeffül gibi hükümler uygulanır¹⁸⁰. Ancak bu takdirde, temerrüt hükümleri pratik olarak uygulanamaz. Zira, borç sözleşmenin akdedilmesi anında ifa edilmektedir.

Sözleşme konusu malın ifa zamanında temin edilememesi durumu borcun ifasını ilgilendirir, yoksa sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez¹⁸¹. Ancak, imkânsızlığın söz konusu olması durumunda TBK. m. 27 hükmü uyarınca sözleşmenin hükümsüzlüğü gündeme gelebilir.

Edimin ifasının alacaklı temerrüdüne yol açacak biçimde teklif edilmesi, süre verilmesi, zamanaşımı, hapis hakkının kullanılması, ihtarın geri çekilmesi gibi durumlarda temerrüt sona erer¹⁸². Satıcı ile ilişkilerin esaslı biçimde kötüleşmesi ya da işlem temelinin çökmesi durumunda, verilen sürenin geri alınması mümkündür¹⁸³.

¹⁷⁷ Lemp, 13; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, İstanbul, 1976, 912; Nazikoğlu, Işık, Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü, AÜHFİD, C. 8, Sayı 1, (sayfa 658-684), 668; Basler Kom./ Wiegand, 602; Bucher, 356; Ehrat, 76; Havutcu, 23; Antalya, Gökhan, Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genele Hükümler C. V/1, 3, Ankara, 2019, 478; Ünlütepe, 254

¹⁷⁸ Basler Kom./ Koller, 1065; Fikentscher, Heinemann, 472

¹⁷⁹ Basler Kom./ Koller, 1065

¹⁸⁰ Basler Kom./ Koller, 1065

¹⁸¹ Tandoğan, Borçlar Özel, 80; Basler Kom./ Koller, 1067; Gauch BT., 25; Altherr, Brem, Bühlmann, 191

¹⁸² Oğuzman, Öz, 505; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 919; Palandt/ Grüneberg, 417; HK-BGB/ Schulze, 348; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 498; MüKo./ Krüger, 768; MüKo./ Ernst, 1158; Jauernig BGB./ Stadler, 382; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463; Guhl, 252; Fikentscher, Heinemann, 280; Brox, Walker, AG., 271; Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Westermann, Harm Peter, Grunewald, Barbara, Maier-Raimer, Georg, 15. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2017/ Hager, 1086

¹⁸³ HK-BGB/ Schulze, 348

Diğer taraftan, borcun sona ermesi durumunda, temerrüt sona erer¹⁸⁴. Dolayısıyla, mevcut bir borcun varlığı gerekir. Borcun sona ermesi neticesinde, temerrüdün sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz¹⁸⁵. Temerrüt, geçici ifa engeli teşkil eder¹⁸⁶. Keza, def'inin öne sürülmesi gibi durumda da temerrüt ortadan kalkar¹⁸⁷. Alıcının temerrüde ilişkin olarak açtığı eda davasından veya temerrütten kaynaklanan haklarından vazgeçmesi durumunda da sona erer¹⁸⁸. Mütemerrit satıcıya, borcun ertelenmesi bağlamında süre verilmesi de temerrüdü sona erdirir¹⁸⁹. Bu durumun satıcı tarafından öne sürülmesi gerekmez¹⁹⁰. Sözleşmeden dönme durumunda da temerrüt, ileriye dönük olarak sona erer¹⁹¹. Ayrıca, başlangıçtaki imkânsızlık temerrüdün oluşmasına sonraki imkânsızlık da temerrüdün devamına engel teşkil eder.

2.2.1.2. Temerrüdün Şartları

2.2.1.2.1. Edimin İfasının Mümkün Olması

Temerrüt olgusundan bahsedebilmek için ifası mümkün olan bir edimin varlığı gerekir¹⁹². Konumuz bakımından, satıcının mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliği devir borcunun imkânsız olmaması gerekir.

¹⁸⁴ Schenker, 3; Bucher, 359; Lammich, 21; HK-BGB/ Schulze, 401; SK, 147; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 498; MüKo./ Ernst, 1156; Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Westermann, Harm Peter, Grunewald, Barbara, Maier-Raimer, Georg, 15. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2017/ Hager, 1086

¹⁸⁵ Schenker, 3; Palandt/ Grüneberg, 417; HK-BGB/ Schulze, 401; SK., 147; MüKo./ Ernst, 1156

¹⁸⁶ Reinicke, Tiedtke, 96

¹⁸⁷ Oğuzman, Öz, 505; Lammich, 53; MüKo./ Ernst, 1157 vd.; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1464; Antalya, 497

¹⁸⁸ Lammich, 53; HK-BGB/ Schulze, 401; MüKo./ Ernst, 1156

¹⁸⁹ Oğuzman, Öz, 505; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 920; Lammich, 53; Schmid, 57; HK-BGB/ Schulze, 401; MüKo./ Ernst, 1156; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1464

¹⁹⁰ Schmid, 57

¹⁹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 920; Lammich, 53; MüKo./ Ernst, 1137: Yazara göre, fesih halinde temerrüt geçmişe dönük olarak sona erer.

¹⁹² Oğuzman, Öz, 502; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 912; Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlu Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992, 23; von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, 365; Becker, 459; Bucher, 356; Eren Şerh, 2352; Schenker, 4; Ehrat, 77; Havutcu, 24; Reisoğlu, 366; Antalya, 478; Ünlütepe, 254; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463; Gerhardt/ Leisinger, 169; Schmid, 42; Lammich, 24; Palandt/ Grüneberg, 413; HK-BGB/ Schulze, 394; SK., 147; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 494; MüKo./ Ernst, 1135; Jauernig BGB./ Stadler, 377; Petersen, Jens, Examens-Repetitorium Allgemeines

Objektif imkânsızlık mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devri borcunun ifasının herhangi bir kişi tarafından imkânsız olmasıdır. Gerek ifa zamanı öncesi gerekse sonrası objektif imkânsızlığın söz konusu olması durumunda temerrüt oluşmaz, devam etmez¹⁹³. Sübjektif imkânsızlık ise kural olarak temerrüde engel olmaz¹⁹⁴. Objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımı, edimin fiili ya da hukuki bir sebep nedeniyle ifasının makul, dürüst üçüncü kişiler bakımından ya da sadece somut olaydaki satıcı tarafından mümkün olmamasına göre tespit edilir¹⁹⁵. Edimin ifasının objektif olarak mümkün olması hâlinde, TBK. m. 112 hükmü uyarınca (OR. Art. 98/I) tazminat sorumluluğu bulunur¹⁹⁶. Sübjektif imkânsızlık hâlinde, imkânsızlığı ispat yükü TBK. m. 112 gereği hakkını öne sürmesi nedeniyle, TMK. m. 6, HMK. m. 190 uyarınca alıcıdadır¹⁹⁷. İmkânsızlık ile temerrüdün ayırt edilmesi bakımından belirleyici olan, borcun sonradan ifa edilebilir olmasıdır¹⁹⁸.

Sözleşmenin akdedilmesi anında mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliği devir borcunda imkânsızlık mevcut olması hâlinde borç, TBK. m. 27/I uyarınca, hükümsüzdür. Sözleşmenin akdedilmesinden sonra borcun imkânsızlaşması üzerine, satıcının imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına göre, ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulanır¹⁹⁹. TBK. m. 136 hükmü uyarınca satıcı, borcun imkânsızlaşmasında kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Schuldrecht, 9. neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2019, 125; Fikentscher, Heinemann, 279; Brox, Walker, AG., 263; Dauner- Lieb, Barbara, NK. HGB./ Schulte, Nölke, 408; Raab, Thomas, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Tübingen, 1999, 371; Doğan, Şahan, Atamulu, 282; Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, 235; Reinicke, Tiedtke, 86; Alman Hukuku bakımından sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında aranır.; Reinicke, Tiedtke, 96; Aynı zamanda, temerrüdün oluşması bakımından da gereklidir.

¹⁹³ von Büren, 365; von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara, 1983, 605; Schenker, 5; Havutcu, 24; Doğan, Şahan, Atamulu, 282; Ünlütepe, 254 vd.; Lammich, 16; HK-BGB/ Schulze, 394; SK, 147; MüKo./ Ernst, 1139

¹⁹⁴ von Büren, 365; Schenker, 6; Havutcu, 24; Lammich, 16; MüKo./ Ernst, 1139; Doğan, Şahan, Atamulu, 282

¹⁹⁵ Basler Kom./ Wiegand, 564; Ehrat, 79; Lammich, 25

¹⁹⁶ Schenker, 6

¹⁹⁷ Schenker, 7

¹⁹⁸ Lammich, 25

¹⁹⁹ Schenker, 4; Havutcu, 24; Petersen, 124; Kuhlmann, Kai, Leistungspflichten und Schutzpflichten, Berlin, 2001, 193

Temerrüt anında, edimin imkânsızlaşması durumunda temerrüt sona erer²⁰⁰. Bu takdirde imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulanır. Temerrüt ile imkânsızlık hükümlerinin aynı anda uygulanması mümkündür²⁰¹: Satıcının temerrüdü sonrasında edimin ifasının imkânsızlaşması durumunda, satıcı kural olarak imkânsızlık hükümleri çerçevesinde sorumlu olmakla beraber, temerrüt nedeniyle meydana gelen edimin imkânsızlaştığı tarihe kadarki gecikmeden kaynaklanan zararın giderilmesini isteyebilir. Temerrüdün sona erdiğini ispat yükü satıcıdadır²⁰². Temerrüt ve imkânsızlık, taraf menfaatleri ve sözleşme amacının dürüstlük kuralı çerçevesinde tartışılması neticesinde ayırt edilir²⁰³.

Edimin ifasının mümkün olması, sözleşmenin her iki tarafı açısından da aranır. Ticari satış sözleşmesi bakımından alıcının bedel ödeme borcu imkânsızlaşmaz. Aynı şekilde, satıcının ifa edeceği borç cins borcu ise “cins telef olmaz” kuralı gereği imkânsızlık söz konusu olmaz. Tam iki tarafa borç yükleyen ticarî satış sözleşmesinde edimlerden birinin imkânsızlığı hâlinde, edimler arasındaki karşılıklılık ilişkisi nedeniyle karşı edimi ifada temerrüt oluşmaz. Bu takdirde, temerrüt değil, ifa imkânsızlığına dair hükümler uygulanır²⁰⁴. İfa imkânsızlığı geçici ise imkânsızlık değil, temerrüt söz konusu olabilir²⁰⁵. İfanın mümkün olduğunu iddia eden ispat yükünü taşır²⁰⁶. Katıldığımız görüşe göre, ifanın mümkün olmasının olağan olması nedeniyle, ifanın imkânsızlaştığını iddia eden ispat yükünü taşır²⁰⁷.

²⁰⁰ Oğuzman, Öz, 502 vd.; İzveren, 1190; Eren Şerh, 2348; Reisoğlu, 366, Schenker, 9; Bucher, 359; Schmid, 3; Schmidt, Patrick, Die Unmöglichkeit der Erfüllung in Ansehung der Zeit, Berlin, 2007, 78; Palandt/ Grüneberg, 416; HK-BGB/ Schulze, 395; Reinhard, Thorsten, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im Synallagma, Berlin, 1998, 53; PWW Komm./ Zöchling-Jud, 494; MüKo./ Ernst, 1156; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463; Petersen, 124 vd.; Fikentscher, Heinemann, 279; Lammich, 27: Yazar, temerrüdün ileriye dönük sona erdiğini ifade etmektedir.; Doğan, Şahan, Atamulu, 282; Aksi yönde görüş için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 912

²⁰¹ Oğuzman, Öz, 502 vd.; Becker, 459; Reisoğlu, 366; Benzer yönde olarak, Lammich, 16; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1464; Fikentscher, Heinemann, 279; Doğan, Şahan, Atamulu, 282

²⁰² Lammich, 54; MüKo./ Ernst, 1158; Jauernig BGB./ Stadler, 382; Erman BGB. I/ Hager, 1087

²⁰³ Petersen, 124

²⁰⁴ Havutcu, 24

²⁰⁵ Schmid, 3; Palandt/ Grüneberg, 413; MüKo./ Ernst, 1141; Wolff, Otto, Die Rechtsfolgen verspäteter Leistung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Greifswald, 1910, 18

²⁰⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 912

²⁰⁷ Oğuzman, Öz, 503

Satıcının sonraki kusurlu imkânsızlığa neden olması durumunda, temerrüde ilişkin sonuçların kıyasen uygulanabilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekir. EHRA T'a göre, bu takdirde alıcıya, sözleşmeden dönme imkânı tanınmalıdır²⁰⁸. Zira, satıcının kusurlu davranışı ile sözleşmenin amacına ulaşmasını engellemektedir. Bu takdirde, alıcıya yalnızca tazminat hakkı tanınması yeterli değildir. Sözleşmeden dönme hakkı alıcının menfaatinin gereği gibi korunmasını sağlar. Ayrıca, temerrüt ve imkânsızlık durumunu birbirinden ayırt etmek, ifa etmeme nedeninin alıcı tarafından bilinmemesi durumunda güçtür²⁰⁹. Temerrüt ve imkânsızlık durumunda, edimin kararlaştırılan zamanında ifa edilmemesi söz konusu iken, temerrüt hâlinde bu zamandan sonra ifa mümkündür²¹⁰. Bu bakış açısı, temerrüde ilişkin olarak, özellikle sözleşmeden dönme hakkının tanınması gereğini ortaya koyar.

Alman Ticaret Kanunu'nda ise hem alıcı hem satıcı yönünden kesin vadeli işlem hâlinde § 376 hükmü her iki hâli kapsayacak şekilde düzenlenmiştir²¹¹. HGB. § 376 hükmünde, kesin vadeli ticari satış sözleşmesinde, edimin kesin vadede ifa edilmemesi hâlinde sözleşmeden dönme hakkı ve temerrüt hâlinde sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararın talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Hukukumuz bakımından, kesin vade hâlinde, temerrüde ilişkin hükümler uygulanır. Mutlak kesin vadeli işlem bulunması hâlinde ise imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Anılan hükümdeki aynen ifa talebinin TBK. m. 212/III hükmünde olduğu gibi derhâl ileri sürülmesi gerekir. Alman Hukuku'nda mutlak kesin vadeli işlem, HGB. § 376'dan farklıdır. Mutlak kesin vadeli işlemde ifa anının önemi nedeniyle, temerrüt neticesinde, imkânsızlık hükümleri uygulanır²¹². Alıcının, TBK. m. 123-125 hükmü

²⁰⁸ Ehrat, 80

²⁰⁹ Ehrat, 80

²¹⁰ Gerhardt/ Leisinger, 165; Lammich, 16; Schmid, 3

²¹¹ Anılan düzenlemede, "*Leistung des einen Teils*" ibaresi ile akit tarafların sıfatı yönünden ayrıma gitmeyerek, yalnızca "taraf" ibaresi tercih edilmiştir.

²¹² Zimmermann, 102; Tröger, Karl, Das Fixgeschäft, Heidelberg, 1910, 10; 1026129; Basler Kom./ Wiegand, 629; Walter, 374; Schmid, 4; Lammich, 26; Muthers, Christof, Der Rücktritt vom Vertrag, Baden, 2008, 78; Palandt/ Grüneberg, 359; HK-BGB/ Schulze, 557; MüKo./ Krüger, 767; SK, 124; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Krüger, Wolfgang, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 8. Auflage, München, 2019/ Ernst, 575; Letti, Tobias, Handelsrecht, 4. Neubearbeitete Auflage, München, 2018, 260; Fischinger, Philipp, Handelsrecht, 2. Überarbeitete Auflage Heidelberg, 2019, 211; Jung, Peter, Handelsrecht, 12. Auflage, München, 2019, 211; Jung, 249; Reinicke, Tiedtke, 87; Oetker HGB./ R. Koch, 1714; Giger, 27; Bielefeld, Thomas Pfeiffer,

uyarınca temerrüde ilişkin hükümlere başvurma hakkı saklıdır²¹³. Dolayısıyla, dönme hakkı bakidir. Zira, mutlak kesin vadeli işlemde, ifa zamanı ile edimin ifası ayrılmaz biçimde birbirine bağlanmaktadır²¹⁴. Sözleşme içeriğinden mutlak kesin vadeli işlem kararlaştırıldığı açıkça anlaşılması gerekmektedir²¹⁵. TBK. m. 124/I, b. 3 hükmü nispi kesin vadeli işleme ilişkindir²¹⁶.

Handbuch der Handelsgeschäfte, Köln, 1999, 440; Petersen, 48; Teichmann, Arndt, Vertragliches Schuldrecht Leistungsstörungen und Gewährleistung, München, 2008, 20; Hirsch, Christoph, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Baden, 2018, 264; Fikentscher, Heinemann, 264; Fikentscher, Heinemann, 295; Brox, Walker, AG., 264; Esser, Josef, Schmidt, Eike, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, 8., völlig neubearbeitete Auflage, Tübingen, 1995, 309; Esser, Schmidt, AG., 317; Erman BGB. I, Westermann, 1482; AK./ Schwab, 260; Schaeffer, Marcus, Der Handelskauf nach der Schuldrechtsreform, Frankfurt am Main, 2007, 146; Ebenroth HGB./ Müller, 324; Röhrich HGB./ Steimle, Domieden, 1750; Staub HGB./ Ingo Koller, 60; NK. HGB./ Stöber, Cumalıoğlu, 94; Keskin, Dilşat, Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık, GÜHFD., Yrd. Doç. Dr., İbrahim Ongün'e Armağan, Haziran- Aralık 2007, C. XI, Sayı 1-2, (sayfa 209- 301), 218; Antalya, 550 vd.; Ünlütepe, 277; Reinholz, Johannes, Das Fixgeschäft, Berlin, 1936, 15; Reinholz, 25: Yazara göre, mutlak kesin vadeli işlem tayini hâlinde, imkânsızlık hükümlerinin uygulanması hâlinde, temerrüde ilişkin önceki BGB. § 361'in uygulama olanağı yoktur. Zira, imkânsızlık hükümleri, temerrüde ilişkin hükümler karşısında özel hüküm teşkil eder. İfa zamanının geçmesiyle, edimin süresinde ifası imkânsızlaşır. Mutlak kesin vade bakımından söz konusu olan imkânsızlık hâli yasanın öngördüğü imkânsızlık hâline ilişkin değildir. Aksine olarak, kanun bu noktada, imkânsızlık değil, temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanmasını emretmektedir. Vadeye uygun ifa edilmeme hâlinde taraf iradelerine uygun olmama söz konusudur. Bu şekilde ifa yasaya aykırıdır ama imkânsız değildir. Diğer deyişle, ifa değil, sözleşmenin amacına erişme imkânsızlaşır. Zamanında ifa edilmeme neticesinde, sözleşme kendiliğinden sona ermez. Alacaklı, sözleşmeden dönme ya da borcun ifa edilmemesinden doğan tazminat hakkını kullanabilir.

²¹³ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487; Antalya, 550 vd.

²¹⁴ Basler Kom./ Wiegand, 629: Yazar, düğün gününü bu duruma örnek göstermektedir.; Reinicke, Tiedtke, 87; Walter, 374; Schmid, 4; Lammich, 26; Palandt/ Grüneberg, 359; HK-BGB/ Schulze, 557; MüKo./ Krüger, 767; MüKo. II/ Ernst, 575; Letti, 259; Fischinger, 211; Jung, 249; Oetker HGB./ R. Koch, 1714; Bielefeld Handbuch/ Gounalakis/ Hobert, 440; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487; Petersen, 48; AK./ Schwab, 260; Ebenroth HGB./ Müller, 325; Cumalıoğlu, 94; Keskin, 216; Antalya, 550

²¹⁵ Lammich, 26; Palandt/ Grüneberg, 359; Röhrich HGB./ Steimle, Domieden, 1750

²¹⁶ Basler Kom./ Wiegand, 629; Antalya, 548

2.2.1.2.2. Muacceliyet

2.2.1.2.2.1. Genel Olarak

Muacceliyet, edimin ifasının alıcı tarafından talep edilebilir olması ve satıcının ifaya zorlanabilmesini ifade eder. TBK. m. 90 hükmü uyarınca “*ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur*”. Bu hüküm vadeye bağlı olmayan borçlarda muacceliyeti düzenlemektedir. Taraflarca süre kararlaştırılmış ya da borcun ifası süreye bağlı ise sürenin son günü vadeyi ifade eder ve vade dolduğunda edim muaccel hâle gelir.

Temerrüt, ifada zaman bakımından borca aykırı davranış olduğundan, muacceliyet temerrüdün ön şartıdır²¹⁷. TBK. m. 117 hükmünde belirtildiği üzere, temerrüdün varlığı için alacağın muaccel olması gerekir. Bu nedenle, muacceliyet öncesi temerrüt gerçekleşmez. Kanuni ya da sözleşmesel bir engelin bulunması muacceliyeti önler²¹⁸. Aynı şekilde, alacağın muacceliyeti alıcının ifaya katılmasını gerektiriyor ve alıcı bunu yerine getirmekten kaçınıyorsa, alacak muaccel olmaz²¹⁹. Alıcı tarafından, satıcıya süre verilmesi muacceliyet ve bu bağlamda temerrüdü önler²²⁰. Vade henüz gelmemiş, borç erteleyici şarta bağlanmış ve şart gerçekleşmemiş veya eksik borç söz konusu ise temerrüt söz konusu olmaz²²¹.

Edimin muaccel olmasında, belirli bir tarih kararlaştırılması ya da tarihin belirlenebilir olması şart değildir²²². TBK. m. 90’da yer alan hâllerden ifa zamanı belirlenemiyorsa, teamül ve edimin mahiyeti de dikkate alınarak tayin edilir²²³. İfa zamanına ilişkin

²¹⁷ Oğuzman, Öz, 491; Arslanlı, 343; Lemp, 13; von Büren, 365; Becker, 386; Barlas, 21; Eren Şerh, 2353; Basler Kom./ Leu, 506; Bucher, 305; Schenker, 23; Herzog, Marc, Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung, “Das Leistungsstörungenrecht im BGB und im schweizerischen Recht”, Frankfurt am Main, 1998, (sayfa 97-128), 107; Gerhardt/ Leisinger, 168; Schmid, 56; Lammich, 19; SK, 147; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 494; MüKo./ Krüger, 765; Jauernig BGB./ Stadler, 377; Doğan, Şahan, Atamulu, 283; Reinicke, Tiedtke, 86: Alman Hukuku’nda, sözleşmeden dönme bakımından aranmaktadır.

²¹⁸ Tandoğan, Mes’uliyet, 470; Reinicke, Tiedtke, 96; Doğan, Şahan, Atamulu, 283

²¹⁹ Kılıçoğlu, 875

²²⁰ Basler Kom./ Leu, 507; Lammich, 29; SK, 124

²²¹ Tandoğan, Mes’uliyet, 470

²²² Becker, 523

²²³ Basler Kom./ Leu, 506; Zimmermann, 12; Lammich, 28; Amstutz Komm./ Wullschleger, 1394

belirleme ile o tarihe kadar alacağın talep edilememesi hâli (pactum de non petendo) söz konusu olur²²⁴. Muacceliyet anının belirlenmesinin satıcıya bırakılması mümkündür²²⁵. Bu durumda, hâkim, satıcı tarafından kullanılan yetkinin, iş ilişkilerindeki dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını denetler²²⁶.

TBK. m. 90 hükmü uyarınca, esas olan derhâl ifadır. Diğer deyişle borç, doğumu anında muaccel olur. Dolayısıyla, borcun doğumu anında muaccel olmadığını iddia eden satıcı, hem TMK. m. 6 hem de HMK. m. 190 hükmü uyarınca, bunu ispat ile yükümlüdür²²⁷. Borcun ertelenmesine dair anlaşmayı iddia eden satıcı bunu ispat etmelidir²²⁸. Bu vade gelmedikçe muacceliyet gerçekleşmez. Nitekim, kanuni düzenlemenin aksinin varlığını iddia eden, bu istisna durumunu ispat yükünü taşır²²⁹.

İsviçre ve Alman Hukukundaki bazı yazarlar, OR. Art. 75 hükmünün (TBK. m. 90, BGB. § 271), edimin, satıcı tarafından derhâl ifasını düzenlemediği görüşündedirler²³⁰. Anılan düzenleme alacaklının ifayı talep yetkisine ilişkindir. Alıcının bu yetkisini kullanması neticesinde, satıcı derhâl ifa ile yükümlüdür. Bu yetkinin kullanılarak borcun ifasının talep edilmesi neticesinde, borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi söz konusu olur²³¹. Borca aykırılık ve bu bağlamda temerrüt, diğer şartların mevcudiyeti hâlinde, ancak bu şekilde gerçekleşir. Diğer deyişle, salt borcun derhâl muaccel olması, borca aykırılığa neden olmaz. Alıcının bu yetkiyi kullanması durumunda, satıcıya makul süre tanınması gerekir²³². Borcun ifası bakımından belirli vade öngörülmesi durumunda ise, vade gününde borcun ifa edilmemesi neticesinde

²²⁴ Basler Kom./ Leu, 506; Zimmermann, 13; Jauernig BGB./ Stadler, 307

²²⁵ Becker, 523

²²⁶ Becker, 523

²²⁷ Basler Kom./ Leu, 507; Zimmermann, 15; Barlas, 33; Jauernig BGB./ Stadler, 308; Amstutz Komm./ Wullschleger, 1394; MüKo./ Krüger, 772

²²⁸ Basler Kom./ Leu, 507; Jauernig BGB./ Stadler, 308

²²⁹ Basler Kom./ Leu, 507; Zimmermann, 15

²³⁰ Keller, Schöbi, 214; Schenker, 25; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 432; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1460 vd.; Aksi yönde görüş için bkz. Basler Kom./ Leu, 506; Esser, Schmidt, 253

²³¹ Schenker, 25

²³² Keller, Schöbi, 214; Schmid, 56

satıcı, yükümlülüğe aykırı davranmış olur²³³. Edimin muaccel olabilmesi bakımından, alacak miktarının satıcı tarafından bilinmesi gerekmez²³⁴.

Muaccel bir borcun muacceliyet tarihinin ertelenmesi süre tanınmasıdır. Borcun süreye bağlı olduğu hâllerde borç sürenin son günü muaccel olur. Sürenin dolmasından önce satıcı ifa yetkisine sahiptir. Alıcı da ifayı talep edebilir fakat satıcıyı ifaya zorlama yetkisi yoktur. Süre tanınması, satıcının temerrüdünü ve zamanaşımını önler²³⁵. Alıcı süre tanımak zorunda değildir. İfa edilebilirlik bakidir²³⁶. Süre tanınması, maddi hukuka ilişkin bir hukuki işlemdir²³⁷. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları neticesinde meydana gelen bir sözleşmedir²³⁸. Borcun yenilenmesi sonucunu doğurmaz²³⁹. Şekle bağlı değildir, örtülü olarak kararlaştırılabilir²⁴⁰. Bedel ödeme borcunu yerine getiren alıcının, derhâl edimin ifasını talep etmemesi süre tanınması teşkil etmez²⁴¹. Bu takdirde, yalnızca, alıcının “o anda” edimini talep etmemesi söz konusudur.

Alacak hakkı, sözleşmenin akdedilmesi ile doğmaktadır²⁴². Edimin muaccel olması ise, alıcıya ifayı talep ve dava yetkisi verir²⁴³. Muacceliyet öncesinde alıcının, beklenen hakkı söz konusudur²⁴⁴. Beklenen hak nedeniyle satıcı, henüz, yükümlülüğe

²³³ Schenker, 26

²³⁴ Basler Kom./ Leu, 506

²³⁵ Becker, 387; Palandt/ Grüneberg, 359; HK-BGB/ Schulze, 348; MüKo./ Krüger, 769; Amstutz Komm./ Wullschlegel, 1394; AK./ Schwab, 256; Antalya, 497

²³⁶ Palandt/ Grüneberg, 359

²³⁷ Becker, 387

²³⁸ Becker, 387; Guhl, 236

²³⁹ Guhl, 236

²⁴⁰ Becker, 387

²⁴¹ Becker, 387

²⁴² Keller, Schöbi, 214

²⁴³ Tunçomağ, Genel Hükümler, 905; Arslanlı, 327; Nazikoğlu, 663; Keller, Schöbi, 214; Schenker, 22; Ehrat, 76; Havutcu, 24; Antalya, 480; Ünlütepe, 255; Basler Kom./ Leu, 506; Basler Kom./ Wiegand, 604; Teubel, Jan Peter, Rücktrittsrecht und AGB-Kontrolle nach der Schuldrechtsreform, Berlin, 2018, 102; Bucher, 305; Guhl, 236; Schmid, 56; Lammich, 28; Palandt/ Grüneberg, 357; HK-BGB/ Schulze, 348; SK., 124; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 432; MüKo./ Krüger, 765; Jauernig BGB./ Stadler, 306; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1460; Brox, Walker, AG., 264; AK./ Schwab, 252; Doğan, Şahan, Atamulu, 283

²⁴⁴ Schenker, 22

aykırı olarak borcunu geciktiremez. Beklenen hakka rağmen alıcı, muacceliyet öncesinde, ileriye dönük olarak muacceliyet anında borcun ifasını talep edebilir²⁴⁵. Süreye bağlı borçlarda, muacceliyet öncesinde alıcının ifaya zorlama hakkı bulunmasa da TBK. m. 96 hükmü uyarınca, satıcının ifa etme imkânı vardır²⁴⁶. Ancak, tarafların aksi yönde bir kararlaştırması var ise ya da bu yönde kararlaştırma olmamakla beraber sözleşme kapsamına göre muacceliyetten önce ifa edilemez²⁴⁷. Muacceliyet öncesinde, borcun ifa edilebilir olması temerrüt hâlini mümkün kılmaz²⁴⁸. Edimin muaccel olması ile satıcı, alıcının edimin ifasını talep etmesini beklememelidir²⁴⁹. Dolayısıyla satıcı, yalnızca edimin ifasına hazır olmamalı, talep olmasa da ifayı teklif etmelidir. Bu anlamda olmak üzere, muacceliyet ve ifa edilebilirlik birbirinden farklı kavramlardır²⁵⁰.

2.2.1.2.2.2. Def'i Hakkının Varlığının Muacceliyete Etkisi

Muacceliyetin ortadan kalkması bakımından, satıcının def'i hakkının ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Satıcının def'i hakkının varlığı edimin muaccel olmasına engel olmaz²⁵¹. Def'i hakkı satıcıya edimi ifadan kaçınma hakkı tanır, yoksa onu ifa yükümlülüğünden kurtarmaz. Diğer deyişle, def'i hakkı kullanılmadığı sürece, sadece def'i hakkının var olması muacceliyeti önlemez.

²⁴⁵ Schenker, 22; Cumalıoğlu, 108

²⁴⁶ Keller, Schöbi, 218; Barlas, 21; Basler Kom./ Leu, 514: Anılan hüküm, borçlu yerine ifa eden üçüncü kişileri de kapsar.; Schenker, 22; Bucher, 306; Palandt/ Grüneberg, 357; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1460; Cumalıoğlu, 108

²⁴⁷ Bucher, 306

²⁴⁸ Oğuzman, Öz, 518; Basler Kom./ Leu, 506; Schenker, 23; Ehrat, 77; HK-BGB/ Schulze, 396; Hirse, Thomas, Tonner, Klaus, Rehse, Steven, Jeschke, Anja, Willingmann, Armin, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensrechtsreform, Rostock, 2004, 40; AK./ Schulte, Nölke, 411

²⁴⁹ Zimmermann, 6 vd.; Schenker, 27

²⁵⁰ Barlas, 21; Eren Şerh, 2354; Lammich, 28; Keller, Schöbi, 214; Palandt/ Grüneberg, 357; HK-BGB/ Schulze, 348; SK, 124; MüKo./ Krüger, 765; Jauernig BGB./ Stadler, 306; Amstutz Komm./ Wullschlegel, 1393 vd.; Brox, Walker, AG. 120 vd.; Erman BGB. I/ Artz, 977; AK./ Schwab, 253; Antalya, 480

²⁵¹ von Tuhr, 605; Tandoğan, Mes'uliyet, 470; Oğuzman, Öz, 491; Basler Kom./ Wiegand, 608; Havutcu, 25; Doğan, Şahan, Atamulu, 281; Ünlütepe, 255; Muthers, 61; Palandt/ Grüneberg, 413; HK-BGB/ Schulze, 395

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, def'i hakkının kullanılması muacceliyete engel olur²⁵².

Katıldığımız görüşe göre göre, def'i hakkının amacından hareketle, def'i hakkının kullanılmış olması, oluşan muacceliyeti önlemez²⁵³. TBK. m. 146 hükmü uyarınca “*zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar*”. Nitekim, def'i hakkının öne sürülmesi ise zamanaşımının işlemesine ya da durmasına neden olmaz. Keza, zamanaşımı, satıcı yararına işler. Muacceliyet, zamanaşımı ve temerrüdün zamana ilişkin bir şartıdır²⁵⁴. Dolayısıyla, bu hâlde, alıcı aleyhine bir durum yaratılamaz. Alacak etkinliğini kaybeder. Zira, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, TBK. m. 97 hükmü uyarınca aynı anda ifa kuralı mevcutsa, muacceliyete rağmen, alıcı edimini ifa ya da ifasını teklif etmedikçe satıcı borcu ifa etmek zorunda değildir. TBK. m. 97 hükmü muacceliyeti sınırlamamakta, muaccel borcun borçlusunu, karşı edimi elde edememe rizikosuna karşı korumaktadır. Başka bir görüşe göre, def'i hakkının türüne göre ayırım yapmak gerekir²⁵⁵: Alıkoyma hakkı, takas def'inin öne sürülmesi gerekirken, zamanaşımı, zenginleşmenin ortadan kalktığı def'i veya fesih dönme gibi borcu sona erdiren defiler öne sürülmesine gerek bulunmamaktadır²⁵⁶. Aksi yöndeki görüşe göre, zamanaşımı def'inin öne sürülmesi gerekir²⁵⁷.

Def'i hakkı kullanıldığında, satıcı temerrüde düşmekten kurtulur²⁵⁸. İleri sürülen def'inin geciktirici ya da kati olması önem arz etmez²⁵⁹. Alacağın muaccel olmadığının

²⁵² von Tuhr, 605; Tandoğan, Mes'uliyet, 470; Basler Kom./ Leu, 506; Muthers, 61; Schmid, 52; Palandt/ Grüneberg, 413; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1464

²⁵³ Schenker, 91; Barlas, 26; Havutcu, 25; Reisoğlu, 363; Zimmermann, 10

²⁵⁴ Schenker, 91

²⁵⁵ Lammich, 22; Aksi yönde görüş için bkz. Antalya, 497

²⁵⁶ Lammich, 23; MüKo./ Ernst, 1157 vd.; Takas def'inin öne sürülmesi gerektiği hakkında aynı yönde görüş için bkz. MüKo./ Ernst, 1137

²⁵⁷ MüKo./ Ernst, 1135

²⁵⁸ Oğuzman, Öz, 491; Ehrat, 86; Barlas, 26; Havutcu, 25; Reisoğlu, 363; Gerhardt/ Leisinger, 169; Bucher, 359; Lammich, 21; Schmid, 52; HK-BGB/ Schulze, 395; SK, 124; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1464; Antalya, 497; Doğan, Şahan, Atamulu, 281

²⁵⁹ Tandoğan, Mes'uliyet, 470

def'i olarak öne sürülmesi gerekir²⁶⁰. Satıcı, def'i hakkının kullanılmasına kadar olan temerrüt sonuçlarından sorumludur²⁶¹.

Bir kısım yazarlara göre, hapis hakkı ve ödemezlik def'inin, temerrüt öncesinde ya da temerrüt anında öne sürülmesi gerekir²⁶². Ancak, kural olarak, def'inin varlığı temerrüde engel olur²⁶³. Bu görüşe göre, yargılama söz konusu olması durumunda ise usul hukuku kuralları çerçevesinde savunmanın taraflarca öne sürülmesi gerekir²⁶⁴. Katıldığımız görüşe göre, ödemezlik def'i ve diğer def'iler arasında bir ayırım yapılmamalıdır²⁶⁵.

Kanaatimizce, def'i hakkının öne sürülmesi oluşan muacceliyeti engellemez. Bu takdirde, yalnızca TBK. m. 97 kapsamında olarak, satıcının ifadan kaçınma hakkı bulunur. Dolayısıyla, alacak muaccel olmakla beraber, def'i hakkının öne sürülmesi neticesinde satıcı, temerrüde düşmekten kurtulur.

2.2.1.2.3. Kural: İhtar Gereği

İhtar, satıcının ifaya davet edilmesidir. Temerrüdün, muacceliyetten sonra diğer önemli unsurlarından biridir. Kural, ihtar üzerine temerrüdün oluşmasıdır. TBK. m. 117 hükmü uyarınca “*muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*”. Edimin muaccel olmasına rağmen, alıcı ifayı talep etmedikçe, satıcı edimi yerine getirmeyebilir²⁶⁶. Edimin muaccel olması hâlinde, temerrüt kendiliğinden gerçekleşmez, ayrıca ihtar gerekir²⁶⁷. Ancak, bazı hâllerde, ihtar aranmaksızın temerrüt gerçekleşir.

²⁶⁰ Basler Kom./ Wiegand, 604

²⁶¹ Schmid, 52

²⁶² Palandt/ Grüneberg, 413; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 494; MüKo./ Krüger, 768; Jauernig BGB./ Stadler, 542; Petersen, 125; Fikentscher, Heinemann, 280; AK./ Schulte, Nölke, 408; Muacceliyet yönünden değerlendirme için bkz. Tunçomağ, Genel Hükümler, 905; Nazikoğlu, 663

²⁶³ von Büren, 366; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 494; Fikentscher, Heinemann, 280; Brox, Walker, AG., 264; AK./ Schulte, Nölke, 408

²⁶⁴ SK., 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 494; MüKo./ Ernst, 1136; Brox, Walker, AG., 264; AK./ Schulte, Nölke, 408

²⁶⁵ Havutcu, 33; Barlas, 74

²⁶⁶ Havutcu, 25; Doğan, Şahan, Atamulu, 283

²⁶⁷ Tandoğan, Mes'uliyet, 471; von Büren, 367; Bucher, 357; Arslanlı, 347; Barlas, 34; Schenker, 27; Herzog, Marc, Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung, “Das

İhtar, alıcının, anlaşılır biçimde, satıcıdan, borçlanılan edimin ifasını talep etmesidir²⁶⁸. Alacak hakkı, muaccel borcun ifasını talep yetkisi içerir. İhtar, alacak hakkının kullanılmasına ilişkindir.

İhtarın yerini tutan bazı işlemler vardır. Satıcıya karşı eda davası açılması ya da ödeme emri gönderilmesi ihtar sayılır²⁶⁹. İhtar, karşı dava ile de öne sürülebilir²⁷⁰. Tespit davası ise ihtar yerine geçmez²⁷¹. Zira, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 106 hükmü uyarınca tespit davası ile “*mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir*”. Eda davasında olduğu gibi, mahkemeden, borçlunun bir şeyi vermeye

Leistungsstörungsrecht im BGB und im schweizerischen Recht”, 97-128, Frankfurt am Main, 1998, 107; Gerhardt/ Leisinger, 169

²⁶⁸ Tunçomağ, Genel Hükümler, 906; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 913; Reisoğlu, 364; Keller, Schöbi, 266; von Büren, 367; Barlas, 34; ; Eren Şerh, 2355; Basler Kom./ Wiegand, 604; Guhl, 252; Becker, 523; Bucher, 356; Riedel, Hermann, Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten, Stuttgart, 1982, 257; Schenker, 31; Ehrat, 83 vd.; Herzog, 107; Gerhardt/ Leisinger, 169; Schmid, 61; Lammich, 29; Rinken, Ingo, Der Schuldnerverzug in seiner Abhängigkeit von Mitwirkungshandlungen des Gläubigers, Hamburg, 2011, 157; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1142; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; SMG Hirse/ Hirse, 39 vd.; Petersen, 125; Hirsch, 241; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 265; Erman BGB. I/ Hager, 1074; Ünlütepe, 255

²⁶⁹ von Büren, 367; Tunçomağ, Genel Hükümler, 908; Oğuzman, Öz, 493; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 915; Barlas, 45; Eren Şerh, 2357; Basler Kom./ Wiegand, 606; Becker, 524; Bucher, 357; Schenker, 56; Havutcu, 26; Reinicke, Tiedtke, 97; Schmid, 69; Dauner-Lieb, Barbara, Konzen, Horst, Schmidt, Karsten, Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln, 2003/ Pohlmann, 274; Lammich, 33; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1144; Jauernig BGB./ Stadler, 378; SMG Hirse/ Hirse, 40; Petersen, 124; Hirsch, 241; Brox, Walker, AG., 266; AK./ Schulte, Nölke, 411; Antalya, 487; Ünlütepe, 256; Erdoğan, 233 vd.; Y. 15 HD., 12.05.2016 T., 2015/6201 E., 2016/2742 K.: “*Dava açılması da yalnızca davada talep edilen miktar yönünden temerrüt oluşturur, saklı tutulan haklar yönünden temerrüt oluşturmaz.*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023); Y. 19. HD., 25.01.2016 T., 2015/9038 E., 2016/806 K.: “*Somut olayda borçluya yönelik bir ihtar bulunmadığı gibi kesin vadeyi içeren bir sözleşme hükmü de bulunmadığı, davacı tarafından aksi ispatlanmadığı takdirde davalı aleyhine başlatılan icra takipleri ile temerrüde düşeceği gözetilmeden*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

²⁷⁰ Barlas, 46; Altherr, Brem, Bühlmann, 129; Petersen, 124

²⁷¹ Tandoğan, Mes’uliyet, 471; Oğuzman, Öz, 493; Becker, 524; Barlas, 46; Havutcu, 26; Schmid, 70; Lammich, 33; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 397; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1144; Jauernig BGB./ Stadler, 377; Petersen, 124; Antalya, 488

veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilmez. Üçüncü kişinin sözleşme konusu edime ilişkin açmış olduğu davanın satıcıya ihbar edilmesi ihtar teşkil eder²⁷². Taraflar, ihtar aranmaksızın muacceliyet anında temerrüdün gerçekleşeceğini kararlaştırabilir²⁷³.

2.2.1.2.3.1. Hukuki Niteliği

İhtar, karşı yana varması gereken irade açıklamasıdır²⁷⁴. Hukuki sonuçları, satıcıya varması anında meydana gelir²⁷⁵.

İhtarın alacağın muacceliyetinden önce yapılıp yapılamayacağı konusunda farklı görüşler vardır. TANDOĞAN'a göre, borç, alıcının muacceliyet ihbarı ile muaccel kılınacaksa bu ihbar ihtar yerine geçer, satıcının ifa öncesi hazırlık işlemleri uzun sürecekse, ifanın zamanında yapılabilmesi için gereken tedbirlerin alınması gereken zamanda, muacceliyetten önce ihtar geçerlidir²⁷⁶. Nitekim, bu takdirde ifa, muacceliyetten önce değil, muacceliyet anında talep edilmektedir²⁷⁷. Muacceliyet öncesi ihtar ile derhâl ifa talep edilmesi durumunda, satıcı tarafından muacceliyet anı anlaşılabilir ise bu ihtar geçerlidir²⁷⁸. BECKER'e göre, muacceliyet alacaklının iradesi ile belirleniyor ise, muacceliyet anında hukuki sonuç doğurmak üzere çekilen ihtar geçerli addolunur²⁷⁹. SCHENKER'e göre, ihtar ile tayin edilmeyen vadenin belirlenmesi söz konusudur²⁸⁰. Doktrinde bir kısım yazarlar muacceliyet öncesi ihtarın

²⁷² Becker, 524

²⁷³ Lammich, 33; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 496

²⁷⁴ Keller, Schöbi, 266; von Büren, 367; Barlas, 36; Eren Şerh, 2356; Basler Kom./ Wiegand, 605; Guhl, 252; Bucher, 357; Schenker, 55; Ehrat, 83 vd.; Gerhardt/ Leisinger, 169; Reinicke, Tiedtke, 97; Schmid, 61; Lammich, 29; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1141; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; SMG Hirse/ Hirse, 39 vd.; Petersen, 125; Brox, Walker, AG., 265; Erman BGB. I/ Hager, 1074; AK./ Schulte, Nölke, 410; Antalya, 486; Ünlütepe, 255; Erdoğan, 233

²⁷⁵ Bucher, 358; Schmid, 68; Barlas, 40 vd.; Eren Şerh, 2356; HK-BGB/ Schulze, 401; MüKo./ Ernst, 1142; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; Brox, Walker, AG., 265; Erdoğan, 233

²⁷⁶ Schenker, 59; Tandoğan, Mes'uliyet, 473; Basler Kom./ Wiegand, 605; Bucher, 357; Ehrat, 84; Gerhardt/ Leisinger, 169; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; Antalya, 486

²⁷⁷ Tunçomağ, Genel Hükümler, 907; Basler Kom./ Wiegand, 605; Havutcu, 27; Gerhardt/ Leisinger, 169; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462

²⁷⁸ Basler Kom./ Wiegand, 605 vd.; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462

²⁷⁹ Becker, 526

²⁸⁰ Schenker, 59

geçerli olmadığı görüşündedir²⁸¹. TBK. m. 117 hükmünde, borçlunun temerrüdü açısından muacceliyet ve ihtar koşulları aranmış, ihtara gerek olmayan hâller ise aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Keza, TBK. m. 124 hükmünde de süre tayini gerekmeksizin borçlunun temerrüdünün gerçekleşeceği hâller sayılmıştır. Bu nedenle, anılan düzenlemedeki durumların varlığında ihtar aranmaz. Dolayısıyla, yazara göre bu istisnai durumlar dışında, muacceliyet gerçekleşmeden “peşin ihtar” hukuki sonuç doğurmaz. Alman Hukuku’nda BGB. § 286’da temerrüdün muacceliyetten sonra yapılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak ihtar, edimin muaccel olmasını sağlayan fiil ile birlikte ileri sürülebilir²⁸².

İhtarın etkisi neticesinde, satıcının gecikmeksizin borcu ifası gerekir²⁸³. Borcun ifası bakımından, edimin niteliğine göre değişen bir “reaksiyon süresi” tanımak gerekir. Reaksiyon süresinin dolmasına rağmen borcun ifa edilmemesi anı itibariyle borca aykırılık gerçekleşir²⁸⁴. Bu anlamda olmak üzere, ihtarın etkisi doğrudan değildir²⁸⁵. Reaksiyon süresinin hesabında, makul ve ifaya hazır olan satıcının, benzer nitelikteki edimi ifası bakımından gereken süre esas alınır²⁸⁶. İhtarın hazır olmayanlar arasında yapılması durumunda, reaksiyon süresi, ihtarın ulaşmasından itibaren hesaplanır. Ayrıca, edimin ifası için süre gerekiyorsa, satıcı, ihtara rağmen anılan süre geçtikten sonra mütemerrit olur²⁸⁷. SCHENKER’e göre, ihtar ile belirli vade tespit edilir²⁸⁸. Meğerki, taraflarca belirli vade tayin edilmiş olsun.

²⁸¹ Oğuzman, Öz, 492; Arslanlı, 350; Barlas, 39; Kılıçoğlu, 877; Becker, 526; Lammich, 32; Yazar, Alman Hukuku’ndaki açık düzenleme gereği bu görüştedir.

²⁸² Reinicke, Tiedtke, 97; Schmid, 67; Lammich, 32; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1144; Jauernig BGB./ Stadler, 378; SMG Hirse/ Hirse, 40; Petersen, 125; Brox, Walker, AG., 266; AK./ Schulte, Nölke, 411; Barlas, 40; Yazara göre, ihtarın borçluyu uyarma fonksiyonu gereğince, ihbarda belirtilen muacceliyet anı ile ihbarın ulaşma anı arasında kısa bir süre olması durumunda muacceliyet ihbarı ile birlikte ihtarda bulunulabilir. İhbarın ulaşma anı ile muacceliyet anı arasında uzun süre bulunması durumunda muacceliyet ihbarı ile birlikte bildirilen ihtar geçersizdir.

²⁸³ Schenker, 34; Rinken, 157

²⁸⁴ Schenker, 35; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; ; Antalya, 488

²⁸⁵ Detaylı açıklamalar için bkz. Schenker, 41 vd.; Antalya, 488

²⁸⁶ Schenker, 35; Antalya, 488

²⁸⁷ Tandoğan, Mes’uliyet, 474; Reinicke, Tiedtke, 96

²⁸⁸ Schenker, 33

Satıcının kendi edimini ifa etmesi, edimi kabule hazır olduğunu bildirmesi, karşı edimin ifasını talep anlamına gelmez²⁸⁹. Aynı şekilde, alacak hakkının ödemezlik def'i veya takas ile öne sürülmesi de ihtar yerine geçmez²⁹⁰. Alıcının ifaya katılması gerekiyor ve bunu yerine getirmiyorsa, ihtar ile satıcı temerrüde düşmez²⁹¹.

İfa zamanının ertelenmesi bakımından ek süre tayin edilmesi ile edimin ifası için yeniden bir süre tayin edilir. Bu nedenle, ek süre tayini ihtar sonucu doğurmaz²⁹².

İhtar hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır²⁹³. Dolayısıyla, hukuki işlemlerde irade beyanının yorum ve geçerliliğine ilişkin kurallar kıyas yoluyla uygulanır²⁹⁴. Hukuki işlemlerde ehliyet bakımından gereken şartlar ihtar bakımından da aranır²⁹⁵.

İhtar karşı tarafa varması gereken bir irade açıklaması olup, hukuki sonuçlarını varma anında doğurur, borçlu bu anda temerrüde düşer²⁹⁶. Edimin biçim ve kapsamı bakımından, ifası adına birtakım hazırlık fiilleri gerekirse, buna uygun sürenin dolması neticesinde temerrüt gerçekleşir²⁹⁷.

²⁸⁹ Havutcu, 26

²⁹⁰ Tuhr, 606; Basler Kom./ Wiegand, 606; Havutcu, 26; Antalya, 483

²⁹¹ Havutcu, 26; Walter, 377; Jauernig BGB./ Stadler, 378

²⁹² Tandoğan, Mes'uliyet, 471; Havutcu, 26; Aksi yönde görüş için bkz. Kılıçoğlu, 877

²⁹³ von Tuhr, 606; Tunçomağ, Genel Hükümler, 906; Tandoğan, Mes'uliyet, 471; Oğuzman, Öz, 493; Arslanlı, 347; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 914; Eren Şerh, 2356; Nazikoğlu, 665; Keller, Schöbi, 266; Bucher, 358; Riedel, 257; Schenker, 54; Ehrat, 83 vd.; Basler Kom./ Wiegand, 605; Gerhardt/ Leisinger, 169; Reinicke, Tiedtke, 97; Schmid, 61; Lammich, 30; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; SK., 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1141; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Raab, 373; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; SMG Hirse/ Hirse, 39 vd.; Petersen, 125; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 265; Erman BGB. I/ Hager, 1074; AK./ Schulte, Nölke, 410; Antalya, 486; Doğan, Şahan, Atamulu, 284; Ünlütepe, 255

²⁹⁴ Oğuzman, Öz, 493; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 914; Arslanlı, 347; Eren Şerh, 2356; Nazikoğlu, 665; Basler Kom./ Wiegand, 605; Schenker, 54 vd; Havutcu, 27; Kılıçoğlu, 876; Schmid, 61; Lammich, 30; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; SK., 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1141; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Petersen, 125; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 265; Erman BGB. I/ Hager, 1074; AK./ Schulte, Nölke, 410; Antalya, 486; Doğan, Şahan, Atamulu, 284

²⁹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 914; Nazikoğlu, 665; Schenker, 55; Kılıçoğlu, 876; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 265; Erman BGB. I/ Hager, 1074; AK./ Schulte, Nölke, 410

²⁹⁶ von Tuhr, 608; Basler Kom./ Wiegand, 606; Kılıçoğlu, 877

²⁹⁷ Basler Kom./ Wiegand, 606

Hukuki işleme dair hükümler çerçevesinde olarak, ihtarın, karşı tarafa varma anına kadar geri alınması mümkündür²⁹⁸. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, ihtarın her zaman geri alınması mümkündür²⁹⁹. Bu durumda, temerrüde ilişkin sonuçlar ortadan kalkar.

2.2.1.2.3.2. Tarafları, İçeriği ve Şekli

2.2.1.2.3.2.1. Tarafları

İhtar, alıcı ya da yetkili temsilcisi tarafından satıcı veya yetkili temsilcisine yapılır³⁰⁰. Alıcının ihtarda bulunacak yetkili temsilcisinin, genel vekâletname ile yetkilendirilmesi yeterlidir, ayrıca özel yetki aranmaz³⁰¹. Sınırlı ehliyetsiz kendi başına ihtarda bulunabilir³⁰². Zira, ihtar, sınırlı ehliyetsiz lehine hukuki sonuç doğurmaktadır.

Ticari satış sözleşmesinde satıcı taraf birden fazla kişiden oluşabilir. Müteselsil borçlu olan satıcılardan birinin ihtar edilmesi, yalnızca ilgili satıcıyı temerrüde düşürür³⁰³. Satıcıların elbirliğiyle borçlu olması hâlinde, ihtarın satıcıların tamamına karşı yöneltilmesi gerekir³⁰⁴. Kısmi borçluluk hâlinde ise, her satıcıya kendi kısmı yönünden ihtarda bulunulur³⁰⁵.

Müteselsil alıcılardan birinin ihtarı, satıcının temerrüde düşürülmesi bakımından yeterlidir³⁰⁶. Bu durumda, satıcı, yalnızca, ihtarda bulunan alıcıya karşı temerrüde düşer³⁰⁷. Elbirliğiyle alacaklılık durumunda ise, alıcıların birlikte hareket etmesi,

²⁹⁸ Schmid, 62

²⁹⁹ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; Antalya, 486

³⁰⁰ von Tuhr, 607; Oğuzman, Öz, 495; Becker, 525; Bucher, 357; Barlas, 37; Eren Şerh, 2356; Basler Kom./ Wiegand, 605; Havutcu, 27; Lammich, 30; Palandt/ Grüneberg, 414; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1142; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; Antalya, 487; Doğan, Şahan, Atamulu, 284; Ünlütepe, 256; Erdoğan, 233

³⁰¹ Tandoğan, Mes'uliyet, 474; Barlas, 37; Antalya, 487

³⁰² Tandoğan, Mes'uliyet, 474; Oğuzman, Öz, 495; Barlas, 37; Becker, 525; Schmid, 61; Lammich, 30; Palandt/ Grüneberg, 414; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1141; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 265

³⁰³ Arslanlı, 351; Lemp, 70; Ehrat, 85; Erman BGB. I/ Hager, 1075; Selb, Walter, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, Tübingen, 1984, 82; Schwedheim, Ulrike, Das Gesamtschuldverhältnis, Berlin, 2003, 108; Riering, Wolfgang, Gemeinschaftliche Schulden, Berlin, 1991, 41

³⁰⁴ Ehrat, 85; Lammich, 32; MüKo./ Ernst, 1142; Erman BGB. I/ Hager, 1075; Riering, 41

³⁰⁵ Ehrat, 85; Erman BGB. I/ Hager, 1075

³⁰⁶ Lammich, 32; MüKo./ Ernst, 1142; Erman BGB. I/ Hager, 1075

³⁰⁷ Lammich, 32; MüKo./ Ernst, 1142

beraber ihtarda bulunması gerekir³⁰⁸. Borcun ifası bakımından kıymetli evrak tanzim edilmiş ise, kıymetli evrak hamilinin aynı zamanda temeldeki borç ilişkisinin alacaklısı bulunması durumunda, satıcının temeldeki borç ilişkisi yönünden ihtar edilmesi yeterlidir³⁰⁹. Alacağın devrinde, ancak devredilen taraf ihtarda bulunabilir³¹⁰. Zira, alacak hakkı yalnızca onun tarafından öne sürebilir.

2.2.1.2.3.2.2. İçeriği

Kanunda ihtarın içeriğinin nasıl olması gerektiği hususu düzenlenmemiştir. İhtar anlaşılır ve ciddi biçimde borcun ifasının talep edilmesidir³¹¹. İhtar ile borçlunun kınanması gerekmez. İhtarda borcun konusu açıkça belirtilmelidir³¹². İhtarda temerrüdün hukuki sonuçlarının bildirilmesi gerekmez, borcun yerine getirilmesinin bildirilmesi yeterlidir³¹³. Aksi yöndeki görüşe göre, ihtarın, gecikmenin ne zaman

³⁰⁸ Lemp, 71; Lammich, 32; MüKo./ Ernst, 1142; Erman BGB. I/ Hager, 1075

³⁰⁹ Becker, 525

³¹⁰ Becker, 525; Erman BGB. I/ Hager, 1075

³¹¹ von Büren, 367; Oğuzman, Öz, 492; Arslanlı, 348; İzveren, 1190 vd.; Barlas, 49; Basler Kom./ Wiegand, 604 vd; Becker, 523; Schenker, 47; Reinicke, Tiedtke, 97; Schmid, 63 vd.; Lammich, 29; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1142; Gauch, Peter, Aepli, Viktor, Casanova, Hugo, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Art.1-183), Dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, 1992, 226; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 266; Erman BGB. I/ Hager, 1075; AK./ Schulte, Nölke, 411; Antalya, 482; Doğan, Şahan, Atamulu, 284; Y. 15. HD., 12.05.2016 T., 2015/6201 E., 2016/2742 K.: “Somut olayda; dava tarihinden önce davacı tarafından davalıya Germencik Noterliği’nden 04.09.2008 tarihli ve 08.02.2011 tarihli ihtarlar keşide edilmişse de, bu ihtarlarda açıkça ödeme talebinde bulunulmadığından bu ihtarlar davalı borçluyu temerrüde düşürücü nitelikte değildir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023); Y. 13. HD., 20.09.2007 T., 2007/4643 E., 2007/10870 K.: “Davacı, icra takip tarihinden önce çektiği 30.3.2006 tarihli ihtarında bakiye borcun en kısa zamanda ödenmesini istemiş ise de bu ihtar ödeme süresini açık bir şekilde göstermediğinden Yasanın aradığı anlamda borçluyu temerrüde düşürecek mahiyette bir ihtar değildir” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

³¹² Tandoğan, Mes’uliyet, 472; İzveren, 1190 vd.; Becker, 523; Basler Kom./ Wiegand, 604 vd; Barlas, 47; Riedel, 257; Olgaç, Direnme, 249; Eren Şerh, 2357; Schenker, 51; Havutcu, 27; Reinicke, Tiedtke, 97; Schmid, 63 vd.; Lammich, 30; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1142; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Gauch AT., 226; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 266; Erman BGB. I/ Hager, 1075; AK./ Schulte, Nölke, 411; Antalya, 482; Doğan, Şahan, Atamulu, 284; Ünlütepe, 255

³¹³ von Tuhr, 606; Bucher, 357; Schenker, 47; Barlas, 49 vd.; Tandoğan, Mes’uliyet, 471; Schmid, 64; Lammich, 31; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495;

borca ayrılık teşkil ettiğini, sözleşmenin ihlâli olarak görüldüğünü içermesi gerekir³¹⁴. Kanaatimizce, ihtarın, sadece borcun zamanında ifa edilmediğini içermesi yeterlidir. Zira, ihtar bir hukuki işlem benzeri irade açıklaması niteliğindedir.

İhtar borcun konusuna ve borçlanılan edime ilişkin olmalıdır. İhtar ile sözleşme konusu edimden başka bir şey talep edilir ya da kararlaştırılardan farklı yerde ifası istenir ise ihtar hukuki sonuç doğurmaz³¹⁵. Alıcının farklı yerde ifa talebi satıcının menfaatine uygun ise temerrüt gerçekleşir³¹⁶. TMK. m. 2 kapsamında olarak, farklı bir yerde edimin ifası istenir ise satıcının menfaatine aykırı düşmediği sürece temerrüdün gerçekleşeceği kabul edilebilir.

İhtarda belirtilen miktarın, kural olarak, alacağa denk düşmesi gerekir³¹⁷. Ancak, satılan bölünebilen bir şey ise alıcının, yalnız alacağının bir kısmının talep edilmesi hâlinde ihtar sadece talep edilen kısım açısından sonuç doğurur³¹⁸. Alıcının, edimden fazlasını talep etmesi durumunda, ihtar ile satıcı temerrüde düşer. Zira, TBK. m. 84 ve 85 hükümleri uyarınca, alıcı, borcun tartışmasız olan kısmının ifasını kabule mecburdur³¹⁹. İhtarda, edimden fazlasını talep hâlinde, satıcının talep edilen edimin

MüKo./ Ernst, 1142; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; Fikentscher, Heinemann, 281; Brox, Walker, AG., 266; Erman BGB. I/ Hager, 1075; Antalya, 480

³¹⁴ Becker, 523 vd.; Antalya, 486

³¹⁵ von Tuhr, 607; Tandoğan, Mes'uliyet, 472; von Büren, 367; Becker, 524; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 916; Arslanlı, 349; Schenker 53; Lammich, 30 vd.; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1143; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; Doğan, Şahan, Atamulu, 284

³¹⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 916; Arslanlı, 349

³¹⁷ von Tuhr, 607; Oğuzman, Öz, 494; von Büren, 367; Becker, 524; Bucher, 357; Arslanlı, 349; Nazikoğlu, 666; Barlas, 50; Schmid, 64; Lammich, 31; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495

³¹⁸ von Tuhr, 607; Tandoğan, Mes'uliyet, 473; Oğuzman, Öz, 494; Becker, 524; Nazikoğlu, 666; Barlas, 51; Basler Kom./ Wiegand, 605; Schenker, 53; Ehrat, 84; Schmid, 64; Lammich, 31; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; Jauernig BGB./ Stadler, 379; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; AK./ Schulte, Nölke, 411; Antalya, 484

³¹⁹ von Tuhr, 607; von Büren, 367; Schenker, 52; Barlas, 51; Antalya, 484; Aksi yönde görüş için bkz. Becker, 524; Bucher, 357; AK./ Schulte, Nölke, 411

miktarını anlayabilmesi mümkün ya da somut olayın koşullarında anlayabilmesi gerekli ise temerrüt oluşur³²⁰.

İhtar ile yanlış edim (aliud ifa) talep edilirse hukuki sonuç doğurmaz³²¹. Meğerki, alıcının gerçek iradesi satıcı tarafından anlaşılmış olsun ya da dürüstlük kuralı uyarınca anlaşılması gereksin. Diğer deyişle, satıcı, alıcının ifadesinden talep edilen edimi anlayabilir ise ihtar hukuki sonuç doğurur. Fesih ihbarı, ihtar teşkil etmez³²². Ayrıca, ihtar ile birlikte tazminat veya sözleşmeden dönme talep edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır³²³.

Satıcının birden fazla asli edim yükümlülüğü bulunması hâlinde, ihtarın bunlardan hangisine ilişkin olduğu net olarak belirtilmelidir³²⁴. Bu durumda, kural olarak, satıcının, talebin neye ilişkin olduğunu sorma yükümlülüğü yoktur³²⁵. İhtar neticesinde temerrüdün gerçekleşmesi bakımından, alacağın miktarının ihtar anında belirli olması şart değildir³²⁶. Diğer deyişle, satılanın miktarı hususunda taraflar arasında tartışma olması ihtarın geçerliliğini etkilemez. Diğer taraftan, tekrarlanan edimlerde, “periyodik” olarak ihtar gerekmez: Kural olarak, tek ihtar yeterlidir³²⁷. Örneğin, art arda teslimli ticari satış sözleşmesinde satıcı edimini bir anda ifa etmemektedir. Art arda ifa edilecek edimlerin birden fazlasında satılanın mülkiyetini geçirme amacıyla zilyetliğin devri borcunda temerrüt hâlinde bunun tek bir ihtar ile bildirilmesi mümkündür.

³²⁰ Oğuzman, Öz, 494: Bu durumda ihtar, alıcının, gerçek miktarı kabule hazır olması durumunda geçerlidir.; Schmid, 65; Lammich, 31; Rinken, 161; Nazikoğlu, 666; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1143; Jauernig BGB./ Stadler, 379; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; Brox, Walker, AG., 266; Benzer olarak bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 916; Antalya, 484

³²¹ Basler Kom./ Wiegand, 605; Becker, 524; Schenker, 51; Schmid, 65; Lammich, 31; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461 vd.

³²² Becker, 524

³²³ Becker, 524

³²⁴ Becker, 525; Schmid, 66; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1142; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; AK./ Schulte, Nölke, 411

³²⁵ Schmid, 66

³²⁶ Becker, 528

³²⁷ Jauernig BGB./ 379

İhtar ile birlikte süre verilmesi mümkündür³²⁸. Ancak, ihtarda süre verilmesi zorunlu değildir. İhtar ile alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi ön şartı olarak satıcıya süre verilmiş ise ihtar sonuç doğurur. Ancak, ihtar ile ifanın belirli bir tarihte yapılması talep edilirse, satıcının açık veya örtülü iradesi ile bu durumu kabul etmesi hâlinde, taraflar arasındaki anlaşmadan ötürü alıcı, kararlaştırılan tarihten önce edimini ifasını talep edemez, buna dair ihtar hukuki sonuç doğurmaz³²⁹. Ayrıca, ihtarın iş saatlerinde yapılması gerekir³³⁰. İş saatleri dışında yapılan ihtar, satıcının iyiniyet kurallarına göre ifa edebileceği anda hüküm doğurur³³¹.

TANDOĞAN'a göre, satıcının ticarî itibarını sarsacak surette ve ticarî teamüllere aykırı olacak şekilde ileri sürülen ihtar hâl ve şartlara göre hükümsüz kabul edilebilir³³². Örneğin, satıcı geniş hacimli yeni bir ticari satış sözleşmesi akdederken, alıcının, yeni ticari satış sözleşmesinin taraflarının bulunduğu esnada satıcıyı ihtar etmesi durumunda ihtar geçerli kabul etmek gerekir. OĞUZMAN/ ÖZ'e göre, uygun olmayan yer ya da zamandaki ihtar, TMK. m. 2'ye göre yapılabileceği ilk anda hüküm doğurur³³³. Kanaatimizce, bu noktada ticari itibarı sarsan ihtar geçerli kabul edilmekle beraber alıcının bu eylemi ayrıca bir tazminata konu edilebilir.

VON TUHR'a göre ifa zamanı konusunda satıcıyı tereddütte bırakmamak kaydıyla, koşula bağlı ihtar hukuki sonuç doğurur³³⁴. Bu durumda satıcı, koşulun gerçekleştiği hakkında kesin bilgiye sahip olması anında temerrüt oluşur³³⁵. BECKER'e göre, alacak muaccel ise, ihtar eden, ihtarın geçerli olacağı tarihi tayin edebilir³³⁶. İhtarın içeriğinin açık ve net olması gerekmektedir. Kanatimizce, ihtarın şarta bağlanması

³²⁸ Oğuzman, Öz, 496, dn. 1735; Arslanlı, 350; Lemp, 32; Altherr, Brem, Bühlmann, 129; Eren Şerh, 2404; Keller, Schöbi, 271; Russenberg, Walter, Der Spezifikationskauf nach schweizerischem Obligationenrecht unter Berücksichtigung der deutschrechtlichen Regelung, Zürich, 1918, 57; Olgaç, Direnme, 248; Reisoglu, 377 vd.; Doğan, Şahan, Atamulu, 293; Antalya, 541; Ünlütepe, 276

³²⁹ von Tuhr, 607; Tandoğan, Mes'uliyet, 473; Palandt/ Grüneberg, 414

³³⁰ von Tuhr, 607; Tandoğan, Mes'uliyet, 473; Becker, 526; Schmid, 68; Antalya, 485

³³¹ von Tuhr, 608; Schenker, 57; Schmid, 68; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; Antalya, 485

³³² Tandoğan, Mes'uliyet, 474; Becker, 526

³³³ Oğuzman, Öz, 495; Barlas, 41; Arslanlı, 353

³³⁴ von Tuhr, 607; Basler Kom./ Wiegand, 605

³³⁵ von Tuhr, 607

³³⁶ Becker, 526; Oğuzman, Öz, 496

ihtarın kesinliğini ihlâl etmemektedir. Satıcının şartın gerçekleştiğine dair kesin bilgisi olması durumunda temerrüt gerçekleşir.

Doktrinde bir kısım yazarlara göre, şarta bağlı ihhtar TBK. m. 117 (OR. Art. 102) anlamında ihhtar değildir³³⁷. Bu durumda, şartın gerçekleştiğinin bildirilmesi ile ya da satıcı tarafından bunun anlaşılması ile ihhtar gerçekleşir³³⁸. Şartın borçlunun iradesine tabi tutulması durumunda ihhtar geçerlidir³³⁹. İhtar ile derhâl değil, belirli sürede ifa edilmesi talep edilebilir³⁴⁰. Bu takdirde borçlu tarafından, edimin ne zamana kadar ifa edileceğinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilir olması gerekir.

İfa yerinde ihhtar edilmesi gerekmez, yer bakımından bir zorunluluk yoktur³⁴¹. Ancak, alıcı gönderme güçlükleri nedeniyle satılanın bulunduğu yerde ifa talep ederse bu ihhtar geçerli olur³⁴².

İhtar masrafları, kural olarak, borçluyu temerrüde düşürmek kapsamında olarak alacaklıya özel bir hukuki konum sağlaması nedeniyle, ihhtar eden alacaklıya aittir³⁴³. Olası bir yargılamada, HMK. m. 32/I, ç bendi uyarınca ihtarnamenin yargılama gideri olarak talep edilebileceğini hatırlatmak gerekir.

2.2.1.2.3.2.3. Şekli

TBK. ihtarın şekline dair bir düzenleme içermemektedir. İhtar kural olarak şekle bağlı değildir³⁴⁴. İhtara ilişkin sözleşmenin şekle bağlı olması ihtarı şekle tabi hâle

³³⁷ Becker, 524; Riedel, 257; Schenker, 49 vd.; Lammich, 30; HK-BGB/ Schulze, 396; MüKo./ Ernst, 114; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Gauch AT., 226; AK./ Schulte, Nölke, 411; Aksi yönde görüş için bkz. Schmid, 63

³³⁸ Schenker, 50; Benzer yönde bkz. Barlas, 53

³³⁹ Becker, 524; Schenker, 50

³⁴⁰ Schenker, 49; Schmid, 68; Barlas, 54; HK-BGB/ Schulze, 396; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Gauch AT., 227; AK./ Schulte, Nölke, 411; Antalya, 485

³⁴¹ Tunçomağ, Genel Hükümler, 907; Havutcu, 27; Antalya, 485; Schmid, 67; Lammich, 30; MüKo./ Ernst, 1144; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462

³⁴² Tandoğan, Mes'uliyet, 472; Becker, 525

³⁴³ Becker, 527; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1462; Antalya, 487

³⁴⁴ Oğuzman, Öz, 494; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 914; Arslanlı, 347; Nazikoğlu, 665; İzveren, 1190; Barlas, 43; Keller, Schöbi, 266; Eren Şerh, 2357; Basler Kom./ Wiegand, 605; Guhl, 252; Bucher, 357; Olgaç, Direnme, 249; Schenker, 57; Havutcu, 27; Kılıçoğlu, 876; Schmid, 61; Lammich, 29; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 396; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1143; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Gauch AT., 226; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; Fikentscher,

getirmez³⁴⁵. HMK. m. 200 hükmünde yer alan senetle ispat kuralı, hukuki işlemler açısından getirilen bir düzenlemedir ve hukuki işlem benzeri irade açıklaması yönünden uygulanmaz³⁴⁶. Netice olarak, ihtarın her türlü delille ispatı mümkündür³⁴⁷. İspat yükü, alıcıdadır³⁴⁸. İhtarın, açık ya da örtülü irade beyanı ile bildirilmesi mümkündür³⁴⁹.

TTK. m. 18/III hükmü uyarınca, “*tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*”. Madde hükmünde açıkça belirtildiği üzere, anılan düzenleme tacirler arasındaki ihbar ve ihtarlarla ilişkindir. TTK. m. 18/III’te öngörülen şekil şartı, ispat şeklidir³⁵⁰. Zira, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 20/III hükmünde yer alan “*muteber olması için*” ibaresi, yeni TTK. metnine alınmamıştır. Her iki tarafın tacir olmasına rağmen, ihtar konusu hukuki işlem yalnızca bir tarafın ticari işletmesine ilişkin ise TTK. m. 18/III hükmü uygulanmaz³⁵¹.

Alman Hukukunda ihtarın mahkeme kanalıyla yapılabileceği açık biçimde hükme bağlanmıştır (BGB. § 286/I). Hukukumuzda, buna dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mahkeme aracılığıyla ihtar da bulunulamaz.

Satıcının yerleşim yeri tespit edilemiyorsa, ihtar ilânen yapılır³⁵². Gerekirse, TMK. m. 426 vd. hükümleri uyarınca satıcıya kayyım tayin ettirilebilir³⁵³.

Heinemann, 281; Erman BGB. I/ Hager, 1075; Antalya, 487; Doğan, Şahan, Atamulu, 284; Erdoğan, 233

³⁴⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 914; Antalya, 487

³⁴⁶ Oğuzman, Öz, 495; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 915; Barlas, 43; Kılıçoğlu, 876

³⁴⁷ Kılıçoğlu, 876; Barlas, 43

³⁴⁸ Schenker, 56; Barlas, 43

³⁴⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 916; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461

³⁵⁰ Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022, 186; Arkan, 154; Kılıçoğlu, 877; Kayıhan, 147; Geçerlilik şekli olduğu yönünde görüş için bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, 287; Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022, 173

³⁵¹ Arkan, 155; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, 287; Kayıhan, 147; Kayar, Ticari İşletme, 173; Çetiner, Selma, Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2023, 131

³⁵² Tandoğan, Mes’uliyet, 474; Becker, 526

³⁵³ von Tuhr, 608; Tandoğan, Mes’uliyet, 475

Faturanın ibrazı ihtar sonucunu doğurmaz, tasavvur açıklamasıdır³⁵⁴. Zira fatura, ödeme talebini içermez. Faturanın derhâl ödeme gibi kayıtları içermesi durumunda ihtar niteliği kazanabilir³⁵⁵. Keza, sözleşmede ihtarın fatura ibrazı ile gerçekleşeceği yönündeki anlaşma da geçerlidir. Alacak hakkının ödemelik def'i ile öne sürülmesi ya da takasın öne sürülmesi ihtar değildir³⁵⁶.

2.2.1.2.4. İstisna: İhtara Gerek Olmayan Haller

Ticari satış sözleşmesinde, kesin vadeli işlemten bahsedebilmek bakımından, TBK. m. 124/I, b. 3 hükmünde anılan *“borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden”* anlaşılması durumunun söz konusu olması gerekir³⁵⁷.

TBK. m. 212 hükmünde kesin vadeli işlemten söz edilmemiş, doğurduğu hukuki etki bakımından belirli vadeli işlem, kesin vadeli işlem ile bir tutulmuştur. Dolayısıyla, ticari satış sözleşmesinde belirli değil, kesin vade tesis edilmesi hâlinde TBK. m. 124/I, b. 3 hükmü uygulanır³⁵⁸. TBK. m. 212/II-III hükmü de uygulama alanı bulur.

Belirli ve kesin vade dışındaki bazı hâllerde de ihtar gerekmeksizin temerrüt gerçekleşir.

³⁵⁴ Tandoğan, Mes'uliyet, 472; Tunçomağ, Genel Hükümler, 907; Oğuzman, Öz, 493; von Büren, 367; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 916; Arslanlı, 348; Nazikoğlu, 665; Barlas, 43; Eren Şerh, 2357; Basler Kom./ Wiegand, 606; Becker, 524; Bucher, 357; Schenker, 61; Schmid, 64; Lammich, 31; Palandt/ Grüneberg, 413; HK-BGB/ Schulze, 396; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 495; MüKo./ Ernst, 1143; Jauernig BGB./ Stadler, 307; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461; Fikentscher, Heinemann, 281; Antalya, 488

³⁵⁵ Basler Kom./ Wiegand, 606; Bucher, 357; Schenker, 62; Barlas, 45; Antalya, 488; Y. 19. HD., 25.01.2010 T., 2009/3195 E., 2010/ 510 K.: *“her faturada son ödeme tarihlerinin yazılı olup bu faturaların davalı şirket defterinde kayıtlı bulunduğu için, kesin vade niteliğini içerdiğini, bu nedenle ayrıca temerrüde düşürmek için ihtarname çekmeye gerek bulunmadığını ileri sürerek... Mahkemece tüm dosya kapsamına göre davacının davalıyı usulüne uygun olarak temerrüde düşürmediği ve faiz alacağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir... hükmün ONANMASINA”* (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

³⁵⁶ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1461

³⁵⁷ Keppler, 10; Zippel, Erhard, Der Fixhandelskauf, Berlin, 1933, 9; Tröger, 24

³⁵⁸ Keppler, 29

2.2.1.2.4.1. Belirli Vade

Edimin ifası bakımından, takvime göre belirli bir tarih ya da takvime göre hesaplanabilecek bir tarih kararlaştırılmışsa belirli vade söz konusudur. TBK. m. 117/II hükmü uyarınca “*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...borçlu temerrüde düşmüş olur*”. Anılan hüküm uyarınca belirli vade iki şekilde bulunur: Taraflarca sözleşme ile kararlaştırılır ya da sözleşmeden kaynaklanan bir hak uyarınca (muacceliyet ihbarı) taraflardan biri vadeyi tespit eder.

2.2.1.2.4.1.1. Taraflarca Sözleşmede Kararlaştırılan Belirli Vade

Belirli vadeye ilişkin kararlaştırma hâlinde satıcı, edimi ne zaman ifa etmesi gerektiğini bilmektedir. Dolayısıyla, belirli vade hâlinde ihtar gerekmediğine dair yasal düzenleme bulunmasa bile vadenin satıcı tarafından bilinmesi nedeniyle ihtar gerekmez. Hükümde açıkça ifade edildiği gibi ifa zamanının taraflarca belirlenmesi gerekir. Örneğin; vasiyetname ile belirli vade tayin edilmesi durumunda, temerrüt bakımından ihtar gerekir³⁵⁹. Tarafların belirli vade tayin etmesine dair düzenleme emredici değildir³⁶⁰. Diğer deyişle, taraflar, belirli vade tayin edilmesine rağmen ihtarın gerekli olduğunu kararlaştırabilirler. Tayin edilen belirli vade, anılan hükmün uygulanabilirliğine karine teşkil eder³⁶¹.

Belirli vadenin sözleşmede kararlaştırılması uygulamada çeşitli şekillerde olabilir: “10.10.2010 tarihinde teslim edilecektir”, “sözleşmenin imzalanmasından itibaren doksan gün içerisinde teslim edilecektir” ve benzeri şekillerdedir. Esas olan, ifa zamanının açık şekilde tespit edilebilir olmasıdır³⁶². Madde hükmünde belirtildiği üzere, belirli vade sözleşmede kararlaştırma durumunda mevcuttur, yoksa kanunen

³⁵⁹ Becker, 529; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 916; Aksi yönde görüş için bkz. Antalya, 494

³⁶⁰ Becker, 529; Palandt/ Grüneberg, 415

³⁶¹ Becker, 529

³⁶² Becker, 528; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 917; Barlas, 57; Eren Şerh, 2359; Schenker, 66; Havutcu, 29; Giger, 195; Schmid, 71; Lammich, 34; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 397; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 496; MüKo./ Ernst, 1146; Hirsch, 241; Fikentscher, Heinemann, 282; Brox, Walker, AG., 267; Erman BGB. I/ Hager, 1078; AK./ Schulte, Nölke, 411; Schaeffer, 147; Cumalıoğlu, 93; Antalya, 491; Ünlütepe, 256

vade tayin edildiği durumlarda ihtar gerekir³⁶³. Keza, ifa zamanının takvime göre belirli bir tarih ya da takvime göre hesaplanabilecek bir tarih olması gerekir³⁶⁴.

İfanın “*en kısa zamanda*”, “*malların tesliminden sonra*”, “*yıllık hesaplar kapanınca*” gerçekleşeceğine dair ibareler belirlilik unsurunu taşımaz, bu durumda belirli vade söz konusu değildir³⁶⁵. Bu neviden ibareler olağan vade teşkil eder. Belirli vadede sözleşme yapılırken, vade “15 haziran” gibi belirli bir tarih olarak tayin edilmiş ise o tarihte satıcı borcu ifa etmek zorunda olduğunu bilmektedir. Satıcı bu durumda, takvime bakarak zilyetliğin devri borcunu yerine getirmek zorunda olduğu vade tarihini bilmektedir. Onun için ihtara gerek olmamaktadır. Vade kendisi ihtar eder.

Satıcının zilyetliği devir borcunu “nisan başında”, “temmuz ortasında” ifa edeceği yönündeki anlaşma belirli vade teşkil eder³⁶⁶. Nitekim, TBK. m. 91 hükmü uyarınca “*borcun ifası için bir ayın başlangıcı veya sonu belirlenmişse, bundan ayın birinci ve sonuncu günü; ayın ortası belirlenmişse, bundan da ayın onbeşinci günü anlaşılır*”. Böyle bir vadenin kararlaştırılması durumunda anılan yorumlayıcı kurala göre, takvime bakılarak, vade tarihi tespit edilebilmektedir.

2.2.1.2.4.1.2. İhbar ile Tayin Edilen Belirli Vade

TBK. m. 117/II hükmünde yer alan “*sözleşmede saklı tutulan bir hak*” taraflardan birinin muacceliyet ihbarında bulunma hakkıdır. Buna dair satıcıya “*usulüne uygun bir bildirim*”de bulunmak ise muacceliyet ihbarıdır³⁶⁷. Bu anlamda olmak üzere,

³⁶³ Tandoğan, Mes’uliyet, 475; Nazikoğlu, 667 vd.; Oğuzman, Öz, 497; Schenker, 84; Havutcu, 29; Reisoğlu, 365; MüKo./ Ernst, 1146

³⁶⁴ Oğuzman, Öz, 496; Eren Şerh, 2359; Reisoğlu, 365; Basler Kom./ Wiegand, 606; Schenker, 67; Schmid, 71; MüKo./ Ernst, 1146; Antalya, 491; Y. 19. HD., 20.04.2016 T., 2015/15582 E., 2016/6945 K.: “*taraflarca satıcının teslim borcunun vadesinin avanstan itibaren 90 iş günü olarak belirlenmiş olup, ilan yapıldığı son gün sözleşmenin kurulduğu anda belli olduğundan, avansın verildiği tarihten itibaren geçecek 90 iş günü sonunda borçlunun ihtarsız olarak temerrüde düşeceği*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

³⁶⁵ Kepler, 24; Tandoğan, Mes’uliyet, 475; Becker, 528; HK-BGB/ Schulze, 397; Benzer yönde bkz. Oğuzman, Öz, 496 vd.

³⁶⁶ Kepler, 24; Palandt/ Grüneberg, 415; Jauernig BGB./ Stadler, 379

³⁶⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 918; Schenker, 74; Barlas, 29; Havutcu, 29; HK-BGB/ Schulze, 349; MüKo./ Ernst, 1147; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463; Esser, Schmidt, 255

muacceliyet ihbarı, kanun, sözleşme veya mahkemece verilen hükme dayanmalıdır³⁶⁸. Alıcı tarafından borcun ifa edileceği günün bildirilmesi hâlinde, reaksiyon süresi içerisinde borcun ifası gerekir³⁶⁹. Bu süre içerisinde ifa edilmemesi hâlinde borca aykırılık, borca aykırılığın türü bakımından temerrüt meydana gelir. Vade günü, tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespit edilmelidir³⁷⁰. Borcun ifa edileceği günü belirleme yetkisi çerçevesinde, derhâl ifa talep edilebileceği gibi, süre de tayin edilebilir³⁷¹. Diğer taraftan, kısmi ifayı talep yetkisi olduğu takdirde, edimin bir kısmı bakımından muacceliyet ihbarında bulunulması mümkündür³⁷².

Kanunda saklı tutulan muacceliyeti tespit hakkının var olduğu hâller de TBK. m. 117/II kapsamında değerlendirilmektedir. Ticari satış sözleşmesinde de satıcının zilyetliğin devri borcunu ifa edeceği zaman belirli vade olarak kararlaştırılmışsa 117/II hükmüne göre ihtara gerek olmadan satıcı temerrüde düşer. TBK. m. 212/II kapsamındaki ticari satış sözleşmesinde de TBK. m. 117/II hükmü uygulanır. Taraflarca bildirilen muacceliyet ihbarı, TTK. m. 18/III hükmü uyarınca şekle tabidir³⁷³. Muacceliyet ihbarı, temerrüdün gerçekleşmesini sağlayan bir ihbar olmasından ötürü anılan maddede belirtildiği üzere “*diğer tarafı temerrüde düşürmeye... ilişki ihbar*” niteliğindedir. Buradaki bildirim, hukuki işlemdir³⁷⁴. Bir kısım yazarlara göre, muacceliyet ihbarı, yenilik doğuran haktır³⁷⁵. Farklı bir görüşe göre ise, ihbar, hukuki işlem olmakla, ispat şekline tabidir³⁷⁶.

BECKER’e göre, aranacak borçlarda belirli vade tayin edilmesi durumunda, ihtar olmaksızın temerrüt gerçekleşmez³⁷⁷. Aranacak borçlar, borçlunun, konumuz

³⁶⁸ Keller, Schöbi, 217; Barlas, 29; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 303; HK-BGB/ Schulze, 349; MüKo./ Ernst, 1147

³⁶⁹ Schenker, 74

³⁷⁰ Schenker, 74

³⁷¹ Schenker, 75

³⁷² Barlas, 29

³⁷³ Tandoğan, Mes’uliyet, 476

³⁷⁴ Tunçomağ, Genel Hükümler, 911; Nazikoğlu, 668; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, 1120; Keller, Schöbi, 217; Esser, Schmidt, 256; Ünlütepe, 256

³⁷⁵ Steiner, Rolf, Das Gestaltungsrecht, Zürich, 1984, 71; Tunçomağ, Genel Hükümler, 911; Nazikoğlu, 668; Barlas, 29; Keller, Schöbi, 217

³⁷⁶ Tunçomağ, Genel Hükümler, 911; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 918

³⁷⁷ Becker, 529

bakımından satıcının yerleşim yerinde ifa edilir. Kanaatimizce, aranacak borçlar bakımından tayin edilen belirli vade, ihtar gereğini ortadan kaldırır. Bu takdirde, alıcının zilyetliği devralmak amacıyla satıcının yerleşim yerinde bulunmaması, şartları gerçekleştiği takdirde alacaklı temerrüdüne yol açabilir.

Muacceliyet tarihinde, alıcının ifayı talep yetkisi bulunduğu hâlde, yetki kullanılmadıkça satıcının ifa etmemesinin borca aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiş idik. Muacceliyet sonrasında temerrüdün gerçekleşmesi bakımından ihtar gereklidir. Ancak, vade tarihinde temerrüt ihtarının gerekmemesi nedeniyle borca aykırılık vade tarihinin gelmesiyle gerçekleşir. Vade tayin edilmesi hâlinde, vade tarihinde borcun ifası gerekmektedir³⁷⁸. Bu takdirde, borca aykırılık bakımından, alıcının talebi/ ihtarı aranmaz. Vade tarihinde borç, kural olarak, muacceldir. Borca aykırılık ise bu tarihte borcun ifa edilmemesi ile gerçekleşir³⁷⁹. EHRAT'a göre, TBK. m. 117/II hükmü çerçevesinde, herhangi bir reaksiyon süresi gerekmez, kanunun açık ifadesi karşısında, belirli vadede ifa edilmeme anında temerrüt gerçekleşir³⁸⁰. Zira, vade kendisi ihtar eder.

Vadenin, gelecekte meydana gelecek bir olaya bağlı olarak tayin edilmesi mümkün değildir³⁸¹. Nitekim, belirli vadeye ilişkin hüküm, borçlunun korunması amacını güder. Dolayısıyla, bu belirsizlik karşısında ihtar zorunludur. Zira, sonraki zamanda meydana gelecek olayda belirlilik unsuru mevcut değildir. Bu takdirde, vadeden değil, şarttan bahsedilebilir. Vadeden söz edebilmek bakımından, edimin hangi tarihte ya da hangi süre içerisinde ifa edilmesi gerektiğinin net olarak bilinmesi gerekmektedir. Şartın satıcının iradesine tabi tutulması hâlinde de belirli vadeden bahsedilmez³⁸². Nitekim, bu takdirde, vade önceden belirli değildir.

Belirli vade gününde ifa edilmemesi hâlinde, edimin ifası imkânsızlaşmaz. Ancak, vadenin geçmesiyle, usulüne ve amacına uygun ifa imkânı sona erer³⁸³. Dolayısıyla, vade tarihinde ifa etmeme neticesinde borca aykırılık meydana gelir.

³⁷⁸ Schenker, 29; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 496; Brox, Walker, AG., 267

³⁷⁹ Schenker, 63; Ehrat, 84; Guhl, 251

³⁸⁰ Ehrat, 85, dn. 64; Jauernig BGB./ Stadler, 381

³⁸¹ Reinholz, 8; Schenker, 68; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463; Brox, Walker, AG., 267; Antalya, 491

³⁸² Schenker, 69; Aksi yönde görüş için bkz. Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463

³⁸³ Zimmermann, 22; Keller, Schöbi, 215; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487

2.2.1.2.4.2. Kesin Vade

2.2.1.2.4.2.1. Kavram

Edimin mutlaka belirli tarihte ifa edileceğinin kararlaştırılması durumunda kesin vadeli bir işlem mevcuttur.³⁸⁴ Diğer deyişle, borcun ifasına dair kesin vadenin şüpheyi yer bırakmayacak, satıcının tarihi net olarak tespit edebileceği ve mutlaka o tarihte ifa edeceğini anlayabileceği biçimde tayin edilmesi gerekir. Kesin vadenin objektif unsuru zamana ilişkin belirleme, sübjektif unsuru ise taraf iradesidir³⁸⁵. Kesin vadeli işlemin iki unsuru vardır: Birincisi, ifa için kesin bir zaman tespiti, diğeri ise ifanın mutlak surette bu zamanda ifa edilmesi gereğidir³⁸⁶. Dolayısıyla, sözleşmede kesin vade olması durumunda, ifa zamanının geçmesiyle, satıcı edimini ancak alıcının rızasıyla yerine getirebilir³⁸⁷. BÄR'e göre objektif yöntem uyarınca, taraf iradesinin yorumunda, somut olayın koşullarındaki makul ve dürüst kişinin irade açıklamasını nasıl anlaması gerektiğinden hareket edilir³⁸⁸. Aynı zamanda, hem satıcının zamana dair belirlemeye atfettiği anlam hem de âkidi olan alıcı yönünden ne anlam ifade ettiği dikkate alınır. Ayrıca, tarafların farazi iradelerinden hareketle, zilyetliğin devri borcunun mutlaka kararlaştırılan tarihte ifasına verdikleri önem, bu anlamda olmak üzere "gerçek" iradeleri tespit edilir. İrade beyanının yorumunda tarafların farazi

³⁸⁴ Kesin vadenin anlamı ve fonksiyonu konusunda bkz. Zippel, 6; Zimmermann, 20; Hoffmann, Paul Gerhard, *În wie weit kennt das bürgerliche Gesetzbuch ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Verträge?*, Greifswald, 1900, 30; Lemp, 29; Keller, Schöbi, 273; von Büren, 373; Havutcu, 30; Basler Kom./ Leu, 506; Palandt/ Grüneberg, 359; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 622; Fischinger, 249; Giger, 25; Hirsch, 295; Esser, Schmidt, AG., 317; Erman BGB. I, Westermann, 1482; AK./ Dauner, Lieb, 934; Schaeffer, 147; Staub HGB./ Ingo Koller, 63; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 321; NK. HGB./ Stöber, 2905; Gehler, Ernst, Hefermehl, Wolfgang, Hildebrandt, Wolfgang, Schröder, Georg, Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Berlin und Frankfurt am Main, 1965, 2064

³⁸⁵ Iten, Clemens, *Die Wirkungen des Verzugs des Schuldners beim Fixgeschäft nach deutschem Handelsrecht*, Zürich, 1881, 7; Bär, 45; Zippel, 9; Tröger, 16; Becker, 564; Oetker, Hartmut, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. Auflage, München, 2011/ R. Koch, 1714; Bielefeld, Thomas Pfeiffer, *Handbuch der Handelsgeschäfte*, Köln, 1999, 440; Schenker, 191 vd.; Gauch AT., 235; Altherr, Brem, Bühlmann, 195; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487

³⁸⁶ von Tuhr, 623; Schenker, 191 vd.; Havutcu, 54; Palandt/ Grüneberg, 359

³⁸⁷ Havutcu, 54, dn. 157

³⁸⁸ Bär, 46

iradeleri, ancak makul ve dürüst kişinin irade açıklamasından iradenin anlaşılabilmesi durumunda, dikkate alınır³⁸⁹. Bu nedenle, farazi irade, tâli nitelikte kullanılır.

Kesin vadeden söz edilmesi için öncelikle, edimin ifa zamanı açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş olmalıdır³⁹⁰. İfa zamanına dair bu tespit, belirli vadede olduğu gibi, takvime göre belirli ya da hesaplanabilen belirli bir tarih olmalıdır³⁹¹. Bu hesaplamada, taraflar arasındaki olağan alışveriş alışkanlıkları ve ticari teamül göz önünde tutulur³⁹². İfa zamanının hesaplanmasında ticari teamül ve olağan alışveriş alışkanlıkları bakımından REINHOLZ'un verdiği örneğe göre; tarafların yarın öğleden sonra alıcının bürosunda teslimi kararlaştırması ve alıcının bürosunun yarın yalnızca 15:00-17:00 tarihi arasında açık olduğunun taraflarca bilinmesi durumunda kesin vade mevcuttur.

Kesin vadede ifa zamanının net bir biçimde ifade edilmesi aranır. Bu belirleme neticesinde, satıcının ifa zamanından sonraki ifade bulunma yetkisi de önlenir³⁹³. Satıcının ifa imkânının kalkması, sonraki ifanın alıcı tarafından kabul edilmemesidir. Bu noktada, alıcının ifayı talep imkânı bakidir³⁹⁴. Tarafların, ifa zamanının geçmesiyle ifanın imkânsız olacağına dair belirlemesi hükümsüzdür³⁹⁵. Burada, kesin vade ile satıcının edimini aynen ifa yetkisinin ortadan kaldırılması, teknik anlamda ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilemez. BÄR'e göre, kesin vadenin imkânsızlık ile ilişkisini ortaya koymaktaki güçlük, özelliklerinin çok azının kanunda yer almasından kaynaklanmaktadır³⁹⁶.

Kesin vadenin sözleşmede kararlaştırılması uygulamada çeşitli şekillerde olabilir: “*en çok*”, “*en geç*”, “*mutlaka*” ve benzeri şekillerdedir³⁹⁷. Kesin vade, temerrüdün

³⁸⁹ Bär, 46

³⁹⁰ Bär, 43; Zimmermann, 20; Havutcu, 54; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 622; Oetker HGB./ R. Koch, 1716; Ebenroth HGB./ Müller, 329

³⁹¹ Iten, 7; Reinholz, 5; Tröger, 17; Bär, 43; Zippel, 7; Bucher, 370; Havutcu, 54

³⁹² Bär, 43; Zippel, 7; Tröger, 26; Reinholz, 6

³⁹³ Iten, 19; Bucher, 370 vd.; Eren, Borçlar Genel, 1260; Schenker, 193; Havutcu, 56; Jauernig BGB./ Stadler, 544; Fikentscher, Heinemann, 295; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 322; Keskin, 213

³⁹⁴ von Tuhr, 624; Havutcu, 56

³⁹⁵ Seliçi, 98; Havutcu, 56

³⁹⁶ Bär, 19

³⁹⁷ Iten, 10; Bär, 47; Zippel, 11 vd.; Zimmermann, 20; von Büren, 373; Reinholz, 16; Tunçomağ, Genel Hükümler, 940; Serozan, Borçlar Genel, 231; Becker, 564; Eren, Borçlar Genel, 1260; Eren Şerh, 2414;

sonuçları bakımından ek süre gerekliliğinin ortadan kalkmasından ötürü satıcının durumunu kötüleştirmesi nedeniyle, netlik içermelidir³⁹⁸. Kesin vadenin zımnen kararlaştırılması da mümkündür³⁹⁹. Gecikme hâlinde cezaî şart öngörülmesi, işin mahiyeti, yalnız belirli mevsimde kullanılabilen ya da fiyatını hızla düşebilen edimlere ilişkin ticarî satış sözleşmelerinde zımnî kesin vade olduğu söylenebilir⁴⁰⁰. Aynı şekilde, sözleşmenin akdedilmesindeki taraf davranışları, sözleşme müzakereleri, müzakerelere dahil olan e-mail yazışmaları, alıcının satılana ifa gününde kesin bir ihtiyacının olması ve o tarihten sonraki ifanın alıcı tarafından kabul edilmeyeceğinin satıcı tarafından bilinebilir olması da kesin vadenin tespitindeki bağlama noktalarındandır⁴⁰¹. Belirli bir sürenin dolması neticesinde edimin ifasının gerektiği yönündeki anlaşma ile de kesin vade tayin edilebilir⁴⁰². Edimin, sözleşmenin akdedilmesinden itibaren en geç üç ay içerisinde ifa edilmesi gerektiği yönündeki anlaşma buna örnek teşkil eder⁴⁰³. İfa zamanında ihtar aranmaksızın temerrüdün gerçekleşeceğine dair belirleme kesin vadenin varlığı bakımından yeterli değildir⁴⁰⁴. Ancak ticari satış sözleşmesinde kanun koyucu belirli vadeye dair kararlaştırmanın,

Honsell, 48; Lammich, 26; Keller, Siehr, 34; Reisoğlu, 379; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 622; Fischinger, 212; Antalya, 548; Y. 19. HD., 20.12.1993 T., 1992/5875 E., 1993/8741 K.: “Sözleşmede sadece “vadenin belirlenmiş” olması yetmez. Bunun kesin, belirli bir vade olması gerekir. Uygulamada, kesin vade genellikle “en geç” örneğın “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.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

³⁹⁸ Becker, 565; Schenker, 192

³⁹⁹ Zippel, 13; Tandoğan, Mes’uliyet, 500; Iten, 9 vd.; Zippel, 13; Tröger, 27; Keller, Schöbi, 273; Wolff, 23; Celle HGB./ Würdinger, Röhricht, 324; NK. HGB./ Stöber, 2906

⁴⁰⁰ Iten, 10; Bär, 48; Tröger, 9; Zippel, 15; Reinholz, 17; Tandoğan, Mes’uliyet, 500; Schmidt, Karsten, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, München, 2018/ Grunewald, 453 vd.; Ebenroth HGB./ Müller, 328; Staub HGB./ Ingo Koller, 66

⁴⁰¹ Bär, 48; Zippel, 16; Tröger, 27; Becker, 564

⁴⁰² Eckert, Maifeld, Matthiessen, 323

⁴⁰³ Y. 19. HD., 04.12.2014 T., 2014/12594 E., 2014/17513 K.: “ taraflar arasındaki 01.11.2011 ve 17.11.2011 tarihli satış sözleşmesinin kesin vadeye bağlı davacı ediminin ifa edilmemesi sebebi ile haklı sebeple feshedildiğini, sözleşme tarihinin 01.11.2011 olup teslim tarihinin sevkiyat maksimum 45 gün içinde tamamlanacaktır şeklinde belirtildiği” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁴⁰⁴ Walter, 375 vd.

kesin vadeli işlem olarak kabul edileceği karinesini öngörmüştür. Bu ibareler kullanılsa bile, belirli vade var ise karine gereği kesin vade vasfı kazanır.

Kural olarak, “*derhâl*”, “*gecikmeksizin*”, “*uygun bir süre içinde*” gibi ifadeler netlik içermediği için kesin vade olarak kabul edilmez⁴⁰⁵. Sözleşmede “*derhâl*”, “*mutlaka*” gibi ifadeler kullanılması yanında vadede ifa etmeme hâlinde cezai şart kararlaştırılması ya da işin mahiyetinden örtülü kararlaştırma anlaşılabılır⁴⁰⁶. Aynı şekilde, kararlaştırılan tarihte ifa edilmeme hâlinin hükümsüzlük sebebi olarak belirlenmesi durumunda kesin vade söz konusu olur⁴⁰⁷. Sözleşmeden yer alan “belirlenen tarihte borç ifa edilmediğinde, alıcı sözleşmeden dönecektir” düzenlemesi, sonraki ifanın kabul edilmeyeceğine dair irade örtülü olarak kesin vade kararlaştırıldığı biçiminde yorumlanabilir.

Kesin vadenin, sözleşmenin akdedilmesi tarihinden başka bir tarih olması gereklidir⁴⁰⁸. Zira, vadeden söz edebilmek için sözleşme tarihi ile vade tarihi arasında bir zaman aralığının olması gerekir. Kesin vade ile sözleşmenin akdedilmesi arasındaki zaman aralığının az ya da çok olması kesin vade niteliğini etkilemez⁴⁰⁹. Esas olan, vadenin kesin olarak belirlenmesidir. TBK. m. 212/II hükmünde yer alan “*zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan*” ibaresi de sözleşme ile vade tarihinin farklı olması zorunluluğuna işaret etmez. Buradaki belirli bir süre ibaresi vadenin belirli olmasına ilişkindir. Keza, sözleşmenin akdedilmesinden sonra kesin vade tayin edilmesi durumunda TBK. m. 212 hükmü uygulanır⁴¹⁰. Kesin vade, doğrudan ya da TBK. m. 91 vd. hükümlerinde yer alan yorumlayıcı kurallar aracılığıyla dolaylı olarak tayin edilebilir⁴¹¹.

⁴⁰⁵ Tröger, 18 vd.; Keller, Schöbi, 273; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 324; Jauernig BGB./ Stadler, 544; Letti, 260; Fischinger, 212; Jung, 250; Oetker HGB./ R. Koch, 1714; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487; Wolff, 23; Erman BGB. I, Westermann, 1482; MHGB./ Grunewald, 453; Ebenroth HGB./ Müller, 328; Röhricht HGB./ Steimle, Domieden, 1750; Celle HGB./ Würdinger, Röhricht, 323; NK. HGB./ Stöber, 2907; Schlegelberger HGB., 2064 vd.

⁴⁰⁶ Zippel, 16; Reinholz, 18; Tröger, 29 vd.; Tandoğan, Mes’uliyet, 500; Oğuzman, Öz, 566, dn. 2042; Walter, 376

⁴⁰⁷ Iten, 10; Zippel, 12; Tröger, 25; Walter, 376

⁴⁰⁸ Reinholz, 7

⁴⁰⁹ Tröger, 17

⁴¹⁰ Tröger, 36

⁴¹¹ Basler Kom./ Leu, 506

Sözleşmenin akdedilmesi anında seçimlik hakların kullanılabilmesi bakımından tayin edilecek ek süre taraflarca belirlenebilir. TRÖGER'e göre, verilen sürenin dolması neticesinde kesin vadeli işleme ilişkin kurallar uygulanır⁴¹². Tayin edilen sürenin dolmasıyla, aynen ifa imkânı sona erer⁴¹³. Tayin edilen süre içerisinde, satıcının aynen ifa imkânı devam eder.

Diğer taraftan, kesin vadenin sözleşmenin akdedilmesi tarihinde mevcut olması da zorunlu değildir⁴¹⁴. Diğer deyişle, tarafların sözleşmenin akdedilmesinden sonra kesin vade tayin etmesine engel yoktur. Ayrıca, taraflardan birinin sözleşme ilişkisine dair edimin ifasının kesin vadeye tabi olduğuna dair sübjektif beklentisi yeterli değildir⁴¹⁵. Anılan hükümden görüldüğü üzere, tarafların bu yöndeki anlaşması aranır. Bu anlaşmadan olarak, alıcının üstün menfaati, zamanında ifayı zorunlu kılmaktadır⁴¹⁶.

Satış bedelinin peşin ödenmesinin kararlaştırıldığı sözleşme doğrudan kesin vadeli işlem olarak kabul edilemez⁴¹⁷. Nitekim, kesin vadeli işlemin kabulü bakımından edimin ifası yönünden tayin edilen “derhâl ifa” gibi ibareler yeterli değildir. Kesin vadeli işleminden söz edebilmek bakımından, satıcının edimi tam olarak ne zaman ifa etmesi gerektiğinin taraflarca bilinmesi gerekir.

Kesin vadede, belirli vadeden farklı olarak, alıcının gecikmiş edimi ifa olarak kabul etmeyeceği anlaşılır⁴¹⁸. Bu anlamda olmak üzere, satıcının ifa imkânı da ortadan kaldırılır⁴¹⁹. Kesin vade ile satıcı tarafından ifa edilebilirlik ortadan kalkmaktadır.

⁴¹² Tröger, 32

⁴¹³ Tröger, 32; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707

⁴¹⁴ Reinholz, 7

⁴¹⁵ Reinholz, 13

⁴¹⁶ Eckert, Maifeld, Matthiessen, 324

⁴¹⁷ Reinholz, 7; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 324

⁴¹⁸ Tunçomağ, Genel Hükümler, 940; Oğuzman, Öz, 56; Eren Şerh, 2414; Schenker, 193; Basler Kom./ Koller, 1111; Havutcu, 30; Zimmermann, 20; Giger, 192; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 323; SK, 124; Fischinger, 211; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487; Fikentscher, Heinemann, 295; Röchricht, Volker, von Westphalen, Friedrich Graf, Haas, Ulrich, Handelsgesetzbuch Kommentar, 5. neu bearbeitete un erweiterte Auflage, Köln, 2019/ Steimle, Domieden, 1750; Canaris, Claus- Wilhelm, Habersack, Mathias, Schäfer, Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar, Neunter Band, Berlin, 2013/ Ingo Koller, 64; Schlegelberger HGB., 2065; Keskin, 213; Ünlütepe, 277

⁴¹⁹ Keller, Schöbi, 215; Serozan, Borçlar Genel, 231; Olgaç, Direnme, 251; Eren, Borçlar Genel, 1260; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 323; Palandt/ Grüneberg, 359; SK, 124; Amstutz Komm./ Furrer, Wey,

Alıcının ifayı talep hakkı saklıdır⁴²⁰. Satıcının temerrüdü hâlinde, sözleşme kendiliğinden ortadan kalkmaz⁴²¹. Aynı şekilde, bu durumda bozucu şart da söz konusu değildir. Belirli vadede olduğu gibi, vadenin gelmesiyle, ihtar gerekmez, satıcı temerrüde düşer⁴²². İfa zamanı, edimin önemli unsuru hâline gelir⁴²³. Belirli vadeden farklı olarak, seçimlik hakların kullanması için TBK. m. 123 hükmünde zikredilen “*uygun süre*” verilmesi gerekmez⁴²⁴.

Kesin vadenin belirli vadeden ayırt edilmesi noktasında ise, edimin mutlaka belirlenen zamanda ifa edilmesi gereğinin sözleşmeden anlaşılabilir olmasıdır⁴²⁵. Bu belirleme ile ifa zamanı, sözleşmenin önemli bir unsuru olarak, alıcının ifa zamanına dair menfaati objektif olarak sözleşme içeriğine dahil olur⁴²⁶. Keza, kesin vade, ifa zamanından sonraki ifanın alıcının ifa menfaatine hizmet etmeyeceği, bu zamandan

1487; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707; Giger, 25 vd.; Fikentscher, Heinemann, 295; Esser, Schmidt, AG., 317; Ebenroth HGB./ Müller, 327; Röhrich HGB./ Steimle, Domieden, 1750; Staub HGB./ Ingo Koller, 64

⁴²⁰ Tandoğan, Mes’uliyet, 501; Rimle, 155; Basler Kom./ Koller, 1111; Eren, Borçlar Genel, 1260; Eren Şerh, 2414; Schenker, 193; Havutcu, 30; Alacaklının kabulünün ifa imkânsızlığını kaldırmadığı yönünde görüş için bkz. Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707; Giger, 26

⁴²¹ Reinholz, 15

⁴²² Serozan, Borçlar Genel, 231; Tandoğan, Mes’uliyet, 500; Eren, Borçlar Genel, 1260; Havutcu, 30; Y. 23. HD. 06.12.2016 T., 2015/5981 E., 2016/5294 K.: “*Mahkemece bu kabulün aksine BK’nın 117. maddesi yanlış yorumlanarak temerrüt için ayrıca ihtar aranması doğru değildir.*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 28.11.2023)

⁴²³ Zippel, 11; Tröger, 16; Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, 103; Serozan Borçlar Genel, 231; Russenberg, 61; Becker, 564; Eren, Borçlar Genel, 1260; Eren Şerh, 2414; Eren Şerh, 241; Schenker, 192; Giger, 192; Palandt/ Grüneberg, 359; SK, 124; Oetker HGB./ R. Koch, 1714; Gauch AT., 235; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487; Giger, 25; Teichmann, 21; Hirsch, 264; Fikentscher, Heinemann, 295; Brox, Walker, AG., 121; Esser, Schmidt, AG., 317; Brox, Hans, Walker, Wolf- Dietrich, Besonderes Schuldrecht, 43. Aktualisierte Auflage, Nördlingen, 2019, 24; Wolff, 23; AK./ Schwab, 261; Schaeffer, 147; Boujong, Karlheinz, Ebenroth, Carsten Thomas, Joost, Detlev, Ebenroth/ Boujong/ Joost/ Strohn Handelsgesetzbuch, München, 2015/ Müller, 325; Röhrich HGB./ Steimle, Domieden, 1750; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 323 vd.; NK. HGB./ Stöber, 2906; Schlegelberger HGB., 2064; Antalya, 548

⁴²⁴ Serozan, Borçlar Genel, 231; Tandoğan, Mes’uliyet, 500; Bucher, 371; Eren, Borçlar Genel, 1260; Eren Şerh, 2414; Havutcu, 30

⁴²⁵ Oğuzman, Öz, 566; Havutcu, 55

⁴²⁶ Tunçomağ, Genel Hükümler, 941; Nazikoğlu, 675; Havutcu, 55; Basler Kom./ Wiegand, 629; Tröger, 16; MüKo./ Krüger, 767

sonraki ifanın ifa olarak kabul edilmeyeceğine dair bir kararlaştırmadır⁴²⁷. Vadesinden sonra ifanın, alıcının bilinebilir ve önemli menfaatine aykırı olmasının yanı sıra, bu durumun sözleşmenin esaslı bir unsuru olması gerekir⁴²⁸. Dolayısıyla, alacaklının menfaatinin düşmesi ile temerrüt arasında uygun illiyet bağı vardır⁴²⁹. Alıcı kendi lehine olan bu durumdan, gecikmiş ifayı kabul ederek, satıcıya ihtarda bulunarak örtülü olarak feragat edebilir⁴³⁰. Bu takdirde alıcı, geçte olsa gecikmiş ifayı kabul etmekle menfaatine aykırı olmadığını ortaya koymaktadır.

Taraflar arasındaki kesin vadeye ilişkin belirleme, alacağın muacceliyetine ilişkindir⁴³¹. Kural olarak, alacağın ifa edilebilirliğine engel olmaz. Nitekim, TBK. m. TBK. m. 96 hükmü uyarınca satıcı, edimi süresinden, diğer deyişle ifa zamanından önce ifa edebilir.

Doktrinde bir kısım yazarlara göre, finansal dalgalanmalar ya da özel spekülasyonların doğrudan etkisi neticesinde, edimin geç ifası piyasa fiyatında büyük fark yaratıyorsa kesin vade söz konusu olur⁴³². Ancak, CIF, CFR, FOB gibi INCOTERMS klotları, peşinen kesin vadeli işlemin varlığının kabulü bakımından yeterli değildir⁴³³. Denizaşırı satışlar bakımından taşıma rotası ve taşıma araçlarının neden olabileceği gecikmeler her taşıma bakımından mümkündür. Bu nedenle satıcı, buna dair gecikme risklerini alıcıya yüklemek, alıcı da keza, bu riskleri satıcıya yüklemek ister. Bu

⁴²⁷ Cavin, 43; Zippel, 9; Keller, Schöbi, 273; Tunçomağ, Genel Hükümler, 941; Havutcu, 55; Zimmermann, 21; Muthers, 78; Reinicke, Tiedtke, 87; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 323; Einem, Cornelia Von, Der Ersatz von Vertragkosten gemäß § 467 Satz 2 BGB, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1987, 98; Palandt/ Grüneberg, 359; Celle HGB./ Würdinger, Röhricht, 322; Antalya, 548

⁴²⁸ Zimmermann, 26; Schenker, 192; Reinicke, Tiedtke, 87; Walter, 375; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 300; Lammich, 17; Palandt/ Grüneberg, 359; Celle HGB./ Würdinger, Röhricht, 322

⁴²⁹ Zimmermann, 26

⁴³⁰ Bär, 49; Reinholz, 23; Tandoğan, Mes'uliyet, 501

⁴³¹ Zimmermann, 11

⁴³² Iten, 11; Zippel, 16; Reinholz, 17; Zimmermann, 61; Walter, 376; Becker, 564; Oetker HGB./ R. Koch, 1716; Gauch, Peter, Aepli, Viktor, Casanova, Hugo, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Art.1-183), Dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, 1992, 235; MHGB./ Grunewald, 453; Ebenroth HGB./ Müller, 328; Staub HGB./ Ingo Koller, 65; Celle HGB./ Würdinger, Röhricht, 324; Tröger, 28: Yazara göre, yalnızca fiyattaki dalgalanmalar kesin vadenin varlığını kabule yeterli değildir.

⁴³³ Zimmermann, 62; HK-BGB/ Schulze, 557; Oetker HGB./ R. Koch, 1716; MHGB./ Grunewald, 454; Staub HGB./ Ingo Koller, 65; Schlegelberger HGB., 2065

nedenle, bu neviden satışlarda, bu tür menfaat çatışması bakımından, sadece somut olayın koşulları uyarınca, kesin vadeli işlemin varlığı kabul edilemez⁴³⁴. BECKER'e göre, yükleme işlemi mahiyeti gereği kesin vadeli işlem teşkil eder⁴³⁵. Keza, ticari teamül gereği, kesin vade bulunduğu kabul edilebilir⁴³⁶. Kesin vadenin kanuni unsurları dar yorumlanmalıdır⁴³⁷. Kesin vade istisnadır. Şüphe hâlinde, kesin vadenin bulunmadığı kabul edilmelidir⁴³⁸. Yukarıda anılan örneklerde ifa anlamsız hâle gelmemektedir. Zira, kesin vadeli işlem, esasen, ticari hayatın sürat gereği ve borç ilişkisinin hızlı bir şekilde tasfiye edilebilmesi amacıyla öngörülmektedir. Dolayısıyla, gecikmenin alacaklı için mali kayıp/ zarar riski oluşturduğu durumda kesin vadenin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

TBK. m. 212/II hükmü uyarınca *“zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir”*. Anılan hüküm, metinde açıkça söz edilmemesine rağmen, zilyetliğin devri yönünden belirli vade öngörülen ticarî satış sözleşmesinin, kesin vadeli işlem olarak kabul edileceği karinesini içerir⁴³⁹. TBK. m. 212/II hükmünde yer alan karine, mutlak kesin vadeli işleme ilişkin değildir⁴⁴⁰. Vade günü (Verfalltag), son gün (Stichtag) teşkil

⁴³⁴ Zimmermann, 63

⁴³⁵ Becker, 565; MHGB./ Grunewald, 454; NK. HGB./ Stöber, 2907

⁴³⁶ Eckert, Maifeld, Matthiessen, 324; Staub HGB./ Ingo Koller, 67; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 324; Schlegelberger HGB., 2065

⁴³⁷ Reinholz, 18

⁴³⁸ Reinholz, 20; Bucher, 358 vd.; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487

⁴³⁹ Keppler, 11; Lemp, 29; Becker, 566; Tandoğan, Borçlar Özel, 133; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 953; Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, 249; Yavuz, 130; Schenker, 156; Giger, 192; Gauch BT., 29; Altherr, Brem, Bühlmann, 195; Öz, Borçlar Özel/ Sütçü, 77; Gümüş, 42; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707; Doğan, Şahan, Atamulu, 295; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 77; Y. 23. HD., 06.12.2016 T., 2015/5981 E., 2016/5294 K.: *Taraflar arasındaki sözleşme ile eki teklifte, teslim tarihi kesin olarak belirlenmiştir. Temerrüt için ayrıca ihtar gerektiğine dair sözleşmede bir hüküm de bulunmamasına göre ticari işlerde teslim süresinin geçmesiyle temerrüt gerçekleşir.* (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 28.11.2023)

⁴⁴⁰ Basler Kom./ Koller 1111; Gümüş, 42

eder⁴⁴¹. TBK. anlamında ticari satış sözleşmesinde yer alan belirli vadeli işlemin, kesin vadeli işlem olarak kararlaştırılmadığı yönündeki iddiayı ispat yükü satıcıdadır⁴⁴².

İşviçre doktrinindeki bir kısım yazarlara göre, OR. Art. 190 (TBK. m. 212) hükmü kesin vadeli işlem karinesi değil, aynen ifadan vazgeçmeye dair bir karine içermektedir⁴⁴³. Bu karineni aksine olarak diğer seçimlik hakların kullanılması, gecikmeksizin bunun bildirilmesi ile mümkündür⁴⁴⁴. Anılan düzenleme kapsamında, taraflar, süratli bir biçimde kesin olarak erişeceği hukuki konumlarını bilmektedir⁴⁴⁵. Ticari satış sözleşmesinde vazgeçmenin süratle gerçekleşebilmesi ve hükmün “sürat” amacına ulaşabilmesi bakımından kanun koyucunun aynı zamanda kesin vadeli işlem karinesi öngördüğünü söylemek mümkündür⁴⁴⁶. Aksi yorum, düzenlemenin sürat amacına aykırı düşer ve aşırı şekilcilik teşkil eder. Bu düzenleme, aynen ifa yerine, zarar giderim talebinin tercih edildiği karinesini de ihtiva eder⁴⁴⁷. TBK. m. 212 hükmündeki kesin vadeli işlem karinesinin uygulanabilmesi bakımından, karine temeli olan, satıcının zilyetliğinin devri yönünden kararlaştırılan belirli vadenin varlığını ispat yeterlidir⁴⁴⁸. TBK. m. 124/III hükmünde yer alan belirli vadeden söz edilmektedir⁴⁴⁹.

Tarafların, satıcının temerrüdü hâlinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı, yalnızca olumlu zarar talep edilebileceğini kararlaştırması

⁴⁴¹ Keppler, 11; Tröger, 16

⁴⁴² Lemp, 29; Basler Kom./ Koller, 1112; Becker, 566; Altherr, Brem, Bühlmann, 195; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 77

⁴⁴³ Keppler, 12; Basler Kom./ Koller, 1112; Keller, Siehr, 34

⁴⁴⁴ Keller, Siehr, 36; Öz, Borçlar Özel/ Sütçü, 78

⁴⁴⁵ Keller, Siehr, 36; Tandoğan, Borçlar Özel, 135; Olgaç, Direnme, 251; İşeri, 646

⁴⁴⁶ Keppler, 12; Lemp, 74; Tandoğan, Borçlar Özel, 135; Basler Kom./ Koller, 1112; Giger, 189; NK. HGB./ Stöber, 2904; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 77 vd.

⁴⁴⁷ Keppler, 12; Lemp, 34; Rimle, 155; Cavin, 44; Oftinger, Karl, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1969, 150; Serozan, Dönme, 249; Yavuz, 141; Basler Kom./ Koller, 1112; Schenker, 210; Giger, 191; Honsell, 48; Gauch BT., 30; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707

⁴⁴⁸ Keppler, 11; Giger, 195; HMK m. 190/II madde gerekçesinde belirtildiği üzere, “*karine söz konusu olduğunda, karine temeli ile karine sonucunu birbirinden ayırt etmek gerekir. Karineye dayanan taraf, sadece karine sonucunu ispat yükünden kurtulmuş olur, ancak karine temelini ispat etmek yükü altındadır*”.

⁴⁴⁹ Giger, 195

durumunda kesin vade varlığını korur⁴⁵⁰. TBK. m. 212 hükmünün aksine olarak, tarafların, alıcının gecikmeksizin aynen ifa talebinde bulunmaması durumunda, aynen ifanın mümkün olduğunu kararlaştırması mümkündür⁴⁵¹. Alıcının gecikmiş ifayı kabul etmesi, örtülü olarak bu durumun kararlaştırıldığını gösterir. Bu durumda, taraflar, ifa zamanının sözleşmenin esaslı bir unsuru olmasından vazgeçmektedir. Bu takdirde, TBK. m. 212 hükmü dışlanır, temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanır⁴⁵². Alıcının gecikmiş ifayı kabul etmesi durumunda, zilyetliğin devrinde ihtirazi kayıt ile teslim alma neticesinde, temerrüdün ve kesin vadenin (örneğin temerrüt faizinin kesin vade tarihinde ihtar aranmaksızın işlemeye başlaması) hukuki sonuçları varlığını korur. Dolayısıyla, genel hükümlerin uygulandığı şeklinde peşin bir ön kabul ile hareket edilmemelidir.

Tarafların aynen ifa imkânının bulunduğu dair anlaşması kesin vadeli işlemin mevcut olmadığını gösterir⁴⁵³. Sözleşmenin içeriğinden de kesin vadeli işlem olmadığı tespit edilebilir. Keza, satıcının temerrüdünde, alıcının süre tayin etmesi hâlinde kesin vadeli işlem olmadığı anlaşılır⁴⁵⁴.

BÄR'e göre, OR. Art. 190 hükmü karine değil, bir yorum kuralı içermektedir⁴⁵⁵. Buna göre, kanun koyucu, tarafların zilyetliğin devri bakımından belirli vade kararlaştırdıkları ticari satış sözleşmesinde, taraf iradesini, kesin vade kararlaştırıldığı yönünde yorumlamaktadır. Diğer taraftan, belirli vade yerine doğrudan kesin vade tayin edilmesine bir engel yoktur⁴⁵⁶.

TBK. m. 212 hükmü satıcının zilyetliğini devir borcunda temerrüt bakımından getirilmiş bir düzenlemedir. TBK. m. 212 hükmünün uygulanabilmesi adına, mesleki faaliyet kapsamında olarak kazanç sağlama amacının ve belirli vadenin ispat edilmesi

⁴⁵⁰ Reinholz, 22

⁴⁵¹ Cavin, 46

⁴⁵² Cavin, 46

⁴⁵³ Giger, 197

⁴⁵⁴ Giger, 198

⁴⁵⁵ Bär, 59 vd.; Tröger, 60; Zimmermann, 30 vd.; Bu görüşteki yazarlar için bkz. Bär, 60, dn. 71; Alman Hukuku açısından aynı sonuca ulaşan Reinholz, 20

⁴⁵⁶ Bär, 58

gereklidir⁴⁵⁷. İspat yükü alıcı üzerindedir⁴⁵⁸. Somut olayın özelliklerine göre, sipariş miktarı, ticari satış olduğu yönünde karine teşkil edebilir⁴⁵⁹. Söz konusu karine, adi karinedir⁴⁶⁰. Dolayısıyla, aksinin ispatı mümkündür⁴⁶¹. Aksini ispat yükü ise, bu durumdan lehine hak çıkaran satıcı üzerindedir⁴⁶². Aksini ispat noktasında, TBK. m. 212’de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksini ispat faaliyeti, tarafların kesin vadeli işlemi kabul etmedikleri yönündeki açık iradesinin ya da somut olaydan anlaşılan taraf iradelerinin ispatı ile gerçekleşir⁴⁶³. Alıcının açıkça aynen ifade ısrar etmesi, ifa için satıcıya başkaca bir zaman belirlemesi, taraflar arasında önceki iş ilişkisi ya da aynen ifa için ek süre tayini bu duruma örnek gösterilebilir⁴⁶⁴. Her iki tarafın tacir olduğu işlemler bakımından, ticari teamül OR. Art. 190 (TBK. m. 212) hükmündeki karinenin yerini alabilir⁴⁶⁵. Dolayısıyla, anılan hüküm emredici değildir. Aksi yöndeki görüşe göre, TBK. m. 212/II hükmü uyarınca, alıcının aynen ifadan vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep ettiği şeklindeki karinenin aksi ispat edilemez⁴⁶⁶. Zira satıcı, satılanı alıcının emrine hazır tutmak konusundaki belirsizlikten ari tutulmalıdır. TBK. m. 212/III (OR. Art. 190/II) de bu görüşü desteklemektedir.

TBK. m. 212/II hükmünün amacı, ticarî satış sözleşmesinin çabukluk ve açıklığına ilişkindir⁴⁶⁷. Zira, satış bedelinin süratle artması söz konusu olabilir. Bu anlamda olmak üzere, anılan düzenleme kesin ve güvenli bir çözüm getirmektedir⁴⁶⁸. Bu düzenleme sayesinde alıcının, satıcının temerrüdüne dair haklarını kullanabilmek için

⁴⁵⁷ Keppler, 23; Bär, 60; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1488

⁴⁵⁸ Bär, 52; Zippel, 22 vd.; Zimmermann, 70; Tröger, 41; Gauch BT., 29

⁴⁵⁹ Bär, 55

⁴⁶⁰ Keppler, 11; Bär, 52; Giger, 190; Öz, Borçlar Özel/ Sütçü, 77; Gümüş, 42

⁴⁶¹ Bär, 52; Gauch BT., 29; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016, 324; Yavuz, 140

⁴⁶² Keppler, 12; Bär, 47; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 953

⁴⁶³ Keppler, 13; Bär, 52

⁴⁶⁴ Keppler, 13; Zippel, 16; Basler Kom./ Koller, 1113 vd.

⁴⁶⁵ Bär, 62; Basler Kom./ Koller, 1113 vd.; İstanbul 17. ATM. 08.07.2020 T., 2018/343 E., 2020/126 K.: “212.madde hükmünün aksine sözleşme yapılmasının mümkün ve geçerli olduğu”

⁴⁶⁶ Bär, 52

⁴⁶⁷ Cavin, 43; Keppler, 11; Tandoğan, Borçlar Özel, 135; Serozan, Dönme, 249; Keller, Siehr, 33

⁴⁶⁸ Keppler, 11; Keller, Siehr, 33; Tandoğan, Borçlar Özel, 135

ihbar şartını yerine getirmesi ve ek süre tanınması gerekmez⁴⁶⁹. Böylelikle alıcı, ek süreyi beklemeksizin, malı başka yerden temin edebilir⁴⁷⁰. Nitekim, bu türden sözleşmede, esas olarak, alıcının, edimin sonradan ifa edilmesinde (nachträglichen Erfüllung) menfaati bulunmamaktadır⁴⁷¹.

Ticari satış sözleşmesi bakımından, kural olarak geçerli olan aynı anda ifa kuralı bakımından kesin vadenin irdelenmesi gerekir. Alıcının bedel ödeme borcu yönünden kararlaştırılan kesin vade satıcının zilyetliğin devri borcu yönünden kesin vadenin kabulü açısından yeterli değildir⁴⁷². Bu kesin vadenin tek sonucu, ödemezlik def'inin kullanılması noktasındadır. Diğer deyişle, kesin olduğu fark etmeksizin bir ödemezlik def'i öne sürülebilir. Bu takdirde, satıcının edimi yönünden temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanır.

Diğer taraftan, bölünebilir edime ilişkin ticari satış sözleşmesinde, edimin bir kısmı yönünden kesin vade kararlaştırılması mümkündür⁴⁷³. Bu takdirde, kesin vadeye ilişkin kurallar, edimin tamamı bakımından değil, yalnızca kesin vade öngörülen kısım bakımından uygulanır.

2.2.1.2.4.2.2. Satılanın Gönderilmesi Gereken Durumlarda Kesin Vade

Satılanın gönderilmesine dair, TBK. m. 212 hükmünün uygulanma şartlarını irdelemek gerekir. TBK. m. 212 hükmünde zilyetliğin devri için belirli bir süre öngörülmüş ticari satış sözleşmesinde temerrütten bahsedilmektedir. Bu noktada, satılanın gönderilmesinde, yükleme zamanı mı yoksa gönderme zamanında mı belirli vade tayin edildiğinin tespiti gerekir. Aynı zamanda, satılanın zilyetliğinin göndericiye mi alıcıya mı devri bakımından belirli vade öngörüldüğü belirlenmelidir. Bu tespit, ifa yeri belirleyici rol oynar⁴⁷⁴. TBK. hükümlerinde satış sözleşmesi yönünden ifa yerine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, TBK. m. 89 hükmü uygulanır. Bu tespit, ifa yerine dair hükümlerin düzenleyici olduğu gözetilerek⁴⁷⁵,

⁴⁶⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, 135; Serozan, Dönme, 250

⁴⁷⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, 135; Cavin, 43; Keller, Siehr, 33

⁴⁷¹ Cavin, 43

⁴⁷² Tröger, 40

⁴⁷³ Zippel, 22

⁴⁷⁴ Keppler, 25; Bär, 57; Zippel, 14

⁴⁷⁵ Eren, Borçlar Genel, 1067

taraf iradeleri, ticari teamül ya da somut olayın koşullarından hareket etmek gerekir⁴⁷⁶. KEPPLER'e göre şüphe hâlinde, edim fiili esas alınmalıdır. Ancak, ticari satış sözleşmesinde inceleme konusu itibariyle satıcının edimi edim sonucu olarak borçlanıldığı için bu tartışma konumuzda değer taşımamaktadır.

Satılanın gönderilmesinin kararlaştırıldığı ticari satış sözleşmesinde ifa, satıcının satılanı göndermesi şeklindeki edim fiili ile değil, satılanın alıcının zilyetlik ve mülkiyetine geçmesi ile gerçekleşir⁴⁷⁷. Nitekim, satıcı, edimin fiilini değil, edim sonucunu üstlenmiştir⁴⁷⁸. Dolayısıyla, edim konusunun taşıyıcıya teslimi yeterli değildir⁴⁷⁹. Taşıyıcı tarafından alıcıya teslim ile edim sonucu gerçekleşir⁴⁸⁰. Aksi yöndeki görüşe göre, satılanın, zamanında ve doğru vasıta ile gönderilmesi ile ifa yerine getirilir⁴⁸¹. Dolayısıyla, bu görüşe göre, gönderme satımında gönderme yeri, ifa yeri olarak kabul edilir⁴⁸². TBK. m. 212 bakımından, zilyetliğin devrinden söz edilmesi ve ticari satış sözleşmesinde satıcının edim sonucunu üstlenmesi nedeniyle, taşıyıcıya teslim TBK. m. 212 anlamında değer taşımaz. Anılan hükümde satış sözleşmesinde satıcının ifası, diğer deyişle mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devri borcundan bahsedilmektedir.

TBK. m. 212 hükmünde “*zilyetliğin devri*” ibaresinin tercih edilmesi karşısında, anılan hükmün gönderme anına dair belirli vade tayininde uygulanabilmesi imkânını değerlendirmek gerekir⁴⁸³. Bu değerlendirmede, TBK. m. 124/I, b. 3 hükmü de göz ardı edilmemelidir⁴⁸⁴. Anılan düzenlemede, belirli zamanın “*borcun ifası*” bakımından tayin edilmesinden söz edilmiştir. Ayrıca, ticari satış sözleşmesinin mahiyeti gereği, OR. deyimiiyle “*ticari alışveriş*” kavramının amacı kapsamında, metnin uygulama kapsamı genişletilmelidir⁴⁸⁵. Satılanın gönderilmesinin kararlaştırıldığı ticari satış sözleşmesinde, kural olarak, satıcının zilyetliğin devri borcu yönünden belirli vade

⁴⁷⁶ Keppler, 26; Bär, 57; Zippel, 13; Reinholz, 17

⁴⁷⁷ Keppler, 26; Tröger, 29; Eren, Borçlar Genel, 1066; Reinicke, Tiedtke, 70

⁴⁷⁸ Reinicke, Tiedtke, 70

⁴⁷⁹ Reinicke, Tiedtke, 70; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 106 vd.

⁴⁸⁰ Reinicke, Tiedtke, 70

⁴⁸¹ Giger, 170; Palandt/ Grüneberg, 354

⁴⁸² Keppler, 26; Reinholz, 10; Tröger, 29; Giger, 70

⁴⁸³ Keppler, 26; Bär, 55

⁴⁸⁴ Keppler, 27

⁴⁸⁵ Keppler, 27

tain edilmesi durumunda, TBK. m. 212/II hükmü uyarınca kesin vade karinesi geçerlidir⁴⁸⁶. KEPPLER'e göre, ticari satış sözleşmesinde gönderme yeri, TBK. m. 212 (OR. Art. 190) hükmünün uygulanması bakımından, aksine anlaşma yok ise, ifa yeri olarak kabul edilir⁴⁸⁷. Aynı şekilde, varma yerinin de ifa yeri olarak kabul edilmesine ve buna ilişkin belirli vade hâlinde TBK. m. 212 hükmünün uygulanmasına engel bulunmamaktadır⁴⁸⁸. SCHENKER'e göre, ifa menfaati malın varmasıyla gerçekleştiği hâlde, göndermeye ilişkin belirli vade tayin edilmesi durumunda, vadesinde göndermeme hâlinde temerrüt gerçekleşir⁴⁸⁹. Akreditif ile satış sözleşmesinde, kıymetli evrakın belirli vadede tesliminin öngörülmesi durumunda, TBK. m. 212 hükmü uygulanır⁴⁹⁰. Satılanın gönderilmesinin kararlaştırıldığı ticari satış sözleşmesinde, gönderme anı bakımından belirli vade tayin edilmesi durumu, TBK. m. 212 kapsamına girer⁴⁹¹.

TBK. m. 212 hükmü ticari satış sözleşmesinde, satıcının edim sonucunu üstlenmesi nedeniyle, zilyetliğin devri borcu bakımından kesin vade tayin edilmesi durumunda uygulanır. Satılanın gönderilmesinin kararlaştırıldığı ticari satış sözleşmesinde ifa yeri, gönderme yeridir. Tarafların gönderme anı bakımından TBK. m. 212 kapsamında olarak kesin vade tayin etmesine engel yoktur. TBK. m. 124/1, b. 3 hükmüne kıyasen de kesin vade tayin edilebilir. TBK. m. 212 hükmünde zilyetliğin devri bakımından belirli vade kararlaştırılmasına kesin vade karinesi öngörülmüştür. Satılanın gönderilmesinde zilyetlik, kural olarak, satılanın alıcıya teslimi ile gerçekleşir. Tarafların zilyetliğin devri hususunda farklı anlaşma yapmasına engel yoktur.

⁴⁸⁶ Bär, 56; Zippel, 14; Cavin, 44; Tandoğan, Borçlar Özel, 133; Basler Kom./ Koller, 1113; Giger, 196; Gauch BT., 30; Y. 19. HD. 18.04.2016 T., 2015/15653 E., 2016/6696 K.: “818 sayılı BK'nun 187.(6098 sayılı TBK'nun 212.) maddesi uyarınca ticari satış sözleşmelerinde malın teslim süresi belli değilse satıcının temerrüde düşürülmesi gerekir” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023); İzmir 2. ATM. 18.01.2022 T., 2015/719 E., 2022/49 K.: “Beton Sözleşmesi” başlıklı sözleşme içeriğinde, davalının mal teslim borcunun belirli bir vadeye bağlanması söz konusu olmadığından, TBK m. 212/2 hükmü anlamında “zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan bir ticari satış” söz konusu değildir ve bu sebeple bahsi geçen TBK m. 212-213 hükümlerinin dava konusu olayda uygulanması da mümkün değildir” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023)

⁴⁸⁷ Keppler, 27; Basler Kom./ Koller, 1113; Bucher, 305

⁴⁸⁸ Keppler, 278; Aksi yönde görüş için bkz. Reinholz, 11

⁴⁸⁹ Schenker, 36; Lammich, 53

⁴⁹⁰ Basler Kom./ Koller, 1113

⁴⁹¹ Giger, 195 vd.; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707

Tarafların zilyetliğin teslim dışındaki hâller ile devrinin gerçekleşeceğini öngörmesi durumunda, satılanın gönderilmesi bakımından, gönderme anına dair kesin vade tayin edilmesi ve buna TBK. m. 212 hükmünde yer alan karinenin uygulanma olanağı yoktur. Zira, satılanın gönderilmesi ifaya hazırlık faaliyetidir.

2.2.1.2.4.2.3. Mutlak Kesin Vade

Mutlak kesin vadeden sonraki ifanın kabul edilmesi durumunda, akdedilmiş sözleşmenin ifası değil, yeni bir sözleşmenin akdedilerek ifası söz konusu olur⁴⁹². TRÖGER'e göre, taraflarca kesin vade kararlaştırılması durumunda, vadenin geçmesiyle sözleşmeye uygun ifa mümkün değildir⁴⁹³. Bu takdirde, imkânsızlık hükümleri uygulanır. İfa zamanının sözleşmenin içeriğine göre önemi, alacaklının menfaati bakımından esaslı unsur olmasına göre belirlenir⁴⁹⁴. Bir görüşe göre, tarafların sözleşmedeki amacının dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanması suretiyle tespit edilir⁴⁹⁵. Hukukumuz bakımından mutlak kesin vade teşkil eden işlemlerin çoğunluğu TBK. m. 124/I, b. 2 kapsamında yer almaktadır.

Mutlak kesin vade kavramının İsviçre/ Türk Hukuku bakımından irdelenmesi gerekir. Zamanın dolmasıyla, örneğin satılana ilişkin ihracat yasağının getirilmesi durumunda imkânsızlığa ilişkin TBK. m. 136 (OR. Art. 119) hükmü uygulanır⁴⁹⁶. Genel olarak, edimin sonradan ifası mümkündür. İfa engelinin sürekli olduğu durumda imkânsızlık söz konusu olur⁴⁹⁷. Tarafların, sonraki ifanın kabul edilmeyeceği yönünde anlaşmasının olup olmadığı irdelenmelidir⁴⁹⁸. İmkânsızlık geçici ve sonradan ifa mümkün ise temerrüt hükümleri uygulanır⁴⁹⁹. Bu hâlde sözleşmeden dönmek adına, kural olarak, satıcıya süre verilmesi gerekir⁵⁰⁰. Belirli bir sürenin geçmesi ya da

⁴⁹² Tröger, 10; Basler Kom./ Wiegand, 566: Kesin vadeden sonraki ifa edilebilirlik, sözleşmenin ifası teşkil etmez.

⁴⁹³ Tröger, 11; Basler Kom./ Wiegand, 566; Palandt/ Grüneberg, 359

⁴⁹⁴ Zimmermann, 122; Boels, Robert, Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit, Frankfurt am Main, 2009, 51; Palandt/ Grüneberg, 359; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487; Celle HGB./ Würdinger, Röhricht, 325

⁴⁹⁵ Palandt/ Grüneberg, 414

⁴⁹⁶ Basler Kom./ Wiegand, 566; Becker, 464 vd.; Schenker, 8

⁴⁹⁷ Becker, AB., 465

⁴⁹⁸ Becker, AB., 465; Palandt/ Grüneberg, 414

⁴⁹⁹ Becker, AB., 465; Palandt/ Grüneberg, 413 vd.

⁵⁰⁰ Becker, AB., 465

belirlenen tarihte borcun ifasının kabul edilmeyeceğine dair kararlaştırmanın mutlak kesin vadeli işlemde ayırt edilmesi gerekir. Bu şekildeki kararlaştırma, TBK. m. 124/I, b. 3 hükmünde açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla bu durumda, temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir⁵⁰¹. Bu anlaşma ile borcun o tarihten sonra ifa edilemeyeceği kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla, o tarihte ifa “aslında” mümkündür⁵⁰². Kesin vadenin bulunduğu durumda alıcının edimin derhâl ifasında özel menfaatinin bulunması aranmaz⁵⁰³.

Diğer taraftan, vadeden sonraki ifanın, alıcının esaslı ifa menfaatine göre, onu tatmin etmemesi hâlinde imkânsızlık hükümleri uygulanamaz⁵⁰⁴. Diğer deyişle, bu hâlde, TBK. m. 124/I, b. 2 uyarınca temerrüt sonucunda borcun ifasının alacaklının bakımından yararsız olması hâli mevcuttur. Anılan ihtimâlin temerrüde ilişkin hükümlerde açıkça düzenlenmiş olması karşısında, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekir⁵⁰⁵.

Nispi kesin vadeli işlemde, taraflarca kararlaştırılan vade tarihi alıcı bakımından önemli olmakla beraber, bu tarihten sonra aynen ifa mümkündür. Ancak, bu ifa sözleşmeye uygun bir ifa olmayacak, temerrüdün hukuki sonuçları ihtar ve süre verilmesine gerek bulunmaksızın meydana gelecektir. Mutlak kesin vadeli işlemde ise kararlaştırılan vadeden sonraki ifa imkânsızdır. İfa zamanı edimin bir unsurunu teşkil eder.

Edimin ifasının alıcı bakımından yararsız olması, temerrütten sonra borcun ifasının alıcı bakımından yarar sağlamaması anlamına gelir. Mutlak kesin vadeli işlem bulunması hâlinde ise temerrütten sonra edimin ifasına olanak bulunmamaktadır. Diğer deyişle, geç de olsa edimin ifası mümkün değildir. Ancak, hukuki anlamda imkânsızlıktan yine de söz edilemez.

⁵⁰¹ Schenker, 8

⁵⁰² Schenker, 8

⁵⁰³ MHGB./ Grunewald, 455

⁵⁰⁴ Schenker, 9

⁵⁰⁵ Schenker, 9

2.2.1.2.4.3. Taraflarca İhtar Gerek Olmadığının Kararlaştırılması

TBK. m. 117 hükmü emredici olmadığından, sözleşmede ihtar aranmaksızın satıcının mütemerrit olacağı kararlaştırılabilir⁵⁰⁶. Keza, borçlunun tek taraflı olarak ihtar şartından vazgeçmesi durumunda da ihtar gerek yoktur⁵⁰⁷.

2.2.1.2.4.4. Dürüstlük Kuralı Uyarınca İhtarın Gerekmemesi

TMK. m. 2 hükmü uyarınca satıcının bulunduğu durumdan veya tutumundan ihtarın gerekmediği anlaşılıyorsa temerrüt “ihtarsız” gerçekleşir. Esasen, TBK. m. 124’te düzenlenen, *“Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa”* hükmüne kıyasen de ihtar şartı aranmaksızın satıcı mütemerrit olur⁵⁰⁸. Zira, bu hüküm de dürüstlük kuralının özel bir görünümüdür. Alman Hukukunda BGB. § 286/III hükmünde bu durum ihtar aranmaksızın temerrüt hâli olarak düzenlenmiştir.

VON TUHR’a göre, ihtarın amacından yola çıkarak, satıcının temerrüdü açısından ihtar şartı aranması iyi niyet kurallarına aykırı düşerse, bu takdirde ihtar gerekmezsiniz satıcı mütemerrit olur⁵⁰⁹. Aynı şekilde, somut olayın koşullarına göre, satıcı, edimi ne zaman ifa etmek mecburiyetinde olduğunu bilebiliyorsa ihtar şartı aranmaz⁵¹⁰. Taraf menfaatlerinin tartılması neticesinde, temerrüdün derhâl gerçekleşeceği kabul edilir ise ihtar aranmaz⁵¹¹. İhtar, satıcıdan edimin ciddi ve anlaşılır bir şekilde talep edilmesi iken, edimin ifasından kaçınacağını belirten satıcının ihtarı aranmamalıdır⁵¹².

⁵⁰⁶ Basler Kom./ Wiegand, 608; Barlas, 60; Havutcu, 31; Schmid, 73; MüKo./ Ernst, 1148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 496; BGB. § 286 hükmü emredici değildir.

⁵⁰⁷ MüKo./ Ernst, 1148; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463; Becker, AB., 530; HK-BGB/ Schulze, 398

⁵⁰⁸ Basler Kom./ Wiegand, 607; von Büren, 372; Havutcu, 30; Lammich, 36; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 397; SK, 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 496; MüKo./ Ernst, 1148; Jauernig BGB./ Stadler, 380; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463; Hirsch, 242; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 918; Yazarlara göre, anılan hükme kıyasen değil, dürüstlük kuralı uyarınca bu sonuca varılır.; Benzer yönde bkz. Antalya, 495; Doğan, Şahan, Atamulu, 284 vd.; Ünlütepe, 257

⁵⁰⁹ von Tuhr, 610; Barlas, 62; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1463

⁵¹⁰ von Tuhr, 610; Tandoğan, Mes’uliyet, 477; Oğuzman, Öz, 499; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 918; Basler Kom./ Wiegand, 607

⁵¹¹ HK-BGB/ Schulze, 397; Palandt/ Grüneberg, 415: Yazar, duruma örnek olarak, edimin ifasındaki aciliyeti vermektedir.

⁵¹² Oğuzman, Öz, 499; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1485 vd.

Satıcı, ihtarla muhatap olmaktan kaçınır ya da ihtarla engel olursa, TBK. m. 175/I hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle ya da TMK. m. 2 uyarınca, ihtarın hukuki sonuç doğurduğu kabul edilebilir⁵¹³. Satıcının satılanı teslim etmek üzere yola çıktığını veya taşıyıcı ile gönderdiği alıcıya bildirerek alıcının ihtarına engel olması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Nitekim, bu takdirde satıcının korunmasına gerek yoktur⁵¹⁴.

Satıcı, edimi ifa etmeyeceğini açıkça bildirmiş ve somut olayın koşullarından ihtarın faydasız olacağı anlaşılırsa, ihtarla gerek olmadığından temerrüt muacceliyet tarihinde gerçekleşir⁵¹⁵. BGB. § 286/II, b. 4 hükmünde bu durum açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükümde, taraf menfaatlerinin tartılması neticesinde ihtarın gereksiz olması durumu öngörülmüştür. Ancak, muacceliyet tarihinden önce satıcının ifa etmeyeceğine dair beyanı esas alınmaz, zira satıcı muacceliyet tarihine kadar fikrini değiştirebilir⁵¹⁶. Kesin vadeli işlemin bulunması hâlinde, istisnaen, muacceliyet öncesi sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir⁵¹⁷. Hukukumuz bakımından açık düzenleme aranmaksızın ve hatta TBK. m. 124 hükmü kapsamında olarak, taraf menfaatlerinin tartılması sonucu satıcının ihtar aranmaksızın temerrüde düşeceği söylenebilir.

2.2.1.2.5. İhtarla Rağmen Edimin İfa Edilmemesi

Satıcı, satılanın zilyetliğini devir amacıyla mülkiyeti geçirme borcunu zamanında ifa etmez ise mütemerrit olur ve alıcı seçimlik haklarını kullanabilir. Zamanında ifa etmemek, alıcının ihtarına veya belirli ya da kesin vadeye rağmen edimin yerine

⁵¹³ von Tuhr, 611; Becker, 530; Tunçomağ, Genel Hükümler, 908; Arslanlı, 354; Barlas, 65; Basler Kom./ Wiegand, 607; Reinicke, Tiedtke, 98; Schmid, 75; Lammich, 37; Palandt/ Grüneberg, 416; SK, 148; SMG Hirse/ Hirse, 42; Kuhlmann, 287; Antalya, 495

⁵¹⁴ von Tuhr, 611; Tunçomağ, Genel Hükümler, 908; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 303; Lammich, 36

⁵¹⁵ von Tuhr, 611; Oğuzman, Öz, 499; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 918; Nazikoğlu, 663; von Büren, 372; Barlas, 63; Basler Kom./ Wiegand, 607; Ehrat, 85; Schmid, 17; Lammich, 36; Eren Şerh, 2361; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 397; SK., 148; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 497; Jauernig BGB./ Stadler, 380; SMG Hirse/ Hirse, 43; Petersen, 132; Hirsch, 242; Fikentscher, Heinemann, 282; Brox, Walker, AG., 267; AK./ Schulte, Nölke, 414; Antalya, 495

⁵¹⁶ von Tuhr, 611; Reinicke, Tiedtke, 98; Aksi yönde görüş için bkz. Antalya, 496

⁵¹⁷ Walter, 377

getirilmemesidir⁵¹⁸. Edimin ifa edilmemesinden, ifada gecikme anlaşılır⁵¹⁹. Borcun ifa edildiğini ispat yükü satıcıdadır⁵²⁰.

TBK. m. 117/I hükmü uyarınca alıcının ihtarı ile satıcı doğrudan temerrüde düşmez. Satıcının edimini ifa etmesi için gereken uygun süre içinde ifada bulunmaması ile mütemerrit olur⁵²¹. Muaccel edimin borçlusu olan satıcı edimi ne zaman yerine getireceğini bilmiyorsa, bu durumda satıcıya dürüstlük kuralı gereği makul süre tanınarak bu makul “*reaksiyon süresi*” sonunda mütemerrit olduğu kabul edilmelidir⁵²². Süreli ihtar veya belirli ya da kesin vade olması durumunda satıcı, belirlenmiş ifa zamanında edimi yerine getirmezse, ayrıca “*reaksiyon süresi*” tanınmasına gerek olmaksızın, mütemerrit olur⁵²³.

2.2.1.2.6. İfa Etmemenin Borca Aykırılık Teşkil Etmesi

Temerrüdün oluşması bakımından, ifa etmeme borca aykırılık teşkil etmelidir⁵²⁴. Muacceliyet, kural olarak, doğrudan edimin kendiliğinden yerine getirilmesini gerektirmez⁵²⁵. Alıcının edimin ifasını talep etmesi neticesinde borca aykırılık gerçekleşir. Ancak kesin ve belirli vadeli sözleşmelerde, satıcının edimi ifa etmesi gereken muacceliyet anına denk düşen zamanda borca aykırılık gerçekleşir⁵²⁶. Nitekim bu hâlde, satıcının edimini kendiliğinden yerine getirmesi gerekir: Ayrıca alıcı ihtarı aranmaz. Keza, borcun zamanında ifa edilmemesi ifa modalitelerinden zaman unsuruna aykırılık, diğer deyişle borca aykırılık teşkil eder⁵²⁷.

⁵¹⁸ Havutcu, 31

⁵¹⁹ Muthers, 63

⁵²⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 913

⁵²¹ Havutcu, 31

⁵²² Havutcu, 31, dn. 48; Antalya, 488

⁵²³ Havutcu, 31

⁵²⁴ Serozan, Borçlar Genel, 218; Eren Şerh, 2362; Havutcu, 31; Lammich, 13; Guhl, 251

⁵²⁵ Eren, Borçlar Genel, 1242; Eren Şerh, 2363; Havutcu, 31

⁵²⁶ Eren, Borçlar Genel, 1242; Eren Şerh, 2363; Havutcu, 32

⁵²⁷ Eren, Borçlar Genel, 1242; Eren Şerh, 2363; Basler Kom./ Wiegand, 603

2.2.1.2.6.1. Alıcının Mütemerrit Olmaması

Alıcının alacaklı sıfatıyla temerrüdü, satıcının temerrüdünü önler⁵²⁸. Diğer deyişle, TBK. m. 106 vd. hükümleri uyarınca, alacaklı sıfatıyla alıcının temerrüdü söz konusuysa satıcının zamanında ifa etmemesi temerrüt teşkil etmez. Alacaklı sıfatıyla alıcının, ifa teklifini kabule hazır olmaması veya edimin ifasına dair hazırlık fiilleri yapması gereken hâllerde bunu yerine getirmemesi durumunda alacaklı temerrüdü söz konusu olur⁵²⁹.

Satıcının borcu, kural olarak, aranacak borçtur. Aranacak borçlarda, alacaklı, ifa yerinde, satılanı kabule hazır bulunmalıdır⁵³⁰. Edimin ifasının teklif edilmesi bakımından, alıcıya bildirim yeterlidir⁵³¹. Satıcının mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devri borcunun, TBK. m. 208/III hükmünde bahsedildiği üzere, gönderilecek borç olarak kararlaştırılması hâlinde, ifa yeri borçlanılan edimi gönderme yeridir. Gönderilecek borçlar bakımından, edimin ifasının ifa yerinde fiilen teklif edilmesi gerekir⁵³²: Bildirim yeterli değildir.

2.2.1.2.6.2. Satıcının İfadan Kaçınma İmkânı Veren Def'i Hakkını Öne Sürmemesi

Satıcının TBK. m. 97 ve 98 gibi def'i haklarının bulunması durumunda ifadan kaçınma, borca aykırılık teşkil etmez ve satıcı bu hakkı öne sürmesiyle temerrüde düşmez⁵³³. Yukarıda anıldığı üzere, sadece def'i hakkının varlığı temerrüdü önlemez, bu hakkın usulüne uygun olarak öne sürülmesi gerekir⁵³⁴. Alıcının zilyetliğin devir borcunun ifasını talep etmesi durumunda, satıcı, ödemezlik def'inde bulunmak suretiyle, kendi edimini ifadan kaçınabilir. Satış sözleşmesi bakımından, ispat külfeti,

⁵²⁸ von Tuhr, 612; Tandoğan, Mes'uliyet, 480; Becker, 527; Oğuzman, Öz, 503; Serozan, Borçlar Genel, 218; Barlas, 77; Eren Şerh, 2362; Basler Kom./ Wiegand, 607; Eren, Borçlar Genel, 1241; Schenker, 86; Ehrat, 86; Havutcu, 32; Antalya, 497; Erdoğan, 235

⁵²⁹ Tunçomağ, Genel Hükümler, 911; Barlas, 77; Eren, Borçlar Genel, 1241; Eren Şerh, 2362; Schenker, 86; Bucher, 292; Lammich, 14

⁵³⁰ Becker, 527; Oğuzman, Öz, 503; Bucher, 356; HK-BGB/ Schulze, 343

⁵³¹ Bucher, 293

⁵³² Bucher, 293

⁵³³ von Tuhr, 613; Tandoğan, Mes'uliyet, 481; Basler Kom./ Leu, 518; Eren, Borçlar Genel, 1242; Eren Şerh, 2362; Havutcu, 32; Basler Kom./ Leu, 519; TBK. m. 98 hükmü, hem aynı anda ifa hem de önceden ifa etmekle yükümlü olan taraf bakımından ifadan kaçınma imkânı sağlar.

⁵³⁴ Basler Kom./ Wiegand, 608; Bucher, 356; Schenker, 89

aynı anda ifa kuralının aksini iddia eden alıcı üzerindedir⁵³⁵. Ancak, satıcı temerrüde düştükten sonra, TBK. m. 97 ve 98 hükümleri uyarınca ödemezlik def'i öne sürerek temerrütten kurtulamaz⁵³⁶. Diğer taraftan, ödemezlik def'i, hiç ifa etmeme yanında gereği gibi ifa etmeme hâlini de kapsar⁵³⁷.

Ödemezlik def'ine dayanarak ifadan kaçınma ve temerrüde düşmeksizin ifada bulunmama bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ödemezlik def'i, aynı anda ifa gereken hâllerde kullanılır. Bir kısım yazarlara göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde satıcıyı temerrüde düşürmek isteyen alıcı, ihtarda bulunurken kendi edimini de teklif etmelidir⁵³⁸. Öncelikle ifa yükümlüsü olan taraf, alacaklı temerrüdüne düşürecek biçimde edimin ifasını teklif eder ise, karşı taraftan alacaklı olduğu edimin ifasını talep edebilir⁵³⁹. Akabinde, temerrüde dair hükümlerden faydalanabilir. Alman Hukuku bakımından, def'inin bulunması sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel olur: Hakkın ayrıca öne sürülmesi gerekmez⁵⁴⁰. Ayrıca, alıkoyma hakkı bakımından ayırım yaratılarak, öne sürülmesi aranmıştır⁵⁴¹. Ödemezlik def'inin temerrüde engel olması için öne sürülmesi gerekir⁵⁴². HAVUTCU'ya göre, ödemezlik def'i ile diğer def'iler arasında ayırım yapılmamalıdır⁵⁴³.

Alıcının kendi ediminin ifasını teklif etmesi üzerine, ihtar ile satıcıyı temerrüde düşürmek istemesi durumunda satıcının ödemezlik def'i öne sürmesi söz konusu olamayacaktır. Zira, alıcı tarafından edimin teklif edilmesi durumunda, hukuken satıcı tarafından ödemezlik def'i öne sürülemez. Nitekim, ödemezlik def'i kendi edimini ifa

⁵³⁵ Basler Kom./ Leu, 519

⁵³⁶ Eren, Borçlar Genel, 1242; Eren Şerh, 2362; Schenker, 89

⁵³⁷ Basler Kom./ Leu, 518

⁵³⁸ Serozan, Borçlar Genel, 218; Palandt/ Grüneberg, 414; HK-BGB/ Schulze, 395

⁵³⁹ Rinken, 170

⁵⁴⁰ Reinicke, Tiedtke, 86 vd.; Jauernig BGB./ Stadler, 378; Jauernig BGB./ Stadler, 542; Erman BGB. I/ Hager, 1072

⁵⁴¹ Reinicke, Tiedtke, 87; Schmid, 55; MüKo./ Ernst, 1158; Alıkoyma hakkı bakımından detaylı bilgi için bkz. Kaniti, Salamon, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, 1962, 94 vd.

⁵⁴² Reinicke, Tiedtke, 96; Schmid, 54; Gaziantep BAM. 11. HD. 11.01.2022 T., 2020/304 E., 2022/48 K.: "satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlü olduklarından (TBK m. 207/2) ve satıcının önceden ifa yönünde bir yükümlülüğü bulunmadığından, aynı zamanda taraflar karşılıklı olarak ödemezlik def'inde bulunabileceklerinden, somut olayda satıcının temerrütü koşullarının gerçekleşmediğinin değerlendirildiği" (Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁵⁴³ Havutcu, 33

etmeyen ya da ifasından kaçınan tarafın edimin ifasını talep etmesi üzerine ifadan kaçınma imkânı veren bir haktır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alıcının kendi edimini ifa etmesi ya da ifasını teklif etmesi temerrüdün unsuru değildir⁵⁴⁴. RİNKEN'e göre, edimin ifasının temerrüt ihtarı ile birlikte teklifi zorunlu değildir⁵⁴⁵. Ancak, edimin ifasının en geç satıcının ihtar neticesinde edimi ifaya hazırlanması bakımından gereken sürenin sonuna kadar teklifi gerekir⁵⁴⁶. Edimlerin mübadele edileceği yerin alıcının yerleşim yeri olması durumunda, fiilen ifa teklifinden ziyade, edimin ifasına hazır bulunmak yeterlidir⁵⁴⁷.

Mütemerrit satıcı edimini, temerrüde ilişkin zararlar ile birlikte ifa ederse, temerrüt hâli sona erer⁵⁴⁸. Aksi yöndeki görüşe göre, ifanın teklifinde temerrüde ilişkin zararların ileri sürülmesi gerekir iken, ifasında feriler yer almasa bile temerrüdü ortadan kaldırır⁵⁴⁹. Satıcının edimin temerrüde ilişkin zararlar ile birlikte ifasını teklif etmesine rağmen, alıcının edimi kabulden kaçınması, alacaklı temerrüdüne yol açması nedeniyle, borçlu temerrüdünü ortadan kaldırır⁵⁵⁰.

Temerrüdün şartlarının gerçekleştiğini ispat yükü alıcıdadır⁵⁵¹. Satıcının alacaklının temerrüdünü iddia etmesi durumunda, delil ikâme yükü satıcıdadır⁵⁵².

2.2.1.3. İfa Yerinin Temerrüdün Oluşmasındaki Rolü

Satıcının, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliği devir borcunu sözleşmesel ya da kanunî ifa yerinde ifası gerekir. İfada zaman bakımından gecikme

⁵⁴⁴ Havutcu, 23; Aksi yönde görüş için bkz. İnal, H. Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara, 2023, 87

⁵⁴⁵ Rinken, 161

⁵⁴⁶ Rinken, 162

⁵⁴⁷ Rinken, 133; Russenberg, Walter, Der Spezifikationskauf nach schweizerischem Obligationenrecht unter Berücksichtigung der deutschrechtlichen Regelung, Zürich, 1918, 47

⁵⁴⁸ Basler Kom./ Wiegand, 607

⁵⁴⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 919 vd.

⁵⁵⁰ Basler Kom./ Wiegand, 608; Schmid, 165

⁵⁵¹ Rinken, 138; Schmidt, P., 96; Palandt/ Grüneberg, 418; HK-BGB/ Schulze, 401; SK, 148; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1460; Basler Kom./ Wiegand, 608; Lammich, 52; Jauernig BGB./ Stadler, 378

⁵⁵² Rinken, 138

ve temerrüdün diğer şartları da mevcut ise satıcı temerrüde düşer⁵⁵³. TBK. m. 112 hükmünde yer aldığı gibi “*borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse*” meydana gelecek borca aykırılık bahsinde, ifa yerinin tespiti önem arz eder⁵⁵⁴. Diğer taraftan, ifa menfaatinin ifa yerinde gerçekleşmesi zorunlu değildir⁵⁵⁵.

İfa yerine dair genel düzenleme TBK. m. 89 hükmüdür. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere, düzenleme emredici değildir. Anılan hükümde satıcının edimi bakımından uygulanabilir düzenleme maddenin ikinci ve üçüncü bendidir. Satıcının edimi bakımından, kural olarak, ikinci fıkra hükmü uygulanır⁵⁵⁶. Satıcının borcu cins ve parça borcu olabilir. Parça borcu ise TBK. m. 89/ I, b. 2 hükmü uyarınca, “*sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde*”, cins borcu ise “*doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde*” ifa edilir. Tarafların yasal ifa yerinin aksine olarak zilyetliğin devri bakımından ifa yeri tayin etmesi durumunda, edimin bu yerde ifası gerekir⁵⁵⁷.

Bazı hâllerde, ifa yerinin kataloglarda belirtilmesi durumunda, TBK. m. 8/II hükmü uyarınca, alıcının sipariş vermesi durumunda örtülü olarak ifa yeri olarak tayin edildiği anlaşılr⁵⁵⁸. Sözleşmenin kurulması sonrası satıcının, tek taraflı beyanı, fatura tanzimi ifa yeri tayini teşkil etmez⁵⁵⁹. Şartların varlığı hâlinde, TTK. m. 21/III hükmü uyarınca

⁵⁵³ Kalpsüz, Turgut, Ticarî Satışta İfa Mahalli, Ankara, 1960, 8; Basler Kom./ Leu, 503; Bucher, 303; SK, 122; Amstutz Komm./ Wullschleger, 1392; AK./ Schwab, 234; Antalya, 78

⁵⁵⁴ Kalpsüz, 8; Tunçomağ, Genel Hükümler, 675; Rimle, 148; Guhl, 238; Keller, Schöbi, 223; Basler Kom./ Koller, 1085; Becker, 381; Giger, 23; HK-BGB/ Schulze, 343; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 428; MüKo./ Krüger, 743; Amstutz Komm./ Wullschleger, 1392; Fikentscher, Heinemann, 170; Brox, Walker, AG. 118; AK./ Schwab, 234; Antalya, 78

⁵⁵⁵ Basler Kom./ Leu, 503: Örneğin; gönderme satımı.; Basler Kom./ Koller, 1085; Palandt/ Grüneberg, 354; HK-BGB/ Schulze, 343; SK, 121; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 428; MüKo./ Krüger, 743; Jauernig BGB./ Stadler, 300; Esser, Schmidt, AG., 251

⁵⁵⁶ Keller, Schöbi, 225; Becker, 385; Giger, 23

⁵⁵⁷ Becker, 382; Giger, 23; Bucher, 292; Palandt/ Grüneberg, 355; MüKo./ Krüger, 744; Brox, Walker, AG. 118; Doğanay, 188

⁵⁵⁸ Becker, 383

⁵⁵⁹ Palandt/ Grüneberg, 354; HK-BGB/ Schulze, 344; SK, 122; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 429; MüKo./ Krüger, 745

teyit mektubu ile ifa yeri tayin edilebilir⁵⁶⁰. Satıcı tarafından gönderme masraflarının üstlenilmesi ifa yeri değişikliği teşkil etmez⁵⁶¹.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan ticarî satış sözleşmesinde, ifa yeri her edim için ayrı ayrı tespit edilir⁵⁶². Bir kısım yazarlara göre, aynı anda ifa kuralı mevcut ise, bir edim bakımından geçerli olan ifa yeri, karşı edim yönünden de esas alınır⁵⁶³. Satılanın gönderilmesinin kararlaştırıldığı ticari satış sözleşmesi bakımından, satıcının zilyetliğin devri borcunun aranacak borç olma niteliği değişmez⁵⁶⁴. Ayrıca, bir görüşe göre, satılanın gönderilmesinin kararlaştırıldığı ticari satış sözleşmesinde, satıcıyı ifaya zorlamak bakımından, alıcı gönderme yerinde ödeme için hazır bulunmalıdır⁵⁶⁵. Kanaatimizce, alıcının gönderme yerinde hazır bulunmasına gerek yoktur. Zira, para borcu, TBK. m. 89/I, b. 1 hükmü uyarınca, satıcının yerleşim yerinde ifa edilmektedir. Satıcının bedel ödeme borcunun ifasını talep etmesi bakımından, kendi ediminin ifasını teklif etmesi ya da satılanı göndermesi gerekir⁵⁶⁶.

Aksi yöndeki görüşe göre, ticari satış sözleşmesinin konusu olan satılanın zilyetliğini mülkiyeti geçirmek amacıyla devir ve bedel ödeme borcunun birbirinin karşılığını teşkil etmesi ifa yerini ayrı ayrı tespiti engel değildir⁵⁶⁷. Aynı şekilde, alıcı ve satıcının borçlarını aynı anda ifa ile yükümlü olduğunu düzenleyen TBK. m. 207 hükmü de satılanın mülkiyetini devir amacıyla zilyetliğini devir borcu ve bedel ödeme borcunun aynı yerde ifasını gerektirmez⁵⁶⁸. Nitekim, anılan düzenleme ifa zamanına ilişkindir⁵⁶⁹. Keza, “*satılan alıcının zilyetliğine girince satış bedeli muaccel olur*” düzenlemesini içeren TBK. m. 234 hükmü alıcı lehine olmak üzere, istisna öngörmüştür⁵⁷⁰.

⁵⁶⁰ Palandt/ Grüneberg, 354; SK, 122; MüKo./ Krüger, 746

⁵⁶¹ SK., 122

⁵⁶² Kalpsüz, 39; MüKo./ Krüger, 745; Jauernig BGB./ Stadler, 301; Gauch AT., 195; Brox, Walker, AG. 119; AK./ Schwab, 235

⁵⁶³ Becker, 384; Giger, 70; Palandt/ Grüneberg, 355; HK-BGB/ Schulze, 345

⁵⁶⁴ Basler Kom./ Koller, 1085; Giger, 23

⁵⁶⁵ Giger, 70

⁵⁶⁶ Giger, 70

⁵⁶⁷ Kalpsüz, 40; MüKo./ Krüger, 750; Jauernig BGB./ Stadler, 301

⁵⁶⁸ Kalpsüz, 41; Doğanay, 350

⁵⁶⁹ Kalpsüz, 41

⁵⁷⁰ Kalpsüz, 42

Aynı anda ifa kuralı emredici değildir⁵⁷¹. Dolayısıyla, bedel ödeme borcunun önce ifasının kararlaştırılması ya da buna dair ticari teamül bulunması hâlinde, satılanın zilyetliğini devir borcu sonra ifa edilebilir⁵⁷².

Satılanın gönderilmesi durumunda, götürülecek borçlardan farklı olarak, gönderme yeri ifa yeridir⁵⁷³. Diğer deyişle, gönderilecek borçlar, malın bulunduğu yer veya satıcının yerleşim yerinde ifa edilir. Borç, alıcı malı teslim aldığı anda sona erer. Bu durumda, taşımadan kaynaklı gecikmeden sorumluluk satıcıya ait değildir⁵⁷⁴. Ancak, bu durumda, taşıyıcıya satılanın teslimi ile zilyetlik alıcıya geçmez⁵⁷⁵.

Satıcının temerrüdü, ifa yerinin değiştirilmesi sonucunu doğurmaz⁵⁷⁶. Zira, temerrüt hâlinde, satıcının ifa yükümlülüğü gecikmeye rağmen devam eder. Kural olarak gecikmeden doğan zararların giderilmesini sonucunu doğurur, yoksa sözleşmenin içeriğini tadil edici bir etki yaratmaz.

Edimin kararlaştırılan ifa yerinde ifası imkânsızlaşırsa, TBK. m. 27/II hükmü uyarınca sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁵⁷⁷. Ancak, aynı fıkranın ikinci cümlesinde hükümlendiği gibi “*bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*”. İfa yerinin taraflarca kararlaştırılması hâlinde, ifanın sonradan imkânsızlaştığı takdirde, satıcı satılanın zilyetliğini o ifa yerinde devirden kurtulur, somut olayın şartları ve dürüstlük kuralına göre en uygun ifa yerinde, bu da mümkün değilse, TBK. m. 89 hükmü uyarınca tespit edilecek yerde satılanın zilyetliğini devretmelidir⁵⁷⁸. Zira, TBK. m. 27 hükmü ifa

⁵⁷¹ Giger, 70; Y. 11. HD., 13.04.2017 T., 2016/3422 E., 2017/2120 K.: “*taraflar arasındaki satım akdinde aynı anda ifa kuralının aksinin yani veresiye bir satımın kararlaştırıldığı iddia ve ispat edilmediğine göre*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁵⁷² Giger, 70

⁵⁷³ Giger, 23; Keller, Schöbi, 226: İşviçre hukukunda gönderilecek borçlar, “*modifiye edilmiş götürülecek borç*” olarak adlandırılmaktadır.; Oğuzman, Öz, 349; Eren, Borçlar Genel, 1074; Eren Şerh, 2035

⁵⁷⁴ Giger, 23; Keller, Schöbi, 227; Keller, Siehr, 18

⁵⁷⁵ Giger, 23; Keller, Schöbi, 227

⁵⁷⁶ Kalpsüz, 55

⁵⁷⁷ Kalpsüz, 54

⁵⁷⁸ Kalpsüz, 54

modalitesindeki değil, edim konusundaki imkânsızlığın hükümsüzlük sonucu doğurduğunu düzenlemektedir.

Satılanın sözleşmede belirtilen yerde zilyetliğinin devredilmesi, satıcıya yüklenemeyen sebepten ve sonradan imkânsız hâle gelirse ve borcun niteliği gereği başka yerde ifası mümkün değil ise TBK. m. 136/I uyarınca, borç sona erer⁵⁷⁹. Dolayısıyla, bu anlamda temerrüt gerçekleşmez.

2.2.1.4. Temerrüt ile Kusur Arasındaki İlişki

Borçlunun temerrüdü açısından, objektif borca aykırılık teorisinin benimsenmesi nedeniyle, kusur aranmaz⁵⁸⁰. Yukarıda anılan şartların gerçekleşmesi durumunda, kusurdan bağımsız olarak, satıcı mütemerrit olur. Kusurun etkisi, temerrüt sonucundaki birtakım taleplere ilişkindir.

Satıcının temerrüdü neticesinde, alıcıya tanınan seçimlik hakların kullanılabilmesinde kusur aranmaz⁵⁸¹. Seçimlik hakların kullanılması neticesinde satıcıdan talep edilebilecek tazminatlar açısından, satıcının kusuru gerekir⁵⁸². Örneğin, alıcının olumlu zarar talebi, satıcının temerrüde düşmekte kusurlu olmasını şartına bağlıdır. Aynen ifa talebinde bulunmak kusur şartına bağlı değil iken, gecikmeden doğan zarar talebinde, satıcının temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. TBK. m. 125/III hükmünde sözleşmeden dönme neticesinde talep edilebilecek olumsuz tazminat bakımından kusur şartı açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre, satıcı ancak temerrüde

⁵⁷⁹ Kalpsüz, 55

⁵⁸⁰ von Tuhr, 612; Tandoğan, Mes'uliyet, 480; Arslanlı, 330; Guhl, 252; Becker, 528; Oğuzman, Öz, 504; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 919; Serozan, Borçlar Genel, 217; Basler Kom./ Wiegand, 608; Eren, Borçlar Genel, 1243; Eren Şerh, 2348; Schenker, 94; Havutcu, 33; Reisoğlu, 366; Kılıçoğlu, 884; Ehrat, 86; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1460; Erdoğan, 233; Herzog, 107: Alman Hukuku'nda kusur, temerrüdün şartlarındandır. Riewert, Ina, Die Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei der Kumulation von Rücktritt und Schandersatz nach § 325 BGB, Tübingen, 2014, 70; Reinicke, Tiedtke, 88: Ancak, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından kusur aranmaz. Keza, temerrüt, sözleşmeden dönmenin şartlarından değildir.

⁵⁸¹ Tandoğan, Mes'uliyet, 480; Oğuzman, Öz, 504; Serozan, Borçlar Genel, 217; Havutcu, 34; Reisoğlu, 383

⁵⁸² Tandoğan, Mes'uliyet, 480; Becker, 527; Oğuzman, Öz, 504; Serozan, Borçlar Genel, 217; Eren Şerh, 2407; Havutcu, 34; Kılıçoğlu, 884; Reisoğlu, 383

düşmekte kusursuz olduğunu ispatlayarak tazminat ödemekten kurtulabilir⁵⁸³. Ancak, sözleşmeden dönülmesine engel olamaz⁵⁸⁴. Zira, sözleşmeden dönme kusur şartına bağlı değildir.

Tazminat talebi için aranan, satıcının “*temerrüde düşmekte kusuru*”dur⁵⁸⁵. Bahsi geçen kusur, TBK. m. 114 hükmü uyarınca satıcının her türlü kusurudur⁵⁸⁶. Bu anlamda olmak üzere, kast, ağır ihmalin yanı sıra, satıcı hafif ihmali ile temerrüde düşmüş ise tazminat sorumluluğu doğar⁵⁸⁷. Kanuni ya da sözleşmesel temsilcisi veya ifa yardımcısının kusurlu olarak temerrüde neden olması durumunda, satıcı kusurlu olarak temerrüde düşmüş kabul edilir.⁵⁸⁸

Satıcının borcun mevcudiyeti ve muacceliyet tarihini tespit edememesi, alıcının zilyetliğin devri talebinden şüphe duyması temerrüde engel olmaz⁵⁸⁹.

Alıcının, temerrüdün kusura bağlı sonuçlarını talep edebilmesi bakımından, temyiz kudretine sahip olması aranır⁵⁹⁰. Satıcı, beklenmedik hâl ya da mücbir sebepten dolayı temerrüde düştüğünü ispat ederse, sorumluluktan kurtulur⁵⁹¹. TBK. m. 119 kapsamındaki, temerrüt sonrası meydana gelen beklenmedik hâlden sorumluluk açısından da satıcının temerrüde düşmekte kusuru aranır. Edim konusunun müsadere edilmesi, satılanın gönderilmesi için gereken izinlerin devlet tarafından verilmemesi bu duruma örnek gösterilebilir⁵⁹². Satıcı, beklenmeyen hâl ve mücbir sebepten

⁵⁸³ Arslanlı, 330; Müspet zarar talebinde kusurun rolüne dair tartışmalar için bkz. Havutcu, 34 vd.; Y. 19. HD. 01.07.2014 T., 2013/15946 E., 2014/12101 K.: “*davalının menfi zarar talep edilmesine engel olabilecek şekilde borcun ifa olunmamasında kusurunun bulunmadığını ispat edemediği*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁵⁸⁴ Tandoğan, Mes’uliyet, 480; Arslanlı, 330; Oğuzman, Öz, 504; Serozan, Borçlar Genel, 217; Kılıçoğlu, 884

⁵⁸⁵ Oğuzman, Öz, 504; Havutcu, 35

⁵⁸⁶ von Tuhr, 615; Havutcu, 35; Gerhardt/ Leisinger, 170

⁵⁸⁷ Havutcu, 35; Y. 6. HD., 27.04.2023 T., 2022/1683 E., 2023/1548 K.: “*bu durumda borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse, alacaklının sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği (menfi zararı isteyebileceği)*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁵⁸⁸ von Tuhr, 615; Havutcu, 35; Gerhardt/ Leisinger, 170

⁵⁸⁹ von Tuhr, 612; Tandoğan, Mes’uliyet, 480

⁵⁹⁰ von Tuhr, 615; Havutcu, 35

⁵⁹¹ Serozan, Borçlar Genel, 217; Havutcu, 35

⁵⁹² Havutcu, 36

sorumluluğu üstlenmişse, bu durumları sebep göstererek temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından kurtulamaz⁵⁹³.

2.2.2. Seçimlik Hakların Kullanılmasının Şartları

Seçimlik haklar TBK. m. 125 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre, alacaklıya tanınan seçimlik haklar, aynen ifa, olumlu zarar talebi veya sözleşmeden dönmedir. Satıcının kusurlu olarak temerrüde düşmesi hâlinde, aynen ifa ile birlikte gecikmeden doğan zarar, sözleşmeden dönme ile birlikte de olumsuz zarar talep edilebilmektedir. Aynı şekilde, olumlu zarar talebi bakımından da satıcının temerrüde düşmekte kusurlu olması aranır. TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesinde belirli vade tayin edilmesi durumunda da aynı seçimlik haklar varlığını korumaktadır. TBK. m. 212 hükmü uyarınca, TBK. m. 125'ten farklı olarak, aynen ifa dışındaki seçimlik hakların kullanılabilmesi için aynen ifadan vazgeçmenin bildirilmesi gerekmemektedir. Zira, kanun koyucu, aynen ifadan vazgeçmeyi karine olarak öngörmüştür.

Seçimlik hakların kullanılabilmesi için öncelikle, inceleme konumuz gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mevcut olmalıdır. Yukarıda anıldığı üzere, seçim hakkının kullanılabilmesi bakımından satıcının temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmez. TBK. m. 123 hükmü uyarınca alıcı, satıcıya “uygun bir süre” vermelidir. Verilen sürenin dolması akabinde alıcı, aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek seçimlik haklarını kullanabilir. TBK. m. 212 kapsamında olarak, belirli vade tayin edilen ticari satış sözleşmesinin kesin vadeli işlem olduğu karinesinden hareketle, satıcıya uygun süre verilmesine gerek olmamaktadır. TBK. m. 212 hükmünde ise TBK. m. 125'ten farklı olarak, aynen ifada ısrarın derhâl bildirilmesi gerekmektedir. Zira, TBK. m. 212 hükmünde yer alan karine gereği “*alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir*”.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, borçlunun temerrüdü neticesinde seçimlik haklar üç adet değil, borcun ifa edilmemesinden doğan olumlu zarar ve sözleşmeden dönme talebinden ibarettir⁵⁹⁴. Ayrıca, seçimlik haklara dair düzenleme emredici

⁵⁹³ Havutcu, 36

⁵⁹⁴ Saenger, Bruno, Der Verzug Beim Kaufe nah heutigem Recht unter Vergleichung des alten Handelsrecht, Berlin, 1902, 10; Doğanay, 377; üç adet seçimlik hak görüşü için bkz: Ehrat, 96; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1477

değildir: Tarafların farklı seçimlik haklar kararlaştırmasına engel yoktur⁵⁹⁵. Keza, tarafların seçimlik haklardan bir kısmını ortadan kaldırması, OR. Art. 100 (TBK. m. 115) hükmüne aykırı olmamak kaydıyla, mümkündür⁵⁹⁶.

Alıcı satıcının temerrüdü neticesinde seçimlik haklarını kullanmamışsa kullanmaması durumunda, eski hukuki konumuna döner: Tekrar süre vermek suretiyle seçimlik haklarını kullanma yoluna gidebilir⁵⁹⁷. Alıcının, satıcının aleyhine ya da kendi menfaatine olarak, üçüncü kez süre vererek seçimlik haklarını kullanmasına, satıcının hukuki durumunun korunması ve dürüstlük kuralı çerçevesinde olanak tanınmaz⁵⁹⁸. Ayrıca, seçimlik hak, kullanılmakla sona erer⁵⁹⁹. Açık ya da örtülü biçimde kullanılabilir⁶⁰⁰.

Hukukumuzda, muacceliyet öncesi doğrudan sözleşmeden dönme imkânı tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira, bu konuda ayrık düzenleme olmadığı takdirde, borca aykırılık, kural olarak, muacceliyet anında gerçekleşmektedir. Alman Hukuku'nda ise § 323/IV hükmü muacceliyet öncesi, sözleşmeden dönmeye ilişkin diğer şartların mevcut olması hâlinde, sözleşmeden dönme imkânı tanımıştır. Dolayısıyla, Alman Hukuku bakımından muacceliyet öncesi sözleşmeden dönmek mümkündür⁶⁰¹. Nitekim, bu durumda, muacceliyet anının beklenmesine gerek bulunmamaktadır⁶⁰². Bir kısım yazarlara göre muacceliyet öncesi edimin ifasından kaçınacağının bildirilmesi durumunda, anılan hüküm çerçevesinde seçimlik hakların

⁵⁹⁵ Bucher, 370, dn. 167; Lemp, 60

⁵⁹⁶ Lemp, 60; İstanbul BAM. 46. HD., 03.03.2021 T., 2020/817 E., 2021/380 K.: “*tarafların kanundan doğan dönme hakkının sözleşmeyle işin başında ortadan kaldırılamayacağı, doğmayan haktan feragat etmenin de mümkün olmadığı*” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 28.11.2023)

⁵⁹⁷ Becker, AB., 555

⁵⁹⁸ Becker, AB., 555

⁵⁹⁹ Becker, AB., 555

⁶⁰⁰ Becker, AB., 555

⁶⁰¹ Muthers, 77; Reinicke, Tiedtke, 87; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 301; Lammich, 68; Palandt/Grüneberg, 558; HK-BGB/ Schulze, 558; SK, 192; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619; MüKo. II/ Ernst, 546; Jauernig BGB./ Stadler, 545; Petersen, 47 vd.; Teichmann, 19; Kuhlmann, 292; Hirsch, 261; Erman BGB. I, Westermann, 1479; AK./ Dauner, Lieb, 936

⁶⁰² Reinicke, Tiedtke, 87; Palandt/ Grüneberg, 558; HK-BGB/ Schulze, 558; SK, 192; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619; MüKo. II/ Ernst, 546; Kuhlmann, 292

kullanılması aşamasına geçilebilir⁶⁰³. Nitekim, bu durumda, sözleşmenin amacı tehlikeye girmektedir⁶⁰⁴.

TBK. m. 125'te öngörülen seçim hakkının kullanılması bakımından bir şekil şartı öngörülmemiştir⁶⁰⁵. TBK. m. 125'e göre, alıcı aynen ifadan vazgeçtiğini hemen bildirerek diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Dolayısıyla, aynen ifadan vazgeçme ve seçim hakkı, aynen ifa yönünden verilen sürenin dolması akabinde gecikmeksizin kullanılabilir⁶⁰⁶. Aynen ifadan vazgeçmenin hemen bildirilmesi, alıcının diğer seçimlik haklarını kullanması bakımından yeterli ve gerekli bir zamanının tanınması amacını taşır⁶⁰⁷. Hemen bildirilmemesi durumunda, aynen ifada ısrar kesin karine teşkil eder⁶⁰⁸. Aynen ifadan vazgeçme beyanının öne sürülmesi bakımından gereken süre, somut sözleşme durumu ve taraf menfaatlerine göre belirlenir⁶⁰⁹. Bir görüşe göre, aynen ifadan vazgeçmenin ihtar ile birlikte bildirilmesi mümkündür⁶¹⁰. Hakkın gecikmeksizin kullanılması, satıcının spekülasyonlara karşı korunmasına hizmet eder. Temerrüde ilişkin genel hükümlerin uygulandığı durumda seçim hakkının kullanılmaması hâlinde, alıcı aynen ifadan vazgeçme yetkisini kullanamaz. Dolayısıyla, seçimlik haklardan yalnızca aynen ifa hakkı mevcut olur⁶¹¹. Nitekim, yenilik doğuran haklar örtülü olarak da kullanılabilir⁶¹². Ancak, alıcı yeniden süre tayin ederek seçimlik haklarını kullanabilmelidir⁶¹³. Satıcı da aynen ifa seçimlik

⁶⁰³ Oftinger, 153; Basler Kom./ Wiegand, 628; Yazara göre, ifadan kaçınmanın ne zaman bildirildiği değil, ciddiyeti önem arz eder.; Palandt/ Grüneberg, 558; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619; Kuhlmann, 292

⁶⁰⁴ Oftinger, 153; Kuhlmann, 292; Erman BGB. I, Westermann, 1479

⁶⁰⁵ Schenker, 202

⁶⁰⁶ Keller, Schöbi, 280; von Büren, 375; Basler Kom./ Wiegand, 623; Schenker, 202; Giger, 190; Kayar, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019, 180; Antalya, 555 vd.; Ünlütepe, 278

⁶⁰⁷ Schenker, 203

⁶⁰⁸ Lemp, 33; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 955

⁶⁰⁹ Basler Kom./ Wiegand, 624; Altherr, Brem, Bühlmann, 133

⁶¹⁰ Ehrat, 97, dn. 65

⁶¹¹ Ehrat, 98

⁶¹² Ehrat, 98

⁶¹³ Lemp, 35; Keller, Schöbi, 280; Basler Kom./ Wiegand, 623; Bucher, 372, dn. 169; Schenker, 204; Bucher, 374; Keller, Siehr, 35; MüKo. II/ Ernst, 560; Y. 13. HD. 22.10.1981 T., 1981/5738 E., 1981/6690 K.: “*Gelgelelim, böyle bir durumda bile alacaklı borçluya yeniden ikinci bir süre belirler ve*

hakkının kullanılmasına kadar borcu ifa ederek, spekülasyonlarını önleme imkânına sahiptir⁶¹⁴.

Alıcının aynen ifadan vazgeçmeye dair beyanından sonra, diğer seçimlik hakların ne kadar süre içerisinde kullanılması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Aynen ifadan vazgeçmenin gecikmeksizin bildirilmesi satıcının korunması bakımından yeterli değildir. Aynı zamanda satıcının, karşı edimin akıbeti konusunda belirsizlikten ari tutulması gerekir. Alıcının, satılanın fiyatındaki değişikliklere göre, sözleşmeden dönme ya da aynen ifa talebinde spekülasyon riski, borcun ifa edilmemesinden doğan zarar ve olumsuz zarar arasında da mevcuttur⁶¹⁵. Alıcı, satılanın fiyatındaki değişikliklere göre, fiyatın azalması durumunda sözleşmeden dönme ve olumsuz zarar, fiyatın artması durumunda ise olumlu zarar talep etmesi, satıcı yönünden spekülasyon riskini oluşturur. Dolayısıyla, aynen ifadan vazgeçmenin gecikmeksizin bildirilmesi gerektiği gibi, diğer seçimlik haklardan hangisinin tercih edildiğinin de gecikmeksizin bildirilmesi gerekir⁶¹⁶. Doktrindeki bazı yazarlara göre, aynen ifadan vazgeçme beyanı ile birlikte tercih edilen seçimlik hakkın bildirilmesi de zorunludur⁶¹⁷.

Süre verilmesine gerek olmayan hâllerin mevcut olması durumunda, seçimlik hakların kullanabilmesi bakımından, alacaklının aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunması ve gecikmeksizin dönme hakkını ileri sürmesi gerekir⁶¹⁸. Aynen ifadan vazgeçme beyanının gecikmeksizin ileri sürülmesi gerekir⁶¹⁹. Bu beyanın, taraf menfaatleri göz önüne alınmak suretiyle, özellikle ticari alışveriş teşkil eden işlemlerdeki ürün

gecikmiş edim bu süre sonunda yerine getirilmez ise, gecikmeksizin [derhal] edimi aynen istemekten vazgeçtiğine ilişkin bildirimde bulunarak sözleşmeden dönme yetkisini kullanabilme olanağına yeniden kavuşmuş olur” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁶¹⁴ Ehrat, 98; Keller, Siehr, 35

⁶¹⁵ Schenker , 206; Benzer yönde olarak bkz. Lemp, 52

⁶¹⁶ Keller, Schöbi, 280; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 957; Schenker , 206; Ehrat, 99; Sürenin TMK. m. 2 çerçevesinde tespit edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Antalya, 560

⁶¹⁷ Oğuzman, Öz, 545

⁶¹⁸ Lemp, 126; Keller, Schöbi, 280; Becker, 561; von Büren, 375; Basler Kom./ Wiegand, 630; Gauch AT., 233; Altherr, Brem, Bühlmann, 136; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487; Antalya, 555 vd.

⁶¹⁹ Lemp, 35; Becker, 556; Tunçomağ, Genel Hükümler, 944; Basler Kom./ Wiegand, 630; Bucher, 374; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 953; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1488

fiyatındaki dalgalanmalar nedeniyle, derhâl öne sürülmesi gerekir⁶²⁰. Ancak, satıcının içerisinde bulunduğu durumdan, ifa edemeyeceği tespit edilebilir ise, aynen ifadan vazgeçme beyanı aranmaz⁶²¹. Aksi yöndeki görüşe göre, hakkın gecikmeksizin ileri sürülmesi, olumlu ya da olumsuz zarar bakımından söz konusu değildir⁶²².

Süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılması hâlinde, seçimlik hakların gecikmeksizin bildirilmesi gerekmez⁶²³. Keza, aynen ifadan vazgeçme beyanının öne sürülmesine de gerek bulunmamaktadır⁶²⁴. Nitekim bu durumda, satıcının ifa etmeyeceği anlaşılmaktadır. Alıcı bu durumdan, doğruluğa aykırı şekilde faydalanamaz. Aynı şekilde, satıcı da ifa ile bu spekülasyonu önleyebilir. Süre verilmesinin faydasız olduğu ve kesin vade tayin edildiği durumlarda, aynen ifadan vazgeçmenin bildirilmesi gerekmez⁶²⁵.

Temerrüt neticesinde borcun ifasının alıcı açısından yararsız olması hâlinde, bu durumun satıcı tarafından bilinebilir olması gerektiğini savunan görüşe göre, yararsız olmasına rağmen borcun ifasını talep edecek ise, satıcıya gecikmeksizin bildirilmesi gerekir⁶²⁶. Bu durum, TBK. m. 212 (OR. Art. 190) hükmü ile benzerdir. Keza, anılan hükümde, aynen ifa, alıcı bakımından yararsız kabul edilmektedir⁶²⁷.

Ticari satış sözleşmesinde kesin vade bulunması hâlinde, satıcının aynen ifa imkânı bulunmasa da alıcının aynen ifayı talep edebileceğini savunan görüşe göre, alıcının aynen ifayı talep etmek istemesi durumunda, TBK. m. 212/III (OR. Art. 190) hükmüne kıyasen, satıcıya gecikmeksizin bildirmesi gerekir⁶²⁸. Alıcının bunu bildirmemesi durumunda, ancak satıcı ile anlaşmak kaydıyla yeniden süre vermek suretiyle diğer seçimlik haklarını kullanabilir⁶²⁹. Bir görüşe göre, gecikmeksizin aynen ifanın talep

⁶²⁰ Becker, 556; Giger, 190; Bucher, 374; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1488; Benzer olarak bkz. Tunçomağ, Genel Hükümler, 944

⁶²¹ Bucher, 374; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1487 vd.

⁶²² Becker, AB., 556

⁶²³ Schenker, 208; Walter, 377

⁶²⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 960

⁶²⁵ Ehrat, 97

⁶²⁶ Schenker, 209

⁶²⁷ Cavin, 43; Schüler, Erich, Das Rücktrittsrecht wegen mora solvendi, Greifswald, 33

⁶²⁸ Schenker, 210; Basler Kom./ Koller, 1112; Keller, Siehr, 37

⁶²⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, 134

edilmemesi durumunda, genel hükümler çerçevesinde seçimlik haklarını kullanamaz: Yalnızca, borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep edebilir⁶³⁰.

TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesinde, satılanın zilyetliğinin devrinde belirli vade kararlaştırılmamış ise öncelikle temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanır⁶³¹. Zira, TBK. m. 212/II hükmündeki satıcının temerrüdüne dair düzenleme, zilyetliğin devri bakımından belirli vade kararlaştırılan ticari satış sözleşmesini kapsamaktadır. Belirli vadeye ilişkin bir belirleme bulunması hâlinde ise alıcı, temerrüde ilişkin genel hükümlerden kaynaklanan seçimlik haklardan herhangi birini, kullanabilir. Ticari satış sözleşmesinde zilyetliğin devri bakımından belirli vadenin öngörülmesi durumunda alıcının sessiz kalması genel hükümlerden farklı sonuç doğurur. Bu anlamda olmak üzere, satıcının, belirli vadeye rağmen edimini ifa etmemesi durumunda, temerrüde ilişkin seçimlik hakların -şartları bulunması hâlinde- uygulanma olanağı doğar⁶³². Zilyetliğin devri borcunda belirli vade tayin edilmesi durumunda, TBK. m. 117/II hükmü uyarınca, belirli vadede borcun ifa edilmemesi hâlinde temerrüt, ihtar aranmaksızın gerçekleşir.

BK. m. 102 hükmü mehz OR. Art. 103 hükmüyle paralel şekilde, borcun ifasında geciken borçlunun kusuru olmaksızın temerrüde düştüğünü ispat ile temerrütten kaynaklanan zarardan sorumluluktan kurtulacağını hükme bağlamıştır. TBK. m. 119 hükmünde ise, BK. m. 102’de yer alan madde başlığına uygun şekilde içerik değişmiştir. TBK. m. 119 hükmü temerrüt ve beklenmedik hâl hukuki müesseseleri arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Dolayısıyla, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ile temerrüt neticesinde doğan zarar sorumluluğundan kurtulmak, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispata dair TBK. m. 118 hükmü çerçevesinde değerlendirilir. TBK. m. 125/I hükmünde alacaklının “*her zaman*” borcun ifası ve gecikmeden doğan zararı talep edebilmesi ifadesi, borçlunun TBK. m. 118 hükmü uyarınca temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispat ile gecikmeden doğan zararı giderme sorumluluğundan kurtulma imkânına engel teşkil etmez⁶³³. Diğer deyişle tazminat talebi yönünden, bir kusursuz sorumluluk hâli söz konusu değildir.

⁶³⁰ Keller, Siehr, 37

⁶³¹ Keppler, 40; Bär, 53; Schenker, 157; Giger, 191

⁶³² Giger, 189 vd.

⁶³³ Keppler, 42

2.2.2.1. Satılanın Mülkiyetini Geçirmek Amacıyla Zilyetliğini Devir Borcunda Temerrüt

Alıcının, temerrüdün sonucu olan seçimlik hakları kullanabilmesi satıcının asli edim yükümü olan, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliği devir borcunda temerrüdünü gerektirir⁶³⁴. Dolayısıyla, seçimlik haklar, kural olarak, asli edim yükümlülüğünde temerrüt hâlinde tanınmaktadır. Zira, TBK. m. 125 hükmü, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sinallagma ilişkisine dahil olan edimin ifasında temerrüt durumunda kullanılabilir⁶³⁵.

Satıcının temerrüdü açısından, mütemerrit olduğu edimin asli ya da yan edim yükümlülüğü olması önem arz etmez⁶³⁶. Ancak, seçimlik hakların kullanılması bakımından, anıldığı üzere, sinallagma ilişkisine dahil bir edimde temerrüt aranır. Yan edim yükümlülüğü sözleşmedeki karşılıklılık ilişkisine dahil ise, temerrüt hâlinde alıcı, seçimlik hakları kullanabilirse de bunu asli edimi kapsayacak şekilde kullanamaz⁶³⁷. Diğer deyişle, yan edim yükümlülüğünde temerrüt hâlinde asli edimi kapsayan müspet zarar tazmini talep edilemez, sözleşmeden dönülemez⁶³⁸. Aksi yöndeki görüşe göre, yan edim yükümlülüğünde temerrüt hâlinde, yan edim yükümlülükleri olmasaydı sözleşmenin akdedilmeyeceği kabul edilirse, sözleşmenin tamamından dönülebilir⁶³⁹: Örneğin, kullanımı teknik bilgi gerektiren bir ürünün satılması durumunda, buna dair belgelerin teslim edilmesi sözleşmenin esaslı unsuru teşkil eder. Keza, kullanım verimliliği düzenli servis hizmetine bağlı olan, yedek parça tedarigi gerektiren satılanı konu edinen satış sözleşmesinde de bu yükümlülükler de benzer niteliktedir⁶⁴⁰. BGB. § 324 hükmünde bu durum, sözleşmeden dönme hakkı bakımından açıkça düzenlenmiştir. Hukukumuz bakımından, asli edim yükümlülüğüne dahil olmayan kullanım klavuzunun teslim edilmemesi durumunda, bunun aynen teslimi (aynen ifası) talep edilebilir. Ancak, aynen teslim edilmeme

⁶³⁴ Walterscheid, Carl, Der Verzug Beim Handelskauf, Köln, 1907, 31; Havutcu, 44

⁶³⁵ Havutcu, 43 vd.

⁶³⁶ Havutcu, 43

⁶³⁷ Havutcu, 44; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1477

⁶³⁸ Oğuzman, Öz, 571; Havutcu, 44

⁶³⁹ Schenker, Nr. 776; Bucher, 366; Ehrat, 109; Muthers, 53; Reinicke, Tiedtke, 99; HK-BGB/ Schulze, 560; AK./ Dauner, Lieb, 930; Mont, Ivo du, Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht, Frankfurt am Main, 2007, 36

⁶⁴⁰ Giger, 51 vd.

hâlinde, artık borca aykırılıktan kaynaklı olarak tazminat talep edilebilecektir. Sözleşmeden dönme ve aynen ifadan vazgeçme hakkı, sözleşmeye keskin bir şekilde etki eden hukuki argümanlar olması nedeniyle, önemsiz yükümlülüklerle aykırılık durumunda kullanılamaz⁶⁴¹.

2.2.2.1. Kural: Süre Verilmesi

TBK. m. 123 hükmü uyarınca “*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*”. Verilen uygun süreye rağmen, satıcı satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğini devir borcunu ifa etmezse, alıcı TBK. m. 125 hükmünde yer alan seçimlik haklarını kullanabilir. Bu suretle, satıcıya, temerrüdün ağır neticelerinden kurtulmak için son bir fırsat verilir⁶⁴². Aynı zamanda, kanun koyucu temerrüdün sonuçlarından kurtulmak yönünden satıcıya hızlı sonuç getiren bir koruma getirmiştir⁶⁴³. TBK. m. 124 hükmünde ise süre verilmesine gerek olmayan hâller düzenlenmiştir.

Süre verilmesi bakımından satıcının temerrüde düşmekte kusuru aranmaz⁶⁴⁴. Verilen süre boyunca temerrüt devam eder⁶⁴⁵. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP’a göre, satıcının temerrüde düşmekte kast ya da ağır ihmali bulunması durumunda, satıcı, ifanın alıcı bakımından faydasız kalacağını bilemez ya da bunu tahmin edemez ise süre verilmesine gerek olmaz iken, hafif kusuru ya da kusursuz olarak mütemerrit olan satıcının bunu bilmesi gerekmektedir⁶⁴⁶. Kanaatimizce, süre verilebilmesi bakımından satıcının kusurunun aranmaması nedeniyle, satıcının kusur durumu, alıcının ifa menfaatinin satıcı tarafından bilinebilirliği ile ilişkilendirilmemelidir.

⁶⁴¹ Becker, AB., 549

⁶⁴² Schöler, 1903, 47; Tandoğan, Mes’uliyet, 494; von Tuhr, 620; Oğuzman, Öz, 542; Bucher, 367; von Büren, 374; Keller, Schöbi, 271; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 946; Arslanlı, 406; Eren, Borçlar Genel, 1256; Basler Kom./ Wiegand, 621; Ehrat, 91; Alman Hukuku bakımından dönme hakkının kullanılması öncesinde süre verilmesi aranmaktadır: Muthers, 73; Schmidt, Rolf, 102; Schmid, 142; Riewert, 53; Palandt/ Grüneberg, 557; Kuhlmann, 195; Doğan, Şahan, Atamulu, 293; Keskin, 218; Ünlütepe, 275 vd.

⁶⁴³ Schenker, 170

⁶⁴⁴ Becker, 550; Arslanlı, 407; Doğanay, 370

⁶⁴⁵ Keller, Schöbi, 271; Arslanlı, 415; Doğanay, 373

⁶⁴⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 952

Süre verilmesi, ifa zamanının ertelenmesinden (Stundung) farklıdır⁶⁴⁷. İfa zamanının ertelenmesi bakımından, alıcı ile satıcı arasında ifa zamanını erteleme sözleşmesinin akdedilmesi gerekir. Uzatma süresince, borç muaccel değildir ve satıcı temerrüde düşmez. Erteleme sözleşmesinin muacceliyetten sonra yapılması mümkündür⁶⁴⁸. Uzatma sözleşmesi TBK. m. 95 uyarınca akdedilir. Oysaki süre verilmesi, TBK. m. 125 hükmünde yer alan seçimlik hakların kullanılması adına getirilen bir ön şarttır.

2.2.2.1.1. Hukuki Niteliği

Süre verilmesi, belirli bir süreye kadar satıcıyı edimi ifaya davet eden bir ihbardır⁶⁴⁹. Bu ihbar, hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır⁶⁵⁰. Aynı zamanda, karşı tarafa ulaşması gereken bir irade açıklamasıdır⁶⁵¹. Bu anlamda olmak üzere, verilen süre neticesindeki sonuçlar süre verilmesine dair beyandan bağımsız olarak kanundan doğar⁶⁵². Hukuki işleme dair hükümler, süre verilmesine kıyasen uygulanır.

Süre verilmesi, tek taraflı olarak kullanılan seçimlik hakların aksine, satıcının hukuk alanında etki doğurmaması nedeniyle, yenilik doğuran hak değildir⁶⁵³. Aynı şekilde, verilen sürede ifa edilmemesi durumunda edimin kabul edilmeyeceğine dair beyan da

⁶⁴⁷ Oğuzman, Öz, 339; Eren Şerh, 2406 vd.; Keller, Schöbi, 271; Doğanay, 370

⁶⁴⁸ Barlas, 67

⁶⁴⁹ Lemp, 31; Tunçomağ, Genel Hükümler, 935; Tandoğan, Mes'uliyet, 495; von Tuhr, 620; Bucher, 367; Keller, Schöbi, 271; Barlas, 119; Eren, Borçlar Genel, 1256; Saenger, 10; Ehrat, 91; Gerhardt/Leisinger, 171; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 620; MüKo. II/ Ernst, 561; Jauernig BGB./ Stadler, 543; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478; Doğanay, 370

⁶⁵⁰ von Tuhr, 620; Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Bucher, 367; Nazikoğlu, 669; Barlas, 119; Eren Şerh, 2406; Keller, Schöbi, 271; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 946; Eren, Borçlar Genel, 1258; Schenker, 170; Havutcu, 47; Reisoğlu, 378; Doğanay, 370; Basler Kom./ Wiegand, 622; Ehrat, 91; Muthers, 74; Gerhardt/ Leisinger, 172; Lammich, 67; MüKo. II/ Ernst, 558; Jauernig BGB./ Stadler, 542; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478; Erman BGB. I, Westermann, 1480; Höffmann, Sarah H., Die Nachfrist im Leistungsstörungenrecht, Frankfurt am Main, 2013, 36; AK./ Dauner, Lieb, 932; Ünlütepe, 276

⁶⁵¹ von Tuhr, 620; Saenger, 10; Russenberg, 57; Becker, 553; Bucher, 367; Keller, Schöbi, 271; Basler Kom./ Wiegand, 622; Ehrat, 91; Gerhardt/ Leisinger, 172; Lammich, 67; HK-BGB/ Schulze, 556; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 620; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478; Höffmann, 37

⁶⁵² Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Eren, Borçlar Genel, 1258; Havutcu, 47; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478

⁶⁵³ Schenker, 170; Havutcu, 47; Muthers, 74; Aksi yönde görüş için bkz. Schmid, 142

süre verilmesinin hukuki niteliğini deęiřtirmez⁶⁵⁴. Süre verilmesine dair beyan hukuki işlem benzeri irade açıklaması, edimin reddedileceğine dair beyan ise yenilik doğuran hukuki işlemdir⁶⁵⁵. Edimin kabul edilmemesinin, süre içerisinde ifa edilmemeye bağlı olması da süre verilmesi beyanının yenilik doğuran hukuki işlem olarak kabulü bakımından haklı bir gerekçe sayılmaz⁶⁵⁶. Süre verilmesine dair beyanı yenilik doğuran hak olarak kabul eden görüşe göre, bu beyan geri alınamaz⁶⁵⁷. Yenilik doğuran hak, tek taraflı bir işlemle muhatabın hukuki durumunu değiştirme yetkisi vermektedir. Oysaki, süre verilmesi, satıcının hukuki konumuna etki etmemesi nedeniyle, yenilik doğuran hak değildir.

2.2.2.1.2. Tarafları

İhtarda olduğu gibi süre tayininde de alıcı veya yetkisi temsilcisi tarafından satıcı veya yetkili temsilcisine karşı süre vermelidir. Süre tayin etmek isteyen taraf fiil ehliyetine sahip olmalıdır.

Ticari satış sözleşmesinde alıcı taraf birden fazla kişiden oluşuyorsa ve alacaklılar arasında teselsül varsa, alıcılardan biri tek başına süre tayin etmeye yetkilidir⁶⁵⁸. Birden fazla alıcıdan her biri kısmi alacaklı durumunda ise, alıcılardan her biri borcun ifasını talep yetkisine sahiptir. Kısmi alacaklılardan her biri, kendi payına ilişkin alacak yönünden süre tayin edebilir⁶⁵⁹. Elbirliğiyle alacaklılık hâlinde, süre tayini işleminin alıcıların hepsi tarafından birlikte yapılması gerekir⁶⁶⁰.

Satıcı tarafın birden fazla kişiden oluşması ve satıcılar arasında müteselsil borçluluk mevcut ise müteselsil satıcılardan birine süre tayin edilmesi yeterlidir⁶⁶¹. Satıcılar arasında teselsül olması hâlinde aynen ifadan vazgeçmeye dair açıklama da aynı şekilde yapılabilir. Ancak, seçimlik hakların kullanılabilmesi bakımından sürenin tüm satıcılar yönünden sona ermesi gerekir⁶⁶².

⁶⁵⁴ Schenker, 170; Havutcu, 47

⁶⁵⁵ Havutcu, 48; Antalya, 538

⁶⁵⁶ Havutcu, 48

⁶⁵⁷ Schmid, 142 vd.

⁶⁵⁸ Schenker, 181

⁶⁵⁹ Schenker, 182

⁶⁶⁰ Schenker, 182

⁶⁶¹ Schenker, 185; Aksi yönde görüş için bkz. MüKo. II/ Ernst, 559

⁶⁶² Ehrat, 93 vd.

Birden fazla satıcının her biri kısmi borçlu konumunda ise, satıcılardan her birine ayrı ayrı karşı borçlu olduğu kısım yönünden süre tayin edilebilir⁶⁶³. Ancak, bu takdirde, kısmi satıcıların borçlandığı edimlerin, bölünebilir borç olması ve birbirine eşit olmaması durumunda verilecek sürenin miktarı önem arz eder. Bu takdirde, satıcılara edimlerinin ifası bakımından uygun sürenin, edimin miktarına göre, ayrı ayrı uzunlukta tanınması zorunludur. Süre verilirken, edimin yeniden ifası bakımından verilecek süre ile aynı olması gerekmediğini ifade etmiş idik. Ancak, verilecek süre edimin miktarına göre farklılık arz etmelidir. Zira, TBK. m. 123 hükmünde “uygun bir süre”den bahsedilmektedir. Ayrıca, seçimlik haklar da ilgili kısım yönünden kullanılır. Seçimlik hakkın, borcun tamamı yönünden kullanılması, tüm satıcılara karşı süre tayin edilmesini gerektirir⁶⁶⁴. TBK. m. 165 hükmü, kısmi borçluyu koruma bakımından da uygulanır. Elbirliğiyle borçluluk durumunda, satıcıların tamamına karşı süre tayini gerekir⁶⁶⁵.

2.2.2.1.3. İçeriği ve Şekli

Süre verilmesi ile satıcı edimi ifaya davet edilir. Bu davet ile kanun satıcıya edimini ifa için son imkânı tanımıştır. Süre verilmesinde, ifaya davet, sözleşme konusu edimin içeriğine uygun olmalı, hangi edime ilişkin olduğu açıkça anlaşılmalıdır⁶⁶⁶. Doğacak zarardan satıcının sorumlu olacağı, fesih, dönme hakkının saklı tutulduğu, satıcıya karşı bu hususta dava açılacağına dair genel açıklamalar, netlik içermediği için geçersiz kabul edilir⁶⁶⁷. Alıcı, satıcıya süre vermesinin yanı sıra, aynen ifadan vazgeçtiğini de bildirmelidir⁶⁶⁸. Ancak, süre verme ve aynen ifadan vazgeçmenin aynı anda bildirilmesi gerekmez. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılacağına işaret

⁶⁶³ Schenker, 185; Ehrat, 94

⁶⁶⁴ Schenker, 186

⁶⁶⁵ Schenker, 186; Ehrat, 94

⁶⁶⁶ Eren, Borçlar Genel, 1257; Eren Şerh, 2405; Bucher, 368; Schenker, 171; Ehrat, 91; Becker, 550; Havutcu, 45; Basler Kom./ Wiegand, 622; Muthers, 75; Schmidt, Rolf, 102; Lammich, 67; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 620; MüKo. II/ Ernst, 561; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478; Höffmann, 137; Antalya, 539; Ünlütepe, 276

⁶⁶⁷ Tandoğan, Mes’uliyet, 495; Becker, 550; HK-BGB/ Schulze, 556; MüKo. II/ Ernst, 563; Höffmann, 137

⁶⁶⁸ Saenger, 18; Schmid, 144; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 955; Muthers, 75

edilmesi zorunlu değildir⁶⁶⁹. Süre verilmesinde, hukuki sonuçların bildirilmesi gerekmez⁶⁷⁰.

Alıcı tarafından verilen süre, TBK. m. 123 hükmü uyarınca “*uygun bir süre*” olmalıdır⁶⁷¹. Satıcı bu içerikten borcu ne zaman ifa edeceğini açıkça anlayabilmeli, belirlenen süre netlik içermelidir⁶⁷². “*derhâl*”, “*gecikmeksizin*”, “*uygun bir süre içinde*” gibi ifadeler netlik içermediği için süre verilmesi geçerli kabul edilmez⁶⁷³. Belirli bir tarih saptanabileceği gibi belirli bir zaman dilimi de tayin edilebilir⁶⁷⁴. Sürenin başlangıcı içerikte belirtilmemişse, ulaşması gereken bu irade beyanında, başlangıç ulaşma anıdır⁶⁷⁵. Zira, ulaşması gerekli bir irade açıklaması olması nedeniyle, ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Süre verilmesine dair bildirimin içeriğinin açık olması, sürenin ifa edilmeksizin dolmasının denetlenebilmesi ve satıcı tarafından hangi edimin ifa edilmesi gerektiğinin anlaşılabilmesi bakımından önem arz eder⁶⁷⁶.

Süre verilmesinde, ihtardan farklı olarak, ifa zamanı tespit edilmez⁶⁷⁷. Mütemerrit olan satıcıya, ifa için son bir imkân tanınır⁶⁷⁸. Diğer deyişle, verilen süre ifa zamanına

⁶⁶⁹ Muthers, 75

⁶⁷⁰ Lemp, 31; Basler Kom./ Wiegand, 623; MüKo. II/ Ernst, 563; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1479

⁶⁷¹ Stern, 23; Saenger, 14; Lemp, 31; Tunçomağ, Genel Hükümler, 935; Tandoğan, Mes’uliyet, 495; Becker, 551; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 947; Olgac, Direnme, 249; Eren, Borçlar Genel, 1258; Basler Kom./ Wiegand, 622; Schenker, 172; Havutcu, 45; MüKo. II/ Ernst, 564; Jauernig BGB./ Stadler, 542; Antalya, 538

⁶⁷² von Tuhr, 620; Saenger, 15; Bucher, 368; Tandoğan, Mes’uliyet, 495; Oğuzman, Öz, 543; Becker, 551; Eren, Borçlar Genel, 1258; Schenker, 172; Havutcu, 45

⁶⁷³ von Tuhr, 620; Bucher, 368; Reinholz, 16: Yazar aynı görüşte olmakla beraber, ticari teamül gereği, bazı hâllerde, kesin vadeli işlem olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir.; Tandoğan, Mes’uliyet, 495; Eren, Borçlar Genel, 1258; MüKo. II/ Ernst, 564; Antalya, 541; Stern, 23: Uygun bir sürenin ne kadar olacağı borçlu tarafından öngörülebilir ise geçerlidir.; Saenger, 15

⁶⁷⁴ Havutcu, 45

⁶⁷⁵ Havutcu, 45

⁶⁷⁶ Schlingmann, Karl, Lieferungsbedingungen, Heidelberg, 1931, 43; Muthers, 75; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478

⁶⁷⁷ Schenker, 171; Havutcu, 45; Doğanay, 371; Antalya, 540

⁶⁷⁸ Russenberg, 60; Eren Şerh, 2403; Havutcu, 45; Schlingmann, 229; Bucher, 367; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 620; MüKo. II/ Ernst, 561; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478; AK./ Dauner, Lieb, 932; Doğanay, 371; Antalya, 539

ilişkin değildir. Dolayısıyla, verilen süre boyunca, temerrüt devam eder, temerrüdün süre verilmesinden bağımsız sonuçlarından temerrüt faizi ve beklenmedik hâlden sorumluluk geçerliliğini korur⁶⁷⁹. Süre verilmesine dair irade beyanı, edimin belirli bir tarihe kadar ifa edilmesi gereğini içermeli ve satıcı son kez edimi ifaya davet edilmelidir⁶⁸⁰. Aynen ifadan vazgeçme beyanının süre verilme ile birlikte bildirilmesi mümkün olmakla beraber, zorunlu değildir⁶⁸¹. Bu takdirde, aynen ifadan vazgeçme beyanı sürenin dolması ile sonuç doğurur. Aynen ifadan vazgeçme beyanının bildirilmemesi durumunda, alıcının aynen ifayı talep ettiği karine olarak kabul edilir⁶⁸².

Verilen sürenin uygunluğu, somut olayın özellikleri, satılanın türü, mümkün olan en kısa sürede edimin ifasını sağlayacak olmasını gerektirir⁶⁸³. LEMP'e göre, ZGB. Art. 4 (TMK. m. 4) uyarınca hukuka ve hakkaniyete göre tayin edilir⁶⁸⁴. Bu sürenin ifa yönünden tayin edilen süre ile aynı olması gerekmez⁶⁸⁵. Verilecek süre, alıcı ve satıcının menfaatlerine göre tespit edilmelidir⁶⁸⁶. Nitekim, alıcı muaccel olan edimin ifasını beklerken, satıcı da aynen ifa için yeterli süreye sahip olmalıdır⁶⁸⁷. Bu anlamda olmak üzere, ifa engelinin kapsamı ve giderilmesi bakımından öngörülen muhtemel

⁶⁷⁹ Tandoğan, Mes'uliyet, 494; Oğuzman, Öz, 542

⁶⁸⁰ Olgaç, Direnme, 248; Eren, Borçlar Genel, 1257; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478

⁶⁸¹ Oğuzman, Öz, 546; Schenker, 203; Ehrat, 91; Gauch AT., 232

⁶⁸² Basler Kom./ Wiegand, 622

⁶⁸³ von Tuhr, 621; Saenger, 15; Bucher, 368; Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Becker, 551; von Büren, 374; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 947; Eren, Borçlar Genel, 1257; Reisoğlu, 378; Basler Kom./ Wiegand, 622; Schenker, 175; Ehrat, 92; Havutcu, 46; Schmidt, Rolf, 102; Schmid, 143; MüKo. II/ Ernst, 565; Jauernig BGB./ Stadler, 543; Gauch AT., 232; Altherr, Brem, Bühlmann, 132; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478; Petersen, 47; Schlingmann, 43; Erman BGB. I, Westermann, 1481; Höffmann, 158; AK./ Dauner, Lieb, 932; Doğanay, 371; Antalya, 540

⁶⁸⁴ Lemp, 31 vd.

⁶⁸⁵ Saenger, 15; Gauch AT., 232; von Büren, 374; Tunçomağ, Genel Hükümler, 935; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 947; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478; Schlingmann, 43; Erman BGB. I/ Westermann, 1481; Höffmann, 158; Doğanay, 371

⁶⁸⁶ Lemp, 31 vd.; Becker, 551; von Büren, 374; Oğuzman, Öz, 542; Tunçomağ, Genel Hükümler, 935; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 947; Nazikoğlu, 670 vd.; Eren Şerh, 2405; Russenberg, 57; Basler Kom./ Wiegand, 622; Muthers, 75; Teubel, 106; Schmid, 143; Schlingmann, 44; Brox, Walker, BT., 76; Erman BGB. I, Westermann, 1481; Höffmann, 158; AK./ Dauner, Lieb, 932; Ünlütepe, 276

⁶⁸⁷ Becker, 551; von Büren, 374; Nazikoğlu, 671; Muthers, 75; Teubel, 106 vd.; Schmid, 143; Erman BGB. I, Westermann, 1481; Höffmann, 158

süre göz önüne alınır⁶⁸⁸. Ayrıca, tarafların sözleşmenin akdedilmesi anındaki iradeleri de esas alınır⁶⁸⁹. Satıcının temerrüde düşmekte kusursuz olması süre olarak lehine değerlendirilebilir⁶⁹⁰. Somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacak objektif değerlendirmenin yanı sıra, alıcı tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken hâller ile satıcının daha uzun bir süre talep etmesinin haklı görüldüğü durumlarda, satıcının bu durumu alıcıya bildirmesi kaydıyla, süre daha uzun olarak kabul edilmelidir⁶⁹¹. İfa engelinin alıcı tarafından bilinmemesi durumunda, satıcı bunu bildirmekle yükümlüdür⁶⁹². Süre verilmesi ile ifa hazırlıklarına başlamış satıcı korunduğundan, ifa hazırlığı için gereken sürede sürenin uygunluğunda hesaba katılır⁶⁹³. İfa hazırlıklarına başlamamış satıcı açısından, ifaya hazırlık süresinin ayrıca hesaba katılması gerekmez⁶⁹⁴.

Verilen sürenin kısa olması, sürenin geçersizliği sonucunu doğurmaz, uygun olan süreye kadar satıcı edimini ifa edebilir⁶⁹⁵. Kısa tayin edilen sürenin yerine, uygun olan sürenin esas alınmasında satıcının menfaatlerinin korunmaması söz konusu değildir⁶⁹⁶. Nitekim, yeni bir sürenin tayin edilmesine gerek olmaksızın, alıcı uygun süre geçmeden seçimlik haklarını kullanamaz. Sürenin kısa olması hâlinde, kısa sürenin dolmasıyla satıcının uygun sürenin dolmasına kadar ifa hakkına sahip olduğu gibi, alıcı

⁶⁸⁸ Teubel, 107; Bucher, 368; Höffmann, 158 vd.; Doğanay, 371

⁶⁸⁹ Bucher, 368

⁶⁹⁰ Teubel, 107

⁶⁹¹ Saenger, 15; Muthers, 76

⁶⁹² Teubel, 107

⁶⁹³ von Tuhr, 621; Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Becker, 551; Havutcu, 46

⁶⁹⁴ von Tuhr, 621; Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Oğuzman, Öz, 542; Arslanlı, 410

⁶⁹⁵ von Tuhr, 621; Stern, 23; Saenger, 16; Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 948; Arslanlı, 412; Russenberg, 58; Bucher, 369; Becker, 552; Eren, Borçlar Genel, Eren Şerh, 2406; 1258; Ehrat, 92; Havutcu, 46; Muthers, 76; Reinicke, Tiedtke, 87; Schmidt, Rolf, 103; Schmid, 144; Palandt/ Grüneberg, 415; HK-BGB/ Schulze, 556; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 621; MüKo. II/ Ernst, 566; KaufKo./ Huber, 236; Jauernig BGB./ Stadler, 543; Altherr, Brem, Bühlmann, 132; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1479; Petersen, 46; Schlingmann, 43 vd.; Brox, Walker, BT., 76; Höffmann, 161; AK./ Dauner, Lieb, 932; Aksi yönde görüş için bkz. Oğuzman, Öz, 543; Doğanay, 372; Antalya, 541; Ünlütepe, 276

⁶⁹⁶ Saenger, 17; Ehrat, 92; Doğanay, 372

da bu uygun süreye kadar aynen ifayı talep edebilir⁶⁹⁷. Alıcı tarafından tayin edilen kısa sürenin dolması akabinde aynen ifadan vazgeçmeye dair açıklaması, satıcının makul sürede edimin ifasını teklif etmesi neticesinde alıcı temerrüdünü meydana getirir⁶⁹⁸. Doktrindeki bir kısım yazarlara göre, verilen kısa süreye satıcı itiraz etmez ise bununla bağlıdır⁶⁹⁹. Satıcının itirazı ile TBK. m. 123 anlamında uygun süre esas alınır. Alıcı, verdiği süreyi, tek taraflı olarak, uzatabilir ancak kısaltamaz⁷⁰⁰. Verilen sürenin dolmasına rağmen, alıcı yeniden süre tayin edebilir⁷⁰¹. Bir görüşe göre, kısa süreye, satıcının itirazı gerekmez⁷⁰²: Susma, kanunda öngörülen durumlarda kabul teşkil eder. Bu durumun diğer bir istinası, dürüstlük kuralı uyarınca, susma hâlinin, kabul olarak değerlendirilebilmesidir. Süre verilmesinin hukuki işlem benzeri fiil olması nedeniyle verilen sürenin uygun olmaması durumunda dahi kanunda yer alan sonuçlar kendiliğinden meydana gelecektir. Bu nedenle, verilen sürenin kısa olması durumunda da kanunda yer alan uygun süre içerisinde, satıcı tarafından borcun ifası mümkündür.

Alıcı, uygun süreyi aşan uzunlukta bir süre vermişse, bununla bağlıdır, tek taraflı olarak kısaltamaz⁷⁰³. Bu durumda, satıcının menfaatleri de ihlal edilmemektedir. Keza, satıcının, spekülasyonların önüne geçmek için verilen uzun süreden önce edimi ifası mümkündür⁷⁰⁴. Verilecek süre konusunda yapılan anlaşmanın varlığı hâlinde, ayrıca uygun sürenin tespiti gerekmez, anlaşmaya itibar olunur⁷⁰⁵.

⁶⁹⁷ Saenger, 16; Basler Kom./ Wiegand, 622; Ehrat, 93; Doğanay, 372; Aksi yönde görüş için bkz. von Büren, 375: Yazar göre, bu durumda, borçlu, ifa edebileceği son günü bilememektedir.

⁶⁹⁸ Bucher, 369

⁶⁹⁹ von Tuhr, 621; Tunçomağ, Genel Hükümler, 935; Tandoğan, Mes'uliyet, 495 vd.; Oğuzman, Öz, 543; Nazikoğlu, 671; Eren Şerh, 2406; Schenker, 178 Ehrat, 93; Gerhard/ Leisinger, 172

⁷⁰⁰ Arslanlı, 413; MüKo. II/ Ernst, 564; Eren Şerh, 2406

⁷⁰¹ Gauch AT., 232; von Büren, 375; Tunçomağ, Genel Hükümler, 937; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 956; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1478

⁷⁰² Schlingmann, 44

⁷⁰³ von Tuhr, 621; Saenger, 15 vd.; Tandoğan, Mes'uliyet, 496; Arslanlı, 413; Russenberg, 59; Bucher, 369; Becker, 552; Eren, Borçlar Genel, 1258; Basler Kom./ Wiegand, 622; Schenker, 179; Schmid, 144; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 621; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1479; Schlingmann, 44; Höffmann, 161; AK./ Dauner, Lieb, 932; Antalya, 542

⁷⁰⁴ Tandoğan, Mes'uliyet, 496; Becker, 552 vd.; Schenker, 179; Antalya, 542

⁷⁰⁵ Tandoğan, Mes'uliyet, 496; Becker, 553; Schenker, 176; Havutcu, 46

Seçimlik hakların kullanılabilmesi bakımından süre verilmesinde, ifası için süre verilen edimin miktarının, sözleşmede kararlaştırılan ifa edilecek edim miktarından az ya da çok olması durumunda, temerrüt ihtarında edimin miktarının az ya da çok bildirilmesi bakımından yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz⁷⁰⁶.

Temerrüt ihtarı ile süre verilmesinin birlikte bildirilmesi mümkündür⁷⁰⁷. Nitekim, süre verilmesindeki amaç, satıcının temerrüdün sonuçları karşısında korunmasıdır⁷⁰⁸. Süre verilmesinde, temerrüdün hukuki sonuçlarının satıcıya bildirilmesi mümkün ise de bu şart değildir⁷⁰⁹. Zira, süre verilmesi hukuki işlem benzeri irade açıklaması olması nedeniyle, süre içinde edimin ifa edilmemesi durumunda satıcının hukuki sonuçlar konusunda ayrıca uyarılması gerekmez, kanunda belirtilen sonuçlar kendiliğinden meydana gelir⁷¹⁰. Temerrüt ihtarı ile süre verilmesi mümkün ise de temerrütten önce süre verilmez⁷¹¹. Keza, temerrüt sonrasında, verilen bu süre geçerli hâle gelmez⁷¹². Zira, temerrütten önceki ihtar dahi muacceliyet ile birlikte hüküm ifade eder. Öncelikle edimin muaccel olması ve temerrüdün gerçekleşmesi gerekmektedir.

Süre verilmesinin, temerrüt ihtarından itibaren ne kadar süre içerisinde yapılacağı kanunda düzenlenmemiştir. LEMP'e göre, alıcı dilediği zaman süre verebilir⁷¹³. Zira, satıcı, spekülasyonu engellemek bakımından, borcu ifa etmek ya da alacaklı temerrüdüne düşürmek gibi bir hukuki imkâna sahiptir⁷¹⁴. Temerrütten itibaren somut olayın hâl ve şartlarına uygun sürenin geçmesiyle süre verilmesi mümkündür⁷¹⁵. Alman Hukuku açısından ise Önceki BGB.'de süre verilmediği sürece satıcı, aynen ifa

⁷⁰⁶ Bkz. 54 vd.

⁷⁰⁷ Saenger, 19; Oğuzman, Öz, 542; Basler Kom./ Wiegand, 605; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 948; Eren, Borçlar Genel, 1256; Schenker, 180; Havutcu, 48; Schmid, 143; HK-BGB/ Schulze, 556; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1479; AK./ Schulte, Nölke, 411; Antalya, 539

⁷⁰⁸ Schenker, 180

⁷⁰⁹ Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Bucher, 368; Havutcu, 46

⁷¹⁰ Tandoğan, Mes'uliyet, 495; Eren, Borçlar Genel, 1258; Basler Kom./ Wiegand, 622; Schenker, 173; Jauernig BGB./ Stadler, 542

⁷¹¹ Saenger, 19; Tandoğan, Mes'uliyet, 496; Arslanlı, 407; Havutcu, 48; Becker, 549; Bucher, 358; Schmid, 143; HK-BGB/ Schulze, 556

⁷¹² Schmid, 143

⁷¹³ Lemp, 33; Tunçomağ, Genel Hükümler, 936; Arslanlı, 414

⁷¹⁴ Lemp, 33; Arslanlı, 414

⁷¹⁵ Havutcu, 49

hakkına sahip idi⁷¹⁶. SAENGER'e göre, kötü niyetli olarak süre tayin edilmediği takdirde, alıcı seçimlik haklarını ve hatta aynen ifa hakkını kaybeder⁷¹⁷. Bu görüş, önceki BGB. bakımından geçerlidir. Zira, önceki BGB. § 326 hükmünde süre verilmesi ile aynen ifadan vazgeçme beyanı birlikte bildirilmekteydi. Kanaatimizce, hukukumuz açısından alıcı tarafından süre verilmemesi durumunda, bir kötü niyetten söz edilmesi güçtür. Zira, satıcının süre verilmese dahi aynen ifa imkânı mevcuttur. Dolayısıyla, alıcı aynen ifayı talep veya seçimlik haklarını kaybetmez. Diğer taraftan, alacağın zamanaşımına uğramış olması, zamanaşımının bir itiraz değil def'i olması nedeniyle, süre verilmesine engel değildir⁷¹⁸.

Süre tayin edilmemesi durumunda, alıcı aynen ifa talebinden vazgeçtiğini ihtar etse bile, yalnızca aynen ifayı talep edebilir⁷¹⁹. Dolayısıyla, süre tayin edilmesi zorunludur. Seçimlik hakların kullanılabilmesi, satıcının aynen ifa yetkisinin sona erdirilebilmesi için süre tayin edilmesi ve süre içinde edimin ifa edilmemesi şarttır. Süre tayin etmeden alıcı, satıcının aynen ifa yetkisini sona erdiremez.

TBK. m. 123 hükmü uyarınca alıcı bizzat süre tayin etmek yerine hâkim tarafından süre tayin edilmesini isteyebilir⁷²⁰. Hâkim tarafından süre tayini, sürenin uygunluğu bakımından olası tartışmaların önüne geçer. Sürenin hâkim tarafından tayin edilmesi durumunda alıcı, sürenin uygunluğuna ilişkin çekişmeden kurtulur. Yetkisiz hâkim tarafından, tayin edilen süre geçersizlik sonucunu doğurmaz, bu durum alıcının yetkilendirdiği kişinin süre tespiti hükmünde kabul edilir⁷²¹. Süre tayininde, borçlunun yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir⁷²². Hâkim tarafından süre tayininde basit yargılama usulü uygulanır. Aksi yöndeki görüşe göre, hâkimin tayin ettiği sürenin uygun olmadığı, çekişmeli yargılamada öne sürülebilir⁷²³.

⁷¹⁶ Saenger, 20

⁷¹⁷ Saenger, 20

⁷¹⁸ Havutcu, 49

⁷¹⁹ Saenger, 15

⁷²⁰ Saenger, 24; Lemp, 32; Becker, 553; Oğuzman, Öz, 543; Bucher, 367; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 948; Nazikoğlu, 670; Schenker, 183; Kayar, 179; Antalya, 542; Ünlütepe, 256; Erdoğan, 241

⁷²¹ Becker, 554; Schenker, 183; Havutcu, 49

⁷²² Becker, 554

⁷²³ Doğanay, 373; Antalya, 543

TRÖGER'e göre, kesin vadeli işlem bulunmasına rağmen, süre verilmesi hâlinde, temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanır⁷²⁴. Satıcının ifa yetkisi, verilen sürenin sonuna kadar devam eder⁷²⁵. Sürenin dolmasından sonraki ifa ile sözleşmedeki amaca erişilebilir ise satıcıya ifa imkânı tanımak gerekir⁷²⁶. Bu durumda, alıcının tazminat talep hakkı saklıdır⁷²⁷.

TBK. m. 125/II (OR. Art. 107/II) hükmü uyarınca alıcı, aynen ifadan vazgeçmek istemesi hâlinde bunu satıcıya gecikmeksizin (unverzüglich) bildirmelidir. Aksi takdirde aynen ifada ısrar edildiği karinesi kabul edilmektedir. Aksine olarak, TBK. m. 212/II (OR. Art. 190) hükmünde satıcının temerrüdü hâlinde, alıcının aynen ifadan vazgeçmesi varsayılmakta, olumlu zarar talep ettiği karinesi kabul edilmektedir. Her iki hâlde de alıcı, imkânsızlık söz konusu olmadığı sürece, aynen ifayı talep edebilmektedir⁷²⁸. Ayrıca satıcı da temerrüde düşmesi hâlinde, aynen ifa etmek hakkına sahiptir⁷²⁹.

SAENGER'e göre, aynen ifadan vazgeçme beyanı ile birlikte süre verilmesi nedeniyle, alıcının aynen ifa hakkı sona ererken, satıcı da aynen ifa imkânını yitirir⁷³⁰. Aksi yöndeki görüşe göre, alıcının aynen ifayı talep etmesi mümkündür⁷³¹. Önceki BGB. § 326/VI hükmünün aksine olarak, BGB. düzenlemesinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması borçlunun temerrüdüne değil, verilen süre içerisinde edimin ifa edilmemesine bağlıdır⁷³². BGB. § 281/IV hükmü uyarınca, aynen ifa imkânı, alacaklının sözleşmeden dönme ya da borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep etmesi durumunda sona erer⁷³³. İfa imkânı, tam iki tarafa borç yükleyen ticari satış

⁷²⁴ Tröger, 58; Arslanlı, 426; Doğanay, 376

⁷²⁵ Becker, 554 vd.

⁷²⁶ Becker, 555

⁷²⁷ Becker, 555

⁷²⁸ Bär, 19; HGB m. 376 bakımından aksi yönde görüş için bkz. Fischinger, 212: Yazara göre, aynen ifanın talep edilmesi durumunda ise, ticari satış sözleşmesi değil, genel hükümlere ilişkin satış sözleşmesine dair düzenlemelere tabi olur.

⁷²⁹ Bär, 19; Zippel, 11

⁷³⁰ Saenger, 23; Tröger, 31; Basler Kom./ Wiegand, 623; Keller, Schöbi, 215

⁷³¹ Muthers, 74: Ancak yazar, önceki BGB. § 326 bakımından tayin edilen sürenin dolması hâlinde, aynen ifa imkânının sona erdiğini ifade etmektedir.; Teubel, 205

⁷³² Teubel, 235; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 300

⁷³³ Teubel, 205

sözleşmesi yönünden, her iki âkit bakımından sona erer. Keza alıcı, borcun geç ifasından doğan zarara ilişkin tazminatı da talep edemez.

Seçimlik hakların kullanılmasına dair davada aynen ifa ile diğer taleplerin yığılması mümkün değildir⁷³⁴. Nitekim, ilk olarak aynen ifa talebi, sonrasında borcun ifa edilmemesinden doğan talepler söz konusu olur. Bu noktada anılan talep arasında aynı zamanda, kural olarak, terditli dava açma olanağı yoktur.

Süre tayininin şekli açısından TBK.’da bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla, süre verilmesi şekle tabi değildir. Taraflar süre verilmesini bir şekle tabi tutmuş ve bu geçerlilik şartı olarak tespit olunmuşsa, bu şekle uyulmaksızın verilen süre geçersiz kabul edilir⁷³⁵. Bir görüşe göre, tacirler arasındaki süre verilmesine dair beyan ETTK. m. 20/III hükmünde öngörülen şekle bağlıdır⁷³⁶. TTK. m. 18/III hükmü uyarınca “*diğer tarafı temerrüde düşürmeye*” ilişkin ihbar ve ihtarlar şekle bağlanmıştır. Ancak, süre verilmesi tarafı temerrüde düşürmeye ilişkin değil, temerrüde düşmüş satıcıya karşı, seçimlik hakların kullanılabilmesi için aranan bir şarttır.

2.2.2.2. İstisna: Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

TBK. m. 124 hükmü uyarınca “*süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa*” veya “*borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa*” ya da “*borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa*” satıcıya süre verilmesine gerek yoktur. Diğer deyişle alıcı, süre vermek zorunda değildir. Son ihtimâl kesin vadeli işleme işaret eder. Anılan düzenleme emredici olmadığından, taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında, süre verilmesi gereğini bertaraf edebilirler⁷³⁷. Ayrıca, bu durumda süre verilmesine engel bulunmamaktadır⁷³⁸. TBK. m. 124’te öngörülen durumların varlığını ispat yükü

⁷³⁴ Saenger, 24

⁷³⁵ Schenker, 174 vd.; Havutcu, 47

⁷³⁶ Tandoğan, Mes’uliyet, 496; Oğuzman, Öz, 543

⁷³⁷ Becker, 547; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 949; Havutcu, 49; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1485; Basler Kom./ Wiegand, 630; Önceki BGB. bakımından bu durumun mümkün olduğuna dair bkz. Schmid, 146

⁷³⁸ Saenger, 22; Becker, 561; Basler Kom./ Wiegand, 628; Schenker, 188

alıcıdadır⁷³⁹. Diğer taraftan, alıcı, aynen ifadan vazgeçtiğini, yararsız sürenin dolması sonrasında bildirmelidir⁷⁴⁰.

Kesin vadeli sözleşmede alıcı, satıcıya ek süre vermeksizin, olumlu zararının tazminini talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Alıcının, satıcıyı temerrüde düşürmek için ihtar çekmesine de gerek yoktur. Ayrıca alıcının, “*borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen*” bildirmesine gerek yoktur. TBK. m. 212/II hükmü uyarınca, ticari satış sözleşmesinde belirli vadeye dair kararlaştırmanın, kesin vadeli işlem karinesi teşkil etmesinin yanında, satıcının temerrüdü hâlinde alıcının olumlu zararı talep ettiği karinesi vardır⁷⁴¹. TBK. m. 212 hükmünün uygulanabilmesi satış sözleşmesi ile alt türleri ve mal değişim sözleşmeleri bakımından mümkündür⁷⁴². Anılan hüküm, TBK. m. 212 kenar başlığından görüldüğü üzere, yalnızca satıcının temerrüdü bakımından uygulanır. Kesin vade durumunda, süre verilmesi, kesin vade niteliğini etkilemez⁷⁴³. Geciken ifanın alacaklı tarafından kabulünde de kesin vade niteliği değişmez⁷⁴⁴.

Süre verilmesine gerek olmayan hâllerde derhâl aynen ifadan vazgeçme beyanının öne sürülmesi aranmamalıdır⁷⁴⁵. Aksinin kabulünde alıcının süre verilmesine gerek bulunmamasına rağmen aynen ifa talebini tercih ettiği sonucuna varılır. Bu kabul, süre verilmesine gerek olmayan hâllerin borç ilişkisini süratle tasfiyeye götürme amacı ile bağdaşmaz⁷⁴⁶. OĞUZMAN/ ÖZ’e göre bu durumda alıcının, sözleşmeden dönme hakkını seçtiği varsayılmalıdır⁷⁴⁷. Alıcı dönme beyanını her zaman ileri sürebilir. Olumlu zararı talebi ise satıcıya derhâl bildirmelidir. Kanaatimizce, alıcının aynen ifadan vazgeçtiği kabul edilmekle beraber alıcı, sözleşmeden dönme ya da olumlu zarar talebi bakımından tercih ettiği seçimlik hakkını derhâl satıcıya bildirmelidir.

⁷³⁹ Basler Kom./ Wiegand, 630; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1485

⁷⁴⁰ Schenker, 191; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1488

⁷⁴¹ Havutcu, 57; Honsell, 48; HGB m. 376 bakımından değerlendirme için bkz. Letti, 259

⁷⁴² Bär, 52

⁷⁴³ MHGB./ Grunewald, 454

⁷⁴⁴ MHGB./ Grunewald, 454

⁷⁴⁵ Oğuzman, Öz, 568

⁷⁴⁶ Oğuzman, Öz, 568

⁷⁴⁷ Oğuzman, Öz, 568

Zira, kanunkoyucu, alıcının tercih ettiği seçimlik hak bakımından bir karine öngörmemiştir.

2.2.2.2.1. Satıcının İçinde Bulunduğu Durumdan veya Tutumundan Süre Verilmesinin Etkisiz Olacağının Anlaşılması

Satıcının içinde bulunduğu durum veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olduğunun anlaşılması hâlinde süre verilmesine gerek olmadığı TBK. m.124/I, b.1’de hükme bağlanmıştır. Süre tayini, ifade edildiği üzere, satıcıya son bir ifa şansı vererek, temerrüdün ağır sonuçlarıyla karşılaşmasını önlemeyi amaçlar. Ancak, satıcının içinde bulunduğu durum ya da tutumdan süre verilse dahi edimini ifa etmeyeceği veya edemeyeceği anlaşılıyorsa, koruma ihtiyacı ortadan kalktığı için, kanun koyucu, süre verilmesini gerekli görmemiştir⁷⁴⁸. Anılan hüküm bu anlamda, alıcıyı korumakta, onu süre tayininin sona ermesini beklemekten kurtarmaktadır. Düzenleme, TMK. m. 2 hükmünün somut örneğini teşkil eder⁷⁴⁹. Satıcıya süre verilmesine rağmen, süre içerisinde içinde bulunduğu durum ya da tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılır ise alıcının sürenin sonunu beklemesine gerek yoktur⁷⁵⁰. Satıcının, alıcı tarafından anlaşılan “etkisiz olma” durumu yönünden kastı olup olmadığının önemi yoktur⁷⁵¹.

Satıcının edimi ifa etmeyeceğini ya da edemeyeceğini açıkça bildirmesi bu istisna kapsamında değerlendirilir⁷⁵². Satıcının ifa hazırlıklarında gecikmesi hâlinde, süre

⁷⁴⁸ Stern, 24 vd; Bentum, Walter Van, Rücktritt und Wandelung nach zwischenzeitlicher Veräusserung, Düsseldorf, 1935, 36; Lemp, 29; Becker, 562; Tunçomağ, Genel Hükümler, 938; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 950; Arslanlı, 419; Eren Şerh, 2411; Reisoğlu, 379; Schenker, 186; Guhl, 255; Bucher, 369; Ehrat, 95; Havutcu, 49; Basler Kom./ Wiegand, 628; Muthers, 76; Boels, 52 vd.; Gerhardt/ Leisinger, 172; Teubel, 86; Lammich, 67; Schmid, 147; HK-BGB/ Schulze, 556; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 621 vd.; MüKo. II/ Ernst, 571; Jauernig BGB./ Stadler, 543; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1485; Keller, Schöbi, 272; Petersen, 47; Schlingmann, 43; Hirsch, 264; Doğanay, 374; Antalya, 545; Doğan, Şahan, Atamulu, 294 vd.; Ünlütepe, 277; Erdoğan, 242

⁷⁴⁹ Basler Kom./ Wiegand, 628; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486; Ünlütepe, 277

⁷⁵⁰ Oğuzman, Öz, 564; Becker, 562; Antalya, 545; Ünlütepe, 277

⁷⁵¹ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486

⁷⁵² Tunçomağ, Genel Hükümler, 938; Oğuzman, Öz, 564; Arslanlı, 419; Eren Şerh, 2411; Nazikoğlu, 674; Havutcu, 50; Reisoğlu, 379; Russenberg, 60; Ehrat, 95; Becker, 562; Keller, Schöbi, 272; Basler Kom./ Wiegand, 628; Schenker, 187; Schmid, 147; KaufKo./ Huber, 237; Brox, Walker, BT., 24; Emmerich, 43; Löhnig, Gleti, 31; AK./ Dauner, Lieb, 932; Mont, 33; Ünlütepe, 277; Erdoğan, 242

verilse dahi edimi ifa edemeyecek vaziyette ise süre tayini etkisizdir⁷⁵³. Satıcının yalnızca o ana dair edimi ifa edemeyeceğini ifade etmesi, sözleşmenin geçerliliğine dair şüphesini bildirmesi, satıcının daha önce ifa konusunda birden fazla kere ihtar edilmesi⁷⁵⁴ süre verilmesinin etkisiz olacağı anlamına gelmez⁷⁵⁵. Madde hükmünde “*anlaşılabiliriyorsa*” ibaresi tahmin edilebilme hâlini kapsamaz⁷⁵⁶. Süre verilmesinin etkisiz olacağına dair kuvvetli emare gerekir⁷⁵⁷. Süre verilmesinin etkisiz olduğunu ispat yükü alıcıdadır⁷⁵⁸.

Satıcının, muacceliyet tarihinden önce, edimi ifa etmeyeceğini bildirmesi ile borca aykırılık derhâl gerçekleşmez⁷⁵⁹. Zira, borca aykırılık ihtar ya da vadenin gelmesine rağmen borcun ifa edilmemesi neticesinde gerçekleşir. Alıcının, muacceliyet tarihinden önce satıcıyı ihtar etmesi mümkündür. BARLAS’a göre, bu durumda ihtar gerekmemekle beraber, temerrüt, muacceliyet anında gerçekleşir⁷⁶⁰. Ancak, borca aykırılık gerçekleşmedikçe, temerrüde ilişkin seçimlik haklar kullanılamaz. Nitekim, bu hâlde, alıcının seçimlik hakkı beklenen bir haktır. Muacceliyet öncesinde borcu ifa etmeyeceği yönündeki beyan satıcı tarafından muacceliyet anına kadar geri alınabilir⁷⁶¹. Muacceliyet anının gelmemesi nedeniyle borca aykırılık henüz gerçekleşmez. Satıcı tarafından bu beyanın geri alınması durumunda, alıcının süre vermesi gerekir.

2.2.2.2. Borcun İfasının Alıcı İçin Yararsız Kalması

Satıcının temerrüdü neticesinde alıcının ifada yararının kalmaması hâli TBK. m. 124 hükmü uyarınca süre verilmesine gerek olmayan hâller arasında sayılmıştır. Yararsız kalma bakımından, ifadaki menfaatinin tamamen değil, önemli ölçüde ortadan kalkması yeterlidir⁷⁶². Nitekim, alıcının ifada yararının kalmaması durumu, alıcının ifa

⁷⁵³ Oğuzman, Öz, 564; Eren Şerh, 2411; Ehrat, 95; Bucher, 369 vd.; Keller, Schöbi, 272; Havutcu, 50; Basler Kom./ Wiegand, 628

⁷⁵⁴ Somut olayın koşullarına göre bu durum etkisizlik kapsamında değerlendirilebilir.

⁷⁵⁵ Becker, 562; Havutcu, 50

⁷⁵⁶ Havutcu, 51; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486

⁷⁵⁷ Schenker, 187; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486

⁷⁵⁸ Schenker, 187

⁷⁵⁹ Schenker, 85

⁷⁶⁰ Barlas, 65

⁷⁶¹ Becker, 562; Bucher, 369

⁷⁶² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 951; Arslanlı, 422

menfaatinin ortadan kalkması anlamına gelir⁷⁶³. Alıcının ifa menfaatinin kalktığına tespitinde, sözleşmenin yapılması anında alıcının amacı esas alınır⁷⁶⁴. Bu amacın ortadan kalkması hâlinde, süre verilmesi gerekmez. Karşılıklı ilişki gereğince, edimlerin değişiminde alıcının menfaati kalkar⁷⁶⁵. Alıcıdan, mütemerrit satıcının edimini kabul etmesinin ve kendi edimini ifa etmesinin beklenememesi hâlinde alıcının ifa menfaatinin kalktığı kabul edilir⁷⁶⁶. Alıcının ifa menfaati, edimle takip ettiği amaca göre belirlenir⁷⁶⁷. Alıcının bu noktada, özel bir amacı var ise ifa menfaati bu çerçevede tespit edilir⁷⁶⁸. Somut olayda, benzer koşullardaki alıcının “objektif” amacı esas alınmalıdır⁷⁶⁹. Yalnız belirli mevsimde satılan bir mal, düşün ya da balo kıyafetinin satış sözleşmesine konu edilmesi bu duruma örnek teşkil eder⁷⁷⁰.

Alıcının ifa menfaatinin kalkması ile satıcının temerrüdü arasında illiyet bağı aranır⁷⁷¹. İfa menfaatinin kalktığını ve temerrüt arasındaki illiyet bağına ispat yükü alıcıdadır⁷⁷². Hukukumuzda, alıcının ifa menfaati esas alınır iken, BGB. § 323/II, b. 3 hükmünde öngörülenin aksine sadece alıcının değil, tarafların menfaatinin tartışılması neticesinde dönme hakkı tanınmaktadır⁷⁷³.

Alıcının, süre verdikten sonra ifa menfaatinin ortadan kalkması mümkündür. Bu durumda önceden süre tayin etmesi, onun hukuki durumunu kötüleştirmez⁷⁷⁴. Ancak

⁷⁶³ Ehrat, 95; Becker, 563; Bucher, 370; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 951; Havutcu, 51; Basler Kom./ Wiegand, 628; Saenger, 21; Lammich, 68 vd.; Schmid, 148; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486; Keller, Schöbi, 272; Doğanay, 375

⁷⁶⁴ Oğuzman, Öz, 564; Ehrat, 95; Havutcu, 51; Schmid, 148

⁷⁶⁵ Schenker, 188; Havutcu, 51; Saenger, 21

⁷⁶⁶ von Tuhr, 622; Keller, Schöbi, 272; Bentum, 36; Havutcu, 52

⁷⁶⁷ Havutcu, 52; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486

⁷⁶⁸ Havutcu, 52; Ünlütepe, 277

⁷⁶⁹ Nazikoğlu, 674 vd.; Antalya, 546

⁷⁷⁰ Becker, 563; Bucher, 370; Reisoğlu, 379; Basler Kom./ Wiegand, 628; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486; Giger, 26; Teichmann, 21; Doğanay, 375

⁷⁷¹ Becker, 563; Tunçomağ, Genel Hükümler, 939; Oğuzman, Öz, 565; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 951; Arslanlı, 423; Havutcu, 51; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486; Doğanay, 375; Antalya, 547

⁷⁷² Saenger, 22; Nazikoğlu, 675; Schenker, 188 vd.; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486; Antalya, 547

⁷⁷³ Muthers, 79; Petersen, 48

⁷⁷⁴ Becker, 563; Arslanlı, 424; Doğanay, 375

bu durum alıcı tarafından bilinebilir ise, süre verilirken hakkın saklı tutulması gerekir⁷⁷⁵.

Alıcının ifa menfaatinin kalkması, tam bir menfaat yokluğu anlamına gelmez⁷⁷⁶. Satılanın mülkiyetini geçirme amacıyla zilyetliğinin devrinin alıcı bakımından önemli surette yararsız olması yeterlidir⁷⁷⁷.

Temerrütten kaynaklanan seçimlik hakların iki adet olduğunu kabul eden SAENGER'e göre, alıcı için ifanın yararsız kalması nedeniyle süre verilmesine gerek olmayan hâlde, gerçek anlamda üç adet seçimlik hak mevcuttur⁷⁷⁸.

TBK. m. 124/I, b. 2 hükmünde borcun ifasının alıcı için yararsız kaldığının satıcı tarafından anlaşılmasının gerekip gerekmediği konusunda açıklık bulunmamaktadır. SCHENKER'e göre, süre tayininin amacından hareket etmek gerekir. Süre tayini, satıcının temerrüdünün ağır sonuçlarından korunmasını amaçlar ve bu vesileyle satıcıya son bir şans verilir. Alıcının edimle takip ettiği amaçtan hareket edilirse, öngörülen bu koruma gayesine hizmet edilmez. Satıcıdan bu durumu bilmesi beklenemez. Alıcının edimle takip ettiği amacın satıcı tarafından anlaşılabilir olmasını kabul, koruma amacına uygun düşer⁷⁷⁹. BECKER'e göre, alıcının ifa menfaatini açıkça anlaşılması ya da satıcı tarafından bilinebilir olması gerekir⁷⁸⁰. Alıcının edim ile takip ettiği amaç, sözleşme konusu edimin olağan amacı ise satıcının bu amacı bildiği kabul edilir. Ancak, alıcının özel bir saiki var ise bunun satıcı tarafından anlaşılabilir olması gerekir. Bir kısım yazarlara göre, madde hükmünde bu konuda bir açıklık bulunmamasından hareketle, borcun ifasının alıcı için yararsız kalması hâlinin satıcı tarafından bilinmesine gerek yoktur⁷⁸¹. EHRAT'a göre, sözleşmenin içeriğine dahil olmayan bir saik ile satıcının korunmasına hizmet eden süre verilme imkânının ortadan kaldırılmaması gerekir⁷⁸². WIEGAND'a göre, saikin bilinmesi gerekmeksizin

⁷⁷⁵ Becker, 564; Arslanlı, 424; Doğanay, 375

⁷⁷⁶ Havutcu, 51

⁷⁷⁷ Schenker, 189; Havutcu, 51

⁷⁷⁸ Saenger, 22

⁷⁷⁹ Oğuzman, Öz, 565; Schenker, 190

⁷⁸⁰ Becker, 563; Nazikoğlu, 675

⁷⁸¹ Keller, Schöbi, 273; Arslanlı, 423; Havutcu, 52; Schmid, 148; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486; Antalya, 547

⁷⁸² Ehrat, 95 vd.

temerrüt neticesinde ifa menfaati ortadan kalkar⁷⁸³. İfa menfaatinin kalktığını ispat yükü alıcıdadır⁷⁸⁴. HAVUTCU'ya göre, sözleşmenin kurulması aşamasında satıcının, alıcının özel ifa menfaatine dair saikini bilme imkânı yoktur⁷⁸⁵. Olağanın dışında, özel bir ifa menfaatinin bulunması durumunda, satıcının bu amacı bilmesinin beklenmesinin aranmaması, süre verilmesi ve bunun istisnalarına dair düzenlemeler amacına ters düşer. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve bu kapsamda ticarî satış sözleşmesindeki karşılıklılık ilişkisi uyarınca satıcının karşı edimi elde etme imkânına engel olmamak gerekir. Benzer yöndeki görüşe göre, satıcı tarafından bilinebilir olma hâli, kesin vadeli işlemde bu bendin farkını teşkil etmektedir⁷⁸⁶.

Her ne kadar temerrüt objektif bir borca aykırılık hâli olarak kabul edilse de süre verilmesi seçimlik hakların bir koşulu olup, temerrüdün bir şartı değildir. Süre verilmesi, istisnalar hariç olmak üzere, temerrüden kaynaklanan seçimlik haklarının kullanılmasının bir şartıdır. Dolayısıyla, bize göre de, satıcının buna dair sübjektif bilgisi, alıcının özel ifa menfaatinin anlayabilmesi de aranmalıdır. Olağan ifa menfaati açısından satıcının bunu bildiğini kabul etmek gerekir. Alıcının özel ifa menfaati bakımından ise, satıcının bu durumu bilmesi aranmalıdır. Zira, EHRAT'ın da belirttiği gibi, sözleşmenin muhtevasına bile dahil olmayan bir saik nedeniyle, satıcının ifa imkânına engel olmak tehlike arz eder. HAVUTCU'nun haklı olarak ifade ettiği gibi, ifa menfaatine dair özel saikin satıcı tarafından anlaşılabilmesinin aranması aynı zamanda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki karşılıklılık ilişkisi kapsamında satıcının karşı edime kavuşma imkânına da hizmet eder. Süre verilmesine dair hükmün amacından hareketle alıcının özel ifa menfaatine dair saikin satıcı tarafından anlaşılabilir olmasını gerektirir⁷⁸⁷.

Kesin vadeli işlemde farklı olarak, bu durumda, yalnızca geç ifanın yararsız olması değil, aynı zamanda edimin olağan ya da özel kullanım amacı da dikkate alınır⁷⁸⁸.

SCHENKER'e göre, alıcı, borcun ifasının kendisi bakımından yararsız kalmasına rağmen, bu durum satıcı tarafından bilinmese bile, süre verirse, seçimlik haklarda

⁷⁸³ Basler Kom./ Wiegand, 629

⁷⁸⁴ Basler Kom./ Wiegand, 629

⁷⁸⁵ Havutcu, 53; Reinholz, 18: Yazar konuyu, kesin vadeli işlem bakımından değerlendirmiştir.

⁷⁸⁶ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1486

⁷⁸⁷ Oğuzman, Öz, 565; Schenker, 190

⁷⁸⁸ Schenker, 196

eksilme olmaz⁷⁸⁹. Diğer taraftan, hâkim, ifa menfaatinin kalkması neticesinde, olağandışı yükseklikte zararların bulunması hâlinde, tazminatın kapsamını azaltabilir⁷⁹⁰.

2.2.2.2.3. Kesin Vadenin Kararlaştırılması

TBK. m. 124/I, b. 3 hükmü uyarınca “*Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa*” satıcıya süre verilmesine gerek yoktur⁷⁹¹. Bu bentteki hâl, kesin vade kararlaştırılmasına işaret eder. Kesin vade, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye konu edimin sözleşmede kararlaştırılan zamanda kesin ve kat’i olarak ifa edilmesine dair vade belirlemesidir⁷⁹². Diğer deyişle, vadeden sonraki ifanın, ifa olarak kabul edilmeyeceği kararlaştırılır⁷⁹³. Sözleşmenin akdedilmesinden sonra da tarafların, sözleşmenin içeriğinin değişikliği ile taraflardan birinin edimine ilişkin kesin vade tayin etmesi mümkündür. Kesin vadenin bulunduğunu ispat yükü alıcıdadır: Şüphe hâlinde, belirli vadenin bulunduğu kabul edilerek, süre verilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁷⁹⁴. İspat faaliyeti bakımından alıcı, örneğin, taraflar arasında akdedilmiş sözleşmeyi ibraz ederek, kesin vadeli işlemin bulunduğunu ispat edebilir.

Kesin vadeye ilişkin TBK. m. 124/I, b. 3 hükmü ile TBK. m. 212/II hükmü arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir. Öncelikle, TBK. m. 123 ve 125 hükümleri, özel hükümlerde aksine bir düzenleme olmadığı takdirde münferit sözleşme ilişkilerine uygulanır⁷⁹⁵. Somut olayda TBK. m. 212 hükmünün uygulama alanı olması hâlinde, TBK. m. 123 ve 125 hükümlerinin uygulanması da mümkündür⁷⁹⁶. Aynı şekilde, TBK.

⁷⁸⁹ Schenker, 191

⁷⁹⁰ Saenger, 22

⁷⁹¹ Y. 23. HD., 06.12.2016 T., 2015/5981 E., 2016/5294 K.: “*BK’nın 212’ye uyan kesin vadeli ticari satış işlemlerinde BK’nın 124 b.3’deki şartların gerçekleşmesi aranmayacaktır.*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 28.11.2023)

⁷⁹² von Tuhr, 623; Becker, 564; Bucher, 370; Schenker, 65; Ehrat, 96; Havutcu, 53; Basler Kom./Wiegand, 629; Muthers, 78; Palandt/Grüneberg, 359; PWW Kom./Zöchling-Jud, 622; Jauernig BGB./Stadler, 544; Keskin, 213

⁷⁹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 953; Keskin, 213; Ünlütepe, 277; Erdoğan, 242

⁷⁹⁴ Keller, Schöbi, 216; Basler Kom./Wiegand, 630; Basler Kom./Koller, 1111; Bucher, 370; AK./Schwab, 261

⁷⁹⁵ Bär, 24; Lemp, 73

⁷⁹⁶ Bär, 25; Lemp, 73

m. 124/I, b. 3 hükmü de TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesi bulunması durumunda uygulama alanı bulur. Zira, belirli vade tayin edilen bir sözleşmenin kesin vadeli olduğu karinesinden hareketle, süre verilmesine gerek olmayacaktır. BÄR'e göre, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler ile kesin vadeli işlem tesisi engellenmediği takdirde, borçlar hukukuna ilişkin sinallagmatik sözleşmelerde kesin vade kararlaştırılabilir⁷⁹⁷. Kesin vadeli işlemin kararlaştırılması durumunda da OR. Art. 107/II (TBK. m. 125/I-II) hükmü uygulanabilir.

TBK. m. 212/II hükmündeki “*zilyetliğin devri için belirli bir süre*” tayin edilmesi ile alıcı, temerrüde ilişkin seçimlik hakların kullanılmasının ön şartlarından olan ek süre tayini zorunluluğundan muaftır⁷⁹⁸. Aynı şekilde, TBK. m. 107/II hükmü uyarınca ihtar şartı aranmaksızın temerrüt gerçekleşir. REINHOLZ'a göre, tarafların ek süre tayini zorunluluğundan vazgeçtiklerine dair anlaşma, tek başına, işlemin kesin vadeli olarak kabul edildiğini göstermez⁷⁹⁹.

Diğer taraftan, REINHOLZ'e göre, temerrüt hâlinde süre tayin edilmesine karar verilmesi, kesin vadeli işlemin varlığını kabule engel değildir⁸⁰⁰. Keza, süre verilmesi durumunda, tarafların edimin mutlaka belirli bir tarihte ifa edilmesine dair anlaşmaları varlığını korur. REINHOLZ'e göre burada yalnızca, önceki BGB. § 361 hükmünde yer alan “tam olarak uyma” hâli mevcut değildir. Bu takdirde kesin vade, tayin edilen sürenin sonunda mevcut olur. Kesin vadeli işlemin kararlaştırılması hâlinde, seçimlik hakların kullanılması bakımından süre verilmesine gerek bulunmamaktadır. Kesin vadeli işleme rağmen süre verilmesi, işlemin “kesin vadeli” olduğunu değiştirmemekle beraber, pratik olarak kesin vadeli işlemin sürat amacından uzaklaşmaktadır.

⁷⁹⁷ Bär, 29

⁷⁹⁸ Keppler, 11

⁷⁹⁹ Reinholz, 20; Aksi yönde görüş için bkz. Tröger, 31

⁸⁰⁰ Reinholz, 22

3. BÖLÜM: TİCARÎ SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE SATICININ TEMERRÜDÜ NEDENİYLE ALICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

3.1. TBK. m. 212 Hükmü Kapsamında Seçimlik Hakların Değerlendirilmesi

3.1.1. Sözleşmeden Dönme Dışındaki Seçimlik Hakların Değerlendirilmesi

TBK. m. 212/II hükmü uyarınca, zilyetliğin devri açısından belirli vade öngörülen ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdünde, alıcının devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep ettiği varsayılır. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, aynen ifada ısrar eden alıcı, bu talebini belirli vadenin dolmasıyla “hemen” satıcıya bildirmelidir. Aynen ifada ısrarın hangi süre içerisinde bildirilmesi gereğinin tespitinde taraf menfaatleri çerçevesinde hareket edilir⁸⁰¹. Bu anlamda olmak üzere, aynı gün ya da bir sonraki günde bildirilmesi gerekir⁸⁰².

Aynen ifa bakımından, sürenin satıcının edimini yerine getirebilmesi açısından uygun bir süre olması gerekir⁸⁰³. Somut olayın hâl ve şartları gereği bu süre daha uzun tutulabilir⁸⁰⁴. Bahsedilen süre, seçimlik hakların kullanılabilmesi bakımından öngörülen TBK. m. 123’te yer alan süreden farklıdır. Bu süre, borcun ifası bakımından gereken süredir. Sürenin dolmasıyla aynen ifada bulunma yetkisi sona erer⁸⁰⁵. Bu takdirde alıcı, değiştirim hakkı kapsamında olarak, diğer seçimlik hakkını kullanabilir. Ancak, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla aynen ifa hakkı yeniden kullanılabilir⁸⁰⁶. Satıcının aynen ifa teklifi üzerine alıcının hakkını saklı tutmaksızın satılanı teslim

⁸⁰¹ Giger, 200

⁸⁰² Giger, 200

⁸⁰³ Walter, 378

⁸⁰⁴ Giger, 200

⁸⁰⁵ Giger, 201; Schaeffer, 146; Röhrich HGB./ Steimle, Domieden, 1751; NK. HGB./ Stöber, 2908; Schlegelberger HGB., 2064

⁸⁰⁶ Giger, 201

alması durumunda, örtülü olarak, sürenin dolmasından sonra aynen ifa imkânı tanınmış olur⁸⁰⁷. TBK. m. 212/II hükmü, TBK. m. 125/I hükmü uyarınca öncelik verilen aynen ifa talebini ikinci planda tutmuştur. Nitekim, TBK. m. 125/II hükmüne göre *“borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir”*.

Sözleşmeden dönme ya da olumlu zararın talep edilmesi bakımından ek süre tayini gerekliliği öngörülmesi hâlinde temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanır⁸⁰⁸.

Kesin vadeli işlem, esasen, borcun ifa edilmemesi durumunda önem arz eder. Dolayısıyla, gereği gibi ifa etmeme hâli teşkil eden temerrüt bakımından, TBK. m. 212 hükmü, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümleri karşısında özel hüküm teşkil eder⁸⁰⁹. Bu noktada kanun koyucu, ticari satış sözleşmesindeki ihtiyacı karşılamak anlamında, özellikle sürat ilkesi gereği, borç ilişkisinin süratle tasfiye edilebilmesi adına, kolaylaştırıcı bir hüküm tesis etmiştir⁸¹⁰. Anılan hüküm karşısında alıcının, TBK. m. 123 ve 124 hükümlerine başvurmasına bir engel yoktur. Somut olayda ilk olarak, TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesinin varlığının tespiti gerekir. Kesin vadeli ticari olmayan işlem ile kesin vadeli ticari işleme uygulanacak hükümler farklılık arz eder⁸¹¹. Temerrüt hâlinde belirli ya da kesin vadeli işlem olması hâlinde, somut olaya öncelikle TBK. m. 212 hükmü uygulanır. Zilyetliğin devri yönünden kesin vadeli işlemin varlığı hâlinde, genel hükümler, TBK. m. 212’yi tamamlayıcı şekilde uygulanır. Diğer deyişle, sonraki imkânsızlık değil, temerrüde ilişkin hükümler uygulanır⁸¹². Nitekim, kesin vade, temerrüde ilişkin hükümlerde özel olarak düzenlenmiştir.

⁸⁰⁷ Giger, 201

⁸⁰⁸ Zippel, 18

⁸⁰⁹ Keppler, 10; Tröger, 35

⁸¹⁰ Cavin, 43; Keppler, 10; Keller, Schöbi, 274; Basler Kom./ Koller, 1112; Keller, Siehr, 33; Becker, 566; Olgaç, Direnme, 251; Giger, 189; HGB m. 376 hükmü bakımından değerlendirme için bkz. Letti, 258; Fischinger, 211; Staub HGB./ Ingo Koller, 59; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 324; NK. HGB./ Stöber, 2904; Schlegelberger HGB., 2064

⁸¹¹ Keppler, 10

⁸¹² Schenker, 195 vd.; Schmid, 5

TBK. m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesinde zilyetliğin devri bakımından belirli vadeye ilişkin bir anlaşma var ise alıcı, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir⁸¹³. Aynen ifa ve gecikme tazminatını talep eden alıcı, satıcının satılanın zilyetliğinin devri şeklindeki asli ediminin ifasında gecikmesi hâlinde, TBK. m. 212/III hükmü uyarınca “*hemen*” bu talebini satıcıya bildirmelidir. Zira TBK. m. 212/III hükmü, alıcının sessiz kalmasına, aynen ifadan vazgeçtiği ve borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep ettiği karinesini öngörmüştür. TBK. m. 212/II hükmünde yer alan, aynen ifada ısrarın “*hemen*” bildirilmesinden temerrüdün gerçekleştiği gün ya da onu takip eden gün anlaşılır⁸¹⁴. Somut olayın koşulları bu sürenin daha esnek tutulmasını gerektirebilir. TBK. m. 212 kapsamında olarak, satıcının temerrüdü hâlinde, ifa menfaati, diğer deyişle, sözleşme ihlâl edilmeseydi alıcının malvarlığının içinde bulunacağı duruma dair seçimlik hakkın tercih edildiği kabul edilir⁸¹⁵. Aynı şekilde, TBK. m. 213 hükmüne göre, tazminat talebi bakımından da temerrütte kusur şartı aranır⁸¹⁶. Bu hâlde, TBK. m. 212 hükmünde zikredilmese de TBK. m. 112 hükmünde yer alan kusursuzluğu ispata dair hüküm uygulanır⁸¹⁷.

Art arda teslimli satış sözleşmesinde, bir kısma ilişkin temerrüt hâlinde, temerrüde düşülen kısım bakımından TBK. m. 212 hükmü uygulanır⁸¹⁸. Art arda teslimli satış sözleşmesinde, bir kısım bakımından ifa etmeme durumunda, muaccel olmayan

⁸¹³ Keppler, 40

⁸¹⁴ Keppler, 41, dn. 4; Basler Kom./ Koller, 1114; Staub HGB./ Ingo Koller, 69; NK. HGB./ Stöber, 2908; Benzer olarak bkz. Olgaç, Direnme, 250 vd.

⁸¹⁵ Giger, 200

⁸¹⁶ Giger, 200

⁸¹⁷ Keppler, 44; Giger, 200; Lemp, 36; Keller, Siehr, 32; Olgaç, Tazminat, 351; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707; İstanbul BAM. 44. HD. 17.06.2021 T., 2020/313 E., 2021/690 K.: “*TBK 212. maddesinin göndermesi ile TBK 112. maddesi uyarınca, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse, borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararlarını gidermek zorunda olduğuna ilişkin hükmü uyarınca davalı, davacının zararını gidermekle yükümlüdür*”; İstanbul BAM. 44. HD. 01.11.2021 T., 2020/422 E., 2021/1233 K.: “*TBK 212. maddesinde, satıcının temerrüdü halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır. TBK 112. maddesinde, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür*”

⁸¹⁸ Giger, 200; Bucher, 382 vd.

edimlerin ifa edilmeyeceği sonucuna varılırsa, seçimlik haklar sözleşmenin tamamını kapsar biçimde kullanılabilir⁸¹⁹.

Aynen ifada ısrar, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli irade açıklaması ile bildirilir⁸²⁰. Aynen ifada ısrarın açık şekilde bildirilmesi ya da alıcının somut davranışlarından örtülü olarak anlaşılması mümkündür⁸²¹. Aynen ifada ısrar hakkının kullanılması şekil şartına bağlı değildir⁸²². Hakkın saklı tutulduğunun bildirilmesi, gereği gibi ifa etmeme hususunda çekilen ihtar, aynen ifada ısrarın bildirilmesi teşkil etmez⁸²³. Aynı şekilde, bildirim şartına bağlı yapılması da kabul edilemez⁸²⁴. Alıcının, belirli vadeden önce, aynen ifada ısrarı bildirmesi durumunda, belirli vadenin gelmesiyle aynen ifada ısrarın tekraren bildirilmesine lüzum yoktur⁸²⁵. Kanaatimizce, aynen ifada ısrar yenilik doğuran hak niteliğinde değildir. Zira, sözleşmenin nihai amacı aynen ifa ile sona ermedir. TBK. m. 212 hükmünde aynen ifadan vazgeçme bir karine olarak öngörülse dahi, anılan hüküm bakımından da aynen ifada ısrarın bildirilmesi satıcının hukuki durumunu değiştirmez. Bu durumda alıcı, yalnızca, TBK. m. 212’de öngörülen aynen ifadan vazgeçme karinesini bertaraf etmektedir. Alıcının aynen ifayı talep etmesi yenilik doğuran hakkın kullanılması teşkil etmez.

Alıcının, aynen ifa bakımından satıcıya süre tayin etmesi durumunda, kesin vadeli işlem, kesin vadeli olmayan işleme dönüşür⁸²⁶. KEPPLER’e göre alıcının aynen ifa bakımından, satıcıya TBK. m. 123 anlamında uygun bir süre tayin etmesi gerekir⁸²⁷. Bu süre içinde ifa edilmemesi hâlinde alıcı, diğer seçimlik haklarını da kullanabilir⁸²⁸.

⁸¹⁹ Giger, 200; Bucher, 383

⁸²⁰ Basler Kom./ Koller, 1114; Oetker HGB./ R. Koch, 1718; MHGB./ Grunewald, 460; Staub HGB./ Ingo Koller, 69; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 331; NK. HGB./ Stöber, 2908; Schlegelberger HGB., 2068

⁸²¹ Keppler, 41; Schlegelberger HGB., 2068

⁸²² Basler Kom./ Koller, 1114; Oetker HGB./ R. Koch, 1718; MHGB./ Grunewald, 460; Staub HGB./ Ingo Koller, 69; NK. HGB./ Stöber, 2908; Schlegelberger HGB., 2068

⁸²³ Basler Kom./ Koller, 1114

⁸²⁴ Keppler, 41; Oetker HGB./ R. Koch, 1718

⁸²⁵ Basler Kom./ Koller, 1114

⁸²⁶ Giger, 201

⁸²⁷ Keppler, 41

⁸²⁸ Keppler, 41; Giger, 201

TBK. m. 212/II hükmünde öngörülen karine uyarınca, satıcının, zilyetliğin devrine ilişkin belirli vadeli borcunu ifada temerrüdü hâlinde, alıcının aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararı istediği kabul edilir. Alıcı, aynen ifada ısrar etmesi hâlinde, bunu, TBK. m. 212/III hükmü uyarınca satıcıya bildirmelidir. Satıcıya bildirilmemesi durumunda, seçimlik haklardan biri olan müspet zararın tazminini talep hakkı kendiliğinden doğar⁸²⁹. Diğer deyişle, ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdünde, aynen ifa talebi ikincil niteliktedir. Genel olarak sözleşmenin akdedilmesinden sonra satılanın fiyatının artması söz konusu olması nedeniyle, TBK. m. 212/II hükmünün öngördüğü çözüm alıcıyı korumaktadır. Kanun koyucu da bu durumu gözeterek anılan düzenlemeyi getirmiştir⁸³⁰. Satılanın bedelinin düşmesi durumunda ise sözleşmeden dönme hakkının kullanılması nispeten daha avantajlıdır.

TBK. m. 212/II hükmünde belirtilen borcun ifa edilmemesinden doğan zarar, TBK. m. 125/II hükmünde belirtilen olumlu zarardır⁸³¹. Olumlu zarar talebinde, satıcının kusursuzluğu ispat imkânı tartışılmıştır. TBK. m. 125 ve TBK. m. 212/II’de satıcının kusurunu bir şart olarak belirtilmemesi, kanun koyucunun borçluyu kusursuzluğunu ispat yükünden kurtardığını göstermez⁸³². Bu noktada borçlu TBK. m. 112 hükmü uyarınca kusursuzluğunu ispat ederek, sorumluluktan kurtulabilir.

Ticarî satış sözleşmesinin konusunu, genellikle çeşit borcu oluşturur. Alıcının amacı çoğunlukla, satılandan kâr elde etmek olduğundan, anılan hüküm uyarınca, yoksun kaldığı kârı tazminat olarak talep edebilecek alıcının, aynen ifayı talep etmesinde, kural olarak, hukuki yararı da yoktur⁸³³. Ayrıca anılan düzenleme, satılanın fiyatındaki olası iniş çıkışlara karşı alıcının spekülasyonlarına engel olur⁸³⁴.

⁸²⁹ Tröger, 56

⁸³⁰ Keppler, 43

⁸³¹ Keppler, 43

⁸³² Keppler, 44; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490

⁸³³ Tandoğan, Borçlar Özel, 136

⁸³⁴ Lemp, 35; Tandoğan, Borçlar Özel, 136; Cavin, 45 vd.; Zippel, 16; Tröger, 57; Walter, 374; HGB m. 376 bakımından değerlendirme için bkz. Letti, 259; Fischinger, 211; MHGB./ Grunewald, 451

3.1.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Mehaz Kanun'un tasarı aşamasında komisyon tarafından OR. Art. 190 hükmünde üç seçimlik hakkın yer alması önerilmişse de kesin tasarıda iki seçimlik hakka yer verilmiştir⁸³⁵. Bu tercihten, kanun koyucunun üç adet seçimlik hak imkânını dışladığı sonucuna varılamaz⁸³⁶. Yasa koyucunun bu konudaki sessizliği, ticari alışverişlerde, sözleşmeden dönmeye ilişkin problemin tam anlamıyla bilinmemesinden kaynaklanmaktadır⁸³⁷.

TBK. m. 212'de dönme hakkından açıkça söz edilmemiştir. Aynı şekilde, BK.'da da dönme hakkından bahsedilmemektedir. Eski OR. Art. 234 hükmünün aksine olarak, OR. Art. 190 hükmünde sözleşmeden dönme seçimlik hakkı metin içerisinde yer almamaktadır. Ancak, OR. Art. 190 hükmünün kenar başlığında sözleşmeden dönme ibaresi bulunmaktadır.

TBK. m. 212 hükmünde sadece olumlu zararın giderilmesi ya da aynen ifa taleplerinden söz edilmesi sözleşmeden dönme hakkının dışlandığı anlamına gelmez. Alıcı, TBK. m. 212/I hükmü atfıyla, TBK. m. 125/II-III hükmü uyarınca sözleşmeden dönme seçimlik hakkını da kullanabilir⁸³⁸. Nitekim, ticari satış sözleşmesinde alıcı,

⁸³⁵ Giger, 199; Lemp, 74

⁸³⁶ Giger, 199; Lemp, 74; Öz, Borçlar Özel/ Sütçü, 78; Gümüş, 43

⁸³⁷ Giger, 199

⁸³⁸ Keppeler, 38; Keller, Siehr, 35; Olgaç, Direnme, 251; Bakırköy 5. ATM. 06.07.2021 T., 2020/825 E., 2021/611 K.: “Satıcının temerrüdü ile ilgili düzenlemeyi içeren TBK 212. Maddesi “Satıcının temerrüdü halinde borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır” demek suretiyle TBK 125. Maddesine atıfta bulunmuştur. Borçlunun temerrüdü halinde alıcının ne tür seçimlik haklara sahip olduğu anılan maddede tek tek sıralanmıştır. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, temerrüde düşen borçludan TBK 125. (eski BK 106. vd.) maddeleri çerçevesinde aynen ifa ve gecikmeden dolayı uğradığı zararının veya aynen ifayı reddederek müspet zararının yahut sözleşmeyi feshederek menfi zararının tazminini seçimlik olarak isteyebilir” (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 29.11.2023); İstanbul Anadolu 6. ATM. 22.10.2019 T., 2017/1009 E., 2019/992 K.: “sürenin sözleşme ile kesin olarak belirlendiği, TTK 23/1 maddesi ile tacirler arasında satış olması nedeni ile TBK 212/f-2 davacının sözleşmeden dönmede haklı olduğu ve ifa yerine ödediğini talep edebileceği” (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 29.11.2023); İstanbul Anadolu 2. ATM. 07.02.2019 T., 2016/935 E., 219/114 K.: “TBK'nın 212.maddesinde satış sözleşmelerinde satıcının temerrüdü halinde borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı” (www.lexpera.com, Erişim tarihi: 29.11.2023)

sözleşmenin içeriğine en hızlı şekilde etki etmeyi haklı olarak bekler⁸³⁹. Zira alıcı, ticari satış sözleşmesinin satıcı tarafından ifası ile mülkiyetini kazanacağı satılanı bir an önce satmayı ya da satıcının temerrüdü hâlinde tercih edeceği seçimlik hakkı bir an önce belirleyerek hukuki konumunda süratle kavuşacağı bir belirlilik ister⁸⁴⁰. Aynı şekilde, sözleşmeden dönme ile hızlı bir tasfiyenin gerçekleşmesini bekler.

Amaçsal yorumdan hareketle, kanun koyucunun sözleşmeden dönme imkânını dışlamadığı anlaşılır⁸⁴¹. Nitekim, kanun koyucu, TBK. m. 212 hükmü ile ticari alışverişlerde, alıcının hukuki durumunu iyileştirmek bakımından, onu, seçimlik hakların kullanılması adına süre verilmesinden muaf tutmuştur⁸⁴². GİGER'e göre, bu noktada, genel hükümlere göre dönme hakkı kullanılabilir⁸⁴³. Aksi yorum hâlinde, ticari alışveriş durumundaki alıcı, olağan işlemlerdeki alıcıdan daha kötü bir hukuki konuma düşer. Keza, somut olayın koşullarına göre, sözleşmeden dönme hakkı, alıcının korunabilmesi adına, diğer seçimlik haklar karşısında daha avantajlı olabilir. Satıcının temerrüdü sonrasında satılanın fiyatının düşmesinden ötürü, olumsuz zararın olumlu zarardan fazla olması durumu buna örnek teşkil eder. OĞUZMAN/ ÖZ'e göre benzer olarak, ticari satışlarda zilyetliğin devri borcu bakımından kararlaştırılan belirli vadede, süre verilmekten muaf tutulma hâli yalnızca olumlu zarar bakımından söz konusudur⁸⁴⁴. Sözleşmeden dönme hakkı, TBK. m. 123 kapsamında süre verilmek suretiyle genel hükümler çerçevesinde kullanılır⁸⁴⁵.

TBK. m. 212 kapsamında belirli vade bulunması hâlinde süre verilmesine gerek bulunmamaktadır⁸⁴⁶. Zira, belirli vadeli işlem kararlaştırılması durumunda, kesin vadeli işlem karinesi kabul edilmiştir. Ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdünde, TBK. m. 212 hükmü genel hükümlerde yer alan temerrüde ilişkin hükümlere göre öncelikli olarak uygulanır⁸⁴⁷. Ayrıca, bu düzenleme, satış sözleşmesi

⁸³⁹ Cavin, 43; Keppler, 38; Leser, Hans G., Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen, 1975, 221; Giger, 190; Walter, 325; Keller, Siehr, 35

⁸⁴⁰ Cavin, 43; Keppler, 38; Bär, 63; Giger, 190; Letti, 258

⁸⁴¹ Giger, 199; Lemp, 73; Keller, Schöbi, 276; Oftinger, 150; Gümü, 43;

⁸⁴² Giger, 199

⁸⁴³ Giger, 199

⁸⁴⁴ Oğuzman, Öz, 567

⁸⁴⁵ Oğuzman, Öz, 567

⁸⁴⁶ Schenker, 197; Giger, 189

⁸⁴⁷ Giger, 190

bakımından değil, daha özel bir uygulama alanı olan TBK. anlamındaki ticari satış sözleşmesi bakımından öngörülmektedir⁸⁴⁸. Nitekim, ticari satış sözleşmesi bakımından, beklenmeyen fiyat dalgalanmaları ya da hızlı düşüş gibi durumlar da edimin zamanında ifası oldukça önem arz eder⁸⁴⁹.

KEPPLER'in de haklı olarak belirttiği gibi, belirli vadesi olan zilyetliğin devri borcunda satıcının temerrüdünde, alıcı sözleşmeden dönme seçimlik hakkına sahiptir⁸⁵⁰. Nitekim, ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü bakımından, temerrüde ilişkin genel hükümlerin uygulanabilmesi mümkündür. Temerrüdün kanuni sonucu olarak, alıcı, sözleşmeyle bağlı kalmaktan kurtulma olanağına sahip olmalıdır. Alıcı bu hakkını, TBK. m. 124/I, b. 3 ve TBK. m. 125/II-III hükümleri uyarınca kullanır⁸⁵¹. TBK. m. 212 (OR. Art. 190) hükmü de bu hakkı tanımaktadır. Bu takdirde, genel hükümlerin aksine, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği varsayımı mevcuttur. TBK. m. 212/II hükmü uyarınca alıcı, bu hakkını temerrüt ihtarı ve ek süre tayini gerekmesizin kullanır. Diğer taraftan, TBK. m. 212 hükmünün uygulanması bakımından, belirli vade bulunduğunu ispat yükü alıcıdadır⁸⁵².

TBK. m. 212 hükmü ile alıcının seçimlik haklarının azaltılması amaçlanmamıştır. Anılan hükmün ikinci fıkrası ile alıcı, temerrüde ilişkin genel hükümlerde öngörülen aynen ifadan vazgeçtiğini derhâl bildirme külfetinden muaf tutulmuştur⁸⁵³. Aynen ifade ısrarın, somut olay çerçevesinde taraf menfaatlerinin tartılması neticesinde tespit edilecek süre içerisinde “hemen” bildirilmesi gerekir⁸⁵⁴. Kural olarak, temerrüdün

⁸⁴⁸ Giger, 190

⁸⁴⁹ Giger, 190

⁸⁵⁰ Keppler, 44; Aynı yönde görüş için bkz. Bär, 53; Cavin, 45; Oğuzman, Öz, 567; Basler Kom./ Koller, 1115; Giger, 201; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707; İstanbul BAM. 12. HD. 28.04.2021 T., 2019/582 E., 2021/629 K.: “Taraflar arasındaki sözleşmede teslim tarihi olarak 2016 yılı haziran ayının sonu kararlaştırıldığından her iki tarafın tacir olması nedeniyle 30.6.2016 tarihinin kesin vade olarak kabul edilmesi gerekmektedir... Davalı, teslim yeri ve zamanının gösterilmesi, gerekli hazırlıkların yapılması için davacıya 25/07/2016 tarihinden sonra ihtarname çekmiş olup, temerrüte düştükten sonra gönderilen bu ihtarnamenin davalıyı temerrütten kurtarmayacağı gibi davacı da 12/08/2016 tarihli ihtarnamesi ile kaparo olarak ödediği bedelin iadesini istediğine göre davacının sözleşmeden döndüğünü kabul etmek gerekir”

⁸⁵¹ Keppler, 44; Giger, 201

⁸⁵² Giger, 197

⁸⁵³ Tandoğan, Borçlar Özel, 135; Schenker, 157; Giger, 191; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1488

⁸⁵⁴ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1708

gerçekleştiği ya da takip eden günde bildirilmelidir⁸⁵⁵. Temerrüde ilişkin genel hükümlere göre süre verilmesine de engel bulunmamaktadır⁸⁵⁶. Bu takdirde alıcı, hakkını TBK. m. 125 hükmüne göre kullanabilir. Aksi yöndeki görüşe göre, anılan düzenleme ile sözleşmeden dönme hakkı ve olumsuz zararı talep hakkı dışlanmaktadır⁸⁵⁷. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı ve aynen ifa hakkını kullanmak isteyen alıcı, TBK. m. 212’de öngörülen “avantajdan” vazgeçerek, genel hükümlerde yer alan TBK. m. 125 hükmünü uygulamalıdır⁸⁵⁸. Bu anlamda olmak üzere, alıcı, TBK. m. 212 hükmünü tercih etmek zorunda değildir. Satıcıya süre vererek temerrüde ilişkin genel hükümlerin uygulanmasını sağlayabilir⁸⁵⁹.

Satıcının temerrüdü hâlinde, henüz kendi borcunu ifa etmemiş alıcı, ödemesi gereken bedeli ifa menfaatinden mahsup edebilir⁸⁶⁰. Benzer bir durum sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında da söz konusu olur. Aradaki fark; aynen ifa yerine borcun ifa edilmemesinden doğan zararda ifa menfaati kapsamındaki zarar, sözleşmeden dönme hâlinde ise olumsuz zararın talep edilmesidir. Nitekim, genel olarak olumlu zarar, olumsuz zarardan fazla çıkmaktadır. Ancak, alıcının edimini ifa etmiş olması ve bunu geri almak istemesi durumunda, satıcının temerrüde düşmekte kusurlu bulunmaması durumunda dönme hakkı daha da avantajlı konuma gelir⁸⁶¹. Kanun koyucunun, bu genelleme dahilinde bir kural tesis ettiğinden söz edilebilir. TBK. m. 124/I, b. 3 kapsamında sözleşmeden dönme hakkı var iken, TBK. m. 212 kapsamında sözleşmeden dönme hakkının bulunmamasının haklı bir gerekçesi yoktur⁸⁶². Diğer taraftan, alıcının, genel hükümleri tercih etmesi, TBK. m. 213’te yer alan hükümlerin uygulanma imkânını kaybetmesine neden olmaz⁸⁶³.

Bir görüşe göre, alıcının aynen ifada ısrarı bildirmemesi şeklindeki pasif davranışı neticesinde aynen ifa talebi sona erer⁸⁶⁴. Satıcının aynen ifayı teklif etmesi yeniden bu

⁸⁵⁵ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1708

⁸⁵⁶ Basler Kom./ Wiegand, 621; Schenker, 197

⁸⁵⁷ Giger, 190

⁸⁵⁸ Giger, 190; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1708

⁸⁵⁹ Giger, 191; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1708

⁸⁶⁰ Keppler, 45

⁸⁶¹ Basler Kom./ Wiegand, 557

⁸⁶² Keppler, 45

⁸⁶³ Giger, 192

⁸⁶⁴ Tröger, 56; Basler Kom./ Koller, 1114

hakkın doğmasına gerekçe teşkil eder: Sona eren hakkın canlanması değildir⁸⁶⁵. Aynen ifanın, hakkın saklı tutulmaksızın kabul edilmesi bu duruma örnektir⁸⁶⁶. Alıcının aynen ifada ısrar etmesi durumunda ya da aynen ifa hakkının yeniden doğması hâlinde, kesin vadeli işlem, kesin vadeli olmayan işleme dönüşür⁸⁶⁷.

TBK. m. 212/II hükmü uyarınca satılanın zilyetliğinin devri bakımından belirli vade öngörülen satışlarda, satıcının temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkının karşı yana bildirilmesi gerekmektedir⁸⁶⁸. Zira, anılan hükümde alıcının aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep ettiği varsayımı mevcuttur. Ancak, bu haklardan hangisinin tercih edildiğinin hangi süre içerisinde borçluya bildirilmesi gerektiğine dair bir süre öngörülmemiştir. Sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen alıcı, bir kısım yazarlara göre, TBK. m. 212/III hükmüne kıyasen, satıcıya “hemen” bildirmelidir⁸⁶⁹. TBK. m.212/III hükmünde dönme hakkının kullanılması bakımından bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Başka bir görüşe göre, dönme hakkının makul sürede kullanılması gerekir⁸⁷⁰. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, aşağıda detaylı olarak yer verilen incelemelerden de görüleceği üzere, sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüşür. Aynı şekilde alıcı, şartlarının bulunması hâlinde, ayrıca, sözleşmeden dönme neticesinde ortaya çıkan olumsuz zararını da talep edebilir⁸⁷¹. Kanaatimizce, “hemen” talep edilme hâli, TBK. m. 125 hükmünün aksine, aynen ifada ısrar bakımından öngörülmüştür. Olumlu zarar yönünden karine mevcut olması nedeniyle bildirilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak sözleşmeden dönme hakkının derhâl kullanılması gerekmektedir.

TBK. m. 212/III hükmü uyarınca satıcı, sözleşmeden dönme ya da borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep edebilir. Bu takdirde, geri kalan sözleşmeden dönme ve borcun ifa edilmemesinden doğan zarar talebi süre bakımından sınırlandırılmamıştır. Bir görüşe göre, zamanaşımı süresinin sonuna kadar

⁸⁶⁵ Basler Kom./ Koller, 1114

⁸⁶⁶ Basler Kom./ Koller, 1115

⁸⁶⁷ Basler Kom./ Koller, 1115; Gauch BT., 30; MHGB./ Grunewald, 450

⁸⁶⁸ Keppler, 46

⁸⁶⁹ Keppler, 49; Schenker, 197; Staub HGB./ Ingo Koller, 70

⁸⁷⁰ Giger, 201; Oetker HGB./ R. Koch, 1720; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1707 vd.; Stern, 25

⁸⁷¹ Keppler, 46; Altherr, Brem, Bühlmann, 133

kullanılabilir⁸⁷². Alıcı tarafından bu hakkın kullanılmaması durumunda, BGB. § 350 hükmünde öngörülen çözüm benimsenmelidir⁸⁷³. Anılan hükme göre, sözleşmesel dönme hakkının kullanılması bakımından bir süre öngörülmemesi hâlinde, dönme hakkının muhatabı, hakkın kullanılması bakımından uygun bir süre tayin edebilir. Uygun sürede, hakkın kullanılmaması durumunda, dönme hakkı sona erer, etkisizleşir. Tayin edilen sürenin kısa olması durumunda, makul süreye kadar hak kullanılabilir⁸⁷⁴. Makul süre, taraf menfaatlerinin tartılması neticesinde tespit edilir⁸⁷⁵. Bir görüşe göre, alıcının seçimlik hakkını kullanmaması durumunda, TBK. m. 83 hükmü uyarınca seçimlik borçta temerrüt teşkil eder⁸⁷⁶: Alacaklı değil, borçlu temerrüdü söz konusu olur. Dönme hakkı sahibine verilen makul sürede, hangi seçimlik hakkın tercih edildiğinin bildirilmemesi durumunda, seçim hakkı muhataba geçer⁸⁷⁷.

TBK. m. 212/II hükmü uyarınca “*Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir*”. SCHENKER’e göre, alıcının borcunun bedel ödeme olması nedeniyle, seçimlik haklar arasında pratik bir fark yoktur⁸⁷⁸. Maddenin üçüncü fıkrasına göre alıcı, aynen ifayı hemen bildirerek talep edebilir. Alıcı, borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep etmek yerine sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesi hâlinde, bunu gecikmeksizin bildirmelidir⁸⁷⁹. Sözleşmeden dönme hâlinde, borcun ifa

⁸⁷² Basler Kom./ Koller, 1115

⁸⁷³ Tröger, 56; Schöler, 52 vd.; Muthers, 215; Teubel, 80; Walter, 377; Schmid, 154; Riewert, 59; PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Westermann, Harm Peter, Grunewald, Barbara, Maier-Raimer, Georg, 15. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2017/ Röthel, 1552; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Jauernig BGB./ Stadler, 582; MüKo. I/ Gaier, 894; HK-BGB/ Schulze, 586; Fikentscher, Heinemann, 323; Brox, Walker, AG., 169

⁸⁷⁴ PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman BGB./ Röthel, 1552; Palandt BGB./ Grüneberg, 585

⁸⁷⁵ Erman BGB./ Röthel, 1552

⁸⁷⁶ Keller, Schöbi, 272

⁸⁷⁷ Keller, Schöbi, 272

⁸⁷⁸ Schenker , 210

⁸⁷⁹ Schenker , 211

edilmemesinden doğan zarar talep edilemez⁸⁸⁰. Aksine yorum, satıcıyı spekülasyonlar karşısında savunmasız bırakır.

3.2. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları

3.2.1. Borca Aykırılık Kuramında Dönme Hakkının Yeri

Hukukumuzda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin olarak, genel hükümlerde sözleşmeden dönme hakkı, temerrüt biçimindeki borca aykırılık hâlinde öngörülmüştür. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifa imkânsızlığı ya da gereği gibi ifa etmeme hâlinde dönme hakkının kullanılmasına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, henüz borca aykırılık gerçekleşmeden, gerçekleşmesinin öngörülebilir olması durumunda da sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır. Alman Hukuku'nda ise dönme hakkı, sinallagmatik sözleşmelerde, edim- karşı edim arasındaki bağın zedelenmesi nedeniyle, sözleşmenin amacının tehlikeye düşmesi nedeniyle, kural olarak, asli edime ilişkin olarak öngörülmektedir.

Alman Hukuku'nda sözleşmeden dönme hakkı bakımından öngörülen ana hüküm BGB. § 323'tür⁸⁸¹. Hiç ya da sözleşmeye uygun ifa etmeme hâlinde dönme hakkı mevcuttur. Bu ifadeden, kötü ya da gecikmiş ifa anlaşılır⁸⁸². Alman Hukuku'nda sözleşmeden dönme hakkı, doğrudan yükümlülük ihlâli ile bağlılıktan değil, ihlâl edilen sözleşmedeki bağlılıktan kurtulmak bakımından öngörülmüş bir hukuki imkândır⁸⁸³. Sözleşmedeki bağlılık, sözleşmesel karşılıklılık ilişkisine dayanır⁸⁸⁴. Karşılıklılık ilişkisi, edim yükümlülükleri arasındaki sinallagmatik bağlantı olarak ifade edilebilir⁸⁸⁵. Alman Hukuku'nda borçlunun edimi ifa etmemesi nedeniyle

⁸⁸⁰ Schmid, 184 vd.; YHGK., 14.01.2015 T., 2014/3-8 E., 2015/10 K.: “Burada alacaklı sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.11.2023)

⁸⁸¹ Hellwege, 50; Muthers, 48; Teubel, 88; Palandt/ Grüneberg, 557; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619; MüKo. II/ Ernst, 546; AK./ Dauner, Lieb, 929

⁸⁸² Muthers, 48; Palandt/ Grüneberg, 557

⁸⁸³ Muthers, 53; Palandt/ Grüneberg, 557; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619

⁸⁸⁴ Muthers, 53; Leser, 6; Palandt/ Grüneberg, 557

⁸⁸⁵ Becker, 398; Muthers, 53; Walter, 316 vd.; Lammich, 66; Palandt/ Grüneberg, 551

sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından borçlunun temerrüdü aranmamaktadır⁸⁸⁶. Öncelikle, bir alacak hakkı mevcut olmalı ve borcun da muaccel olması gerekir⁸⁸⁷. İsviçre/ Türk Borçlar Hukuku'nda olduğu gibi, kural olarak, borçluya süre verilmesi ve bu sürenin ifa etmeksizin geçirilmesi aranmaktadır⁸⁸⁸. Ayrıca, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi bakımından, kural olarak, asli edim yükümlülüğüne dair bir borca aykırılığın mevcut olması gerekir⁸⁸⁹.

Sözleşmenin fonksiyonel olarak nihai amacı, sözleşmenin gereği gibi ifasıdır⁸⁹⁰. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları neticesinde kurulan sözleşme, bu amaca erişmekle sona erer. Sözleşmenin gereği gibi ifasını geciktiren durumlarda, sözleşmeden dönme hakkı ile bu duruma “tepki” gösterilebilir⁸⁹¹. Taraflardan birinin, sözleşmenin ifa amacını ihlâl etmesi durumunda, sözleşmeden dönme hakkı sahibi, sözleşmeden dönmeye ilişkin şartların da gerçekleşmesiyle, karşı tarafın rızası aranmaksızın, sözleşme ilişkisine etki etme imkânına sahiptir⁸⁹². Dönme hakkı esasen, edimin ifasının alıcı için faydasız olması ve tazminat talebinin sonuçsuz kalma ihtimalinin yüksek olması durumunda alıcı tarafından tercih edilebilir⁸⁹³.

TBK. m. 125/III uyarınca sözleşmeden dönme hakkı ile *“taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler”*. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede temerrüt hâlinde uygulanacak bu kanunî dönme hakkı yanında, taraflarca kararlaştırılan sözleşmesel dönme hakkı söz konusu

⁸⁸⁶ Muthers, 60; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 300; Palandt/ Grüneberg, 557; HK-BGB/ Schulze, 555; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619

⁸⁸⁷ Muthers, 60; Palandt/ Grüneberg, 557; HK-BGB/ Schulze, 556; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619

⁸⁸⁸ Muther, 60; Palandt/ Grüneberg, 557; HK-BGB/ Schulze, 556; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619

⁸⁸⁹ Schmid, 134; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619

⁸⁹⁰ Ehrat, 26

⁸⁹¹ Ehrat, 27

⁸⁹² Leser, 225; Ehrat, 27; Muthers, 54; Steiner, 46; Suter, Esther, Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Zürich, 1991, 58; Riewert, 102

⁸⁹³ Schenker, 256; Eren Şerh, 2428

olabilir⁸⁹⁴. TBK. m. 125 hükmü, kıyasen, sözleşmesel dönme hakkına da uygulanır⁸⁹⁵. Ancak, inceleme konumuz bakımından, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kanunda düzenlenmiş olması nedeniyle ayrıca sözleşme ile düzenlenmesine, diğer deyişle sözleşmesel dönme hakkı kararlaştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu yöndeki kararlaştırma, kanuni dönme hakkını sözleşmesel dönme hakkına dönüştürmez. Diğer taraftan, tarafların dönme hakkının kullanılmasına dair düzenlemeler getirmesi mümkündür. Örneğin, dönme hakkının süre verilmesine gerek olmaksızın kullanılacağını kararlaştırabilirler.

Sözleşmenin akdedilmesi anında, taraflar, genellikle, sözleşmenin ihlâline uygulanacak hükümlere dair düzenleme yapmazlar. Bu noktada kanun koyucu, sözleşmenin ihlâli teşkil eden durumlara dair birtakım hukuki sonuçlar öngörmüştür. İnceleme konumuz bakımından, satıcının temerrüdü hâlinde, temerrüde ilişkin yukarıda değinilen şartların yerine getirilmesi ile birlikte sözleşmeden dönme hakkı kullanıldıktan sonra, tarafların karşılıklı anlaşması aranmaksızın hukuki sonuçlar, kanun gereği, meydana gelir⁸⁹⁶. Bu durumda, tarafların varsayılan iradesi sözleşmenin tasfiyesine ilişkindir⁸⁹⁷. Kanunda, dönme neticesinde sözleşmenin tasfiyesi bakımından, tarafların karşılıklı iradesinin gerekli olduğu yönünde bir düzenleme de bulunmamaktadır⁸⁹⁸. Sözleşme, taraflar iradeleri çerçevesinde meydana gelir. Asli edim yükümlülükleri sözleşmenin esaslı noktalarını teşkil eder ve sözleşmenin kurulabilmesi bakımından tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasının bulunması gerekir. Tali edim yükümlülükleri ise ilk derece yükümlerinin ihlâl edilmesi durumunda onun yerini alır ya da onun yanında ortaya çıkar. Tasfiye TBK. m. 125 hükmü gereğince gerçekleşmektedir. Buna ilişkin taraf iradelerinin uyuşması

⁸⁹⁴ Serozan, Dönme, 39; Ulusan, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984, 75; Keller, Schöbi, 309; Bucher, 393; Buz, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, 190; Riedel, 277; PWW. Kom./ Stürner, 645; Erman BGB./ Röthel, 1538; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Jauernig BGB./ Stadler, 575; MüKo. I/ Gaier, 832; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; HK-BGB/ Schulze, 581; Petersen, 45; Hirsch, 136; Fikentscher, Heinemann, 321; Brox, Walker, AG., 167; Esser, Schmidt, AG., 316; Antalya, 574 vd.; Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 2008, 218; Demirbaş, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007, 39

⁸⁹⁵ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489

⁸⁹⁶ Suter, 112

⁸⁹⁷ Suter, 112

⁸⁹⁸ Suter, 112

gerekmemektedir. Sözleşmenin ihlâli hâlinde tali yükümlülükler meydana gelmektedir. Düzenleyici hukuk kuralları bakımından taraf iradelerinin bu yönde uyuşması aranmaz. Hatta düzenleyici hukuk kuralları, taraf iradelerinin uyuşması gerekmeyen noktalarda tamamlayıcı fonksiyon gösterir. TBK. m. 125 hükmünün düzenleyici hüküm olması karşısında, sözleşmenin tasfiyesine dair karşılıklı irade beyanının aranmasına gerek yoktur.

3.2.2. Dönme Kavramı ve İşlevi

Doktrindeki bir tanıma göre sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme ilişkisini, tek taraflı irade beyanı ile çözülme ilişkisine dönüştüren bir yenilik doğuran haktır⁸⁹⁹. Başka bir tanıma göre sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdiren, yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran, varması gerekli, şekle tabi olmayan bir yenilik doğuran haktır⁹⁰⁰.

Sözleşmeden dönme hakkı, edimlerin iadesini sağlama etkisi ile bir yaptırım niteliği taşır⁹⁰¹. Aynı zamanda, temerrüt nedeniyle sözleşmeye katlanması kendisinden beklenemez olan alıcıyı da sözleşmeden kurtarma görevini sağlar⁹⁰². Diğer taraftan, edimlerin zamanında ifası noktasında bir “*baskı*” aracı teşkil eder⁹⁰³. Satıcının temerrüdü neticesinde, sözleşmenin amacı olan ifa ile sona erme durumuna erişilememesi nedeniyle, alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak edim yükümlülüklerinin çözülmesi sağlayabilir⁹⁰⁴. Dönme hakkının kullanılması ile tarafların birtakım geri verme yükümlülükleri söz konusu olur⁹⁰⁵. Bu vesileyle, tam iki tarafa borç yükleyen ticarî satış sözleşmesindeki karşılıklılık ilişkisinde, temerrüt

⁸⁹⁹ Serozan, Dönme, 58; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 325; Lammich, 69; PWW. Kom./ Stürner, 645; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Brox, Walker, AG., 165

⁹⁰⁰ Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 2014, 65; Bucher, 376; Schmid, 167; Kahveci, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2012, 149; Ünlütepe, 281

⁹⁰¹ Serozan, Dönme, 41

⁹⁰² Serozan, Dönme, 41; Schenker, 256; Muthers, 55; Boels, 58; Suter, 65

⁹⁰³ Serozan, Dönme, 41

⁹⁰⁴ Schenker, 256; Suter, 110

⁹⁰⁵ Schüller, 8; Serozan, Dönme, 40; Schenker, 264; Ehrat, 28; Basler Kom./ Wiegand, 631; Wolgast, Matthias, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, München, 2005, 155

nedeniyle bozulan denge yeniden sağlanır. Taraflar sözleşme öncesindeki durumlarına getirilir⁹⁰⁶. Sözleşme öncesi durumun tesis edilmesi bağlamında, *lex commisoraria* yasağına aykırılık söz konusu değildir⁹⁰⁷. Zira, bu durumda, edimin süresinde ifa edilmemesi hâlinde mülkiyetin alıcıya geçmesi söz konusu değildir. Borca aykırılık nedeniyle, satıcının kısmi temerrüdü üzerine sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, kısmen ifa edilen satılan, satıcıya iade edilmektedir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından, mütemerrit satıcının kusuru aranmaz⁹⁰⁸. Dolayısıyla, satıcı da temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat etmekle dönme hakkının kullanılmasına engel olamaz⁹⁰⁹. Temerrüt nedeniyle, alıcının, edimin ifa edileceğine dair güveni de sarsılır⁹¹⁰. Bu nedenle alıcının, kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulmasına imkân tanımak gerekir⁹¹¹. Alıcı, dönme hakkını kullanarak, sözleşme konusu malı başka yerden temin imkânına da sahip olur⁹¹². Ayrıca, alıcı sözleşme konusu malı başka yerden temin edebilirse de iki sözleşme ile bağlı olmak alıcıyı ekonomik yönden sarsabilir. Nitekim, borcun ifa edilmemesi hâlinde, alıcıdan sözleşme ile bağlı kalması beklenemez. Bu imkân ile alıcı, dönme

⁹⁰⁶ Serozan, Dönme, 42; Oftinger, 177; Keller, Schöbi, 279; Russenberg, 56 vd.; Leser, 104; Buz, Dönme, 66; Schenker, 256; Ehrat, 28; Basler Kom./ Wiegand, 631; Hellwege, 104; Boels, 66; Wolgast, 156; Honsell, 78; Suter, 128; Reinicke, Tiedtke, 88; Dorschel, Peter, Rücktritt und fortwirkendes Synallagma, Tübingen, 1976, 140; Schmid, 149; Riewert, 225; Herold, Kathrin, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, Berlin, 2001, 71; Kaiser, Dagmar, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, Tübingen, 2000, 7; Coen, Christoph, Vertrags Scheitern und Rückabwicklung, Berlin, 2003, 199; Erman BGB./ Röthel, 1537; MüKo. I/ Gaier, 832; Juristen Zeitung, Tübingen 2004/ Gsell, 644; Juristen/ Gsell, 646; Altherr, Brem, Bühlmann, 136; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; SMG Hirse/ Hirse, 92; HK-BGB/ Schulze, 579; Scholz, Stephan, Gestaltungsrechte im Lesitungsstörungenrecht, Berlin 2010, 202; Unholtz, Sebastian, Der Ersatz “frustrierter Aufwendungen” unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, Berlin, 2004, 187

⁹⁰⁷ Einem, 59

⁹⁰⁸ Basler Kom./ Wiegand, 603; Nazikoğlu, 680; Schenker, 259; Ehrat, 107; Gerhardt/ Leisinger, 172; Suter, 57; önceki BGB. bakımından bkz. Herold, 31; Kaiser, 457; Antalya, 578; Ünlütepe, 283; Aksi yönde görüş için bkz. Tunçomağ, Genel Hükümler, 955

⁹⁰⁹ Suter, 57

⁹¹⁰ Basler Kom./ Wiegand, 581; Schenker, 259

⁹¹¹ Basler Kom./ Wiegand, 581; Schüler, 9; Schenker, 259

⁹¹² Buz, Dönme, 67; Schenker, 259

hakkını kullandığı sözleşmedeki amacına, kuracağı yeni sözleşme ile kavuşur⁹¹³. Sözleşmeden dönme hakkı, alıcının kendi kararı ve sorumluluğu ile doğrudan sözleşmeye etki edebilme imkânı tanımaktadır⁹¹⁴. Dolayısıyla, anılan durumlarda mütemerrit satıcının kusurlu olması gerekliliği bulunmamaktadır.

Dönme hakkı, kural olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulanır⁹¹⁵. Sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak asli edim yükümlülüklerinden birinin ifa edilmemesi (temerrüt) durumunda, dönme hakkı sahibine kendi edim yükümlülüğünden kurtulma imkânı tanır⁹¹⁶. Edim, karşılıklılık ilişkisine dahil değil ise, kural olarak, sözleşmeden dönmeye ihtiyaç yoktur⁹¹⁷.

Sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak, güven zararının gereği gibi ifa etmemeden doğan zarardan fazla olduğu, ifa edilen edimin iadesinin alıcı tarafından önem arz etmesi, temerrüt ve seçimlik hakların kullanılma şartlarının mevcut olmasına rağmen satıcının kusuru olmaması durumunda tercih edilmektedir⁹¹⁸.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, edimin ifasını talep hakkı sona erer⁹¹⁹. Alıcı, borcunu henüz ifa etmemiş olması durumunda ifa yükümlülüğünden kurtulur. Esasen, edimin ifasını talep hakkı, aynen ifadan vazgeçme beyanı neticesinde sona ermektedir. Ayrıca, bu durumda, temerrütten kaynaklanan borcun ifa edilmemesinden doğan zarara dair tazminat hakkı (olumlu zarar) ortadan kalkar⁹²⁰.

3.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukuki Niteliği

⁹¹³ Buz, Dönme, 68

⁹¹⁴ Leser, 221; Guhl, 13

⁹¹⁵ Lemp, 19; Keller, Schöbi, 278; Basler Kom./ Wiegand, 621; Muthers, 53; Palandt/ Grüneberg, 556; HK-BGB/ Schulze, 555; SK, 190; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619; MüKo. II/ Ernst, 548; Jauernig BGB./ Stadler, 542; Olsen, Dirk, Juristische Rundschau, Berlin, 2004/ Gieseler, 134; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1476; Petersen, 46; Teichmann, 18; Ruth Kretschmer, Ragna, Die Rechte des Gläubigers trotz Mitwirkung an einer Pflichtverletzung des Vertragsschuldners im europäischen Vergleich, Hamburg, 2009, 82; Löhnig, Gletl, 30; Erman BGB. I, Westermann, 1477

⁹¹⁶ Muthers, 53; Basler Kom./ Wiegand, 631; Riewert, 42; MüKo. II/ Ernst, 549

⁹¹⁷ Muthers, 53; MüKo. II/ Ernst, 549; Kaiser, 9

⁹¹⁸ Basler Kom./ Wiegand, 631; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489

⁹¹⁹ Lammich, 69

⁹²⁰ Schmid, 182

Sözleşme ilişkisinin tarafları alıcı ve satıcı, edim yükümlülüklerini talep bakımından eşit konumdadır. Ancak, yenilik doğuran hakkın kullanılması ile sözleşmenin karşı tarafı, bu hak karşısında bağımlı kişi olur⁹²¹. Bu bağımlılık için karşı tarafın buna uygun iradesi gerekmez. Dönme hakkını kullanmakla alıcı, satıcının onayı ve mahkeme kararı gerekmesizin kendi edim yükümlülüklerini ortadan kaldırarak, satıcıyı da ona verdiklerini iade ile yükümlü kılar⁹²². Yenilik doğuran hak, hak sahibinin tek taraflı hukuki işlemi ile muhatabın hukuk alanında etki doğuran bir haktır⁹²³.

Yenilik doğuran dönme hakkının kullanılmasıyla, alıcı, sözleşme ilişkisine tek taraflı bildirimi ile doğrudan etkide bulunur⁹²⁴. Yenilik doğuran hak, yenilik doğuran işlem

⁹²¹ Serozan, Dönme, 43; Ehrat, 5 vd.; Schellhase, Hans Martin, Gesetzliche Rechte Zur einseitigen Vertragsgestaltung, Baden, 2013, 35; Scholz, 125; Guhl, 13; Demirbaş, 73

⁹²² Hoffmann, 58; Serozan, Dönme, 44; Ehrat, 107; Boels, 66; Nollmann, Jan, Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt, Edeweicht, 2011, 19; Riewert, 297; Scholz, 59; Guhl, 13; Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2008, 224

⁹²³ Steiner, 45; Yenilik doğuran hak, olağan hukuki işlemiden, muhatabın hukuki alanında doğrudan etki doğurması bakımından ayrılır.; Schellhase, 36; Steinbeck, Anja Verena, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Berlin, 1994, 20.; Scholz, 49; Hoffmann, 12

⁹²⁴ Serozan, Dönme, 46; Yenilik doğuran hak, geniş anlamda hak kavramı içerisinde yer alan düzenleme haklarındandır. Bu haklar, belirli bir davranış ya da hukuki değerden yararlanma hakkı vermez. Düzenleme hakları, yararlanma haklarını etkileyerek, onları kurma, değiştirme, bozma yetkisi verir. Hak sahibi, tek taraflı beyanı ile karşı tarafın hukuk alanını etkileyerek, yeni bir hukuki durum yaratır, değiştirir veya hukuki durumu ortadan kaldırır.; Uslan, 75; Brüggmann, Walter, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, Hamburg, 1934, 40; Sickinger, Christian, Gefahrtragung und Haftung beim Rücktritt vom Kaufvertrag, Bonn, 1994, 136; Hoffmann, Jan Felix, Zession und Rechtszuweisung, Tübingen, 2012, 53; Schüler, 51; Russenberg, 63; Becker, 567; Leser, 225; Ehrat, 4; Steinbeck, 20; Guhl, 13; Buz, YDH., 64; Hellwege, 52; Muthers, 203; Boels, 61; Glass, 83; Suter, 58; Bucher, 392; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 325; Schellhase, 36; Kaiser, . 457; Erman BGB./ Röthel, 1537; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; MüKo. I/ Gaier, 850; HK-BGB/ Schulze, 580; Kuhlmann, 225; Ruth Kretschmer, Ragna, Die Rechte des Gläubigers trotz Mitwirkung an einer Pflichtverletzung des Vertragsschuldners im europäischen Vergleich, Hamburg, 2009, 81; Fikentscher, Heinemann, 325; Brox, Walker, AG., 165; Esser, Schmidt, AG., 310; Medicus, Lorenz, 66; Löhnig, Martin, Gletti, Andreas, Schuldrecht II- Besonderer Teil 1: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. überarbeitete Auflage, Stuttgart, 2018, 30; Erman BGB. I, Westermann, 1477; Strupp, Daniel, Schadensersatz statt der Leistung bei gegenseitigen Verträgen, Frankfurt am Main, 2007, 100; Scholz, 49; Demirbaş, 73; Kahveci, 154; Ünlütepe, 281

ile kullanılır⁹²⁵. Dönme hakkı kullanılmakla etkisini kendiliğinden doğurur⁹²⁶. Dönme işlemi bu nedenle, geniş anlamda bir tasarruf işlemidir⁹²⁷. Bu dolaysız etkisi nedeniyle, yenilik doğuran hak olan dönme hakkı şarta bağlanamaz⁹²⁸. Kullanılmakla sözleşme ilişkisini çözen sözleşmeden dönme hakkı, bu etkisi nedeniyle olumsuz yenilik doğuran haktır⁹²⁹. Yenilik doğuran haklar, kural olarak, hak düşürücü süreye tabidir⁹³⁰. Dönme hakkı zamanaşımına uğramaz, ancak etkisizleşebilir⁹³¹. Bu haktan, kullanıldıktan sonra dönülemez⁹³². Yenilik doğuran hak kullanılmakla sona erer⁹³³. Dönme hakkının satıcının hukuk alanına doğrudan etki etmesi nedeniyle, TMK. m. 2 uyarınca kısıtlamalar öngörüldüğü öne sürülmektedir⁹³⁴. Kanaatimizce bu kısıtlamaların kaynağı TMK. m. 2 değil, yenilik doğuran hak kavramının özü ve hukuki güvenlik gerekçesidir. Sözleşmeden dönme hakkı, ödemezlik def'inin ifa sonrasında kullanılamamasından kaynaklanan eksikliği de giderir⁹³⁵. Zira, edimini ifa eden alıcı, ödemezlik def'ini öne sürme imkânı bulunmaması nedeniyle, "sözleşmenin ifa edilmediği" def'ini ancak bu şekilde öne sürebilir.

Dönme hakkının kullanılmasıyla, satıcı artık bedel talep edemez. Satıcının, bedeli iade etmemesi durumunda, mahkeme kararı ve cebri icra gibi yöntemlere başvurulması gerekir. Ancak, satıcı, edim yükümlülüklerinin değişimini amaçlayan sözleşme

⁹²⁵ Steiner, 46; Ehrat, 5; Suter, 58; Schellhase, 36; Ruth Kretschmer, 81; Steinbeck, 20; Hirsch, 135; Demirbaş, 36; Buz, YDH., 59; Kahveci, 154

⁹²⁶ Lemp, 119; Serozan, Dönme, 58; Eren, Borçlar Genel, 63; Leser, 225; Ehrat, 13; Scholz, 125; J. Hoffmann, 189

⁹²⁷ Serozan, Dönme, 59; Ehrat, 9; Scholz, 125

⁹²⁸ Serozan, Dönme, 47; Leser, 225; Ehrat, 7; Muthers, 204; Steiner, 51; Suter, 58; Schellhase, 244; Kaiser, 457; Erman BGB./ Röthel, 1552; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; Jauernig BGB./ Stadler, 581; MüKo. I/ Gaier, 835; Oetker HGB./ R. Koch, 1720; HK-BGB/ Schulze, 586; Brox, Walker, AG., 169; Demirbaş, 37

⁹²⁹ Serozan, Dönme, 59

⁹³⁰ Eren, Borçlar Genel, 69; Leser, 226; Ehrat, 7; Buz, YDH., 261; Demirbaş, 29 vd.; Kahveci, 154

⁹³¹ Steiner, 67; Palandt/ Grüneberg, 560; SK, 192; Schellhase, 70; Erman/ BGB./ Röthel, 1537; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Jauernig BGB./ Stadler, 574; MüKo. I/ Gaier, 835; HK-BGB/ Schulze, 586; Petersen, 57; Fikentscher, Heinemann, 324; Esser, Schmidt, AG., 310; Erman BGB. I, Westermann, 1477; Scholz, 187; Buz, YDH., 405

⁹³² Eren, Borçlar Genel, 70; Leser, 225; Ehrat, 7; Steiner, 51

⁹³³ Eren, Borçlar Genel, 69; Steiner, 67; Leser, 225

⁹³⁴ Buz, Dönme, 75

⁹³⁵ Serozan, Dönme, 40

ilişkinin bu kapsamda ayakta tutarak, karşı edim alacağına ulaşamaz⁹³⁶. Dönme hakkının mahkeme kanalıyla kullanılması hâlinde, dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği ile dönme bildirimi ulaşmakla hukuki sonucunu doğurur⁹³⁷. Bundan sonra verilecek mahkeme kararı ancak tespit hükmü olur⁹³⁸.

Yenilik doğuran hak, sahibine tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukuki durum yaratma yetkisi verir⁹³⁹. Bu yetkinin kullanılması ile karşı tarafın onayı olmaksızın yeni bir hukuki durum yaratılır, mevcut hukuki durum değiştirilir ya da ortadan kaldırılabilir⁹⁴⁰. Bu etki, özel hukuk alanında meydana gelir⁹⁴¹. Sözleşmeden doğan hak ve borçlara doğrudan etkide bulunur⁹⁴².

EHRAT'a göre, sözleşmeden dönme hakkı, kanunda düzenlenmemiş bir sona erme sebebidir⁹⁴³. Bu görüşe paralel olarak, dönme hakkının kullanılması neticesinde borç ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüşerek sözleşmenin tasfiye sonucu sona erdiği kabul edilebilir. Başka bir görüşe göre, dönme hakkı, mahkeme kanalıyla yenilik doğuran dava kapsamında olarak kullanılır⁹⁴⁴.

Sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran haklardan hangisine dahil olduğu noktasında görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran haktır⁹⁴⁵: Hakkın kullanılması sonucunda sözleşmenin geçmişe etkili olarak

⁹³⁶ Serozan, Dönme, 44

⁹³⁷ Serozan, Dönme, 47

⁹³⁸ Serozan, Dönme, 49; Buz, YDH., 66; Şahiniz, Cevdet Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara, 2008, 137

⁹³⁹ Steiner, 63; Eren, Borçlar Genel, 63; Ehrat, 6; Schellhase, 36; Erman BGB./ Röthel, 1537; Strupp, 100; Scholz, 49; J. Hoffmann, 187

⁹⁴⁰ Steiner, 63; Eren, Borçlar Genel, 63; Ehrat, 6; Schellhase, 36; Scholz, 60; Demirbaş, 75

⁹⁴¹ Steiner, 63

⁹⁴² Riewert, 92; Ruth Kretschmer, 81; Demirbaş, 73

⁹⁴³ Ehrat, 3

⁹⁴⁴ Honsell, 77

⁹⁴⁵ Keller, Schöbi, 309; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 964; Seliçi, 210: Yazar, dönme hakkı ile sözleşmenin ileriye etkili sona erdiğini ve sözleşmenin içerik değiştirdiğini kabul etmekle beraber bozucu yenilik doğuran hak teşkil ettiğini ifade etmiştir.; Öz, Öz, M. Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, Sayı 16, (sayfa 131-172), 138; Steiner, 68; Bucher, 392; Buz, YDH., 302; Demirbaş, 66; Özmen, Saba, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri

ortadan kalkar. Başka bir görüşe göre, dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme ortadan kalkmaz, içerik değiştirir. Bu nedenle sözleşmeden dönme, değiştirici yenilik doğuran haktır⁹⁴⁶. Kullanıldığında mevcut bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi değiştiren haklara, değiştirici yenilik doğuran haklar denir⁹⁴⁷. Diğer görüşe göre ise, yerine getirilmiş edimler bakımından değiştirici, yerine getirilmemiş edimler bakımından bozucu yenilik doğuran haktır⁹⁴⁸.

Sözleşmeden dönme hakkını bozucu yenilik doğuran hak olarak kabul eden görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı ile sözleşmenin akdedilmesinde “başlangıç anı”na dönülmesi amaçlanır⁹⁴⁹. Sözleşmeden dönme ile sözleşme geçmişe dönük ortadan kalkar ve iade hakkı ile eski hâle getirme tam olarak sağlanır. Sözleşmeden dönme neticesinde borç ilişkisinin ortadan kalkması nedeniyle, sonraya etki eden bazı hak ve yükümlülükler söz konusu olur. Bu yükümlülüklerin doğrudan kanundan doğması nedeniyle, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı bulunmamasına rağmen, taraflar arasında özel bir bağlantı/ koruma ilişkisi meydana gelir.

Kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen hukukumuzda baskın şekilde irade beyanının karşı tarafa varması gerektiği kabul edilmektedir. Yenilik doğuran sözleşmeden dönme hakkı, karşı tarafa varması gereken tek taraflı irade beyanı ile kullanılır⁹⁵⁰. BGB. § 349 hükmünde beyanın varması gereği açıkça düzenlenmektedir.

Sempozyumu 8- 9 Kasım 2018, İstanbul, 2019, Uygur, 831; 7; UEhrat, 6: Yazara göre, bozucu etki, sözleşmenin ileriye ya da geriye dönük sona ermesinden bağımsızdır.; Y. 13. HD. 04.02.2010 T., 2009/10044 E., 2010/1219 K.: “Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haklardandır” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023); İstanbul BAM. 18. HD. 29.12.2016 T., 2016/58 E., 2016/104 K.: “Hem dönme hemde fesih bozucu yenilik doğuran hak olup, karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade etmektedirler” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁹⁴⁶ Eren, Borçlar Genel, 1267; Eren Şerh, 2431; Riewert, 38; Döhmel, 127 vd.; Müko. II/ Ernst, 596; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490; Antalya, 577

⁹⁴⁷ Steiner, 63; Eren, Borçlar Genel, 65; Schellhase, 36; Buz, YDH., 192; Demirbaş, 44

⁹⁴⁸ Kahveci, 156

⁹⁴⁹ Ehrat, 17; Hoffmann, 52; Kaiser, 7; Aynı yönde bkz. Dorschel, 36

⁹⁵⁰ Saenger, 38; Walterscheid, 39 vd.; Tröger, 62 vd.; Keller, Schöbi, 308; Russenberg, 56; Eren, Borçlar Genel, 67 vd.; Basler Kom./ Wiegand, 626; Ehrat, 5; Guhl, 13 vd.; Muthers, 203; Hellwege, 84; Steiner, 50; Suter, 58; Schmidt, Rolf, 101; Bucher, 392; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 325; Lammich, 69; Müko. II/ Ernst, 596; Schellhase, 68; Kaiser, 457; PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman BGB./ Röthel, 1551; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; Jauernig BGB./ Stadler, 574; Jauernig BGB./ Stadler, 581; MüKo. I/ Gaier, 850; Oetker HGB./ R. Koch, 1720; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1480; HK-BGB/ Schulze,

Zira, muhatabın kendisine karşı kullanılan hakkı ve bunun içeriğini bilebilecek durumda olması gerekir⁹⁵¹. Hukuki sonuçlarını, karşı tarafın hâkimiyet alanına varmakla doğurur⁹⁵². Dolayısıyla, yalnızca hakkın muhatabına yöneltilmesi yeterli değildir⁹⁵³. Ayrıca, irade faaliyeti ile kullanılamaz⁹⁵⁴.

Sözleşmeden dönme hakkı hukuki işlemdir⁹⁵⁵. Aksi yöndeki görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır⁹⁵⁶. Zira, sözleşmeden dönme beyanı neticesinde doğan sonuçlar doğrudan kanunda düzenlenmektedir⁹⁵⁷. Biz de sözleşmeden dönme hakkının hukuki işlem olduğu görüşüne katılıyoruz. Zira, alıcı, dönme hakkını kullanmakla bu sonucu doğrudan kendisi istemektedir. Temerrüt ihtarında olduğu gibi ifaya davet edilerek sonuç istenmese dahi gerçekleşmesi söz konusu değildir.

3.2.4. Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi

Dönme hakkı ile karıştırılabilecek birtakım kavramlar vardır. Dönme hakkının fesih hakkıyla ya da iradenin etkisiz hâle getirilmesini amacıyla kullanılan geri alma hakkı ile karıştırılmaması gerekir. Dönme hakkı ile iptal ve cayma hakkının da ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmeden dönme hakkının benzeri kavramlardan ayırt edilmesi zorunluluk arz eder.

581; Kuhlmann, 225; Hirsch, 135; Fikentscher, Heinemann, 321; Brox, Walker, AG., 168; Esser, Schmidt, AG., 310; Brox, Walker, BT., 79; Medicus, Lorenz, 66; Strupp, 110; Scholz, 115 vd.; Ebenroth HGB./ Müller, 335; Röhrich HGB./ Steimle, Domieden, 1752; Staub HGB./ Ingo Koller, 71; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 329; NK. HGB./ Stöber, 2909; Ünlütepe, 281; İstanbul BAM. 45. HD. 30.06.2021 T., 2021/275 E., 2021713 K.: “Sözleşmeden dönme, tek taraflı bir irade beyanı olduğundan”

⁹⁵¹ Keller, Schöbi, 308; Schmidt, Rolf, 101; Schellhase, 68; Brox, Walker, BT., 79

⁹⁵² Eren, Borçlar Genel, 68; Basler Kom./ Wiegand, 626; Ehrat, 7; Hellwege, 84; Suter, 58; Bucher, 392; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 325; PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman BGB./ Röthel, 1551; Hirsch, 137; Brox, Walker, BT., 79; Scholz, 131; Ayan, 224; Kahveci, 150

⁹⁵³ Steiner, 51

⁹⁵⁴ Steiner, 51

⁹⁵⁵ Saenger, 39; Sickinger, 137; Basler Kom./ Wiegand, 626; Bucher, 392; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483; Buz, YDH., 59

⁹⁵⁶ Ehrat, 4; Ebenroth HGB./ Müller, 335; Kahveci, 154

⁹⁵⁷ Ehrat, 4

818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan çeviri hatası nedeniyle, dönme yerine “*fesih*”, “*rücu*” vb. kavramların kullanılması, yoğun olarak eleştirilmekteydi. Ancak, TBK. ile sözleşmeden dönme kavramı kanun içerisinde yer bulmuştur.

3.2.4.1. Fesih Hakkından Ayırt Edilmesi

Fesih, sürekli nitelikteki sözleşmeyi ileriye etkili şekilde sona erdiren bozucu yenilik doğuran haktır⁹⁵⁸. Fesih hakkı farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır. İlk olarak, olağan-olağanüstü fesih ayrımı vardır. Olağan fesih, sözleşme taraflarının haklı ya da kanunda aranan sebeplere dayanmaksızın tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmesidir⁹⁵⁹. Olağanüstü fesih ise, haklı ya da kanunda aranan bir sebep ile tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin sona erdirilmesidir⁹⁶⁰.

Diğer bir ayırım ise süreli-süresiz fesih ayrımıdır. Fesih hakkının tek taraflı irade beyanı ile kullanılması ve karşı tarafa ulaşma anında değil, bildirim süresinin geçmesi ile sözleşmeyi sona erdirdiği hâlde süreli fesih söz konusu olur⁹⁶¹. Süresiz fesih ise, sözleşmenin karşı tarafına feshe dair tek taraflı irade beyanının ulaşması ile derhâl sözleşmeyi sona erdirir: Ayrıca bildirim öneli yoktur⁹⁶².

Kural olarak, olağan fesih hâlinde süreli, olağanüstü fesihte süresiz fesih söz konusu olur⁹⁶³. Zira, olağanüstü fesihte, kural olarak, önemli bir fesih nedeni bulunur ve fesih hakkını kullanan tarafın menfaati gereği, karşı tarafa ulaşmakla, bildirim öneli aramaksızın feshin sonuçları derhâl meydana gelir⁹⁶⁴.

Fesih hakkının dönme hakkından ayırt edilmesi gerekir. Doktrindeki bir görüşe göre fesih hakkı, sözleşmeyi ileriye yönelik, sözleşmeden dönme hakkı ise geriye etki eder⁹⁶⁵. Dönme hakkının ileriye etkisi ifa edilmemiş edimleri ifa yükümlülüğünün ortadan kalkması anlamındadır. Ayrıca, fesih hakkında olduğu gibi ifa edilen edimler

⁹⁵⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 965; Serozan, Dönme, 115; Ulusan, 74, dn. 45; Ehrat, 15; Suter, 60; Erman BGB./ Röthel, 1539; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; Jauernig BGB./ Stadler, 575; MüKo. I/ Gaier, 837; Hirsch, 135; Ünlütepe, 284

⁹⁵⁹ Serozan, Dönme, 115

⁹⁶⁰ Serozan, Dönme, 116

⁹⁶¹ Serozan, Dönme, 116

⁹⁶² Serozan, Dönme, 116

⁹⁶³ Serozan, Dönme, 116

⁹⁶⁴ Serozan, Dönme, 116

⁹⁶⁵ Schüller, 8; Ehrat, 15; Bucher, 392; Fikentscher, Heinemann, 324

geçerli olarak kalmamakta, bu edimlerin iadesi talep edilmektedir. Fesih hakkı, kullanılmasına kadarki dönemde yerine getirilen edimlerin iadesini sağlamaz⁹⁶⁶. Bu ana kadar olan hak ve borçlar varlığını korur⁹⁶⁷. Dönme, henüz yerine getirilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirirken, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesini sağlar⁹⁶⁸.

SEROZAN'a göre, dönme hakkı, fesih gibi sözleşmeyi ortadan kaldırmaz⁹⁶⁹. Yazara göre dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme ilişkisi çözülür. Çözölmeye dair edim yükümlölüklerini kapsayan sözleşme olarak varlığını korur. Fesih geciktirici şartına bağılı sözleşmesel iade yükümlölükleri, dönülecek sözleşmenin özünde yoktur: Dönme hakkının kullanılmasıyla doğar⁹⁷⁰.

Fesih, edimlerin ifasına başlanan sürekli sözleşmelerde, dönme ise ani edimli sözleşmelerde söz konusudur⁹⁷¹. Dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanırken, fesih hakkı tam iki tarafa, eksik iki tarafa, tek tarafa borç yükleyen, ikiden fazla taraflı sözleşmelerde uygulanabilir⁹⁷².

Dönme hakkı, fesih kavramındaki olağan- olağan üstü fesih ayrımının aksine, olağanüstü bir haktır: Bu hakkın kullanılmasına elverişli haklı sebebin, ifa engelinin bulunması gerekir⁹⁷³.

⁹⁶⁶ Serozan, Dönme, 118, Erman BGB./ Röthel, 1539; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; MüKo. I/ Gaier, 837; Fikentscher, Heinemann, 324; Brox, Walker, AG., 166; Serozan, Dönme, 118: Fesih neticesinde bazı geri verme yükümlölükleri olabilir. Örneğin, TBK m. 334 gereğı fesih hâlinde kiracı, kiralanan taşınmazı kiraya verene iade ile yükümlüdür. Ancak bu sonuç, bu neviden bir yükümlölük taraflarca anlaşarak sözleşmenin erdirilmesi gibi başka hâllerde de söz konusu olur, feshe özgü değildir. Bu tür “tasfiye yükümlölükleri” sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermesi ile muaccel olur. Feshin hukuki sonucu değildir.

⁹⁶⁷ Buz, Dönme, 82; Ehrat, 15; Suter, 60; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; Fikentscher, Heinemann, 324; Brox, Walker, AG., 166

⁹⁶⁸ Leser, 104; Eren Şerh, 2431; Buz, Dönme, 82; Riewert, 304; Gothe, Florian, Verkäuferpflichten und Gewährleistung beim Forderungskauf, Ulm, 2017, 146 vd.; Kaiser, 111; MüKo. I/ Gaier, 837; Fikentscher, Heinemann, 324; Brox, Walker, AG., 166

⁹⁶⁹ Serozan, Dönme, 118

⁹⁷⁰ Serozan, Dönme, 120

⁹⁷¹ Serozan, Dönme, 120; Ehrat, 15; Suter, 60; PWW. Kom./ Stürner, 645

⁹⁷² Serozan, Dönme, 120

⁹⁷³ Serozan, Dönme, 121

Doktrindeki bir görüşe göre, fesih hâlinde olumlu zarar, dönmede ise olumsuz zarar talep edilebilir⁹⁷⁴. SEROZAN'a göre, dönmenin sözleşmeye etkisi dolaylıdır⁹⁷⁵. Bu anlamda olmak üzere, sözleşmeden dönme neticesinde, ifa edilmiş edimler bakımından hukuki sebep ortadan kalkmaz⁹⁷⁶. Dönme hakkı ile tarafların karşılıklı olarak sözleşme öncesi durumu tesis etmesi amaçlanır⁹⁷⁷. Sözleşme öncesi durum ise, sebepsiz zenginleşme hukuki temeli uyarınca tesis edilmez⁹⁷⁸. Bu durum, kendiliğinden değil, tarafların iadeye dair edimlerini ifa etmesi ile gerçekleşir⁹⁷⁹. SEROZAN'a göre, dönme hakkının kullanılmasıyla eksiksiz bir zarar giderimi sağlanmalı, olumlu- olumsuz zarar ayrımı yapılmamalıdır⁹⁸⁰. BUZ'a göre, fesih hâlinde de olumsuz zarar talep edilebilir⁹⁸¹. Nitekim, TBK. m. 512 hükmü uyarınca fesih hâlinde olumsuz zarar talebi mümkündür.

3.2.4.2. İptal Hakkından Ayırt Edilmesi

İptal, bir hukuki işlemi irade fesadı nedeniyle, geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran, karşı tarafa varması gereken, yenilik doğuran haktır⁹⁸². Sözleşmenin kurulması aşamasında irade fesadı durumunda, sözleşmenin iptal anına kadarki hukuki sonuçları hakkında farklı görüşler vardır⁹⁸³.

İptal hakkında irade fesadıyla kurulan bir sözleşme ya da kurulmasından sonrasındaki bir irade fesadı söz konusu iken, dönme hakkında sözleşmenin kurulması ya da sonrasına dair bir irade fesadı bulunmamaktadır⁹⁸⁴. Aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin iptali ya da TMK. m. 295 hükmü uyarınca bağışlama sözünün geri

⁹⁷⁴ Öz, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, 29

⁹⁷⁵ Serozan, Dönme, 121; Dorschel, 187; Einem, 53

⁹⁷⁶ Einem, 65

⁹⁷⁷ Dorschel, 187; Einem, 49; Riewert, 46; Herold, 71; Kaiser, 7; Coen, 199; Erman BGB./ Röthel, 1537; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; Müller, Georg, Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen, Berlin, 1991, 125; Ayan, 225; Antalya, 573; Kahveci, 150

⁹⁷⁸ Einem, 66; Erman BGB./ Röthel, 1537

⁹⁷⁹ Dorschel, 187

⁹⁸⁰ Serozan, Dönme, 121

⁹⁸¹ Buz, Dönme, 85

⁹⁸² Serozan, Dönme, 144; Ehrat, 14; Hellwege, 79; Suter, 61; PWW. Kom./ Stürner, 645; Erman BGB./ Röthel, 1539; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; MüKo. I/ Gaier, 838; Hirsch, 135; Fikentscher, Heinemann, 324; Brox, Walker, AG., 166

⁹⁸³ Buz, Dönme, 86, dn. 100; İptal Teorisini savunanlar: Ehrat, 14, dn. 78

⁹⁸⁴ Serozan, Dönme, 146; Suter, 61

alınması ya da bağışlanan şeyin geri alınması nedeniyle iptal durumunda, sözleşmenin kurulması anında irade fesadı söz konusu değildir. Hata, yanılma vs. gibi hâllerde ise sözleşmenin kurulması aşamasında irade sakatlığı söz konusudur. Ayrıca, TMK. m. 565/III, IV uyarınca tenkis davası ve TMK. m. 122 kapsamında nişanın bozulması nedeniyle bağışlamanın geri alınması durumunda da iptal davası açılmaktadır⁹⁸⁵.

Temerrüt nedeniyle dönme hakkının kullanılması bağlamında, geçerli bir sözleşmenin varlığı aranır. Dönme hakkında, sözleşmenin kurulmasından sonraki ifa engellerine dair bir durum vardır⁹⁸⁶. Diğer deyişle, iptal hakkı irade özgürlüğünü korurken, dönme hakkı, kural olarak, sözleşmeden doğan yükümlülükleri korur⁹⁸⁷.

İptal hakkının kullanılması ile irade fesadına uğramış bir sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz olur⁹⁸⁸. Dönme hakkında ise, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdiği⁹⁸⁹ ya da sözleşmenin içeriğinin değiştiğine⁹⁹⁰ dair görüşler vardır.

İptal hakkının kanunda düzenlenmesi gerekir. Dönme hakkı ise, kanuni ya da sözleşmesel olabilir⁹⁹¹.

İptal hakkının kullanılmasıyla, edimlerin iadesinde sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanır⁹⁹². Dönme hakkında ise, edimlerin iadesine uygulanacak hükümler noktasında farklı görüşler vardır. Bu görüşler detaylı olarak incelenecektir. İptal hakkı, tasarruf işlemini de etkilerken, dönme hakkı yalnızca borçlandırııcı işlemi etkiler⁹⁹³.

⁹⁸⁵ Eren, Borçlar Özel, 297

⁹⁸⁶ Serozan, Dönme, 146; Ehrat, 15; Suter, 106

⁹⁸⁷ Serozan, Dönme, 146

⁹⁸⁸ Serozan, Dönme, 146; Suter, 61; Erman BGB./ Röthel, 1539; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; MüKo. I/ Gaier, 838; Hirsch, 135; Brox, Walker, AG., 166

⁹⁸⁹ Keller, Schöbi, 308; Tunçomağ, Genel Hükümler, 951; Arslanlı, 431, dn. 22; Nazikoğlu, 680; Buz, Dönme, 121; Uluşan, 74 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 964; Doğan, Şahan, Atamulu, 292 vd.; Özmen, 10; Demirbaş, 66; Şahin, 137; Y. 13. HD., 04.02.2010 T., 2009/10044 E., 2010/1219 K.: “Sözleşmeden dönen davacı sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmıştır” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

⁹⁹⁰ Serozan, Dönme, 146; Riewert, 37; Brox, Walker, AG., 166

⁹⁹¹ Serozan, Dönme, 146; Wolgast, 154

⁹⁹² Serozan, Dönme, 147; PWW. Kom./ Stürner, 645; Erman BGB./ Röthel, 1539; MüKo. I/ Gaier, 838; Hirsch, 135; Fikentscher, Heinemann, 324; Brox, Walker, AG., 166

⁹⁹³ Serozan, Dönme, 147

BUZ’a göre, iptal hakkındaki hukuki sonuçlar dönme hakkında da geçerlidir: Tasarruf işlemi de dönme hakkından etkilenir⁹⁹⁴.

İptal hakkının kullanılmasıyla, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi baştan itibaren hükümsüz olacağı için edimlerin iadesinde “*filili karşılıklılık*” vardır⁹⁹⁵. Dönme hakkında ise, SEROZAN’a göre “*gerçek karşılıklılık*” vardır. İptal hakkının kullanılmasında hükümsüz sözleşmeden ötürü zarar giderimi talep edilemezken, dönme hakkında zarar giderimi istenebilir⁹⁹⁶.

İptal hakkı, her türlü hukuki işlemlerde, dönme hakkı ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulur⁹⁹⁷.

İptal hakkının kullanılmasında hak düşürücü süreler vardır. Dönme hakkının kullanılmasında hak düşürücü süre öngörülmemiştir⁹⁹⁸.

3.2.4.3. Geri Alma Hakkından Ayırt Edilmesi

Geri alma, irade açıklamasında bulunan kişinin, iradesini geri alarak bunun hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmasıdır. Geri alma, bozucu yenilik doğuran bir haktır⁹⁹⁹. Geri alma hakkına, TBK.’da irade beyanının geri alınmasına ilişkin m. 3, 9/II, 10/II, temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin m. 42, üçüncü kişi yararına sözleşmede geri almaya ilişkin m. 129, taksitle satış sözleşmesine ilişkin m. 255 vekâlet sözleşmesine ilişkin m. 512 ve komisyon sözleşmesine ilişkin m. 545 hükümlerinde yer verilmiştir.

Dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, geri alma hakkı ise tek taraflı hukuki işlemler, eksik iki tarafa ya da tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde vardır¹⁰⁰⁰. Dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklılık ilişkisindeki ifa engelleri neticesinde bozulan dengeyi korumayı amaçlar¹⁰⁰¹. Geri alma hakkında ise, kanun tarafından öngörülen hâllerde, yetkinin kullanılması söz konusudur¹⁰⁰². Bu anlamda olmak üzere dönme hakkı, sözleşmenin her iki tarafına,

⁹⁹⁴ Buz, Dönme, 89

⁹⁹⁵ Serozan, Dönme, 147

⁹⁹⁶ Serozan, Dönme, 147

⁹⁹⁷ Buz, Dönme, 88; Suter, 61

⁹⁹⁸ Buz, Dönme, 88; Suter, 61

⁹⁹⁹ Serozan, Dönme, 123; Suter, 60

¹⁰⁰⁰ Buz, Dönme, 91; Suter, 60

¹⁰⁰¹ Serozan, Dönme, 124; Muthers, 53; Kahveci, 150

¹⁰⁰² Serozan, Dönme, 124

geri alma hakkı ise sözleşmenin kanun tarafından yetkilendirilen diğer tarafına tanınır¹⁰⁰³. Geri alma, kural olarak ileriye etkilidir¹⁰⁰⁴.

Dönme hakkı bakımından değinilen ihtar, ek süre vs. gibi şartlar geri alma hakkında yoktur: Kanunda belirtilen durumlarda bu şartlar aranmaksızın kullanılır¹⁰⁰⁵.

SEROZAN'a göre, dönme hakkında iade yükümlülükleri sözleşmesel niteliktedir¹⁰⁰⁶. BUZ'a göre, dönme hakkının kullanılmasında taraflar, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi yükümlülüğünden kısmen de olsa kurtulamaz¹⁰⁰⁷.

3.2.4.4. Cayma Hakkından Ayırt Edilmesi

Satıcılar ya da sağlayıcılar, farklı yöntemlerle tüketiciyi düşünmeden sözleşmeyi akdetmeye sevk edebilmektedir. Kanun koyucu tam bu noktada, satıcı tarafından, tüketicinin iradesinin kolaylıkla etkilenebildiği düşüncesiyle tüketicinin korunması amacıyla cayma hakkını öngörmüştür. Tüketicinin iradesinin herhangi bir dış etkiden uzak özgürce oluşmasına dair menfaatini korumaya çalışmaktadır.

Dönme hakkı, kural olarak, sözleşmesel karşılık ilişkisine dair edime ilişkin ifa engelleri bakımından öngörülmüştür. Cayma hakkı ise ifa engellerine ilişkin değil, tüketicinin korunması gayesiyle öngörülmüştür. Cayma hakkında, iptal hakkının aksine herhangi bir irade sakatlığının ispatı gerekmez¹⁰⁰⁸.

Dönme hakkında olduğu gibi, taraflar ifa edilmiş edimleri iade ile yükümlüdür¹⁰⁰⁹. İfa edilmemiş edim yükümlülükleri ise sona ermektedir.

Cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁰¹⁰. Dönme hakkı gibi, karşı tarafa varması gerekli ve varmakla hukuki sonuçlarını doğuran bir haktır¹⁰¹¹. Cayma

¹⁰⁰³ Serozan, Dönme, 125

¹⁰⁰⁴ Suter, 61

¹⁰⁰⁵ Serozan, Dönme, 125; Buz, Dönme, 91

¹⁰⁰⁶ Serozan, Dönme, 125; Rimle, 158; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490

¹⁰⁰⁷ Buz, Dönme, 91

¹⁰⁰⁸ Dönmez, Zeynep, Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen, Doktora Tezi, Universit des Saanderles, 2014, 28

¹⁰⁰⁹ Aydoğdu, Murat, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Kapıdan Satışlar, İzmir, 1998, 204

¹⁰¹⁰ Aydoğdu, 186

¹⁰¹¹ Aydoğdu, 186; Dönmez, 59

beyanında, caymanın gerekçesinin bildirilmesi zorunlu değildir¹⁰¹². Hakkın, kural olarak, satılanın tesliminden itibaren on dört günlük süre içerisinde kullanılması gerekir¹⁰¹³. On dört günlük süre, cayma bildiriminin ulaşması bakımından aranmamaktadır. On dört günlük süre, tüketiciyi koruma amacıyla, nispi emredicidir: Tüketici lehine uzatılabilir ancak kısaltılamaz. Diğer taraftan, satıcı veya sağlayıcının cayma hakkına dair bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Satıcı veya sağlayıcının bu yükümlülüğü ifa ettiğini ispat edememesi durumunda, cayma hakkının kullanılması bakımından aranan on dört günlük süre işlemeye başlamaz.

Cayma hakkının kullanılmasına kadar geciktirici şarta bağlı olan sözleşme, cayma bildirimi neticesinde başlangıcından itibaren ortadan kalkar¹⁰¹⁴. Dönme hakkında olduğu gibi, ulaşmakla hukuki sonuçları kendiliğinden meydana gelir¹⁰¹⁵.

6502 sayılı TKHK. taksitle satış sözleşmesi bakımından m. 18, tüketici kredileri bakımından m. 24, ön ödemeli konut satışı bakımından m. 43, “diğer tüketici sözleşmeleri bakımından m. 47, mesafeli sözleşmeler bakımından m. 48, finansal hizmetleri ilişkin mesafeli sözleşmeler bakımından m. 49, devre tatil ve uzun tatil sözleşmeleri bakımından m. 50, hükümlerinde tüketiciye cayma hakkı tanınmıştır.

3.2.5. Dönme Hakkına Hâkim Olan İlkeler

SEROZAN’a göre dönme hakkı bakımından geçerli olan ilkeler; bağımlılık, bölünmezlik, şarta bağlanmazlık, açıklık, geri alınmazlık, yinelenmezliktir¹⁰¹⁶. Dönme hakkına, yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle, muhatabın korunması ilkesi hâkimdir¹⁰¹⁷. Bu koruma esasen TMK. m. 2 hükmü ile bağlantılı olarak sağlanır¹⁰¹⁸. Kanaatimizce bu ilkeler, hakkın özünden hareketle ve hukuki güvenlik gibi gerekçelerle tesis edilmektedir. Yenilik doğuran hakkın muhatabın hukuki alanındaki etkisinin lehe ya da aleyhe olması hukuki niteliğini değiştirmez¹⁰¹⁹. Aynı

¹⁰¹² Aydoğdu, 195; Dönmez, 59

¹⁰¹³ Aydoğdu, 191

¹⁰¹⁴ Aydoğdu, 200

¹⁰¹⁵ Aydoğdu, 201

¹⁰¹⁶ Serozan, Dönme, 451; Leser, 225

¹⁰¹⁷ Steiner, 57; Suter, 58; Schellhase, 47

¹⁰¹⁸ Steiner, 65

¹⁰¹⁹ Steiner, 60

zamanda dönme hakkı sözleşmenin tarafı sıfatına sıkı sıkıya bağlı bir yenilik doğuran haktır¹⁰²⁰. Diğer deyişle, dönme hakkı sözleşmede taraf sıfatına sahip olmaya bağlıdır. Bu anlamda olmak üzere dönme hakkı, alacak hakkı sahibi değil, sözleşme tarafı olmayı gerektirir.

3.2.5.1. Bağımlılık İlkesi

Bağımlılık ilkesi gereği, dönme hakkı ancak külli halef olan kişiye geçebilir¹⁰²¹. Kural olarak, alacağı devralan kişiye ya da borcu üstlenene geçmez¹⁰²². Aynı şekilde, müteselsil borçlu da sözleşme tarafı olmadığı için dönme hakkını kullanamaz¹⁰²³. Bu ilke gereği, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede de üçüncü kişi dönme hakkına sahip değildir¹⁰²⁴. Sözleşmenin tamamını etkileyen bu yenilik doğurucu hakkın, yalnızca sözleşmenin taraflarınca kullanılabilir olması gerekir. Nitekim, hakkın kullanılmasından sözleşmenin tarafları etkilenir ve yükümlülük altına girer.

Yenilik doğuran dönme hakkının, kesinliği gereği, kural olarak, icazet ile geçerli kılınamaz¹⁰²⁵. Aynı şekilde, temsil yetkisi vermeksizin, yalnızca dönme hakkını kullanma yetkisi tanınmaz¹⁰²⁶.

SEROZAN'ın deyişiyle, dönme hakkının “*aktif bağımlılığı*” gereği, üçüncü kişilerin çıkarları korunmaz¹⁰²⁷. Dönme hakkının kullanılmasında inisiyatif sözleşme tarafındadır: Üçüncü kişi, sözleşme tarafını bu hakkı kullanmaya zorlayamaz¹⁰²⁸. TBK. m. 140'a kıyasen, üçüncü kişi bu hakkın varlığını def'i olarak öne sürebilir¹⁰²⁹. “*Pasif bağımlılık*” gereği, alacağın devrinde alıcı, ancak satıcıya karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁰³⁰. Bu durum aynı zamanda satıcı menfaatinidir. Satıcı bu

¹⁰²⁰ Serozan, Dönme, 451; Yavuz, 138

¹⁰²¹ Serozan, Dönme, 452; Erman BGB./ Röthel, 1539; Demirbaş, 42

¹⁰²² Serozan, Dönme, 452

¹⁰²³ Serozan, Dönme, 452

¹⁰²⁴ Serozan, Dönme, 453

¹⁰²⁵ Serozan, Dönme, 453; Müko. II/ Ernst, 596

¹⁰²⁶ Serozan, Dönme, 453

¹⁰²⁷ Serozan, Dönme, 454: Yazar, aktif bağımlılık ile dönme hakkının hak sahibine bağımlı olmasını kastetmektedir.

¹⁰²⁸ Serozan, Dönme, 454

¹⁰²⁹ Serozan, Dönme, 454

¹⁰³⁰ Serozan, Dönme, 454: Pasif bağımlılık ile dönme hakkının, sözleşmenin tarafı olan muhataba yöneltilmesi gereği ifade edilmektedir.

vesileyle, yeni alacaklıyı bulma zorluğundan kurtulur. TBK. m. 188 hükmü uyarınca, alıcı, satıcıdan alacağı devralan üçüncü kişiye karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanmaksızın, bu hakkının varlığına dayanarak, borcu ödemekten kaçınabilmelidir¹⁰³¹.

Bağımlılık ilkesi gereği, eski borçlu ve alacaklının keyfi davranışlarının önüne geçmek adına, dönme hakkını kullanmadan önce alacağın devrinde yeni alacaklı ya da borcun üstlenilmesinde yeni borçlunun icazetini alma zorunluluğu öngörülmüştür¹⁰³². Kanaatimizce, sözleşmeden dönme hakkının sözleşmenin tarafı sıfatına sahip olmaya bağlı olması nedeniyle, yeni alacaklı ya da borçlunun icazetini alma zorunluluğu bulunmamaktadır.

3.2.5.2. Bölünmezlik İlkesi

Bölünmezlik ilkesi gereği, dönme hakkı sözleşmenin taraflarının birden fazla kişiyi teşkil etmesi, diğer deyişle örneğin iki ya da daha fazla alıcı olması durumunda, birden fazla olan tarafın bu hakkı birlikte kullanması gerekir¹⁰³³. Aynı şekilde, satıcı taraf birden fazla kişiden oluştuğu hâlde, dönme hakkı satıcı tarafın tamamına karşı kullanılır. Alıcı tarafını birden fazla kişinin teşkil ettiği durumda, diğer alıcıların menfaatine uyduğu takdirde, dönme hakkı tek bir alıcı tarafından da kullanılabilir. Bu ilkenin istisnası, TMK. m. 693/III hükmüne kıyasen vardır¹⁰³⁴.

3.2.5.3. Şarta Bağlanmazlık İlkesi

Dönme hakkı, hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin karşı yanının hukuk alanına müdahale yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır¹⁰³⁵. Dolayısıyla, dönme hakkı muhatabı olan, inceleme konumuz bakımından satıcının, alıcının spekülasyonlarına karşı korunması gerekir. Bu anlamda olmak üzere, dönme hakkı şarta bağlanamaz¹⁰³⁶. Zira, satıcının bu belirsizlikle karşı karşıya bırakılmaması

¹⁰³¹ Serozan, Dönme, 455

¹⁰³² Serozan, Dönme, 455

¹⁰³³ Serozan, Dönme, 458

¹⁰³⁴ Serozan, Dönme, 459

¹⁰³⁵ Serozan, Dönme, 460; Leser, 225; Ehrat, 7; Muthers, 204; Schellhase, 58; Kaiser, 457; Strupp, 100

¹⁰³⁶ Serozan, Dönme, 460; Steiner, 66; Leser, 225; Ehrat, 7; Steinbeck, 23; Guhl, 14; Buz, YDH., 258; Muthers, 204; Dorschel, 188; Schmid, 161; Schellhase, 66; Kaiser, 457; PWW. Kom./ Stürmer, 650; Erman BGB./ Röthel, 1552; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1480; Brox, Walker, AG., 168; Esser, Schmidt, AG., 310; Erman BGB. I, Westermann, 1484; Scholz, 136

gerekir. Satıcının sözleşmeye aykırı davranması durumunda, dönme hakkının kullanılabileceği yönündeki “şart”, bu kapsamda değerlendirilemez. Nitekim, bu hâlde belirsizlik yoktur. Keza, sözleşmeye aykırı davranıp davranmamak satıcının elindedir. Kanaatimizce, bu durumda, teknik olarak şart değil, sözleşmesel dönme hakkı söz konusu olur. İstisnai olarak, şart nedeniyle, hakkın muhatabı bakımından çekilmez bir belirsizlik yaratmaması durumunda, muhatabın açık muvafakati veya şartın muhatabın iradesine bağlı tutulması hâlinde, dönme hakkı şarta bağlanabilir¹⁰³⁷.

Diğer taraftan, dönme hakkı bakımından, taraflarca bir önel öngörülmesine engel yoktur¹⁰³⁸. Nitekim, bu hâlde, muhatap bakımından bir belirsizlik söz konusu değildir. Diğer deyişle, dönme hakkı, muhatap bakımından belirsizlik yaratmaması veya muhatabın iradesine bağlı olması durumunda şarta bağlanabilir ve geri alınabilir.

3.2.5.4. Açıklık İlkesi

Satıcının korunması kapsamında, dönme hakkı açık olarak, içeriği net anlaşılabilecek şekilde kullanıldığında geçerli kabul edilir¹⁰³⁹. Beyanın muhatabı satıcının, içerikten, dönme hakkının dayanağını anlayabilmesi gerekir¹⁰⁴⁰. İrade beyanının yorumunda esas alınacak kişi, dürüst, makul ve orta zekâlı satıcıdır. Dönme beyanından, dönmenin hukuki sebebi ve bunun somut nedeni anlaşılmalıdır¹⁰⁴¹. Bir görüşe göre ise, dönme hakkının gerekçelendirilmesine gerek bulunmamaktadır¹⁰⁴². Nitekim, süre verilmesi neticesinde, satıcıya gereken hukuki korumayı sağlanmakta, hangi edimi yerine getirmesi gerektiği bilgisine sahip olarak, buna göre kendisini ayarlama imkânına

¹⁰³⁷ Muthers, 205; Schellhase, 66; Steinbeck, 23; PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman BGB./ Röthel, 1552; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; MüKo. I/ Gaier, 891; Brox, Walker, AG., 168; Erman BGB. I, Westermann, 1484

¹⁰³⁸ Schellhase, 67; Buz, YDH., 260 vd.

¹⁰³⁹ Serozan, Dönme, 461; Schellhase, 57; Serozan, Dönme, 461: Bu kuralın da istisnasız olarak uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabilir. Zira, dönme hakkı sahibinin bu konuda yeterli hukuki bilgiye sahip olmaksızın hukuken hatalı ifadeler kullanabilmesi mümkündür. Bu durumda, hak sahibinin korunmaya değer güveni gereği, bazı hâllerde, kullanılan dönme hakkına hukuki geçerlilik tanınabilir. Ancak, inceleme konumuz açısından taraflar, bu hukuk bilincine sahip olduğu kabul edilmekle, bu istisna, kural olarak, uygulanmaz.

¹⁰⁴⁰ Serozan, Dönme, 462; Erman BGB./ Röthel, 1552

¹⁰⁴¹ Serozan, Dönme, 463; Erman BGB./ Röthel, 1552

¹⁰⁴² Muthers, 205; MüKo. II/ Ernst, 596; Kaiser, 458; MüKo. I/ Gaier, 892; Brox, Walker, BT., 79

sahip olmaktadır¹⁰⁴³. Süre verilmesine gerek bulunmayan hâllerde ise, gerekçe bildirilmelidir¹⁰⁴⁴. Gerekçe bildirmesi durumunda, satıcının korunması gereğiyle, dönme hakkı sahibi gerekçesiyle bağlıdır¹⁰⁴⁵. Alıcının gerekçelendirme yükümlülüğü değil, satıcının, sözleşmesel bir yan hak olarak bilgi alma hakkı bulunmaktadır¹⁰⁴⁶. Satıcının bilgi alma hakkını kullanmasına rağmen, alacaklının bu yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda, alıcıdan tazminat talep edebilir¹⁰⁴⁷. Dönme sebebi satıcı tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyor, satıcının korunmaya değer hukuki yararı yok ise sebebin belirtilmemesi, dönme beyanının geçersizliğine neden olmaz¹⁰⁴⁸. İstisnai olarak, örtülü irade beyanı ile de bu hakkın hukuki sonuç doğurması mümkündür¹⁰⁴⁹.

3.2.5.5. Geri Alınmazlık ve Yinelenmezlik İlkesi

Dönme hakkı muhatabı satıcının, beyana haklı güveninin korunması açısından “*geri alınmazlık*” ilkesi uygulanır¹⁰⁵⁰. TBK. m. 10 hükmü uyarınca, beyanın satıcı tarafından öğrenilmesi anına kadar geri alınması mümkündür¹⁰⁵¹. Buna göre, satıcının dönme

¹⁰⁴³ Muthers, 205; Kaiser, 458

¹⁰⁴⁴ Muthers, 205; Müko. II/ Ernst, 596

¹⁰⁴⁵ Muthers, 206

¹⁰⁴⁶ Muthers, 206

¹⁰⁴⁷ Muthers, 206

¹⁰⁴⁸ Serozan, Dönme, 463

¹⁰⁴⁹ Serozan, Dönme, 461; Suter, 58

¹⁰⁵⁰ Schöler, 49; Serozan, Dönme, 463; Steiner, 64; Russenber, 75; Leser, 225; Suter, 58; Dorschel, 188; Riedel, 279; Steinbeck, 23; Guhl, 14; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 325; Schmid, 161; Riewert, 88; Palandt/ Grüneberg, 560; Müko. II/ Ernst, 596; Schellhase, 64; Kaiser, 459; PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman BGB./ Röthel, 1551; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; MüKo. I/ Gaier, 835; Oetker HGB./ R. Koch, 1720; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1480; Esser, Schmidt, AG., 310; Brox, Walker, BT., 80; Erman BGB. I, Westermann, 1484; Strupp, 97; Scholz, 142; AK./ Dauner, Lieb, 947; Ebenroth HGB./ Müller, 335; Röhrich HGB./ Steimle, Domieden, 1752; Staub HGB./ Ingo Koller, 71; Celle HGB./ Würdinger, Röhrich, 329; Schlegelberger HGB., 2066; Demirbaş, 37; Doğanay, 378; Antalya, 579; Şahiniz, 102; Y. 3. HD. 20.09.1999 T. 1999/8869 E., 1999/9296 K.: “BK. mad. 106 hükmündeki “ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini isteme” hakkına sahip iken, bunun yerine sözleşmeden dönmeyi seçen alacaklı (davacı), seçiminin sonuçlarına katlanmak zorundadır” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

¹⁰⁵¹ Riewert, 88; BGB. § 130 hükmü uyarınca bu mümkündür.; Antalya, 555; Demirbaş, 79; Şahiniz,

hakkını öğrenmesiyle, bu beyan geri alınamaz. SEROZAN’a göre, bu ilkeye de istisna tanımak gerekir¹⁰⁵².

Dönme hakkının sonuç doğurması bakımından taraflarca bir önel öngörülmesi durumunda, bu önel dolmadan, diğer deyişle hukuki sonuçlar meydana gelmeden hakkın geri alınması mümkündür¹⁰⁵³. Dönme hakkının kullanılması üzerine geri verme ediminin imkânsızlaşması hâlinde, bu durumdan bihaber olan alıcının hasardan sorumlu tutulmaması, alıcıya dönme beyanını geri alarak bu durumdan kurtulma olanağının tanınması gerekir¹⁰⁵⁴.

Aynı şekilde, “geri alınmazlık” ilkesi, dönme hakkı muhatabı satıcıyı koruma gayesiyle öngörüldüğü için, satıcının menfaatinin geri almayı gerektirdiği durumda ilkeye istisna tanınabilir¹⁰⁵⁵. Sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe yönelik ortadan kaldırması yerine, sözleşmenin içeriğinin değiştiğinin kabulü hâlinde, geri alınma ilkesine istisna tanınması da mümkün hâle gelir¹⁰⁵⁶. Dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin içeriği değiştirilir. Dönme hakkının kullanılması ile değiştirilen bu sözleşmede, tarafların anlaşmasıyla -satıcının örtülü olarak anlaşması da imkân dahilindedir.- dönme hakkının geri alınması mümkündür¹⁰⁵⁷. Ticari satış sözleşmesi şekle bağlı olarak yapılsa dahi geri alma anlaşmasının şekle tabi akdedilmesi gerekmez¹⁰⁵⁸. Bir görüşe göre, buradaki durumda, anlaşma değil, muhatabın kendisine tanınan hukuki korumadan vazgeçmesi söz konusudur¹⁰⁵⁹. Aksi yöndeki görüşe göre, dönme beyanı tarafların karşılıklı anlaşması ile de geri alınamaz¹⁰⁶⁰. Tarafların buna dair anlaşması, aynı içerikte yeni bir sözleşmenin kurulması teşkil eder¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵² Serozan, Dönme, 464; Steiner, 66; Şahiniz, 105

¹⁰⁵³ Steiner, 66

¹⁰⁵⁴ Serozan, Dönme, 464

¹⁰⁵⁵ Serozan, Dönme, 464; Schellhase, 65; PWW. Kom./ Stürner, 650; Şahiniz, 104

¹⁰⁵⁶ Leser, 228: Yazar bu görüşüne pozitif dayanak olarak önceki BGB. § 354, 357 ve 359 hükümlerini göstermektedir.

¹⁰⁵⁷ Serozan, Dönme, 465; Leser, 226; Schellhase, 65; Şahiniz, 104

¹⁰⁵⁸ Şahiniz, 105

¹⁰⁵⁹ Şahiniz, 104

¹⁰⁶⁰ Steiner, 64; Suter, 58; MüKo. I/ Gaier, 893; Demirbaş, 79

¹⁰⁶¹ Steiner, 64; Suter, 58; MüKo. I/ Gaier, 893; Demirbaş, 79

Dönme beyanındaki “*geri alınmazlık*” ilkesinin bir sonucu da “*yinelenmezlik*” ilkesidir¹⁰⁶². Dolayısıyla, dönme hakkı bir kere kullanılmakla tükenir.

Geri alınmazlık mutlak bir geri alınmazlığı ifade etmez. Muhatabın hakimiyet alanına girmesi ve etki yaratmasından sonra geri alınabilir olduğu istisnalar vardır.

3.2.6. Dönme Beyanının Kullanılması ve Şekli

Dönme hakkının kullanılması, kural olarak, şekle bağlı değildir¹⁰⁶³. Bu hak, karşı tarafa varması gereken irade beyanı vasıtasıyla kullanılır¹⁰⁶⁴. Sözleşmenin şekle bağlı olması durumunda, dönme hakkı şekle tabi olmaz¹⁰⁶⁵. Dönme beyanı, irade faaliyeti değildir: “ifa”, “kullanma”, “sahiplenme” fiilleri ile kullanılmaz¹⁰⁶⁶. Yenilik doğuran hakka dair irade beyanının TBK. m. 17 hükmü uyarınca şekle bağlanabileceği kabul edilirse, bu şekle uymaksızın kullanılan dönme hakkı hukuki sonuç doğurmaz¹⁰⁶⁷. Ancak, dönme hakkından feragat geçersiz sayılacağı durumlarda, hakkın kullanılmasının şekle bağlanmasına dair anlaşma da geçersiz kabul edilmelidir¹⁰⁶⁸. Taraflarca dönme beyanının şekle bağlanması durumunda, bu beyan doğrultusunda, muhatap satıcının dönmenin gereği olarak kendisine ifa edilen bedele ilişkin para borcunu iade etmesi durumunda, taraflarca örtülü olarak şekil anlaşmasının kaldırıldığı kabul edilir¹⁰⁶⁹.

Ticarî satış sözleşmesi TBK. m. 17 hükmü uyarınca iradi şekle tabi tutulsa dahi, dönme beyanı, kural olarak, herhangi bir şekil aranmaksızın kullanılabilir¹⁰⁷⁰. Yukarıda

¹⁰⁶² Serozan, Dönme, 465; Steiner, 67; Leser, 225; Scholz, 142; Buz, YDH., 258

¹⁰⁶³ Serozan, Dönme, 467; Buz, YDH., 302; Alman Hukuku için bkz. Muthers, 204; Boels, 61; Suter, 58; Schmid, 161; Erman BGB./ Röthel, 1551; Jauernig BGB./ Stadler, 581; MüKo. I/ Gaier, 891; Oetker HGB./ R. Koch, 1720; HK-BGB/ Schulze, 586; Antalya, 579

¹⁰⁶⁴ Schüler, 8; Ehrat, 7; Leser, 223; Muthers, 203; Boels, 61; Suter, 58; Rünz, Britta, Verbraucherschutz im Fernabsatz-Informationspflicht und Widerrufsrecht als Schutzinstrumente deutscher und europäischer Vorschriften, Münster, 2004, 152; Müko. II/ Ernst, 596; Schellhase, 58; Erman BGB./ Röthel, 1551; Oetker HGB./ R. Koch, 1720

¹⁰⁶⁵ Muthers, 204; Suter, 58; Erman BGB./ Röthel, 1551

¹⁰⁶⁶ Serozan, Dönme, 467; Ehrat, 7

¹⁰⁶⁷ Serozan, Dönme, 472 vd.

¹⁰⁶⁸ Serozan, Dönme, 473

¹⁰⁶⁹ Taşatan, Caner, Sözleşmenin Kurulması, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2020, 70

¹⁰⁷⁰ Serozan, Dönme, 468; Müko. II/ Ernst, 596

anıldığı üzere, TTK. m. 18/III hükmünde öngörülen şekil ispat şeklidir. TTK. m. 18/III hükmü, her iki tarafın tacir olması yanında, her iki tarafın ticari işletmesine dair bir hukuki işlemin varlığı hâlinde uygulanır¹⁰⁷¹.

Hukuki işlemler bakımından öngörülen HMK. m. 200 hükmü, bir hukuki işlem olan dönme beyanı açısından uygulanır. Dolayısıyla, 23.450-TL Türk Lirası'nı aşan hukuki işlemlerde dönme hâlinde HMK m. 200 gereği senetle ispat gerekir¹⁰⁷². SEROZAN'a göre, uyuşmazlığa düşen kişilerin yalancı tanıklığın tehlikelerine karşı koruma amacı, dönme hakkı sahibinin hakkını korumak gerekçeleri karşısında uygulanmamalıdır¹⁰⁷³. Yazara göre, aksi hâlde HMK. m. 200 hükmü, hak sahibinin hakkını kullanmasına engel olabilir¹⁰⁷⁴. Sözleşmeyi belgelemek aynı zamanda dönme hakkı muhatabı satıcının menfaatine iken, tek taraflı hukuki işlemlerde, muhatap bu belgeyi vermekten kaçınabilir. Nitekim, tek taraflı hukuki işlemlerin hukuki sonuç doğurması satıcının kabulüne de tabi değildir. Kaldı ki, bu hâlde satıcının çıkarının korunması da söz konusu değildir. Hâl böyle iken, alıcı, dönme hakkını, noter kanalıyla kullanmak zorunda bırakılmamalıdır. HMK m. 203/I, b. 2 hükmünde belirtildiği gibi *“İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler”* kapsamında değerlendirilerek dönme beyanının ispatı *“senetle ispat zorunluluğunun istisnaları”* içerisinde kabul edilmeli, tanıkla ispata olanak tanınmalıdır.

TBK. m. 212 geniş anlamda ticari satış sözleşmesini kapsamaktadır. TTK. m. 18/III ise dar anlamda, diğer deyişle her iki tarafı tacir olan ve ticari işletmesine ilişkin olan ticari satış sözleşmelerinde uygulanmaktadır. TTK. m. 18/III hükmünde yer alan şeklin ispat şekli olduğu ifade edilmiş idi. TTK m. 18/II hükmü uyarınca basiretli davranma yükümlülüğü olan tacirler bakımından, m. 18/III hükmünde yer alan şekil geçerlilik değil ispat şekli olarak kabul edilmiş iken, tacir sıfatına sahip olmayan kişilerin akdedebileceği TBK. anlamında ticari satış sözleşmesinde dönme hakkının kullanılmasının şekline dair anlaşmanın geçerlilik şekli olarak kabul edilmemesi gerekir. Burada kararlaştırılan şekil, ispat şekli olarak esas alınmalıdır.

¹⁰⁷¹ Serozan, Dönme, 471; Arkan, 155; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, 287

¹⁰⁷² 2024 yılı itibarıyla

¹⁰⁷³ Serozan, Dönme, 471

¹⁰⁷⁴ Serozan, Dönme, 471

HMK. m. 193 hükmü uyarınca, tarafların, dönme hakkının kullanıldığının senet dışında başka bir ispat aracıyla ispatlanabileceğini kararlaştırması mümkündür.

SEROZAN'a göre, dönme hakkının kullanılması her durumda taraflarca şekle bağlanamaz¹⁰⁷⁵. Nitekim, bu şekil zorunluluğu hak sahibinin hakkını kullanmasına engel teşkil edebilir. Yazara göre, dönme hakkından feragatin geçersiz sayılacağı hâllerde, hakkın kullanılmasının şekle bağlanmasına dair anlaşmalar geçersizdir. TBK. m. 12/II hükmü uyarınca “*Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Anılan düzenleme, kural olarak, taraflarca kararlaştırılan şeklin geçerlilik şekli olduğunu ifade etmektedir. Geçerlilik şekli, o şekle uyulmaksızın akdedilen sözleşmenin hükümsüz olmasını ifade eder. İspat şekli ise, sözleşmenin geçerliliğini etkilememekle beraber, usûl hukuku bağlamında sonuç doğurur: İspat yükü üzerinde olan kişi, o hukuki işlemi ispat şekline uygun biçimde, ispat araçlarıyla ortaya koyamaz ise hâkimin aleyhte kararı ile karşılaşır. Bu noktada, ispat şekli bakımından, SEROZAN'ın görüşüyle dönme hakkı maddi hukuk anlamında geçerli iken, hakkın kullanıldığını ispat noktasında, dönme değer ifade etmeyecektir.

Dönme hakkının yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle, dava yoluyla kullanılması gerekmez. Hak sahibinin irade beyanı yeterlidir. Nitekim HMK. m. 108/II hükmü uyarınca “*bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşai dava açılır*”. Dönme hakkı bakımından böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Bu noktada, satış sözleşmesine ilişkin TBK. m. 227 hükmüne değinmek gerekir. Anılan düzenlemenin 3. fıkrası uyarınca “*alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir*”. Madde metninden sözleşmeden dönme hakkının dava yoluyla kullanılabileceği gibi bir sonuç çıkarılamaz. Nitekim, madde hükmünde belirtildiği gibi durumun haklı göstermemesi hâlinde dönme yerine ayıptan doğan diğer seçimlik hakların kullanılmasına karar verebilme yetkisi sözleşmede taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması bağlamında öngörülmüştür. Bu hükme göre, sözleşmeden dönme hakkı yine hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilecektir. Bu hakkın hukuki sonuçları, tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaşması ile kendiliğinden, kanun gereği, doğar. Hâkimin sözleşmeden dönme yönünde vereceği karar ancak hukuki durumun tespitine ilişkin

¹⁰⁷⁵ Serozan, Dönme, 473; Aksi yönde görüş için bkz. Muthers, 204

olabilir¹⁰⁷⁶. Tabii ki, hâkimin tespit hükmü vererek davanın esasına girebilmesi için dava şartlarının varlığı aranır. Sözleşmeden dönme ve bunun hukuki sonuçlarına ilişkin olmak üzere, örneğin tarafların yerine getirdikleri edimlerin iadesine dair verilen karar eda hükmüne ilişkin olur. Dönme hakkının kullanılmasıyla, satıcının satış bedelini iade etmemesi durumunda, kamu gücüyle hakkın temininin sağlanması için yargı yoluna başvurulması gerekebilir.

SEROZAN'a göre, dönme hakkının dava yoluyla kullanılması gereken bir yenilik doğuran hak olduğunun kabulü, hakkın kullanılması için gereken dava harçlarını ödeyecek mali güce sahip olmayan kişinin bu hakkı kullanması fiilen olanak dışı kalır¹⁰⁷⁷. Dönme hakkının yenilik doğuran dava ile kullanılma zorunluluğu olmadığı görüşünü paylaşmakla beraber, dava harçlarını ödeyecek mali güce sahip olmayan kişinin HMK. m. 334 vd. yer alan adli yardım hükümlerinden faydalanmak suretiyle bu hakkı kullanabilecek olması nedeniyle bu eleştiriye katılmamaktayız. Diğer deyişle, yazarın görüşüne, gerekçe değil, sonuç bakımından katılmaktayız.

Hâkimin sözleşmeden dönme hakkında vereceği tespit kararı sözleşmeden dönmenin maddi hukuk işlemi olma niteliğine etki etmez¹⁰⁷⁸. Nitekim, sözleşmeden dönme hakkı, hukuki sonuçlarını muhataba ulaşmak ile doğurur: Sonuçları maddi hukuk alanında gerçekleşir. Bundan sonra, dönme neticesinde edimlerin iadesi yönünde verilecek mahkeme kararı, hukuki sonuçları meydana gelmiş, maddi hukuka ilişkin bir işlemi ancak tespit edebilir, yoksa bu durumun tespiti, maddi hukuk işlemi usul hukukuna ilişkin bir işlem hâline getirmez.

Dönme hakkına ilişkin bir davanın HMK. m. 123 hükmüne göre geri alınması dönme beyanının geri alınması sonucunu doğurmaz¹⁰⁷⁹. Dönme hakkının kullanılmasının maddi hukuka ilişkin sonuçları maddi hukuk kuralları, usule ilişkin sonuçları da usul hukuku kurallarına göre tayin edilir¹⁰⁸⁰: Hakkın muhatabın/ satıcının hâkimiyet alanına ulaşması neticesinde, dönme hakkı hukuki sonucunu meydana getirir. Önemli olan,

¹⁰⁷⁶ Serozan, 476; Demirbaş, 86

¹⁰⁷⁷ Serozan, 476

¹⁰⁷⁸ Serozan, 476

¹⁰⁷⁹ Serozan, 479

¹⁰⁸⁰ Serozan, 479

muhatapın irade beyanını öğrenme imkânına sahip olmasıdır. Fiilen öğrenmiş olması aranmaz.

Aynı şekilde, dönme hakkının doğrudan dava yoluyla kullanılması hâlinde, dönme hakkı maddi hukuk işlemi olma niteliğini yitirmez¹⁰⁸¹. Ancak bu durumda, hakkın usul hukukuna uygun olarak ileri sürülmesi gerekir. Dolayısıyla, yargılama kapsamında, HMK. m. 141’de yer alan “*iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi*” yasağı çerçevesinde hakkın ileri sürülebileceğini unutmamak gerekir. Aynı şekilde, yargılamadan sonra doğmuş bir dönme hakkının, HMK. m. 141 hükmünden ayrık bir durum olarak, kullanılmasına olanak tanımak gerekir¹⁰⁸².

Yargılamanın sonuçlanmasına ve hüküm verilmesine kadar ileri sürülmemiş ve bu şekilde kesin hüküm teşkil eden karar sonrasında dönme hakkının ileri sürülemeyeceğinin kabulü gerekir¹⁰⁸³. Nitekim bu durumda, hakkın kullanılmayacağı yönünde karşı tarafta haklı bir güven meydana gelir. Dönme hakkının maddi hukuk alanında da etkisizleşmesi söz konusu olur¹⁰⁸⁴. Satıcının edimini kısmen ifa etmesi ve edimin geri kalan kısmı bakımından temerrüde düşmesi durumunda, alıcı, kendisine ifa edilen kısmi edimi işler, biçimini değiştirir ya da devrederse veya edimi önemli bir şekilde bir hak ile kısıtlarsa sözleşmeden dönme hakkı etkisizleşir¹⁰⁸⁵.

Sözleşmeden dönme hakkının dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılmasında da dönme hakkı etkisizleşir¹⁰⁸⁶. Dönme hakkı sahibinin bu hakkı kullanmaktan vazgeçmesi durumunda da hak sona erer¹⁰⁸⁷. Alıcının, iade borcunu kusuru ile imkânsızlaştırması durumunda dönme hakkı sona erer¹⁰⁸⁸: Alıcının kusuruyla iade konusu edimin yok olması, alıcının iade konusu edimi üçüncü kişiye devretmesi, iade konusu edimi eski hâliyle iadesine olanak vermeyecek biçimde değiştirmesi bu

¹⁰⁸¹ Serozan, 477

¹⁰⁸² Serozan, 481

¹⁰⁸³ Serozan, 481

¹⁰⁸⁴ Serozan, 481; Ehrat, 112

¹⁰⁸⁵ Becker, AB., 569; Schenker, 278

¹⁰⁸⁶ Schenker, 278 vd.; Ehrat, 112; Scholz, 187; MHGB./ Grunewald, 457

¹⁰⁸⁷ Becker, 569; Riedel, 278; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; Jauernig BGB./ Stadler, 582; MüKo. I/ Gaier, 892; Scholz, 91

¹⁰⁸⁸ Lemp, 59; Becker, 569; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 301

duruma örnek teşkil eder. LEMP'e göre, hak sahibinin birlikte kusuru yalnızca olumsuz zarara ilişkin tazminatın indirilmesi noktasında bir fonksiyona sahiptir¹⁰⁸⁹.

Dönme hakkının etkisizleşmesi bakımından, hak sahibinin davranışı neticesinde, muhatap nezdinde hakkın kullanılmayacağına dair haklı güven yaratılması gerekir¹⁰⁹⁰. Hak sahibinin uygun bir süre içerisinde dönme hakkını kullanmaması, hakkın etkisizleşmesi bakımından yeterli değildir¹⁰⁹¹. Ayrıca, dönme hakkı sahibinin iade konusu edime kasten ya da ağır ihmâl ile zarar vermesi durumunda, hakkın etkisizleştiği kabul edilebilir¹⁰⁹².

Edimin ifasının imkânsızlaşması neticesinde temerrüt sona ereceğinden, dönme hakkı da sona erer¹⁰⁹³. Keza, ödemezlik def'inin öne sürülmesi durumunda da dönme hakkı sona erer¹⁰⁹⁴.

Dönme hakkının dava yoluyla kullanıldığı durumda dönmeye dair sonuç ve istem değiştirilemez¹⁰⁹⁵. SEROZAN'a göre, karşı yan aleyhine değil, aksine daha elverişli hukuki bir sonuç meydana getirirse, değiştirmeye olanak tanımak gerekir¹⁰⁹⁶.

Yenilik doğuran davanın, yenilik doğuran haktan ayırt edilmesi gerekir. Yenilik doğuran hak, hak sahibinin tek taraflı beyanı ile hukuki sonucunu doğurur. Yenilik doğuran davada ise hukuki sonuç hâkim kararı ile doğar¹⁰⁹⁷. Yenilik doğuran davada, irade beyanı mahkemeye yöneltilir¹⁰⁹⁸. Yenilik doğuran davayı açmak, salt usul işlemi değil, aynı zamanda irade açıklamasıdır¹⁰⁹⁹. Her ikisi de muhatapın iradesi aranmaksızın hukuki sonuç doğurur¹¹⁰⁰. Yenilik doğuran hakkın davada, hâkimin denetlenmesi vasıtasıyla, güçsüz tarafın menfaatlerinin korunur¹¹⁰¹. Yenilik doğuran

¹⁰⁸⁹ Lemp, 59 vd.

¹⁰⁹⁰ Teubel, 225; Palandt/ Grüneberg, 560; Schellhase, 70; MüKo. I/ Gaier, 893; Buz, YDH., 405

¹⁰⁹¹ Teubel, 225; Schellhase, 70

¹⁰⁹² MüKo. I/ Gaier, 893

¹⁰⁹³ Schmid, 139; Palandt/ Grüneberg, 417

¹⁰⁹⁴ Schmid, 139

¹⁰⁹⁵ Serozan, 483

¹⁰⁹⁶ Serozan, 484

¹⁰⁹⁷ Steiner, 52 vd.; Ehrat, 12; Schellhase, 59; Scholz, 118; Demirbaş, 80

¹⁰⁹⁸ Eren, Borçlar Genel, 69; Schellhase, 59; Scholz, 118; Demirbaş, 74

¹⁰⁹⁹ Eren, Borçlar Genel, 69; Schellhase, 59; Scholz, 118

¹¹⁰⁰ Steiner, 54; Schellhase, 59; Scholz, 118; Demirbaş, 80

¹¹⁰¹ Steiner, 52; Schellhase, 62; Scholz, 118

dava, sınırlı biçimde özel hukuk karakteri içermekte ve kamu hukukuna ilişkin unsurlar barındırmaktadır¹¹⁰².

Sözleşmeden dönme hakkı, örtülü olarak kullanılabilir¹¹⁰³. Bir görüşe göre, yenilik doğuran haklar, icazet ile geçerli hâle getirilemez¹¹⁰⁴. Zira, bu durumda, muhatap, belirsizlik ile karşı karşıya kalmaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından, her iki tarafın fiil ehliyetinin bulunması gerekir¹¹⁰⁵. Dönme beyanının, tarafların (satıcı ve alıcının) temsilcileri tarafından sunulması mümkündür¹¹⁰⁶. Dönme hakkının, sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılması mümkündür¹¹⁰⁷.

3.2.7. Dönme Beyanının Yorumu

Esas olan, dönme hakkının karşı tarafın hukuki alanında doğrudan sonuç doğurucu yetkiyi sağlaması nedeniyle, muhatapın korunması düşüncesiyle, dönme hakkının yeterli açıklığı içerecek şekilde beyan edilmesidir¹¹⁰⁸. Bir görüşe göre, dönme hakkının açıkça bildirilmesi gerekliliği, önceki BGB.'de dönme ve tazminat hakkının birbirine alternatif olarak düzenlendiği dönemde, kişinin düşüncesiz davranarak tazminat hakkından mahrum bırakılmaması gereğine dayanır¹¹⁰⁹. Dönme ve tazminat hakkının birbirine alternatif değil, kümülatif olarak talep edilebilmesi neticesinde, dönmenin açıkça bildirilmesi gereğinden vazgeçilmelidir¹¹¹⁰.

Dönme beyanının yorumunda güven ilkesinden hareket etmek gerekir. Güven ilkesi karşı taraf nezdinde yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak, yaratılan güveni sarsmamak anlamına gelir¹¹¹¹. Güven ilkesi hem öznel hem de nesnel yorumu

¹¹⁰² Steiner, 53; Benzer yönde olarak bkz. Schellhase, 62

¹¹⁰³ Fikentscher, Heinemann, 325

¹¹⁰⁴ Scholz, 134 vd.

¹¹⁰⁵ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483; Antalya, 579: Yazara göre, alacaklı, fiil ehliyetine sahip olmalıdır.

¹¹⁰⁶ Müko. II/ Ernst, 596

¹¹⁰⁷ Erman BGB./ Röthel, 1551; Buz, YDH., 204

¹¹⁰⁸ Serozan, 488; Suter, 57 vd.; Schellhase, 57

¹¹⁰⁹ Muthers, 203

¹¹¹⁰ Muthers, 203: Yazar, Alman Hukuku'nda reform öncesi dönme ve tazminat hakkının aynı anda talep edilememesi gereğiyle bu açıklamayı yapmaktadır.

¹¹¹¹ Serozan, 487; Schenker, 201; Ehrat, 99

gerektirir¹¹¹². Bu kapsamda olmak üzere, dönme hakkı muhatabının, öznel olarak dönme beyanını nasıl anladığı ve aynı zamanda nesnel olarak nasıl anlaması gerektiği düşüncesi ile hareket edilir¹¹¹³. Bu sayede, dönme hakkı sahibinin menfaati de korunmuş olur. LEMP'e göre, muhatap satıcının dürüstlük kuralı çerçevesinde anlaması gereken esas alınır¹¹¹⁴. Örneğin, edimin iadesinin istenmesi, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığının kabulünü gerektirir¹¹¹⁵.

Dönme beyanının yorumunda, hak sahibinin menfaatine en uygun olanı istemiş olduğu ön kabulüyle hareket etmek gerekir¹¹¹⁶. Bu yorum faaliyetinde de güven ilkesi dışlanmayıp, muhatap nezdinde yaratılan haklı güven göz ardı edilmemelidir. Alıcı beyanın lafzı ile bağlı tutulmamalı, genel yorum kuralları çerçevesinde, beyan sahibinin gerçek iradesi tespit edilmelidir¹¹¹⁷. Keza, satıcının hukuki durumu ve somut olayın koşulları çerçevesinde, alıcının beyanından ne anlaması gerektiği esas alınır¹¹¹⁸. Kanundaki deyimiyse, “*sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zarar*” ibaresi tercih edilirse, kural olarak, dönme beyanında bulunduğu kabul edilmelidir¹¹¹⁹. Yargıtay bir kararında satış bedelinin iadesinin istenmesinin sözleşmeden dönme olarak kabulü gerektiğine karar vermiştir¹¹²⁰.

Sözleşmeden dönme hakkını hukuki bilgisi olmaksızın talep eden kişinin yeterli korumaya sahip olmadığı, hangi seçimlik hak çerçevesinde hangi zararı talep edeceğini bilmediği ve sözleşmeden dönme hâlinde talep edilecek zararın olumsuz zarar ile sınırlandırılmasının hakkaniyete aykırı olduğu savunulabilir. Öncelikle, alıcının kullandığı seçimlik hakta sözleşmeden dönme ifadesini kullanmasına rağmen olumlu zararı talep ettiği anlaşılabılır ise seçimlik hak bu kapsamda yorumlanabilir.

¹¹¹² Serozan, 487; Schenker , 201

¹¹¹³ Oğuzman, Öz, 547, dn. 1954, Serozan, 488; Schenker , 201; Riewert, 55; Benzer olarak bkz. Nazikoğlu, 676

¹¹¹⁴ Lemp, 128

¹¹¹⁵ Lemp, 128 vd.

¹¹¹⁶ Oftinger, 150; Serozan, 491

¹¹¹⁷ Oftinger, 151; Becker, 556; Gauch AT., 233; Hirsch, 263; Lemp, 129

¹¹¹⁸ Oftinger, 152; Becker, 556

¹¹¹⁹ Oftinger, 152; Becker, 557

¹¹²⁰ Y. 13. HD. 01.03.2012 T., 2011/8212 E., 2012/5122 K. “*Davacı dava dilekçesinde, satış bedelinin tahsilini talep ettiğine göre, BK.nun 106 maddesi gereğince tanınan yetkisini sözleşmeden dönme yolunda kullandığının kabulü zorunludur*” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

Bu noktada, somut olayın koşulları çerçevesinde, TBK. m. 19 uyarınca irade beyanının yorumu ile gerekli koruyucu sonuçlar sağlanabilir. Nitekim, sözleşmeden dönme hâlinde ifa menfaatinin giderilemeyeceği aynı zamanda kanun koyucunun tercihidir. Alıcının hangi seçimlik hakkı kullanıldığı belirsiz ise, lehine olanı tercih ettiği kabul edilmelidir¹¹²¹.

Genel olarak, olumsuz zarar, olumlu zarardan düşük olarak karşımıza çıkar. Somut olayda alıcının, sözleşmeden dönerek olumsuz zarar talep etmesi daha menfaatine ise sözleşmeden dönme hakkını seçtiği kabul edilmelidir¹¹²². Keza, kendi edimini ifadan kurtulmak isteyen alıcının, olumlu zararın giderilmesi seçimlik hakkını kullandığı kabul edilirse, bu durum daha önce ifa ettiklerini geri alamama sonucu doğuracağından, irade beyanı sözleşmeden dönerek olumsuz zarar talep ettiği şeklinde yorumlanabilir¹¹²³.

İnceleme konumuz gibi, karşı edimin bedel olduğu sözleşmeler bakımından yorum faaliyeti fark yaratmaz¹¹²⁴. Alıcı, olumlu zararı talep etmiş kabul edilerek kendi borcunu ifadan kurtulamasa dahi, tazminat alacağı ile bedelin birbirinden mahsup edilmesi neticesinde alıcı yalnızca, olumlu zararın bedeli aşan kısmını talep edebilir.

Alıcının sözleşmeden hem kısmi hem de tam dönme imkânına sahip bulunduğu hâllerde, dönme beyanı yorumunda, şüphe hâlinde, sözleşmeden kısmi dönme olduğu kabul edilmelidir¹¹²⁵. Bu durum ile bölünebilir edimde temerrüt hâlinde sözleşme ile alıcının hem kısmi hem tam dönme hakkına sahip olduğu kararlaştırıldığı zaman karşılaşılabılır.

3.2.8. Dönme Hakkının Kullanılmasının Sözleşmeye Etkisine Dair Görüşler

TBK. hükümlerinde, sözleşmeden dönme hakkının, sözleşmeye etkisinin ileriye ya da geçmişe dönük olması bakımından, açık bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide bu konuda farklı teoriler savunulmaktadır:

¹¹²¹ Riewert, 56

¹¹²² Öz, Dönme, 182

¹¹²³ Öz, Dönme, 182 vd.

¹¹²⁴ Öz, Dönme, 182

¹¹²⁵ Mük. II/ Ernst, 596

3.2.8.1. Klasik Dönme Teorisi

3.2.8.1.1. Sözleşme İlişkisinin Durumu

Bu görüşü savunanlara göre, dönme hakkının kullanılması, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır¹¹²⁶. Dolayısıyla, dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haktır¹¹²⁷. İfa edilmemiş edim yükümlülükleri sona ererken, ifa edilenlere ilişkin hukuki sebep ortadan kalkar¹¹²⁸. Hukuki sebebin ortadan kalkması nedeniyle, yerine getirilmiş edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir. Dönme hakkının kullanılması ile sözleşmeden doğan borçların ifası neticesinde, karşı akidin malvarlığındaki artış sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Diğer deyişle, tasfiye, tamamen sözleşme dışı olarak gerçekleşir.

Sözleşmenin akdedilmesi bakımından taraf iradeleri, sözleşmenin tasfiyesinde değil, sözleşmenin kurulması ve ifası bakımından birleşmektedir¹¹²⁹. Dolayısıyla, TBK. m. 1 uyarınca, sözleşmenin tasfiyesi bakımından gereken karşılıklı ve birbirine uygun irade mevcut değildir. Tarafların, sözleşmesel tasfiye ilişkisi bakımından iradelerin varsayılmasının kanuni dayanağı yoktur¹¹³⁰. TBK. 125/III (OR. Art. 109) hükmünde yer alan “sözleşmenin hükümsüz kalması” (“*Dahinfallen des Vertrages*”) ifadesinden sözleşmenin sona erdiği anlaşılmaktadır¹¹³¹. Yasanın hükmü karşısında, sözleşmenin devam ederek, ifa edilmeyen edimlerin ileriye etkili sona ermesi ve sözleşmeden iade yükümlülüklerinin doğması kararlaştırılamaz¹¹³². Sözleşmenin geçerli olarak yürürlükte kalması durumunda, olumsuz zararın giderilmesini talep etme hakkı tanımak çelişki arz eder¹¹³³. Zira, olumsuz menfaat, sözleşme yapılmayıp uğranılmayacak olan zararı kapsar¹¹³⁴. Sözleşmenin yürürlükte kalmasını isteyen

¹¹²⁶ Keller, Schöbi, 277; Tunçomağ, Genel Hükümler, 951; Oğuzman, Öz, 553; Nazikoğlu, 682; Ulsan, 74 vd. Becker, 567; von Büren, 380; Schöler, 8; Öz, 39; Bucher, 376; Öz, Temerrüt, 138; Barlas, 120; Reisoğlu, 383; Demirbaş, 66; Uygur, 832; YHGK. 24.11.1999 T., 1999/13-967 E., 1999/990 K.: “sözleşme ilişkisini hiç kurulmamışçasına, geçmişe etkili bir güçle ortadan kaldıran dönme işlemi” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.11.2019); Doğanay, 378

¹¹²⁷ Ulsan, 75; Öz, Temerrüt, 138; Akyol, 218

¹¹²⁸ von Büren, 380; Tunçomağ, Genel Hükümler, 952; Oğuzman, Öz, 553; Esser, Schmidt, AG., 313

¹¹²⁹ Ehrat, 131 vd.; Keller, Schöbi, 277

¹¹³⁰ Ehrat, 132; Keller, Schöbi, 277

¹¹³¹ Ehrat, 132; Keller, Schöbi, 277

¹¹³² Ehrat, 132

¹¹³³ Ehrat, 132

¹¹³⁴ Oğuzman, Öz, 560; Ehrat, 132 vd.

temerrüt alacaklısı, aynen ifa ya da sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararı talep etmelidir¹¹³⁵.

EHRAT'a göre, sözleşmeden dönme, ifa engelleri karşısında, kararlaştırılan ifa programını tasarruf işlemi düzleminde değiştiren bir tepki unsurudur¹¹³⁶. İfa engeli tek başına, borçlandırıcı işleme doğrudan etki etmez¹¹³⁷. Keza, aynen ifa veya sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesinden doğan zararın talep edilmesinde de bu etki yoktur. İfa engeli neticesinde, tasarruf işlemi düzleminde karşılıklı ilişki engellenir ya da imkânsızlaşır. Bu nedenle, borçlandırıcı işlemin, asli amaç-araç yapısı değişir. Sinallagmatik sözleşmede, tasarruf işleminin doğrudan amacı, borçlandırıcı işlemin ifasıdır. Bu amaç, borçlandırıcı işlemin taraflarınca kararlaştırılır. Borç olmaksızın ifa, sinallagmatik olarak düşünülemez. Bağımlılık nedeniyle, sinallagmadaki karşılıklı borçlar, tasarruf işleminin dolaylı amacı olarak nitelendirilir. İfa engeli neticesinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, taraflar arasındaki sebep ilişkisi, yerine getirilmeyen tasarruflar yönünden geçmişe yönelik olarak sona erer¹¹³⁸. Biçim değiştirme durumu, ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesinde mevcuttur¹¹³⁹. Keza, bu durumda, tasarruf işleminin sebebi olan borç ortadan kalkmaz. Borçlandırıcı işlemin amaç-araç yapısı etkilenmez. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, tasarruf işlemi düzlemindeki ifa engeli neticesinde, borçlandırıcı işlem geçmişe dönük olarak ortadan kalkar. Bu nedenle, iade yükümlülüğü dar anlamda sözleşmesel nitelikte değildir¹¹⁴⁰.

EHRAT, içerik olarak klasik dönme görüşünü savunmakla beraber, kanuni borç ilişkisi teorine yaklaşmaktadır. Yazara göre, Sözleşmeden dönmenin geçmişe dönük etkisi, sözleşmenin akdedilmesi anındaki durumu koruma nedeniyle değil, TBK. m.125 (OR Art. 109) hükmü ile kanun koyucunun bu duruma ilişkin bağımsız bir düzenleme öngörmesinden ötürüdür¹¹⁴¹. Dolayısıyla, sözleşmenin hiç var olmadığı

¹¹³⁵ Ehrat, 133

¹¹³⁶ Ehrat, 149

¹¹³⁷ Ehrat, 149

¹¹³⁸ Ehrat, 149 vd.

¹¹³⁹ Ehrat, 150

¹¹⁴⁰ Ehrat, 150

¹¹⁴¹ Ehrat, 151

varsayımı yanıltıcıdır. Geçmişe etki, kanunda yer alan pozitif düzenlemeler aracılığıyla, sözleşme öncesi durumun tesis edilmesidir¹¹⁴². İade isteme hakkı, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme kaynaklı değildir¹¹⁴³. Doğrudan kanunda düzenlenmekte olan ve geçerlilik sebebi doğrudan kanunda yer alan bir haktır.

3.2.8.1.2. İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi

İfa edilmemiş olan karşılıklı borçlar, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olması nedeniyle, ortadan kalkar¹¹⁴⁴. Satıcının kısmi temerrüdünde, sözleşmeden dönmenin kurtarıcı etkisi, kural olarak, yalnızca ifa edilmeyen kısma ilişkindir¹¹⁴⁵.

Dönme hakkının kullanılması üzerine, edimin ifa edilmesindeki hukuki sebep de ortadan kalkar. Bu nedenle, ifa edilmiş edim, sebepsiz zenginleşme teşkil eder¹¹⁴⁶. Tasfiye ise TBK. m. 77 vd. hükümlerine göre edilir. Dönme hakkının kullanılması üzerine, tasarruf işleminin geçerliliğini koruması nedeniyle, iade talepleri sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan nispi taleplerdir¹¹⁴⁷.

Sözleşmeden dönme neticesinde, borçlandırıcı işlem ortadan kalkarken, tasarruf işlemi geçerliliğini korur¹¹⁴⁸. Dolayısıyla, dönme hakkının kullanılması neticesinde, sebebe bağlı olsa dahi, aynı hak kazanımları, sebepsiz zenginleşme hukuki sebebi ile geri istenebilir. ÖZ, klasik dönme görüşünün geçmişe etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırdığını kabul ederken, aynı işlemin geçerliliğini korumasının kabul edilmesini eleştirmektedir¹¹⁴⁹. Zira, yazara göre, sözleşmenin tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmasına rağmen aynı etkinin ortadan kalkmadığının savunulması sözleşmenin “hem var hem yok” gibi kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuç, geçmişe etkinin aynı haklar bakımından kabul edilmesi ile aşılabılır. Bu durumda, aynı hakların

¹¹⁴² Ehrat, 151; Wolgast, 231; Einem, 56

¹¹⁴³ Ehrat, 152

¹¹⁴⁴ Keller, Schöbi, 308; Oğuzman, Öz, 553; Ulsan, 76; Ehrat, 154; Öz, Temerrüt, 138; Bucher, 376; Reisoğlu, 384

¹¹⁴⁵ Ehrat, 154; Bucher, 382; Palandt/ Grüneberg, 558; SK., 191

¹¹⁴⁶ Oğuzman, Öz, 553; Öz, Dönme, 227; Ulsan, 76; Esser, Schmidt, AG., 313; Barlas, 120; YHGK., 24.11.1999 T., 1999/13-967, 1999/990 K.: “verilenlerde haksız iktisap kurallarına göre geri istenir.” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 29.11.2023)

¹¹⁴⁷ Öz, Dönme, 228; Esser, Schmidt, AG., 313: Yazara göre, sözleşmeden dönme ileriye etkili sonuç doğurmakla beraber, sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabidir.

¹¹⁴⁸ Ehrat, 130

¹¹⁴⁹ Öz, Temerrüt, 143

bağımsızlığı ilkesi zedelenmemektedir. Aynı hakların bağımsızlığı ilkesi, sözleşmeden dönmenin geçmişe etki etmeyip tasfiye ilişkisine dönüştüğünü kabul eden yeni dönme görüşü bakımından önem arz eder. Aynı hakların bağımsızlığı ilkesi gereğince, aynı hak kurulmakla ya da devredilmekle kendini meydana getiren hukuki sebepten bağımsız olarak geçerliliğini korur.¹¹⁵⁰

ULUSAN'a göre, sözleşmeden dönme hâlinde, satıcı sebepsiz zenginleşmeden doğan avantajlı hükümler ile ayrı tutulmamaktadır¹¹⁵¹. Zira, satıcının da sözleşme kapsamında olarak kısmen ifa etme durumu söz konusu olabilir. Keza, sözleşmesel ilişkiye giren taraflar bu durumun avantaj ve olumsuzluklarını göze almaktadır¹¹⁵². Benzer olarak, sözleşmenin taraflarının birini iyiniyetli sebepsiz zenginleşmeye dair hükümlerden yararlandırmamak taraflar arasındaki “denge” prensibi ile uyum arz etmez¹¹⁵³. Diğer taraftan, alıcının diğer seçimlik hakları tercih etme imkânı da mevcuttur.

Dönme hakkı muhatabı, iade borcunun kapsamı bakımından, dönme hakkının kullanılmasına kadar, iyi niyetli sebepsiz zenginleşenin sorumluluğu hükümlerine, dönme hakkının kullanılmasından sonra ise kötü niyetli sebepsiz zenginleşenin sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olur¹¹⁵⁴. ÖZ'e göre, salt dönme ihtimali, iade borçlusunu kötü niyetli kabul etmek için yeterli değildir¹¹⁵⁵. Somut olayın koşullarına göre, sözleşmeden dönmenin hesaba katılması gerektiği anı, diğer deyişle iade borçlusunun kötü niyetinin başlangıcını hâkim belirlemelidir. İade borçlusunun kusurlu olarak, iade konusu edime zarar verdiği tespit edilirse, bu durumda daha önceki bir tarihten kötü niyetli sebepsiz zenginleşmeye dair hükümler uygulanabilir¹¹⁵⁶. Sözleşmeye aykırı davranan borçlunun bu tarihten itibaren kötü niyetli sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca sorumlu tutulması gerekir¹¹⁵⁷. İade

¹¹⁵⁰ Öz, Temerrüt, 141

¹¹⁵¹ Ulsan, 78

¹¹⁵² Ulsan, 79

¹¹⁵³ Ulsan, 79

¹¹⁵⁴ Öz, Dönme, 228

¹¹⁵⁵ Öz, Dönme, 245

¹¹⁵⁶ Öz, Dönme, 245

¹¹⁵⁷ Öz, Dönme, 246

borçlusu, sözleşmenin akdedilmesi tarihinde borca aykırı davranacağı bilincinde ise kötü niyet sözleşmenin imza tarihinden başlar¹¹⁵⁸.

ÖZ'e göre, iade borçlusu, iyi niyetli kabul edildiği zaman kesitinde, iade konusu edimin uğradığı zarardan sorumlu olmaz ve hatta iade konusunun yok olması hâlinde iade sorumluluğu da sona erer¹¹⁵⁹.

İyi niyetli iade borçlusu, iade konusu edime yaptığı zorunlu ve yararları masrafları isteyebilir¹¹⁶⁰. Ancak, kötü niyetli iade borçlusu zorunlu masraflarını ve yararlı masraflardan yalnızca iade anında mevcut bulunan fazlalığı isteyebilir. Lüks masraflar ise her iki durumda da istenemez.

Hem iyi niyet hem de kötü niyetli olma hâlinde, iade konusuna zarar vermeksizin iade konusu şey ile birleştirilen fazlalık, iade alacaklısı tarafından masrafı teklif edilmediği takdirde, söküp alınabilir¹¹⁶¹.

İade konusu edimin bedel olması hâlinde, iyi niyet veya kötü niyetin tespiti önem arz etmez¹¹⁶². Zira, para niteliği gereği, kural olarak, karışır. İyi niyet sebebiyle, bedeli iade borcundan kurtulma hâli, istisnai olarak, paranın karışmaya uğramadan çalınması, zayi olması veya başkasına karşılıksız verilmesi durumlarında söz konusu olabilir¹¹⁶³.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması neticesinde önceki malvarlığı geçişinin hukuki sebepten yoksun hâle gelmesi nedeniyle sebepsiz zenginleşme unsurunu içerir¹¹⁶⁴. Sebepsiz zenginleşmenin kanuni sebebi haksız malvarlığı geçişlerine dair iken; sözleşmeden dönme, sözleşme öncesi durumun tesis edilmesini amaçlar¹¹⁶⁵. Bu amaç, TBK. m. 125/III hükmünde yer alan daha önce ifa ettikleri edimlerin iadesinin talep edilebilmesinden anlaşılmaktadır¹¹⁶⁶.

¹¹⁵⁸ Öz, Dönme, 246

¹¹⁵⁹ Öz, Dönme, 246

¹¹⁶⁰ Öz, Dönme, 246

¹¹⁶¹ Öz, Dönme, 246

¹¹⁶² Öz, Dönme, 246

¹¹⁶³ Öz, Dönme, 247

¹¹⁶⁴ Ehrat, 179

¹¹⁶⁵ Ehrat, 179; Hellwege, 104

¹¹⁶⁶ Ehrat, 180

Sebepsiz zenginleşme hukuki sebebine benzerliğe rağmen, EHRAT'a göre, edimin iadesini isteme hakkı kanuni nitelikte sui generis bir haktır¹¹⁶⁷. Bu nedenle, edimin iadesini isteme hakkına dair kanuni boşluklar sebepsiz zenginleşme hükümlerine kıyasen doldurulamaz¹¹⁶⁸. Sözleşme öncesi durum, temerrüde kusursuz olarak düştüğünün ispatı durumunda tam olarak tesis edilemeyebilir¹¹⁶⁹. Bu nedenle, edim iadesi kusurdan bağımsız olarak talep edilebilir¹¹⁷⁰.

EHRAT'a göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe yönelik etkisi nedeniyle, yerine getirilmiş edimlerin iadesinde istihkak davası, bilhassa sebepsiz zenginleşme talebi ile sözleşme öncesi durum tesis edilir¹¹⁷¹. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar¹¹⁷². Tasarruf işleminin sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması nedeniyle, tasarruf işlemi de geçersiz hâle gelir¹¹⁷³. Bunun neticesinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması nedeniyle istihkak davası ile taşınırın iadesi sağlanır¹¹⁷⁴.

3.2.8.1.3. İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı

İade talebine sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler çerçevesinde, TBK. m. 82 hükmü uyarınca, dönme beyanının ulaşmasından itibaren iki yıllık zamanaşımı uygulanır¹¹⁷⁵. Dönme hakkının kullanılması üzerine sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle, buradaki talep sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmaktadır. Sözleşmeden doğan borçlara ilişkin genel zamanaşımı süresi uygulanmaz¹¹⁷⁶.

BECKER'e göre, sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran etkisi, kanuni ve sözleşme benzeri bir hukuki ilişki doğurması ve haksız fiil de teşkil etmemesi nedeniyle on yıllık genel zamanaşımına tabidir¹¹⁷⁷.

¹¹⁶⁷ Ehrat, 180

¹¹⁶⁸ Ehrat, 180

¹¹⁶⁹ Ehrat, 180

¹¹⁷⁰ Becker, 567; Ehrat, 180; Riewert, 38

¹¹⁷¹ Keller, Schöbi, 279; Ehrat, 156

¹¹⁷² Cavin, 25; Steiner, 68; Bucher, 392; Einem, 53

¹¹⁷³ Cavin, 25

¹¹⁷⁴ Cavin, 25; Ehrat, 156

¹¹⁷⁵ Oğuzman, Öz, 554; Öz, Dönme, 35; Öz, Temerrüt, 138; Nazikoğlu, 682

¹¹⁷⁶ Öz, Dönme, 258

¹¹⁷⁷ Becker, 567

3.2.8.2. Kanuni Borç İlişkisi Teorisi

3.2.8.2.1. Sözleşme İlişkisinin Durumu

Kanuni borç ilişkisi teorisine göre, dönme hakkının kullanılması üzerine, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmakla beraber, taraflar arasında doğan kanuni bir borç ilişkisi gereği tarafların elde ettikleri edimi iade borcu doğmaktadır¹¹⁷⁸. Alman Hukuku'nda SAENGER'e göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, sözleşmeye dair borç ve alacaklar geçmişe yönelik ortadan kalkmakla beraber, bu durumda yerine getirilen edimlerin iadesini gerektiren yeni bir borç ilişkisi meydana gelir¹¹⁷⁹.

SICKINGER'e göre, her iki tarafça edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi durumunda, sözleşme tasfiye ilişkisine dönüşmeyip ortadan kalkar¹¹⁸⁰. Sona eren bir borç ilişkisinin ortadan kalkması üzerine tasfiye ilişkisine dönüşmesine olanak yoktur. Bu durum ancak, kanun gereği yeni bir borç ilişkisi meydana gelmesi ile mümkündür¹¹⁸¹. Sözleşmesel ilişkinin ortadan kalkmasına rağmen, taraflar arasındaki fiili ilişki devam etmektedir. Tarafların birbirine karşı "culpo in contrahendo" sorumluluğunda olduğu gibi güven ilişkisi varlığını korumaktadır. Dolayısıyla, koruma yükümlülükleri de varlığını korumaktadır¹¹⁸². Yazara göre, sözleşmeden dönme hâlinde, tasfiye bakımından sebebin ortadan kalkması söz konusu değildir: Sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılamaz. Borcun kaynağı "doğrudan" sözleşmeden dönmedir¹¹⁸³.

3.2.8.2.2. İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi

Kanuni borç ilişkisi teorisine göre, ifa edilmemiş edimleri ifa yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır¹¹⁸⁴.

¹¹⁷⁸ Schöler, 50; Brüggemann, 40 vd.; Saenger, 39; Becker, 567; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 968; Müge, Ürem, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK M. 473/I), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2016, 163

¹¹⁷⁹ Saenger, 39

¹¹⁸⁰ Sickinger, 135

¹¹⁸¹ Sickinger, 135

¹¹⁸² Sickinger, 133

¹¹⁸³ Sickinger, 136

¹¹⁸⁴ Sickinger, 135

Tarafların ifa ettiği edimlerin iadesi, sebepsiz zenginleşmeye dair hükümlere değil, doğrudan dönme neticesinde edimlerin iadesini öngören TBK. m. 125 hükmüne dayanır¹¹⁸⁵. Ayrıca, iadesi talep edilen edimlerin ifası, dönme neticesinde hukuki sebepten yoksun kalmamakta, buradaki talep şahsi hakka dayanmaktadır¹¹⁸⁶.

Taraflar arasında kanuni bir borç ilişkisi doğması nedeniyle, iade borçları zamanaşımına dair genel hüküm olan TBK. m. 146 gereği on yıldır¹¹⁸⁷. Bu görüşün, klasik dönme görüşüne nazaran pratik faydası, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dair iki yıllık kısa zamanaşımı yerine on yıllık genel zamanaşımının uygulanması noktasındadır. İadenin kapsamı ise, kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenir¹¹⁸⁸.

TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP'a göre, sözleşmeden dönme hâlinde olumlu zarar da talep edilebilir¹¹⁸⁹. Sözleşmeden dönme neticesinde talep edilecek tazminat ile ifadan vazgeçme durumundaki tazminat miktarları arasında fark yaratmamak gerekir. Keza, sözleşmeden dönme de sözleşmeye aykırılık sonucu kullanılan bir hak olduğu için alacaklının ifa menfaati de tazmin edilmelidir¹¹⁹⁰.

3.2.8.2.3. İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı

Bu teoriye göre, ifa edilmiş edimin iadesine ilişkin zamanaşımı bakımından TBK. m. 146'da yer alan genel zamanaşımı süresi uygulanır iken, iadenin kapsamı yönünden, kıyasen, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır¹¹⁹¹. Dolayısıyla, kanuni borç ilişkisi ile klasik dönme teorisi arasındaki temel fark tasfiyeye uygulanacak zamanaşımı süresi noktasındadır. Tasfiye TBK. m. 125 hükmü uyarınca yapılmakla ve on yıllık genel zamanaşımı uygulanmakla beraber, iadenin kapsamı, masraflar, iadenin mümkün olup olmaması hususuna sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır¹¹⁹².

¹¹⁸⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 968; Becker, 567

¹¹⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 968; Becker, 567; Schöler, 50

¹¹⁸⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 968

¹¹⁸⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 968

¹¹⁸⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 971

¹¹⁹⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 971

¹¹⁹¹ Öz, Dönme, 228

¹¹⁹² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 968

3.2.8.3. Aynı Etkili Dönme Teorisi

3.2.8.3.1. Sözleşme İlişkisinin Durumu

Aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarlar, dönme hakkının kullanılması ile hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerinin ortadan kalktığını ileri sürer¹¹⁹³. Sebep bağlilik ilkesi gereği, ifa edilmiş edimlerin iadesinde istihkak davası, iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı hâlinde ise sebepsiz zenginleşme davası söz konusu olur¹¹⁹⁴. Zira, sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kalkması durumunda, edimlerin hukuki sebebi ortadan kalkmaktadır¹¹⁹⁵.

3.2.8.3.2. İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi

Dönme hakkının kullanılması neticesinde ifa edilmemiş edim yükümlülükleri ortadan kalkar¹¹⁹⁶. Bu, dönmenin borçtan kurtarıcı etkisidir. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması nedeniyle, dönme hakkının kullanılmasından sonra satılanın kötünियetli üçüncü kişiye devri hâlinde, üçüncü kişiye karşı açılacak istihkak davası ile edimin iadesi sağlanır¹¹⁹⁷. BUZ'a göre, iade borcunun kapsamı ve masraflardan sorumluluk bakımından, dönmenin özelliği dikkate alınarak, sebepsiz zenginleşme, zilyetlikte iade, ayıptan doğan sorumluluk, taksitle satım ve vekâletsiz iş görmeye dair hükümler uygulanır¹¹⁹⁸.

HONSELL'e göre, aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi hâlinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde mülkiyetin satıcıya geri dönmesi, özellikle ticari işletme satışında pratik olmayan sonuçlar doğurur¹¹⁹⁹. Bu durumda, sözleşmenin karşı tarafı bakımından ciddi bir hukuki belirsizlik söz konusudur¹²⁰⁰. Keza, satıcının iflas etmesi durumunda, bu nedenle alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmaz¹²⁰¹. Tersine olarak, alıcının iflas etmesi durumunda, tasfiye memuru, satış bedelinin iadesini talep etmesi durumunda, satılanı iade etmesi gerekecektir¹²⁰². Bu nedenle,

¹¹⁹³ Keller, Schöbi, 278; Buz, Dönme, 140; Doğan, Şahan, Atamulu, 293, dn. 88; Şahiniz, 156

¹¹⁹⁴ Keller, Schöbi, 278; Buz, Dönme, 140; Doğan, Şahan, Atamulu, 293, dn. 88; Şahiniz, 156

¹¹⁹⁵ Keller, Schöbi, 278; Buz, Dönme, 134; Şahiniz, 156

¹¹⁹⁶ Buz, Dönme, 152

¹¹⁹⁷ Buz, Dönme, 142

¹¹⁹⁸ Buz, Dönme, 151

¹¹⁹⁹ Honsell, 79

¹²⁰⁰ Honsell, 79

¹²⁰¹ Honsell, 79 vd.

¹²⁰² Honsell, 80

sözleşmeden dönme hakkı neticesinde, ileriye etkili bir tasfiye ilişkisinin meydana geldiğinin kabulü gerekir¹²⁰³.

3.2.8.3.3. İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı

İade konusu edimin alıcının (kısmi temerrüt hâlinde) nezdinde bulunması durumunda istihkak davası ile iade talep edilir. Ancak, satılanın alıcı tarafından iyi niyetli üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, alıcı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulur. İstihkak davası, mülkiyet hakkına ilişkin olması nedeniyle zamanaşımına tabi değil iken, sebepsiz zenginleşme iki yıllık zamanaşımına tabidir¹²⁰⁴.

Sözleşme ilişkisinin tasfiyesine ilişkin borçlar, dönme hakkının kullanılması ile muaccel olur¹²⁰⁵. Zira, dönme hakkının kullanılması öncesinde, herhangi bir tasfiye borcu söz konusu olmaz.

Aynı etkili dönme görüşü çerçevesinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ve sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemlerinin de geçersiz hâle gelmesinden ötürü, aynı nitelikteki iade borcu zamanaşımına tabi değildir¹²⁰⁶.

Sözleşme konusu edimin aynen iadesinin mümkün olmaması hâlinde ise, BUZ'a göre, ne sebepsiz zenginleşme ne de sözleşmeden doğan bir alacak olarak nitelendirilemeyen iade talebine, TBK.'da yer alan tasfiye hükümleri kıyasen uygulanır¹²⁰⁷. Dönme neticesinde, aynen iadesi mümkün olmayan iade talebinin salt sebepsiz zenginleşmeye talebi olmaması nedeniyle, uygulanacak zamanaşımı TBK. m. 146'da yer alan genel zamanaşımı süresidir¹²⁰⁸.

¹²⁰³ Honsell, 80; Rünz, 152 vd.; Dorschel, 205; Lammich, 69; Schmid, 151; Riewert, 84; PWW. Kom./Stürner, 645; Erman BGB./Röthel, 1537; Teichmann, 45; Fikentscher, Heinemann, 321; Brox, Walker, AG., 165

¹²⁰⁴ Keller, Schöbi, 278

¹²⁰⁵ Buz, Dönme, 235

¹²⁰⁶ Buz, Dönme, 235

¹²⁰⁷ Buz, Dönme, 235

¹²⁰⁸ Buz, Dönme, 236

3.2.8.4. Dönüşüm Teorisi

3.2.8.4.1. Sözleşme İlişkisinin Durumu

Dönüşüm teorisinin hukukumuzda önde gelen temsilcilerinden olan SEROZAN'a göre dönme hakkının temelini sözleşme oluşturur. Sözleşmeden dönme üzerine, bu etkinin ileriye ya da geri etkili olmasından ziyade, “*tasfiye ve çözülme ilişkisi*” meydana gelir¹²⁰⁹. Dönme hakkı neticesinde, sözleşme geçerliliğini korur¹²¹⁰. Kanuni bir borç ilişkisi meydana gelmez¹²¹¹.

Aynı etki, daha önceden geçerli bir hukuki sebebe dayanarak devredilen satılanın, devrine esas teşkil eden hukuki sebebin dönme hakkının kullanılması sonrasında, tasarruf işlemine etki etmek suretiyle, mülkiyetinin kendiliğinden satıcıya geri dönmesidir. Ticari satış sözleşmesinde, satıcının satılanın zilyetliğini devir borcunda kısmi temerrüdü hâlinde, sözleşmeden dönme, yalnızca borçlandırııcı işleme etki eder,

¹²⁰⁹ Serozan, 534; Harst, Jürgen, Rücktritt und Schandersatz, Bonn, 1984, 150; Seliçi, 219; Eren Şerh, 2430; Basler Kom./ Wiegand, 632; Leser, 160; Schenker, 262; Rimle, 158; Pieper, Helmut, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Baden, 1963, 167; Hellwege, 52; Muthers, 206; Boels, 66; Boels, 202, dn. 912; Wolgast, 155; Gerhard/ Leisinger, 172; Suter, 96; Teubel, 80; Lüchinger, Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg, 1999, 85; Reinicke, Tiedtke, 87; Steinbeck, 88; Schmidt, Rolf, 111; Rünz, Britta, Verbraucherschutz im Fernabsatz-Informationspflicht und Widerrufsrecht als Schutzinstrumente deutscher und europäischer Vorschriften, Münster, 2004, 152 vd.; Nollmann, 9; Eckert, Maifeld, Matthiessen, 325; Schmid, 167; Riewert, 37 vd.; Herold, 56; Döhmle, 118; Gothe, 146; HK-BGB/ Schulze, 561; SK, 191; MüKo. II/ Ernst, 543; Kaiser, 7; PWW. Kom./ Stürner, 645; Erman BGB./ Röthel, 1537; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Jauernig BGB./ Stadler, 544; MüKo. I/ Gaier, 832; Juristen/ Gsell, 644; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; HK-BGB/ Schulze, 581; Petersen, 44; Teichmann, 45; Kuhlmann, 223; Hirsch, 135; Fikentscher, Heinemann, 294; Brox, Walker, AG., 165; Brox, Walker, BT., 80; Medicus, Lorenz, 67; Emmerich, 43; Löhnig, Gleti, 33; Erman BGB. I, Westermann, 1477; Müller, 138; Scholz, 75; AK./ Dauner, Lieb, 933; Fest, Timo, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, München, 2006, 57; Reinicke, Dietrich, Tiedtke, Klaus, Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschild, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Luchterhand, 1988, 47; Antalya, 587; Kahveci, 164; Erdoğan, 244

¹²¹⁰ Basler Kom./ Wiegand, 632; Leser, 176; Eren Şerh, 2430; Schenker, 262; Muthers, 208; Suter, 100; Dorschel, 187; MüKo. II/ Ernst, 543; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Petersen, 45; Ruth Kretschmer, 81

¹²¹¹ Palandt BGB./ Grüneberg, 578

ayni işlemi etkilemez¹²¹². Tasarruf işlemi hakka doğrudan etki etmektedir. Ayni tasarruf işlemi ise, zilyetliğin devri amacıyla mülkiyeti geçirme borcunun ifası neticesinde, hakkın doğrudan alıcıya geçmesini ifade eder¹²¹³. Taşınır mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilse dahi, hukuki sebebin ortadan kalkması durumunda, mülkiyet, satıcıya kendiliğinden dönmeyi¹²¹⁴. Ayni hak, herkese karşı öne sürülebilir olması nedeniyle, mutlak bir haktır. Satılanın mülkiyetinin geçirilmesinde ayni tasarruf sözleşmesi yapılması öngörülmüştür. Bu sayede, ayni hakkın kime ait olduğu, zilyetliğin teslimsiz devri gibi hâller istisna olmak üzere, üçüncü kişiler tarafından öngörülebilmektedir.

Dönme hakkının kullanılması neticesinde, mülkiyet, geri dönmeyi: Yalnızca, edimin iadesini talep hakkı meydana gelir¹²¹⁵. Diğer deyişle, tasarruf işlemi etkilenmez. Bu görüşteki yazarlar, sözleşmeden dönmeyi değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirir. Sözleşmenin çözülmesinden doğan zararın kaynağı sözleşmedir¹²¹⁶. Sözleşmeden dönme, ileriye etkili sonuçlar doğurmakla beraber, geçmişteki durumu tesis etmeyi amaçlar¹²¹⁷. Diğer deyişle, taraflar arasında sözleşmesel ilişki doğmamış hâldeki durum tesis edilir.

Dönüşüm teorisine göre, sözleşmeden dönme neticesinde meydana gelen tasfiye ilişkisine TBK. m. 125 hükmü uygulanır. Anılan hükme göre “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler”. Hüküm kapsamında olarak, taraflar ifa edilmiş

¹²¹² Kühne, Eberhard, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Rostock, 1929, 98; Saenger, 39; Schöler, 50; Hoffmann, 58; von Büren, 380, dn. 81; Becker, 567; Rimle, 159; Tunçomağ, Genel Hükümler, 952; Eren Şerh, 2434; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 968; Nazikoğlu, 681; Leser, 172; Muthers, 47; Hellwege, 80; Boels, 64; Wolgast, 87; Suter, 113 vd.; Dorschel, 140; Bucher, 378; Einem, 52; Kaiser, 457; PWW. Kom./ Stürner, 646; Erman BGB./ Röthel, 1537; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Jauernig BGB./ Stadler, 574; MüKo. I/ Gaier, 833; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491 vd.; HK-BGB/ Schulze, 582; Fikentscher, Heinemann, 325; Brox, Walker, AG., 170; Ackermann, Thomas, Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen, 2007, 308

¹²¹³ Serozan, Dönme, 91

¹²¹⁴ Serozan, Dönme, 91

¹²¹⁵ Kaiser, 457 vd.; Jauernig BGB./ Stadler, 576; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹²¹⁶ Schenker, 262; Basler Kom./ Wiegand, 632; Suter, 128

¹²¹⁷ Basler Kom./ Wiegand, 632; Suter, 128; Dorschel, 205; Nollmann, 9; Schmid, 151; Riewert, 14; Erman BGB./ Röthel, 1537; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490

edimleri iade ile yükümlüdür. İfa edilmemiş edim yükümlülüklerini ifa yükümlülüğü ortadan kalkar.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla mülkiyeti devreden, mümkün olan en kısa sürede devredilenin mülkiyetine yeniden kavuşmayı, aynen iade mümkün değilse, ikâme değeri elde etmeyi amaçlar¹²¹⁸. Zenginleşmenin ortadan kalktığına dair TBK. m. 79 hükmü, haksız neticeler doğurur¹²¹⁹. Zira, ediminin tamamının iadesi ancak bu hükmün uygulanmaması ile sağlanabilir. Alıcının sözleşmeden kaynaklanan iade hakkına dayanarak edimin iadesini talep etmesi, aynı zamanda, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasının uygulanmasını da önler¹²²⁰.

Sözleşmeden dönme hakkı, iade borçlusundan mülkiyeti devralan üçüncü kişilerin hak alanını ilgilendirebilir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını kabul eden görüş çerçevesinde, taraflar arasındaki borç ilişkisi yalnızca geçmişe dönük olarak ortadan kalkmakta ve mülkiyet hakkı bundan etkilenmemektedir. Üçüncü kişi geçerli biçimde mülkiyeti iktisap eder. Aynı etkiyi kabul eden görüşe göre ise, yalnızca iyiniyetli üçüncü kişi mülkiyeti kazanır. Dönüşüm teorisinin kabul edilmesi durumunda, üçüncü kişi mülkiyeti geçerli biçimde kazanır ve tasarruf yetkisi bu durumdan etkilenmez¹²²¹. SUTER'e göre üçüncü kişinin mülkiyet hakkının etkilenmemesi ve işlem güvenliği bağlamında, üçüncü kişinin hukuki konumunda olumsuz netice doğurmaz¹²²². Doktrinde, aynı etkinin olmaması işlem güvenliği ve hukuki istikrar bakımından önemli olduğu ileri sürülmektedir¹²²³. Kanaatimizce, işlem güvenliği ve hukuki istikrar bakımından iyi niyet hükümleri gerekli korumayı sağlamaktadır.

Taraflar arasında kurulan bir sözleşmenin ifası kapsamında olarak satılanın mülkiyeti alıcıya geçerli bir hukuki sebep ile geçer. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması üzerine sözleşmenin ortadan kalktığını savunmak güçtür. Keza, sözleşmeden dönme neticesinde mülkiyetin satıcıya

¹²¹⁸ Suter, 114; Reinicke, Tiedtke, 88; Nollmann, 17; Riewert, 232

¹²¹⁹ Suter, 114

¹²²⁰ Suter, 115

¹²²¹ Suter, 115

¹²²² Suter, 115 vd.

¹²²³ Einem, 53; Fikentscher, Heinemann, 325

geri döndüğünün kabulü, aynı haklara hâkim olan aleniyet ilkesine aykırı sonuçlar doğurur¹²²⁴.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme içerik değiştirir¹²²⁵. Sözleşmenin dönmenin amacı, edimlerin tasfiyesi ve temerrüt borçlusunun kusuru hâlinde temerrüt alacaklısının olumsuz menfaatinin giderilmesiyle sınırlanır¹²²⁶. Olumsuz menfaat, alıcının, sözleşmenin ifası ve faydalarına ilişkin güveninden kaynaklanır¹²²⁷. Kanun koyucunun geçerli bir sözleşmenin ihlâli hâlinde olumsuz zararın talep edilmesine dair düzenlemesi hukuk politikasına ilişkin bir karardır¹²²⁸. Dolayısıyla, hukuki argümanlar ile kanunun olumsuz zarar talebi öngörmesi nedeniyle sözleşmenin ortadan kalkacağı yönündeki değerlendirmelerin reddi gerekir¹²²⁹. Tasfiye ilişkisine dönüşmek bakımından tarafların birbirine uygun irade beyanlarının bulunmadığı belirtilen görüş, tamamlayıcı hükümlerden kaynaklanan yükümlülüklerde taraf iradelerinin bulunmamasına rağmen bu yükümlülüklerin de sözleşmesel nitelikte olduklarını gözden kaçırmaktadır¹²³⁰.

Sözleşmeden dönme hakkının sözleşmenin içeriğini değiştirdiğine dair görüş, TBK. m. 235/III ve İİK. m. 198 hükmüyle de uyumludur. Nitekim, satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması neticesinde edimin iadesini talep hakkı şahsi niteliktedir¹²³¹. Anılan hükme göre, satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması bakımından, dönme hakkının sözleşmede açıkça saklı tutulması gereklidir. Aynı şekilde, alıcının iflâsı durumunda, ayırma hakkı bulunmamaktadır¹²³². İİK. m. 198 hükmü uyarınca, satılanı iadeyi talep hakkı, kural olarak, iflas masasına karşı para alacağına dönüşmektedir¹²³³.

¹²²⁴ Suter, 107

¹²²⁵ Eren Şerh, 2433; Seliçi, 210; Basler Kom./ Wiegand, 632; Rimle, 159; Leser, 163; Schenker, 263; Muthers, 208; Hellwege, 82; Boels, 66; Suter, 107; Herold, 56; Antalya, 587

¹²²⁶ Schenker, 263

¹²²⁷ Schenker, 263

¹²²⁸ Schenker, 264; Okumuş, Selmani, Müspet Zarar, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2022, 79

¹²²⁹ Schenker, 264

¹²³⁰ Schenker, 264

¹²³¹ Suter, 103; Dorschel, 64

¹²³² Suter, 103

¹²³³ Suter, 103

Borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi talebinde olduğu gibi, sözleşmeden dönme bakımından da borçtan kurtarıcı etkinin doğması yönünden sözleşmenin geçmişe dönük olarak ortadan kalkması gerekmez¹²³⁴. Sözleşmeden dönme ve tazminat hakkı benzer yapıda olmakla beraber, amaçları farklıdır¹²³⁵. Borcun ifa edilmemesinden doğan zarara ilişkin tazminat, muhtemel bir edim konusu olduğu gibi, sözleşmeden dönme de potansiyel tasfiye yükümlülükleriyle sözleşmede bulunmaktadır¹²³⁶.

Sözleşme, geniş anlamda borç ilişkisi olarak, değişebilen hak ve borçlar doğurur¹²³⁷. Tazminat hakkında olduğu gibi, iade hakkı da borçlar hukukuna ilişkin devam eden sözleşme temellidir. Sözleşme, iade hakkını da içinde barındırır¹²³⁸.

SUTER'e göre, TBK. 125/III (OR Art. 109) hükmünde yer alan *sözleşmenin hükümsüz kalması*" ("Dahinfallen des Vertrages") ifadesi sözleşmenin geçmişe dönük sona ermesi bakımından tek başına hukuki dayanak teşkil etmez¹²³⁹. Nitekim, sözleşmenin hükümsüz olması geleceğe dönük olarak da mümkündür. Keza, süreli borç ilişkisinin sözleşmeden dönme neticesinde hükümsüzlüğü ileriye etkilidir¹²⁴⁰. İfa edilmemiş edimler ileriye etkili biçimde ortadan kalkar ve ifa edilenler bakımından da sözleşmesel iade yükümlülükleri meydana gelir¹²⁴¹. Dolayısıyla, *sözleşmenin hükümsüz kalması*" ifadesi, sözleşmenin vaktinden önce sona ermesini kapsamaktadır¹²⁴².

TBK. m. 125/III hükmü ile TBK. m. 35 hükmünde yer alan sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar ibaresi aynı sonuca işaret etmez¹²⁴³. Zira, kanun, aynı

¹²³⁴ Lemp, 53; Leser, 157

¹²³⁵ Leser, 163

¹²³⁶ Leser, 163

¹²³⁷ Leser, 160

¹²³⁸ Basler Kom./ Wiegand, 632; Leser, 160; Hellwege, 82; Suter, 116

¹²³⁹ Suter, 99

¹²⁴⁰ Suter, 99; Seliçi, 210

¹²⁴¹ Suter, 99; Seliçi, 210; Eren Şerh, 2431; Kühne, 100; Nollmann, 17; Herold, 72 vd.; Döhmel, 119; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490; HK-BGB/ Schulze, 582; Petersen, 44; Fikentscher, Heinemann, 322

¹²⁴² Suter, 99

¹²⁴³ Schenker, 263; Suter, 106

kavramı aynı hukuki durumlar yönünden kullanmamıştır¹²⁴⁴. Yukarıda anıldığı üzere, iptal ve sözleşmeden dönme, birbirinden tamamen farklı sebepleri ve hukuki sonuçları olan haktır. Teknik olarak doğru ifade kullanılmamıştır. Nitekim, iptal hakkının kullanılması neticesinde meydana gelen iade talebi sebepsiz zenginleşme talebine ilişkindir¹²⁴⁵. Dönme hakkı bakımından ise baştan itibaren geçerli olan ve irade sakatlığı bulunmayan bir sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kalktığını savunmak yerine, sözleşmenin içerik değiştirerek tasfiye ilişkisi meydana getirdiğinin kabulü gerekir¹²⁴⁶. Keza, kurulmasında irade sakatlığı bulunan bir sözleşmenin, iptal hakkının kullanılması neticesinde, geçmişe etkili biçimde ortadan kalktığını savunmak ikna edicidir¹²⁴⁷. SUTER'e göre, sözleşmenin ortadan kalkması neticesinde, mülkiyetin satıcıya geri dönmesi ve istihkak davası ile talep edilmesine olanak tanınabilir¹²⁴⁸.

3.2.8.4.2. İfa Edilmemiş ve İfa Edilmiş Edimler Üzerine Etkisi

Sözleşmeden dönme neticesinde, ifa edilmemiş borçlar son bulmamakta, iade borçlusuna bu anlamda bir ödemelik def'i hakkı tanınmaktadır. LESER'e göre, sözleşmeden dönmenin ortadan kaldıran etkisi, ileriye dönük olarak, yalnızca ifa edilmemiş edimleri kapsar¹²⁴⁹. Keza, ifa menfaatine bağlı tali haklar da ortadan kalkar¹²⁵⁰. İfa edilmiş edimler ise, sözleşmeden doğan iade borçları hâline gelir¹²⁵¹.

Diğer taraftan, yerine getirilmiş edimler ise hukuki sebepten yoksun hâle gelmemekte, sözleşmenin içerik değiştirmesi nedeniyle iade yükümlülüğü meydana gelmektedir¹²⁵².

Katıldığımız görüş uyarınca, sözleşmeden dönme hakkı değiştirici yenilik doğuran bir haktır¹²⁵³. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile sözleşme, hukuk nezdindeki geçerliliğini ve varlığını korur. Hakkın kullanılması sözleşmeden doğan

¹²⁴⁴ Schenker, 263; Suter, 106

¹²⁴⁵ Suter, 106

¹²⁴⁶ Suter, 107; Seliçi, 210; Einem, 65; Riewert, 37; Herold, 56; Hirsch, 137

¹²⁴⁷ Suter, 107

¹²⁴⁸ Suter, 107

¹²⁴⁹ Leser, 160; Suter, 127; Einem, 65; Schmid, 167

¹²⁵⁰ Einem, 65; SK., 191

¹²⁵¹ Öz, Dönme, 37; Suter, 113; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1494

¹²⁵² Seliçi, 209

¹²⁵³ Eren, Borçlar Genel, 1267; Riewert, 38; Döhmel, 127 vd.; Müko. II/ Ernst, 596; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490; Antalya, 577

borçları değiştirici bir etki doğurur. Bu değiştirici etki neticesinde, borcun kaynaklarından olan sözleşmeden doğan iade yükümlülükleri söz konusu olur. İfa edilmemiş edim yükümlülüklerini ifa yükümlülüğü ortadan kalkar¹²⁵⁴. Bu anlamda olmak üzere taraflar, asli edim yükümlülüklerini ifa yükümlülüğünden kurtulur¹²⁵⁵. Borçtan kurtarıcı etki, sözleşmenin tamamını değil, yalnızca yerine getirilmemiş edim yükümlülüklerini kapsar¹²⁵⁶. Alıcının satılanın zilyetliğini devir talebine dair alacak hakkını devretmesi durumunda, bu hakka da borçtan kurtarıcı etki tesir eder¹²⁵⁷. İfa yükümlülüklerinin ortadan kalkması bakımından, satıcının temerrütte kusuru gerekmez¹²⁵⁸.

SEROZAN'a göre dönme hakkının kullanılması ile yerine getirilmemiş edim yükümlülüklerini ifadan kaçınma bakımından sürekli ve kesin bir def'i hakkı meydana gelir¹²⁵⁹. Dolayısıyla, aynen bir itiraz hakkı gibi, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir. Keza, bu def'i hakkı, ileri sürülmese dahi, kendiliğinden sonuç doğurur¹²⁶⁰. Bunun sebebi, sözleşmeden dönme hakkının dolaysız etkisi değil, kaçınma hakkının sürekli def'i hakkının, itiraza benzer şekilde, kendiliğinden hukuki sonuç doğurmasıdır. Diğer taraftan, def'i hakkının varlığına rağmen, borç ifa edilmiş ise edim geri istenebilir¹²⁶¹. Aksi yöndeki görüşe göre, sözleşmeden dönmede, bozucu etki uyarınca, sözleşmeden vazgeçme anlamı taşınması nedeniyle, ifadan kaçınma bir

¹²⁵⁴ Keller, Schöbi, 277; Seliçi, 209; Sickinger, 135; Leser, 104; Schenker, 257; Rimle, 159; Muthers, 207; Steinbeck, 88; Boels, 64; Suter, 128; Reinicke, Tiedtke, 87; Nollman, 17; Riewert, 84; Herold, 71; PWW. Kom./ Stürner, 646; Erman BGB./ Röthel, 1537; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; Jauernig BGB./ Stadler, 574; MüKo. I/ Gaier, 832; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; SMG Hirse/ Hirse, 94; HK-BGB/ Schulze, 579 vd.; Petersen, 44; Teichmann, 18; Kuhlmann, 223; Hirsch, 135; Fikentscher, Heinemann, 321; Brox, Walker, AG., 170; Brox, Walker, BT., 74; Looschelders, 53; Strupp, 82; Scholz, 202; AK./ Dauner, Lieb, 933; Unholtz, 192; Antalya, 585; Ayan, 225; Kahveci, 151; Erdoğan, 245

¹²⁵⁵ Keller, Schöbi, 277; Muthers, 207; Boels, 64; Suter, 128; Dorschel, 205; Nollmann, 9; Riewert, 42; PWW. Kom./ Stürner, 646; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; MüKo. I/ Gaier, 832; Juristen/ Gsell, 644; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; Fikentscher, Heinemann, 321

¹²⁵⁶ Eren Şerh, 2431; Leser, 172

¹²⁵⁷ Leser, 173

¹²⁵⁸ Schenker, 259; Eren Şerh, 2434

¹²⁵⁹ Serozan, Dönme, 505; Schenker, 257

¹²⁶⁰ Serozan, Dönme, 505; Schenker, 258

¹²⁶¹ Serozan, Dönme, 506

itirazdır¹²⁶². Kanaatimizce, buradaki yerine getirilmemiş edimlerin sona ermesine dair savunma bir itiraz niteliğindedir. Nitekim, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile değiştirici yenilik doğuran hak olmanın bir sonucu olarak yerine getirilmemiş edimler sona ermektedir. Dolayısıyla, hakkın sona erdiği yönündeki savunma itirazdır. Bu nedenledir ki, yargılamada, hâkim tarafından re'sen dikkate alınır.

SEROZAN'a göre, yerine getirilmemiş edimleri ifadan kaçınma bakımından def'i hakkının söz konusu olabilmesi için dönme hakkının varlığı yeterli değildir¹²⁶³. Öncelikle, dönme hakkının hak sahibi tarafından kullanılması gerekmektedir. Bu durum hakkın kullanılmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar.

Alman Hukukunda bir görüşe göre, sözleşmesel dönme hakkında, ifa edilmemiş edimler, önceki BGB. § 349 ve 346 hükmü uyarınca borca aykırılık anında ortadan kalkmamaktadır¹²⁶⁴. Kanuni dönme hakkı bakımından ise, önceki BGB. § 326/I hükmü uyarınca aynen ifanın reddi beyanı neticesinde, kendiliğinden ortadan kalkmaktadır¹²⁶⁵. Keza, süre verilmesine gerek bulunmayan hâller bakımından da bu durum geçerlidir¹²⁶⁶.

TBK. m. 125/III hükmü uyarınca “*Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar... daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler*”. Madde hükmünde, dönme hâlinde edime ilişkin zarar, yarar ve giderlerin nasıl tasfiye edileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Alacak hakları bakımından uygulama alanı bulan borcun doğumu anında muaccel olacağına dair TBK. m. 90 hükmü, dönme neticesindeki tasfiye ilişkisine de uygulanır¹²⁶⁷.

TBK. m. 125/III hükmü çerçevesinde, dönme neticesinde, tarafların iade yükümlülüğü söz olur¹²⁶⁸. Sözleşmeden dönmenin esas etkisi, edimlerin iadesini isteme hakkı

¹²⁶² Ehrat, 107

¹²⁶³ Serozan, Dönme, 507; Schenker, 258

¹²⁶⁴ Kaiser, 69

¹²⁶⁵ Kaiser, 69 vd.

¹²⁶⁶ Kaiser, 71

¹²⁶⁷ Basler Kom./ Leu, 506

¹²⁶⁸ Seliçi, 209; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 967; Serozan, Dönme, 511; Rimle, 158; Becker, 567; Leser, 104; Schenker, 265; Russenberg, 57; Bentum, 3; Harst, 162; Hellwege, 52; Muthers, 207; Boels, 65; Dorschel, 143; Nollmann, 17; Riewert, 42; MüKo. II/ Ernst, 629; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; MüKo. I/ Gaier, 889; Juristen/ Gsell, 644; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; HK-BGB/ Schulze,

sağlama noktasındadır¹²⁶⁹. Sözleşmenin neden olduğu malvarlığı geçişleri, ancak bu sayede denkleştirilebilir. İade hakkının konusu, ekonomik değer olarak, edimin ifa edildiği andaki değeridir¹²⁷⁰. Dolayısıyla, iade hakkı, yalnızca edimin iadesine ilişkin olarak değil, aynı zamanda malvarlığı geçişlerine yönelik denkleştirme olarak görülmelidir¹²⁷¹. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla, iade hakkı ileriye etkili olarak doğar ve edimin ifa edildiği andaki sabitleştirilmiş değerine yönelir¹²⁷². Keza, edimin alıcısı, kural olarak, kendisine ifa edilen edimi kesin olarak malvarlığına dâhil etmek amacıyla kabul eder¹²⁷³.

Katıldığımız görüş uyarınca, sözleşmeden dönme hakkının hukuki mesnedi TBK. m. 125 hükmü olmakla beraber, sözleşme ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüşmesi nedeniyle, tasfiyenin kaynağı ise sözleşmedir. Dönme hakkının kaynağının sözleşme olması nedeniyle, buna ilişkin tasfiyenin de sözleşmeden doğan borçlara ilişkin kurallar çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir¹²⁷⁴. Benzer yöndeki görüşe göre, tasfiye ilişkisi hukuki işlemdir¹²⁷⁵. Edimlerin iadesi bakımından aynı anda ifa kuralı geçerlidir¹²⁷⁶. Hukukumuzda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından

579 vd.; SMG Hirse/ Hirse, 94; Petersen, 44; Hirsch, 135; Brox, Walker, AG., 170; Brox, Walker, BT., 74; Looschelders, 53; Strupp, 100; Scholz, 218; Ayan, 227; Kahveci, 151; Erdoğan, 244; Glass, 109; BK m. 108 ve OR m. 109 hükmünde tek taraflı olarak alacaklının verdiği iade alabileceği yönündeki yanıltıcı ifade yerine TBK m. 125 hükmünde tarafların karşılıklı olarak verdiklerini iade alabilecekleri hükmüne bağlanmıştır.; İstanbul BAM. 12. HD. 18.11.2021 T., 2021/1700 E., 2021/1693 K.: “*Bu durumda teslim için taahhüt edilen süre yaklaşık 4 ay aşılmış olmakla, davalı satıcı temerrüde düşmüş olup, davacı alıcı da seçimlik hakkını sözleşmeden dönme yönünde kullanmıştır. Bu nedenle davacının peşin ödediği avans bedelini isteyebileceğinin kabulü ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur*”

¹²⁶⁹ Leser, 167; Palandt BGB./ Grüneberg, 578

¹²⁷⁰ Leser, 168

¹²⁷¹ Leser, 168; MüKo. I/ Gaier, 861

¹²⁷² Leser, 169; Hellwege, 94

¹²⁷³ Leser, 168; Palandt BGB./ Grüneberg, 582

¹²⁷⁴ Seliçi, 209; Serozan, Dönme, 511; Suter, 128

¹²⁷⁵ Dorschel, 191

¹²⁷⁶ Bentum, 34; Tunçomağ, Genel Hükümler, 951; Seliçi, 209; Honsell, 78; Schenker, 265; Ehrat, 183; Kaiser, 8; Muthers, 208; Boels, 66; Suter, 66; Reinicke, Tiedtke, 88; Rünz, 153; Dorschel, 24; Bucher, 378; Döhmel, 124; Kaiser, 113; KaufKo./ Weitnauer, 508; PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman BGB./ Röthel, 1551; Jauernig BGB./ Stadler, 581; MüKo. I/ Gaier, 833; Oetker HGB./ R. Koch, 1719; Amstutz

TBK. m. 97 hükmü çerçevesinde aynı anda ifa kuralı geçerlidir. Aynı şekilde, TBK. m. 207/II hükmü de aynı anda ifa kuralını düzenlemektedir. Bu çerçevede, iade ilişkisine de TBK. m. 97 ve TBK. m. 207/II hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür. BGB. § 348'de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Bu anlamda olmak üzere, edimlerin iadesi bakımından ödemezlik def'i öne sürülebilir¹²⁷⁷. Bir görüşe göre, tasfiye ilişkisi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değildir¹²⁷⁸. Bu nedenle, sözleşmelere ilişkin kurallar kıyasen uygulanamaz. Keza, edimlerin birbirine sinallagmatik olarak bağlı olmaması nedeniyle, kendiliğinden birbirinden mahsup edilmez: Genel hükümlere göre mahsup edilmesi mümkündür¹²⁷⁹. İade konusu edimler birbirinin karşılığını teşkil etmemekte, kanun hükmü uyarınca iade edilmektedir¹²⁸⁰.

SEROZAN'a göre, dönme neticesinde meydana gelen tasfiye ilişkisi tek tip sorumluluk hükümleri ile çözülmemelidir¹²⁸¹. Somut olayın koşulları çerçevesinde, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, haksız zilyedin sorumluluğu, taksitle satıma ilişkin düzenlemeler, satış sözleşmesinde ayıp neticesinde sözleşmeden dönmeye ilişkin düzenlemeler uygulanabilmelidir. Ve hatta, tasfiye ilişkisinin çözülmesinde, tasfiyeye dair yükümlülükler ayrı hukuk kuralları uygulanabilir.

SEROZAN'a göre, sözleşmeye kusurlu olarak aykırı davranan kişinin edim ile ilgili dar anlamda zarardan sorumluluğu dönme sebebi olan sözleşmeye aykırılık anından başlar¹²⁸². Dönme sebebinin öğrenilmesi öncesinde, bir görüşe göre, kişinin kendisine karşı kusuru prensibi uygulanır¹²⁸³. Dönme sebebinin öğrenilmesi anında, dönme hakkının kullanılması arasında alıcının özensizliği nedeniyle iade konusu edimde meydana gelen zararlar bakımından, kişinin kendisine karşı kusuru (Verschulden

Komm./ Furrer, Wey, 1491; Hirsch, 138; Fikentscher, Heinemann, 325; Esser, Schmidt, AG., 314; Brox, Walker, BT., 80; Antalya, 586; Şahiniz, 155

¹²⁷⁷ Buz, Dönme, 233; Şahiniz, 155

¹²⁷⁸ PWW. Kom./ Stürner, 650; Erman BGB./ Röthel, 1551; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; MüKo. I/ Gaier, 861; HK-BGB/ Schulze, 586

¹²⁷⁹ Erman BGB./ Röthel, 1551; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; MüKo. I/ Gaier, 890

¹²⁸⁰ MüKo. I/ Gaier, 889

¹²⁸¹ Serozan, Dönme, 533

¹²⁸² Serozan, Dönme, 535

¹²⁸³ Herold, 124; Fikentscher, Heinemann, 328

gegen sich selbst) değil, gerçek anlamda kusur söz konusu olur¹²⁸⁴. Kişinin kendisine karşı kusuru, hukukumuz bakımından, zarar görenin kusuru teşkil eder. Zarar görenin kusuru, zarar görenin kendi çıkarı gereği yapması gerektiği şeyi yapmaktan kaçınmasıdır. Keza, bu durumda, hukuka aykırılık unsuru eksiktir¹²⁸⁵. Sözleşmeye kusuru olmaksızın aykırı davranan satıcının sorumluluğunda ise, sözleşmeden dönme nedeninin öğrenildiği an ya da dönme beyanının ulaşma anı esas alınır. Yararlardan sorumluluk ise edimi ele geçirme anından başlar¹²⁸⁶. Keza, borçlu edime yapmış olduğu masrafları da bu tarihten başlamak üzere talep edebilir. Beklenmedik hâlden sorumlulukta ise, iade borcuna ilişkin sorumluluk başlangıcında temerrüt anı esas alınır¹²⁸⁷. Dönme beyanı öncesinde malik sıfatıyla hareket eden tarafın edime ilişkin özen yükümlülüğünden bahsedilemez¹²⁸⁸. Bu yükümlülük, dönme beyanının öğrenilmesi ile başlar.

Satıcının sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle, sözleşmeden dönen alıcı, sözleşmeden dönme sebebini öğrendiği ana kadar iyi niyetli sebepsiz zenginleşen, bu andan itibaren ise kötü niyetli sebepsiz zenginleşen ya da haksız zilyedin sorumluluğu ya da somut olayın koşullarına göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre tasfiyeye tabi olur¹²⁸⁹. Esasen bu ayrım, satıcının zilyetliğin devir borcunu kısmen ifası durumunda gerçekleşen temerrüt hâlinde, alıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, zilyetliği devredilen kısmın satıcıya iadesi bakımından önem arz eder. Zira, para borcunun iadesi bakımından iyi niyet- kötü niyet ayrımının pratik bir karşılığı yoktur.

SEROZAN'a göre, sözleşme, sözleşme ilişkisinin, ifa engelinin ve edimin niteliğine göre, kanunda öngörülen tasfiye hükümlerinden seçilerek tasfiye edilir¹²⁹⁰. Tüm zarar, yarar ve harcamaların aynı tasfiye hükümlerine göre giderilmesi şart değildir. Birden fazla ve farklı tasfiye hükmü somut olaya uygulanabilir. Bu anlamda olmak üzere,

¹²⁸⁴ Glass, 44, dn. 83; Dorschel, 164; Sickinger, 227

¹²⁸⁵ Dorschel, 171

¹²⁸⁶ Serozan, Dönme, 535

¹²⁸⁷ Serozan, Dönme, 536

¹²⁸⁸ Kaiser, 267; PWW. Kom./ Stürner, 648; Jauernig BGB./ Stadler, 580; Linke, Bernd, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, Baden, 2007, 58

¹²⁸⁹ Serozan, Dönme, 536

¹²⁹⁰ Serozan, Dönme, 536

edimin iadesinde tabi olunan zamanaşımı süresi konusunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle on yıllık zamanaşımı süresine dair kural uygulanır. İade konusu edimin yararı konusunda da sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanır. LESER'e göre, sözleşmeye ilişkin hükümler, kayıtsız şartsız değil, tasfiye ilişkisinin özelliği gözetilerek uygulanmalıdır¹²⁹¹.

Sözleşmeden dönme neticesinde, aynı etki meydana gelmez¹²⁹². Dolayısıyla, hakkın kullanılmasından, örneğin, teslim edilmiş mal üzerindeki mülkiyet hakkı etkilenmez.

ULUSAN'a göre, sözleşmesel dönme hakkında, hakkın tarafların anlaşmasına dayanması nedeniyle, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanamaz¹²⁹³. Dolayısıyla sözleşme, sözleşmeden doğan borcun ifasına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde tasfiye edilir.

Tasfiye ilişkisinde taraflar, TBK. m. 114/I hükmü uyarınca, her türlü kusurdan sorumludur¹²⁹⁴. DORSCHER'e göre, teknik anlamda kusur, önceki BGB. § 276 uyarınca, olağan iş ilişkisindeki kullanıma göre belirlenir¹²⁹⁵.

3.2.8.4.3. İade Talebinin Tabi Olacağı Zamanaşımı

Dönüşüm teorisi çerçevesinde, sözleşmeden dönme üzerine doğan iade talepleri bakımından TBK. m. 146 hükmü uyarınca genel zamanaşımı süresine uygulanır¹²⁹⁶. İade borcunun kapsamı da TBK. m. 112 vd. hükümlerine tabidir.

Bu görüşe göre, dönme neticesindeki iade borcu sözleşmeden doğan bir borçtur¹²⁹⁷. Dolayısıyla, tasfiyenin TBK. m. 112 vd. hükümlerine göre yapılması gerekir¹²⁹⁸. Keza,

¹²⁹¹ Leser, 178

¹²⁹² Saenger, 39; Hoffmann, 58; Muthers, 47; Suter, 113; Einem, 53; Kaiser, 457; Erman BGB./ Röthel, 1537

¹²⁹³ Ulsan, 75

¹²⁹⁴ Leser, 176: Yazar bu sonuca, aynı zamanda, önceki BGB. § 347'nin önceki BGB § 989'a olan atfı uyarınca, m. 989 hükmünde yer alan haksız zilyedin, malike karşı, eşya üzerindeki her türlü kusurlu değişiklikten sorumlu olmasından varmaktadır.

¹²⁹⁵ Dorschel, 170

¹²⁹⁶ Basler Kom./ Wiegand, 632; Suter, 96; Glass, 34; 5; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1494

¹²⁹⁷ Seliçi, 210; Öz, Dönme, 228; Suter, 113; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; Bergmann-Weidenbach, Knud, Die Risikoverteilung bei der Rückabwicklung von Leistungen nach Rücktrittsrecht, Hannover, 1976, 162; Antalya, 587

¹²⁹⁸ Suter, 116; Antalya, 587

sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunan görüşün aksine olarak, mevcut olmayan bir sözleşmenin ihlâlinden söz edilemez¹²⁹⁹. Nitekim, anılan hüküm, ispat yönünden, haksız fiil hükümleri karşısında, iade alacaklısının menfaatinedir¹³⁰⁰. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, yalnızca edimin iadesi, taraf menfaatlerini yeterli biçimde korumaz. Bu anlamda olmak üzere, olumsuz zarar talebi alacaklının menfaatinin korunması bakımından aynı zamanda gereklidir¹³⁰¹. Keza, ödemezlik def'ine dair TBK. m. 97, borçların ifasına dair m. 83 hükmü de uygulama alanı bulur¹³⁰². Bu anlamda olmak üzere, iade borcuna TBK. m. 146'daki genel zamanaşımı süresi uygulanır¹³⁰³. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kısa süreli zamanaşımı düzenlemesinin aksine, genel zamanaşımının uygulanmasının kabulü, iade alacaklısı lehinedir.

3.2.8.5. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Sözleşmeden dönme hakkı borç ilişkisine tek taraflı olarak etki edebilme imkânı tanımaktadır. Ancak bu etki neticesinde, sözleşme geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırmamaktadır. Doktrinde ifade edildiği üzere, sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Sözleşme varlığını korumakla beraber içerik değiştirmektedir. Kanuni bir borç ilişkisi değil, sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi söz konusudur. Bu tasfiye, TBK. m. 125 hükmü uyarınca gerçekleşmektedir.

Sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesiyle, sözleşmenin ifa ve edimlerin birbiriyle değiştirilmesindeki amacı, edimlerin tasfiyesi ve mevcut ise olumsuz zararın giderilmesine dönüşmektedir. Tasfiye ilişkisine dönüşme bakımından, tarafların birbirine uygun irade beyanlarının aranmasına gerek bulunmamaktadır. Zira, sözleşmeden kaynaklanan tali yükümlülüklerde birbirine uygun taraf iradelerinin varlığı aranmamaktadır.

TBK. m. 125 hükmü, “*Borç İlişkisinin Hükümleri*” başlıklı ikinci bölümün, “Borçların İfa Edilmemesinin sonuçları başlıklı ikinci ayırımında yer almaktadır. Kanunun üçüncü bölümü ise “*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*” başlığını içermektedir. Sözleşmeden dönme hakkının üçüncü bölümde

¹²⁹⁹ Suter, 126; Seliçi, 210

¹³⁰⁰ Suter, 116, dn. 680

¹³⁰¹ Suter, 124

¹³⁰² Basler Kom./ Wiegand, 632; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹³⁰³ Basler Kom./ Wiegand, 632; Öz, Dönme, 228; Suter, 116 vd.

düzenlenmemesi de sistematik bakımından, borç ilişkisinin ortadan kalkmadığına dair önemli bir yorum teşkil eder.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması üzerine ifa edilmemiş edim yükümlülükleri ortadan kalkmaktadır. Nitekim, TBK. m. 125 sözleşmenin taraflarının ifa edilmemiş edim yükümlülüklerinden kurtulacağını hükme bağlamıştır.

İfa edilmiş edimler ise sözleşmenin ortadan kalkmaması nedeniyle hukuki sebepten yoksun hâle gelmiş değildir. Dönüşüm teorisi çerçevesinde, sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi nedeniyle, TBK. m. 125 hükmünde yer aldığı üzere, ifa edilen edimler bakımından edim iadesini isteme hakkı meydana gelir. Bu aynı zamanda, dönme hakkının değiştirici yenilik doğuran bir hak olmasının sonucudur.

Tasfiyenin dayanağının sözleşme olması nedeniyle, borç ilişkisinin sözleşmeden doğan borçlara dair hükümler çerçevesinde tasfiye edilmesi gerekir. Bu doğrultuda, TBK. m. 112 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Edimlerin iadesi bakımından aynı anda ifa kuralı uygulanmalıdır. Keza, tasfiye ilişkisinde kusur ölçütü bakımından da TBK. m. 114/I uygulanmaktadır: İade borçlusu, her türlü kusurundan sorumludur. Tasfiye ilişkisinde kusuru bulunmadığını iddia eden taraf, TBK. m. 112 uyarınca kusursuzluğunu ispat etmelidir.

Tasfiyeye sözleşmeden doğan borçlara dair hükümlerin uygulanmasının kabulü sonucunda, iade borcuna TBK. m. 146'da yer alan on yıllık zamanaşımı uygulanır. Ancak, yararlar ve masrafların iadesi bakımından kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır.

Klasik dönme görüşünde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından bahisle edimlerin iadesi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Sebepsiz zenginleşme hükümleri sözleşme ilişkisinin tasfiyesi bakımından amaca hizmet etmemektedir. Zira, borç ilişkisinin gereği gibi tasfiyesi ve bu anlamda sözleşme öncesi durumunda tesis edilmesinde sebepsiz zenginleşme hükümleri yetersiz kalmaktadır. Edimin iadesinde zenginleşmenin ortadan kalktığı savunması borç ilişkisinin tasfiyesine engel teşkil etmektedir. Bu engelin, edimin iadesinin tazminat borcu kapsamında talep edilmesi ile aşılabileceği düşünülse de ifa edilen edim olumsuz zarar teşkil etmemektedir. Zira, ifa edilmiş edim olumsuz zarar kapsamında değil, TBK. m. 125 uyarınca iade edilmektedir.

TBK. m. 125 hükmünden sözleşmeden dönme neticesinde kanuni bir borç ilişkisi meydana geldiği sonucuna da varılamaz. Zira, kanuni bir borç ilişkisinin doğabilmesi bakımından buna dair açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir. Oysaki anılan hüküm, borç ilişkisinin tasfiye edilmesine dair bir düzenleme içermektedir.

Dönme hakkının kullanılması aynı işleme etki etmemektedir. Hakkın kullanılması neticesinde borçlandırııcı işlem, tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Dolayısıyla, satıcının borcunu kısmen ifası durumunda mülkiyet alıcıya hukuken geçerli biçimde intikâl eder. Bu doğrultuda, ifa edilmiş edimin iadesini talep bakımından şahsi bir hak mevcut olur. Açıklanan sebeplerle, dönüşüm teorisine katılmaktayız.

3.2.9. Dönme Sonrası Tasfiye İlişkisi

3.2.9.1. İade Borcunun İfası, İfa Yeri ve İade Borcunda Temerrüt

3.2.9.1.1. İade Borcunun İfası

Satıcının mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliğin devri borcunda kısmi temerrüde düşmesi durumunda, taraflar sözleşmede kısmi dönme imkânını ortadan kaldırmış ya da kısmen dönmesi kendisinden beklenemez ise alıcı, sözleşmenin tamamından dönebilir. Bu durumda alıcı, aynı zamanda iade yükümlüsü olarak sorumlu olur.

İfa edilen edim, kural olarak, aynen iade edilmelidir¹³⁰⁴. Edim, mümkün olan en iyi formda iade edilmelidir¹³⁰⁵. İade borcu, parça borcu teşkil eder¹³⁰⁶. İfa yerine edim olarak iade edilemez¹³⁰⁷. İnceleme konumuz bakımından, satıcının kısmi temerrüdü hâlinde, alıcının iade borcu mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliğin devri ile ifa edilir¹³⁰⁸. İfa yerine edim söz konusu ise, dönme hâlinde, “ifa yerine edim” iade

¹³⁰⁴ Becker, 567; Basler Kom./ Wiegand, 632; Nazikoğlu, 681; Eren Şerh, 2434; Schenker, 266; Rimle, 159; Suter, 127; Kaiser, 8; Reinicke, Tiedtke, 88; Schmidt, Rolf, 111; Dorschel, 192; Riewert, 92; Herold, 72; Erman BGB./ Röthel, 1540; Palandt BGB./ Grüneberg, 580; Jauernig BGB./ Stadler, 576; MüKo. I/ Gaier, 852; Juristen/ Gsell, 644; Gauch AT., 234; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; SMG Hirse/ Hirse, 95; Teichmann, 46; Brox, Walker, AG., 171; Antalya, 587

¹³⁰⁵ Reinicke, Tiedtke, 95

¹³⁰⁶ Kaiser, 113; Erman BGB./ Röthel, 1540; MüKo. I/ Gaier, 852; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹³⁰⁷ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹³⁰⁸ Erman BGB./ Röthel, 1540

edilir¹³⁰⁹. Keza, ifa uğruna edim bakımından da aynı durum söz konusudur¹³¹⁰. Peşin satış iskontosu, elde edilmemiş olması nedeniyle, iade kapsamında değildir¹³¹¹.

İfa edilen edimin iadesini talep sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir alacak değildir¹³¹². Nitekim, sözleşme hâlen mevcuttur ve etkileri devam etmektedir¹³¹³. Sözleşmeden dönme ile sözleşmenin esasını teşkil eden “causa” ortadan kalkmaz¹³¹⁴. Borçlandırııcı işlem niteliğindeki geri verme yükümlülüklerine yönelir. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler, tarafları eşit olarak ele almamaktadır¹³¹⁵. Sözleşmenin ortadan kalkmaması nedeniyle, iyi niyetli haksız zilyetliğe ilişkin hükümler de uygulanmaz¹³¹⁶. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinde yer alan zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasındaki ve benzer biçimde iyi niyetli haksız zilyet bakımından tanınan ayrıcalık hükümleri nedeniyle sözleşmeden dönme neticesinde tasfiye durumuna uymamaktadır¹³¹⁷. Keza, para borcu da istihkak ile değil sebepsiz zenginleşme kapsamında iade edilir¹³¹⁸. Kendi edimini sebepsiz zenginleşme kapsamında iade alan kişinin, zenginleşmenin ortadan kalktığına dair hükme başvurması sinallagmayı boşa çıkarır¹³¹⁹. Ancak, sebepsiz zenginleşme ve istihkak davası birbirine tamamen zıt ve aynı olayda uygulanamayan kavramlar değildir¹³²⁰. HONSELL’e göre, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasını sınırlamak bakımından de lege feranda bir öneri olarak, satıcının istihkak iddiası durumunda, alıcı bedel üzerindeki hakkına dayanarak satılarda hapis hakkını kullanabilir¹³²¹. Aynı

¹³⁰⁹ Erman BGB./ Röthel, 1540; MüKo. I/ Gaier, 852

¹³¹⁰ Erman BGB./ Röthel, 1540

¹³¹¹ Erman BGB./ Röthel, 1540; Palandt BGB./ Grüneberg, 580

¹³¹² Schenker, 273; Erman BGB./ Röthel, 1537

¹³¹³ Basler Kom./ Wiegand, 632; Schenker, 273

¹³¹⁴ Basler Kom./ Wiegand, 632; Schenker, 273; BGB./ Röthel, 1537

¹³¹⁵ Schenker, 273

¹³¹⁶ Basler Kom./ Wiegand, 632

¹³¹⁷ Honsell, 35; Bucher, 377

¹³¹⁸ Honsell, 35

¹³¹⁹ Honsell, 35

¹³²⁰ Honsell, 35

¹³²¹ Honsell, 35

sonuca, de lege lata olarak, TMK. m. 2 çerçevesinde hakkın kullanılmasının sınırlanmasıyla erişilebilir¹³²².

Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, temerrüt borçlusu satıcı en geç, kendi ifasından şüphe duyduğu andan itibaren ya da kendi edimini ifa etmediği an, iade yükümlülüğünü hesaba katmalıdır¹³²³. Temerrüt alacaklısı da hakkın varlığına güvenerek edimi derhâl tüketip kullanarak zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasını öne sürebilir¹³²⁴. Bu tarz ölçütler, satıcının temerrüde düşmekte kusursuz olması durumunda haksız sonuçlara neden olur¹³²⁵. Keza, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, tarafların edim yükümlülüklerinden kurtulmaları bakımından eşit olarak ele alınmaları nedeniyle, iade yükümlülükleri bakımından da aynı eşitlik sağlanmalıdır¹³²⁶. Nitekim, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca, iade borçlusu elinde kalanı iade ile yükümlü iken, TBK. m. 125/III “*daha önce ifa ettikleri edimleri*” geri isteyebileceklerini hükme bağlamıştır¹³²⁷. Dolayısıyla, temerrüt alacaklısı, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması durumunda, yalnızca temerrüt borçlusunun elinde kalanı talep edebilir. Bu takdirde, geri kalan kısım bakımından TBK. m. 125 hükmü de uygulanamaz¹³²⁸. Keza, temerrüt borçlusu TBK. m. 125/III, c. 2 uyarınca, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir¹³²⁹. TBK. m. 125/III, c. 1’de yer alan iade yükümlülüğü ile TBK. m. 125/III, c. 2’de yer alan tazminat yükümlülüğü birbirinden farklıdır¹³³⁰.

Önceki BGB. § 320 hükmünde öngörülen ödemezlik defî edimler arasındaki sinallagmanın göstergesidir¹³³¹. Keza, önceki BGB. § 323 hükmü uyarınca imkânsızlık hâlinde, edimler arasındaki sinallagmanın “ihlâl edilmiş” borç ilişkisinde de devam ettiğini öngören hüküm mevcuttur. DORSCHER’e göre, dönme hakkının kullanılması

¹³²² Honsell, 35

¹³²³ Becker, 567; Schenker, 273

¹³²⁴ Schenker, 273

¹³²⁵ Schenker, 273; Dorschel, 37; Bucher, 377

¹³²⁶ Schenker, 273 vd.

¹³²⁷ Schenker, 274; Leser, 111

¹³²⁸ Schenker, 274

¹³²⁹ Schenker, 274; Bucher, 346

¹³³⁰ Schenker, 274

¹³³¹ Dorschel, 178

neticesinde sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle sinallagmanın temeli eksiktir¹³³². Önceki BGB. § 348 atfı uyarınca önceki BGB. § 320 ve 322 hükmü dikkate alınarak dönme hakkının kullanılması neticesinde sinallagmanın mevcut olduğu söylenebilir¹³³³. Keza, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması üzerine edimlerin iadesini öngören önceki BGB. § 346 hükmünden de sinallagmanın mevcut olduğu görülmektedir¹³³⁴.

Temerrüt borçlusu satıcı edimini kısmen dahi ifa etmemişse, onun yönünden iade talebi söz konusu olmaması ve mübadele ilişkisi nedeniyle, TBK. m. 97 hükmü uyarınca ödemezlik def'i uygulanmaz¹³³⁵. Temerrüt borçlusu satıcının kısmen ifası hâlinde ödemezlik def'inin uygulanması olanaklıdır¹³³⁶. Kısmi ifanın tespitinde, sözleşmenin amacı ve taraf menfaatlerinden hareket edilir¹³³⁷. TBK. m. 84 hükmü uyarınca *“borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir”*. TBK. m. 84 hükmü, ifa edilen kısmın, tek bir hakkın parçası olmaması hâlinde uygulanmaz¹³³⁸: Örneğin; art arda teslimli satış sözleşmesi. Bu takdirde, edimlerin birbirine denk olmaması anılan hükmün uygulanmasına engel değildir. Satıcının kendisine ifa edilen edimin tamamını, alıcıya ifa ettiği kısmi edimin iade edilmemesi hâlinde, ödemezlik def'i öne sürerek iadede kaçınabilir. Ancak, iade borçlarının değeri arasında fazlaca fark bulunması durumunda iade borçlusu, ödemezlik def'i uyarınca iadede kaçınamaz.

İade konusu edimin, başkaca bir şey ile birleştirilmesi ya da biçiminin değiştirilmesi durumunda, sebepsiz zenginleşenin giderlerini isteme hakkını içeren TBK. m. 80 hükmüne kıyasen, alıcının ayırma hakkı bulunmaktadır. Alman Hukuku'nda da iade borçlusunun, BGB. § 346/II, b. 2 uyarınca, ayırma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir¹³³⁹. Ancak, bununla yükümlü değildir.

¹³³² Dorschel, 178

¹³³³ Dorschel, 184 vd.

¹³³⁴ Dorschel, 186

¹³³⁵ Schenker, 265; Ehrat, 183

¹³³⁶ Leser, 210; Schenker, 265; Bucher, 309

¹³³⁷ Eren Şerh, 1961; Basler Kom./ Leu, 493

¹³³⁸ Basler Kom./ Leu, 493

¹³³⁹ Erman BGB./ Röthel, 1540

Geri verme yükümlülüğü, geri gönderme, iade konusunun teminatları, plan, lisans ve belgeleriyle iade edilmesini kapsar¹³⁴⁰.

3.2.9.1.2. İade Borcunu İfa Yeri

Dönme hakkı muhatabı, iade konusunu, sözleşmenin akdedilmesi anında bulunduğu yerde iade etmelidir¹³⁴¹. Bu yerde iade edilmesinin, ekonomik bakımdan bir anlamı yok ise, dönme hakkı sahibinin yerleşim yerinde iade edilebilir¹³⁴². Bedel ödeme borcunun, para borcu olarak götürülecek borç teşkil etmesi nedeniyle, OR. Art. 74/II hükmü uyarınca, alacaklının sözleşmenin ifası anındaki yerleşim yerinde iadesi gerekir¹³⁴³. Sözleşmenin tasfiyesine dair hakların teslimi bakımından da bu hüküm esas alınır¹³⁴⁴.

Taraflar, irade özgürlüğü kapsamında olarak, dönme hakkının kullanılması neticesinde, edimin nerede iade edileceğini kararlaştırabilir¹³⁴⁵. Satıcının kısmi temerrüdü hâlinde satılanı iade borcu, borçlunun, diğer deyişle, dönme hakkı sahibinin yerleşim yerinde ifa edilir¹³⁴⁶. Bir görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı ile sözleşmenin imzası sonrasında ancak edimlerin mübadelesi öncesi durumun tesisinin amaçlanması nedeniyle, BGB. § 269/I hükmü uyarınca “borç ilişkisinin mahiyeti” gereği dönme alacaklısının yerleşim yeri esas alınmalıdır¹³⁴⁷. Dönme hakkı sahibine, bu anlamda olmak üzere, gönderme masrafı yükletilemez¹³⁴⁸. Durumu ayıp nedeniyle dönme hakkı bakımından değerlendiren DÖHMELE’ye göre, para borcunun iadesi masrafını da sözleşmeye aykırı davranan dönme hakkı muhatabı karşılamalıdır¹³⁴⁹. Yazar’a göre, sözleşmesel dönme hakkı bakımından, edim, sözleşme uyarınca

¹³⁴⁰ Boels, 211

¹³⁴¹ Sonnentag, Michael, Das Rückgewährschuldverhältnis, Tübingen, 2016, 187; Honsell, 79

¹³⁴² Sonnentag, 187

¹³⁴³ Basler Kom./ Leu, 504; Sonnentag, 188

¹³⁴⁴ Sonnentag, 188

¹³⁴⁵ Döhmle, 118; Kaiser, 425; Erman BGB./ Röthel, 1541; MüKo. I/ Gaier, 861

¹³⁴⁶ Döhmle, 107; Sözleşmesel dönme hakkı bakımından aynı yönde görüş için bkz. Erman BGB./ Röthel, 1541

¹³⁴⁷ Erman BGB./ Röthel, 1541

¹³⁴⁸ Döhmle, Doris, Der Leistungsort bei Rückabwicklung von Verträgen, Mainz, 1996, 107

¹³⁴⁹ Döhmle, 112; Erman BGB./ Röthel, 1541

bulunduğu yerde iade edilmelidir¹³⁵⁰. Keza, kanuni dönme hakkında da aynı kural geçerli olmalıdır¹³⁵¹. İade konusu edimin, sözleşmenin amacına göre somut olarak bulunduğu yer sözleşmeye uygun olarak bulunduğu yerdir¹³⁵². Ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı bakımından değerlendirme yapan bir görüşe göre, OR. Art. 74/II (TBK. m. 89/I, b. 2) hükmüne kıyasen, sözleşmenin akdedilmesi anındaki yerde iade edilmelidir¹³⁵³. Başka bir görüşe göre, edim, dönme hakkının kullanıldığı anda edimin bulunduğu yerde iade edilmelidir¹³⁵⁴. Bir görüşe göre, para borcunun iade yeri iade alacaklısının yerleşim yeridir¹³⁵⁵.

Kanaatimizce, kısmen ifa edilen satılanı iade borcu parça borcu teşkil eder. TBK. m. 89/I, b. 2 hükmü uyarınca, satılan tarafından kısmen ifa edilen edim “*sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde*” iade edilmelidir. Ancak, aynen iadenin imkânsızlaşması durumunda, iade borcunun para borcu teşkil etmesi nedeniyle, TBK. m. 89/I, b. 1 hükmü uygulanır. Alıcının ifa etmiş olduğu bedel ödeme borcu ise TBK. m. 89/I, b. 1 hükmü uyarınca “*alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde*” iade edilir.

Diğer taraftan, iade konusu edim sözleşmenin karşı tarafına iade edilir¹³⁵⁶. Edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmiş olması durumunda da aynı sonuç geçerlidir¹³⁵⁷.

3.2.9.1.3. İade Borcunu İfada Temerrüt

EHRAT’a göre, sözleşmeden dönme neticesinde sözleşmesel temelin ortadan kalkmasına rağmen, iade yükümlülüğü bakımından ayrı bir temerrüt durumu söz konusu olabilir¹³⁵⁸. Yazara göre bu durumda, TBK. m. 117 hükmü kıyasen

¹³⁵⁰ Döhmel, 124; Jauernig BGB./ Stadler, 301; MüKo. I/ Gaier, 861; Fikentscher, Heinemann, 326; Palandt/ Grüneberg, 355: Yazara göre, BGB. § 437/II ve 440 uyarınca uygulanır.

¹³⁵¹ Döhmel, 135 vd.; HK-BGB/ Schulze, 344; MüKo./ Krüger, 751; Erman BGB./ Röthel, 1541; MüKo. I/ Gaier, 861; Kaiser, 424: Yazar gerekçe olarak, sözleşmeye aykırı davranan dönme hakkı muhatabının dönmenin külfetini çekmesi gerektiğini göstermiştir.

¹³⁵² Kaiser, 424; PWW. Kom./ Stürner, 646

¹³⁵³ Guhl, 239

¹³⁵⁴ Şahiniz, 156

¹³⁵⁵ Buz, Dönme, 234; Öz, Dönme, 256; Şahiniz, 155

¹³⁵⁶ MüKo. I/ Gaier, 861

¹³⁵⁷ MüKo. I/ Gaier, 861

¹³⁵⁸ Ehrat, 183

uygulanır¹³⁵⁹. Kanaatimizce, TBK. m. 117 hükmü, genel olarak temerrüdü düzenlemesi nedeniyle, kıyasen değil, doğrudan uygulanır. Özellikle, sözleşmeden dönme hakkı muhatabının temerrüdünde, dönme hakkı sahibi, TBK. m. 125/III hükmü uyarınca, sözleşmeden dönmeden dönerek sözleşmeyi yeniden canlandırabilir¹³⁶⁰. Sözleşmeden dönmeden dönmeyi, geri alınmazlık teorisi çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Satıcının menfaatinin korunması bakımından, yukarıda anılan geri alınmazlık teorisine tanınan istinalar kapsamında olarak buna olanak tanınabilir.

Hukukumuz bakımından, iade borcunda temerrüt hâlinde, TBK. m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması mümkündür. Satıcının mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliğin devri borcunda kısmi temerrüde düşmesi durumunda, taraflar sözleşmede kısmi dönme imkânını ortadan kaldırmış ise ya da kısmen dönmesi alıcıdan beklenemez ise alıcı, sözleşmenin tamamından dönebilir. İşte bu durumda iade alacaklısı sıfatıyla hareket eden satıcı, iade borcunda temerrüt durumunda, aynen iade yerine tazminat talep edebilir¹³⁶¹. Alman Hukuku bakımından, BGB. § 346 hükmüne kıyasen, iade borcunda temerrüt hâlinde tazminat talep edilebilir¹³⁶². Bu takdirde iade borçlusuna süre verilmesi ve bu süre içerisinde iadenin gerçekleşmemesi gerekir¹³⁶³. Alman Hukukundaki bir görüşe göre, BGB. § 323 uyarınca, sözleşmeden dönmeden dönülemez: BGB. § 346 ve 347 hükümleri uygulanır¹³⁶⁴.

Alman Hukuku'nda, iade yükümlülüğüne aykırılık hâlinde, kusurdan bağımsız olarak, BGB. § 346/II, c. 1, bent 2 ve 3, III fıkra hükmü ya da 4. Fıkra hükmünde yer alan tazminat sorumluluğu uygulanır¹³⁶⁵. Buna göre, satılanın tüketilmesi, işlenmesi, devredilmesi, bir hak ile sınırlandırılması ve biçiminin değiştirilmesi durumunda ikâme değer sorumluluğu söz konusu olur¹³⁶⁶. Dönme hakkına dair bilgisinin olmasına

¹³⁵⁹ Ehrat, 183; Sonnentag, 117

¹³⁶⁰ Ehrat, 183

¹³⁶¹ Sonnentag, 117

¹³⁶² Sonnentag, 117; Reinicke, Tiedtke, 94

¹³⁶³ Sonnentag, 118

¹³⁶⁴ Erman BGB./ Röthel, 1551; MüKo. I/ Gaier, 890

¹³⁶⁵ Reinicke, Tiedtke, 90; Palandt BGB./ Grüneberg, 581

¹³⁶⁶ Reinicke, Tiedtke, 90; Riewert, 263; Herold, 175; Gothe, 148; Coen, 201; PWW. Kom./ Stürner, 646; Erman BGB./ Röthel, 1542; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; MüKo. I/ Gaier, 864; Hirsch, 139; Fikentscher, Heinemann, 326

rağmen biçimin değiştirilmesi durumunda, tazminat sorumluluğu gündeme gelir¹³⁶⁷. Kanuni dönme hakkı muhatabı, dönme hakkının kullanılacağından kendisi bakımından öngörülebilir olması anından itibaren edimin kötüleşmesi ya da yok olmasında kusurlu bulunması hâlinde genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu gündeme gelir¹³⁶⁸.

Tüketme, kullanma sonucu meydana gelen değer kaybı değil, eşyanın maddesel olarak ortadan kalkmasıdır¹³⁶⁹. Onarım, biçim değiştirme olarak değerlendirilemez¹³⁷⁰. Devretme ise borçlandırıcı işlemi değil, tasarruf işlemi ifade eder¹³⁷¹. Devretme durumunda, üçüncü kişiden devredilenin geri alınamaması gerekir¹³⁷². Hak ile sınırlamadan, ipotek, intifa, rehin gibi haklar anlaşılır¹³⁷³.

3.2.9.2. Dönme Hakkının Kullanılmasının Yan Edim ve Yan Yükümlülükler Etkisi

Dönme hakkının kullanılması neticesinde, değiştirici yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle, sözleşme ilişkisi tasfiye aşamasına geçer. Bu nedenle, yan edim ve yan yükümlülükler sona erer.

Edim yükümlülüklerine bağımlı yan yükümlülüklerin¹³⁷⁴ hukuki akıbeti, edim yükümlülüklerinin hukuki durumuna göre belirlenir. Savunduğumuz görüş çerçevesinde, edim yükümlülükleri, dönme hakkının kullanılması üzerine, tasfiyeye ilişkin edim yükümlülüklerine dönüşür¹³⁷⁵. Zira, “causa”sı değişmekle beraber, sözleşme bakidir¹³⁷⁶. Taraflar arasında, sözleşme öncesi durumun tesis edilebilmesi bakımından, bir bakıma “ifaya yönelik borç ilişkisi” meydana gelir¹³⁷⁷. Dolayısıyla, yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerine bağımlı olarak tasfiyenin gerçekleşmesi kapsamında, varlıklarını devam ettirir.

¹³⁶⁷ Herold, 177 vd.; Erman BGB./ Röthel, 1547; Brox, Walker, AG., 174

¹³⁶⁸ Palandt BGB./ Grüneberg, 583; MüKo. I/ Gaier, 878

¹³⁶⁹ Bentum, 23; Reinicke, Tiedtke, 90; Erman BGB./ Röthel, 1542; MüKo. I/ Gaier, 864

¹³⁷⁰ Reinicke, Tiedtke, 90

¹³⁷¹ Reinicke, Tiedtke, 90; Erman BGB./ Röthel, 1542; Hirsch, 139

¹³⁷² Reinicke, Tiedtke, 90

¹³⁷³ Reinicke, Tiedtke, 90; Jauernig BGB./ Stadler, 577; MüKo. I/ Gaier, 864; Hirsch, 139

¹³⁷⁴ Eren, Borçlar Genel, 38

¹³⁷⁵ Basler Kom./ Wiegand, 632; Leser, 176; Muthers, 207; Suter, 128; Erman BGB./ Röthel, 1537; Benzer yönde olarak bkz. Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹³⁷⁶ Erman BGB./ Röthel, 1537; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹³⁷⁷ Dorschel, 169

Borcun ifa edilmemesinden doğan zararın talep edilmesi ya da sözleşmeden dönme neticesinde, sözleşmenin ifası bakımından mevcut olan koruma yükümlülükleri, tasfiye yönünden gerekli olduğu ölçüde varlığını sürdürür¹³⁷⁸. İfa edilen edimin korunması, onun kullanımı, güvenliği gibi konulara hizmet eder¹³⁷⁹. Tasfiyenin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, koruma yükümlülüğü teşkil etmese bile, yan yükümlülükler de devam eder¹³⁸⁰. Hatta, tasfiye ilişkisi çerçevesinde birtakım yeni yükümlülükler meydana gelir¹³⁸¹. Tasfiye yükümlülüklerine aykırılık hâlinde, tazminat talep edilebilir¹³⁸². Keza, sözleşmenin yürürlükte olması nedeniyle, culpa in contrahendoya ilişkin tazminat talebi sözleşmeden dönmeden etkilenmez¹³⁸³. Sözleşmeden dönme durumunda, temerrüt faizi gibi olumlu menfaate ilişkin tali haklar da borçtan kurtarıcı etkiye tabidir¹³⁸⁴.

SICKINGER'e göre, sözleşme görüşmeleri nedeniyle taraflar arasında birbirlerinin malvarlıklarına ilişkin güven ilişkisi oluşmaktadır¹³⁸⁵. Bu güven ilişkisi, sözleşmenin tasfiyesinin sona ermesinde de mevcuttur. Yazara göre, taraflar arasındaki hukuki ilişki ortadan kalksa bile, fiili bağlantı devam etmektedir¹³⁸⁶. Fiili güvene dayanan borç ilişkisi sözleşmenin çözülmesi durumunda da varlığını sürdürmektedir.

Yan edim yükümlülüğü, asli edime bağlı ve tali niteliktedir. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme sonucu asli edim yükümlülüğünün ortadan kalkması neticesinde yan edim yükümlülüğü de olmaz.

BUZ'a göre, yan yükümlülüklerin varlığının sürdürebilmesi açısından, sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti şart değildir¹³⁸⁷. Yazar, bu görüşüne dayanak olarak, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi doktrinini gösterir. Nitekim, edim

¹³⁷⁸ Leser, 164; Muthers, 207; Boels, 64; Suter, 127; Herold, 56; Kuhlmann, 223

¹³⁷⁹ Leser, 177 vd.

¹³⁸⁰ Leser, 164; Muthers, 207; Suter, 127; Herold, 72

¹³⁸¹ Muthers, 207

¹³⁸² Riewert, 241; Herold, 123; Fest, 57; Muthers, 208: BGB. § 346/IV hükmünde bu durum açıkça düzenlenmiştir.

¹³⁸³ Leser, 164; Suter, 126

¹³⁸⁴ Leser, 173; Muthers, 207

¹³⁸⁵ Sickinger, 134

¹³⁸⁶ Sickinger, 134

¹³⁸⁷ Buz, Dönme, 148

yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi doktrini uyarınca, yan yükümlülükler, sözleşmenin geçersiz olması hâlinde dahi mevcuttur¹³⁸⁸.

Kural olarak, yan yükümlere aykırılık hâlinde, ifası dava edilememekle beraber, tazminat talep edilebilir¹³⁸⁹. Ancak, yan yüküme aykırılık ve bunun ifasında temerrütte, sözleşmeyle bağlı kalması alıcıdan beklenemez ise alıcı yine sözleşmenin tamamından dönebilir¹³⁹⁰. Beklenemezlik durumu, ihlâlin o sözleşme bakımından esaslı olmasını gerektirir¹³⁹¹. Bu imkân alıcıya istisnai hâllerde tanınmalıdır. Nitekim, TBK. m. 230/II hükmü uyarınca “*satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz*”. BGB. § 324 hükmünde de yan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde sözleşmeden dönme imkânı mevcuttur¹³⁹². Hükme göre, yükümlülüğe aykırılık neticesinde, alıcının sözleşme ile bağlı kalmasının beklenemez olması aranmaktadır. “Beklenemezlik” durumunun tespitinde taraf menfaatlerinin tartılması gerekir¹³⁹³. Bu durumda alıcı, ya sadece edim ve karşı edim bölünebilir ise, yerine getirilmeyen kısım bakımından sözleşmeden döner ve yerine getirilmiş edimler geçerliliğini korur ya da sözleşmeyle bağlı kalması kendisinden beklenemez ise sözleşmenin tamamını kapsar şekilde dönme hakkını kullanabilir¹³⁹⁴.

3.2.9.3. Kısmi Temerrütte Alıcının Dönme Hakkı ve Sonuçları

3.2.9.3.1. İade Konusu Edimin İmkânsızlaşması

3.2.9.3.1.1. Genel Olarak

Satıcının ediminin bölünebilir olduğu durumda, taraflarca kısmi ifa hâlinde kısmi dönme değil, tam dönme hakkının kullanılacağı kararlaştırılabilir. Bu takdirde,

¹³⁸⁸ Eren, 42

¹³⁸⁹ Giger, 25; MüKo. II/ Ernst, 626

¹³⁹⁰ Serozan, Dönme, 391; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 625; MüKo. II/ Ernst, 626; Jauernig BGB./ Stadler, 548; SMG Hirse/ Hirse, 82; Kuhlmann, 280; Fikentscher, Heinemann, 294; Antalya, 577

¹³⁹¹ Basler Kom./ Wiegand, 621; Muthers, 161; Scholz, 157; AK./ Dauner, Lieb, 943; Serozan, İfa Engelleri, 238

¹³⁹² Hellwege, 50; Muthers, 48; Palandt/ Grüneberg, 551; HK-BGB/ Schulze, 560; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619; MüKo. II/ Ernst, 548; Jauernig BGB./ Stadler, 548; SMG Hirse/ Hirse, 78; Petersen, 55; Kuhlmann, 280; Fikentscher, Heinemann, 294; Erman BGB. I/ Westermann, 1487; AK./ Dauner, Lieb, 941

¹³⁹³ MüKo. II/ Ernst, 626; Erman BGB. I/ Westermann, 1488; AK./ Dauner, Lieb, 943

¹³⁹⁴ Muthers, 164; Palandt/ Grüneberg, 560; AK./ Dauner, Lieb, 943

satıcının kısmi temerrüdünde, alıcının da iade borçlusu sıfatıyla ifa edilen edimi ne şekilde iade edeceği sorunu gündeme gelir.

Sözleşmeden dönme ile sözleşme öncesi durumun tesis edilmesi amacına, iade konusu edimin tüketme, işleme karışma, devretme gibi nedenlerle iadesinin imkânsızlaşması durumunda erişilemez¹³⁹⁵. Aynı şekilde, edimin bir hak ile sınırlanması durumunda da iade imkânsızlığı söz konusu olabilir¹³⁹⁶. İkame değer sorumluluğu bu bakımından önem arz eder¹³⁹⁷.

TBK. m. 228 hükmü uyarınca “*Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez*”. Ayıplı değil ancak kısmen ifa edilen satılan bakımından anılan hüküm kıyasen uygulanabilir. Dolayısıyla, iadenin imkânsızlaşması durumunda, kural olarak, dönme hakkı sona ermez¹³⁹⁸.

İade konusu edimin iadesinin kısmen imkânsızlaşması durumunda, iadesi imkânsızlaşan kısma ilişkin ikâme değer sorumluluğu söz konusu olur¹³⁹⁹. Bu takdirde, iadesi mümkün olan kısım aynen iade edilirken, diğer kısım bakımından değeri iade edilir. Taraflar, değer para olarak iadesinin aksini kararlaştırabilir¹⁴⁰⁰. İadenin kısmen imkânsızlaşması durumunda, edimin değerinin indirilmesine ilişkin

¹³⁹⁵ Boels, 73; Riewert, 232; Kaiser, 113; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; Jauernig BGB./ Stadler, 576; MüKo. I/ Gaier, 832; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; SMG Hirse/ Hirse, 93; Teichmann, 46; Fikentscher, Heinemann, 326; Looschelders, 52; Schenker, 272; Hellwege, 54; Boels, 77; Reinicke, Tiedtke, 90; Herold, 105; Petersen, 62; Hirsch, 138; Brox, Walker, AG., 172; Müller, 125; Fest, 34

¹³⁹⁶ Hellwege, 54; Boels, 77; Reinicke, Tiedtke, 90; MüKo. I/ Gaier, 864; Petersen, 63; Hirsch, 139

¹³⁹⁷ Boels, 88; Reinicke, Tiedtke, 90; Dorschel, 144; Riewert, 232; Kaiser, 113; PWW. Kom./ Stürner, 646; Erman BGB./ Röthel, 1540; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; Jauernig BGB./ Stadler, 576; MüKo. I/ Gaier, 832; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; SMG Hirse/ Hirse, 93; Teichmann, 46; Fikentscher, Heinemann, 326; Looschelders, 52

¹³⁹⁸ Schmid, 153; Riewert, 232; Kaiser, 113; PWW. Kom./ Stürner, 646; Erman BGB./ Röthel, 1540; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; Jauernig BGB./ Stadler, 576; MüKo. I/ Gaier, 850; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; HK-BGB/ Schulze, 580; SMG Hirse/ Hirse, 93; Fikentscher, Heinemann, 326; Brox, Walker, AG., 169; Looschelders, 53

¹³⁹⁹ Boels, 81; Glass, 98; Reinicke, Tiedtke, 90; Schmidt, Rolf, 112; Dorschel, 144; Erman BGB./ Röthel, 1541

¹⁴⁰⁰ Kaiser, 113

hükümler uygulanabilir¹⁴⁰¹. Kısmi imkânsızlığa ilişkin TBK. m. 137/II hükmü uyarınca “*karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır*”. Dolayısıyla, bölünemeyen bir edime ilişkin kısmi imkânsızlık durumunda, sözleşmenin amacı bakımından tam imkânsızlık söz konusu olması nedeniyle, iade borçlusu iade konusu edimin tamamı bakımından hasara katlanır¹⁴⁰². İade konusu edimin yok olması durumunda, edimin değeri, kapsamında olarak, iade edilir¹⁴⁰³. Kanaatimizce, ikâme değer, sebepsiz zenginleşme değil, iade borcu kapsamında olarak iade edilmektedir. Edimin değerini ispat yükü davacıdadır¹⁴⁰⁴.

OR. Art. 207/III kıyasen (TBK. m. 228/II) alıcının kusuru neticesinde kısmen ifa edilen edim yok olur, alıcı edimi devreder, biçimini değiştirir ya da sınırlı ayni hak tesis eder veya edimin mahiyeti gereği aynen iadesi imkânsız ise dönme hakkı kullanılamaz¹⁴⁰⁵. Ancak, iade konusu edimin, iade borçlusunun kusuru olmaksızın yok olması ya da esaslı olmayan biçimde kötüleşmesi durumunda, dönme mümkündür¹⁴⁰⁶.

Alman Hukuku’nda da önceki BGB. § 351 hükmü uyarınca, dönme hakkı sahibinin kusurlu olarak edimi esaslı biçimde kötüleştirmesi, yok etmesi ya da diğer biçimde iadesini imkânsızlaştırması dönme hakkını sona erdirmektedir. Bir görüşe göre, buradaki imkânsızlık objektif imkânsızlık olarak değerlendirilmelidir¹⁴⁰⁷. Subjektif imkânsızlık durumunda, önceki BGB. § 354 hükmünde öngörülen çözüm benimsenmelidir¹⁴⁰⁸. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması sonrasında iadenin kusurlu olarak imkânsızlaşması durumunda ise tazminat sorumluluğu gündeme gelir¹⁴⁰⁹. Önceki BGB.’de öngörülen, sözleşmeden dönme hakkının sona ermesine ilişkin çözüm, yeni BGB.’de iade imkânından bağımsız olarak düzenlenmiştir¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰¹ Glass, 98

¹⁴⁰² Glass, 99; Herold, 96; MüKo. I/ Gaier, 868

¹⁴⁰³ Becker, 567

¹⁴⁰⁴ Becker, 567; Nazikoğlu, 682

¹⁴⁰⁵ Lemp, 59; Bucher, 377; Honsell, 80; Gerhardt/ Leisinger, 173

¹⁴⁰⁶ Bucher, 378

¹⁴⁰⁷ Herold, 96; Bentum, 2; Yazara göre, hüküm, subjektif imkânsızlığı da kapsamaktadır.

¹⁴⁰⁸ Herold, 96: Önceki BGB. § 354 uyarınca, edimin iadesinde temerrüde düşen dönme hakkı muhatabı, kendisine verilen sürede iade konusu edimi geri vermez ise, dönme hakkı etkisizleşir.

¹⁴⁰⁹ Sickinger, 177: Yazar bu görüşüne dayanak olarak önceki BGB § 347 ve § 989 hükmünü göstermektedir.

¹⁴¹⁰ Wolgast, 223

Diğer deyişle, edimin iadesindeki imkânsızlık hakkın kullanılmasına engel olmamakta, sözleşmeden dönme hâlinde iadenin kapsamı, edimin değeri üzerinden değerlendirilmektedir. Satılanın zarar görmesi, değerinin azalması gibi durumunda, sözleşmeden dönme bir hukuki çare olarak varlığını korur¹⁴¹¹.

Klasik dönme görüşüne göre, dönme hakkının kullanılması neticesinde geçerli sözleşme ortadan kalkar. Ortadan kalkan bir sözleşmede ise hasarın geriye intikal etmesi tutarsızdır¹⁴¹². Bu durumda, hukuki değil, fiili durumu esas alan hasarın intikaline dair TBK. m. 228/I hükmü dikkate alınmalıdır. Anılan düzenlemeye göre, esas olan satılanın devri, alıcının zilyetliğidir: Zilyetliğin devri neticesinde, hasar alıcıya intikal eder. Devrin arkasındaki hukuki sebep önemli değildir. Keza, ifa neticesinde, satılan alıcının malvarlığına intikal eder¹⁴¹³.

Hukumumuzda iade hasarına sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiği bakımından açık düzenleme bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda önceki BGB. § 323 ve 350 hükümleri tarafların kusuruna bakılmaksızın iade hasarını düzenlemektedir¹⁴¹⁴. Kural olarak, tasfiye riskini alıcı taşır¹⁴¹⁵. Satış sözleşmesinin hasarın intikaline dair kuralları uyarınca hasar riski alıcıdadır¹⁴¹⁶. Aksi yöndeki görüşe göre, dönme hakkı kapsamında olarak, iade riskini dönme hakkı muhatabı taşır¹⁴¹⁷. Lakin, Alman Hukuku'nda ikâme değer sorumluluğunu sınırlayan BGB. § 346/III, 1-3 hükmü uyarınca, istisnai olarak iade riski dönme alacaklısındadır¹⁴¹⁸.

Bir görüşe göre, önceki BGB. § 350 hükmü hasarın “geriye intikali” ile ilgili bir düzenleme değildir: Anılan hüküm uyarınca, hasar, alıcıya intikal etmez¹⁴¹⁹. Bilakis, hasarın hâlen satıcıda bulunması nedeniyle, alıcı, dönme hakkını kullanabilmektedir¹⁴²⁰. Zira, ayıplı maldan kaynaklanan actio redhibitoriada olduğu

¹⁴¹¹ Wolgast, 223

¹⁴¹² Dorschel, 98

¹⁴¹³ Dorschel, 98 vd.

¹⁴¹⁴ Dorschel, 31; Palandt BGB./ Grüneberg, 579

¹⁴¹⁵ Dorschel, 30

¹⁴¹⁶ Erman BGB./ Röthel, 1540

¹⁴¹⁷ Esser, Schmidt, AG., 311; Dorschel, 139: Yazar bu sonuca, önceki BGB. § 350 hükmünden varmaktadır.

¹⁴¹⁸ Erman BGB./ Röthel, 1540; MüKo. I/ Gaier, 871

¹⁴¹⁹ Sickinger, 153 vd.

¹⁴²⁰ Sickinger, 154

gibi satıcının gerekli nitelikleri içermeyen/ ayıplı olan malın zilyetliğinin devri ile hasar intikal etmiş olmayacak ve dönme hakkının kullanılmasıyla hiç akdedilmemiş gibi olan sözleşmede, iade hasarı satıcı üzerinde olacaktır¹⁴²¹. Anılan durum, kanuni dönme hakkında da söz konusudur. Nitekim, önceki BGB. § 323 hükmü, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmesel bir ilişki aramakta iken, kanuni dönme hakkında, kanuni bir borç ilişkisi meydana gelmektedir¹⁴²². İade imkânsızlığı sonrasında sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında da aynı durum geçerlidir¹⁴²³. Önceki BGB. § 350 hükmünde alıcının fiili hakimiyetindeki satılardan sorumlu olmaması “eşyanın bünyesinden” kaynaklanan riskler bakımından söz konusudur¹⁴²⁴.

Satıcının temerrüdü neticesinde, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, alıcı, ifa engeli karşısında hukuki çareden faydalanarak, sözleşme ilişkisini tasfiye ilişkisine dönüştürür. Alıcıya tanınan hukuki imkân karşısında, sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesiyle, iade konusu edimin kötüleşmesi ya da yok olması durumlarında, tarafların asli rolleri belirleyici olmaktan çıkarak, tarafların her birinin birbirine karşı iade borçlusu olması ve her iki taraf bakımından da aynı özen kriteri esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır¹⁴²⁵.

Sözleşmeden dönme hakkı neticesinde iade konusu edimin her türlü sınırlamadan ari, aynen iade edilmesi imkânından bağımsız olarak, ikâme değeri ile iade mümkündür¹⁴²⁶. İade borçlusunun, üçüncü kişiye devrettiği edimi geri talep etme ya da edimi kısıtlamadan kurtarma yükümlüğü bulunmamaktadır¹⁴²⁷. Nitekim, sözleşmeden dönmenin asli amacı edimin aynen iadesinden ziyade, ekonomik yönden eski hâlin iadesidir¹⁴²⁸. İade borçlusunun, aynen iade ve ikâme değerini ifası arasında seçim hakkı bulunmamaktadır¹⁴²⁹. İade borçlusu, BGB. § 346/II, b. 2 düzenlemesi uyarınca, edimin imkânsızlığını düzenleyen BGB. § 275 hükmüne paralel şekilde,

¹⁴²¹ Sickinger, 159

¹⁴²² Sickinger, 166

¹⁴²³ Sickinger, 169 vd.

¹⁴²⁴ Sickinger, 197

¹⁴²⁵ Sonnentag, 100; Hellwege, 55

¹⁴²⁶ Wolgast, 223 vd.; Reinicke, Tiedtke, 90

¹⁴²⁷ Wolgast, 224

¹⁴²⁸ Wolgast, 224 vd.

¹⁴²⁹ Wolgast, 226; Reinicke, Tiedtke, 91

aynen iade edememesi hâlinde bunun değerini ödemekle yükümlüdür¹⁴³⁰. Hükûmet tasarısında da ikâme değer sorumluluğunun, aynen iade edememe durumunda söz konusu olduğuna yer verilmiştir¹⁴³¹. Dolayısıyla, aynen iadenin öncelikli olduğu söylenebilir¹⁴³². Önceki BGB. döneminde de aynen iade aslidir¹⁴³³. Önceki BGB. § 306 kapsamında olarak, ikincil nitelikte olarak, gerçek olmayan değiştirim hakkı neticesinde ikâme değer talep edilebilir¹⁴³⁴. Aynen iadenin mümkün olmaması durumunda, iade borçlusunun aynen iade yerine ikâme değeri ifa etmeye hem hakkı vardır hem de yükümlüdür¹⁴³⁵. BGB. § 346/I'de yer alan aynen iade yerine ikâme değer iade edileceği şeklindeki düzenlemede yer alan “yerine” ibaresi, iade borçlusunun aynen iadeye ilişkin yükümlülüğün asli nitelikte olduğunu ifade etmektedir¹⁴³⁶. İade alacaklısı, BGB. § 325/V hükmündeki kısmi temerrüt hâlinde sözleşmenin tamamından dönmeye dair hükümden kıyasen yararlanamaz: Kötüleşen edimin iadesinin kendisi için dezavantajlı olması durumunda, alıcının kusuru var ise BGB. § 346/IV hükmü atfıyla BGB. § 280 ve 281 hükmü uyarınca tazminat talep edebilir¹⁴³⁷.

İade konusu edimin; kötüleşmesi, hak ile sınırlanması, biçiminin değiştirilmesi durumunda, edim aynen iade edilemez. Örneğin, kötüleşen edimin eski hâline getirilmesi durumunda aynen iade yeniden mümkün hâle gelir. Aynen iade engelinin ortadan kaldırılması hâlinde, ikâme değer sorumluluğu ortadan kalkar: Edim aynen iade edilir¹⁴³⁸. Öncelik, aynen iade engelinin kaldırılmasıdır¹⁴³⁹. Bunun mümkün olmaması durumunda, ikâme değer sorumluluğu gündeme gelir.

İkâme değer sorumluluğu, yok olma ya da kötüleşmenin; iade borçlusunun kusurundan, sözleşmeden dönme beyanının kötüleşmeden önce veya sonra

¹⁴³⁰ Wolgast, 226; Reinicke, Tiedtke, 90; Herold, 72

¹⁴³¹ Wolgast, 226 vd.

¹⁴³² Wolgast, 227; Reinicke, Tiedtke, 88

¹⁴³³ Dorschel, 192

¹⁴³⁴ Dorschel, 192

¹⁴³⁵ Wolgast, 227

¹⁴³⁶ Wolgast, 227

¹⁴³⁷ Reinicke, Tiedtke, 91

¹⁴³⁸ Erman BGB./ Röthel, 1542; Petersen, 63

¹⁴³⁹ Petersen, 63; Brox, Walker, AG., 172

olmasından bağımsız olarak mevcuttur¹⁴⁴⁰. İade borçlusunun kötüleşmeyi ortadan kaldırma ya da ayırma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴⁴¹.

İade konusu edimin imkânsızlaşması bakımından, dönme hakkının ortadan kalkması yerine ikâme değer sorumluluğunun tercih edilmesi daha esnek ve avantajlıdır¹⁴⁴². Keza, aynen iade imkânı olmaması durumunda, edimlerin değişimine yönelmesi bakımından daha uygun bir çözümdür¹⁴⁴³. İmkânsızlık durumunda, dönme hakkının ortadan kalkmasının kabulü, yalnızca “ya hep ya hiç” sonucuna çıkar¹⁴⁴⁴.

Kötüleşmenin önemsiz olduğu durumda, kural olarak, satıcının edimin iadesinde menfaati bulunmaktadır¹⁴⁴⁵. Aynı şekilde, alıcı da kural olarak, edimin iadesini ister¹⁴⁴⁶. Edimlerin iadesinin, yalnızca, parasal değer üzerinden yapılması durumunda, dönme hakkı sahibinin tazminat talebi de belli ölçüde anlamını yitirir¹⁴⁴⁷.

Satılardan elde edilecek yararlar da BGB. § 346/II, b. 1 hükmüne kıyasen, ikâme değer olarak iade edilir¹⁴⁴⁸. Nitekim, üçüncü kişiye devir hâlinde, kural olarak, alıcının devredileni geri alma durumu bulunmamaktadır¹⁴⁴⁹.

İade imkânsızlığına ilişkin olarak tarafların ortak kusurunun olması hâlinde, dönme hakkı sahibinin ikâme değer sorumluluğu mevcut olmakla beraber, uygun miktarda indirilir¹⁴⁵⁰. Satıcının iade konusu edimin zilyetliğini geri devralma hususunda, alacaklı temerrüdüne düşmesi hâlinde, alıcının sorumluluğu ağır ihmâl ve kast ile sınırlanır¹⁴⁵¹. Satıcının uygun önlemleri alması ile zararın önlenilebilecek olması hâlinde, tazminat miktarı indirilir¹⁴⁵². Zararın önlenmesi bakımından, satıcının pasif

¹⁴⁴⁰ Erman BGB./ Röthel, 1542; MüKo. I/ Gaier, 865

¹⁴⁴¹ Erman BGB./ Röthel, 1542; MüKo. I/ Gaier, 852

¹⁴⁴² Boels, 87

¹⁴⁴³ Boels, 87

¹⁴⁴⁴ Boels, 87

¹⁴⁴⁵ Boels, 88

¹⁴⁴⁶ Boels, 88

¹⁴⁴⁷ Boels, 88

¹⁴⁴⁸ Boels, 110; Riewert, 315; MüKo. I/ Gaier, 858; HK-BGB/ Schulze, 582; Wolgast, 211; Yazar, BGB. § 346/I hükmüne dayandırmıştır.

¹⁴⁴⁹ Boels, 112

¹⁴⁵⁰ Boels, 220; Yazar bu sonuca, BGB. § 254/I hükmü uyarınca varmaktadır.

¹⁴⁵¹ Boels, 221

¹⁴⁵² Boels, 221; Yazar bu sonuca, BGB. § 254/I hükmü uyarınca varmaktadır.

davranmak ya da beklemeye hakkı bulunmamaktadır¹⁴⁵³. Satıcının zararı önleyebilecek olması hâlinde, alıcının tazminat sorumluluğu bulunmaz¹⁴⁵⁴. Satıcı, zararın önlenmesi adına yaptığı uygun masrafları alıcıdan talep edebilir¹⁴⁵⁵. Ayrıca, tarafların, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ikâme değer ödenecek durumları kararlaştırması mümkündür¹⁴⁵⁶.

3.2.9.3.1.2. İade Konusu Edimin Dönme Hakkının Kullanılmasından Önce İmkânsızlaşması

3.2.9.3.1.2.1. Türk/ İsviçre Hukuku Kapsamında

Dönme hakkının kullanılması öncesinde, taraflar edim üzerinde tasarruf etmekte serbesttir¹⁴⁵⁷. Devredilen edimi özenle kullanma yükümlüğü bulunmamaktadır¹⁴⁵⁸. Yükümlülüğün bulunmaması nedeniyle, TBK. m. 112 (OR. Art. 97) ve TBK. m. 136 (OR. Art. 119) uygulanamaz¹⁴⁵⁹.

TBK. m. 228/I hükmü uyarınca “*alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılandan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür*”. Anılan hükmün son cümlesi, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hâline kıyasen uygulanamaz¹⁴⁶⁰. Nitekim, söz konusu hüküm satılanın ayıplı olması nedeniyle, alıcıyı koruma amacı güder. Dolayısıyla, iade hasarı sözleşmeye aykırı davranan satıcıya yüklenmiştir¹⁴⁶¹. Anılan hükmün temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hâline kıyasen uygulanması durumunda, iade hasarına temerrüt alacaklısı

¹⁴⁵³ Boels, 221

¹⁴⁵⁴ Boels, 221

¹⁴⁵⁵ Boels, 221

¹⁴⁵⁶ Palandt BGB./ Grüneberg, 580

¹⁴⁵⁷ Schenker, 272; Sickinger, 198; Teubel, 287; Kaiser, 276; Linke, 58

¹⁴⁵⁸ Schenker, 272

¹⁴⁵⁹ Schenker, 272; Benzer yönde bkz. Eren Şerh, 2434

¹⁴⁶⁰ Glass, 20; Schenker, 275; Basler Kom./ Wiegand, 633; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; Aksi yönde görüş için bkz. Becker, 569; Ehrat, 114; Alacaklının kusurlu olarak edimin imkânsızlığı, esaslı kötüleşmesi, devretmesi, biçimini değiştirmesi durumunda kıyasen uygulanması görüşü için bkz. Sonnentag, 127 vd.

¹⁴⁶¹ Glass, 20; Schenker, 275; Buz, Dönme, 200

katlanır¹⁴⁶². Temerrüt alacaklısı kendi edimini ifa etmesi ve borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesinde, iade alacağının borçlu nezdinde imkânsızlaşması durumunda, bunun sonucuna katlanmak durumunda kalır¹⁴⁶³. Temerrüde düşen borçlu ise, kendi edimini hiç veya kısmen ifa etmemesi nedeniyle bu durumla karşılaşmaz¹⁴⁶⁴. Nitekim, TBK. m. 228 hükmü, satılanın teslimi ile alıcıya intikal eden hasarı, satıcının kusuru olmaksızın satılanın yok olması hâlinde, satıcıya tekrar yüklemesi nedeniyle haksız sonuçlar içerir¹⁴⁶⁵. Zira, hukukumuzda, temerrüt bakımından objektif borca aykırılık teorisi benimsenmektedir.

Diğer taraftan, TBK. m. 228 hükmünün kıyasen uygulanması durumunda, iade borçlusunun ne zaman kusurlu olarak iade konusu edimin kötüleştiğinin veya yok olduğunun ya da ne zaman beklenmedik hâlin iade imkânsızlığına sebep olduğunun tespiti gerekecektir¹⁴⁶⁶. Bunun tespiti, ifa edilen edim hakkında sözleşmeden dönmenin hesap edilmesinin iade yükümlüsü tarafından beklenmemesi nedeniyle güçleşir¹⁴⁶⁷. Diğer taraftan, iade konusu edimin iade borçlusu nezdinde imkânsızlaşması durumunda, bunun neticesinde oluşan zarar olumsuz zarar kapsamında olarak talep edilebilir¹⁴⁶⁸.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması öncesinde, iadenin iade yükümlüsünün kusuru, beklenmedik hâl, iade konusu edimin üçüncü kişiye devri, zarar verilmesi gibi nedenlerle imkânsızlaşması durumunda, iade borçlusunun zenginleşip zenginleşmediğine dikkat edilmeksizin, ifası gerekir¹⁴⁶⁹. Nitekim, TBK. m. 125/III, c. 1 (OR. Art. 109/I) hükmünde daha önce ifa edilen edimlerin geri istenebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, iade bakımından, ifa imkânsızlığına ilişkin TBK. m. 136/II hükmü kapsamında olarak, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz¹⁴⁷⁰. İade yükümlülükleri ile taraflar, sözleşme uyarınca ifa etmeden önceki durumlarına, diğer

¹⁴⁶² Schenker, 275; Buz, Dönme, 200

¹⁴⁶³ Schenker, 275; Buz, 200

¹⁴⁶⁴ Schenker, 275

¹⁴⁶⁵ Buz, Dönme, 201

¹⁴⁶⁶ Schenker, 275

¹⁴⁶⁷ Schenker, 275

¹⁴⁶⁸ Basler Kom./ Wiegand, 634

¹⁴⁶⁹ Schenker, 276; Antalya, 590

¹⁴⁷⁰ Schenker, 276; Antalya, 590

deyişlerine edimlerine kavuşur¹⁴⁷¹. Sözleşmeden dönme neticesinde taraflar ilk olarak, edim yükümlülüklerinden kurtulur¹⁴⁷². Edimin aynen iadesinin mümkün olmaması hâlinde, bunun değeri iade edilmelidir¹⁴⁷³. Dolayısıyla, buradaki iade, zenginleşmeden bağımsızdır¹⁴⁷⁴. Diğer deyişle, iade borçlusu, kendi hâkimiyetindeki, iade konusu edimin hasarını yüklenir¹⁴⁷⁵.

Dönme hakkının kullanılması öncesinde iade hasarını, iade yükümlüsü taşır¹⁴⁷⁶. Nitekim, TBK. m. 208 hükmü uyarınca, hasar, zilyetliğin devri ile alıcıya geçer. Dolayısıyla, bu yöndeki kabul, kanun sistematğine de uygundur¹⁴⁷⁷. Keza, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, ortadan kalkmayıp içerik değiştiren sözleşmede, zilyetliğin devri ile hasardan sorumlu olan âkidin sorumluluğu aynı şekilde devam eder¹⁴⁷⁸. Bu çerçevede, iade yükümlüsü, aynen iade edememesi hâlinde, kusuru bulunması bile, bunun değerini iade eder¹⁴⁷⁹. Nitekim, dönme hakkının kullanılmasına kadar, herhangi bir kusurdan bahsedilemez¹⁴⁸⁰. Borç zamanında ifa edilse bile ifanın imkânsızlaşacağı ispat edilirse, iade alacaklısı, imkânsızlıktan sorumlu olur¹⁴⁸¹. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonra iadenin imkânsızlaşması durumunda, hasar iade alacaklısına geçer¹⁴⁸².

Hasara malik katlanır ilkesi (casum sentit dominus/ res perit domino) uyarınca, zarara onu hâkimiyet alanında bulunduran malik katlanmalıdır. Bu bağlamda, ilk bakışta, satıcının kısmi temerrüdünde, malı elinde bulunduran malikin ona katlanması gerekmektedir. Bir görüşe göre, hasar intikaline ilişkin kurallar usulüne uygun bir ifa hâlinde, hasarın intikaline ilişkin bir düzenlemedir¹⁴⁸³. Sözleşmeden dönme

¹⁴⁷¹ Schenker, 276 vd.; Dorschel, 143; Antalya, 590

¹⁴⁷² Schenker, 277; Muthers, 203

¹⁴⁷³ Schenker, 277; Hellwege, 158 vd.; Boels, 83; Wolgast, 160; Reinicke, Tiedtke, 88; Antalya, 589

¹⁴⁷⁴ Hellwege, 159; Antalya, 590

¹⁴⁷⁵ Eren Şerh, 2434; Antalya, 590

¹⁴⁷⁶ Schenker, 277; Eren Şerh, 2434

¹⁴⁷⁷ Schenker, 277

¹⁴⁷⁸ Schenker, 277

¹⁴⁷⁹ Schenker, 277 vd.

¹⁴⁸⁰ Schenker, 278, dn. 71

¹⁴⁸¹ Schenker, 278

¹⁴⁸² Schenker, 278

¹⁴⁸³ Herold, 82

neticesinde, edim konusu yararları ile birlikte iade edilmekte, alıcı bu durumdan bir avantaj sağlamamaktadır. Bu durumda ise, iade hasarının da alıcıya yüklenmesi haksız sonuçlara sebep vermektedir. Aksi yöndeki görüşe göre, hasar, kendi hakimiyet alanında olmayan satıcıya “geri intikal” edemez¹⁴⁸⁴. Bu durumda, dönme hakkı muhatabının tazminat sorumluluğuna gidilebilir. Nitekim, hasar intikaline dair kuralların her zaman hakkaniyete uygun sonuç doğurması beklenemez. Alıcının hakimiyet alanı, hak sahibinin etki edebildiği, yaşam-organizasyon alanını kapsar¹⁴⁸⁵. Keza, sözleşmenin dönme neticesinde içerik değiştirdiğinin kabulü hâlinde, hasarın geriye intikali savunulamaz¹⁴⁸⁶. Dolayısıyla, hasarın sözleşmeden dönme beyanı öncesi ya da sonrasında meydana gelmesi fark teşkil etmez¹⁴⁸⁷.

BUZ’a göre, savunduğu aynı etkili dönme teorisi çerçevesinde, dönme neticesinde tasarruf işlemlerinin baştan itibaren geçersiz hâle gelmesi nedeniyle, iade borçlusu malı edinme tarihinden itibaren haksız zilyet olur¹⁴⁸⁸. Dolayısıyla, dönme hakkının kullanılmasından önce, iade borçlusu, kural olarak, iyi niyetli kabul edilir. Bu nedenle, hakkın varlığına inanarak, hakkın tanıdığı yetki kapsamında malı kullanan iyi niyetli haksız zilyet, beklenmedik hâlden sorumlu tutulamaz. Elinde kalını vermekle yükümlüdür.

İşviçre Kanun Koyucusunun İBK. m. 109/1 ile (TBK. m. 125) iade borçlusunu iyi niyetli sebepsiz zenginleşen ya da iyi niyetli haksız zilyetten daha ağır sorumlu tutmak istediği sonucuna varılamaz¹⁴⁸⁹. TBK. m. 125 düzenlemesinden, kanun koyucunun iadenin kapsamına ilişkin tercihi tespit edilemez. Yazar bu duruma örnek olarak, önceki İşviçre Borçlar Kanunu’nun sözleşmeden dönmenin sonuçlarına dair m. 124 hükmünde dönme hakkı neticesinde yerine getirilen edimin iadesinin talep edilebileceğinin düzenlenirken, benzer düzenlemenin EİBK. m. 145 hükmünde yer aldığını göstermiştir¹⁴⁹⁰. EİBK. m. 124 ile İBK. m. 109 arasında bir farkın bulunmadığına dikkat çekerken, sonraki imkânsızlığa dair İBK. m. 119/II hükmünün

¹⁴⁸⁴ Bergmann-Weidenbach, 140 vd.

¹⁴⁸⁵ Bergmann-Weidenbach, 142

¹⁴⁸⁶ Bergmann-Weidenbach, 143

¹⁴⁸⁷ Bergmann-Weidenbach, 143

¹⁴⁸⁸ Buz, Dönme, 176

¹⁴⁸⁹ Buz, Dönme, 177

¹⁴⁹⁰ Buz, Dönme, 177 vd., dn. 208

açıkça sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı yönündeki ifadesinin, EHRAT'ın açıklamasına göre, hükümet tasarısında yer almamasına rağmen, meclis komisyonunun üzerine tartışılmayan önerisi ile kanun metnine dahil edilmesi nedeniyle, OR. Art. 109/I ile OR. Art. 119/II arasındaki farkın bilinçli olarak yaratılmadığını vurgulamıştır. Dolayısıyla, salt olarak tarafların dönme sonrası iade yükümlülüklerini düzenleyen TBK. m. 125 hükmünden, iyi niyetli sebepsiz zenginleşen ya da iyi niyetli haksız zilyetten daha ağır bir sorumluluk rejiminin amaçlandığı sonucuna varılamaz¹⁴⁹¹.

İade imkânsızlığından sorumlunun tespitinde, imkânsızlığın kaynağının borçlu fiilinden ya da borçlu dışındaki bir olaydan gerçekleşmesi farklı sonuçlara varmayı gerekli kılmaz¹⁴⁹². TBK. m. 125'te dönme neticesindeki iade imkânsızlığı hâline değinilmemesi karşısında, iade imkânsızlığından sorumlunun tespitine dair çaba, kanun boşluğu doldurma faaliyetidir¹⁴⁹³.

Sözleşmeden dönme neticesindeki iade hasarı sorumlusu, sözleşmenin olağan sona erme biçimi olan ifa ile dönme arasındaki kıyaslama ile tespit edilmelidir¹⁴⁹⁴. Sözleşmenin ifa ile sona ermesi durumunda, ifa neticesinde edimine kavuşan taraf, edime gelecek her türlü zarara katlanır. İfa eden tarafın, kendi sorumluluk kapsamına dahil bir hukuki sebep bulunmadığı takdirde, zarar ile hiçbir bağı bulunmaz. Borçlu, BK. hasarın intikali sistematığı çerçevesinde, edimini ifa etmesi ile sahip olduğu hukuki durumdan, edimini ifa etmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle, daha avantajlı bir konuma getirilmemelidir¹⁴⁹⁵. Dolayısıyla, ne sebepten olursa olsun, iade borçlusu, iade konusu edimin kendi nezdindeki imkânsızlaşmasının sonuçlarına katlanmak durumundadır.

İade konusu edimin imkânsızlaşması bahsinde, sözleşmeye aykırı davranarak dönmeye sebep olan borçlu ile sözleşmeye uygun şekilde edimini ifa eden alacaklı arasında bir ayrım yaratılmamalıdır¹⁴⁹⁶. Zira, kanun koyucu, dönmeye dair TBK. m. 125 hükmünde, dönme hakkı sahibine olumsuz zarar talep etme imkânı tanımak

¹⁴⁹¹ Buz, Dönme, 178

¹⁴⁹² Buz, Dönme, 189

¹⁴⁹³ Glass, 28; Buz, Dönme, 189, dn. 39

¹⁴⁹⁴ Buz, Dönme, 190

¹⁴⁹⁵ Buz, Dönme, 192

¹⁴⁹⁶ Buz, Dönme, 192

suretiyle gerekli korumayı sağlamaktadır. Keza, dönme hakkı sahibi, kendi fiili neticesinde imkânsızlaşmış edimin değerini ödemek suretiyle sözleşmeden dönebilir.

Diğer taraftan, yazara göre, iade imkânsızlığının kaynağına göre ayırım yapmama hâlinde, imkânsızlığın kaynağının araştırılmasına da gerek kalmaz¹⁴⁹⁷. Nitekim, imkânsızlığın borçlunun fiili ya da bunun dışındaki sebepten ileri gelmesi durumunda, sebebin tespiti oldukça güçtür. İmkânsızlığa önlenemeyen bir durum sebep olsa dahi sorumluluk iade borçlusu üzerindedir¹⁴⁹⁸. İade borçlusunun sorumluluktan kurtulabileceği tek hâl, imkânsızlığa iade alacaklısının sebep olmasıdır. Alıcı, kusurlu olarak iade konusu edimin yok olmasına neden olmuşsa dönme hakkını kullanamaz¹⁴⁹⁹. Bu noktada alıcı, zarara görenin kusuru (“kişinin kendisine karşı kusuru”) ölçütü kapsamında olarak, her türlü kusurundan sorumludur¹⁵⁰⁰.

BUZ’a göre, iade konusu edimin, iade alacaklısı elinde bulunması hâlinde de imkânsızlaşacağı şeklindeki kurtuluş kanıtına yer verilmemelidir¹⁵⁰¹. Zira, iade alacaklısı da iade borçlusu edimini zamanında yerine getirseydi, hasara katlanmayacağı savunmasıyla sorumluluktan kurtulabilir. Keza, iade alacaklısı, dönülen sözleşme yapılmasaydı, imkânsızlığın meydana gelmeyeceği, üçüncü kişiyle yapacağı bir sözleşmenin ifa ile neticeleneceği ve iadesi imkânsızlaşan edimi daha önceden elden çıkarmış olacağı savunmasında bulunabilecektir. Yazara göre, kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütü de imkânsızlıktan sorumluluk tespitinde bir kriter olamaz¹⁵⁰². Zira, bu kriter, başkası adına iş görme, başkasına ait malın muhafazası veya yönetilmesi gibi durumlarda söz konusu olur. Nitekim, sözleşmeden dönünceye kadar, iade borçlusu, iade konusu edimi kendi malı gibi kullanır ve doğal olarak kendi işlerindeki özeni gösterir. Aynı şekilde, kiracı, ödünç alan ve intifa hakkı sahibinin iade konusunda yalnızca kusuruyla verdikleri zarardan sorumlu iken, dönme ilişkisi taraflarının beklenmedik hâlden dahi sorumlu tutulacağı yönündeki görüş de yerinde değildir¹⁵⁰³. Nitekim, kira, ödünç ve intifa ilişkisindeki sorumluluk rejimi

¹⁴⁹⁷ Buz, Dönme, 193

¹⁴⁹⁸ Buz, Dönme, 194

¹⁴⁹⁹ Dorschel, 199

¹⁵⁰⁰ Dorschel, 199; Bentum, 13

¹⁵⁰¹ Buz, Dönme, 194

¹⁵⁰² Buz, Dönme, 195

¹⁵⁰³ Buz, Dönme, 196

sözleşmenin en ideal sona erme hâli olan ifa durumunda dahi aynıdır. Keza, kiracı, ödünç alan ve intifa hakkı sahibi de hiçbir zaman malik sıfatıyla hareket etmez. Kusuruyla borcu ifa etmeyen iade borçlusunu, iade konusu edime yalnızca kusuruyla verdiği zarardan sorumlu tutmak, malın teslimi ile iade borçlusuna geçen hasarı, tekrar alacaklıya intikal ettirmek sonucunu doğurur¹⁵⁰⁴.

BUZ'a göre, savunduğu aynı etkili dönme teorisi çerçevesinde, iade borçlusu, kural olarak, dönme anına kadar, iyi niyetli haksız zilyet gibi sorumlu olduğu için, iade imkânsızlığından sorumlu değildir¹⁵⁰⁵. Nitekim, iyi niyetli haksız zilyet, iade konusu edimi mâlik sıfatıyla elinde bulundurmakta ve bu yetki çerçevesinde malını kullanmaktadır¹⁵⁰⁶. Ancak bu noktada iyi niyet, iade borçlusunun kendi edimini ifa edeceğine ve mülkiyet hakkını kesin olarak iktisap edeceğine inanması hâlinde korunur¹⁵⁰⁷. İade borçlusu, sözleşmenin ifa ile sona ermesinden iyi bir duruma getirilmemelidir.

BUZ'a göre, iade borçlusu, iade konusu edimi tüketmesi, kendi malı ile karıştırması ya da birleştirmesi veya iyi niyetli üçüncü kişiye devretmesi durumunda, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu tutulur¹⁵⁰⁸. Dönme anına kadar, kural olarak, iyiniyetli olan iade borçlusu yalnızca elinde kalanı vermekle sorumlu tutulur. Ancak, edimi devretme karşılığında ikâme değer elde etmiş ise bu tutarı da iade etmek durumundadır.

Aynı etkili görüş çerçevesinde, sözleşmeden dönme hakkının muhataba ulaşmasıyla, mülkiyet hakkı, kendiliğinden, sözleşmeden dönme hakkı sahibine geri döner¹⁵⁰⁹. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce, beklenmedik hâlden ötürü meydana gelen zarara, zarara uğrayan bizzat katlanır¹⁵¹⁰. Ancak, sözleşmeden dönme öncesi, malik sıfatıyla hareket eden temerrüt borçlusu, satılan üzerinde tasarruflarından sorumlu tutulamaz¹⁵¹¹. TBK. m. 119 hükmü uyarınca, kusurlu olarak

¹⁵⁰⁴ Buz, Dönme, 197

¹⁵⁰⁵ Buz, Dönme, 201

¹⁵⁰⁶ Buz, Dönme, 202

¹⁵⁰⁷ Buz, Dönme, 204

¹⁵⁰⁸ Buz, Dönme, 201

¹⁵⁰⁹ Ehrat, 169

¹⁵¹⁰ Ehrat, 170

¹⁵¹¹ Ehrat, 171 vd.

temerrüde düşen borçlu temerrüt süresince, beklenmedik hâlden sorumludur. Borçlunun kusur olmaksızın temerrüde düşmesi ya da TBK. m. 119/II’de yer alan sorumsuzluk hâllerini ispatlaması durumunda ise beklenmedik hâlden sorumluluğa ilişkin genel kural uygulanır¹⁵¹².

3.2.9.3.1.2.2. Alman Hukuku Kapsamında

Alman Hukuku’nda bir kısım yazarlara göre, önceki BGB. § 327/II hükmü atfı uyarınca sebepsiz zenginleşmeye dair önceki BGB. § 818/III kapsamında olarak, dönme hakkının kullanılmasında sorumluluğu olmayan taraf elinde kalan zenginleşmeyi iade eder¹⁵¹³. Bu yazarlardan SICKINGER’e göre, dönme hakkı sahibi, dönme sebebinin öğrenilmesiyle, bu ayrıcalıktan yararlanamaz¹⁵¹⁴. Dönme hakkının kullanılmasında kusuru bulunmayan tarafın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu tutulacağına dair, önceki BGB. § 327/II hükmünden yalnızca dönme hakkı sahibi yararlanır¹⁵¹⁵. Ayrıca, kusursuz dönme hakkı muhatabı, saldo teorisi kapsamında olarak, sebepsiz zenginleşme ile sınırlı sorumluluğu uyarınca, edimler arasındaki değer farkını mahsup ederek kalan kısmı dönme hakkı sahibine iade eder¹⁵¹⁶. Ayrıca, kusurlu olarak temerrüde düşen borçlunun sorumluluğunu sebepsiz zenginleşme ile sınırlamamak gerekir¹⁵¹⁷.

Önceki BGB. dönemindeki bir kısım yazarlara göre, dönme hakkının kullanılması öncesinde edimin iadesinin imkânsızlaşması hâlinde, sözleşmeden dönme hakkı sona erer¹⁵¹⁸. Keza, dönme hakkının kullanılmasından önce, alıcının iade konusu edimi devretmesi, işlemesi vb. nedenlerle iadenin imkânsızlaşması durumunda, dönme hakkı kullanılamaz¹⁵¹⁹.

Sözleşmeden dönme üzerine meydana gelen tasfiye ilişkisinde, iade borcunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa edilmemesi gerekir. Önceki BGB. döneminde, dönme hakkı muhatabının dönme hükümlerine göre sorumlu tutulması

¹⁵¹² Ehrat, 171

¹⁵¹³ Dorschel, 164; Bergmann-Weidenbach, 36; Sickinger, 220

¹⁵¹⁴ Sickinger, 220

¹⁵¹⁵ Sickinger, 225

¹⁵¹⁶ Herold, s 96

¹⁵¹⁷ Glass, 90

¹⁵¹⁸ Dorschel, 51; Schmid, 155

¹⁵¹⁹ Schmid, 155

karşısında, BGB. § 818/III hükmüne yapılan atıf ile dönme hakkı sahibinin ise sebepsiz zenginleşme hükümleri ile sorumlu olması nedeniyle eleştirilmekteydi¹⁵²⁰. Keza, sözleşmeden dönme neticesinde tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması da kanun sistemiğine aykırı bulunmaktaydı¹⁵²¹.

Alman Hukuku'nda BGB. § 346/III hükmü uyarınca, kanuni dönme hakkında, iade imkânsızlığı riskinde dönme hakkı muhatabı sorumludur¹⁵²². Buradaki bir nevi yaptırım düşüncesi, kanuni dönme hakkında, dönme hakkı muhatabının sözleşmeyi ihlâl etmesinden ötürü dönme hakkı kullanılması nedeniyledir¹⁵²³. Zilyetliğin devri ile geçen hasarın, dönme hakkının kullanılmasıyla, dönme hakkı muhatabına geri dönmesi eleştirilmektedir¹⁵²⁴. Keza, kusursuz yükümlülük ihlâli durumunda, beklenmeyen hâl nedeniyle doğan zararın nakledilmesi de uygun bir gerekçe değildir¹⁵²⁵. Ayrıca, dönme hakkı sahibinin dönme hakkına dair bilgisinin olduğu anda edimin yok olmasından ötürü ayrıcalık tanınması da hakkaniyete aykırıdır¹⁵²⁶. Kural olarak, taraflar, iade konusu edimin kendi nezdinde imkânsızlaşmasından sorumludur¹⁵²⁷. Dönme hakkı sahibi lehine tanınan ayrıcalık istisnadır, kural hâline getirilmemelidir¹⁵²⁸. Aksi yöndeki görüşe göre, alıcının kanuni dönme hakkını kullanması durumunda, iade hasarının satıcıya ait olması uygundur¹⁵²⁹. Zira, bu durumda, satıcı edimini gereği gibi ifa etmemiştir¹⁵³⁰. Gereği gibi ifa etmeyen tarafın, hasar intikalinin kesin olduğuna haklı güveni yoktur¹⁵³¹. Her iki tarafın kusursuz

¹⁵²⁰ Dorschel, 177

¹⁵²¹ Dorschel, 177

¹⁵²² Sonnentag, 92; Wolgast, 174; MüKo. I/ Gaier, 871

¹⁵²³ Wolgast, 178; MüKo. I/ Gaier, 871

¹⁵²⁴ Hellwege, 57; Sonnentag, 92; Wolgast, 174: Yazar bu durumun kanuni dönme hakkı bakımından bulunduğunu ifade etmiştir.

¹⁵²⁵ Hellwege, 57

¹⁵²⁶ Hellwege, 57

¹⁵²⁷ Hellwege, 59; Wolgast, 169: Yazara göre, ancak bu görüş kabul edildiğinde, iade hasarı bakımından kusura ilişkin görüş farklılıkları ve sınırlama zorluklarından kaçınılabilir.

¹⁵²⁸ Hellwege, 60

¹⁵²⁹ Sonnentag, 92; Hellwege, 57; Wolgast, 175; Fikentscher, Heinemann, 328

¹⁵³⁰ Sonnentag, 92; Hellwege, 57; Wolgast, 175; Reinicke, Tiedtke, 86; Fikentscher, Heinemann, 328

¹⁵³¹ Sonnentag, 92; Wolgast, 175; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; Fikentscher, Heinemann, 328; Fest,

olması durumunda ise, iade hasarı, dönme hakkı sahibi lehinedir¹⁵³². Alıcının hâkimiyet alanındayken iade konusu edimin yok olmasından, kural olarak alıcının sorumlu tutulması hakkaniyete uygundur¹⁵³³. Nitekim, zararın kaynağı, iade borçlusuna daha yakın bir sebepten doğar ve iade borçlusun iade konusu edime etki edebilme imkânı daha yüksektir¹⁵³⁴. Bir görüşe göre, önceki BGB. § 350 hükmü uyarınca, dönme hakkı sahibinin kusuru olmaksızın edimin yok olması durumunda, bedelin iadesi gerekir¹⁵³⁵.

Bir görüşe göre, önceki BGB. § 351 hükmü uyarınca, dönme hakkı sahibinin edimin iadesinin imkânsızlığına neden olması durumunda -iade konusu edimin üçüncü kişiye devredilmesi de dahildir.- dönme hakkı sona erer iken, esaslı olmayan kötüleşme durumunda önceki § 347/I hükmü uyarınca § 989 kapsamında olarak tazminat sorumluluğu gündeme gelir¹⁵³⁶. Önceki BGB. § 351 kapsamındaki kötüleşmenin “esaslı” olması, taraflar arasındaki sübjektif ilişkiye göre değil, o işleme ilişkin objektif kriterlere göre tespit edilir¹⁵³⁷: Bu anlamda olmak üzere, ekonomik olarak onarıma değmesi ya da dönme hakkı muhatabı bakımından beklenebilir olması aranır¹⁵³⁸.

Ayrıca, dönme hakkının kullanılması öncesinde edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda, önceki BGB. § 306 hükmü kapsamında olarak, dönme beyanın yok hükmünde olduğu kabul edilerek, şartları mevcut ise, dönme hakkı sahibinin ifa edilmemeden doğan zararı talep etme konusunda “gerçek olmayan” bir değişim hakkı mevcuttur¹⁵³⁹. Ancak, kural olarak, önceki BGB. § 279 ve 249 hükmü çerçevesinde edimin yerine geçen ikâme değeri ödeme yükümlülüğü nedeniyle, iade imkânsız hâle gelmez¹⁵⁴⁰. Dolayısıyla, esasen objektif imkânsızlık söz konusu olmaz. Dönme hakkının kullanılmasından sonra edimin yok olması bakımından, önceki BGB. § 346

¹⁵³² Sonnentag, 92; Wolgast, 175; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; Palandt BGB./ Grüneberg, 582

¹⁵³³ Wolgast, 199

¹⁵³⁴ Wolgast, 208

¹⁵³⁵ Kaiser, 265; Sickinger, 144

¹⁵³⁶ Kaiser, 245; Bentum, 22

¹⁵³⁷ Kaiser, 251; Sickinger, 177

¹⁵³⁸ Sickinger, 177

¹⁵³⁹ Dorschel, 191 vd.

¹⁵⁴⁰ Dorschel, 192

ve 347 hükmü uygulanacak olması nedeniyle, aynı durum geçerlidir¹⁵⁴¹. Bir görüşe göre, sözleşmeden dönme beyanı öncesinde iade konusu edimin yok olması durumunda önceki BGB. § 350 hükmü, sonrasında yok olmasında ise önceki BGB. § 347 hükmü uygulanır¹⁵⁴².

BGB. § 346/II, c. 1 hükmündeki aynen iadenin mümkün olmaması şartı, ikame değer sorumluluğu yönünden, c. 2'de düzenlenen tüketme, devretme, hak ile sınırlama, işleme ve biçimini değiştirme hâllerinde de aranır¹⁵⁴³. BGB. § 346/II, c. 3 hükmü, c. 2'ye göre tali niteliktedir¹⁵⁴⁴. Kötüleşme terimi, iade konusunun değer kaybetmesi değil, ciddi biçimde aşınmasını kapsar¹⁵⁴⁵. İkâme değerini yanı sıra, BGB. § 346/I hükmü çerçevesinde elde edilen yararların iadesi iade alacaklısının menfaatinin korunması bakımından öngörülmüştür¹⁵⁴⁶. BGB. § 346/II, c. 1, b. 3 hükmü amacına uygun kullanmadan ötürü kötüleşme hâlini dışlamaktadır¹⁵⁴⁷. Ancak, edimin kullanılmış hâle gelmesi durumundan doğan zarar BGB. § 346/IV hükmü çerçevesinde BGB. § 280 ve 281 kapsamında tazminat olarak talep edilebilir¹⁵⁴⁸. Kötüleşme hâlinde, edimin iadesinde kısmi imkânsızlık olsa bile, yalnızca değer farkı ikâme değer teşkil eder¹⁵⁴⁹.

Kötüleşme durumunda alıcı, iade konusu edimi aynı şekilde iade eder¹⁵⁵⁰. Ancak, kötüleşen edimin kullanılması ya da değerlendirilmesi iade alacaklısından beklenemez ise edimin tamamının değeri iade edilir¹⁵⁵¹. İşleme ve biçimini değiştirme durumunda ise yok olmaya benzer biçimde edimin değeri ikâme değer olarak esas alınır¹⁵⁵².

¹⁵⁴¹ Dorschel, 190

¹⁵⁴² Sickinger, 143 vd.

¹⁵⁴³ Reinicke, Tiedtke, 90; Erman BGB./ Röthel, 1542; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; MüKo. I/ Gaier, 864; Fikentscher, Heinemann, 326

¹⁵⁴⁴ Reinicke, Tiedtke, 90

¹⁵⁴⁵ Bentum, 21; Reinicke, Tiedtke, 90; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; MüKo. I/ Gaier, 865; SMG Hirse/ Hirse, 96; Hirsch, 139

¹⁵⁴⁶ Reinicke, Tiedtke, 90; Schmidt, Rolf, 112; Herold, 191; Palandt BGB./ Grüneberg, 584

¹⁵⁴⁷ Reinicke, Tiedtke, 90

¹⁵⁴⁸ Reinicke, Tiedtke, 90; Gothe, 154; Palandt BGB./ Grüneberg, 583

¹⁵⁴⁹ Reinicke, Tiedtke, 90; Herold, 113

¹⁵⁵⁰ Dorschel, 36; Palandt BGB./ Grüneberg, 583

¹⁵⁵¹ Reinicke, Tiedtke, 91; Dorschel, 36: Yazar, bu durumu, ikâme değer değil, zararın giderilmesi kapsamında değerlendirmiştir.

¹⁵⁵² Reinicke, Tiedtke, 90 vd.

Hırsızlık ve istimlâk gibi durumlar yok olma kapsamında değerlendirilir¹⁵⁵³. BGB. § 346 hükmünün emredici olmadığını ifade etmek gerekir¹⁵⁵⁴.

BGB. hükümlerinde, sözleşmeden dönme beyanının açıklanması öncesinde, sözleşmesel yükümlülüklerin içerik değiştirmesinden doğan bir yükümlülüğün söz edilmemiştir¹⁵⁵⁵. BGB. § 346/IV hükmü, sözleşmeden dönme beyanı öncesine dair bir düzenleme değildir¹⁵⁵⁶. Sözleşme konusu edime ilişkin özen yükümlülüğü, dönme hakkı sahibinin, dönme hakkının kullanılmasının şartlarının mevcut olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği andan itibaren mevcuttur¹⁵⁵⁷.

Bir görüşe göre, hafif ihmâlin, ikâme değer bakımından değil, tazminata dair BGB. § 346/IV hükmü açısından sorumluluk doğurduğunun kabulü mümkün değildir¹⁵⁵⁸. BGB. § 346/III, b. 3 hükmü ile BGB. § 346'da yer alan tazminat hükmünün şartları aynı olmakla beraber, dördüncü fıkra ilaveten zararların da giderilmesine olanak tanır¹⁵⁵⁹. Dolayısıyla, BGB. § 346/III, b. 3 hükmü uyarınca, alıcı, dönme sebebine dair bilgisi olmasından itibaren her türlü kusurundan sorumludur¹⁵⁶⁰. Bir görüşe göre, bu sorumluluk hâli hem kanuni hem sözleşmesel dönme hakkı bakımından geçerlidir¹⁵⁶¹. Hak sahibinin, dönme sebebine dair bilgisinin olmasına rağmen iade konusu edime kast ya da ağır ihmâl ile zarar verir, durumunu kötüleştirir ise iade riskinin dönme hakkı muhatabına yüklenmesi hakkaniyete aykırı olur¹⁵⁶². Çelişkili davranış yasağı kapsamında olarak, benzeri durumların önüne geçmek mümkündür¹⁵⁶³.

¹⁵⁵³ Reinicke, Tiedtke, 91; Erman BGB./ Röthel, 1542; Palandt BGB./ Grüneberg, 581

¹⁵⁵⁴ Herold, 217; MüKo. I/ Gaier, 847; SMG Hirse/ Hirse, 94

¹⁵⁵⁵ Wolgast, 192

¹⁵⁵⁶ Wolgast, 192; Gothe, 154; Erman BGB./ Röthel, 1547; Teichmann, 46

¹⁵⁵⁷ Boels, 203; Wolgast, 190; Glass, 44, dn. 83; Reinicke, Tiedtke, 94 vd.; Gothe, 155; Erman BGB./ Röthel, 1548; Palandt BGB./ Grüneberg, 583; Jauernig BGB./ Stadler, 580; MüKo. I/ Gaier, 872; HK-BGB/ Schulze, 584; Teichmann, 46; Fest, 52

¹⁵⁵⁸ Reinicke, Tiedtke, 94; Aksi yönde görüş için bkz. Herold, 124

¹⁵⁵⁹ Reinicke, Tiedtke, 94

¹⁵⁶⁰ Reinicke, Tiedtke, 94; Schmid, 159

¹⁵⁶¹ Schmid, 159

¹⁵⁶² Schmid, 159

¹⁵⁶³ Schmid, 159

Bir görüşe göre, BGB. § 346/III, b. 3 hükmünün uygulama alanının, engelin türüne göre genişletilmesi gerekir¹⁵⁶⁴. İade konusu edimin kullanılması neticesinde yok olması, iade borçlusu kusurlu olmaksızın meydana gelen durumlara uygulanabilir¹⁵⁶⁵. Hırsızlık, kamulaştırma, başka ülkedeki politik nedenlerle edimin geri alınamaması ya da iade konusu edimin kaybolması bu hâllere örnek olarak gösterilebilir¹⁵⁶⁶. Buna karşın, iade konusunu devretme, herhangi bir hak ile sınırlanması hâllerine genişletilemez¹⁵⁶⁷. İade konusu edimin devredilmesi ya da bir hak ile sınırlanması durumunda, iade borçlusunun mal varlığına bir ikâme değer girmesi nedeniyle iade borcunun devam etmesi hakkaniyete aykırı değildir¹⁵⁶⁸. Aksi yöndeki görüşe göre, iade konusu edimin bir hak ile sınırlanması durumunda, alıcı BGB. § 346/III hükmünde yer alan ayrıcalıktan faydalanabilir¹⁵⁶⁹. Keza, malın tüketilmesi de kıyasen, bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁵⁷⁰.

İade konusu edimin, değerinin altında devredilmesi durumunda, kendi eylemlerinden sorumlu olan iade borçlusunun sorumluluğunda bir değişiklik olmaz¹⁵⁷¹. İade borçlusu, BGB. § 346/II, b. 3 uyarınca iade konusu edimi gereği gibi kullanmasına rağmen kötüleşmesi durumunda bu zarardan sorumlu değildir¹⁵⁷². Bu noktada örneğin alıcı, tamir masraflarını ödemek durumunda değildir¹⁵⁷³. Kötüleşme ile illiyet bağına sahip tamir masraflarını karşılaması durumunda ise, bunun iadesini talep edebilir.

Kusur, teknik ya da teknik olmayan anlamda, imkânsızlık durumundaki, ikâme değer sorumluluğunun şartı değildir¹⁵⁷⁴. Nitekim, önceki BGB. zamanında tartışmalara yol açan kusur ibaresinin yerine kendi işindeki özen ölçütü öngörülmüştür¹⁵⁷⁵. Ancak,

¹⁵⁶⁴ Sonnentag, 105; Boels, 78; Jauernig BGB./ Stadler, 579; MüKo. I/ Gaier, 867; Petersen, 64

¹⁵⁶⁵ Sonnentag, 105

¹⁵⁶⁶ Sonnentag, 105; Boels, 78; Jauernig BGB./ Stadler, 579; MüKo. I/ Gaier, 867; Petersen, 64

¹⁵⁶⁷ Sonnentag, 106

¹⁵⁶⁸ Sonnentag, 106

¹⁵⁶⁹ Boels, 114

¹⁵⁷⁰ Boels, 107; Palandt BGB./ Grüneberg, 582

¹⁵⁷¹ Sonnentag, 106

¹⁵⁷² Hellwege, 54; Wolgast, 210; Riewert, 265

¹⁵⁷³ Riewert, 265; Erman BGB./ Röthel, 1540

¹⁵⁷⁴ Hellwege, 54; Wolgast, 195; Erman BGB./ Röthel, 1547

¹⁵⁷⁵ Wolgast, 204; Schmid, 159; Riewert, 233; Coen, 203; Herold, 121; Herold, 132; MüKo. II/ Ernst, 597; Erman BGB./ Röthel, 1540; Jauernig BGB./ Stadler, 579; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; MüKo.

anılan özen ölçütünden ne anlaşılması gerektiği ve hangi davranış biçimlerini kapsadığı konusunda ilgili hükümde açıklık bulunmamaktadır¹⁵⁷⁶. Kendi işindeki özen ölçütüne BGB. § 277 hükmünde, BGB. § 276'nın düzenlemesine benzer şekilde yer verilmiştir¹⁵⁷⁷. Kendi işindeki özen ölçütü, makul bir kişinin kendi işinde göstereceği özen, somut olayın koşulları ve satış sözleşmesinin içeriği ile birlikte değerlendirilerek tespit edilir¹⁵⁷⁸. Aynı zamanda, zenginleşmeden bağımsız bir sorumluluk mevcuttur¹⁵⁷⁹. Bir görüşe göre, ağır kusur ile kendi işindeki özen ölçütünün ihlali durumunda, dönme hakkı muhatabının tazminat sorumluluğu sınırlandırılabilir¹⁵⁸⁰. Önceki BGB. § 352 hükmü uyarınca, dönme hakkı sahibinin edimi işlemesi ya da biçimini değiştirmesi durumunda, dönme hakkı sona erer¹⁵⁸¹. Anılan hüküm çerçevesinde, dönme hakkı sahibinin sorumluluğu bakımından sözleşmede öngörülen amaca uygun kullanım kriteri uygulanamaz¹⁵⁸².

Sözleşmeden dönme beyanı ya da ifa engeline dair bir bilginin öğrenilmesine kadar, edimin üzerindeki kullanıma dair herhangi bir sınırlama olmamalıdır¹⁵⁸³. Bu anlamda olmak üzere, geçmişe dönük davranış yükümlülükleri öngörmek, dönmenin ve tasfiyenin amacına aykırıdır¹⁵⁸⁴. Esas olarak, zarara, iade borçlusu katlanmalıdır¹⁵⁸⁵. Ancak, iade konusu edimden kaynaklanan bir ayıp ya da ticari hayatta olağan muayene neticesinde edimin zarara uğramasında hasara satıcı katlanır¹⁵⁸⁶. Dönme hakkı muhatabının edimin değeri ile sorumlu olmasının yanı sıra, dönme hakkı sahibinin

I/ Gaier, 871; SMG. Hirse/ Hirse, 97; Petersen, 45; Hirsch, 140; Fikentscher, Heinemann, 327; Brox, Walker, AG., 173; Looschelders, 53 vd.; Fest, 40; Linke, 55 vd.; Glass 41 önceki BGB. döneminde kusur kavramının teknik anlamda değil, kişinin kendi işindeki özen ölçütü olarak anlaşılması gerektiğini savunmuştur.

¹⁵⁷⁶ Wolgast, 204; Glass, 54

¹⁵⁷⁷ Wolgast, 204; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; MüKo. I/ Gaier, 872; Petersen, 45

¹⁵⁷⁸ Glass, 54; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; MüKo. I/ Gaier, 866

¹⁵⁷⁹ Hellwege, 100

¹⁵⁸⁰ Schmid, 159

¹⁵⁸¹ Schmid, 159; Esser, Schmidt, AG., 311

¹⁵⁸² Schmid, 159

¹⁵⁸³ Leser, 199

¹⁵⁸⁴ Leser, 199

¹⁵⁸⁵ Leser, 203; Wolgast, 155 vd.

¹⁵⁸⁶ Leser, 203

iade borcunun imkânsızlaşması durumunda dönme hakkını kullanamaz¹⁵⁸⁷. LESER, olması gereken hukuk bakımından, iade konusu edimin iade borçlusunun etki alanında olması ve tedbirlerin ancak onun tarafından alınabilmesi nedeniyle, önlenemeyen hâl dışındaki hâllerdeki imkânsızlıktan iade borçlusunu sorumlu tutmak gerektiği düşüncesindedir¹⁵⁸⁸.

Dönme hakkının kullanılması öncesinde edimin yok olması bakımından, önceki BGB. dönemindeki görüşe göre, iade konusu edimin hasarına dönme hakkı muhatabı katlanır¹⁵⁸⁹. Bir görüşe göre, önceki BGB. § 350 hükmüne göre, iade hasarı satıcıya döner¹⁵⁹⁰. Ancak, iade konusu edimin kusurlu olarak zarar görmesi ya da yok olması durumunda, iade hasarı alıcıdadır¹⁵⁹¹. Keza, TBK. m. 228/II hükmüne paralel biçimde, önceki BGB. § 352 hükmü uyarınca, dönme hakkı sahibinin edimin biçimini değiştirmesi, işlemesi durumunda dönme hakkı sona ermektedir¹⁵⁹². Edimin ayıplı olmasından doğan sorumluluğa benzer olarak, temerrüt durumunda, sözleşme öncesi durumun tesis edilmesi bakımından her iki taraf yükümlü iken, bu kapsamda dönme hakkı muhatabı “hasarı” gidermekle sorumludur¹⁵⁹³.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce, iade konusu edimin devredilmesi, bir hak ile sınırlandırılması durumunda, iade konusu edimin aynen iadesi ya da sınırlandırılan haktan kurtarılması yükümlülüğünün mü yoksa buna rağmen yalnızca ikâme değeri ifanın yeterli olduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir¹⁵⁹⁴. Diğer deyişle, aynen iadenin imkânsızlığının ikâme değer sorumluluğunun bir şartı olup olmadığı yoksa aynen iadenin yerine en başından ikâme değer ödeme imkânının bulunup bulunmadığı ortaya konmalıdır. İade borçlusunun, devrettiği edimi yeniden geri alma ya da edim üzerindeki sınırlandırmayı ortadan kaldırma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁸⁷ Leser, 204

¹⁵⁸⁸ Leser, 204

¹⁵⁸⁹ Dorschel, 189

¹⁵⁹⁰ Schmid, 153; Kaiser, 247

¹⁵⁹¹ Schmid, 169

¹⁵⁹² Kaiser, 251; Esser, Schmidt, AG., 311

¹⁵⁹³ Dorschel, 190

¹⁵⁹⁴ Wolgast, 223

¹⁵⁹⁵ Wolgast, 224

3.2.9.3.1.3. İade Konusu Edimin Dönme Hakkının Kullanılmasından Sonra İmkânsızlaşması

3.2.9.3.1.3.1. Türk/ İsviçre Hukuku Kapsamında

Dönme hakkının kullanılmasından sonra, iade konusu edimin, üçüncü kişiye devredilmesi, tüketilmesi, durumunun kötüleştirilmesi vb. hâllerde, iade konusu aynen iade edilemez. Bu takdirde, iade konusu edime ilişkin hasara kimin katlanması gerektiği sorunu gündeme gelir.

İade borçlusunun sorumluluğu bakımından, dönme hakkının kullanılmasından önce iade konusu edimin imkânsızlaşması ile sonra imkânsızlaşması arasında bir fark yaratılmamalıdır¹⁵⁹⁶. BUZ'a göre, dönme hakkının kullanılması neticesinde, iade borçlusunun kötü niyetli haksız zilyet olması nedeniyle, beklenmedik hâlden sorumlu tutulması mümkündür¹⁵⁹⁷.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonra edimin imkânsızlaşmasına TBK. m. 112 (OR. Art. 97) ve TBK. m. 136 (OR. Art. 119) uygulanır¹⁵⁹⁸. İade alacağının olağan bir yükümlülük olması nedeniyle, sonraki kusurlu imkânsızlıktan iade borçlusu sorumlu olur¹⁵⁹⁹. TBK. m. 114 (OR. Art. 99) hükmü uyarınca, satıcı ve alıcı her türlü kusurundan sorumludur¹⁶⁰⁰. İade borcunda temerrüde düşmesi hâlinde, taraflar, TBK. m. 119 (OR. Art. 103) hükmü uyarınca, beklenmedik hâlden de sorumludur¹⁶⁰¹. Sözleşmeden dönme sonrasında, kusur olmaksızın iade yükümlülüğünün imkânsızlaşmasında iade alacağı TBK. m. 136/I (OR. Art. 119) hükmü uyarınca sona erer¹⁶⁰². TBK. m. 136/II hükmüne kıyasen, iade alacaklarının birbirine denk olduğu ölçüde, karşı tarafın iade alacağı da sona erer¹⁶⁰³. Diğer deyişle, temerrüt borçlusunun ediminin çok azını ifa etmesi, temerrüt alacaklısının ediminin tamamını ifa etmesi ve temerrüt alacaklısının kusuru olmaksızın iadenin imkânsızlaşması gibi durumlarda TBK. m. 136/II hükmü, iadesi imkânsızlaşan düşük

¹⁵⁹⁶ Buz, Dönme, 215

¹⁵⁹⁷ Buz, Dönme, 215

¹⁵⁹⁸ Glass, 34; Schenker, 271; Eren Şerh, 2434; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; Antalya, 589

¹⁵⁹⁹ Schenker, 271

¹⁶⁰⁰ Schenker, 271; Dorschel, 170

¹⁶⁰¹ Schenker, 271; Glass, 34

¹⁶⁰² Schenker, 271; Basler Kom./ Wiegand 633; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹⁶⁰³ Schenker, 271; Basler Kom./ Wiegand, 633; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

kısım nispetinde uygulanır¹⁶⁰⁴. Bu kabul, aynı zamanda, iade borçları arasındaki fiili sinallagmanın bir sonucudur¹⁶⁰⁵.

TBK. m. 228/II hükmüne kıyasen, “*satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı*”nın dönme hakkı sona erer. Bu hüküm kapsamında düzenlenmeyen beklenmedik hâl nedeniyle iadenin imkânsızlaşmasında, iade hasarına satılanı elinde bulunduran alıcı katlanmalıdır. Zira, hasarın intikâli kuralları kapsamında olarak, zarara malik katlanmalıdır. Ancak, satıcının, iade borcunda alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, TBK. m. 208/II hükmüne kıyasen hasar satıcıya geçer. Dolayısıyla, satıcının edimi iadede alacaklı temerrüdüne düşmesi ve beklenmedik hâl nedeniyle satılanın yok olması hâlinde iade hasarına satıcı katlanır.

Bir görüşe göre, dönme hakkı muhatabı, iade konusu edimi iade etmesi gerektiğini bildiği andan itibaren, her türlü kusurundan sorumludur¹⁶⁰⁶. İade konusu edimi devretmesi hâlinde, edimin değeri yanında, TBK. m. 88 hükmü uyarınca faizini de gidermelidir¹⁶⁰⁷. Keza, iade borçlusu, TBK. m. 80 hükmüne kıyasen zorunlu ve yararlı giderleri talep edebilir¹⁶⁰⁸.

3.2.9.3.1.3.2. Alman Hukuku Kapsamında

HEROLD’a göre, dönme beyanının muhataba ulaşması sonrasında, tarafların tasfiye ile yükümlü olması nedeniyle, iade konusu edimin iade edilememesi ya da kötüleşmesi durumunda, önceki BGB. § 347 atfı ile önceki BGB. § 989 hükmü çerçevesinde, sebepsiz zenginleşme kapsamında tazminat sorumluluğu doğmaktadır¹⁶⁰⁹. Nitekim, dönme beyanının öğrenilmesi neticesinde, tasfiye yükümlülükleri çerçevesinde olarak, tarafların iade konusu edime ilişkin özen yükümlülüğü meydana gelir¹⁶¹⁰. Keza, dönme beyanı sonrasında, “gerçek anlamda” kusur söz konusu olur¹⁶¹¹. Bu durumda,

¹⁶⁰⁴ Schenker, s 271

¹⁶⁰⁵ Leser, 215; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹⁶⁰⁶ Bucher, 377; Erman BGB./ Röthel, 1548

¹⁶⁰⁷ Bucher, 377

¹⁶⁰⁸ Bucher, 377; Antalya, 588

¹⁶⁰⁹ Herold, 105

¹⁶¹⁰ Herold, 105; Benzer yönde bkz. Sickinger, 201

¹⁶¹¹ Glass, 45; Herold, 106

edimin kullanılması doğrudan kusur teşkil etmez¹⁶¹². Özen yükümlülüğünü ihlâl etmeyen muhatap, edimi iade yükümlülüğünden kurtulmaktadır¹⁶¹³.

Dönme hakkının kullanılmasından sonra satılan kendisine kısmen ifa edilen alıcı, her türlü kusurundan sorumludur¹⁶¹⁴. Bu yükümlülük en geç, dönme beyanının açıklanmasıyla başlar¹⁶¹⁵. Sözleşme ilişkisi taraflarının genelde hukuka ilişkin meslek sahipleri dışındaki kişilerden oluşması nedeniyle, dönmeye esas teşkil eden olay değil, dönme hakkına ilişkin bilgisinin olduğu an esas alınır¹⁶¹⁶. Sözleşme ve tasfiye ilişkisinde, edime ilişkin özen yükümlülüğü eşit ölçüdedir¹⁶¹⁷. Benzer yöndeki görüşe göre, tasfiye ilişkisine dair özen ölçütünün tespitinde sözleşme esas alınır¹⁶¹⁸. Dönme hakkının varlığını ağır ihmâl nedeniyle bilmeme hâlinde de BGB. § 346/III hükmünde öngörülen kendi içindeki özen ölçütünün aynı zamanda ağır ihmali kapsamı nedeniyle, sözleşme konusu edime ilişkin özen yükümlülüğü mevcuttur¹⁶¹⁹. Ancak, ağır olmayan ihmâl durumunda ise özen yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁶²⁰. Zira, dönme hakkı sahibinin, hakkın varlığına ilişkin bir araştırma yükümlüğü yoktur¹⁶²¹. Keza, dönme hakkına ilişkin bilgisizliğe dair ihmâli davranışın gerçekleştiği anın tespiti de ayrı bir güçlük arz eder¹⁶²².

Dönme hakkının kullanılmasından sonra, iade borçlusu alıcı, iade konusu satılardan faydalanamaz¹⁶²³. Ondan ancak, iade alacaklısının menfaatinin gerektirdiği ya da iade borçlusunun menfaatinin baskın olduğu durumlarda faydalanabilir¹⁶²⁴. Yarış atının yürütülmesi, işletmenin faaliyetine devam edilmesi gibi hâller bu duruma örnek

¹⁶¹² Sickinger, 201

¹⁶¹³ Glass, 23; Herold, 106

¹⁶¹⁴ Glass, 45; Reinicke, Tiedtke, 94; PWW. Kom./ Stürner, 648

¹⁶¹⁵ Wolgast, 190; Benzer yönde bkz. Sickinger, 239; Erman BGB./ Röthel, 1548; Jauernig BGB./ Stadler, 580; HK-BGB/ Schulze, 584; Petersen, 69; vd.; Teichmann, 46; Herold, 124; BGB. taslağı sonuç raporunda da bu durum ifade edilmektedir.

¹⁶¹⁶ Boels, 205; Wolgast, 198

¹⁶¹⁷ Boels, 203

¹⁶¹⁸ Erman BGB./ Röthel, 1548

¹⁶¹⁹ Boels, 205; Erman BGB./ Röthel, 1548; MüKo. I/ Gaier, 873

¹⁶²⁰ Boels, 206; Reinicke, Tiedtke, 93; MüKo. I/ Gaier, 874

¹⁶²¹ Boels, 206

¹⁶²² Boels, 206; Wolgast, 184

¹⁶²³ Sonnentag, 115; Boels, 216

¹⁶²⁴ Sonnentag, 116; Boels, 216; Reinicke, Tiedtke, 95

gösterilebilir¹⁶²⁵. Tazminat sorumluluğundan kurtulmak bakımından, alıcının, iade konusu edimi zarardan korumak adına gereken ve beklenebilen ölçüdeki önlemleri aldığını ispat etmesi gerekir¹⁶²⁶. Alıcı, edimin iadesinde temerrüde düşmesi durumunda, beklenmeyen hâl sonucu edimin kötüleşmesinden sorumludur¹⁶²⁷. Satıcının, edimin iadesinde alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, alıcının sorumluluğu ağır ihmâl ile sınırlanır ve iade konusu edimin beklenmedik hâlden ötürü zarar görmesi nedeniyle, iade hasarı satıcıya ait olur¹⁶²⁸. Dönme hakkı sahibinin edimin iadesinde temerrüde düşmesi hâlinde, muhatabın tayin ettiği sürenin dolması neticesinde, iade isteme hakkı ortadan kalkar¹⁶²⁹. Şartların mevcut olması hâlinde, tazminat talep edebilir¹⁶³⁰.

Borç ilişkisinde, tarafların, dönme beyanının açıklanması sonrasında birbirinin menfaatini korumak noktasında objektif özen yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁶³¹. Özen yükümlülüğüne aykırılık hâlinde, TBK. m. 112 hükmü uyarınca, borca aykırılık kapsamında olarak tazminat talep edilebilir. Alman Hukuku'nda, BGB. § 346/IV ile tazminata ilişkin genel hükümlere atıf yapılarak, tasfiye ilişkisinde, alacaklının, yükümlülük ihlali hâlinde tazminat talep edebileceği hükme bağlanmıştır¹⁶³². Diğer deyişle, borca aykırılık hükümleri, aynı zamanda bir borç ilişkisi teşkil eden, dönme ilişkisine de uygulanabilir¹⁶³³. Keza, fiilen elde edilen yararlar verilen zarar da bu hüküm kapsamında olarak talep edilebilir¹⁶³⁴. Yararın iadesinde, temerrüt hâlinde,

¹⁶²⁵ Sonnentag, 116; Reinicke, Tiedtke, 95

¹⁶²⁶ Boels, 216

¹⁶²⁷ Boels, 216

¹⁶²⁸ Boels, 216

¹⁶²⁹ Bucher, 378

¹⁶³⁰ Bucher, 378; Riewert, 361; BGB. § 346/IV atfı ile § 280 uyarınca talep edilir.

¹⁶³¹ Boels, 202; Erman BGB./ Röthel, 1548

¹⁶³² Boels, 203; Wolgast, 192; Reinicke, Tiedtke, 94; Riewert, 361; Gothe, 154; PWW. Ko./ Stürner, 648; Erman BGB./ Röthel, 1547; Jauernig BGB./ Stadler, 580; SMG. Hirse/ Hirse, 98 vd.; HK-BGB/ Schulze, 584; Petersen, 69; Teichmann, 46; Fikentscher, Heinemann, 329; Brox, Walker, AG., 171

¹⁶³³ Riewert, 362; Jauernig BGB./ Stadler, 580

¹⁶³⁴ Reinicke, Tiedtke, 94; Riewert, 361

temerrüt faizi talebine imkân tanımak gerekir¹⁶³⁵. Kural olarak, tazminattan söz edebilmek bakımından, yükümlülüğün ihlâl edilmesi gerekir¹⁶³⁶.

Alıcı, BGB. § 277 hükmünde yer alan özen ölçütüne göre, kast ve ağır ihmâlinde sorumludur¹⁶³⁷. Alıcının tazminat sorumluluğu özen yükümlülüğünün ihlâlinde kusurlu olmasını gerektirir¹⁶³⁸. BGB. § 346/III hükmünde yer alan özen ölçütü, tazminat sorumluluğu bakımından kıyasen de olsa uygulanmaz¹⁶³⁹. Sözleşmeden dönme beyanının ulaşmasından önceki olayın zarara neden olması tazminata engel değildir¹⁶⁴⁰. Anılan hükümdeki ayrıcalık, dönme hakkı sahibinin, ne dönme hakkına ilişkin bilgisinin olması ne de bilgisinin olmasının gerekmesi durumunda tanınmıştır¹⁶⁴¹. Dönme hakkına ilişkin bilgisinin olması durumunda, BGB. § 346/III hükmü uygulanmaz: Genel hükümlere göre tazminat hakkı söz konusu olur¹⁶⁴².

Kanun koyucu, dönme hakkı sahibinin, dönme hakkına ilişkin bilgisinin olması durumunda, sorumluluk ölçütünü ağırlaştırmak istemiştir¹⁶⁴³. Bu amaca, tazminat sorumluluğu ile erişilir¹⁶⁴⁴. Dolayısıyla, bu durumda ifa engellerine ilişkin genel hükümlerin uygulanmasını gerekir¹⁶⁴⁵. Tazminat sorumluluğu bakımından, BGB. § 280/I hükmü uyarınca alıcı, kendi kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir¹⁶⁴⁶. Teknik anlamda kusur, böyle bir yükümlülük ihlâli durumunda söz konusu olur¹⁶⁴⁷. Bu tarz bir yükümlülük ise, dönme hakkı sahibinin, dönme durumunu bildiği veya bilmesi gerektiği anda söz konusudur¹⁶⁴⁸. Aksi yöndeki görüşe göre,

¹⁶³⁵ Riewert, 362

¹⁶³⁶ Wolgast, 192; Erman BGB./ Röthel, 1547

¹⁶³⁷ Wolgast, 174; Reinicke, Tiedtke, 93

¹⁶³⁸ Boels, 207

¹⁶³⁹ Boels, 209

¹⁶⁴⁰ Palandt BGB./ Grüneberg, 583

¹⁶⁴¹ Boels, 209; Aksi yönde görüş için bkz. Wolgast, 172

¹⁶⁴² Boels, 209; Wolgast, 190; Riewert, 365; Erman BGB./ Röthel, 1547; Palandt BGB./ Grüneberg, 583; Jauernig BGB./ Stadler, 580; Brox, Walker, AG., 174

¹⁶⁴³ Boels, 209; Wolgast, 191; Riewert, 365; Brox, Walker, AG., 174

¹⁶⁴⁴ Boels, 209; Brox, Walker, AG., 174

¹⁶⁴⁵ Boels, 209 vd.; Wolgast, 191; Riewert, 365

¹⁶⁴⁶ Boels, 215; MüKo. I/ Gaier, 872

¹⁶⁴⁷ Wolgast, 204 vd.; Kaiser, 259; Erman BGB./ Röthel, 1547; MüKo. I/ Gaier, 872

¹⁶⁴⁸ Wolgast, 205; MüKo. I/ Gaier, 876

dönme durumunu bilmesi ya da bilmesi gerekmesi hâli sorumluluğun ağırlaştırılmasına mesnet tutulamaz¹⁶⁴⁹.

Dönme hakkı sahibi, dönme hakkına dair bilgisinin olmasına rağmen, edimi devretmesi ya da bir hak ile sınırlaması gibi durumda tazminat ile sorumludur¹⁶⁵⁰. Nitekim, bu takdirde alıcı, çelişkili davranma yasağına aykırı davranmış olur¹⁶⁵¹. Bu durumda teknik anlamda kusur söz konusudur¹⁶⁵².

Tasfiye ilişkisindeki sorumluluğun kapsamı, sözleşmeden dönmeye neden olan sözleşme ihlâline kimin sebep olduğuna göre değil, iade konusu edimin yok olması veya kötüleşmesinden kimin sorumlu olduğuna göre belirlenir¹⁶⁵³. Bu noktada esas olan, çelişkili davranma yasağıdır. Dönme hakkı sahibinin dönme durumuna dair bilgisinin olmaması durumunda, böyle bir yükümlülük söz konusu olmaz¹⁶⁵⁴. Aynı zamanda, sözleşmeden dönmeye kimin sebep olduğu da iade hasarının kime ait olduğunun tespiti noktasında belirleyicidir¹⁶⁵⁵. İkâme değer ve tazminat sorumluluğu, bu bakımından birbirini tamamlar. Diğer deyişle, ikâme değer sorumluluğu bakımından tanınan ayrıcalık, tazminat hakkı ile dengelenir¹⁶⁵⁶.

Hak sahibinin sözleşmeden dönme hakkına dair bilgisi, ikâme değer sorumluluğu bakımından önem arz etmez¹⁶⁵⁷. Dönme beyanından sonra edimin kötüleşmesi durumunda, dönme hakkı saklıdır¹⁶⁵⁸.

DORSCHEL'e göre, dönme hakkının kullanılmasından sonra edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda, iade hasarına satıcı katlanır: Satıcı satış bedelini iade etmek durumundadır¹⁶⁵⁹. Ayrıca, iade konusu edimin sözleşmeden dönme hakkının

¹⁶⁴⁹ Dorschel, 161

¹⁶⁵⁰ Dorschel, 172; Boels, 118; Herold, 109; Erman BGB./ Röthel, 1547

¹⁶⁵¹ Boels, 118; Herold, 109

¹⁶⁵² Dorschel, 163; Herold, 109; Erman BGB./ Röthel, 1547

¹⁶⁵³ Wolgast, 182

¹⁶⁵⁴ Wolgast, 205

¹⁶⁵⁵ Wolgast, 182

¹⁶⁵⁶ Riewert, 365

¹⁶⁵⁷ Boels, 88

¹⁶⁵⁸ Boels, 88

¹⁶⁵⁹ Dorschel, 34: Yazar bu sonuca, önceki BGB. § 350 hükmünde, dönme hakkı sahibine, iadenin beklenmeyen hâl nedeniyle imkânsızlaşmasına rağmen, dönme hakkını kullanabileceğine olanak tanınmasından varmaktadır.

kullanılmasından sonra imkânsızlaşması durumunda, dönme beyanı, kural olarak, ikâme değere ilişkin talepler kapsamında tasfiyenin gerçekleştirilmesi gereği nedeniyle, geri alınamaz¹⁶⁶⁰.

3.2.9.3.1.4. İade Konusu Edimin İmkânsızlaşması Halinde İkâme Değerin Hesaplanması

İade konusu edimin, tüketme, işleme, karışma, devretme gibi nedenlerle imkânsızlaşması hâlinde, sorumluluk edimin değeri yönünden devam eder¹⁶⁶¹. Keza, TBK. m. 125/III hükmünde edimin iadesinden bahsedilmesinden, aynen iadenin asli, ikame değerini tali olarak talep edilebileceği anlaşılır¹⁶⁶². Sözleşme öncesi durumun tesisi kusursuz temerrüt hâlinde bile ikâme değeri talep edilebilmesiyle mümkündür¹⁶⁶³.

İade imkânsızlığı bakımından edimin mübadele değerinin esas alınması, onun ikâme değeri ile birlikte düşünülmesini gerektirir¹⁶⁶⁴. Bu kabul sayesinde, edimler tek bir değer olarak soyutlanır ve tasfiye bakımından değer biçilebilen malvarlığı geçişleri kapsamında hesaba katılır¹⁶⁶⁵. Geçerli bir sözleşme uyarınca ifa edilen edim, alıcının mal varlığına en azından sübjektif olarak eklenir¹⁶⁶⁶. Sözleşmenin akdedilmesi anında edim ile onun ikame değerinin birlikte var olduğunun kabulü, aynı zamanda, ifanın muhatabının edim üzerindeki tasarruf özgürlüğünün kısıtlanmasına engel olur¹⁶⁶⁷. Bu ikâme değer, iade borçlusunun fiili neticesinde, edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda onun yerine geçer¹⁶⁶⁸. Keza ikame değer, bir tazminat değil, edime ilişkin

¹⁶⁶⁰ Boels, 61

¹⁶⁶¹ Ehrat, 180; Sonnentag, 127; Boels, 73; Wolgast, 173; Glass, 98; Dorschel, 144; Riewert, 232; Erman BGB./ Röthel, 1542; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; Jauernig BGB./ Stadler, 578; MüKo. I/ Gaier, 865; Hirsch, 138

¹⁶⁶² Ehrat, 180; Alman Hukuku için bkz. Hellwege, 59; Wolgast, 161; Hirsch, 139

¹⁶⁶³ Ehrat, 181

¹⁶⁶⁴ Leser, 199; Hellwege, 94

¹⁶⁶⁵ Leser, 199

¹⁶⁶⁶ Leser, 199

¹⁶⁶⁷ Leser, 199

¹⁶⁶⁸ Leser, 199; Riewert, 263

değerdir¹⁶⁶⁹. İade sorumluluğu edimin değeri ve onun yararlarını kapsar¹⁶⁷⁰. Alıcı, edimden istediği gibi yararlanabilir hatta onu yok edebilir¹⁶⁷¹.

Diğer taraftan, iade borçlusu, TBK. m. 79 hükmü uyarınca, zenginleşmenin elinden çıktığı itirazında bulunamaz¹⁶⁷². İade konusu edime, yapmış olduğu masrafları, ikâme değerden mahsup edebilir¹⁶⁷³.

Sözleşmenin akdedilmesi ile dönme hakkının kullanılması arasında kayda değer bir zaman bulunmaktadır. Bu zaman aralığında iade konusu edimin değerinde azalma ve eksilmeler meydana gelebilir. Bu takdirde, iade konusu edimin imkânsızlaşması durumunda, edimin hangi andaki değerinin esas alınacağı tartışma konusu olmuştur.

3.2.9.3.1.4.1. İade Anındaki Değerin Esas Alınması Görüşü

BUZ'a göre, iadesi imkânsızlaşan edimin iade anındaki değerinin esas alınması yüksek enflasyonun hâkim olduğu ülkemiz bakımından hakkaniyete uygundur¹⁶⁷⁴.

BUZ'a göre, Alman yargı uygulamasından yola çıkarak, iade borcunun paraya dair olması hâlinde, TBK. m. 51/I hükmü uyarınca hâkim, iade borçlusunun iade etmesi gereken parayı iktisap ettiği andaki gerçek değerini, döviz kurlarındaki yükselme veya fiyat artış oranı dikkate alarak belirlemelidir¹⁶⁷⁵. Benzer yöndeki görüşe göre, edimin iade anındaki değeri esas alınır¹⁶⁷⁶.

İade konusu edimin kötüleşmesi durumunda, iade borçlusu, edimin önceki değeri ile şu anki değeri arasındaki farkı tazmin eder¹⁶⁷⁷. Edimde fonksiyonel ya da maddi olarak dezavantaj yaratan, tüm kötüleşmeler bu kapsamda değerlendirilir¹⁶⁷⁸. Ancak, olağan kullanım neticesinde meydana gelen kötüleşmelere ilişkin bir imkânsızlık durumunda,

¹⁶⁶⁹ Leser, 199

¹⁶⁷⁰ Leser, 202; Wolgast, 211; Riewert, 238; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491; Hirsch, 141; Antalya, 588

¹⁶⁷¹ Leser, 199

¹⁶⁷² Ehrat, 181 vd.; Hellwege, 95; Boels, 88; Boels, 196: Zenginleşmenin elden çıktığına dair itiraz BGB. § 818/III hükmünde düzenlenmektedir.

¹⁶⁷³ Hellwege, 95; Erman BGB./ Röthel, 1550; MüKo. I/ Gaier, 884; Teichmann, 47

¹⁶⁷⁴ Buz, Dönme, 220

¹⁶⁷⁵ Buz, Dönme, 222

¹⁶⁷⁶ Ehrat, 181; Dorschel, 154

¹⁶⁷⁷ Hellwege, 96; Boels, 74; Dorschel, 198

¹⁶⁷⁸ Boels, 74

ikâme değer sorumluluğu yoktur¹⁶⁷⁹. Bu kullanımlar, BGB. § 346/I hükmü uyarınca, elde edilen yararlar kapsamında iade edilir¹⁶⁸⁰. Bir görüşe göre, sözleşmesel dönme hakkında, ev başkanının olağan kullanımı esas alınarak, bu çerçevedeki kullanım neticesinde iade konusu edimin yok olması hâlinde sözleşmeden dönme hakkı varlığını korur¹⁶⁸¹. Kullanımın olağanı aşması durumunda tazminat sorumluluğu gündeme gelir¹⁶⁸².

3.2.9.3.1.4.2. Sözleşmede Kararlaştırılan Değerin Esas Alınması Görüşü

Alman Hukukunda bir kısım yazarlara göre, edimin sözleşmede belirlenen değeri, ikâme değer olarak esas alınmalıdır¹⁶⁸³. Keza, BGB. hükümet tasarısında da ikâme değer karşı edimin “yerine” talep edilebileceği ifade edilmiştir¹⁶⁸⁴. Nitekim, BGB. § 346/II hükmü de bu şekilde düzenlenmiştir. Eski hâlin iadesi de (restitutio in integrum), ancak bu şekilde sağlanır¹⁶⁸⁵. Sübjektif değer esas alınması, edimler arasındaki sübjektif denklik prensibi ve sözleşme özgürlüğünün korunmasına da hizmet eder¹⁶⁸⁶. Taraflar arasındaki, edim-karşı edime dair anlaşma, bu edimlerin değerlerinin denk olarak görüldüğünü gösterir¹⁶⁸⁷.

Sözleşmeden dönmenin amacı, dönme hakkı sahibini, dezavantajlı sözleşmeye karşı korumak değildir¹⁶⁸⁸. Aynı şekilde, sözleşmeden dönme hâlinde, satış bedelinin içinde

¹⁶⁷⁹ Boels, 74; Erman BGB./ Röthel, 1542; MüKo. I/ Gaier, 865; Petersen, 63; Hirsch, 139

¹⁶⁸⁰ Boels, 74; Erman BGB./ Röthel, 1542; Wolgast, 173: Anılan hüküm hem kanuni hem de sözleşmede kararlaştırılan dönme hakkı bakımından doğrudan uygulanır. Nitekim, birinci fıkra hükmü bakımından kanuni ve sözleşmede kararlaştırılan dönme hakkı arasında ayırım yapılmasının haklı bir gerekçesi yoktur. Wolgast, 211

¹⁶⁸¹ Dorschel, 159

¹⁶⁸² Erman BGB./ Röthel, 1542

¹⁶⁸³ Boels, 191; Wolgast, 228; Gothe, 149; Erman BGB./ Röthel, 1543; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; Jauernig BGB./ Stadler, 578; MüKo. I/ Gaier, 854; Petersen, 64; Brox, Walker, AG., 174; Kaiser, 113

¹⁶⁸⁴ Boels, 191: Yazar ayrıca, sözleşmede karşı edim bakımından tayin edilen değer genel bir kriter olarak esas alınamayacağını, yalnızca ikâme değer hesaplanmasında dikkate alınabileceğini ifade etmektedir. Tasarıdaki düzenleme şu şekildedir: “*Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, so tritt sie an die Stelle des Wertersatzes.*”; Wolgast, 228; Erman BGB./ Röthel, 1543; HK-BGB/ Schulze, 583; Hirsch, 138

¹⁶⁸⁵ Wolgast, 231

¹⁶⁸⁶ Wolgast, 232

¹⁶⁸⁷ Wolgast, 232; Jauernig BGB./ Stadler, 578

¹⁶⁸⁸ Wolgast, 232

yer alan kârın mahsup edilmesi olanaklı değildir¹⁶⁸⁹. Sözleşme konusu edimin piyasa fiyatının esas alınması ya da kâr unsurunun mahsup edilmesi beraberinde ispat güçlüklerini getirir¹⁶⁹⁰. Nitekim, taraflar arasındaki bedele dair anlaşma, objektife en yakın değeri ortaya koyar¹⁶⁹¹. Sözleşmede belirlenen değer dikkate alınırken, edimin mevcut durumu göz ardı edilmemelidir¹⁶⁹². Zira, iade konusu edimin ayıplı olması durumunda, sözleşmede belirlenen değer esas alınmaması gerekir. Sözleşmede bir belirleme olmaması hâlinde, edimin objektif değeri esas alınır.

Edimin hangi andaki değerinin esas alınacağına karar verirken, alıcının korunmasındaki amaç yeterli derecede göz önünde tutulmalıdır¹⁶⁹³. Satılanın ayıplı olarak teslim edilmesi durumunda, satıcı, satılanı daha yüksek fiyat ile bir üçüncü kişiye satacağını iddia edemez¹⁶⁹⁴. Satılanın piyasa fiyatındaki değişiklik riski, satılanın objektif değerinin esas alınmasının, dönme sebebi olarak ayıplı teslim ile özel bir ilişkisi bulunmamaktadır¹⁶⁹⁵.

Diğer görüşe göre, edimin iadesinin borçlunun kusuru ile imkânsızlaşması, devredilmesi, biçiminin değiştirilmesi durumunda, sözleşmedeki değer ya da daha yüksek olan objektif değer esas alınır¹⁶⁹⁶. Ancak, edimin ayıplı olması durumunda, ayıba ilişkin BGB. m. 441/III hükmü çerçevesinde, bedel indirilerek değerlendirilir¹⁶⁹⁷. Bir görüşe göre, sözleşmesel nitelikte olan tasfiye ilişkisinde, sebepsiz zenginleşmeye göre kanuni nitelikteki tasfiye ilişkisinden farklı olarak, edimin objektif değil, sübjektif değerine göre tayin edilir¹⁶⁹⁸. Benzer yöndeki görüşe göre, doğrudan, objektif değer esas alınmalıdır¹⁶⁹⁹. Alacaklıya sağladığı yarara göre sübjektif değer dikkate alınamaz. DORSCHER'e göre, esas olarak edim değerinin

¹⁶⁸⁹ Wolgast, 233

¹⁶⁹⁰ Wolgast, 233

¹⁶⁹¹ Wolgast, 233

¹⁶⁹² Erman BGB./ Röthel, 1543; MüKo. I/ Gaier, 855

¹⁶⁹³ Boels, 190

¹⁶⁹⁴ Boels, 190

¹⁶⁹⁵ Boels, 190

¹⁶⁹⁶ Sonnentag, 127 vd.; Objektif değer esas alınması görüşü için bkz. Reinicke, Tiedtke, 91

¹⁶⁹⁷ Reinicke, Tiedtke, 91; MüKo. I/ Gaier, 868

¹⁶⁹⁸ Hellwege, 93, dn. 380

¹⁶⁹⁹ PWW. Kom./ Stürner, 647

mahsubunu içeren Saldo Teorisinden, sözleşmeden dönmeye dair tasfiye bakımından kusursuz bir çözüm beklenmesi olanaksızdır¹⁷⁰⁰.

3.2.9.3.1.4.3. Devir Anındaki Değerin Esas Alınması Görüşü

İade imkânsızlığından sorumluluğun belirlenmesinde, edimlerin mübadele anındaki değeri esas alınmalıdır¹⁷⁰¹. Bu ölçütün esas alınması bakımından, geçmişe dönük etkinin ya da “miş gibi” durumların kabul edilmesine ihtiyaç yoktur¹⁷⁰². Mübadele anındaki değer esas alınması, malvarlığı geçişindeki edimin değerine ilişkin sabit bir ölçüttür¹⁷⁰³. İade borcunun imkânsızlaşması bakımından sorumluluğu sözleşmenin kendisinde aramak gerekir¹⁷⁰⁴. Borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi gibi, sözleşmeden dönme de mübadele ilişkisinin yapısında bulunan bir hukuki başvuru imkânı olarak görülür, sebebi olan ifa engellerinden ayrılırsa, sorumluluğun kaynağı sözleşmenin kendisi olarak kabul edilir¹⁷⁰⁵. İade yükümlülüğü, sözleşmede saklı tutulan dönme hakkında olduğu gibi, sözleşmenin yapısında bulunmakla beraber, ifa engeli ile güncel hâle gelerek, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile etkinleşir¹⁷⁰⁶. Hakkın kullanılmasından, sözleşmeden dönme hakkı sahibi ve hakkın muhatabı iade borcu bakımından eşit şekilde etkilenir¹⁷⁰⁷. Teknik anlamda kusur değil, iradi bir fiil ile sebep olmak sorumluluk bakımından yeterli görülmelidir¹⁷⁰⁸.

DORSCHER’e göre, edim konusunun devri anındaki değeri esas alınır¹⁷⁰⁹. Keza, edimin değeri olumsuz zarar kapsamında da düşünülemez. Zira, temerrüde kusuru bulunmaksızın düşen iade borçlusu bu kapsamda sorumlu tutulamaz.

¹⁷⁰⁰ Dorschel, 82

¹⁷⁰¹ Leser, 195; Hellwege, 94

¹⁷⁰² Seliçi, 210; Leser, 195

¹⁷⁰³ Leser, 195; Hellwege, 94

¹⁷⁰⁴ Leser, 195

¹⁷⁰⁵ Leser, 195

¹⁷⁰⁶ Leser, 197

¹⁷⁰⁷ Leser, 197

¹⁷⁰⁸ Leser, 198; Boels, 120

¹⁷⁰⁹ Dorschel, 144

3.2.9.3.1.5. Alman Hukuku'nda İkâme Değer Sorumluluğu Bakımından Öngörülen Ayrıcalık Düzenlemesi

3.2.9.3.1.5.1. Genel Olarak

Alman Hukuku, ikame değer yönünden, kusurdan bağımsız bir sorumluluk öngörmektedir¹⁷¹⁰. İkame değere ilişkin hukuki sonuçlar, iade konusu edimin alıcının kusuru nedeniyle, dönme beyanının ulaşmasından önce ya da sonra yok olmasına bağlı değildir¹⁷¹¹. Önceki BGB. döneminde Alman Hukukunda, sözleşmeden dönme beyanının ulaşması öncesinde edimin imkânsızlaşması durumunda sözleşmeden dönme hakkı sona ererken, dönme beyanının ulaşması sonrasında imkânsızlaşma hâlinde tazminat yükümlülüğü söz konusu olmakta idi¹⁷¹². Ayrıca, önceki BGB. § 350 ve 351 hükümlerinde yer alan kötüleşmenin esaslı olup olmadığı noktasındaki tartışmalı durum, BGB'de ortadan kaldırılmıştır¹⁷¹³. Kötüleşme, esaslı olup olmadığına bakılmaksızın, başlı başına iade sorumluluğunu doğurmaktadır¹⁷¹⁴. Güncel durumda, iade imkânsızlığında, kural olarak, ikâme değer sorumluluğu öngörülmüştür¹⁷¹⁵. İade konusu edimin, alıcının kusuru ile yok olması, kusuru ile zarar görmesi ya da kasti zarar verme neticesinde imkânsızlaşması önem arz etmez¹⁷¹⁶.

BGB. § 346/III hükmünde ise, ikâme değer sorumluluğunun ortadan kalktığı hâllere yer verilmiştir¹⁷¹⁷. Bu durumda, alıcı, yalnızca, elinde kalan zenginleşmeyi, iade konusu edime yaptığı masraflara karşı iade ile yükümlüdür¹⁷¹⁸. Ayrıcalık hükümleri, bilinçli olarak, kusur ve beklenmeyen hâlden bağımsız olarak öngörülmüştür¹⁷¹⁹. Hasarın satıcıya geri intikal etmesi, iade konusundaki imkânsızlığın, satıcı tarafından ziyetliği devredilen edimdeki ayıptan kaynaklanması, satıcının imkânsızlığa sebep

¹⁷¹⁰ Boels, 83; Wolgast, 204; Reinicke, Tiedtke, 90; Palandt BGB./ Grüneberg, 580

¹⁷¹¹ Boels, 83; MüKo. I/ Gaier, 850

¹⁷¹² Boels, 83

¹⁷¹³ Boels, 84; Wolgast, 158; Herold, 73; MüKo. I/ Gaier, 865

¹⁷¹⁴ Boels, 87; Wolgast, 214; Herold, 131; Erman BGB./ Röthel, 1540

¹⁷¹⁵ Boels, 84; Wolgast, 155; Riewert, 239; Herold, 111; Erman BGB./ Röthel, 1540

¹⁷¹⁶ Boels, 84; Herold, 111; MüKo. I/ Gaier, 850; SMG. Hirse/ Hirse, 95

¹⁷¹⁷ Boels, 84; Riewert, 240; MüKo. II/ Ernst, 597; Erman BGB./ Röthel, 1540

¹⁷¹⁸ Boels, 84; Erman BGB./ Röthel, 1540; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; Fikentscher, Heinemann, 329

¹⁷¹⁹ Boels, 93

olması ya da alıcının yetki alanı dışındaki sebeplerden ötürü ve sözleşme olmaksızın satıcı nezdinde gerçekleşecek olması nedeniyle öngörülmüştür¹⁷²⁰.

Alman Hukukunda bir kısım yazarlara göre, iade borçlusuna tanınan ayrıcalık, dönme hakkından bilgisi olmaksızın, iade konusu edimin gereği gibi kullanılması neticesinde tüketilmesi, uygun şekilde işlenmesi, biçiminin değiştirilmesi, devredilmesi, sınırlanması gibi durumlarda olağan iş ilişkisine uygun biçimde kullanmasında söz konusu olur¹⁷²¹. Uygun kullanım, ilk olarak, sözleşme hükümlerine göre belirlenir¹⁷²². Buna dair sözleşme hükmü bulunmaması hâlinde, olağan akışa göre kullanım esas alınır¹⁷²³. Usulüne uygun ve haklı kullanıldığı takdirde, iade konusundan yoğun şekilde faydalanmak, alıcı aleyhine bir durum yaratmaz¹⁷²⁴. Yararlanmanın alıcı bakımından ekonomik olarak değer arz etmesi yeterlidir¹⁷²⁵.

Alman Hukukundaki bir kısım yazarlara göre, BGB. § 346/III, b. 3 hükmündeki dönme hakkı sahibine tanınan ayrıcalık, dönme hakkı muhatabının dönme sebebinden sorumlu olması değil, dönme hakkı sahibinin dönme sebebine ilişkin bilgisinin olmaması durumunda söz konusu olur¹⁷²⁶. Anılan düzenleme dar anlamda yorumlanmalıdır¹⁷²⁷. Dolayısıyla, dönme hakkı muhatabının dönme sebebine dair bilgisi olmaması durumunda, ayrıcalıktan faydalanmalıdır¹⁷²⁸. Bir görüşe göre, satıcı, dönme beyanının kendisine ulaşması anına kadar iade hasarından sorumludur¹⁷²⁹. Zira, bu ana kadar alıcı, dönme hakkına dair bilgisinin olmaması nedeniyle, satılanın kendi malvarlığına kesin olarak intikal ettiği düşüncesiyle hareket eder¹⁷³⁰. Aksi yöndeki görüşe göre, BGB. § 346/III, b. 3 hükmü uyarınca dönme sebebine dair bilginin

¹⁷²⁰ Boels, 93; Wolgast, 174

¹⁷²¹ Boels, 91; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁷²² Boels, 103

¹⁷²³ Boels, 103

¹⁷²⁴ Boels, 103

¹⁷²⁵ Boels, 103

¹⁷²⁶ Sonnentag, 101 vd.; Hellwege, 57: Yazar da dönme hakkı sahibine, dönme hakkına ilişkin bilgisinin olması durumunda, ayrıcalık tanınmasının hakkaniyete aykırı olduğunu ifade etmiştir. Wolgast, 204

¹⁷²⁷ Sonnentag, 102

¹⁷²⁸ Sonnentag, 102; Boels, 91; Hellwege, 59: Bilgisinin olduğu ya da olması gerektiği andan itibaren sorumludur.

¹⁷²⁹ Reinicke, Tiedtke, 93

¹⁷³⁰ Reinicke, Tiedtke, 93

olmaması dönme hakkı sahibinin korunması bakımından bir rol oynamaz¹⁷³¹. Bu noktada esas olan, dönmenin sebebidir¹⁷³². Komisyon ve hükümet tasarısına göre, satıcının yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemesinden dolayı hasarın intikaline kesin olarak güvenilmemesi nedeniyle ayrıcalık tanınmaktadır¹⁷³³.

Bir kısım yazarlara göre, kanuni dönme hakkı sahibi, dönme sebebine dair bilgisinin olması durumunda her türlü ihmâlinden sorumludur¹⁷³⁴. Zira, bu durumda, iade konusu edimin kendi malvarlığının kesin bir parçası olmadığına bilincindedir¹⁷³⁵. Diğer deyişle, teknik anlamda kusur, zilyetliğin devri ile başlamaz¹⁷³⁶. Keza, iade borçlusundan sözleşmeden dönmeyi hesaba katması beklenemez¹⁷³⁷. Esas olan, iade borçlusunun potansiyel iade yükümlülüğüne dair bilgisinin olmasıdır¹⁷³⁸. Satıcının temerrüdü durumunda tarafların bu bilgisinin olduğu kabul edilir¹⁷³⁹.

Önceki BGB. § 347/II hükmü atfı uyarınca önceki BGB. § 987/II hükmü kapsamında elde edilmesi ihmâl edilen yararların iadesi, iade konusu edimden ekonomik olarak makul şekilde faydalanma durumu ile ilgilidir¹⁷⁴⁰. Bu durumda, şarta bağlı bir yükümlülük söz konusudur. Şarta bağlı yükümlülüğün ihlâli de mümkündür. İhlâl eden bakımından tazminat ödeme borcu doğabilir¹⁷⁴¹. BGB. § 347/I hükmü ile dönme hakkı sahibi alıcının, elde etmeyi ihmâl ettiği yararlardan sorumlu tutulması nedeniyle,

¹⁷³¹ Boels, 161; Wolgast, 181: Yazara göre, tanınan ayrıcalık, aynı zamanda, sözleşmenin ihlâl edilmesinden ötürü yaptırım uygulanması nedeniyledir.

¹⁷³² Wolgast, 181

¹⁷³³ Boels, 162; Wolgast, 175; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; Fikentscher, Heinemann, 327 vd.; Brox, Walker, AG., 173; Linke, 57

¹⁷³⁴ Bentum, 11; Boels, 161; Wolgast, 196; Reinicke, Tiedtke, 93; Dorschel, 164; Erman BGB./ Röthel, 1548

¹⁷³⁵ Reinicke, Tiedtke, 93; Erman BGB./ Röthel, 1548

¹⁷³⁶ Dorschel, 164; Erman BGB./ Röthel, 1548; Fikentscher, Heinemann, 328

¹⁷³⁷ Dorschel, 168; Erman BGB./ Röthel, 1548

¹⁷³⁸ Kaiser, 271; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁷³⁹ Kaiser, 271

¹⁷⁴⁰ Kaiser, 272

¹⁷⁴¹ Glass, 49

iade hasarı satıcıya ait olmalıdır¹⁷⁴². Diğer taraftan, dönme hakkının kullanılmasıyla, edim-karşı edim arasındaki sübjektif denklik ortadan kalkmaz¹⁷⁴³.

BGB. § 346/III hükmünde iade imkânsızlığı durumunda, bir anlamda, iade hasarının diğer tarafa yüklenmesine dair istisnai düzenlemelere yer verilmiştir¹⁷⁴⁴. Hükümde yer verilen hâllerde, iade alacaklısı karşılık vermeksizin kendi edimini geri isteyebilir¹⁷⁴⁵.

İkâme değer sorumluluğunun sona erdiği durumda, ayrıcalıktan yararlanan alıcı, BGB. § 346/III hükmü uyarınca elinde kalanı iade ile yükümlüdür¹⁷⁴⁶. Edimin kötüleşmesi durumunda, anılan madde uyarınca iade edilmelidir¹⁷⁴⁷. Edimin gereği gibi ifa edilmesiyle, sinallagmatik bağlantının mevcut olması nedeniyle, ifa eden, karşı edimi alabilir¹⁷⁴⁸. Sinallagmanın zarar görmesi nedeniyle, alıcının sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur¹⁷⁴⁹.

3.2.9.3.1.5.2. Satılndaki Ayıbın İade İmkânsızlığına Neden Olması ve Satılanın Tüketilmesi Durumu

Satıcı tarafından kısmen zilyetliği devredilen maldaki ayıbın iade imkânsızlığına neden olması durumunda da dönme hakkı sahibi ayrıcalıktan faydalanır¹⁷⁵⁰. Aynı şekilde, iade konusu edimin usulüne uygun olarak muayene edilmesi ve tespit edilen ayıbın gecikmeksizin satıcıya bildirilmesi durumunda, edimdeki iade imkânsızlığında, alıcının ikâme değer sorumluluğu yoktur¹⁷⁵¹. Ayıptan habersiz şekilde, malın işlenmesi veya biçiminin değiştirilmesinde de aynı sonuca varılır¹⁷⁵². Ancak, malın

¹⁷⁴² Boels, 163

¹⁷⁴³ Hellwege, 54

¹⁷⁴⁴ Boels, 91

¹⁷⁴⁵ Boels, 91

¹⁷⁴⁶ Boels, 196; Wolgast, 173; Reinicke, Tiedtke, 94; MüKo. II/ Ernst, 597; Coen, 203; PWW. Ko./ Stürner, 647; Erman BGB./ Röthel, 1540; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; Jauernig BGB./ Stadler, 578; MüKo. I/ Gaier, 874; SMG Hirse/ Hirse, 97 vd.; HK-BGB/ Schulze, 584; Teichmann, 46; Brox, Walker, AG., 173; Linke, 56

¹⁷⁴⁷ PWW. Ko./ Stürner, 647

¹⁷⁴⁸ Boels, 197

¹⁷⁴⁹ Boels, 197

¹⁷⁵⁰ Boels, 91; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁷⁵¹ Boels, 98; Herold, 176

¹⁷⁵² Boels, 105

uygun olmayan şekilde işlenmesi ya da biçiminin değiştirilmesinde ikâme değer sorumluluğu devam eder¹⁷⁵³.

Her ne kadar BGB. § 346/III hükmünde açıkça ifade edilmese de malın tüketilmesi hâlinde BGB. § 346/III kıyasen uygulanır¹⁷⁵⁴. Aynı şekilde, işleme ve biçim değiştirme hâli ile benzer menfaatler durumu olması nedeniyle, alıcı elinde kalanı vermekle yükümlüdür¹⁷⁵⁵. Tüketim iade konusu edimin yok olmasına neden olurken, kullanım, durumunun kötüleşmesine yol açar¹⁷⁵⁶. Keza, edimin uzun süreli kullanımı da kural olarak, tüketilmesine neden olur¹⁷⁵⁷. Dolayısıyla, kullanım hâli de bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁷⁵⁸. Bu noktada ayrıcalık, işleme ve biçim değiştirme neticesinde meydana gelecek değer artışına, ayıp dolayısıyla erişilememesi nedeniyle tanınır¹⁷⁵⁹.

3.2.9.3.1.5.3. Satıcıdan Kaynaklanan Sebeplerle Satılanın Yok Olması ya da Kötüleşmesi Durumu

Kanuni dönme hakkı bakımından, dönme hakkı sahibine tanınan ayrıcalığa dair BGB. § 346/III hükmünde iade konusu edimin yok olması ya da kötüleşmesinden söz edilmekte ise de hükmün iade konusunun üçüncü kişiye devrini kapsadığının kabulü gerekir¹⁷⁶⁰. Alıcının iade konusu edime ilişkin olarak kendi işindeki gereken özeni göstererek kiralaması veya devretmesi durumunda ikâme değer sorumluluğu ortadan kalkar¹⁷⁶¹. Keza, alıcının iade konusu edimi devrettiği üçüncü kişi ya da kiraladığı kiracının kendi işindeki özeni göstermesine rağmen iade konusu edimin yok olması hâlinde de bu hüküm uygulanır¹⁷⁶². Zira, edimin kötüleşmesi durumunda, bunun tamir masraflarına katlanma yükümlülüğü dönme hakkı sahibinde değildir¹⁷⁶³.

¹⁷⁵³ Boels, 106; Herold, 175

¹⁷⁵⁴ Boels, 107; Reinicke, Tiedtke, 93; Palandt BGB./ Grüneberg, 582

¹⁷⁵⁵ Boels, 107; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁷⁵⁶ Bentum, 21; Boels, 107

¹⁷⁵⁷ Boels, 107

¹⁷⁵⁸ Boels, 107; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁷⁵⁹ Boels, 108; Jauernig BGB./ Stadler, 579

¹⁷⁶⁰ Boels, 113; Reinicke, Tiedtke, 93; Erman BGB./ Röthel, 1545; Palandt BGB./ Grüneberg, 581; MüKo. I/ Gaier, 872; Hirsch, 139

¹⁷⁶¹ Boels, 113; Wolgast, 173; Reinicke, Tiedtke, 93; Riewert, 233; Herold, 160; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; MüKo. I/ Gaier, 872

¹⁷⁶² Boels, 113; Herold, 160; MüKo. I/ Gaier, 872

¹⁷⁶³ Riewert, 233

BGB. § 346/III, b. 2 hükmü uyarınca, satıcı/ iade alacaklısı, iade konusu edimin yok olması ya da kötüleşmesinden sorumlu ise, alıcının ikâme değer sorumluluğu bulunmaz¹⁷⁶⁴. BGB. § 346/III, b. 2 hükmünde yer alan sorumluluk, isnat edilebilir bir sebep olarak anlaşılmalıdır¹⁷⁶⁵. Asli veya yan yükümlülüklerle aykırılık durumunda isnat edilebilir bir sebep söz konusu olur¹⁷⁶⁶. Kısmi ifa durumundaki iade imkânsızlığının, ayıplı olan mal sonucu doğması durumunda, BGB. § 346/III, b. 2 hükmüne kıyasen, iade hasarı satıcıya aittir¹⁷⁶⁷. Edimin yok olması ya da kötüleşmesinden tarafların birlikte sorumlu olması durumunda, ikâme değer sorumluluğu kusur ile orantılı olarak devam eder¹⁷⁶⁸.

Satıcının eylemi neticesinde ya da onun sorumlu olduğu nedenle iade konusunun illiyet bağı bulunarak zarar görmesi durumunda, iade hasarı satıcıya aittir¹⁷⁶⁹.

3.2.9.3.1.5.4. İmkânsızlığın Alıcının Yetki Alanı Dışındaki Sebeplerden Ötürü ve Sözleşme Olmaksızın Satıcı Nezdinde Gerçekleşecek Olması Durumu

BGB. § 346/III, b. 2 hükmü uyarınca, iade konusu edimin, satıcı nezdinde bulunsaydı zarar görecektir olması durumunda, sözleşmeye aykırı davranışı bulunmasa bile, satıcı iade hasarını yüklenir¹⁷⁷⁰. Yok olmaya sebep olan ve olabilecek olayların aynı olması şart değildir¹⁷⁷¹. İade konusu edimin, alıcı nezdinde sel nedeniyle veya deprem nedeniyle, satıcı ya da başka bir alıcı nezdinde de yok olacağının kabulü hâlinde, iade hasarının satıcıya intikal etmesi gerekir¹⁷⁷². Arabanın alıcı nezdindeyken, park edilen binanın yıkılması nedeniyle hasar görmesi durumunda iade hasarı alıcıdadır¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁴ Boels, 119; Wolgast, 213; Riewert, 240; Herold, 118; Coen, 202; Erman BGB./ Röthel, 1544; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; HK-BGB/ Schulze, 582; Fikentscher, Heinemann, 327; Brox, Walker, AG., 173

¹⁷⁶⁵ Boels, 120; Erman BGB./ Röthel, 1544; Palandt BGB./ Grüneberg, 582

¹⁷⁶⁶ Boels, 121

¹⁷⁶⁷ Boels, 121; Leser, 203

¹⁷⁶⁸ Erman BGB./ Röthel, 1544

¹⁷⁶⁹ Boels, 132

¹⁷⁷⁰ Boels, 133; Reinicke, Tiedtke, 92; Riewert, 240; Herold, 118; Coen, 202; PWW. Ko./ Stürner, 647; Erman BGB./ Röthel, 1545; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; Juristen/ Gsell, 645; HK-BGB/ Schulze, 580; Fikentscher, Heinemann, 327; Brox, Walker, AG., 173; Fest, 63

¹⁷⁷¹ Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁷⁷² Boels, 134; Wolgast, 217 vd.; Reinicke, Tiedtke, 92; Riewert, 240

¹⁷⁷³ Reinicke, Tiedtke, 92

Ancak, satıcının da aynı park yerini kullanacağını ispat edilmesi durumunda, iade hasarı satıcı üzerindedir¹⁷⁷⁴. Alıcı nezdinde, çalıntı arabanın müsadere edilmesi ikinci bentte yer alan ikâme değer sorumluluğunun sona ermesi hâline örnek teşkil eder¹⁷⁷⁵. Dolayısıyla, farklı mücbir sebeplerin zarara sebebiyet vermesi/verecek olması fark etmez¹⁷⁷⁶. Bu durumda, zararın, alıcının yetki alanı dışındaki sebeplerden meydana gelmesi aranır¹⁷⁷⁷. Bu durumu ispat yükü alıcı üzerindedir¹⁷⁷⁸. Zararın iade alacaklısı nezdinde de gerçekleşeceğine dair durum, illiyet bağına ilişkindir¹⁷⁷⁹. Dolayısıyla, iade borçlusu sorumluluktan kurtulur. İspat yükü, iade borçlusundadır¹⁷⁸⁰.

Alıcının kendi işindeki özeni göstermesine rağmen, zarara birlikte sebep olduğu beklenmeyen hâlde, ikâme değer sorumluluğu ortadan kalkar¹⁷⁸¹. İade konusu edimin, olağan iş ilişkisine uygun şekilde kullanılmaması, satıcının sorumlu olduğu neden ya da mücbir sebep nedeniyle kötüleşmesi ya da zarar görmesi durumunda, iade hasarı satıcıya intikal eder¹⁷⁸².

Alıcının, ayıbın ya da zararın artmasını engellemeye dair beklenebilir bir önlemi almaması durumunda birlikte kusuru söz konusu olur. Alıcının ikâme değer sorumluluğu tayin edilirken birlikte kusur etken teşkil eder¹⁷⁸³.

Beklenmeyen hâl neticesinde meydana gelen iade hasarından satıcı sorumlu olduğu hâlde, elde edilen yararların aynen iadesini ve elde edilmesi ihmal edilenlerin ise tazminini talep edebilir¹⁷⁸⁴.

3.2.9.3.1.5.5. Ayrıcalığın Uygulanması Bakımından Öngörülen Kriterler

Kanuni dönme hakkı bakımından öngörülen ve alıcının kendi işindeki özeni göstermesine rağmen, iade konusu edimin imkânsızlaşması, sübjektif özen ölçütüne

¹⁷⁷⁴ Reinicke, Tiedtke, 92

¹⁷⁷⁵ Reinicke, Tiedtke, 92

¹⁷⁷⁶ Boels, 134

¹⁷⁷⁷ Boels, 134

¹⁷⁷⁸ Boels, 135

¹⁷⁷⁹ Wolgast, 220

¹⁷⁸⁰ Wolgast, 221

¹⁷⁸¹ Boels, 138; PWW. Ko./ Stürner, 647; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁷⁸² Boels, 139

¹⁷⁸³ Boels, 130

¹⁷⁸⁴ Boels, 140; Wolgast, 211; Riewert, 242

göre değerlendirilir¹⁷⁸⁵. Bu noktada belirleyici olan “kişinin kendisine karşı kusuru”dur¹⁷⁸⁶. Aksi yöndeki görüşe göre, BGB. ile öngörülen kendi işindeki özen ölçütü objektif ölçüttür¹⁷⁸⁷. Esasen BGB. ile de sübjektif olan kendisine karşı kusur ölçütü kaldırılmıştır. Alıcı, kendisine zilyetliği devredilen satılanı, vaktinden önce iade etmemesi gerektiğini ve onun kendi mal varlığına kesin olarak intikal ettiğini varsayarak, satılan üzerinde serbestçe tasarruf edebilir¹⁷⁸⁸. Dolayısıyla, satılan bakımından alıcıya özel özen yükümlülükleri yüklenemez¹⁷⁸⁹. Alıcının, somut olayda, kendi işinde de olağan olarak özenli davranmayacağını ispatlaması gerekir¹⁷⁹⁰. Alıcı kendi işinde gösterdiği özene uygun davranması durumunda, sözleşmeye aykırı kullanımın dezavantajını satıcı taşır¹⁷⁹¹. Alıcı, kendi menfaatine karşı ağır ihmaline kadar sorumlu değildir¹⁷⁹². Kendi işinde özenli davranmayacağını ispat yükü alıcı üzerindedir¹⁷⁹³. Dönme hakkı sahibinin, dönme hakkına ilişkin pozitif bilgisinin olması durumunda, kanuni dönme hakkında, iade konusu edimin yok olmasından, iade alacaklısı, dönme muhatabı olarak sorumludur¹⁷⁹⁴. İade borçlusunun, iade yükümlülüğünü öğrenmesinden itibaren BGB. § 346 hükmü çerçevesinde alacaklının zararını tazmin etmesi gerekir¹⁷⁹⁵.

Edimin iadesinin imkânsızlaşmasına, dönme hakkı sahibine isnat edilebilen bir risk arttırıcı davranış yol açmış ise, dönme hakkı sahibine tanınan ayrıcalık ortadan kalkar¹⁷⁹⁶. Bu görüş çerçevesinde, satılanı, kendi mal varlığının aktifine kesin olarak ekleyen alıcı, maldan kendi riskiyle faydalanır¹⁷⁹⁷. Faydalanma sırasında, risk arttırıcı davranışlarda bulunur ise, bunun neticesinde meydana gelen kötüleşme, yok olma gibi

¹⁷⁸⁵ Boels, 141; Erman BGB./ Röthel, 1546

¹⁷⁸⁶ Boels, 141 vd.; Dorschel, 170; Bentum, 13

¹⁷⁸⁷ Herold, 132

¹⁷⁸⁸ Boels, 142; Palandt BGB./ Grüneberg, 582; Brox, Walker, AG., 173

¹⁷⁸⁹ Boels, 142

¹⁷⁹⁰ Boels, 142

¹⁷⁹¹ Boels, 142; Wolgast, 198

¹⁷⁹² Boels, 142: Uzun bir seyahatten sonra arabanın yağının değiştirilmemesi, süpermarkete giderken arabanın kapısının açık bırakılması gibi hâller bu duruma örnek gösterilmiştir.

¹⁷⁹³ Boels, 143

¹⁷⁹⁴ Wolgast, 198

¹⁷⁹⁵ Dorschel, 175; MüKo. I/ Gaier, 876

¹⁷⁹⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Boels, 145, dn. 643

¹⁷⁹⁷ Boels, 145

durumların riskini alıcı üstlenmelidir¹⁷⁹⁸. Satılandan faydalanılmasını risk artırıcı davranış olarak kabul etmek kanun sistematığına de aykırıdır¹⁷⁹⁹. Alıcının risk artırıcı davranışı neticesinde iadenin, alıcının kusuru olmaksızın, imkânsızlaşması hafif ihmâl teşkil etmez¹⁸⁰⁰: Örneğin, alıcının arabayı garajda tutmak yerine trafiğe katılması risk artırıcı bir davranış teşkil etmekte ise de kusursuz olarak meydana gelen kaza neticesinde arabanın hasar görmesi durumunda, alıcı sorumlu tutulmaz¹⁸⁰¹.

Bir görüşe göre, BGB. § 346/III, b. 3 hükmünün dönme hakkı sahibinin dönme sebeplerine dair bilgisinin olmaması nedeniyle ayrıcalık tanınmıştır¹⁸⁰². Dolayısıyla, kanuni dönme hakkı sahibinin edimi iade etmesi gerektiğini bildiği andan itibaren, anılan hükme dayanarak, ikâme değere ilişkin sorumluluktan kurtulamaz¹⁸⁰³. Aksi yöndeki görüşe göre, dönme hakkı sahibinin dönme sebeplerine dair bilgisinin olması, ayrıcalık tanınmasına engel teşkil etmez¹⁸⁰⁴.

Dönme hakkı sahibinin dönme sebeplerine dair bilgisi, onun davranış yükümlülüklerini etkiler¹⁸⁰⁵. Anılan hükümdeki düzenleme, dönme hakkı sahibinin dönme sebebine dair bilgisinin olmasından bağımsızdır¹⁸⁰⁶. Ayrıcalık düzenlemesi, dönme sebebine dair bilgisizlikten değil, iade alacaklısının sözleşmeye uygun davranmaması nedeniyle öngörülmektedir¹⁸⁰⁷. Dolayısıyla, edimin iadesine kadar, dönme hakkı sahibinin avantajlı durumu korunur¹⁸⁰⁸. Dönme sebebinin öğrenilmesinden itibaren, iade borçlusu, iade alacaklısının menfaatini gözetmekle yükümlü olması nedeniyle, bu yükümlülüğü ihlâl durumunda, iade borçlusundan

¹⁷⁹⁸ Boels, 145

¹⁷⁹⁹ Boels, 146

¹⁸⁰⁰ Reinicke, Tiedtke, 94

¹⁸⁰¹ Reinicke, Tiedtke, 94

¹⁸⁰² Sonnentag, 95, dn. 224'te yer alan yazalar; Boels, 160; Wolgast, 187; PWW. Ko./ Stürner, 647; HK-BGB/ Schulze, 584; Fikentscher, Heinemann, 327; Brox, Walker, AG., 173

¹⁸⁰³ Sonnentag, 96, dn. 227'de yer alan yazalar; Wolgast, 189; MüKo. I/ Gaier, 872

¹⁸⁰⁴ Boels, 92; Wolgast, 198; Fikentscher, Heinemann, 329

¹⁸⁰⁵ Sonnentag, 97

¹⁸⁰⁶ Herold, 123

¹⁸⁰⁷ Sonnentag, 97; Herold, 147: Komisyon tasarısında bu gerekçe yer almaktadır. Sözleşmeye aykırı davranan, hasarın karşı tarafa "kesin" olarak intikal etmediğini bilmektedir.

¹⁸⁰⁸ Sonnentag, 98

tazminat talep edilmesi mümkündür¹⁸⁰⁹. Bu nedenle, dönme hakkı sahibi aleyhine bir sınırlama getirilmesi gerekmez¹⁸¹⁰.

Kendi işindeki özen, tazminat ödeme borcunun kapsamını etkilemez¹⁸¹¹. Nitekim, dönme hakkı sahibi iade borçlusunun kendi işindeki özeni göstermesine rağmen, ihmâli nedeniyle iade konusu edimin yok olması durumunda, ikame değer ödeme borcu bulunmazken, tazminat ödemekle yükümlüdür¹⁸¹². Dönme hakkına dair bilgisinin olmaması durumunda, iade borçlusu alıcının kendi işindeki özeni göstermemesi nedeniyle, iade konusu edimin zarara uğramasında ikâme değer değil, “tam anlamıyla” tazminat sorumluluğu söz konusu olur¹⁸¹³. Dönme hakkı muhatabının, dönme hakkına dair bilgisinin olmasında tazminat sorumluluğu mevcuttur. Zira, bu hâlde, gerçek anlamda kusur söz konusudur. İkâme değer sorumluluğu, sözleşme öncesi durumun tesis edilmesine hizmet eder¹⁸¹⁴. İade konusu edime dair dikkatsizlik gösterilmesinde ise, dönme hakkı muhatabının meydana gelen risklerden ikâme değer sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁸¹⁵. İade yükümlülüğü meydana gelmesine rağmen, iade borçlusunun bu yükümlülüğü ihlâli hâlinde tazminat sorumluluğu gündeme gelir¹⁸¹⁶. Nitekim, iade alacaklısı, edimin iade edileceğine güvenerek hareket etmektedir. Bu nedenledir ki, zararın tamamının önceki BGB. § 347 ve 987 kapsamında giderilmesi gerekir. DORSCHER’e göre, hukuka aykırılık unsuru, geriye etkili dönme teorisinin kabul edilmesi hâlinde de gerçekleşir¹⁸¹⁷. Bu sonucun doğabilmesi bakımından, ileriye etkili dönme teorisinin kabul edilmesi zorunlu değildir.

BGB. § 346/III hükmünde, bilinçli olarak, tek taraflı şekilde ve dönme hakkı sahibine lehine olarak ayrıcalık getirilmiştir¹⁸¹⁸.

3.2.9.3.1.5.6. Ayrıcalık Düzenlemesine Dair Eleştiriler

¹⁸⁰⁹ Sonnentag, 98; Boels, 92; Fikentscher, Heinemann, 329

¹⁸¹⁰ Sonnentag, 98; Fikentscher, Heinemann, 329

¹⁸¹¹ Sonnentag, 99; Fikentscher, Heinemann, 329

¹⁸¹² Sonnentag, 99; Boels, 160; Wolgast, 196 vd.; Fikentscher, Heinemann, 329

¹⁸¹³ Glass, 45; Dorschel, 172; Riewert, 264: Yazara göre, tazminat sorumluluğu ile de bu sonuca ulaşılır.

¹⁸¹⁴ Dorschel, 172

¹⁸¹⁵ Glass, 52

¹⁸¹⁶ Dorschel, 172

¹⁸¹⁷ Dorschel, 173

¹⁸¹⁸ Boels, 150

Sözleşmeden dönme hakkı ile tazminat hakkının birlikte öne sürülebilmesi imkânı karşısında, satılanı edinen alıcının korunmasını amaçlayan bir yaklaşıma gerek bulunmamaktadır¹⁸¹⁹. Zilyetliği devredilen ayıpsız satılanın, alıcının risk alanında yok olması durumunda, riskin satıcıya yüklenmesine dair bir sebep yoktur¹⁸²⁰. Genel yaşam tecrübelerine göre, satılanın yok olması riski malı elinde bulunduran kişiye aittir¹⁸²¹. Bu takdirde, tüm zararın alıcıya yüklenmesi hakkaniyete aykırıdır¹⁸²². Dönme hakkı sahibi alıcı, tek taraflı olarak sözleşmeden dönmeye karar vererek tasfiyeye karar verme imkânıyla gereken ayrıcalığa sahiptir¹⁸²³. İade hasarının satılanı nezdinde bulunduran alıcıya yüklenmesi, kendi alanında bulunan satılanı kendi davranışlarıyla korumak ve güvence altına almanın alıcının yetkisinde olması nedeniyle daha uygundur¹⁸²⁴. Alıcı satılanı dilediği gibi kullanmakta serbest olmasının yanında, onu korumakla yükümlü değildir¹⁸²⁵. Alıcının, hareket serbestisi, potansiyel bir dönme hakkı ile sınırlanamaz¹⁸²⁶.

Alıcının, meydana gelen zarardan sorumlu olmaması ya da önleyememesi durumunda, iade hasarını, sözleşmeden dönmeye sebep olan tarafa yüklemek ilk bakışta haklı görünür¹⁸²⁷. Bu yaklaşım neticesinde, iade konusu edimin yok olmasından doğan sorumluluk ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk birbirine karışır¹⁸²⁸. Sözleşmeden dönme hakkı, sorumluluk nedeni şart koşmaz: Yalnızca sözleşme öncesi durumun tesis edilmesiyle ilgilenir¹⁸²⁹. Sözleşmeye aykırı davranış neticesindeki zarardan sorumluluk, tazminat yükümlülüğü ile karşılanır¹⁸³⁰.

¹⁸¹⁹ Boels, 147

¹⁸²⁰ Boels, 147

¹⁸²¹ Boels, 147

¹⁸²² Boels, 147

¹⁸²³ Boels, 147; Strupp, 100

¹⁸²⁴ Boels, 147

¹⁸²⁵ Boels, 147

¹⁸²⁶ Boels, 147

¹⁸²⁷ Boels, 139; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁸²⁸ Boels, 140; Erman BGB./ Röthel, 1545

¹⁸²⁹ Boels, 140

¹⁸³⁰ Boels, 140

Dönme hakkı muhatabı, BGB. § 346/II hükmünde belirtilen ayrıcalıktan faydalanarak, yalnızca elinde kalan zenginleşmeyi iade ederek sorumluluktan kurtulamaz¹⁸³¹. Keza, önceki BGB. § 327'den farklı olarak bu ayrıcalık, her iki taraf bakımından değil, dönme hakkı sahibi bakımından öngörülmüştür¹⁸³². Bir görüşe göre, önceki BGB. § 327 hükmü, sözleşmesel dönme ile kanuni dönme hakkındaki sorumluluk başlangıcına dair farklılık getiren bir düzenlemedir¹⁸³³: Sözleşmesel dönme hakkında, potansiyel dönme hakkı nedeniyle zilyetliğin devrinden itibaren başlarken, kanuni dönme hakkında ise bu sorumluluğun başlangıcı dönme sebebinin bilinmesi anına ertelenmiştir. Tarafların her ikisi de ayrıcalıktan faydalanabilir. Dönme hakkının kullanılması neticesinde, taraflar, sözleşme öncesi durumu tesis etmekle yükümlüdür. Bu anlamda olmak üzere, bu yükümlülüğe aykırı davranıp edimin iadesini imkânsız hâle getiren taraf, karşı tarafın zararını gidermek durumundadır¹⁸³⁴.

Dönme hakkı sahibine ayrıcalık tanınması, edim ve karşı edim arasındaki sinallagmatik bağlantının sözleşmenin tasfiyesinde devam etmesi karşısında, eşit işlem ilkesine aykırıdır¹⁸³⁵. Hasarın geriye intikali, satıcının kusurunun bulunmaması durumunda hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açar¹⁸³⁶. Ancak, hasara ilişkin kurallar, hiçbir zaman tam olarak haklı, hakkaniyete uygun durumu tesis edemez: Kanun koyucu taraflardan birini tercih eder¹⁸³⁷. Genel olarak bilinen, satılanın zilyetliğinin devri ile satılanın korunması adına satıcı tarafından gereken önlemlerin alınamayacak olmasına dair gerekçe ikna edici olmaktan uzaktır¹⁸³⁸. Beklenmeyen hâlin mevcut olması durumunda, olağan ve gerekli önlemlerin alınması satılanın yok olmasını önleyemez.

BGB. § 346/III, b. 3 hükmünde öngörülen kişinin kendi işindeki özeni ölçütü, objektif bir yükümlülük programına dayanması ve risk dağılım kriteri öngörmesi nedeniyle kusuru dışlayan kanun sistematığına aykırı bulunmuştur¹⁸³⁹. Keza, BGB. § 346/III, b.

¹⁸³¹ Boels, 148

¹⁸³² Boels, 148; Riewert, 240; Erman BGB./ Röthel, 1545; Jauernig BGB./ Stadler, 579

¹⁸³³ Dorschel, 168

¹⁸³⁴ Dorschel, 169

¹⁸³⁵ Boels, 149

¹⁸³⁶ Boels, 149

¹⁸³⁷ Glass, 28; Bergmann-Wiedenbach, 123

¹⁸³⁸ Glass, 28

¹⁸³⁹ Boels, 141

3 hükmünde, dönme hakkının kullanılmasında, dönme hakkı sahibine, edimin yok olması ya da kötüleşmesi durumunda, hak sahibinin kendi işinde gösterdiği özeni göstermesi hâlinde, edimin bedelinin iadesinden sorumlu olmayacağına dair hüküm, subjektif ve hak sahibinin çok lehine olması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁸⁴⁰.

3.2.9.4. Dönme Hakkının Kullanılmasının Teminatlara ve Cezai Şarta Etkisi

3.2.9.4.1. Teminatlara Etkisi

Ticari satış sözleşmesinde, satıcının zilyetliğin devri amacıyla mülkiyeti geçirme borcunu ifasına ilişkin teminat sözleşmesi akdedilebilir. Zilyetliğin devri borcunun ifa edilmemesi üzerine alıcının dönme hakkını kullanması durumunda teminat sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı sorunu gündeme gelir.

Teminatın akıbetinin tespiti bakımından, teminat sözleşmesinin yorumundan hareket edilmelidir¹⁸⁴¹. Teminat sözleşmesinde, teminat ile yalnızca, dönülen sözleşmedeki asli edim yükümlülüğünü güvence altına alma amacı güdülüyorsa, sözleşmeden dönme ile birlikte teminat da sona erer. Teminat sözleşmesinden, teminatın, asli edim yükümlülüklerinin yanı sıra, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu tüm talep haklarını güvence altına aldığı anlaşıyorsa, sözleşmeden dönme hâlinde teminat varlığını sürdürür.

Teminat sözleşmesinin yorumundan tarafların amacının anlaşılamaması hâlinde teminat sözleşmesinin akıbeti hakkında iki farklı görüş vardır. Teminatlar, sözleşmeden dönme hâlinde iade yükümlülükleri bakımından varlığını sürdürür¹⁸⁴². TBK. m. 589/II uyarınca “*aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azamî miktarla sınırlı olmak üzere... asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları*”ndan sorumludur. BECKER’e göre, temerrüdün yasal sonucu olan dönme hâlinde, dönme sonucu olan tasfiye ilişkisinde kefilin sorumluluğu devam eder¹⁸⁴³. Yazara göre, ipotek borçlusunun sorumluluğu da devam eder¹⁸⁴⁴. Bu görüşlerin önceki Borçlar Kanunu ve İBK. çerçevesinde olduğunu ifade etmek gerekir.

¹⁸⁴⁰ Sonnentag, 94; Herold, 122

¹⁸⁴¹ Leser, 164; Palandt BGB./ Grüneberg, 579; MüKo. I/ Gaier, 845; Fikentscher, Heinemann, 322; Antalya, 585

¹⁸⁴² Serozan, 89

¹⁸⁴³ Becker, 569

¹⁸⁴⁴ Becker, 569

BUZ’a göre, kefilin sorumluluğu bakımından, mehzaz İşviçre Borçlar Kanunu’ndan hareket edilmelidir. İBK. Art. 499/II, b. 1 hükmüne göre, kefil, temerrüdün yasal sonuçlarından sorumlu tutulurken, sözleşmenin hükümden düşmesinden doğan zararlardan sorumluluk ancak açıkça kararlaştırılma hâlinde mümkündür. Sözleşmenin hükümden düşmesinden doğan zarar, olumsuz zarardır. Dolayısıyla, açıkça bir kararlaştırma bulunmuyorsa, kefil, sözleşmeden dönme sonucu doğan zararlardan sorumlu tutulmaz¹⁸⁴⁵. Kefilin, olumsuz zarardan sorumluluğu bulunmaz iken, iade yükümlülüğünden sorumlu olduğu sonucuna varmak çelişkili olur. Diğer deyişe, kefil, iade borcunun ifasından da sorumlu değildir. Ayrıca, TBK. m. 589/I hükmünde yer alan temerrüdün yasal sonuçları ibaresi ile kefalet sözleşmesinde, kural olarak, ifa menfaati güvence altına alınmaktadır¹⁸⁴⁶.

Önceki Borçlar Kanunundan farklı olarak TBK. m. 589 hükmüne getirilen üçüncü fıkra düzenlemesi ile “*kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan... sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar*” kesin hükümsüz olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, açık düzenleme gereği kefil, olumsuz zarardan sorumlu değildir. Dönüşüm teorisinin kabul edilmesi de emredici düzenleme gereği varılan sonucu değiştirmez.

Garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesinin aksine, asıl borç ilişkisinden bağımsızdır. TBK. m. 603 hükmü uyarınca “*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*”. Dolayısıyla, TBK. m. 589 hükmündeki sınırlama garanti sözleşmesine uygulanmaz. Bu nedenle, garanti sözleşmesinin yorumundan hareketle, olumsuz zararın teminat altına alındığı kabul edilebilir. Nitekim garanti sözleşmesi, kefaletin aksine bağımsız bir taahhüt içermektedir. Dolayısıyla, bu sözleşmenin akıbetine, sözleşme içeriğine bakılarak karar verilebilir.

¹⁸⁴⁵ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul, 2008, 775, Buz, Dönme, 160

¹⁸⁴⁶ Tandoğan, Borçlar Özel, C. II, 775, Eren, Borçlar Özel, 782

3.2.9.4.2. Cezai Şarta Etkisi

Klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme üzerine, cezai şart sona erer¹⁸⁴⁷. Cezai şart, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, ödenmesi gereken bir edimdir¹⁸⁴⁸. Cezai şartın bu fer'i niteliği gereği, sözleşmeden dönme üzerine, asıl borcun hukuki durumuna bağlı olan cezai şart da sona erer. Nitekim, klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme üzerine, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.

Klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönen hak sahibi, sözleşmeden doğan hiçbir hakkı öne süremediği gibi cezai şartı da öne sürememelidir¹⁸⁴⁹. Sözleşmeden dönme anına kadar işlemiş cezai şart bulunması hâlinde, dönme üzerine, biriken cezai şart tutarı da talep edilemez. Nitekim sözleşmeden dönme, işlemiş cezai şartı da hukuki sebepten yoksun bırakır. Dönmenin avantajlı sonuçlarından yararlanmak isteyen hak sahibi, işlemiş cezai şarttan mahrumiyeti de göze almış kabul edilir.

ÖZ'e göre, tarafların açıkça, sözleşmeden dönme hâlinde, sözleşmeden dönmeye sebep olan satıcının cezai şart ödeyeceğini kararlaştırılması hâlinde, cezai şart talep edilebilir¹⁸⁵⁰. Nitekim, buradaki anlaşma, cezai şartı, dönmenin sonuçlarına ilişkin kılmakta olup, dönmenin geçmişe etkili ortadan kalkmasını dışında bırakır. Ancak, ifa yerine ya da ifadan vazgeçerek cezai şart talep edilmesine dair anlaşmalar, dönme ile ortadan kalkar.

Dönüşüm teorisi çerçevesinde, sözleşme ilişkisinin tasfiye ilişkisine döndüğünün kabul edilmesi cezai şartın ortadan kalktığı sonucunu değiştirmez. Zira, cezai şart, kural olarak, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin olarak kararlaştırılır. Olumsuz zarar, borcun ifa edilmemesinden doğan zararı kapsamamaktadır. Dolayısıyla, cezai şarta ilişkin sözleşmesel düzenlemenin amacından hareket etmek gerekir. Sözleşme içerisinde, dönme hakkının kullanılması neticesinde ayrıca cezai şart ödeneceği kararlaştırılması durumunda bu geçerli addolunur: Dönme neticesinde alıcı, cezai şarta ilişkin alacağını talep edebilir.

¹⁸⁴⁷ Oğuzman, Öz, 558; Öz, Dönme, 295

¹⁸⁴⁸ Öz, Dönme, 295

¹⁸⁴⁹ Öz, Dönme, 296

¹⁸⁵⁰ Öz, Dönme, 296

3.2.9.5. Dönme Neticesinde Zararlardan Sorumluluk

Ticari satış sözleşmesinde, satıcının kısmi temerrüdü hâlinde, alıcının kısmi değil, yalnızca tam dönme hakkını kullanabileceğinin kararlaştırılması hâlinde, kısmen ifa edilen satılarda meydana gelen zarara hangi tarafın katlanması gerektiği sorunu gündeme gelir.

Dönme hakkı sahibi alıcı, sözleşmeden dönme nedenini öğrendiği zamana kadar, iyi niyetli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumludur¹⁸⁵¹. Alıcının, dönme hakkının varlığını bilmesine rağmen, hakkı kullanmaya karar verdiği ana kadar da iyi niyetli sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Hakkın kullanılması üzerine, kötü niyetli sebepsiz zenginleşme düzenlemesine tabi tutulur.

İade borçlusu alıcı, ancak, kusuruyla verdiği zarardan sorumlu tutulmalıdır¹⁸⁵². Nitekim, kira sözleşmesine dair TBK. m. 334, m. 372 ve 373 hükmünde kiracı ve TMK. m. 800 hükmünde intifa hakkı sahibi sözleşme konusunu geri vereceği belirli olmasına rağmen yalnızca kusuru ile verdiği zarardan sorumludur¹⁸⁵³. Kısmen ifa edilen satılanın alıcının mülkiyetine geçmesinden hareketle, evleviyetle, alıcının yalnızca kusuru ile verdiği zarardan sorumlu tutulması gerekir. Kusur, teknik anlamda değil, olağana aykırı olan bir iradeyi ifade eder¹⁸⁵⁴.

Dönme hakkının kullanılması üzerine iade borcu muaccel hâle gelmektedir. İade borcunun muaccel hâle gelmesi neticesinde alıcı, edime kusurlu olarak verdiği dar anlamda (kötüleşme, yok olma, tüketme vb.) zararlardan sorumlu olur¹⁸⁵⁵. İade borcunda temerrütte ise satılanın iade edilmemesinden doğan geniş anlamda zarardan da sorumludur¹⁸⁵⁶.

3.2.9.6. Dönme Neticesinde Yararlardan Sorumluluk

Ticari satış sözleşmesinde, satıcının kısmi temerrüdü hâlinde, alıcının kısmi değil, yalnızca tam dönme hakkının kullanabileceğinin kararlaştırılması durumunda, kısmen ifa edilen satılardan elde edilen yararın hangi tarafa ait olacağı sorunu gündeme gelir.

¹⁸⁵¹ Serozan, Dönme, 537

¹⁸⁵² Serozan, Dönme, 540

¹⁸⁵³ Serozan, Dönme, 540

¹⁸⁵⁴ Serozan, Dönme, 544

¹⁸⁵⁵ Serozan, Dönme, 546

¹⁸⁵⁶ Serozan, Dönme, 546

Sözleşmeye kusurlu olarak aykırı davranan satıcı, bedelin kendisine ödendiği tarihten itibaren edindiği ve edinmeyi ihmâl ettiği yararları karşılamakla yükümlüdür¹⁸⁵⁷. Nitekim, BK. m. 192 ve 205 hükmü de aynı sorumluluk düzenini öngörmüştür. SCHENKER'e göre, TBK. m. 229 (OR. Art. 208) hükmüne kıyasen, yararların iadesi gerekir¹⁸⁵⁸. İade alacaklısının elde edebileceği yararlar, yoksun kalınan kazanç kapsamında, olumsuz zarar olarak talep edilebilir¹⁸⁵⁹. Kanaatimizce, yararların iadesi, olumsuz zarar değil, TBK. m. 125 kapsamında olarak edimlerin iadesine dahildir.

Dönme hakkının kullanılması sonrasında alıcı, yararlar bakımından elinde kalanı iade ile yükümlüdür¹⁸⁶⁰. Alıcı, dönme hakkının kullanılması öncesine dair elde etmeyi ihmâl ettiği yararlardan sorumlu değildir¹⁸⁶¹.

Dönme hakkının kullanılması ile muaccel olan iade borcunda temerrüde düşen iade borçlusunun elde ettiği ve hatta elde etmeyi ihmal ettiği yararlardan, kullanım yararlarından (Gebrauchsvorteile) iade alacaklısının zararı ölçüsünde, sorumlu tutulması gerekir¹⁸⁶². Nitekim, mütemerrit borçlu BK. m. 102 hükmü uyarınca dolaylı sonuç zararlarında dahi sorumludur. İade alacaklısının zararına yol açmayan yararlardan sorumluluk bakımından ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilir¹⁸⁶³.

BUZ'a göre, dönmenin aynı etkisi sonucu, kendisine edim kısmen ifa edilen alıcı, hakkın kullanılması ile birlikte haksız zilyet olur¹⁸⁶⁴. Dönme hakkının kullanılmasına kadar muhatap iyi niyetli haksız zilyet olarak sorumlu olur. Dolayısıyla, iade konusu malı, malı elinde tuttuğu hakka uygun olarak kullandığı sürece, elde ettiği yararları ve kullanma karşılıklarını iade etmek zorunda değil ise de iade konusu edime ilişkin olarak yapılan zorunlu ve faydalı masraflara dair alacaktan mahsup edilir. Bu kabule göre hareket edilirse, iade borçlusu alıcıyı elde ettiği yararlardan dolayı sorumlu

¹⁸⁵⁷ Serozan, Dönme, 552; Becker, 567; MüKo. I/ Gaier, 833

¹⁸⁵⁸ Schenker, 266; Erman BGB./ Röthel, 1546

¹⁸⁵⁹ Schenker, 266

¹⁸⁶⁰ Serozan, Dönme, 551

¹⁸⁶¹ Serozan, Dönme, 551

¹⁸⁶² Serozan, Dönme, 553; Erman BGB./ Röthel, 1546; Palandt BGB./ Grüneberg, 580; MüKo. I/ Gaier, 859; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹⁸⁶³ Serozan, Dönme, 553

¹⁸⁶⁴ Buz, Dönme, 223

tutmak güçtür. Zira, dönme hakkını kullanılana kadar, iade borçlusu mülkiyet hakkına kapsamında hak üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilme yetkisi ve düşüncesiyle hareket eder¹⁸⁶⁵. Bu noktada ise, yazara göre, özel hüküm niteliği taşıyan TBK. m. 229 hükmünü uygulamak mümkündür. Anılan düzenleme uyarınca, malın yararlarıyla birlikte ve aynı şekilde satış bedelinin de faiziyle birlikte iadesi gerekir. Bu hükümden hareketle, iade borçlusu alıcıyı yararlardan sorumlu tutmak mümkündür. Yararların aynen iadesinin mümkün olmaması durumunda, yararların piyasa değeri dikkate alınır¹⁸⁶⁶.

İade borçlusu, elde etmeyi ihmâl ettiği yararlardan da sorumlu tutulmamalıdır¹⁸⁶⁷. Nitekim, iade borçlusu, malı, mülkiyet hakkına sahip olduğu düşüncesiyle elinde tutar ve mülkiyet hakkı, sahibine, her türlü yetkiyi tanır. Bu anlamda olmak üzere, iade borçlusu, malını kullanıp kullanmamakta özgürdür. Malını kullanma şeklindeki davranışı da kusurlu kabul etmek mümkün değildir. Aynı şekilde, “*kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen*” kriteri de elde etmeyi ihmal ettiği yararlardan sorumluluk için yeterli değildir. Zira, iade borçlusu, mülkiyetine sahip olduğu bir mal hakkında, mülkiyetine sahip olduğu diğer mallardaki aynı özeni gösterir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına kadar, kural olarak, iyi niyetli haksız zilyet olan dönme hakkı muhatabı, elde etmeyi ihmal ettiği yararlardan TMK. m. 994/III hükmü çerçevesinde de sorumlu tutulamaz¹⁸⁶⁸.

İade borçlusu kötü niyetli ise, elde etmeyi ihmal ettiği yararlar dahil olmak üzere, MK. m. 908 uyarınca sağladığı tüm yararlardan sorumludur¹⁸⁶⁹. Diğer taraftan, iade borcunda temerrüt hâlinde, alıcı, satılandan elde etmeyi ihmâl ettiği yararlardan da sorumludur¹⁸⁷⁰.

EHRAT’a göre, sözleşmeden dönmenin ayni etkisi neticesinde, sözleşmeden dönme beyanının muhataba ulaşması ile mülkiyetin dönme hakkı sahibine geçmesi nedeniyle, malik sıfatıyla zilyet değildir¹⁸⁷¹. Muhatap, dönme beyanının ulaşmasından taşınırın

¹⁸⁶⁵ Buz, Dönme, 224

¹⁸⁶⁶ Ehrat, 175

¹⁸⁶⁷ Buz, Dönme, 226

¹⁸⁶⁸ Ehrat, 176 vd.

¹⁸⁶⁹ Ehrat, 176; Buz, Dönme, 229

¹⁸⁷⁰ Serozan, Dönme, 553

¹⁸⁷¹ Ehrat, 172

iadesine kadar haksız zilyet olur¹⁸⁷². Dönme beyanının ulaşmasıyla, iyi niyetli haksız zilyet, kötü niyetli haksız zilyet sıfatını alır¹⁸⁷³. Dolayısıyla, kötü niyetli haksız zilyet olarak mala verdiği zarar, malı devretmesi, onu rehin hakkı ile kayıtlaması gibi durumlardan sorumludur¹⁸⁷⁴. Dönme hakkı muhatabının kendi ifa etmiş olduğu edimin iade edilmesine kadar, kendi nezdinde bulunan istihkak konusu mal üzerinde hapis hakkı bulunmaktadır¹⁸⁷⁵. Onun sorumluluk ölçütü TMK. m. 945 hükmüne kıyasen tayin edilir¹⁸⁷⁶. İyi niyetli haksız zilyet sıfatıyla malı elinde bulundurduğu zaman diliminde, TMK. m. 993 hükmü uyarınca “*karineyle mevcut hakkına uygun şekilde*” kullanması durumunda herhangi bir sorumluluğu bulunmaz¹⁸⁷⁷. Ayrıca, EHRAT’a göre, TBK. m. 208 hükmü sözleşmeden dönme durumları bakımından genel bir kural değildir¹⁸⁷⁸.

TMK. m. 993 hükmü uyarınca, iade borçlusuna, iyi niyetli haksız zilyet sıfatıyla, karineyle mevcut hakka uygun kullanım durumunda, kullanma yararları ve maldan elde edilen faydaları tazmin etmekle yükümlü değildir¹⁸⁷⁹. Keza, malın devredilmesinden ötürü elde edilen kazanç da iyi niyetli haksız zilyet sıfatıyla, iade borçlusuna aittir¹⁸⁸⁰. TMK. m. 994/III hükmü uyarınca zorunlu ve faydalı masraflar, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonraki “kullanma tazminatı”ndan mahsup edilir¹⁸⁸¹.

Aynı etkili dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme hâlinde, kısmen ifa edilen satılanın iadesi, taşınır davasıyla, TMK. m. 989 veya TMK. m. 991 hükümlerine göre açılır¹⁸⁸². TMK. m. 989/II ve TMK. m. 990 hükmü uygulanmaz. Taşınır davasında, sözleşmeden dönme hakkı sahibi, mülkiyet yerine önceki zilyetliğini dayanak

¹⁸⁷² Ehrat, 172

¹⁸⁷³ Ehrat, 173

¹⁸⁷⁴ Ehrat, 173

¹⁸⁷⁵ Ehrat, 174

¹⁸⁷⁶ Ehrat, 174

¹⁸⁷⁷ Ehrat, 173

¹⁸⁷⁸ Ehrat, 175

¹⁸⁷⁹ Ehrat, 174

¹⁸⁸⁰ Ehrat, 174

¹⁸⁸¹ Ehrat, 174

¹⁸⁸² Ehrat, 177

gösterebilir¹⁸⁸³. İstihkak talebinde ise hak, dönme beyanının muhataba ulaşmasından itibaren mülkiyetin beyan sahibine geçmesi sebebine dayanır¹⁸⁸⁴. Sözleşmeden dönme konusunu devralan üçüncü kişinin iyi niyetli kabul edilmemesi bakımından, sözleşmeden dönme sebebini bilmesi yeterli değildir¹⁸⁸⁵. Sözleşmeden dönme beyanına dair bilgisi de aranır¹⁸⁸⁶.

Alman Hukukunda fiilen elde edilen yararların iadesi, sözleşmeden dönmeye etkisine dair BGB. § 346/I hükmü uyarınca gerçekleşir¹⁸⁸⁷. Yararların, kural olarak, aynen iadesi gerekir¹⁸⁸⁸. Yararın aynen iadesinin imkânsızlaşması, iade borcunu sona erdirmez¹⁸⁸⁹.

Alman Hukukunda BGB. § 347 hükmüne göre, iade borçlusu elde etmeyi ihmâl ettiği yararları tazmin etmekle yükümlüdür¹⁸⁹⁰. Elde etmenin ihmâl edildiği yararın tespitinde, iade borçlusunun değil, iade alacaklısının elde edebileceği yarardan hareket edilir¹⁸⁹¹. Aksi yöndeki görüşe göre, objektif ölçüt çerçevesinde makul bir işletmeye göre değerlendirilir¹⁸⁹². Bu değerlendirmede, sözleşme içeriği de dikkate alınmalıdır¹⁸⁹³. BGB. § 347/I, c. 2 uyarınca, kanuni dönme hakkında, dönme hakkı

¹⁸⁸³ Ehrat, 177

¹⁸⁸⁴ Ehrat, 177

¹⁸⁸⁵ Ehrat, 177

¹⁸⁸⁶ Ehrat, 177

¹⁸⁸⁷ Sonnentag, 160; Boels, 68; Wolgast, 211; Schmidt, Rolf, 112; Riewert, 416; Herold, 191; Gothe, 147; PWW. Kom./ Stürner, 646; Erman BGB./ Röthel, 1549; Jauernig BGB./ Stadler, 576; MüKo. I/ Gaier, 858; HK-BGB/ Schulze, 580; Brox, Walker, AG., 170

¹⁸⁸⁸ Kaiser, 354; Erman BGB./ Röthel, 1549; Jauernig BGB./ Stadler, 576; MüKo. I/ Gaier, 858; Juristen/ Gsell, 646; HK-BGB/ Schulze, 582; Teichmann, 46

¹⁸⁸⁹ Sonnentag, 160; Herold, 191; Erman BGB./ Röthel, 1549; MüKo. I/ Gaier, 858; HK-BGB/ Schulze, 582

¹⁸⁹⁰ Wolgast, 241; Reinicke, Tiedtke, 95; Riewert, 236; Herold, 193; PWW. Kom./ Stürner, 649; Erman BGB./ Röthel, 1546; önceki BGB bakımından aynı yönde görüş için bkz. Schmid, 169; Erman BGB./ Röthel, 1549; Palandt BGB./ Grüneberg, 580; Jauernig BGB./ Stadler, 576; MüKo. I/ Gaier, 833; HK-BGB/ Schulze, 582; Petersen, 63; Teichmann, 46; Hirsch, 138; Fikentscher, Heinemann, 327; Brox, Walker, AG., 175; Brox, Walker, BT., 80; Strupp, 101; Müller, 125

¹⁸⁹¹ Wolgast, 241

¹⁸⁹² Reinicke, Tiedtke, 95; Riewert, 236; Herold, 193; Erman BGB./ Röthel, 1549; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; ; MüKo. I/ Gaier, 881; HK-BGB/ Schulze, 584; Kaiser, 368: Önceki BGB. m. 987/II hükmünde bu husus açıkça düzenlenmiştir.

¹⁸⁹³ Erman BGB./ Röthel, 1549

sahibi, kendi işindeki özeni göstermesi neticesinde elde ettiği yararlardan sorumludur¹⁸⁹⁴. Yararlardan sorumluluğun kapsamı, BGB. § 277’de yer alan “kendi işindeki özen ölçütüne” göre değerlendirilmektedir¹⁸⁹⁵. Bu ayrıcalık, dönme hakkı sahibinin, kanuni dönme hakkının kullanılacağına dair bilgisinin olmaması nedeniyle tanınmıştır¹⁸⁹⁶. Dönme hakkı sahibinin, buna dair bilgisinin olduğu andan itibaren, BGB. § 280/I hükmü uyarınca, yararlar bakımından ihlâl ettiği yükümlülüğünden ötürü tazminat ile sorumlu tutulur¹⁸⁹⁷. Bir görüşe göre, esasen, bu neviden yararlar, sözleşmeden dönmeye “yabancı” niteliktedir¹⁸⁹⁸. Zira, sözleşmeden dönme ile sözleşme öncesi durumun tesisi amaçlanır. Ancak, iade alacaklısının edineceği bu yararlar, iade borçlusunun kusuru neticesinde edinilememesi nedeniyle, önceki BGB. § 347/II ve m. 987/II hükmü uyarınca, tazminat sorumluluğu kapsamında talep edilir¹⁸⁹⁹. Yararlardan sorumlulukta, yararın objektif değeri esas alınır¹⁹⁰⁰. Elde edilen yararların iadesinde ise, BGB. § 346 hükmü uygulanır¹⁹⁰¹.

Alman Hukukundaki bir görüşe göre, kanuni dönme hakkı bakımından iade edilecek faiz miktarının kapsamı, iade borçlusunun kendi işindeki özen ölçütüne göre belirlenir¹⁹⁰². Kaçırılan yararlar bakımından ise, kanuni dönme hakkı sahibinin kendi işindeki özen ölçütüne göre davrandığı hâlde, iade yükümlülüğü bulunmaz¹⁹⁰³.

Alman Hukukunda bir kısım yazarlara göre, iade borçlusu alıcı, kendisine kısmen ifa edilen satılana ilişkin olarak kullanma yararlarından da sorumlu tutulmalıdır¹⁹⁰⁴. Zira, ikâme değer iadesi borcu doğuran tüketim, kullanımın “yoğun” hâlini teşkil eder. Bu

¹⁸⁹⁴ Wolgast, 241; Reinicke, Tiedtke, 96; Riewert, 237; Herold, 191 vd.; PWW. Kom./ Stürner, 649; Erman BGB./ Röthel, 1549; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; MüKo. I/ Gaier, 881; HK-BGB/ Schulze, 584

¹⁸⁹⁵ Riewert, 237; PWW. Kom./ Stürner, 649; Palandt BGB./ Grüneberg, 582

¹⁸⁹⁶ Wolgast, 242; Herold, 193; HK-BGB/ Schulze, 584; Hirsch, 140

¹⁸⁹⁷ Wolgast, 243; Reinicke, Tiedtke, 96; Erman BGB./ Röthel, 1550; MüKo. I/ Gaier, 884

¹⁸⁹⁸ Kaiser, 367

¹⁸⁹⁹ Kaiser, 367

¹⁹⁰⁰ MüKo. I/ Gaier, 883

¹⁹⁰¹ HK-BGB/ Schulze, 585; Teichmann, 46; Hirsch, 138; Brox, Walker, BT., 80; Looschelders, 53

¹⁹⁰² Sonnentag, 159 vd.

¹⁹⁰³ Sonnentag, 161; Coen, 204

¹⁹⁰⁴ Kaiser, 355; Erman BGB./ Röthel, 1546; Palandt BGB./ Grüneberg, 580; MüKo. I/ Gaier, 881

türden yararların, kural olarak, aynen iadesine olanak yoktur¹⁹⁰⁵. KAİSER'e göre, bunun kanuni dayanağı, hizmet edimlerinde kullanma yararlarına ilişkin önceki BGB. § 346/I, c. 2 hükmüdür. Kullanma yararı, satılanın kullanılmasından, kullanmanın sona erdiği ana kadarki süre arasını kapsar¹⁹⁰⁶. Kullanım yararı hesabında, brüt, katma değer vergisi içeren satış bedeli esas alınır¹⁹⁰⁷. Kullanım yararları = Brüt satış fiyatı/ tüm kullanım süresi x fiilen kullanılan süre olarak hesaplanmalıdır¹⁹⁰⁸. Kullanım yararı hesabı bakımından önerilen bir diğer formül : “*Kullanım yararı = Brüt satış bedeli x İade anına kadarki kullanım süresi / muhtemel toplam kullanım süresi*” şeklindedir¹⁹⁰⁹. Yıpranma payının bu tutardan mahsubu gerekir. Maldaki ayıbın kullanımı engellediği ölçüde mahsubu gerekir¹⁹¹⁰.

Yararlardan sorumluluk, edimin ifasından, dönme beyanının açıklanması anına kadar mevcuttur¹⁹¹¹. Yararların iadesi bakımından, tarafların, sözleşmede farklı düzenlemeler öngörmesi mümkündür¹⁹¹².

Olağan iş ilişkisine göre elde edilmesi gereken yararları iade alacaklısı ispatlamalıdır¹⁹¹³. İlgili yararların elde edilme imkânı bulunmadığını ispat yükü ise iade borçlusundadır¹⁹¹⁴. Keza, Alman Hukuku kapsamında olarak, ayrıcalık hükümlerinin uygulanması gereğini de iade borçlusu ispat etmelidir¹⁹¹⁵.

3.2.9.7. Dönme Neticesinde Masraflardan Sorumluluk

Ticari satış sözleşmesinde, satıcının kısmi temerrüdü hâlinde, alıcının kısmi değil, yalnızca tam dönme hakkının kullanabileceğinin kararlaştırılması hâlinde, kısmen ifa edilen satılana yapılan masraflara hangi tarafın katlanması gerektiği sorunu gündeme gelir.

¹⁹⁰⁵ Kaiser, 356

¹⁹⁰⁶ Reinicke, Tiedtke, 89; Jauernig BGB./ Stadler, 578; Hirsch, 141

¹⁹⁰⁷ Reinicke, Tiedtke, 89; Jauernig BGB./ Stadler, 578

¹⁹⁰⁸ Kaiser, 357; Erman BGB./ Röthel, 1546; MüKo. I/ Gaier, 859

¹⁹⁰⁹ Reinicke, Tiedtke, 89; Schmidt, Rolf, 112

¹⁹¹⁰ Erman BGB./ Röthel, 1546

¹⁹¹¹ Erman BGB./ Röthel, 1550; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; MüKo. I/ Gaier, 881

¹⁹¹² Erman BGB./ Röthel, 1551

¹⁹¹³ MüKo. I/ Gaier, 888

¹⁹¹⁴ MüKo. I/ Gaier, 888

¹⁹¹⁵ MüKo. I/ Gaier, 888

BUZ'a göre, TBK. m. 229 hükmü masraflardan sorumluluk bakımından uygulanmamalıdır¹⁹¹⁶. Zira, bu hüküm, ayıplı mal teslim ederek sözleşmeye aykırı davranan satıcıyı sorumlu tutmak bakımından düzenlenmiştir. Borçlunun temerrüdünde ise, masrafların tazminini talep eden kişi genellikle borçludur.

Esasen, masraflar, sözleşmeden dönülmeseydi doğacak zarar kapsamında olmaktan ziyade, yeni bir sözleşme akdedilmesi durumunda, yeniden gider olarak yer alması nedeniyle talep edilebilmekte ve bu zarar dâhilinde değerlendirilmektedir¹⁹¹⁷.

BUZ'a göre, dönme hakkının kullanılması neticesinde, kendisine kısmen ifa edilen satılanı iade borçlusunu olan alıcı, iade konusu edimi ele geçirme anından itibaren haksız zilyet olacağı için, masrafların iadesinde zilyetliğe ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹⁹¹⁸. Bu doğrultuda iade borçlusunu alıcı, iade konusu satılana yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları talep ederken, bu tutar kendisine ödenene kadar edimi iadedden kaçınabilir. Ancak, buradaki kaçınma hakkı, MK. m. 864 hapis hakkında farklı olup, masrafların ödenmemesi neticesinde iade konusu edimi paraya çevirme yetkisi vermez. SCHENKER'e göre, masrafların iadesi TBK. m. 80 (OR. Art. 65) hükmüne kıyasen talep edilir¹⁹¹⁹.

Alıcı, satılana yapmış olduğu faydalı ve yararlı masrafların iadesini talep edebilir¹⁹²⁰. Ayrıca, lüks masrafları da ayırması mümkün ise geri alabilir. Dönme hakkının kullanılması sonrasında ise yalnızca zorunlu masraflarını talep edebilir.

Bir görüşe göre, OR. Art. 208 hükmü, dönme hakkı muhatabının sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olması durumunda uygulanmaz¹⁹²¹. Bu takdirde, dönme hakkı muhatabı iade masraflarına katlanmalıdır¹⁹²². Diğer görüşe göre, dönme hakkının icrası bakımından gereken masraflara iade borçlusunu katlanır¹⁹²³.

¹⁹¹⁶ Buz, Dönme, 230

¹⁹¹⁷ Einem, 100 vd.

¹⁹¹⁸ Buz, Dönme, 231

¹⁹¹⁹ Schenker, 266; Eren Şerh, 2434; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1491

¹⁹²⁰ Serozan, Dönme, 554

¹⁹²¹ Sonnentag, 187

¹⁹²² Sonnentag, 187; Honsell, 79; Reinicke, Tiedtke, 88

¹⁹²³ MüKo. I/ Gaier, 853

İyi niyetli iade borçlusu lüks masrafların iadesini talep edemez¹⁹²⁴. Söküp alabilme olanağı var ise lüks masraflara dair ayırma hakkını kullanabilir. Kötü niyetli iade borçlusu ise, yalnızca zorunlu masrafları talep edebilir¹⁹²⁵. Sözleşmenin kurulması ve sürdürülmesi bakımından yapılan masraflar, bu başlık anlamında masraf olarak talep edilemezken, olumsuz zarar kapsamında talep edilmesi mümkündür¹⁹²⁶. Sözleşmeden dönmenin gerektirdiği masraflara iade borçlusu katlanır¹⁹²⁷. İade masrafları bakımından tazminat hakkı, temerrüde ilişkin genel hükümlere göre tayin edilir¹⁹²⁸. Talep ettiği iade masraflarını ispat yükü, iade borçlusu üzerindedir¹⁹²⁹.

Alman Hukuku'nda, iade borçlusu alıcının iade konusunu iade etmesi, ikâme değerini ifa etmesi ya da ikame değeri iade borcunun BGB. § 346/III, b. 1,2 hükmü uyarınca ortadan kalkması durumunda, alıcı zorunlu masraflarını talep edebilir¹⁹³⁰. Önceki BGB. yürürlükte iken, satış sözleşmesinde ayıba dair düzenlemeler kıyasen uygulanmak suretiyle, masraflar talep edilebilmekteydi¹⁹³¹.

Zorunlu masraflar, şeyin mevcut durumunun korunması, zarar görmeksizin muhafaza edilmesi, ondan faydalanmak için gerekmesi gibi durumlarda harcanan masraflardır¹⁹³². Zorunlu masraflar, objektif ölçüt çerçevesinde, sözleşme gözetilerek tespit edilir¹⁹³³. Zorunlu olanlar dışındaki masraflar ise iade borçlusunun bundan ötürü zenginleşmesi durumunda iade edilir. BGB. § 346/III, b. 3 uyarınca, iade borçlusunun kendi işindeki özeni göstermesine rağmen iade konusu yok olursa, zorunlu masrafları

¹⁹²⁴ Buz, Dönme, 231; Alman Hukuku için bkz. Sonnentag, 173

¹⁹²⁵ Ehrat, 176; Buz, Dönme, 231

¹⁹²⁶ Sonnentag, 173; Riewert, 28

¹⁹²⁷ Sonnentag, 174; Reinicke, Tiedtke, 88

¹⁹²⁸ Sonnentag, 174

¹⁹²⁹ MüKo. I/ Gaier, 888

¹⁹³⁰ Sonnentag, 171; Boels, 69; Reinicke, Tiedtke, 96; Riewert, 238; Herold, 199; PWW. Kom./ Stürner, 649; Erman BGB./ Röthel, 1550; Palandt BGB./ Grüneberg, 580; Jauernig BGB./ Stadler, 581; MüKo. I/ Gaier, 833; SMG Hirse/ Hirse, 99; HK-BGB/ Schulze, 585; Petersen, 68; Hirsch, 142; Fikentscher, Heinemann, 331; Brox, Walker, AG., 175

¹⁹³¹ Einem, 99

¹⁹³² Herold, 200, Kaiser, 371; PWW. Kom./ Stürner, 649; Erman BGB./ Röthel, 1550; Palandt BGB./ Grüneberg, 584; Jauernig BGB./ Stadler, 581; MüKo. I/ Gaier, 886; SMG Hirse/ Hirse, 99; HK-BGB/ Schulze, 585

¹⁹³³ MüKo. I/ Gaier, 886

da talep edemez¹⁹³⁴. İade konusu edimin iadesinin, tarafların kusuru olmaksızın imkânsızlaşması hâlinde, iade alacaklısının ne edimi ne de bunun ikâme değerini alamayacak olması nedeniyle, masraflardan sorumlu değildir¹⁹³⁵. Diğer deyişle, zorunlu masraflardan sorumluluk, iade borçlusunun edimi ya da bunun ikâme değerini iade etmesi durumunda talep edebilir¹⁹³⁶.

Yararlı masraflar ise, BGB. § 347/ II, b. 2 hükmü uyarınca satılanı iade bakımından iade alacaklısı satıcının, zenginleşmesine yol açması durumunda talep edilebilir¹⁹³⁷. İade edilecek masraf, satıcı nezdindeki sübjektif değer ile sınırlıdır¹⁹³⁸. Bedele ilişkin faiz iade etme borcuna BGB.'de yer verilmemiştir. Somut olayın koşullarına göre, satış bedelinden kâr elde edilmesi durumunda, bu tutarın iadesi talep edilebilir¹⁹³⁹. Keza, edimden fayda elde edilmesi adına yapılan zorunlu masraflar ve onun değerini artıran masraflarda, dönme hakkı kapsamında olarak talep edilir¹⁹⁴⁰. İade borçlusu, dönme hakkına dair bilgisinin olmasından itibaren yararlı masrafları talep edemez¹⁹⁴¹.

¹⁹³⁴ Sonnentag, 171; Reinicke, Tiedtke, 96; Riewert, 238; Herold, 200; MüKo. I/ Gaier, 885

¹⁹³⁵ Sonnentag, 172; Boels, 69; Riewert, 238; Herold, 203; Erman BGB./ Röthel, 1550

¹⁹³⁶ Erman BGB./ Röthel, 1550

¹⁹³⁷ Wolgast, 211; Reinicke, Tiedtke, 96; Riewert, 238; Herold, 202; Kaiser, 379; Erman BGB./ Röthel, 1551; Jauernig BGB./ Stadler, 581; HK-BGB/ Schulze, 585; Petersen, 68; Fikentscher, Heinemann, 331

¹⁹³⁸ Boels, 69; Herold, 202; Erman BGB./ Röthel, 1551

¹⁹³⁹ Reinicke, Tiedtke, 96

¹⁹⁴⁰ Riewert, 238; HK-BGB/ Schulze, 585

¹⁹⁴¹ Herold, 202

4. BÖLÜM: DÖNME HAKKININ KULLANILMASINA İLİŞKİN ÖZEL HÂLLER VE OLUMSUZ ZARAR

4.1. Dönme Beyanının Taraflarının Tespitinde Özel Hâller

4.1.1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması

Ticari satış sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde akdedilmesi mümkündür. Üçüncü kişi yararına sözleşmede edim, üçüncü kişiye ifa edilir. Bu durumda, satıcının temerrüdü hâlinde, sözleşmeden dönme hakkının kim tarafından kullanılacağı sorunu gündeme gelir.

Edimler arasındaki bağımlılık kapsamında olarak, sözleşmenin taraflarının seçimlik hakları kullanma imkânına sahip olması gerekir¹⁹⁴². Zira, edimin ifa edilmemesi durumunda taraflar, seçimlik haklar vasıtasıyla, örneğin dönme hakkı ile edimin ifasından kurtularak olumsuz zararını talep edebilir ya da diğer seçimlik haklar ile ifa menfaatine dair talepte bulunabilir¹⁹⁴³. Bir kısım yazarlara göre, sözleşmeden dönme beyanı, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaat edilen sözleşmenin tarafları arasında kullanılır¹⁹⁴⁴.

4.1.1.1. Vaat Eden Satıcının Temerrüdü

Belirli süreli ticari satış sözleşmesinde, satıcı (vaat eden) edimini üçüncü kişiye ifa etmeyi taahhüt etmişse ve mülkiyeti geçirme amacıyla zilyetliğin devir borcunda temerrüde düşmüşse, üçüncü kişi yararına sözleşmede dönme hakkı vaat ettiren alıcı tarafından kullanılabilir¹⁹⁴⁵. Bu takdirde, üçüncü kişi de vaat edenin borcunu yerine getirmemesi, aynı zamanda vaat ettiren ile vaat eden arasındaki borç ilişkisinin ihlâli teşkil edeceği için, dönme hakkını kullanabilir. TBK. m. 129 hükmünün amacının

¹⁹⁴² Raab, Thomas, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Tübingen, 1999, 518

¹⁹⁴³ Raab, 518

¹⁹⁴⁴ Lemp, 121; MüKo. I/ Gaier, 892; Raab, 518

¹⁹⁴⁵ Buz, Dönme, 289; Akyol, 218; MüKo. II/ Ernst, 640; Papanikolaou, Panajotis Al., Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Berlin, 1977, 63; Yavuz, 138

üçüncü kişiyi vaat ettirenin keyfi müdahalesinden korumak olduğundan hareketle, dönme hakkının vaat ettiren alıcı tarafından kullanılması bu hükme aykırılık teşkil etmez¹⁹⁴⁶.

Alman Hukuku'nda bir görüşe göre, önceki BGB. § 356 hükmüne kıyasen, dönme hakkının, vaat ettiren ve üçüncü kişi tarafından birlikte kullanılması gerekmektedir¹⁹⁴⁷.

4.1.1.2. Vaat Ettiren Satıcının Temerrüdü

Vaat ettirenin satıcı, vaat edenin alıcı olması durumunda, vaat ettirenin temerrüdünde, vaat eden alıcı tarafından kullanılacak sözleşmeden dönme hakkının, üçüncü şahsa karşı değil, vaat ettirene karşı ileri sürülmesi gerekir¹⁹⁴⁸. Dönme hâlinde, vaat eden alıcı tarafından üçüncü kişiye ifa edilen edimlerin iadesi gerekir¹⁹⁴⁹.

BUZ'a göre, aynı etkili dönme görüşü çerçevesinde, dönme hakkının kullanılması ile üçüncü kişi yararına sözleşme de sona erer¹⁹⁵⁰. Dolayısıyla vaat eden alıcı, iade konusu bedeli üçüncü kişiden talep edebilir. Dönme hâlinde üçüncü kişi, “değer ilişkisi” kapsamında olarak, alacak hakkını vaat ettirenden talep edebilir¹⁹⁵¹.

Vaat eden alıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, üçüncü kişinin vaat edenden ifayı talep etmesi neticesinde, vaat eden ifadan kaçınabilecektir¹⁹⁵². Dolayısıyla, dönme beyanının üçüncü kişiye karşı öne sürülmesinin pratik faydası yoktur. Ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme bakımından durumu değerlendiren görüşe göre, ayıplı menkulü teslim alan üçüncü kişinin dönme hakkını öne sürme hakkının bulunduğu kabulü gerekir¹⁹⁵³. Zira, aksi durumda, üçüncü kişi ayıp ihbarında bulunması için vaat ettirene başvuracak ve ayıptan doğan hakların kullanılması sonrasında vaat ettiren tekrardan üçüncü kişiyi durumdan haberdar etmesi gerekecektir¹⁹⁵⁴. Her iki durumda da dönme hakkını kullanan tarafın diğer tarafı haberdar etmesi güven ilişkisinden

¹⁹⁴⁶ Buz, Dönme, 291

¹⁹⁴⁷ Papanikolaou, 74: İlgili hükme göre, sözleşmenin taraflarının birden fazla kişiden oluşması durumunda dönme hakkı, sözleşmenin taraflarının tamamınca, tarafların tamamına karşı kullanılır.

¹⁹⁴⁸ Buz, Dönme, 291; Yavuz, 138

¹⁹⁴⁹ Buz, Dönme, 291

¹⁹⁵⁰ Buz, Dönme, 292

¹⁹⁵¹ Buz, Dönme, 292

¹⁹⁵² Akyol, 219

¹⁹⁵³ Akyol, 219

¹⁹⁵⁴ Akyol, 219

doğın davranış ya da koruma yükümünün bir gereğidir¹⁹⁵⁵. Bu yükümün ihlâlinde, zarar gören taraf güven zararının tazminini talep edebilir¹⁹⁵⁶.

4.1.2. Alacaklı ve Borçlu Sifatının Çokluğu Hâlinde Dönme Hakkının Kullanılması

Ticari satış sözleşmesinde satıcı ve/ veya alıcı tarafı birden fazla kişi oluşturabilir. Bu durumda, dönme hakkının nasıl kullanılacağıının tespiti gerekir.

Satıcının zilyetliğin devri borcunun konusunun bölünebilir edim olduğu ve alacaklı tarafta birden fazla alıcı olup bu kısmi alacaklılık türünde, alıcılardan her biri, kendi hakkına isabet eden kısım hakkında dönme hakkını kullanabilir¹⁹⁵⁷. Kısmi alacaklılıktaki bu imkân, dönme hakkının kullanılmasının diğer kısmi alacaklıların menfaatine aykırı düşmemesi hâline özgülenmelidir¹⁹⁵⁸.

Müteselsil alacaklılık durumunda BUZ'a göre, ani edimli ile art arda teslimli ve sürekli sözleşmeler bakımından ayırım yapılmalıdır. Ani edimli sözleşmelerde, alacaklılardan her biri, tek başına, sözleşmeden dönebilir¹⁹⁵⁹. Ancak BUZ'a göre, art arda teslimli ve sürekli sözleşmelerde, sürekli bir alacak hakkı olması nedeniyle, diğer müteselsil alacak hakkının kullanılmasına, dönme hakkının tek başına kullanılması yoluyla engel olunamaz¹⁹⁶⁰. Aksi yöndeki görüşe göre, dönme hakkının alacaklıların tamamınca kullanılması gerekir¹⁹⁶¹.

Ticari satış sözleşmesinde alıcı tarafın elbirliğiyle alacaklı olması durumunda, alacağın tamamının tüm alacaklılar tarafından talep edilebilmesi nedeniyle, dönme hakkı da tüm alacaklılar tarafından elbirliğiyle kullanılabilir¹⁹⁶². Ancak, dönme hakkının kullanılabilmesi için gereken şartların alıcılardan yalnızca biri nezdinde

¹⁹⁵⁵ Akyol, 219 vd.

¹⁹⁵⁶ Akyol, 220

¹⁹⁵⁷ Buz, Dönme, 293; Rütten, Willhelm, Mehrheit von Gläubigern, Tübingen, 1989, 39

¹⁹⁵⁸ Buz, Dönme, 294

¹⁹⁵⁹ Buz, Dönme, 295

¹⁹⁶⁰ Buz, Dönme, 295

¹⁹⁶¹ Müko. II/ Ernst, 596; Rütten, 38; Selb, 80; Riering, 42; Reinicke, Tiedtke, Gesamtschuld 46; Nazikoğlu, 680

¹⁹⁶² Lemp, 71; Buz, Dönme, 295; Rütten, 115

gerçekleşmesi yeterlidir¹⁹⁶³. Keza, edimin bölünemez olması durumunda da alıcıların tamamınca hakkın kullanılması gerekir¹⁹⁶⁴. Müteselsil alacaklılık durumunda, karşı edimin bölünebilir olması durumunda, müteselsil alacaklıların her birinin farklı seçimlik hakkı tercih etmesi mümkündür¹⁹⁶⁵. Ancak, karşı edim bölünemez ise yukarıda anıldığı üzere hakkın beraber kullanılmasından ötürü aynı seçimlik hak tercih edilmelidir¹⁹⁶⁶.

Ticari satış sözleşmesinde, satıcıların zilyetliğin devir borcunun ifasını kısmi borçlu olarak üstlenmesi hâlinde, alıcı, kendi payına düşen kısmı ifada temerrüde düşen satıcıya karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁹⁶⁷. Kısmi edimler arası bağımlılık bulunması hâlinde, kısmi dönme, diğer borçlulara zarar vermemesi kaydıyla kullanılabilir. Bu durumda, alıcı, TBK. m. 123 hükmü uyarınca tüm satıcılara süre vererek, dönme hakkını satıcıların tamamına karşı kullanabilir.

Ticari satış sözleşmesinde, satıcıların müteselsil olarak borçlu olması durumunda, TBK. m. 165 hükmü uyarınca, satıcılardan birinin temerrüde düşmesi sözleşmeden dönme bakımından yeterli değildir¹⁹⁶⁸. Zira, sözleşmeden dönme diğer satıcıların durumunu ağırlaştırır. Dolayısıyla, müteselsil borçluluk hâlinde, alıcı, ancak, tüm satıcıların temerrüdü hâlinde sözleşmeden dönebilir. Ayrıca, verilen sürenin tüm satıcılara karşı dolması gerekir¹⁹⁶⁹.

Satıcıların elbirliğiyle borçlu olması durumunda, sözleşmeden dönme hakkı, satıcıların tamamına karşı kullanılmalıdır¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶³ Buz, Dönme, 296; HK-BGB/ Schulze, 587; Langenfeld, Harald, Das Innenverhältnis bei den Gläubigermehrheiten nach §§ 420 bis 432 BGB, Frankfurt am Main, 1994, 180; Riering, 42; Reinicke, Tiedtke, Gesamtschuld, 46

¹⁹⁶⁴ Lemp, 71

¹⁹⁶⁵ Lemp, 72

¹⁹⁶⁶ Lemp, 71 vd.

¹⁹⁶⁷ Buz, Dönme, 296

¹⁹⁶⁸ Buz, Dönme, 296; Ehrat, 93 vd.

¹⁹⁶⁹ Ehrat, 93 vd.

¹⁹⁷⁰ Buz, Dönme, 297; Schenker, 219

Alacaklı veya borçlunun çokluğu durumunda, dönme hakkının, alacaklılardan biri ya da birkaçı tarafından, dönme hakkı sahibi diğer alacaklı ya da borçluların vereceği temsil yetkisi ile kullanılabilir¹⁹⁷¹.

Seçim hakkını, müteselsil-kısmi-elbirliğiyle alacaklı olması fark etmeksizin, alıcıların birlikte kullanılması gerekir¹⁹⁷². Zira, seçim hakkının kullanılması neticesinde, alıcıların tamamının hukuki durumu değişir. TBK. m. 168/II hükmüne kıyasen, birden fazla alıcı bulunması hâlinde, alıcılardan biri seçim hakkını kullanarak diğer alıcıların durumunu kötüleştiremez. Elbirliğiyle alacaklılık hâlinde, alıcıların çoğunluğu, azınlığın aksi yöndeki iradesi karşısında, aynen ifadan vazgeçemez¹⁹⁷³. Kısmi alacaklılardan her biri, diğer alıcıların hukuki durumunu etkilememek kaydıyla, seçim hakkını bağımsız olarak kullanabilir¹⁹⁷⁴. Alacağın tamamına etki edebilmek bakımından, tüm alıcıların ortak hareket etmesi gerekir.

Satıcıların müteselsil borçlu olması durumunda, satıcıların her birinin borcun tamamından sorumlu olması nedeniyle, süre verilmesi ve aynen ifadan vazgeçme, satıcıların her birine karşı kullanılabilir¹⁹⁷⁵. Bu vazgeçme ilgili satıcı yönünden sonuç doğurur. Diğer satıcılar, aynen ifa imkânına sahiptir. Aynı şekilde, mübadele teorisine göre, zararın satıcıların her birinden talep edilmesi mümkündür. Ancak, sözleşmeden dönme veya borcun ifa edilmemesinden doğan zararın fark teorisine göre talep edildiği durumda, satıcıların tamamına karşı kullanılması gerekir. Zira, sözleşmeden dönme ve fark teorisine göre zararın talep edilmesi, yalnızca geciken edimi değil, karşı edimi de ilgilendirir. Nitekim, alıcı, karşı edimin ifasında, tüm satıcılara karşı yükümlüdür. Keza, hakkın kullanılabilmesi bakımından, verilen ek sürenin tüm satıcılara karşı dolması gerekir. Aksi yöndeki görüşe göre, dönme hakkı, müteselsil borçluların tamamına karşı kullanılır¹⁹⁷⁶. Adi ortaklıkta ise, temsile yetkili ortağa karşı kullanılabilir¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷¹ Buz, Dönme, 297; MüKo. I/ Gaier, 895

¹⁹⁷² Schenker , 214; Ehrat, 108

¹⁹⁷³ Schenker , 214

¹⁹⁷⁴ Schenker , 214; Ehrat, 108

¹⁹⁷⁵ Schenker, 219

¹⁹⁷⁶ Müko. II/ Ernst, 596

¹⁹⁷⁷ Müko. II/ Ernst, 596

Alman Hukukunda sözleşmenin bir tarafını birden fazla kişinin oluşturması durumunda, dönme hakkı, tarafların tamamınca ve tarafların tamamına karşı kullanılmalıdır. Dönme hakkının ayrı ayrı kullanılması mümkün olmakla beraber, son dönme hakkı sahibinin beyanının ulaşmasıyla sonuç doğurur¹⁹⁷⁸. Ayrıca, dönme hakkının taraflardan biri yönünden sona ermesi, ötekiler yönünden de sonuç doğurur. Zira, dönme hakkı, ya sözleşme taraflarının tamamı bakımından etki doğurur ya da hiç doğurmaz¹⁹⁷⁹.

SAENGER'e göre, önceki BGB. § 356 hükmü uyarınca dönme hakkı bölünemez¹⁹⁸⁰. Dolayısıyla, alacaklı ve borçlu tarafı birden fazla kişinin teşkil etmesi durumunda, bu hakkın alacaklıların tamamı tarafından, borçluların tamamına karşı kullanılması gerekir. Ayrıca, sözleşmeden dönme hakkı sahiplerinden birinin bu hakkı yitirmesi diğerleri yönünden de sonuç doğurur¹⁹⁸¹.

4.1.3. Alacağın Devri Hâlinde Dönme Hakkının Kullanılması

Ticari satış sözleşmesinde alıcının, zilyetliğin devrini talebe ilişkin alacağın devretmesi durumunda, sözleşmeden dönme hakkının kim tarafından kullanılacağı sorunu gündeme gelir.

Sözleşmeden dönme hakkı, karşılıklılık ilişkisinde yer alan sözleşmenin taraflarınca kullanılır. Alacağın devri ise, bir tasarruf işlemi olarak alacağın ve buna ilişkin talep hakkının alacağı devralana geçişini sağlar. Alacağın devri üzerine sözleşmeden dönme hakkının akıbetinin tespitinde bu iki durumdan hareket edilmelidir.

Sözleşmeden dönme, karşılıklılık ilişkisinden doğan bir hukuki imkândır. Bu nedenle, sözleşmeden dönme hakkının “ilgilileri” sözleşmenin taraflarıdır. Alacağın devri hâlinde, sözleşmenin tarafları değişmez. Sözleşmenin devri ile alacağın devri arasındaki temel fark da bu noktadadır. Devreden alacaklının, alacağın devri neticesinde sözleşmenin tarafı kalmaya devam etmesinin sonucu olarak dönme hakkı alacağın devri hâlinde devreden ve sözleşmenin tarafı olan alıcı tarafından kullanılır.

¹⁹⁷⁸ Erman BGB./ Röthel, 1553; Langenfeld, 105; Palandt BGB./ Grüneberg, 585; Jauernig BGB./ Stadler, 582; MüKo. I/ Gaier, 895; HK-BGB/ Schulze, 587

¹⁹⁷⁹ Erman BGB./ Röthel, 1552; Palandt BGB./ Grüneberg, 585; Jauernig BGB./ Stadler, 582; Esser, Schmidt, AG., 310; Langenfeld, 106

¹⁹⁸⁰ Becker, 567; Schöler, 49; Hoffmann, 58; Saenger, 39; Suter, 26

¹⁹⁸¹ Saenger, 39; Becker, 567; Suter, 26; Palandt BGB./ Grüneberg, 585; MüKo. I/ Gaier, 896

Sözleşmenin devri durumunda, dönme hakkı sözleşmenin devralan tarafınca kullanılabilir¹⁹⁸². Dönmeye esas teşkil eden temerrüdün, sözleşmenin devrinden önce gerçekleşmesi önem arz etmez¹⁹⁸³. Zira, devralan sözleşmenin “ekonomik ve hukuki” tarafı hâline gelmektedir¹⁹⁸⁴. Diğer taraftan, Alman Hukukunda, sözleşmeyi devralanın, BGB. § 346/II, b. 3 kapsamında olarak ikâme değer sorumluluğu gündeme gelir¹⁹⁸⁵.

Alacağın devri ile satılanın zilyetliğini geçirmek amacıyla mülkiyetinin devrini talep yetkisinin devredilmesi nedeniyle, ifa için ek süre verme ve ifayı talep yetkisi alacağı devralana geçer¹⁹⁸⁶. Ancak, temerrüt neticesinde devralan alacaklı, sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Zira, sözleşmeden dönme, kural olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından tanınmış bir haktır¹⁹⁸⁷. Bu anlamda olmak üzere, devralan alacaklı ile sözleşme borçlusu arasında tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mevcut değildir. Yenilik doğuran bir hak olan sözleşmeden dönme hakkı, alacağın devri hâlinde devralana geçmez. Zira, sözleşmeden dönme hakkı, borç ilişkisine bağlı niteliktedir.

Alacağı devralanın üzerine düşen hukuki prosedürleri yerine getirmemesi hâlinde mahkeme yoluyla gereken rıza temin edilebilir. Örneğin: Aynen ifadan vazgeçme beyanının alacak hakkını devralmış olması nedeniyle devralan tarafından sunulması gerekir. Bu kapsamda olmak üzere, mahkemenin vereceği karar, alacağı devralanın rızasını teşkil eder. Mahkemece verilen hüküm, dönme hakkını yenilik doğuran davaya dönüştürmez. Verilen hüküm ile dönme için gerekli şartlar tamamlanmış olur.

Sözleşmeden dönme hakkı, borç ilişkisinin tamamına tesir eden bir yenilik doğuran haktır¹⁹⁸⁸. Salt alacak hakkı, devralana bu yetkiyi vermez. Sözleşmeden dönme hakkı, TBK. m. 189’da sözü edilen alacağa bağlı haklardan değildir: Sözleşmeden dönme

¹⁹⁸² Erman BGB./ Röthel, 1539; Palandt BGB./ Grüneberg, 578; MüKo. I/ Gaier, 836; J. Hoffmann, 233; Klimke, Dominik, Die Vertragsübernahme, Tübingen, 2010, 289; Steinbeck, 61; Buz, YDH., 364

¹⁹⁸³ Buz, YDH., 364

¹⁹⁸⁴ Buz, YDH., 364

¹⁹⁸⁵ Klimke, 328

¹⁹⁸⁶ Schenker, 215; MüKo. II/ Ernst, 638

¹⁹⁸⁷ Schüller, 8; Muthers, 52 vd.; Leser, 6; Lammich, 66; MüKo. II/ Ernst, 638; Erman BGB./ Röthel, 1552; MüKo. I/ Gaier, 836

¹⁹⁸⁸ Schenker, 216; Rünz, 153; Petersen, 58

hakkı esasen borç ilişkisine, diğer deyişle sözleşmenin tarafı olmaya “bağlı” bir haktır. Diğer taraftan, yenilik doğuran hakkın, sözleşmeden dönme hakkı sahibi ya da devredilen tarafından kullanılması temerrüt borçlusu bakımından fark yaratmaz. Dolayısıyla, TBK. m. 198/II hükmüne kıyasen, temerrüt borçlusunun onayı gerekmez.

BECKER’e göre, alacağın devrinde, devralan, devreden hukuki durumunun kötüleşmemesi durumunda, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁹⁸⁹. Yazara göre, alacağın bir kısmının devredilmesinde de aynı durum söz konusu olur¹⁹⁹⁰. Aksi yöndeki görüşe göre, alacağın devrinde, sözleşmeden dönme hakkı, devreden tarafından kullanılır¹⁹⁹¹. Zira, önceki BGB. § 349 hükmünde yer alan diğer taraf ibaresi akitleri kastetmektedir¹⁹⁹². Sözleşmenin tasfiye ilişkisine döndüğünün kabulü hâlinde, devreden, sözleşmenin tarafı olmaya devam etmesi nedeniyle, dönme hakkı sahibidir/muhatabıdır¹⁹⁹³. İade borçlusunun, devralana karşı sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan başvuru hakkı saklıdır¹⁹⁹⁴. Diğer taraftan, devralan, alacağı devralması neticesinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılacağı ihtimalini bilmektedir. Dolayısıyla, devralanın edimi iade borcu altında olması gerekir¹⁹⁹⁵.

Sözleşmeden dönme hakkı borç ilişkisinin tamamına tesir eder¹⁹⁹⁶. Salt alacak hakkı, devralana bu yetkiyi vermez. Dönme hakkı alacaklı değil, borçlu menfaati ile ilişkili olup, hak sahibinin kendi ifa yükümlülüğünden kurtulmasını sağlar. Dönme hakkının kullanılması neticesinde devralan buna uymakla yükümlüdür: Devralanın onayı gerekmez. Zira, alacak hakkı ortadan kalkar¹⁹⁹⁷.

¹⁹⁸⁹ Becker, 553

¹⁹⁹⁰ Becker, 553

¹⁹⁹¹ Brüggmann, 41; Kogel, Walter, Rechtsfragen zur Teilzession, Köln, 1975, 88; Lemp, 122; J. Hoffmann, 16 vd.; Sitzmann, Norbert, Die Verteilung der Folgerechte nach der Zession und nach der Übertragung der Anwartschaft, Frankfurt am Main, 1998, 37 vd.

¹⁹⁹² Kogel, 88: Önceki BGB. m. 349 “Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.” hükmünü içermektedir. İlgili düzenlemeye göre, sözleşmeden dönme hakkı, dönme beyanının diğer tarafa varmasıyla hüküm ve sonuç doğurur.;

¹⁹⁹³ Kogel, 89

¹⁹⁹⁴ Kogel, 90

¹⁹⁹⁵ Sitzmann, 77

¹⁹⁹⁶ Brüggmann, 41

¹⁹⁹⁷ Brüggmann, 42

Dönme hakkının devralan tarafından temsil yetkisi ile kullanılması da mümkündür¹⁹⁹⁸. Sözleşmenin tarafı olmaya devam eden devreden alacaklı, devralan alacaklıya bir temsil yetkisi vermek suretiyle, bu hakkın kullanılması bakımından gereken pratikliği de sağlar. Bu noktadaki temsil yetkisi, karşılıklılık ilişkisine dayanan sözleşmeden dönme hakkının kullanılması yetkisidir. BUZ'a göre, devreden alacaklı, kullanma yetkisi olmadığı sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için bir temsil yetkisi de veremez¹⁹⁹⁹.

BUZ'a göre, ne devreden ne de devralan alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz²⁰⁰⁰. Zira, alacağın devrinden sonra, dönme hakkının kullanılması için gereken şartlar oluşmaz. Yeni alacaklı ile borçlu arasında sözleşme ilişkisi yoktur. Ayrıca, devreden alacaklı da ek süre tayin ve ifayı talep yetkisi bulunmaması nedeniyle, sözleşmeden dönemez. Yazara göre, bu durumun temsil yetkisi ile aşılmasına da olanak yoktur. Zira, eski alacaklı, kendisinin sahip olmadığı bir yetkinin kullanımını yeni alacaklıya devredemez²⁰⁰¹. Devralan alacaklı, alacağı inançlı temlik sözleşmesi ile devredene devrettiği takdirde, sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir²⁰⁰². Olumlu zararın devralan tarafından talep edilebileceğini ifade etmekle, sözleşmeden dönme hakkını da devredeninin kullanacağını kabulü hâlinde, hakkı ilk olarak kullananın avantajlı olduğu kabul edilemez bir sonuç meydana gelecektir²⁰⁰³. Devralanın dönme hakkını kullanabileceğinin kabulü durumunda, sözleşmeden dönmenin bir sonucu olarak iade ilişkisinin sözleşmenin tarafları arasında meydana gelecek olması nedeniyle, iade borcunun devredene ifa edilmesi söz konusu olmaktadır²⁰⁰⁴. Keza, yeni alacaklının olumsuz zararı talep etmesine olanak yoktur: Bu zarar kalemi, sözleşmenin yapılmamış olması durumunda uğranmayacak zarara ilişkindir²⁰⁰⁵. Yazara göre, alacağın kısmen devredilmesinde, karşı edimin bölünebilir olması durumunda kısmi dönmede devredeninin menfaati söz konusu

¹⁹⁹⁸ Erman BGB./ Röthel, 1551; Buz, Dönme, 304; MüKo. I/ Gaier, 836; Sitzmann, 38; Langenfeld, 105

¹⁹⁹⁹ Buz, Dönme, 304

²⁰⁰⁰ Buz, Dönme, 303

²⁰⁰¹ Buz, YDH., 319

²⁰⁰² Buz, Dönme, 304

²⁰⁰³ Buz, YDH., 318

²⁰⁰⁴ Buz, YDH., 321

²⁰⁰⁵ Buz, YDH., 323

olabilir²⁰⁰⁶. Dönme hakkının kullanılmak istenmesi durumunda, yeni alacaklının inançlı temlik ile alacağı devredene devretmesi neticesinde olumsuz zarar talep edilebilir²⁰⁰⁷. Diğer bir görüşe göre, alacağın kısmen devrinde, devralan ve devreden hakları birlikte kullanması gerekir²⁰⁰⁸.

Alacağın devri işleminin ifa yerine değil, ifa amacıyla yapılması durumunda, TBK. m. 192 hükmü uyarınca, devralanın, devredene başvurma hakkı mevcuttur²⁰⁰⁹. BUZ'a göre, alacak satışında, satışın bizzat ifa olması nedeniyle, TBK. m. 170 çerçevesinde olarak devredene, borçlunun ifa etmemesi nedeniyle sorumlu olduğunu taahhüt etmiş olmaması nedeniyle başvuramaz.

Bir görüşe göre, alacağın teminat olarak devredilmesinde, devreden, dönme hakkını kullanabilir²⁰¹⁰. Bu durumda devreden, ekonomik olarak hakkın sahibi olmaya devam eder²⁰¹¹. Dönme yetkisi de devralana geçmez. Aksi yöndeki görüşe göre, devralana geçer²⁰¹².

Alacağın devrinde, devralan ve devreden dönme hakkının devralan tarafından ileri sürülebileceği yönünde anlaşması durumunda, dönme hakkı, devralan tarafından kullanılabilir²⁰¹³. Bu yönde, bir açıklık yok ise, dönme hakkı devreden tarafından kullanılır²⁰¹⁴. “Yalnızca” alacağın devredilmesi durumunda dönme hakkı, devreden onayı ile devralan tarafından kullanılır²⁰¹⁵.

Dönme hakkını kullanan tarafa bakılmaksızın, hakkın kullanılması neticesinde, ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekir²⁰¹⁶. Devreden, edim iadesini, dönülen sözleşmenin tarafı olarak bizzat kendine ister²⁰¹⁷. Modernleşme Kanunu öncesindeki Alman

²⁰⁰⁶ Buz, YDH., 324

²⁰⁰⁷ Buz, YDH., 327

²⁰⁰⁸ MüKo. I/ Gaier, 837

²⁰⁰⁹ Buz, YDH., 329

²⁰¹⁰ MüKo. II/ Ernst, 639

²⁰¹¹ MüKo. II/ Ernst, 639

²⁰¹² Steinbeck, 86

²⁰¹³ Erman BGB./ Röthel, 1539; MüKo. I/ Gaier, 892

²⁰¹⁴ Erman BGB./ Röthel, 1539; MüKo. I/ Gaier, 892

²⁰¹⁵ MüKo. I/ Gaier, 837

²⁰¹⁶ Brüggmann, 42

²⁰¹⁷ Brüggmann, 44; Sitzmann, 54

Hukuku'nda, devredenin edimin iadesinde temerrüdü hâlinde, önceki BGB. § 354 hükmü uyarınca verilecek süreye rağmen edimin iade edilmemesi durumunda, dönme hakkı etkisizleşir²⁰¹⁸. Hukukumuz bakımından da TMK. m. 2 kuralı çerçevesinde hakkın kullanımı bakımından uygun süre tayin edilerek hakkın etkisizleştiği kabul edilebilir.

4.1.4. Kısmi Dönme

Borçlanılan edimin bölünebilir olması ve edimin bir kısmına ilişkin temerrüt, diğer deyişle kısmi temerrüt söz konusu ise alıcı, dönmeye ilişkin şartları yerine getirmek kaydıyla, sözleşmeden dönebilir²⁰¹⁹. Buradaki ifa engeli, bölünebilir nitelikteki edimin bir kısmına ilişkin olduğu için, kural olarak, tüm sözleşmeden dönülemez²⁰²⁰. Satılan, niteliği değiştirilmeden veya değerinde esaslı bir kayıp olmadan parçalara bölünebilir ise edim bölünebilirdir.

Edimin bölünemez olmasından kasıt, edimin objektif olarak değil, ticari bakımdan bölünemez nitelikte olmasıdır²⁰²¹. Bu anlamda olmak üzere, taraflar arasındaki önceki uygulama belirleyicidir²⁰²². Satılan birden çok kısmi edime bölününce niteliği değişir veya değerinde esaslı bir kayıp olur ise edim bölünemezdir. Sözleşme içeriğine göre, edimin bölünemez olması durumunda (edim ekonomik ve hukuki anlamda bütünlük arz ediyor ise), teknik olarak bölünebilir olsa bile, kısmi ifa hâlinde, sözleşmenin tamamından dönülebilir²⁰²³.

²⁰¹⁸ Brüggemann, 44

²⁰¹⁹ Tunçomağ, Genel Hükümler, 958; Oğuzman, Öz, 570; Serozan, Dönme, 385; Schenker, 288; Ehrat, 108; Basler Kom./ Wiegand, 634; Öz, Borçlar Özel/ Sütçü, 80; Buz, Dönme, 313 vd.; Reisoğlu, 386; Yavuz, 145; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1493; Muthers, 120; Gerhardt/ Leisinger, 173; Bucher, 382; Lammich, 69; Palandt/ Grüneberg, 558; HK-BGB/ Schulze, 558; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 623; MüKo. II/ Ernst, 598; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483; AK./ Dauner, Lieb, 936; Uygur, 1230; Antalya, 577; Doğan, Şahan, Atamulu, 286 vd.; Ergül, Işıl, Kısmi Temerrüt ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2022, 356; Kayar, 181

²⁰²⁰ Iten, 103; Becker, 558; Tunçomağ, Genel Hükümler, 958; Oğuzman, Öz, 570; Serozan, Dönme, 385; Öz, Borçlar Özel/ Sütçü, 80; Eren Şerh, 2442; Reisoğlu, 386; Yavuz, 145; Uygur, 1230; Schenker, 288; Ehrat, 86; Basler Kom./ Wiegand, 634; HK-BGB/ Schulze, 558; MüKo. II/ Ernst, 547; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1493; AK./ Dauner, Lieb, 936; Ergül, 357

²⁰²¹ Becker, 559; Benzer yönde bkz. Eren, Borçlar Genel, 1046; Eren Şerh, 1961

²⁰²² Becker, 559

²⁰²³ Bucher, 382, dn. 217; Herold, 95

Edimin bölünemez olması, sözleşmenin amacına göre tayin edilecek objektif ya da hukuki nedenlere dayanır²⁰²⁴. Edimin bölünebilir olması, fiilen, teknik anlamda, ekonomik ya da hukuki şekilde olabilir²⁰²⁵. Keza, edimin varlığına ve ekonomik değerine zarar vermeksizin ayrılabilir olması aranır²⁰²⁶. Edimin teknik anlamda bölünemez olması, edimin parçalarından birisi olmaksızın kullanılmasının teknik olarak mümkün olmamasını ifade eder²⁰²⁷. Edimin hukuken bölünemez olması, borçlunun, bir edim konusuna ilişkin olarak birden fazla asli edim yükümlülüğü borçlanması hâlinde söz konusu olur²⁰²⁸. Tarafların, sözleşme bakımından edimin bölünebilir/ bölünmez olmasına karar vermesi mümkündür²⁰²⁹. Diğer taraftan, sözleşmedeki asli edim yükümlüğünün tamamına dair temerrüt hâlinde, kısmi dönme mümkün değildir²⁰³⁰.

Satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla zilyetliğin devri borcu bir bütün olarak ifa edilmelidir. Bu nedenle satıcı, edim bölünebilir olsa bile borcun tamamını ifa etmelidir. Nitekim, TBK. m. 84 hükmü uyarınca “*borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir*”. Dolayısıyla, alıcının kısmen ifayı kabul zorunluluğu bulunmamaktadır²⁰³¹. Edim konusunun birden fazla satılanı teşkil etmesine rağmen, satılanlar arasında bütünlük yok ise kısmi ifaya olanak tanınmalıdır²⁰³².

Satılanın zilyetliğini devir borcunun kısmen ifa edilmesi durumunda, ifa edilen kısım bakımından alıcı, kural olarak, o kısma denk düşen bedel ödeme borcunu ifa etmelidir.

Satılanın zilyetliğini devir borcuna ilişkin edimin bir kısmı sözleşmeye uygun şekilde ifa edilirken, diğer kısım yönünden temerrüt hâlinde, TBK. m. 125 hükmünde yer alan seçimlik haklar kullanılabilir. Satıcı tarafından ifa edilen kısmın, alıcının ifa etmesi

²⁰²⁴ Muthers, 120, dn. 601; HK-BGB/ Schulze, 558; MüKo. II/ Ernst, 600

²⁰²⁵ Muthers, 120; MüKo. II/ Ernst, 600

²⁰²⁶ Becker, AB., 368; Basler Kom./ Leu, 494 vd.

²⁰²⁷ Basler Kom./ Leu, 494; Muthers, 120

²⁰²⁸ Muthers, 120 vd.

²⁰²⁹ Becker, 370; Basler Kom. ./ Leu, 493; Erman BGB. I/ Westermann, 1484

²⁰³⁰ Muthers, 120

²⁰³¹ Y. 23. HD. 06.12.2016 T., 2015/5981 E., 2016/5294 K.: “*ticari satımda alıcı kısmi ifayı kabule zorlanamayacağından*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 28.11.2023)

²⁰³² Eren, Borçlar Genel, 1046; Eren Şerh, 1962

gereken kısma denk gelen kısım yönünden edim yükümlükleri ifa nedeniyle sona erer²⁰³³. Dolayısıyla, alıcı, ifa edilen kısma denk düşen karşı edimin iadesini talep edemez²⁰³⁴. Bu durum aynı zamanda, satıcının sözleşme ile bağlı kalınacağı hususundaki güveninin korunması gereğinin de bir sonucudur²⁰³⁵. Ancak kısmi temerrüt, alıcının, sözleşmeye olan menfaatinin tüm sözleşme bakımından ihlâl ediyorsa, sözleşmenin tamamından dönebilir²⁰³⁶. Diğer deyişle, alıcının sözleşmenin ifa edilen kısmı ile bağlı kalması beklenemez. Hukukumuz bakımında, TBK. m. 27/II hükmüne kıyasen bu sonuca varılabilir. Alman Hukukunda, BGB. § 323/V hükmünde, bu imkân açıkça düzenlenmiştir²⁰³⁷. Ayrıca, geri kalan kısmın zamanında ifa edilmemesi nedeniyle, alıcının sözleşme yapmayacağını kabul edilebildiği durumda, sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür²⁰³⁸.

Alıcının menfaati, edim ile karşı edimin değişiminde amaçlanan hedefe göre belirlenir²⁰³⁹. Diğer deyişle, kısmi ifa edilen kısım ile orantılı olarak karşı edimin değiştirilmesinde, alıcının menfaatinin olmaması sözleşmenin tamamından dönmeyi mümkün kılar. Sözleşme ile sinallagmatik olarak birbirine bağlı olan yükümlülüklerin ihlâli neticesinde, edime ilişkin sinallagmatik menfaatin ortadan kalkması hâlinde, sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür²⁰⁴⁰. Kısmi ifa hâlinde alıcının menfaatinin ortadan kalkması; eksik olan kısım ile kısmi ifanın alıcının amacı

²⁰³³ Basler Kom./ Wiegand, 634; Becker, 558; Buz, Dönme, 314; Bucher, 382; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1493; Ergül, 358

²⁰³⁴ Basler Kom./ Wiegand, 634; Becker, 558; Buz, Dönme, 314; Riewert, 43; Ergül, 358

²⁰³⁵ Serozan, Dönme, 386

²⁰³⁶ Becker, 559; Lemp, 61; Russenberg, 75; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 972; Basler Kom./ Wiegand, 634; Muthers, 111; Boels, 48; Gerhardt/ Leisinger, 173; Bucher, 382; Lammich, 69; Palandt/ Grüneberg, 558; HK-BGB/ Schulze, 559; SK, 191; MüKo. II/ Ernst, 547; Coen, 197; Jauernig BGB./ Stadler, 545; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483; Petersen, 53; Kuhlmann, 232; Fikentscher, Heinemann, 294; Mont, 34; Doğan, Şahan, Atamulu, 287; Öz, Borçlar Özel/ Sert Sütçü, 81; Ergül, 358

²⁰³⁷ Muthers, 48; Boels, 48; Teubel, 86; Lammich, 69; Palandt/ Grüneberg, 558; HK-BGB/ Schulze, 558; SK, 191; MüKo. II/ Ernst, 547; Coen, 197; Petersen, 53; Kuhlmann, 232; Brox, Walker, BT., 25; AK./ Dauner, Lieb, 936; Mont, 34

²⁰³⁸ Lemp, 61; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1493; Basler Kom./ Wiegand, 634; Antalya, 577; Ergül, 358

²⁰³⁹ Muthers, 134

²⁰⁴⁰ Muthers, 134; Basler Kom./ Koller, 1084; Palandt/ Grüneberg, 556; MüKo. II/ Ernst, 549; Erman BGB. I/ Westermann, 1484

bakımından kullanılamaz olması, eksik kısmın zorluklar ya da yüksek masraflar ile giderilebilmesi, teknik sebeplerle edimin tamamının tesliminin gerekmesi gibi hâllerde söz konusu olur²⁰⁴¹. Alıcının ifa menfaatinin kalkmasında, ifa edilen kısım bakımından menfaatlerin tartılmasının değil, edimin ifa edilmeyen kısmının esas alınması gerekmektedir²⁰⁴². Diğer deyişle ifa menfaati, ifa edilmeyen kısma odaklanır.

Alacaklının kısmi ifayı kabul etmesine rağmen, sözleşmenin geri kalanından dönebilmesi bakımından, ifayı kabul anında, sözleşmenin tümünden dönme hakkını saklı tutması gerekir²⁰⁴³. Ayrıca, kısmi ifayı kabul, taraf iradelerinin değişikliği olarak görülmemelidir²⁰⁴⁴.

Sözleşmeden kısmen dönebilmek için karşı edimin de bölünebilir olması gerekir²⁰⁴⁵. Bu durum, edim-karşı edim arasındaki bağlantının bir gereğidir²⁰⁴⁶. İnceleme konumuz gibi, alacaklının ediminin bedel ödeme niteliğindeki para borcuna ilişkin olması durumunda edim, bölünebilir niteliktedir²⁰⁴⁷. Edimlerin her ikisinin bölünebilir olmasına rağmen, edimler arasındaki uygun illiyet bağına göre bölünebilir olmaması durumunda sözleşmeden kısmi dönme mümkün görülmemelidir²⁰⁴⁸. Karşı edim bölünebilir değil ise yalnızca sözleşmenin tamamından dönülebilir²⁰⁴⁹. Alacaklının ediminin bölünemez olması durumunda, alacaklı kısmi ifaya denk düşen bedeli ödeyip ifa edilmeyen kısım bakımından fark teorisine göre tazminat talep edebilir iken, kısmi ifa edimin büyük kısmını teşkil ediyor ise, somut olayın koşulları çerçevesinde kural olarak, mübadele teorisi uygulanır²⁰⁵⁰.

²⁰⁴¹ Muthers, 134

²⁰⁴² Muthers, 135

²⁰⁴³ Tandoğan, Borçlar Özel, 136; Muthers, 114; Olgaç, Direnme, 251

²⁰⁴⁴ Muthers, 133

²⁰⁴⁵ Lemp, 62; Tandoğan, Borçlar Özel, 136; Muthers, 120; Palandt/ Grüneberg, 558; HK-BGB/ Schulze, 559; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 623; MüKo. II/ Ernst, 547; Kaiser, 466; Hirsch, 267; Erman BGB. I/ Westermann, 1484; AK./ Dauner, Lieb, 936

²⁰⁴⁶ Muthers, 123

²⁰⁴⁷ Muthers, 123

²⁰⁴⁸ AK./ Dauner, Lieb, 936; Muthers, 124: Yazarın verdiği örneğe göre; taraflardan birinin üç adet at, diğerinin ise dört eşek teslimini taahhüt etmesi ve tarafın iki adet at teslim etmesi durumunda söz konusu olur.

²⁰⁴⁹ Muthers, 120; Herold, 95 vd.; AK./ Dauner, Lieb, 936

²⁰⁵⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 972

Kısmi dönme hâlinde alıcı, ancak dönülen kısma ilişkin olumsuz zararını talep edebilir²⁰⁵¹. Olumsuz zarar, sözleşmenin, satıcının ifa etmiş olduğu kısım üzerinden yapılması hâlinde, alıcının uğramayacağı zararı kapsar²⁰⁵².

Sözleşme konusu her iki edimin de bölünebilir olması durumunda, kısmi temerrütte, karşı edimin hangi kapsamda sona ereceğinin tespiti gerekir. Alman Hukukunda kısmi ifaya yer veren BGB. § 323/V hükmünde de bu sorunun cevabı verilmemiştir. Alman Hukukunda bir görüşe göre, BGB. § 326/I hükmünde kısmi imkânsızlık durumunda, karşı edimin hangi oranda ereceğinin tespiti bakımından, satış sözleşmesinde ayıplı teslim hâlinde bedel indirilmesi hakkına ilişkin BGB. § 441/III hükmü atfı gereği değerlendirme yapılmalıdır²⁰⁵³. Hukukumuz bakımından TBK. m. 227/I, b. 2 hükmüne kıyasen karşı edimin hangi oranda sona ereceği tespit edilebilir.

Karşılıklı edimlerin bölünebilir olması durumunda, karşı edimin ifa edilmeyen kısmına denk gelen kısmının iadesi talep edilebilir²⁰⁵⁴. Karşı edim bölünemez nitelikte ise ifa edilmiş kısımların geçerliliğini koruması nedeniyle alıcı, ona denk düşen tutarı ödemelidir²⁰⁵⁵.

Kısmi temerrüt hâlinde, kısmi temerrüdün hem nesnel hem de alıcının öznel menfaati yönünden ağırlığı, diğer deyişle alıcının sözleşme ile bağlı kalmasının ondan beklenemez olup olmadığı da söz önüne alınarak, somut olay çerçevesinde bir çözüme ulaşılmalıdır²⁰⁵⁶. Ayıplı ifaya ilişkin TBK. m. 227/III hükmünde yer aldığı gibi “*durum bunu haklı göstermiyorsa*” kısmi temerrüt hâlinde, sözleşmenin tamamından dönme hakkı kullanılamaz²⁰⁵⁷. Kısmi ifada beklenemez olma durumu, alıcının ilişkilerinin objektif olarak değerlendirilmesi neticesinde, eksik ifa edilen kısım nedeniyle, somut amacına ulaşamaması ya da çaba ile ulaşabilmesini teşkil eder²⁰⁵⁸. Ayrıca, alıcının tam

²⁰⁵¹ Schenker, 289; Basler Kom./ Wiegand, 634

²⁰⁵² Schenker, 289

²⁰⁵³ Muthers, 126; MüKo. II/ Ernst, 601

²⁰⁵⁴ Ergül, 363

²⁰⁵⁵ Ergül, 368

²⁰⁵⁶ Tunçomağ, Genel Hükümler, 958; Serozan, Dönme, 390; Muthers, 55; Benzer olarak bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 972

²⁰⁵⁷ Serozan, Dönme, 390

²⁰⁵⁸ MüKo. II/ Ernst, 600

ifadaki menfaatinin kısmi ifa ile zarar görmesi ve bunun kısmi dönme ile giderilemez olması da bir ölçüttür²⁰⁵⁹.

Satış sözleşmesi kapsamında, satıcı bölünemez bir edimin ifasını borçlanmış ise, sözleşmenin bölünemeyen bir kısmına ilişkin ifade temerrüt hâlinde, sözleşme ile bağlı kalması kendisinden beklenememesi hâlinde alıcı, sözleşmenin tamamını kapsayacak şekilde dönme hakkını kullanabilir²⁰⁶⁰. TBK. m. 27/II hükmünden de bu sonuca varılabilir²⁰⁶¹.

TTK. m. 23 hükmü uyarınca kısmi ifa hâlinde “*sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşıyorsa alıcı sözleşmeyi feshedebilir*”. Satış sözleşmesi ani edimlidir. Sözleşmenin ani edimli olması nedeniyle hükümde yer alan fesih ibaresi “dönme” olarak anlaşılmalıdır²⁰⁶². TTK. m. 23 hükmüne kıyasen, TBK. anlamındaki belirli süreli ticari satış sözleşmesinde satıcının kısmi temerrüdü hâlinde, alıcı sözleşmenin tamamını kapsar biçimde dönme hakkını kullanabilir. Sözleşmenin tamamından dönmek isteyen alıcı, kısmi ifa durumunda, satılanı ihtirazi kayıt ile teslim almalıdır.

Bölünebilir bir edime ilişkin kısmi temerrüt hâlinde, satıcının ediminin nesnel olarak bölünebilir olmamasından hareket edilmemeli, ayrıca alıcının öznel amacı ve edimin alacaklı nezdindeki öznel işlevi de dikkate alınmalıdır²⁰⁶³. Satıcının kısmi temerrüdü neticesinde, edimin geri kalan kısmı alıcının sözleşme ile bağlı kalması açısından beklenemez ise, sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür²⁰⁶⁴. Beklenemez olma

²⁰⁵⁹ MüKo. II/ Ernst, 600

²⁰⁶⁰ Serozan, Dönme, 386; Ehrat, 109; Glass, 84; Öz, Borçlar Özel/ Sütçü, 80 vd.; Eren Şerh, 2442; Reisoğlu, 386; Yavuz, 145; Palandt/ Grüneberg, 558; HK-BGB/ Schulze, 559; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483; Raab, 381; Löhnig, Gleti, 33

²⁰⁶¹ Serozan, Dönme, 386

²⁰⁶² Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, 294

²⁰⁶³ Serozan, Dönme, 388; Schenker, 290; Palandt/ Grüneberg, 558

²⁰⁶⁴ Keller, Schöbi, 278; Basler Kom./ Wiegand, 634; Keppler, 47: Art arda teslimli satış sözleşmesi bakımından konuyu değerlendiren KEPLER de aynı sonuca ulaşmıştır.; Stern, 31 vd., Tröger, 87; Zippel, 40; Serozan, Dönme, 388; Schenker, 290; Ehrat, 109; Herold, 95; Palandt/ Grüneberg, 558; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 623; MüKo. II/ Ernst, 598; Hirsch, 266; Brox, Walker, BT., 25; Huber,

hâli, ifa edilmeyen kısım değil, zilyetliği devredilen kısım bakımından değerlendirilir²⁰⁶⁵. Alacaklının menfaatinin, sözleşmeden dönme hakkının muhatabı tarafından bilinmesi gerekmez²⁰⁶⁶. Nitekim, TBK. m. 84 hükmü, kısmi ifa bakımından alacaklıyı korumaktadır. Benzer olarak Alman Hukukunda, BGB. § 266 hükmü uyarınca da alıcı, kısmi ifayı kabul zorunda değildir²⁰⁶⁷.

TBK. m. 230/I hükmüne kıyasen, temerrüt borçlusu satıcıya önemli ölçüde zarar vermesi hâlinde, dönme sözleşmenin tamamını kapsamalıdır²⁰⁶⁸.

Kısmi temerrüt neticesinde, sözleşmenin tamamından dönmek isteyen alıcı, dönme hakkının kullanılmasında, satıcıya edimin tamamın ifası bakımından, TBK. m. 123 hükmü uyarınca, süre vermelidir²⁰⁶⁹. Süre verirken, özellikle, sözleşmenin “tamamından” dönüleceğinin ihtarı gerekmez²⁰⁷⁰.

Sözleşmenin “tamamından” dönmek isteyen alıcı, kısmi ifa hâlinde, başvuru haklarını saklı tutmalıdır²⁰⁷¹. Aksi hâlde, kısmi ifada, ifa edilen kısım ile edilmeyen kısım arasındaki bağımlılığın ortadan kalkması nedeniyle “tam” dönme hakkından vazgeçilmiş kabul edilir²⁰⁷².

Kısmi ve tam dönme imkânının bulunması durumunda, alıcı, tam dönme hakkını kullanmak ile yükümlü değildir²⁰⁷³. Alıcı bu haklar arasında seçim yapabilir. Kural olarak, bu haklar arasında değişim yapılmasına olanak yoktur. Diğer deyişle, kısmi dönme hakkını kullanan alıcı, beyanını geri almak suretiyle tam dönme hakkını kullanamaz.

Peter, Bach, Ivo, Examens- Repetitorium Besonderes Schuldrecht 1, Heidelberg, 2018, 42; AK./ Dauner, Lieb, 936; Mont, 43

²⁰⁶⁵ MüKo. II/ Ernst, 600

²⁰⁶⁶ Ehrat, 109

²⁰⁶⁷ Muthers, 112

²⁰⁶⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, 137; Schenker, 289

²⁰⁶⁹ Oğuzman, Öz, 571; Basler Kom./ Wiegand, 634

²⁰⁷⁰ AK./ Dauner, Lieb, 936

²⁰⁷¹ MüKo. II/ Ernst, 601; AK./ Dauner, Lieb, 936

²⁰⁷² MüKo. II/ Ernst, 601; AK./ Dauner, Lieb, 936

²⁰⁷³ MüKo. II/ Ernst, 602

Alıcı TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 hükmü uyarınca, sözleşmeden kısmi dönme bakımından gereken koşulları ispat yükü altındadır²⁰⁷⁴.

4.1.5. Kısım Kısım İfa Edilen Satış Sözleşmesinde Temerrüt Hâlinde Sözleşmeden Dönme Hakkının Değerlendirilmesi

Art arda teslimli satış sözleşmesinin borçlanılan edimin kısım kısım ifa edilmesinden ayrılması gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, bu neviden sözleşmeleri de “sürekli borç ilişkisi niteliği taşımayan” art arda teslimli satış kapsamında değerlendirmektedir.

Art arda teslimli satış sözleşmesinde, satıcı satılanı art arda teslim etmekte, alıcının bedel ödeme borcu ise tek seferde ya da art arda teslimlerle ödenmektedir²⁰⁷⁵. Bu nedenle, art arda teslimli satış sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliğindedir²⁰⁷⁶. Zira, alıcının ifa menfaatinin süreye yayıldığı durumda sürekli borç ilişkisinin varlığı kabul edilir.

Kısım kısım ifa edilen satış sözleşmesinde ise, tek bir edim konusu olmakla beraber, bu edim, zaman içerisinde kısım kısım ifa edilmektedir. Dolayısıyla, kısım kısım ifa edilen satış sözleşmesi ani edimlidir. Bu sözleşmede ifa edilecek edim miktarı sözleşmenin başında belirlidir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, “sürekli borç ilişkisi niteliği taşımayan art arda teslimli satış sözleşmesinde”, miktarı sözleşmenin akdedilmesi anında belirli olan edim, belirli bir süre içerisinde ve kısım kısım teslim edilir²⁰⁷⁷. Sürekli borç ilişkisi niteliğindeki art arda teslimli satış sözleşmesinde ise, teslimi gereken edim miktarı sözleşmenin akdedilmesi anında belirli değildir. Alacaklının ifayı talep etmesiyle edim ifa edilir²⁰⁷⁸. SEROZAN’a göre, art arda teslim edilecek edimlerin, birbirinden bağımsız olması hâlinde sürekli sözleşme, birbirine bağımlı olması hâlinde ise sürekli olmayan sözleşme söz konusudur²⁰⁷⁹. Diğer bir görüşe göre, birden fazla sözleşmeden

²⁰⁷⁴ Basler Kom./ Wiegand, 635; MüKo. II/ Ernst, 600; Palandt BGB./ Grüneberg, 583; Jauernig BGB./ Stadler, 576; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1493 vd.

²⁰⁷⁵ Kuntalp, 7

²⁰⁷⁶ Seliçi, 13 vd.

²⁰⁷⁷ Buz, Dönme, 316, dn. 115; Muthers, 144

²⁰⁷⁸ Buz, Dönme, 316, dn. 115

²⁰⁷⁹ Serozan, Dönme, 165

bir araya gelir: Çerçeve sözleşme ve çerçevede sözleşme kapsamındaki birden fazla sözleşme²⁰⁸⁰.

Sürekli ve sürekli olmayan sözleşme ayrımını edimlerin birbirine olan bağımlılıklarına göre tayin eden görüşe göre, edimler arasındaki bağımlılık gereği, edimlerden birine ilişkin temerrüt hâlinde, alıcının öznel amacına uygun hareket etmemesi nedeniyle, sözleşmenin tamamını kapsar şekilde sözleşmeden dönebilir²⁰⁸¹. Keza, bu görüşe göre, esasen “tek seferde” ifa edilecek edimin, art arda yerine getirilmesi kabul edilmektedir²⁰⁸².

SEROZAN’a göre, “art arda teslimli satış sözleşmesinin tamamını kapsar biçimde sözleşmeden dönme, edimler arasındaki bağımlılığın satıcı tarafından bilinmesi ya da bilinmesinin gerekmesi hâlinde mümkün sayılmalıdır²⁰⁸³. Ayrıca, sözleşmenin tamamını kapsar biçimde dönme hakkının kullanılabilmesi bakımından, taraf menfaatlerinin somut olay çerçevesinde tartılmasından sonra ve bir “son çare” olarak görülerek, bir karara varılmalıdır²⁰⁸⁴. TBK. m. 227/II-III hükmü uyarınca, sözleşmeden dönmenin yerine getirilmiş edimleri kapsamaması gerektiği sonucuna varılması hâlinde, kısmi dönme yetkisi tanınmalıdır²⁰⁸⁵. Art arda teslimli satış sözleşmesinde, zilyetliği devredilecek kısım bakımından kısmi temerrüt durumunda, kısmi dönmeye ilişkin açıklamalar geçerlidir²⁰⁸⁶.

Satıcı, zilyetlik ve mülkiyetini devredeceği kısmın ifasında temerrüde düşmüşse, kural olarak, yalnızca temerrüde düşülen kısma ilişkin olarak dönme hakkını kullanılabilir²⁰⁸⁷. Nitekim, art arda teslimli satış sözleşmesinde teslim edilecek kısımların, teslim tarihinde muaccel olması nedeniyle, muaccel olmayan kısımlar

²⁰⁸⁰ Muthers, 144

²⁰⁸¹ Serozan, Dönme, 395; Bucher, 383

²⁰⁸² Serozan, Dönme, 395

²⁰⁸³ Serozan, Dönme, 395

²⁰⁸⁴ Serozan, Dönme, 396

²⁰⁸⁵ Serozan, Dönme, 397

²⁰⁸⁶ Becker, 559

²⁰⁸⁷ Keller, Schöbi, 279; Russenberger, 76; von Büren, 381; Becker, 559; Tunçomağ, Genel Hükümler, 959; Tandoğan, Borçlar Özel, 137; Basler Kom./ Wiegand, 635; Havutcu, 141; Muthers, 146; Gerhardt/ Leisinger, 173; Bucher, 382 VD.; MüKo. II/ Ernst, 604; Benzer yönde olarak bkz. Jauernig BGB./ Stadler, 545; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483; Kayar, 181

bakımından temerrüt gerçekleşmez²⁰⁸⁸. Sözleşmenin bütünlük arz etmesi nedeniyle, edimlerden bir ya da birkaçını teslimde gecikme hâli, diğer edimler bakımından gereği gibi ifa edilmeyeceğini gösteriyor ve sözleşmenin tamamı ile güdülen amacın tehlikeye düştüğü söylenebiliyor ise, sözleşmenin tamamını kapsayacak şekilde sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir²⁰⁸⁹. Bu durum özellikle, borçlunun haklı sebep göstermeksizin ifadan kaçınması, karşı edim alacağı yönünden takas definde bulunması ancak karşı edimin mevcut olmaması gibi hâllerde söz konusudur²⁰⁹⁰. Ancak bu takdirde, henüz muaccel olmayan edimlerin ifası bakımından, TBK. m. 123 hükmüne kıyasen, borçluya ek süre verilmesi ve muaccel olmayan kısımları da kapsayacak biçimde sözleşmeden dönme hakkının kullanılacağını satıcıya ihtar edilmesi gerekir²⁰⁹¹. Süre verilmesini gerektirmeyen durumların varlığı hâlinde, TBK. m.124 hükmüne kıyasen, süre tayin edilmesine gerek yoktur²⁰⁹².

Temerrüde düşülen teslim, daha önce gerçekleşen edimleri ya da ileride gerçekleşecek teslimleri alacaklı yönünden faydasız hâle getiriyorsa, ifasında gecikilen kısım olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı kabul ediliyorsa, sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür²⁰⁹³. Bu sonuca, OR. Art. 20/II ve 209 (TBK. m. 27/II ve 230/I) hükümlerine kıyasen varılır²⁰⁹⁴. Keza, alacaklının sözleşmede yer alan düzenleme uyarınca, sözleşmenin tamamından dönmesi mümkündür²⁰⁹⁵.

TTK m. 23 hükümde yer alan koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak kısmi ifa hâlinde sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür²⁰⁹⁶.

²⁰⁸⁸ Havutcu, 141; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483

²⁰⁸⁹ Keller, Schöbi, 279; Russenberger, 77; von Büren, 381; Becker, 559; Lemp, 63; Tunçomağ, Genel Hükümler, 960; Tandoğan, Borçlar Özel, 137 vd.; Olgaç, Direnme, 251; Havutcu, 141; Schenker, 294 Basler Kom./ Wiegand, 635; Muthers, 149; Gerhardt/ Leisinger, 173; Bucher, 383; MüKo. II/ Ernst, 605; KaufKo./ Leser, 481; Jauernig BGB./ Stadler, 545; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483

²⁰⁹⁰ Becker, 559 vd.

²⁰⁹¹ Tunçomağ, Genel Hükümler, 960; Tandoğan, Borçlar Özel, 138; Serozan, Dönme, 397; Havutcu, 141 vd.; Basler Kom./ Wiegand, 635; Muthers, 151; Bucher, 383; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1493

²⁰⁹² Muthers, 151

²⁰⁹³ Russenberger, 76; Buz, Dönme, 319; Schenker, 295; Basler Kom./ Wiegand, 635; Muthers, 149; Gerhardt/ Leisinger, 173; Gauch AT., 234; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483

²⁰⁹⁴ Russenberger, 76

²⁰⁹⁵ Basler Kom./ Wiegand, 626

²⁰⁹⁶ Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan, 294

Sözleşmenin tamamını kapsar biçimde dönme hakkının kullanılması bakımından, sözleşmeden dönmenin/ seçimlik hakların kullanılmasının şartlarının yerine getirilmesi gerekir²⁰⁹⁷. Alacaklının menfaatinin kalkması, ifa edilmeyen kısma göre belirlenir²⁰⁹⁸. Önceden ifa edilmiş kısımlar ise, kural olarak, bu dönmeden etkilenmez²⁰⁹⁹. Ayrıca, sözleşmeden dönme hakkının hangi kapsamda kullanıldığının açıkça bildirilmesi gerekir²¹⁰⁰. Şüphe hâlinde, dönmenin kısmi olduğu kabul edilir²¹⁰¹. TBK. m. 125 hükmü emredici değildir²¹⁰². Tarafların, TBK. m. 125 aksine olarak, örtülü anlaşması mümkündür: Her iki taraf bakımından aleyhe durum söz konusu olması hâlinde örtülü anlaşmaya olanak tanımak gerekir²¹⁰³. Ancak, taraflardan yalnızca birinin avantajına olan örtülü anlaşma kabul edilmemelidir²¹⁰⁴. Alıcı, şartları mevcut olmamasına rağmen sözleşmenin tamamından dönme yönünde irade beyan ederse, bu durumda, beyan geçersiz olmaz: Kısmi dönme olarak kabul edilir²¹⁰⁵. Keza, temerrüde düşülen kısım olmasaydı, tarafların farazi iradelerine göre, sözleşmenin yapılmayacağı kabul edilebilir ise sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür²¹⁰⁶. Birden fazla farklı taşınır malın ticari satış sözleşmesine konu edilmesi durumunda, tek bir edime ilişkin temerrüt hâlinde, sözleşmenin tamamından dönülemez²¹⁰⁷.

Dönme hakkının kullanılmasıyla, ifasında temerrüde düşülen teslim borcuna denk gelen kısım oranında, bedel ödeme borcu sona erer²¹⁰⁸. Dolayısıyla, bu kısmı daha önce ifa etmiş alacaklı, edimin iadesini talep edebilir²¹⁰⁹. Bu takdirde olumsuz zarar,

²⁰⁹⁷ Muthers, 151; MüKo. II/ Ernst, 604; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1483

²⁰⁹⁸ Muthers, 151

²⁰⁹⁹ Havutcu, 142; Buz, Dönme, 317

²¹⁰⁰ Becker, 560; Muthers, 153, dn. 779

²¹⁰¹ Becker, 560

²¹⁰² Basler Kom./ Wiegand, 627; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; önceki BGB. § 350 bakımından aynı yönde görüş için bkz. Dorschel, 38

²¹⁰³ Dorschel, 38

²¹⁰⁴ Dorschel, 38

²¹⁰⁵ Becker, 560

²¹⁰⁶ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1493

²¹⁰⁷ Becker, AB., 560

²¹⁰⁸ Buz, Dönme, 318; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1484

²¹⁰⁹ Buz, Dönme, 318; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1484

sözleşme ifasında temerrüde düşülen teslim olmadan yapılsaydı uğranılmayacak olan zarardır²¹¹⁰.

Dönme hakkının kullanılması neticesinde, alıcının, teslim edilmiş kısımlar bakımından bedel ödeme borcu devam eder²¹¹¹. Diğer deyişle, kural olarak, önceki teslimler, dönmeden etkilenmez²¹¹². Muaccel olmayan teslim borçları ve buna ilişkin bedel ödeme borcu ise sona erer²¹¹³.

Alıcı ya sadece ifasında temerrüde düşülen kısma ilişkin olarak ya muaccel olmayan edimlerin tamamı bakımından ya da sözleşmenin tamamı bakımından dönme hakkını kullanabilir²¹¹⁴.

Alman Hukuku'nda hem BGB. § 323/4 hükmü ile muacceliyet öncesi dönme hem de BGB. § 323/5 hükmü ile kısmi temerrüt hâlinde sözleşmeden dönme hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, gecikilen edim dışındaki, muaccel olmayan edimler bakımından sözleşmeden dönebilmek adına o kısım bakımından sözleşmeden dönme şartlarının mevcut olduğunun tespiti gerekir²¹¹⁵. BGB. hükmünde sözleşmeden dönmenin şartlarının mevcut olduğunun açıkça anlaşılması aranmaktadır. Bu kapsamda olarak, açıkça anlaşılma şartını dar yorumlamamak gerekir²¹¹⁶. “Tekrarlanabilme tehlikesi” bakımından, önceki ifa edilmemesi yeterli görülmelidir²¹¹⁷. Bu hakkında, dürüstlük kuralı çerçevesinde, makul sürede kullanılması gerekir²¹¹⁸. “Geleceğe dönük” dönme hakkı, tam dönme hakkından farklı olarak, müeccel edimleri kapsar²¹¹⁹.

²¹¹⁰ Buz, Dönme, 318

²¹¹¹ Buz, Dönme, 318

²¹¹² Buz, Dönme, 318 vd.

²¹¹³ Buz, Dönme, 318; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1484

²¹¹⁴ Muthers, 150

²¹¹⁵ Muthers, 149; PWW Kom./ Zöchling-Jud, 619; MüKo. II/ Ernst, 605

²¹¹⁶ MüKo. II/ Ernst, 605

²¹¹⁷ MüKo. II/ Ernst, 605

²¹¹⁸ MüKo. II/ Ernst, 605

²¹¹⁹ MüKo. II/ Ernst, 605

Art arda teslimli satış sözleşmesinde, edimin bir kısmının ifasında kısmi temerrüt hâlinde, o kısmın tamamı bakımından dönme hakkının kullanılabilmesi, kısmen ifa edilen kısım bakımından alıcının menfaatinin bulunmamasını şartını gerektirir²¹²⁰.

Alıcı TMK. m. 6 ve HMK. m. 190 hükmü uyarınca, sözleşmeden dönme bakımından gereken koşulları ispat yükü altındadır²¹²¹. Bu anlamda olmak üzere, edimin iadesini talep eden taraf, sözleşmeden dönme hakkının mevcudiyetini, dönme beyanını, iade konusu edimin zilyetliğinin mülkiyeti geçirme amacıyla devredildiğini ispatlamalıdır²¹²². Keza, sözleşmesel dönme hakkında buna dair anlaşmanın varlığını, kanuni dönme hakkında dönme hakkının şartlarının bulunduğunu ispat etmelidir²¹²³. Ayrıca, yararların iadesini talep eden taraf, iade borçlusunun bu yararları elde ettiğini ispat etmelidir²¹²⁴. İkâme değer sorumluluğunun sebebinin ve miktarının iade alacaklısı tarafından ispatı gerekir²¹²⁵. Alman hukuku bakımından, ayrıcalık hükümlerinin uygulanmasının şartlarını ise iade borçlusu ispat yükü altındadır²¹²⁶. Tazminat sorumluluğu yönünden iade alacaklısı objektif yükümlülük ihlâlini, zararını; iade borçlusu sorumluluğunun bulunmadığını, dönme sebebinin bilmediği ya da bilmesinin gerekmediğini ispat yükünü taşır²¹²⁷.

4.1.6. Dönme Beyanının Geri Alınması

Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile, hakkın muhatabının hukuki alanına doğrudan müdahale yetkisi verir. Bu durumun bir sonucu olarak, yenilik doğuran hakların kullanılması neticesinde belirsizlik olmamalıdır. Diğer deyişle, yenilik doğuran hakkın kullanılması akabinde muhatap, oluşan hukuki durumun değişmeyeceğine güvenebilmeli, kendi hukuki pozisyonunu buna göre belirleme imkânına sahip olmalıdır²¹²⁸. Dolayısıyla, yenilik doğuran haklar, kural olarak geri alınamaz, kullanılmakla da tükenir.

²¹²⁰ MüKo. II/ Ernst, 605

²¹²¹ Basler Kom./ Wiegand, 635; Erman BGB./ Röthel, 1549; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1484

²¹²² Erman BGB./ Röthel, 1549

²¹²³ Erman BGB./ Röthel, 1549; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1484

²¹²⁴ Erman BGB./ Röthel, 1549; MüKo. I/ Gaier, 880

²¹²⁵ Erman BGB./ Röthel, 1549; Palandt BGB./ Grüneberg, 583; MüKo. I/ Gaier, 880

²¹²⁶ Erman BGB./ Röthel, 1549; Palandt BGB./ Grüneberg, 583; MüKo. I/ Gaier, 880

²¹²⁷ Erman BGB./ Röthel, 1549; Palandt BGB./ Grüneberg, 583; MüKo. I/ Gaier, 880

²¹²⁸ Leser, 229; Riewert, 104; Schellhase, 65

Dönme hakkının geri alınmasında hareket noktası, geri alınamama nedeni olan muhatabın haklı güveninin korunması olmalıdır²¹²⁹. Geri alma, muhatabın aleyhine, haklı güvenine aykırı bir durum yaratmıyorsa buna imkân tanınmalıdır. Ancak, somut olayda muhatabın kusuru var ise, bu takdirde haklı güvenden bahsedilememesi nedeniyle, dönme hakkı sahibinin yararları daha üstün tutulmalıdır. Diğer taraftan, dönme hakkı sahibinin birden fazla seçim hakkına ve hukuki imkâna sahip olması nedeniyle, geri alınmazlık ilkesinden sapmasını gösterecek, ifa engellerine özgü bir durum olmadığına dair görüş bulunmaktadır²¹³⁰. Dezavantajlı kararının sonuçlarını, hak sahibi üstlenmek durumundadır²¹³¹.

TBK. m. 125 hükmü, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının seçimlik haklarını düzenlemektedir. Buna göre alacaklı, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir ya da *“borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir”*. Anılan hükme göre, satıcının temerrüdünde alıcı, her zaman aynen ifa veya gecikme tazminatı talep edebilir. Burada kanun koyucunun tercih ettiği *“her zaman”* ibaresi bu başlık bakımından ayrı bir önem arz eder. Keza, OR. Art. 107/II hükmünde de *“immer”* ifadesi tercih edilmiştir. Kanun koyucu bu ifadesiyle, esasen seçimlik haklar arasında bir değişiklik olanağını öngörmüştür. RIEWERT’e göre, Alman Hukuku bakımından BGB. § 323 hükmü uyarınca süre verilmesi ve bu sürenin dolması akabinde, yeniden aynen ifa talebi dönme hakkının kullanılmasını engellemez²¹³². Ancak, TBK. m. 125/II hükmü uyarınca, aynen ifa yerine borcun ifa edilememesinden doğan zararın giderilmesi ya da sözleşmeden dönme hakkı *“borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek”* kullanılabilir.

OR. Art. 109/II hükmünde de *“verzichten”* ibaresi geçmektedir. Kanun koyucunun vazgeçme ifadesi de seçimlik haklar arasında değişiklik yapabilme, bu kapsamda olmak üzere, sözleşmeden dönme hakkının geri alınabilmesi bakımından irdelenmelidir. TBK. m. 125 hükmünün hakkın her zaman kullanılabilmesine dair ibare içeren birinci fıkrası ile aynı hükmün ikinci fıkrasında yer alan vazgeçme ibaresi

²¹²⁹ Leser, 229; Riewert, 100; Schellhase, 65; Jauernig BGB./ Stadler, 581; Şahin, 107

²¹³⁰ Riewert, 104

²¹³¹ Riewert, 104

²¹³² Riewert, 55

kendi içerisinde çelişkili gibi görünebilir. Ancak, buradaki vazgeçme ibaresi, yenilik doğuran haklardaki temel esastan hareketle, kural olarak, seçimlik hakkın kullanılmakla tükeneyeceği ve geri alınamayacağı esasını vurgulamaktadır²¹³³. Doktrindeki bir kısım görüşlerin aksine, sözleşmeden dönme hakkından vazgeçerek, kanundaki her zaman aynen ifayı talep yetkisi çerçevesinde, borçlu nezdindeki hukuki güven gözetilerek, aynen ifayı isteme yetkisi tanınmalıdır. Nitekim, sözleşmenin sona ermesi bakımından, TBK. sistematığına göre en ideal sona erme şekli ifadır. Bu durum, temerrüde düşen borçlunun, alacaklıyı aynen ifa seçimlik hakkı kullanmasına zorlayabilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Seçimlik hakların tercihi ve bu hakların geri alınması noktasında yetki alacaklıda olmakla beraber, bu yetki, borçlunun haklı güveni ve onun menfaatinin korunması çerçevesinde kullanılabilir.

Aynen ifadan vazgeçme, karşı tarafa varması gerekli hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır²¹³⁴. Aksi yöndeki görüşe göre, hukuki işlemdir²¹³⁵. Yenilik doğuran bir haktır²¹³⁶. Bu nedenle, vazgeçme beyanı, kural olarak, şarta bağlanamaz, geri alınamaz²¹³⁷. Aynen ifadan vazgeçme beyanının, borçlu tarafından anlaşılır ve açık biçimde aynen ifadan vazgeçildiğini ve talep edilmeyeceğini içermesi gerekir²¹³⁸. Aynen ifadan vazgeçecek kişinin tasarruf yetkisine sahip olması ve fiil ehliyetinin bulunması gerekir²¹³⁹. Aynen ifadan vazgeçme beyanının, borçluya zarar vermemek kaydıyla, geri alınması mümkündür²¹⁴⁰.

Aynen ifadan vazgeçme hakkının kullanılmasıyla, aynen ifa imkânı sona erer²¹⁴¹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedeki kondisyonel sinallagmadan ötürü, karşı edim de sona erer²¹⁴². Bu durumda, her iki taraf, asli edim yükümlülüklerinin sona erdiği savunmasını öne sürebilir²¹⁴³. Dolayısıyla, alıcı, diğer iki seçimlik hakkını

²¹³³ Schenker, 203; Riewert, 102

²¹³⁴ Basler Kom./ Wiegand, 623

²¹³⁵ Bucher, 373

²¹³⁶ Basler Kom./ Wiegand, 623; Bucher, 373

²¹³⁷ Basler Kom./ Wiegand, 623; Bucher, 373; MüKo. II/ Ernst, 636

²¹³⁸ Basler Kom./ Wiegand, 623; Teubel, 80

²¹³⁹ Bucher, 373

²¹⁴⁰ Schmid, 161 vd.

²¹⁴¹ Basler Kom./ Wiegand, 623; Lemp, 132; Havutcu, 60; Schmid, 149; Buz, YDH., 468

²¹⁴² Schmid, 149; Riewert, 63; Erman BGB. I, Westermann, 1464

²¹⁴³ Schmid, 150 vd.

kullanabilir²¹⁴⁴. Borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep ve sözleşmeden dönme hakkı borç ilişkisini değiştiren yenilik doğuran haklar olmasından ötürü şarta bağlanamaz ve geri alınamaz²¹⁴⁵. Alıcı tarafından, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın talep edilmesi ve satıcının kusursuzluğunu ispat ile sorumluluktan kurtulması durumunda, seçimlik hak boşa çıkar²¹⁴⁶. Bu durumda alacaklının, vazgeçmenin etkisizleştiği kabul edilerek, yeniden seçimlik hakların kullanılması mümkün olmalıdır²¹⁴⁷.

Satıcıya verilen sürenin dolması neticesinde, satıcının aynen ifa imkânı sona erer²¹⁴⁸. Aynen ifadan vazgeçme hakkı yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle, bu hakkın kullanılmasıyla, sözleşme neticesindeki borç ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüşür²¹⁴⁹. Dolayısıyla, sözleşmenin asli amacı da keskin biçimde değişir²¹⁵⁰. Bu vazgeçme neticesinde, sözleşme, ekonomik bakımdan da normal amacından çıkar²¹⁵¹. Tasfiye ilişkisine dönüşen borç ilişkisinde yeniden aynen ifa talep edilemez. Aynı zamanda, borç ilişkisinin tasfiye edileceği hususu dönme beyanı muhatabı bakımından da açık olmalıdır²¹⁵². Keza, sözleşmeden dönme hakkı gibi borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep etme de borç ilişkisini tasfiye ilişkisine dönüştürür²¹⁵³. LESER'e göre, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep etme ise yenilik doğuran yetkidir²¹⁵⁴. Sözleşmeden dönme hakkı da yenilik doğuran yetkidir²¹⁵⁵. Katıldığımız görüşe göre, alacaklı, yalnızca sözleşmeden dönme ve borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesine dair talepler arasında değişim hakkına sahiptir²¹⁵⁶. Nitekim, bu durumda alıcı, tasfiye ilişkisine dair seçimlik haklar

²¹⁴⁴ Schmid, 149; Buz, YDH., 468

²¹⁴⁵ Basler Kom./ Wiegand, 624

²¹⁴⁶ Basler Kom./ Wiegand, 624

²¹⁴⁷ Basler Kom./ Wiegand, 624

²¹⁴⁸ Leser, 260; Schmid, 150

²¹⁴⁹ Leser, 260; Kaiser, 459

²¹⁵⁰ Leser, 262; Kaiser, 459

²¹⁵¹ Leser, 262

²¹⁵² Leser, 263; Kaiser, 459

²¹⁵³ Leser, 273; Kaiser, 459

²¹⁵⁴ Leser, 260

²¹⁵⁵ Leser, 274

²¹⁵⁶ Leser, 260; Kaiser, 459

arasında tercih yapmış olur. Keza, iki seçimlik hak da tasfiye ilişkisine hizmet eder. Dolayısıyla, bu hâl, borçlunun menfaatine zarar da vermez.

Satıcının, alıcının kullandığı seçimlik hakka güvenerek birtakım hazırlık faaliyetlerinde bulunması hâlinde seçimlik haklar arasında değişim yapılamaz²¹⁵⁷. Alman Hukukunda bir kısım yazarlara göre değiştirim hakkı, hak ve yenilik doğuran yetkiyi kapsayan, ifa engelleri neticesindeki hukuki çareler arasında gerekli hareket imkânını tasfiye çerçevesinde mümkün kılan bir haktır²¹⁵⁸. Bu yetki tasfiye amacıyla sınırlıdır²¹⁵⁹. Yetkinin tasfiye amacıyla sınırlanması, hakkın muhatabının korunmasının bir gereğidir²¹⁶⁰. Değiştirim hakkı, alıcı tarafından tercih edilen seçimlik hakkın satıcı tarafından ifası ile sona erer²¹⁶¹. Diğer taraftan, Modernleşme Kanunu sonrasında Alman Hukukunda, BGB. § 323 hükmünde aynen ifadan vazgeçme ibaresine yer verilmemiştir. Dolayısıyla, alıcı, aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunmaksızın üç seçimlik hakkından birini tercih edebilir²¹⁶². Nitekim, süre verilmesiyle, karşı tarafça seçimlik hakların kullanılacağıının anlaşılması nedeniyle, aynen ifayı ret beyanı gerekli değildir²¹⁶³.

Alman Hukukunda, önceki BGB.'nin aksine, BGB.'de sözleşmeden dönme hakkının, öncesindeki aynen ifanın reddi beyanını gerekli kılmaması karşısında, değiştirim hakkının tanınmasına gerek yoktur²¹⁶⁴. Zira, alıcının aynen ifayı mı yoksa sözleşmenin tasfiyesini tercih edeceği noktasında, yeterli düşünme imkânı bulunmaktadır. Keza, edim yükümlülükleri de sürenin dolmasıyla, kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır²¹⁶⁵.

SAENGER'e göre, aynen ifa talebi ile sözleşmeden dönme ve borcun ifa edilmemesinden doğan zarara ilişkin talepler arasında bir değiştirim hakkı mümkün

²¹⁵⁷ Leser, 278; Riewert, 101; Herold, 56

²¹⁵⁸ Leser, 277; Riewert, 99

²¹⁵⁹ Leser, 278; Buz, YDH., 466

²¹⁶⁰ Leser, 280; Buz, YDH., 466

²¹⁶¹ Leser, 281

²¹⁶² Muthers, 80

²¹⁶³ Boels, 49

²¹⁶⁴ Muthers, 210

²¹⁶⁵ Muthers, 210; Reinicke, Tiedtke, 87

değildir²¹⁶⁶. Zira bu haklar, aynen ifa talebinin yerine talep edilir. Diğer deyişle, aynen ifa dışındaki bu haklar, aynen ifaya göre “ikincil” niteliktedir. TRÖGER’e göre, seçimlik haklar arasında değiştirim hakkı bulunmamaktadır²¹⁶⁷. Yazara göre, BGB. § 263/ II hükmü uyarınca seçilen hak, baştan itibaren borçlanılan bu hakkın konusu olur. Keza, bu durum satıcının hukuki durumunun belirsizlikten ari olmasını sağlar. Ancak, yeniden süre vermek kaydıyla, temerrüde ilişkin genel hükümler uyarınca, şartların bulunması hâlinde, diğer seçimlik haklarını kullanabilir²¹⁶⁸. Aynen ifaya ilişkin kesin hüküm bulunması hâlinde dahi süre tayin ederek, sözleşmeden dönme ya da borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep edebilir. HONSELL’e göre, değiştirim hakkının bulunmaması yalnızca yenilik doğuran hakkın hukuki yapısından ötürü değil, kullanılan bir hakkın doğrudan değiştirilememesinden kaynaklanmaktadır²¹⁶⁹. Ayrıca, HONSELL’e göre, değiştirim hakkı, taraf iradesi ya da buna dair mahkeme hükmü bulunmadıkça mevcut değildir. WALTERSCHEID’a göre, aynen ifa talebinde ısrarın bildirilmemesi hâlinde alıcı, bu hakkını kaybeder²¹⁷⁰.

LESER’e göre, değiştirim hakkı, alıcı tarafından kullanılan seçimlik hakkın yarattığı hukuki duruma borçlunun kesin olarak güvendiği ana kadar kullanılabilir²¹⁷¹. Satıcı tarafından, kullanılan seçimlik hak doğrultusunda iade borcu ifa edilmişse değiştirme hakkı sona erer²¹⁷². Alıcının yeniden süre vererek, yeni bir seçimlik hakkı tercih etmesi durumunda değiştirim hakkı söz konusu olmaz²¹⁷³. Keza, örneğin mahkemece aynen ifaya dair verilen kararın sonrasında da yeniden süre verilerek diğer seçimlik haklar

²¹⁶⁶ Saenger, 25

²¹⁶⁷ Tröger, 57; Honsell, 78; Schmidt, Rolf, 101 vd.: Yazar, sözleşmeden dönme hakkı kullanıldıktan sonra, bedelin indirilmesi hakkına değiştirim hakkı olmadığını, ancak tam tersinin mümkün olduğu görüşündedir. Zira, bedelin indirilmesi hakkı neticesinde, sözleşme aynen devam etmekle beraber, yalnızca, bedele dair bir değişiklik söz konusu olmaktadır.

²¹⁶⁸ Tröger, 59

²¹⁶⁹ Honsell, 78

²¹⁷⁰ Walterscheid, 39

²¹⁷¹ Leser, 279; Herold, 146; MüKo. II/ Ernst, 602

²¹⁷² Leser, 281

²¹⁷³ Lemp, 131

kullanılabilir²¹⁷⁴. Diğer taraftan, irade sakatlığı sebebiyle seçimlik hakkın iptali mümkündür²¹⁷⁵.

SCHENKER'e göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin TBK. m. 125 hükmünde öngörülen haklara ilişkin seçim hakkı, yenilik doğuran haktır²¹⁷⁶. Tek taraflı irade açıklaması ile kullanılan yenilik doğuran haklar, karşı tarafa varması gereken ve geri alınamayan haklardır. Seçim yapıldıktan sonra geri alma, hakkın muhatabının onayı ile mümkündür²¹⁷⁷. Keza, bu hakkın kullanılması ile borçlunun hukuki durumu da değiştirilir. Dolayısıyla, borçlunun korunması bakımından bu sonucun benimsenmesi gerekir.

Satıcının temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda, alacaklının hakkına erişememesi gibi bir sorun gündeme gelecektir²¹⁷⁸. BUZ'a göre, değiştirim hakkı, alacaklının keyfi davranışının önüne geçmek kaydıyla, yalnızca bir kere kullanılabilir²¹⁷⁹.

Değiştirim hakkı, sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazmini ile olumlu zararın tazmini talepleri arasında mevcuttur²¹⁸⁰. Zira, alacaklı, aynen ifadan vazgeçmekle sözleşmeyi tasfiye ilişkisine dönüştürmektedir²¹⁸¹. Sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi nedeniyle aynen ifa talebine "geri" dönülemez.

Bir görüşe göre değiştirim hakkı, önceki BGB. § 355 uyarınca verilecek sürenin dolmasına kadar kullanılabilir²¹⁸². Değiştirim hakkının kullanılmasında, muhatabın, spekülasyonlara karşı korunması gerekmektedir²¹⁸³. Alman Hukukunda, BGB. § 242 hükmüne kıyasen, değiştirim hakkı muhatabın korunmaya değer güveni kapsamında

²¹⁷⁴ Lemp, 131 vd.

²¹⁷⁵ Lemp, 131

²¹⁷⁶ Schenker , 201

²¹⁷⁷ Schenker, 201; Lemp, 131

²¹⁷⁸ Buz, YDH., 465

²¹⁷⁹ Buz, Dönme, 312

²¹⁸⁰ Buz, YDH., 466; Antalya, 554 vd.

²¹⁸¹ Buz, YDH., 466; Antalya, 554 vd.

²¹⁸² Schmid, 161: Anılan hüküm uyarınca, dönme hakkının kullanılması bakımından süre kararlaştırılmaması durumunda, muhatap, dönme hakkının kullanılması adına hak sahibine süre verebilir. Süre sonunda hakkın kullanılmaması neticesinde, dönme hakkı etkisizleşir.

²¹⁸³ Schmid, 162; Riewert, 89; Strupp, 104

olarak kullanılabilir²¹⁸⁴. Diğer bir görüşe göre, alacaklının, örneğin, borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep etmesi hâlinde, borçlunun kusursuzluğunu ispatı neticesinde alacaklının hakkına erişememesi söz konusu olacaktır²¹⁸⁵. Bu durumda, alacaklıya, örneğin yeniden aynen ifa talebi hakkı tanımak gerekmektedir. Ancak, genel bir değiştirim hakkı tanınmaz: Borcun ifa edilmemesinden doğan zararın yerine sözleşmeden dönme talep edilmesi gibi²¹⁸⁶. Zira, seçimlik hakkın tercih edilmesi neticesinde, hukuki durum değişmektedir²¹⁸⁷.

Hukuki belirliliğe hizmet eden bağlayıcı etkinin, zor anlaşılan ve ortaya konması güç olan güven durumuna feda etmenin hatalı olması karşısında, sözleşmeden dönme hakkı neticesinde yaratılan güven uyarınca satıcının edimin iadesi bakımından hazırlık yapmasına kadar, sözleşmeden dönme beyanının geri alınabilmesine olanak tanınması gerekir²¹⁸⁸. Ayrıca, dönme beyanının, irade beyanı olması karşısında, iptali mümkündür²¹⁸⁹.

Kanaatimizce, değiştirme hakkının tanınmasındaki sebepten hareket edilmelidir. Değiştirme hakkı, hakkın muhatabının haklı güveni ve menfaatini ihlal etmemesi durumunda tanınmaktadır. Dolayısıyla, değiştirme hakkı sahibi hakkını, muhatabın haklı güvenini ve menfaatini ihlal etmediği takdirde, birden fazla kere kullanabilir. Bu noktada, hareket noktası TMK. m. 2 hükmüdür. Hâkim, anılan hüküm çerçevesinde ve somut olayın özelliklerini gözетerek bir karara varmalıdır.

TBK. m. 36 vd. kapsamında olarak, beyan hatası nedeniyle irade beyanı iptal edilerek, diğer seçimlik hakkın kullanılması mümkündür. Ancak, hakkın mahiyetinde hataya düşme durumunda irade beyanı iptal edilemez. BGB. § 119/II hükmü çerçevesinde, benzer şekilde, diğer seçimlik hak kullanılabilir²¹⁹⁰. Keza, iade edilecek edimin zarar gördüğünün fark edilmesi durumunda da bu hak kullanılabilir.

²¹⁸⁴ Riewert, 58; Strupp, 104

²¹⁸⁵ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1480

²¹⁸⁶ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1480

²¹⁸⁷ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1480

²¹⁸⁸ Muthers, 210

²¹⁸⁹ Muthers, 211, dn. 1055

²¹⁹⁰ Riewert, 110

4.1.7. Dönme Hakkının Devrinin Mümkün Olmaması

Sözleşmeden dönme hakkının yenilik doğuran bir hak olduğunu belirtmiş idik. Bu hak esasen, alacak hakkına bağımlı bir haktır. Alacağın devrinde, alacak hakkının devriyle birlikte, sözleşmeden dönme hakkı alacağı devralana geçmez. Hakkı kullanma yetkisi, devreden alacaklıdadır. Keza, sözleşmeden dönme hakkı, alacağa değil, borç ilişkisinin tamamına bağımlıdır²¹⁹¹.

Sözleşmeden dönme hakkı sözleşmenin tarafı olmaya bağlı bir hak olması nedeniyle, sözleşmenin tarafı olmayan bir kişiye bu hak devredilemez²¹⁹². Ancak, bu hakkın temsil yetkisi ile kullanılması mümkündür. Sözleşmede elbirliği ile alacaklılık hâlinde de sözleşmeden dönme hakkı diğer alacaklıya devredilemez. Bu hâlde, olsa olsa, hakkın kullanılması bakımından bir temsil yetkisi tanınmış olur. İstisnai hâllerde, TMK. m. 702/IV hükmü uyarınca, elbirliği ile alacaklılardan biri dönme hakkını tek başına kullanabilir. Bu takdirde, dönme hakkı devredilmez: Kanunun tanıdığı yetki çerçevesinde hakkın kullanılmasına dair bir yetki söz konusu olur.

BUZ'a göre, sözleşmeden dönme hakkının, sözleşmenin tarafları arasında hukuki sonuç doğurması nedeniyle, sözleşmenin tarafı olmayan bir kimseye faydası olmaz²¹⁹³. Sözleşmenin kuruluşu, konumuz bakımından ise ifasından etkilenen alıcı tarafından bu hakkın kullanılması gerekir²¹⁹⁴. Üçüncü kişinin yenilik doğuran hakkın kullanılmasında menfaatinin bulunması durumunda çözüm, bu kişiye hakkın kullanılması adına doğrudan temsil yetkisi verilmesidir²¹⁹⁵. Yazara göre, hakkın kullanılması sonrasında meydana gelen iade alacağının devri ile bu sorun aşılabılır²¹⁹⁶.

Külli intikal durumunda, dönme hakkı, halefe geçer²¹⁹⁷.

4.2. Olumsuz Zarar

Sözleşmeden dönme neticesinde, edim yükümlülükleri ortadan kalkarken, iade yükümlülükleri söz konusu olur. Ancak alıcının, sözleşme öncesi duruma

²¹⁹¹ Ehrat, 8; Kühne, 101

²¹⁹² Kühne, 101

²¹⁹³ Buz, YDH., 391

²¹⁹⁴ Buz, YDH., 392

²¹⁹⁵ Buz, YDH., 392 vd.

²¹⁹⁶ Buz, YDH., 393 vd.

²¹⁹⁷ MüKo. I/ Gaier, 836

getirilebilmesi bakımından, iade yükümlülükleri yetersiz kalır²¹⁹⁸. TBK. m. 125/III, c. 2’de öngörülen tazminat, bu imkânı sağlar²¹⁹⁹. Sözleşme öncesi durumun tesis edilebilmesi adına, ifa hazırlığı ve benzeri masrafların, sözleşmeye dayanan diğer ekonomik kararlar ve bunların sonuçlarının giderilmesi gerekir²²⁰⁰.

4.2.1. Tanımı

Olumsuz zarar, hüküm ifade edeceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ya da buna duyulan güvenin boşa çıkması nedeniyle talep edilebilen zarar kalemi olarak tanımlanmıştır²²⁰¹. Diğer deyişle olumsuz zarar, satıcının temerrüt şeklindeki sözleşmeye aykırı hareketi neticesinde, alıcının sözleşmeden dönmesi ile sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle ortaya çıkar. Dolayısıyla, olumsuz zarar, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır²²⁰². Bu nedenle, alıcının sözleşmenin yapılmamasından önceki malvarlığı durumuna kavuşmasına hizmet eder. Olumsuz zarar, malvarlığının mevcut durumu ile sözleşmenin akdedilmesi anındaki

²¹⁹⁸ Schenker, 279; Kaiser, 17; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Ehrat, 184: Yazara göre, sözleşmeden dönmenin dar anlamdaki sonucu iade yükümlülükleridir.

²¹⁹⁹ Schenker, 279 vd.; Ehrat, 184; Bucher, 379

²²⁰⁰ Leser, 167

²²⁰¹ Tandoğan, Mes’uliyet, 426; Serozan, Dönme, 584; Nazikoğlu, 684; Keller, Schöbi, 279; Lüchinger, 114; Olgaç, Tazminat, 352 vd.; Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, 39, Bucher, 342; Herold, 65; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489; Topuz, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul, 2011, 95; Doğan, Şahan, Atamulu, 292; Ünlütepe, 283; Y. 19. HD., 26.11.1993 T., 1992/9997 E., 1993/8033 K.: “*Uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bu sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi, yüzünden güvenin boşa çıkması, dolayısıyla uğranılan zarar olumsuz zarar olarak tanımlanmaktadır. Olaya özgü anlatımla, davacı yönetim davalıya güvenerek, o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır. Başkasıyla sözleşme yapsaydı, sözleşme bozulmayacak zararda oluşmayacaktı*” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

²²⁰² Oftinger, 177; Keller, Schöbi, 279; Nazikoğlu, 684; Önen, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, 1975, 95; Russenberg, 57; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 969; Olgaç, Tazminat, 353; Eren Şerh, 2429; Uygur, 833; Schenker, 279; Lüchinger, 73; Basler Kom./ Wiegand, 633; Altherrr, Brem, Bühlmann, 136; Ergül, 356; Okumuş, 75; Antalya, 591; Doğan, Şahan, Atamulu, 292; Benzer olarak bkz. Kayar, 180 vd.; Ünlütepe, 283

durumu arasındaki farktan ibarettir²²⁰³. TBK. m. 125 hükmünün emredici olmaması karşısında, tarafların aksine anlaşma yapması mümkündür²²⁰⁴.

Olumsuz zarar, sözleşmenin karşı tarafında uyandırılan güvenin boşa çıkmasına ilişkindir²²⁰⁵. Kural olarak, zarar kapsamı, buna göre tayin edilir. Diğer deyişle, zararın boşa çıkan güven sebebiyle meydana gelmesi gerekir. Ancak, güven olgusuna dair her türlü zarar, olumsuz zarar teşkil etmez²²⁰⁶. Satıcının temerrüdü neticesinde dönme seçimlik hakkının kullanılması hâlinde tazmini söz konusu olan olumsuz zarar dar anlamda bir güven zararı değildir²²⁰⁷. Nitekim, bu durumda sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması nedeniyle, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna ya da kurulacağına dair güvenden söz edilemez. Geçerli olarak kurulan sözleşmenin, yasanın deyişiyle, hükümsüz kalmasından doğan zarar tazmin edilir. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme hâlinde talep edilecek zarar, güven ihlâliyle uygun nedensellik bağı içinde olan kayıplara değil, dönülen sözleşme hiç olmasaydı, yaşanmayacak mal varlığı eksilmelerine ilişkindir.

Olumsuz zarar, satıcının zarar verici davranışını hiç yapılmamış hâle getirmeyi amaçlar²²⁰⁸. Alıcının malvarlığındaki eksilme bu kapsamda giderilir. Dönme hakkı neticesinde, yalnızca edimlerin iadesi ile taraflar hukuki durumları sözleşme öncesi duruma getirilemez. Diğer deyişle, olumsuz zarar ile sözleşme ilişkisi tam olarak tasfiye edilir²²⁰⁹.

²²⁰³ Oftinger, 177; Keller, Schöbi, 279; Ehrat, 185; Basler Kom./ Wiegand, 633; Ackermann, 313; Okumuş, 76; Antalya, 592; Ünlütepe, 283

²²⁰⁴ Basler Kom./ Wiegand, 635; MüKo. II/ Ernst, 630: BGB. § 323 hükmü emredici değildir.

²²⁰⁵ Oftinger, 177; Keller, Schöbi, 279; Lüchinger, 73; Nazikoğlu, 684; Eren Şerh, 2435; Ergüne, 45; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Unberath, Hannes, Die Vertragsverletzung, Tübingen, 2007, 289; Okumuş, 75; Antalya, 574; Doğan, Şahan, Atamulu, 292

²²⁰⁶ Lüchinger, 76; Ergüne, 48

²²⁰⁷ Lüchinger, 76; Ergüne, 49; Okumuş, 79

²²⁰⁸ Oftinger, 177; Keller, Schöbi, 279; Lüchinger, 76; Russenberg, 56 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 969; Ergüne, 38; Bucher, 342; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Unberath, 289; Antalya, 592

²²⁰⁹ Riewert, 61; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492

Diğer taraftan, olumlu zarar, alacaklının, gereği gibi ve zamanında ifaya olan menfaatini ifade eder²²¹⁰. Olumlu zarar talebi, ifanın ikâme değerine yöneliktir²²¹¹. Diğer deyişle, satıcı edimini gereği gibi ifa etseydi, alıcının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile malvarlığının mevcut durumu arasındaki fark olumlu zarar teşkil eder. Bu kapsamda olmak üzere, kâr mahrumiyeti müspet zarar kalemi içerisindedir. Gereği gibi ifa edilmeyen sözleşmeden doğrudan elde edilecek kâr bu kapsamdadır.

Alıcı, olumlu zararı talep ederken, kendi nezdinde yaratılan güveni ispat etmek zorunda değildir²²¹². Alıcı nezdinde güven oluşmasa dahi bu zararın tazminini talep edebilir.

SEROZAN’a göre menfi zarar kavramı, satıcıya, alıcının spekülasyonlarına karşı yeterli korumayı sağlamaz²²¹³. Menfi zarar kavramı, alacaklının sözleşmenin akdedilmesi adına yaptığı fahiş masrafları talep edebilmesine olanak tanır.

TBK. m. 125 hükmünde, OR. Art. 109/II hükmüyle aynı doğrultuda olarak sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile olumsuz zarar/ alışveriş menfaati hedeflenmektedir²²¹⁴. Keza, TBK. m. 125/II hükmündeki “*borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir*” düzenlemesinden de bu sonuca varılmaktadır. Nitekim, ifa edilmemeden doğan zarar ile sözleşmeden dönme seçimlik olarak düzenlenmiştir²²¹⁵. Bu nedenle, TBK. m. 125/III hükmü uyarınca sözleşmeden dönme hâlinde talep edilecek zarar, ifa menfaatinden değil, alıcının sözleşme ilişkisine girmiş olmasından kaynaklanan olumsuz zarardır²²¹⁶. Alman Hukukundaki bir görüşe göre, olumsuz zarar, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan bir zarar değildir²²¹⁷. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde sözleşme ortadan kalmamakta, zararın

²²¹⁰ Tandoğan, Mes’uliyet, 426; Keller, Schöbi, 275; Lüchinger, 75; Olgaç, Tazminat, 352; Leser, 147; Ergüne, 57; Bucher, 345; Schmid, 185; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Uygur, 834; Topuz, 94

²²¹¹ Olgaç, Tazminat, 352; Leser, 147; Topuz, 94

²²¹² Ergüne, 58

²²¹³ Serozan, Dönme, 596

²²¹⁴ Schenker, 279; Eren Şerh, 2435; Ergüne, 256

²²¹⁵ Ergüne, 256

²²¹⁶ Ergüne, 256; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Bucher, 345: Yazara göre, burada culpa in contrahendo sorumluluğu mevcuttur.

²²¹⁷ Lüchinger, 84

giderilmesi ve iade borçlarının ifası dahil olmak üzere sözleşmenin tasfiyesi amacıyla içerik değiştirmektedir²²¹⁸.

Alıcı, olumsuz zarar yerine olumlu zarar talep etmek istediği takdirde, sözleşmeden dönme yerine diğer seçimlik haklarını kullanmalıdır²²¹⁹. Sözleşmeden dönme hâlinde olumlu zarar, yasal düzenleme karşısında, talep edilemez. Nitekim, kanun koyucu, iki zararı farklı hukuki temellere dayandırmak maksadıyla, farklı seçimlik haklar öngörmüştür²²²⁰. Keza, farklı zarar türlerinin kapsamının birbirinden ayırt edilmesi bakımından bu ayrım önem arz eder²²²¹.

Dönme beyanının doğurduğu etkiye dair teorilere göre talep edilecek zararın olumlu ya da olumsuz zarar olduğu tespit edilemez²²²². TBK. m. 112 hükmünde, satıcının kusursuzluğunu ispat ile sorumluluktan kurtulma imkânı mevcuttur²²²³. Yukarıda anıldığı üzere, talep edilecek zarar, kanun koyucunun tercihiyle belirlenmektedir. Olması gereken hukuk çerçevesinde ayrı bir tartışma yapılabilir. Ancak, mevcut kanuni düzenlemedeki ifade açıktır. Gecikmiş ifayı reddederek, savunduğumuz görüş çerçevesinde, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak suretiyle sözleşme ilişkisini

²²¹⁸ Lüchinger, 85

²²¹⁹ Becker, 569; Russenberg, 66; Lüchinger, 74; Ergüne, 259; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Antalya, 593; Y. 13. HD. 04.02.2010 T., 2009/10044 E., 2010/1219 K.: “Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haklardandır. Bu nedenle aynı sözleşmeye dayanarak olumlu (müspet) zararın kapsamında yer alan gelir niteliğinde olan yoksun kalınan kar yönünden talepte bulunamaz” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023)

²²²⁰ Becker, 569; Russenberg, 66; Lüchinger, 74; Schmid, 185; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Antalya, 593; Y. 15. HD., 15.06.1989 T., 1989/177 E., 1989/2845 K.: “Davacı akdi feshettiğini bildirerek sözleşme ilişkisini geriye etkili biçimde ortadan kaldırdığına göre, verdiklerini geri almak ve ayrıca fesih nedeniyle uğradığı olumsuz zararı istemek hakkına sahiptir. Borçlar Kanununun 108/11. maddesi hükmü gereğince, borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edemediği takdirde, akdin hükmünü kaybetmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak, İsviçre ve Türk doktrininde de hakim olan görüşe göre burada tazmini gereken zarar sadece menfi (olumsuz) zarardır. Nitekim yargıtay Genel kurulunun 1.6.1966 tarih ve 3/436-164 sayılı kararında da bu görüş benimsenmiştir. Aksi halde, yani müsbet /olumlu) zararında tazmini gerektiği kabul edilecek olursa, akitten dönme ile dönmeyip tazminat isteme arasında bir fark olmayacaktır. Bu nedenlerle olumlu zarar niteliğindeki 4.529.331 TL. faiz kaybına hükmedilmesi doğru görülmemiştir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

²²²¹ Becker, 569; Lüchinger, 74

²²²² Ergüne, 263

²²²³ Giger, 202; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490; Antalya, 593

tasfiye ilişkisine çevirme hâlinde tazminat sorumluluğunun kapsamını tayin eden borca aykırı davranış değişmez²²²⁴. Nitekim, buradaki olumsuz zarar, sözleşme ilişkisinin gereği gibi sürdürüleceği, tasfiye ilişkisine dönüşmeyeceği yolundaki güven ihlaline ilişkindir²²²⁵.

Tazminat talebi, hukuki işlem benzeri irade açıklaması teşkil eder²²²⁶. Bu anlamda olmak üzere, hukuki işleme dair düzenlemeler kıyasen uygulanır.

Mehaz İBK. önceki metninde, sözleşmeden dönmeye ilişkin m. 122 hükmü, alacaklıya yeterli koruma sağlamamaktaydı²²²⁷. Bu nedenle, yeni yasa metnine dair parlamento görüşmelerinde, her iki tarafın menfaatinin korunması bakımından teorik ve pratik değerlendirmeler yapılmıştır²²²⁸. İBK.'nın 1911 tarihli revizyonuna dair 1905 tarihli tasarıda, m. 124 hükmünde öngörülen tazminatın kapsamı bakımından açıklık getirilmesi amaçlanmıştır²²²⁹. 1909 tarihli tasarı ile sözleşmeden dönme hakkının kapsam ve şartları sade ve net biçimde ifade edilmiştir²²³⁰. 1909 tarihli tasarının m. 1131 ve 1134 hükmünde, borçlunun temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda, alacaklının olumsuz zarar talep edebileceğine yer verilmiştir²²³¹. Parlamentoda, sözleşmeden dönmeme durumunda, alacaklının tazminat talebinin ifa menfaatine yöneldiği, sözleşmeden dönme hâlinde ise olumsuz zararın talep edilebileceği ifade edilmiştir²²³². Keza, parlamento açıklamasında, 1909 tarihli tasarının m. 1055 hükmünde sözü edilen yetkisiz temsile ilişkin OR. m. 39 hükmüne benzer biçimde, açık olarak olumsuz zarara yer verilmiştir²²³³. Dolayısıyla,

²²²⁴ Ergüne, 263

²²²⁵ Ergüne, 263

²²²⁶ Riewert, 55

²²²⁷ Suter, 118

²²²⁸ Suter, 118

²²²⁹ Suter, 118

²²³⁰ Suter, 119

²²³¹ Suter, 119

²²³² Suter, 119

²²³³ OR m. 39 “*Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen*”

sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan zarardan, olumsuz zarar anlaşılır²²³⁴. Sözleşmenin hükümsüz kalması ibaresi ile sözleşmenin ortadan kalkmasına değil, olumsuz zarara işaret edilmektedir²²³⁵.

Diğer taraftan, olumsuz zararın talep edilebilmesi bakımından sözleşmenin geçmişe dönük ortadan kalkması şart değildir²²³⁶; TBK. m. 125 hükmü gibi kanunda buna dair hüküm bulunması hâlinde olumsuz zarar talep edilebilir. Olumsuz menfaat kapsamında olarak, satıcı, alıcının sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine dair güveninden kaynaklanan zararı gidermelidir²²³⁷. Nitekim, bu zarar sözleşmenin ihlâlinden kaynaklanmaktadır²²³⁸: Var olmayan bir sözleşmenin ihlâlinden söz edilemez. Olumsuz zararın kaynağı, sözleşmenin geçmişe dönük olarak ortadan kalkması değildir: TBK. m. 125/III hükmünde öngörülen düzenlemedir²²³⁹. Alıcı, tercih ettiği seçimlik hak çerçevesinde, kendi edimini ifadan kurtulmaktadır²²⁴⁰. Bunun neticesinde ise, sözleşme ifa edilseydi uğramayacak olduğu zararın tazminini talep edemez²²⁴¹.

4.2.2. Kapsamı

Olumsuz zararın kapsamı, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi sürdürüleceği noktasında, alıcı nezdinde uyandırılan güven olgusu ile uygun illiyet bağı çerçevesindeki malvarlığı kayıpları dikkate alınarak belirlenir²²⁴². Dolayısıyla, güven olgusunun ihlali nedeniyle doğduğu ispat edilen zararlar olumsuz zarar içerisinde talep edilir.

Sözleşmenin içerik değiştirdiğinin kabulü, TBK. m. 125 kapsamında olarak, talep edilecek tazminatın sözleşmenin ihlâline mesnet tutulmasına olanak sağlar²²⁴³.

²²³⁴ Suter, 120; Altherr, Brem, Bühlmann, 136; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1489

²²³⁵ Suter, 120

²²³⁶ Suter, 100

²²³⁷ Suter, 100; Unholtz, 207

²²³⁸ Suter, 100; Seliçi, 210

²²³⁹ Suter, 100 vd.

²²⁴⁰ Suter, 101

²²⁴¹ Suter, 101; Bucher, 345

²²⁴² Ergüne, 288; Y. 13. HD. 08.09.2011 T., 2011/7972 E., 2011/12023 K.: “*Menfi zarar; yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarardır*” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023)

²²⁴³ Seliçi, 210

Sözleşmenin hiç doğmadığının esas alınması durumunda, olumsuz zararının sözleşmenin ihlâlinden doğan bir tazminat olarak değerlendirilmesi çelişki yaratır²²⁴⁴.

SAENGER'e göre, sözleşmeden dönme hâlinde, satış sözleşmesinin ortadan kalkması nedeniyle, buradaki tazminat talebi sözleşmeden kaynaklanmaz²²⁴⁵.

TBK. m. 125/III hükmü uyarınca talep edilecek zarar, culpa in contrahendo dolayısıyla talep edilecek olumsuz zarardan farklıdır²²⁴⁶. Sözleşmeden dönme hâlinde talep edilen zarar, satıcının sözleşmeden dönmeye yol açan borca aykırı davranışı neticesinde sözleşmeden dönülmesi nedeniyle, dönülen sözleşme hiç yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır²²⁴⁷. Esasen bu noktada da bir güven sorumluluğundan bahsedilebilir²²⁴⁸. Ancak, buradaki güven sorumluluğu, olumsuz zararın temelini teşkil eden güven sorumluluğuna kıyasla daha geri planda kalır. Sözleşmeden dönme hâlinde, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi yerine getirileceği hususunda alıcı nezdinde uyandırılan güven söz konusudur. Edim yükümüne aykırılık teşkil eden tüm borca aykırılıkları güven sorumluluğu olarak nitelendirmek sakıncalıdır. Nitekim, bu yöndeki yaklaşım tüm sorumluluk kurallarının temelini TMK. m. 2 hükmüne götürmek olur ki, bu hâl “dürüstlük kuralı hukukçuluğu”na sebep olur²²⁴⁹.

Alman Hukukunda bir görüşe göre, sözleşmeden dönme neticesinde, sözleşmenin ortadan kalkmaması ve tasfiye ilişkisine dönüşmesi nedeniyle, sözleşmeden dönme anına kadar olan ve ifa menfaatine dair olan temerrüt zararları talep edilebilir²²⁵⁰. Hukukumuz bakımından bu görüşün paylaşılmasına olanak yoktur. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde sözleşme tasfiye ilişkisine dönüşür. TBK. m. 125 hükmü ise sözleşmeden dönme hâlinde sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın talep edilebileceğini hüküm altına almıştır. Dolayısıyla, ifa menfaatine dair olan temerrüt zararları talep edilemez.

²²⁴⁴ Seliçi, 210

²²⁴⁵ Saenger, 39

²²⁴⁶ Schenker, 284; Ergüne, 256; Aksi yönde görüş için bkz. Bucher, 345: Yaza göre, culpa in contrahendo sorumluluğu bulunmaktadır. Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar mevcuttur.

²²⁴⁷ Schenker, 260; Eren Şerh, 2435; Russenberg, 66; Ergüne, 256; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492

²²⁴⁸ Ergüne, 256

²²⁴⁹ Ergüne, 257

²²⁵⁰ Schmid, 186

TBK. m. 118 hükmünde yer alan gecikme tazminatı, temerrüt alacaklısının malvarlığının şimdiki durumu ile zamanında ifa edilmesi hâlinde farazi durumu arasındaki farkı teşkil eder²²⁵¹. Oysaki, olumsuz zarar ile zamanında ifa değil, sözleşme hiç akdedilmeseydi temerrüt alacaklısının malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum esas alınır. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme hâlinde, olumsuz zarar kapsamında olarak, gecikme zararı talep edilemez²²⁵². Ancak, iki zarar kalemi bazı hâllerde benzeşebilir. Temerrüt alacaklısının üçüncü kişiye karşı olan edimini ifa edememesi durumu, iki tazminatı da kapsar²²⁵³. Diğer taraftan, sözleşme nedeniyle yoksun kalınan kazanç, yalnızca gecikme tazminatı kapsamında değerlendirilir²²⁵⁴. Olumsuz zarar kapsamında talep edilemez. Olumsuz zarar kapsamındaki yoksun kalınan kazanç ise, üçüncü kişiyle başka sözleşme akdedilseydi malvarlığının farazi durumunu esas alır²²⁵⁵.

SEROZAN'a göre, sözleşmeden dönme hâlinde talep edilebilecek zarar, olumsuz zarar ile sınırlandırılmamalıdır²²⁵⁶. TBK. m. 125/III uyarınca talep edilecek zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu yönündeki güvenin değil, sözleşmenin zamanında ifa edileceğine dair güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan zarardır. Aldatma hâlinde talep edilecek zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna dair güvene ilişkin iken, sözleşmeden dönme hâlinde talep edilecek zarar, geçerli olarak kurulan sözleşmenin gereği gibi ve zamanında ifa edilmemesine ilişkindir. Sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yapılan masraflar, olumsuz zarar kapsamında değerlendirilir²²⁵⁷.

SEROZAN'a göre dönme hakkı ile ifa etmeme tazminatı birlikte bulunabilir²²⁵⁸. TBK. m. 213, 217, 229, 236 ve 617/II hükümlerinde sözleşmeden dönme hâlinde ifa menfaati talep imkânı vardır. TBK. m. 217/II hükmü uyarınca “*satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden*

²²⁵¹ Schenker, 283

²²⁵² Schenker, 283; Eren Şerh, 2440

²²⁵³ Schenker, 283

²²⁵⁴ Schenker, 284

²²⁵⁵ Schenker, 284

²²⁵⁶ Serozan, Dönme, 589

²²⁵⁷ Einem, 55

²²⁵⁸ Serozan, Dönme, 596

uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlüdür”. Benzer düzenleme olarak TBK. m. 229/II hükmüne göre “*satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür*”. Anılan düzenlemelere göre, sözleşmeden dönme hâlinde alıcı, ifa menfaatine dair zararları da talep edebilir. Yazara göre, alıcının, sözleşmeye aykırı davranılması sonucu oluşan mevcut malvarlığı durumu ile sözleşmeye aykırı davranılmasaydı malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farkı teşkil eden geniş anlamda olumlu zarar da talep edilebilmelidir²²⁵⁹. Zararın kapsamı ise TBK. m. 51 uyarınca tayin edilir.

SEROZAN’a göre, zararın kapsamı, zararın nedeni yerine, TBK. m. 51 hükmünden yola çıkılarak belirlenmelidir²²⁶⁰. Bu anlamda olmak üzere hâkim, durumun gereği ve kusurun ağırlığına göre zararın kapsamını tayin eder. Diğer deyişle zarar, önceden belirlenmiş olumsuz zarar “şemasına” göre saptanmamalıdır. Keza, olumsuz zarar da çoğu kez gereği gibi ve tutarlı olarak hesaplanamamaktadır.

Sözleşmeden dönme hâlinde, gecikme zararı talep edilemez²²⁶¹. Gecikme zararı, temerrüt alacaklısının mevcut malvarlığı ile ifa gerçekleşmesi durumundaki malvarlığı arasındaki farkı ifade eder²²⁶². Diğer deyişle gecikme zararı, ifaya olan menfaate dairdir. Nitekim, sözleşmeden dönme ile alacaklı, sözleşmeyi yapmamış olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumuna kavuşmayı hedefler. Aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönen alıcı, ifaya olan menfaate ilişkin gecikme zararını talep edemez²²⁶³.

Satış sözleşmesi kapsamındaki satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu ifa edilmiş olsa idi, sözleşmeden dönülmeyecek ve satılanın başkasına satılması suretiyle, kâr elde edilecekti. İşte sözleşmeden dönme neticesinde talep edilen kazanç mahrumiyeti de budur. Özellikle, ticari satış sözleşmesi bakımından bu durum ile çoğunlukla karşılaşılır. Dönülen sözleşmeden doğrudan elde edilecek kâr olumsuz zarar kapsamında değildir²²⁶⁴. Keza, temerrüt faizi de talep edilemez²²⁶⁵.

²²⁵⁹ Serozan, Dönme, 598; Teichmann, 47

²²⁶⁰ Serozan, Dönme, 591

²²⁶¹ Buz, Dönme, 158

²²⁶² Buz, Dönme, 158

²²⁶³ Buz, Dönme, 158

²²⁶⁴ Ergüne, 59

²²⁶⁵ Schmid, 185

Alacaklı kendi edimini ifa etmişse, mübadele teorisine göre, kendi edimini ancak sözleşmeden dönme hakkı ile geri alabilir²²⁶⁶. Alacaklının edimini ifa etmemesi hâlinde ise fark teorisine başvurulabilir²²⁶⁷. Alman Borçlar Kanunu Reformu sonrasında, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması öncesinde, borçlunun fark ve mübadele teorileri arasında seçim hakkına sahip olduğu görüşü hâkim olmuştur²²⁶⁸. Mübadele teorisine karşı öne sürülen argüman sona ermiş, BGB. § 323 hükmü ile verilen sürenin dolmasının doğrudan etkisi ortadan kaldırılmıştır²²⁶⁹. Aksine olarak, edim yükümlülükleri sürenin dolmasına değil, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına bağlıdır²²⁷⁰. Mübadele teorisine karşı borçlunun korunmaya değer hukuki menfaati söz konusu değildir²²⁷¹. Alıcı kendisine kısmen zilyetliği devredilen iade konusu edimi, karşı edim ile aynı anda ifa ile yükümlüdür. Asli iade yükümlülüğünün yerine yalnızca tali olarak tazminat yükümlülüğü söz konusu olur²²⁷². Dolayısıyla, mübadele teorisine göre tasfiye mümkündür²²⁷³. Alacaklının sözleşmeden dönme hakkının kullanması sonrasında, onun tazminat hakkı fark teorisıyla sınırlanır²²⁷⁴. Karşılıklı ifa yükümlülüklerinin sona ermesi nedeniyle, mübadele teorisi uygulanamaz²²⁷⁵.

Olumsuz zararda illiyet bağı, alıcının zararı ile satıcının temerrüt arasında aranmamaktadır²²⁷⁶. İlliyet bağı, dönülen sözleşme hiç yapılmamış olmasaydı alacaklının uğramayacağı zararlar bakımından gereklidir. Olumsuz zarar bakımından satıcının temerrüde düşmekte kusurunun aranması olumsuz zarar talebinin bir ön şartıdır.

Ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü hâlinde olumlu zararın hesaplanmasına dair TBK. m. 213/ II-III (OR. Art. 191/II-III) hükmü sözleşmeden dönme hâlinde zarar

²²⁶⁶ Lemp, 52 vd.; Muthers, 209

²²⁶⁷ Lemp, 52

²²⁶⁸ Muthers, 209, dn. 1047'de yer alan yazarlar; Riewert, 66

²²⁶⁹ Muthers, 209

²²⁷⁰ Muthers, 209

²²⁷¹ Muthers, 209

²²⁷² Muthers, 209

²²⁷³ Muthers, 209

²²⁷⁴ Muthers, 210

²²⁷⁵ Muthers, 210

²²⁷⁶ Ergüne, 292, dn. 17

hesabında uygulanmaz. Yalnızca TBK. m. 125/ III (OR. Art. 109) hükmü uygulanır. TBK. m. 217/ II, 229/ II hükümleri, satıcının garanti sorumluluğuna ilişkindir²²⁷⁷. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme bakımından uygulanamaz. Sözleşmeden dönme hâlinde olumlu zarar talep edilebilmesinin, bu sorumluluğun genişletilmesinin yasal dayanağı yoktur.

TBK. m. 114/II hükmü uyarınca “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır*”. Dolayısıyla, TBK. m. 50, 51, 52 hükümleri olumsuz zararın hesaplanması bakımından kıyasen uygulanır²²⁷⁸.

Doktrinde bir kısım yazarlara göre, alıcının, sözleşme kapsamında ifa ettiği bedel ödeme edimi fiili zarara dahildir²²⁷⁹. Nitekim alıcı, kendi edimini, sözleşmenin gereği gibi yürütüleceği, satıcı tarafından satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun ifa edileceği inancıyla ifa etmiştir. Satıcı, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği yolunda bir güven uyandırmıyorsa, alıcı sözleşme kapsamındaki bedel ödeme edimini ifa etmeyecekti yahut buna ilişkin ödemezlik def'i gibi hukuki çarelere başvuracaktı.

EHRAT'a göre, ifa edilen edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda bunun değeri, olumsuz zarara dahil değildir²²⁸⁰. Bu takdirde, kusurdan bağımsız bir iade hakkı mevcuttur²²⁸¹. Kanaatimizce, ifa edilen edimin iadesi, iade yükümlüğü kapsamındadır: Olumsuz zarara dahil değildir.

Doktrinde bir kısım yazarlara göre, alıcının bedel ödeme borcunu ifası durumunda, buna ilişkin faiz, edimden elde edilecek yarar kapsamında olarak talep edilebilir²²⁸². Keza, vadeli hesabındaki parayı çekerek bedel ödeme borcunu ifa eden alıcı, yoksun kaldığı faizi de talep edebilir.

Faiz, bir kâr mahrumiyeti değildir²²⁸³. Zira, sözleşme kapsamında ifa edilen edimin, fiili zarar olarak ortaya çıkmasından ötürü, fiili zarardan elde edilecek yarar da fiili

²²⁷⁷ Basler Kom./ Wiegand, 633

²²⁷⁸ Schenker, 285; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Antalya, 592

²²⁷⁹ Leser, 148; Ergüne, 292; Lüchinger, 92; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Antalya, 596; Okumuş, 80 vd.

²²⁸⁰ Ehrat, 186

²²⁸¹ Ehrat, 186; Riewert, 38

²²⁸² Schenker, 281; Eren Şerh, 2437; Ergüne, 294; Sonnentag, 159; Boels, 69; Erman BGB./ Röthel, 1540; Benzer olarak bkz. Lüchinger, 92

²²⁸³ Ergüne, 294, dn. 24

zarar teşkil eder. Diğer taraftan, olumsuz zarar içerisindeki kâr mahrumiyetinin, daha elverişli başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanması nedeniyle, bu sonuca zorunlu olarak varılır. Yararların fiilen elde edildiğine bakılmaksızın, elde edilebilecek olması esas alınır²²⁸⁴. Kanaatimizce, bu takdirde olumsuz zarar değil, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre faiz talep edilmesi söz konusudur.

Alman Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, edim yükümlülüklerinin ortadan kalkmasıyla, dönme neticesinde talep edilecek zarar fark teorisine göre hesaplanabilir²²⁸⁵. Fark teorisine göre talep edilen tazminat hakkı, yalnızca, ifa menfaatini aşan zararları kapsar²²⁸⁶. Satıcı, tazminat hakkını, kendi ediminin bir kısmını ifa ettiğinde, ifa edilmeyen edimin tamamının değerini esas alarak mübadele ya da edimler arasındaki değer farkına ek olarak takip eden zararlar ve kendi edimine göre fark teorisi çerçevesinde, talep edebilir²²⁸⁷. İade konusu edimin iade edilememesi durumunda, olumlu menfaate ilişkin tazminat yükümlülüğü takip eden zararlar ve yoksun kalınan kazancı da kapsar²²⁸⁸. Yoksun kalınan kazanca fiilen erişilebileceğinin ispatı gerekir²²⁸⁹.

Her ne kadar temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme hâlinde kusur aranmaz ise de olumsuz zararın talep edilebilmesi bakımından satıcının kusuru gereklidir²²⁹⁰. Kusursuzluğunu ispat yükü, temerrüde düşen satıcı üzerindedir. Sözleşme hukukuna dair genel düzenleme olan TBK. m. 112 hükmüne paralel şekilde düzenlenen TBK. m. 125 hükmü uyarınca, *“borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”*. Keza, TBK. m. 112 hükmü uyarınca, *“borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”*. Bu noktadaki kusurun

²²⁸⁴ Ergüne, 294 vd.

²²⁸⁵ Boels, 217; Riewert, 25

²²⁸⁶ Boels, 217

²²⁸⁷ Boels, 217; Riewert, 25

²²⁸⁸ Boels, 218

²²⁸⁹ Boels, 219

²²⁹⁰ Keller, Schöbi, 279; Basler Kom./ Wiegand, 581; Giger, 202; Suter, 24, Bucher, 360; Schenker, 280; Barlas, 120; Eren Şerh, 2434; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Ehrat, 185; Uygur, 832; Ergüne, 257; Boels, 186: BGB. § 280/I hükmü uyarınca, kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borç ilişkisinden doğan her türlü zararı gidermekle yükümlüdür.

kaynağı, sözleşmeden doğan bir borcun ihlâl edilmesinden ötürü sözleşmedir²²⁹¹. Tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini savunan BECKER’de temerrüt nedeniyle talep edilen olumsuz zarara ilişkin kusurun kaynağının, kusurlu imkânsızlık nedeniyle yine de sözleşme olması gerekçesiyle açıklamaktadır²²⁹²: Sözleşmenin ortadan kalkması, kusurun kaynağının sözleşme olmasına engel teşkil etmez. Sorumluluk ölçütü bakımından, TBK. m. 112 ve m. 113 de uygulama alanı bulur²²⁹³. Yazara göre üçüncü kişinin eylemi bakımından sorumluluğun kaynağı, somut olaya göre, TBK. m. 66 değil, m. 116’dır²²⁹⁴.

Sözleşmeden kısmi dönme hâlinde, TBK. m. 125/III hükmüne kıyasen, bu durum neticesindeki olumsuz zarar talep edilebilir²²⁹⁵.

Olumsuz zarar kapsamındaki zararların teker teker sayılması oldukça güçtür²²⁹⁶. Bu zararları iki ana başlık altında toplamak mümkündür: Fiili zarar ve kaçırılan fırsat.

4.2.2.1. Fiili Zarar

Fiili zarar, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi sürdürüleceği yolundaki güvenin sonucu olarak doğan zararı ifade eder²²⁹⁷. Bu zarar, aktif azalması ya da pasif artması şeklinde ortaya çıkabilir.

Yargıtay, bu kapsamdaki fiili zararı “*cepten çıkan harcamalar*” olarak nitelendirse de bu ifade pasif artmasını ve üçüncü kişilere karşı üstlenilen yükümlülükleri kapsamaması nedeniyle, bu kavramı tam olarak karşılamaz²²⁹⁸.

4.2.2.1.1. Sözleşme Kurma Masrafları

Sözleşmenin kurulması bakımından harcanan masraflar tipik bir olumsuz zarar kalemidir²²⁹⁹. Bu kapsamda olmak üzere, alıcının yapmış olduğu seyahat masrafları,

²²⁹¹ Becker, 568

²²⁹² Becker, 568

²²⁹³ Becker, 568

²²⁹⁴ Becker, 568; Suter, 129

²²⁹⁵ Ergüne, 257

²²⁹⁶ Öz, Dönme, 287

²²⁹⁷ Ergüne, 288; Schenker 279; Okumuş, 80

²²⁹⁸ Ergüne, 288

²²⁹⁹ Oğuzman, Öz, 560; Schenker, 280; Lüchinger, 97 vd.; Nazikoğlu, 684; Basler Kom./ Wiegand, 633; Olgaç, Tazminat, 353; Eren Şerh, 2437; Uygur, 835; Ergüne, 289; Giger, 201; Bucher, 342; Riewert, 28; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Doğanay, 378; Okumuş, 80; Antalya, 595; Ünlütepe, 283; Y.

sözleşmenin noter huzurunda yapılması hâlinde ödenecek harçlar, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden simsara ödenen masraflar sayılabilir²³⁰⁰.

Dar anlamda zarar kavramı içerisinde yer almayan ve alıcının kendi rızasıyla yaptığı masraflar, sözleşmenin gereği gibi yürütüleceği şeklindeki beklentinin boşa çıkmasından ötürü yapılması nedeniyle malvarlığında rıza dışı bir azalmaya neden olur²³⁰¹. Sözleşmenin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle de bu masraflar amacına ulaşamamış olur. Alıcı, sözleşme hiç yapılmıyaydı içinde bulunacağı farazi malvarlığına kavuşması kapsamında olarak sözleşme kurma masraflarını talep edebilir. Bu nedenle, beklentinin boşa çıkması görüşüne dayanmak zorunlu değildir²³⁰². Zira, beklentinin boşa çıkması görüşünde, masrafların yapılması değil, amacın elde edilmesi ile karşı yan eylemleri arasında illiyet bağı vardır²³⁰³.

Sözleşme kurulması nedeniyle yapılan masraflar, ancak gerekli olduğu kapsamda talep edilebilir²³⁰⁴. Lüzumsuz veya fahiş harcamalar talep edilemez. Bu değerlendirme, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapılır.

4.2.2.1.2. Sözleşmenin İfası Adına Yapılan Masraf ve Diğer Zararlar

Sözleşmenin gereği gibi yürütüleceği inancıyla hareket eden alıcı, sözleşmenin ifası adına birtakım masraflar yapması hâlinde, bunu fiili zarar kapsamında olmak üzere talep edebilir²³⁰⁵. Alıcının ödediği nakliye ve gümrük masrafları, sigorta primleri, bedeli ödemek adına bankadan çekilen kredinin faizleri fiili zarardır.

13. HD. 08.09.2011 T., 2011/7972 E., 2011/12023 K.: “sözleşme yapılması için yapılan giderler (harç, noter masrafı vs.) menfi zarar kapsamına girer” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023); Y.

13. HD. 08.09.2011 T., 2011/8015 E., 2011/12020 K. (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023)

²³⁰⁰ Lüchinger, 98; Olgaç, Tazminat, 353; Nazikoğlu, 684; Eren Şerh, 2437; Uygur, 835; Doğanay, 378; Ergüne, 289; Okumuş, 80; Antalya, 595; Doğan, Şahan, Atamulu, 292; Ünlütepe, 283; Erdoğan, 226

²³⁰¹ Ergüne, 289

²³⁰² Ergüne, 289

²³⁰³ Ergüne, 289

²³⁰⁴ Ergüne, 290

²³⁰⁵ Tunçomağ, Genel Hükümler, 956; Olgaç, Tazminat, 353; Oğuzman, Öz, 560; Schenker, 280; Lüchinger, 94; Basler Kom./ Wiegand, 633; Eren Şerh, 2437; Reisoğlu, 385; Uygur, 835; Doğanay, 378; Ergüne, 291; Bucher, 342; Schmid, 185; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Okumuş, 80; Antalya, 595; Ünlütepe, 283; Y. 13. HD. 08.09.2011 T., 2011/7972 E., 2011/12023 K.: “sözleşmenin yerine getirilmesi için yapılan masraflar... menfi zarar kapsamına girer” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023); Y. 13. HD. 08.09.2011 T., 2011/8015 E., 2011/12020 K.; Ankara BAM. 22 HD.

Alıcının edimi kabul için yaptığı masraflar da bu kapsamdadır²³⁰⁶. Satılanın teslimi için taşıma sözleşmesi akdedilmesi, malın stoklanması adına kira sözleşmesi ile depo kiralanması buna örnektir. Aynı şekilde, sözleşmenin gereği gibi yürütülmemesi bu neviden masrafları olumsuz zarara dahil eder.

Alıcı, sözleşmenin ifası adına başkaca zararlara uğramış olabilir. Alıcının, mal ve ilave olarak bedel ödemeyi üstlendiği karma tipli bir ticârî satış sözleşmesinde gönderdiği malın taşıma esnasında zarar görmesi bu duruma örnek teşkil eder²³⁰⁷.

4.2.2.1.3. Borç İlişkisinin Tasfiyesi Nedeniyle Uğranılan Zarar

Sözleşmeden dönme neticesinde oluşan tasfiye ilişkisinin gereği ifa edilecek edimlere ilişkin olarak birtakım masrafların yapılması gerekebilir. Satıcının kısmi temerrüdünde tam dönme hakkının kullanılacağına kararlaştırılması durumunda, kısmen ifa edilen edimin iadesi bakımından gereken masraflar bu kapsamdadır. Keza, alıcının, mal ve ilave olarak bedel ödemeyi üstlendiği karma tipli bir ticârî satış sözleşmesinde, ifa ettiği malı teslim edimine ilişkin olarak, malın iadesi için gereken masraflar fiil zarar teşkil eder²³⁰⁸. Nitekim, bu zarar kalemi de sözleşme yapılmamış olsaydı alıcının uğramayacağı zarar teşkil eder.

4.2.2.1.4. Usuli İşlemlere Dair Masraflar

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için birtakım hukuki prosedürlerin yerine getirilmesi gereğini ifa etmiş idik. Satıcıya temerrüt ihtarı çekilmesi, ek süre tanınması, sözleşmeden dönme hakkının noter kanalıyla bildirilmesi gibi masraflar bu kapsamdadır²³⁰⁹. Avukat masrafları da bu kapsamda değerlendirilir²³¹⁰. 6100 sayılı

19.12.2022 T., 2020/1216 E., 2022/1790 K.: “*davacı tarafça davalıya ödenip vergi dairesine yatırılan 6.781,84TL damga vergisi tutarı kadar tazminatı da menfi zarar kapsamında talep edilebileceği*” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023)

²³⁰⁶ Schenker, 281; Lüchinger, 94; Reisoğlu, 385; Uygur, 835; Ergüne, 291; Okumuş, 80; Antalya, 596; Ünlütepe, 283

²³⁰⁷ Ergüne, 291

²³⁰⁸ Schenker, 281; Ergüne, 296; Bucher, 342; Antalya, 596

²³⁰⁹ Olgaç, Tazminat, 353; Schenker, 281; Lüchinger, 99; Eren Şerh, 2437; Uygur, 835; Antalya, 596; Ergüne, 296; Okumuş, 80 vd.; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Boels, 188; Yazar, olumlu-olumsuz zarar ayırımına girmeksizin, tazmini talep edilebilen, sözleşmeye eşlik eden zarar olarak nitelendirmiştir.

²³¹⁰ Schmid, 185; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492

HMK. m. 313 vd. kapsamında karşılanan zararlar olumsuz zarar kapsamında yer almaz.

Mahkeme kanalıyla, ek süre tayin ettirilmesi kapsamındaki giderler de fiili zarar kapsamında olarak, talep edilebilir.

4.2.2.1.5. Üçüncü Kişilere Ödenen Tazminat ve Cezai Şart

Alıcı, satılana ilişkin satış sözleşmesinin akdedilmesi üzerine, üçüncü kişilerle satıcı ile arasındaki satılanı konu edinen bir satış sözleşmesi akdetmiş olabilir. Alıcının satıcı sıfatıyla akdetmiş olduğu sözleşmede zilyetliğin devri borcunun ifasının cezai şarta bağlanmış olması durumunda, sözleşmenin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle, alıcı, sözleşme akdettiği üçüncü kişilere karşı olan yükümlülüklerini ifa edememesi nedeniyle tazminat veya cezai şart ödemek durumunda kalırsa, bu zararın satıcı tarafından olumsuz zarar kapsamında giderilmesi gerekir²³¹¹. Zira alıcı, bu sözleşme uyarınca satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devralacağına duyduğu güven neticesinde üçüncü kişilerle sözleşme akdetmiştir²³¹². Diğer deyişle, alıcı, satıcı ile sözleşme yapmasaydı, üçüncü kişi ile sözleşme akdetmeyecek idi ise bu zarar talep edilebilir.

Zarar kapsamının tayini, üçüncü kişiye tazminat ya da cezai şartın ödenmesi ya da bu tutarın kesinleşmiş mahkeme hükmüyle belirlenmesi durumunda mümkün olur²³¹³.

Diğer taraftan alıcı, sözleşmeden dönülmesi nedeniyle, üçüncü kişilere karşı edimini ifa edememesi nedeniyle karşılaştığı usûli işlemlerden doğan masrafların karşılanmasını da talep edebilir²³¹⁴.

4.2.2.2. Kaçırılan Fırsat

Sözleşmenin gereği gibi sürdürüleceği yolundaki güveni boşa çıkan alıcının, malvarlığında meydana gelecek artışların önlenmesi, kaçırılan fırsata vücut verir²³¹⁵.

²³¹¹ Schenker, 281; Lühinger, 100 vd.; Basler Kom./ Wiegand, 634; Eren Şerh, 2437; Ergüne, 297; Giger, 201; Schmid, 185; Reisoğlu, 385; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Doğanay, 378; Antalya, 596; Ünlütepe, 283

²³¹² Schenker, 281; Eren Şerh, 2437; Ergüne, 298

²³¹³ Ergüne, 298

²³¹⁴ Ergüne, 298

²³¹⁵ Lühinger, 102; Olgaç, Tazminat, 353; Eren Şerh, 2438; Antalya, 597; Ergüne, 298; Ackermann, 316

Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde meydana gelen kazanç kaybı, olumlu zarar kapsamında olarak ifa menfaatine ilişkindir²³¹⁶. Oysaki, olumsuz zararda sözleşme hiç akdedilmeseydi alıcının içinde bulunacağı farazi malvarlığı durumu esas alınır. Bu takdirde, dönülen sözleşmeden elde edilecek kârın, olumsuz zarar kapsamında talep edilememesi gerekir. Dolayısıyla, olumsuz zarar kapsamında talep edilecek kaçırılan fırsat, dönülen sözleşme olmasaydı daha elverişli şartlarda sözleşme yapılması fırsatının kaçırılmasından doğan zarara denk düşer.

Başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan kazanç yoksunluğu, olumlu zarar kapsamında talep edilemez²³¹⁷. Zira, sözleşme gereği ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma getirilmeyi talep eden alıcının, aynı zamanda sözleşme yapılmamış olsaydı elverişli başka bir sözleşmeden elde edeceği kârı talep etmesi birbiriyle bağdaşmaz.

Kaçırılan fırsatın tazmin edilmesi sayesinde alıcı, dönülen sözleşme akdedilmeseydi malvarlığının farazi durumuna kavuşmuş olur²³¹⁸. Daha elverişli sözleşme yapma fırsatı, dönülen sözleşmenin akdedilmesi ve bu sözleşmenin gereği gibi yürütüleceğine duyulan güven nedeniyle kaçırılmıştır²³¹⁹. Diğer deyişle alıcı, sözleşmeden dönmesi neticesinde daha kötü şartlar içeren bir sözleşme akdetmek zorunda kalmış ise, bu zararın, olumsuz zarar kapsamında olarak, giderilmesini talep edebilir. Nitekim, alıcı nezdinde sözleşmenin gereği gibi yürütüleceği yolunda yaratılan güven ile kaçırılan diğer sözleşmenin akdedilmemesi arasında uygun illiyet bağı mevcuttur²³²⁰.

Olumsuz zarar kapsamındaki kaçırılan fırsat, sözleşmenin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle, yapılması şu an mümkün olan sözleşme ile gereği gibi yürütüleceğine güven duyulan sözleşme nedeniyle kaçırılan diğer sözleşme teklifi arasındaki farka

²³¹⁶ Lüchinger, 104; Tunçomağ, Genel Hükümler, 956; Olgaç, Tazminat, 352; Schenker, 281; Eren Şerh, 2438; Ergüne, 299; Schmid, 185; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Antalya, 597; Okumuş, 83

²³¹⁷ Lüchinger, 104; Ergüne, 303, dn. 45; Y. 13. HD. 08.09.2011 T., 2011/7972 E., 2011/12023 K.: “sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması gibi zararlar menfi zararlar kapsamına girer” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023); Y. 13. HD. 08.09.2011 T., 2011/8015 E., 2011/12020 K. (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023)

²³¹⁸ Nazikoğlu, 684; Eren Şerh, 2438; Ergüne, 303; Schmid, 185; Antalya, 597

²³¹⁹ Tunçomağ, Genel Hükümler, 956; Olgaç, Tazminat, 353; Oğuzman, Öz, 560; Nazikoğlu, 684; Schenker, 282; Lüchinger, 105; Basler Kom./ Wiegand, 634; Ergüne, 303; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Okumuş, 80; Ünlütepe, 283

²³²⁰ Lüchinger, 105; Ergüne, 303

tekabül eder²³²¹. Akdedilen sözleşme ile şu an yapılabilecek sözleşme arasındaki fark ise olumlu zarara ilişkindir.

Satıcı ile akdetmiş olduğu ticari satış sözleşmesi nedeniyle alıcı, üçüncü kişinin sözleşme teklifini reddetmiş olsun. Satıcının temerrüdü nedeniyle alıcı, sözleşmeden dönmektedir. Sözleşmeden dönme akabinde alıcı, satıcının temerrüde düşmekte kusurlu olması hâlinde, olumsuz zararını talep edebilir. Alıcı, şu an sözleşme konusu edimi alabileceği bedel ile dönülen sözleşmenin gereği gibi yürütüleceğine duyduğu güven nedeniyle kaçırdığı sözleşme arasındaki farkı olumsuz zarara dâhil olan kaçırılan fırsat kapsamında talep edebilir²³²². Alıcı, şu an akdedebileceği sözleşmedeki

²³²¹ Schenker, 282; Ehrat, 185 vd.; Basler Kom./ Wiegand, 634; Eren Şerh, 2436; Reisoğlu, 385; Ergüne, 304; Giger, 202; Bucher, 343; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492; Ackermann, 316; Y. 15. HD., 02.03.2015 T., 2014/6479 E., 2015/1081 K.: “17.1.1990 gün ve 13/392-1 Sayılı H.G.K. kararı ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre bu haldeki menfi zarar; uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya yerine getirilmemesi sebebiyle güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarar olarak tanımlanmaktadır. Uygulamada kaçırılan fırsat sebebiyle uğranılan zararın giderimi şeklinde adlandırılan bu çeşit davalarda davalı ile sözleşme yapmadan önce davacıya en yakın teklifte bulunan ya da teklifte bulunan olmasa dahi davalı dışında başka bir şahıstan sözleşme konusu makinenin üretilip satın alınması halinde ödenecek miktar ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması sonucu teklif fiyatı veya ödenecek miktar ile haklı fesihten sonra aynı koşullardaki makinenin makul bir sürede başka bir yükleniciden temini için yapılan sözleşme fiyatı arasındaki fark menfi zarar olarak hesaplanmalıdır.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023); YHGK., 06.12.2022 T., 2021/13-563 E., 2022/1659 K.: “Yerleşik Yargıtay uygulamasıyla da kabul edildiği üzere; ilk ihaledeki edimin yerine getirilmemesi nedeniyle yapılan ikinci ihalede zarara uğranıldığı iddiasıyla açılan davada mahkemece yapılması gereken, ikinci ihalenin makul bir sürede ve ilkiyle eşit koşullarda yapılıp yapılmadığının ve ikinci ihale ilk ihaleyle aynı koşullarda yapılmış olsaydı satışın yapılması muhtemel değerinin ne olacağının belirlenmesi ve tespit edilecek bu değer ile kaçırılan fırsat olarak değerlendirilen bedel (ilk ihalede verilen en yüksek ikinci teklif) arasındaki menfi zararın irat kaydedilen değerlerin de düşülmesi suretiyle denetime elverişli şekilde ortaya konulmasıdır.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 30.11.2023)

²³²² Ergüne, 307; Y. 19. HD., 26.11.1993 T., 1992/9997 E., 1993/8033 K.: “Böyle bir durumda, mahkemece yapılacak iş, ilk ihalede davalıdan başka teklif verenler olup olmadığı araştırılıp, teklif veren varsa bu fiatla teklif veren yoksa ilk ihale tarihinde satın alabileceği fiatla fesihten olumsuz zararı belirleyip bunu hüküm altına almaktan ibarettir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.1.1990 tarih, 13-392 E.,1 K.)” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023); Y. 19. HD., 17.01.2018 T., 2016/13827 E., 2018/80 K.: “Somut olayda menfi zararın, davacının davalıdan alacağı malın 3.kişilerden alınmasından kaynaklanan bedel farkına karşılık gelmesi gerekir. Mahkemece iki mal arasındaki fiyat farkına dair bedelin göz önüne alınarak tespit edilecek menfi zarara hükmedilmesi gerekirken ayrıca müspet zarara

bedel ile akdetmiş olduğu sözleşmedeki bedel arasındaki farkı ancak olumlu zarar kapsamında olarak talep edebilir.

Olumsuz zarar kapsamında olarak kaçırılan fırsat, alıcının benzer ya da daha iyi şartlarda sözleşme yapılabilecek olmasından ibaret değildir²³²³. Alıcı tarafından değerlendirilemeyen değişik alanlardaki kârlı işler de yoksun kalınan kazanç teşkil eder²³²⁴. Keza, alıcının yeniden yapmak durumunda kaldığı sözleşmenin konusu ve miktarının kaçırılan sözleşme ile aynı olması şart değildir²³²⁵.

Amaçlanan sözleşmedeki bedel ile kaçırılan sözleşmedeki bedelin aynı olması hâlinde olumsuz zarar kapsamındaki kaçırılan fırsat ile ifa menfaati eşittir²³²⁶. Amaçlanan sözleşmenin rayiç bedelle yapıldığı ve bu sözleşme nedeniyle daha kötü şartlar içeren bir sözleşme yapmak durumunda kalan alıcının yoksun kalınan kâr mahrumiyeti talebi bakımından, olumlu ve olumsuz zarar birbiriyle örtüşür²³²⁷. Amaçlanan sözleşmeye duyulan güven nedeniyle kaçırılan teklifin, bu sözleşmeden daha uygun olduğu hâlde olumlu zarar, olumsuz zarardan düşüktür²³²⁸.

Amaçlanan sözleşmedeki bedel ile rayiç bedel aynı olduğu takdirde, olumsuz zararın oluşabilmesi için başka sözleşme teklifinin kaçırılmış olması aranmaz²³²⁹. Bu hâlde, alıcının aynı sözleşmeyi rayiç bedelle yapma imkânını kaybetmiş olması yeterlidir.

Diğer taraftan, alıcı, sözleşmeye duyduğu güven neticesinde kaçırdığı fırsatı, yeniden değerlendirme imkânına sahipse, olumsuz zarar kapsamında kaçırılan fırsata ilişkin zararı talep edilemez²³³⁰.

hükmedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 30.11.2023)

²³²³ Ergüne, 311

²³²⁴ Öz, Dönme, 290

²³²⁵ Ergüne, 312

²³²⁶ Ergüne, 313

²³²⁷ Ergüne, 312

²³²⁸ Ergüne, 313; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492

²³²⁹ Ergüne, 313

²³³⁰ Luchinger, 365; Ergüne, 314

Son olarak, alıcının, sözleşmeye duyduğu güven nedeniyle kaçırdığı fırsat bulunmuyor ya da başkaca bir kârlı iş yapma imkânı da yoksa olumsuz zarar talep etmesi mümkün değildir²³³¹.

Kaçırılan fırsat hesap edilirken, bu kazancın elde edilmesi için gereken masraflar mahsup edilir²³³². Zira, bu masraflar, dönülen sözleşme olmasa dahi yapılacaktı. Dolayısıyla, dönülen sözleşmenin gereği gibi yürütüleceğine duyulan güven ile masraflar arasında uygun illiyet bağı yoktur.

4.2.3. İspat

Olumsuz zararın talep edilebilmesi bakımından alıcı, sözleşmenin varlığını, malvarlığındaki eksilmeyi, eksilmeye neden olan eylemi ve bu eylem ile eksilme arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmelidir²³³³. TBK. m. 50/I hükmü uyarınca zararını, fiili zarar ve kaçırılan fırsatı ispatı gerekir.

TBK. m. 125/III hükmünde kanun koyucu, olumsuz zarar talebi bakımından, kusur karinesi öngörmüştür²³³⁴. Diğer deyişle, borcunu gereği gibi ifa etmeyen satıcı, kusursuzluğunu ispat etmedikçe olumsuz zararı gidermekle yükümlüdür²³³⁵. TBK. m. 125/III hükmünde yer alan karine olmasa dahi, TBK. m. 112 hükmü çerçevesinde sözleşmesel sorumluluk kapsamında olarak, karine uygulanırdı.

Satıcı, olumsuz zararda, TBK. m. 114 hükmü uyarınca her türlü kusurundan sorumludur²³³⁶. Bahsedilen kusur ölçütü objektiftir²³³⁷. Mirasçılara, mirasın aktif ve pasif olarak intikal etmesi hâlinde, borca dair bilgisizlikleri durumunda, borçluların yükümlülüklerine dair bilgisizlikleri söz konusu olması nedeniyle kusurun varlığından bahsedilemez²³³⁸.

²³³¹ Ergüne, 315

²³³² Ergüne, 306 vd. ; Bucher, 346

²³³³ Schenker, 282; Antalya, 600; Ergüne, 321; Bucher, 379; Okumuş, 80

²³³⁴ Keller, Schöbi, 279; Bucher, 346; Eren Şerh, 2407; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490

²³³⁵ Keller, Schöbi, 279; Bucher, 346; Oğuzman, Öz, 560; Barlas, 120; Eren Şerh, 2407; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1490

²³³⁶ Bucher, 347

²³³⁷ Bucher, 347

²³³⁸ Bucher, 347

Kaçırılan fırsatın ispatı güçlük arz eder. Dolayısıyla, ispat bakımından, TBK. m. 114/II atfı dâhilinde olarak haksız fiillere dair TBK. m. 50/II hükmü uyarınca ispatı kolaylaştırmak gerekir²³³⁹. TBK. m. 50/II düzenlemesi yalnızca, zararın miktarı bakımından değil, zararın oluşup oluşmadığının tespitinde de uygulanabilir²³⁴⁰. Bu kapsamda olarak hâkim, “*hayatın olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler*”.

Fiili zararın, her türlü delille ispatı mümkündür²³⁴¹. Ancak, olumsuz zararı talep bakımından ısrarla belge ibrazı aramak, temelinde güven sorumluluğu olan olumsuz zararın yapısına da aykırıdır. Zira, her ne kadar inceleme konumuz olan ticari satışlarda belgeleme hususu taraflarca ihmâl edilmeyecek ise de alıcı, sözleşmenin gereği gibi yürütüleceğine dair güven ile sözleşmeyi akdetmiş ve sözleşmenin ifa ile sonuçlanacağına güvenmesi nedeniyle belge saklamamış olabilir²³⁴². İşte bu takdirde, yukarıda anıldığı üzere, TBK. m. 114/II atfı uyarınca TBK. m. 50/II hükmü uygulamak suretiyle hâkim, zarar miktarını takdir eder.

Kaçırılan fırsatın ispatı, fiili zarara nazaran daha güçtür²³⁴³. Nitekim, kaçırılan fırsat kapsamındaki zarar, farazî bir duruma ilişkindir. Bu noktada yardıma, TBK. m. 50/II hükmü yetiştir. Anılan düzenleme uyarınca hâkim, “hafifleştirilmiş” ispat yükü çerçevesinde hareket eder. Aksi yöndeki tutum, olumsuz zarar talep eden alıcının, talebinin karşılıksız kalması ve ispat yükü kuralları uyarınca hakkına erişememesi sonucunu doğurur²³⁴⁴. Alıcıya ispat bakımından tanınan kolaylık, alıcının fahiş

²³³⁹ Schenker, 282; Antalya, 600; Ergüne, 321; Bucher, 346; YHGK., 17.01.1990 T., 1989/13-392 E., 1990/1 K.: “Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır; aynı zamanda ihtiyaç askeri birliğindir. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle menfi zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmemiştir.” (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 30.11.2023)

²³⁴⁰ Ergüne, 321, dn. 53

²³⁴¹ Ergüne, 322

²³⁴² Ergüne, 322

²³⁴³ Schenker, 282; Eren Şerh, 2438; Ergüne, 322

²³⁴⁴ Buz, Dönme, 253 vd.; Ergüne, 322

taleplerini peşinen kabul anlamına gelecek şekilde anlaşılmalıdır²³⁴⁵. Anılan durum, yalnızca ispat kolaylığına ilişkindir.

Alıcının, kaçırılan sözleşmenin varlığını somut olarak ispat edememesi hâlinde, onun iş hacmi, müşteri çevresi, ticarî itibarı ve amaçlanan sözleşmenin yapıldığı andaki piyasa şartlarına göre, başkaca sözleşme yapma imkânına dair kanaatin oluşması yeterli görülmelidir²³⁴⁶. Özellikle, sözleşmede rayiç bedel kararlaştırılması durumunda, rayiç bedel içeren başkaca sözleşme yapılmasının mümkün olması nedeniyle, olumsuz zararın ispatı kolaylaşır.

Olumsuz zarar kapsamındaki kaçırılan fırsata ilişkin olarak, ticari işlerde eşitlik karinesinin esas alınması mümkün görülmemelidir²³⁴⁷. Bu karinenin öncelikle, olumsuz zarar bakımından bir yasal dayanağı yoktur. Ayrıca bu yaklaşım, kaçırılan fırsat bakımından, olumlu ve olumsuz zararı denk görmek anlamını taşır²³⁴⁸. Somut olayda, kaçırılan fırsatın her iki zarar türü bakımından denk olması mümkündür. Ancak, bu durum karine olarak değil, somut olay kapsamında amaçlanan sözleşmedeki bedel ile piyasa fiyatının karşılaştırılmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar²³⁴⁹. Karine teşkil edecek nokta, amaçlanan sözleşme ile piyasa fiyatının aynı olması hâlinde, alıcının, aynı sözleşmeyi piyasa fiyatı üzerinden başka kişilerle yapma olanağıdır²³⁵⁰. Piyasa fiyatının olmadığı veya sözleşmede bedel piyasa fiyatına göre tayin edilmediği takdirde, yine eşitlik karinesi uygulanamaz²³⁵¹. Her iki hâlde de hâkim, TBK. m. 50/II hükmüne göre zarar miktarını tayin eder. Satıcının, TBK. m. 50/II hükmü karşısında, aksini ispat faaliyetini yürütmesi ve bundan sonuç alması mümkündür²³⁵².

TBK. m. 50/II hükmünün uygulanması, yukarıda anıldığı üzere, farazi durumun ispatı yönündendir²³⁵³. Alıcının mevcut durumunu, diğer deyişle, dönülen sözleşmeye duyduğu güven nedeniyle, daha kötü şartlara sahip yeni bir sözleşme yaptığı ya da

²³⁴⁵ Ergüne, 324

²³⁴⁶ Antalya, 600 vd.; Ergüne, 323

²³⁴⁷ Ergüne, 325

²³⁴⁸ Buz, Dönme, 256

²³⁴⁹ Ergüne, 325; Okumuş, 91

²³⁵⁰ Buz, Dönme, 257

²³⁵¹ Ergüne, 326

²³⁵² Ergüne, 326

²³⁵³ Ergüne, 326

yapacağını ispatı gerekir. Zira, aynı şartlarla yeni bir sözleşme yapma imkânına sahip alıcı nezdinde kaçırılan fırsat adı altında bir zarar oluşmaz.

4.2.4. Zararın Denkleştirilmesi

Denkleştirme, tazminatın belirlenmesi değil, zararın hesaplanmasına ilişkin bir unsurdur²³⁵⁴. Bu yaklaşım, aynı zamanda zarar görenin menfaatinidir. Denkleştirmenin tazminatın belirlenmesinde bir unsur olarak dikkate alınması hâlinde tazminat miktarı daha düşük çıkar²³⁵⁵.

Denkleştirme, zarar görenin, zarar verici eylem neticesinde zararın yanında, birtakım faydalar elde etmesi hâlinde söz konusu olur²³⁵⁶. Satılanı muhafaza için depo kiralanması durumunda, satıcının temerrüdü üzerine bu depoda bir süreliğine alıcının başka mallarını muhafaza ettiği ispat edilirse, bu yarar, olumsuz zarardan düşülür²³⁵⁷. Aksi hâlde, zenginleşme yasağına aykırı olarak, alıcının ödenecek tazminat ile zenginleşmesi söz konusu olur.

Olumsuz zarar kapsamında, alıcının uğramış olduğu zararlar, onun brüt olumsuz zararını teşkil eder. Alıcının brüt zararından, elde etmiş olduğu yararların çıkarılması ile net zarara ulaşılır²³⁵⁸. Keza, kaçırılan fırsatın elde edilebilmesi bakımından gereken gider ve harcamaların da brüt zarardan mahsubu gerekir²³⁵⁹. Yararın mahsup edilmesi elde edilmiş veya elde edeceği olağan sayılan ekonomik menfaatler bakımından söz konusu olur. Keza, denkleştirme yönünden, yarar ile zarara sebep olan olay arasında uygun illiyet bağı olması gerekir²³⁶⁰. Zarar gören alıcının kusurlu olarak yararın

²³⁵⁴ Ergüne, 327

²³⁵⁵ Tandoğan, Mes'uliyet, 272; Öz, Dönme, 300; Ergüne, 327 dn. 97: Yazarın verdiği örneğe göre; 5.000-TL bir zararın meydana gelmesi durumunda alacaklının 1.000-TL yarar elde etmesi ve alacaklının da %50 kusur olması hâlinde, yarar, zarar hesabında bir unsur olarak esas alınır ise brüt zarar 4.000-TL, tazminatı ise 2.000-TL olmalıdır. Yarar, tazminatın bir unsuru olarak esas alınır ise, brüt zarar 5.000-TL, tazminat ise 5.000-TL üzerinden %50 kusur tenzili neticesinde elde edilen 2.500-TL'den yararın çıkarılması üzerinde 1.500-TL olacaktır.

²³⁵⁶ Buz, Dönme, 273; Ergüne, 327

²³⁵⁷ Buz, Dönme, 273; Antalya, 592

²³⁵⁸ Schenker, 282; Ergüne, 328

²³⁵⁹ Schenker, 2438; Eren Şerh, 2438

²³⁶⁰ Buz, Dönme, 273

doğmasına engel olması hâlinde, denkleştirme uygulanmaz²³⁶¹. Bu takdirde hâkim, doğmasına engel olunan yararı, zararı azaltma yükümlülüğü kapsamında olarak, zarardan değil, hesaplanan tazminattan mahsup eder.

Zarar gören alıcının, kendi ticari yeteneği ve kişisel çabası ile yarar elde etmesi durumu denkleştirmeye tabi değildir²³⁶². Dönülen sözleşme konusu satılanın, çok daha uygun fiyata başkaca bir satıcıdan alınması bu duruma örnek gösterilebilir. Bu durumda, başkaca sözleşme yapılması nedeniyle harcanan yol gideri denkleştirmede dikkate alınır²³⁶³.

Denkleştirme, taraflarca ileri sürülmesine dahi, hâkim tarafından re'sen uygulanır²³⁶⁴. Keza, denkleştirme, bir itirazdır²³⁶⁵. Yararın varlık ve miktarını ispat yükü zarar gören alıcıdadır²³⁶⁶. İspat hususunda, TBK. m. 50/II hükmü uygulanabilir. Zarar veren satıcının, denkleştirme kapsamındaki yarar üzerinde bağımsız bir alacak hakkı olmaması nedeniyle, denkleştirme işlemi hukuki anlamda bir takas değildir²³⁶⁷.

Zararın ve mahsup edilecek yararın tespitinde aynı an esas alınır²³⁶⁸. Doğmuş ve doğacak yarar aynı davada öne sürülebilir²³⁶⁹. Usûl hukuku kuralları çerçevesinde, mümkün olması hâlinde, ayrı bir dava konusu da edilebilir.

4.2.5. Zararın Hesaplanacağı An

Doktrindeki baskın görüşe göre, olumsuz zararın hesabında hükme en yakın tarih esas alınır²³⁷⁰. Nitekim, zarar görenin zararı, ancak bu durumda en iyi şekilde giderilebilir²³⁷¹. Satılanın değerinin, yükselmiş olmasına rağmen hükme en yakın tarihte düşmesi hâlinde, zarar, en yüksek değere ulaştığı tarihe göre

²³⁶¹ Ergüne, 328, dn. 101

²³⁶² Buz, Dönme, 274

²³⁶³ Ergüne, 328

²³⁶⁴ Ergüne, 329

²³⁶⁵ Tandoğan, Mes'uliyet, 273

²³⁶⁶ Ergüne, 329

²³⁶⁷ Akünal, 24 vd.

²³⁶⁸ Ergüne, 329

²³⁶⁹ Ergüne, 329, dn. 106

²³⁷⁰ Schenker, 280; Eren Şerh, 2438; Buz, Dönme, 275

²³⁷¹ Ergüne, 350

hesaplanmalıdır²³⁷². Satıcı, satılanın en yüksek değere ulaştığı tarihte paraya çevrilemeyeceğini ya da temerrüt gerçekleşmese dahi satılanın değerinin artışından önce satılacağını ispat ederse, değer artışı göz önüne alınmaz²³⁷³.

Dönme hakkının kullanılmasına rağmen olumsuz zararın talebi bakımından alıcının uzun süre bekledikten sonra talepte bulunmasını Yargıtay, birlikte kusur olarak kabul etmiş ve alıcının en geç hangi günde dönmesi gerektiği tespit edilerek o günkü bedelin olumsuz zarar hesabında esas alınması gerektiğine hükmetmiştir²³⁷⁴. Başka bir kararında ise Yargıtay, satıcıya TBK. m. 123 uyarınca verilen sürenin sonundaki fiyatların esas alınması gerektiğine karar vermiştir²³⁷⁵.

²³⁷² Tandoğan, Mes’uliyet, 265

²³⁷³ Ergüne, 350

²³⁷⁴ Y. 13. HD., 22.10.1981 T., 1981/5738 E., 1981/6690 K.: “Durum böyle olmakla birlikte, Yurdumuz genelinde uzun bir süredir var olan ve giderek hızlanan enflasyonun oto fiyatlarına yol açtığı artış gözetilerek, davacının sözleşmeden dönmeyi yeğlemesine karşın uzun bir süre beklemesi, MK.m. 2 ile bağdaşmayacağı gibi, BK. m. 44 anlamında birlikte kusur sayılmalıdır. O nedenle davacının olumsuz zararını belirlemek için mahkemece yapılacak iş şu olmalıdır. Uzman bilirkişi aracılığı ile somut olaydaki durum ve koşulların özelliğine, olayların normal akışına, dürüstlük ve doğruluk kurallarına, tecimsel yaşamın isterlerine göre, davacının engeç hangi günde sözleşmeden dönmesi gerektiği saptanıp dava konusunda geçen otonun kararlaştırılan teslim günündeki fiyatı (satış parası) ile sözleşmeden dönülmesi gereken gündeki aynı nitelikteki otonun fiyatı (satış parası)arasındaki fark bulunmalı ve istemle bağlı kalınarak böylece belirlenecek fark tutarının davacı yararına ödetilmesine karar verilmelidir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 29.11.2023)

²³⁷⁵ Y. 19. HD., 28.02.2018 T., 2016/16147 E., 2018/1034 K.: “Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında 16/05/2014 tarihli satış sözleşmesi düzenlendiğini, bu sözleşme uyarınca malzemelerin teslim edildiğini, ancak teslim edilen malzemelerin sipariş formuna uymadığının belirlendiğini, durumun davalıya bildirildiğini, davalı şirket görevlilerinin fabrikada yaptığı incelemede malzemelerin siparişe uygun olmadığını kabul ederek geri aldığını, mal göndermemesi üzerine üçüncü kişiden ikame yeni mal temin ederken aradaki fiyat farkı sebebiyle uğradıkları zararın davalı tarafından kendilerine ödenmediğini ileri sürerek, fiyat farkı sebebiyle oluşan zararın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Davacının zararı mahkemeye sunulan fatura bedellerine dayandırılmıştır. Oysa davacının isteyebileceği menfi zarar davacı tarafından davalıya çekilen fesih ihtarındaki davalıya verilen ifa süresinin bitiminden sonraki tarihteki aynı cins ve miktardaki demirlerin piyasa rayiçlerinin peşin satış sebebiyle oluşacak iskontolu rayiç bedelidir. Bilirkişi tarafından o tarih itibarıyla peşin satış iskontolu rayiç bedel belirlenerek iki fiyat arasındaki hesaplanarak oluşan zarar belirlenip bu zarar miktarı dikkate alınarak hüküm kurulması gerekir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 30.11.2023)

Bir görüşe göre, olumsuz zarar bakımından, sorumluluğun kaynağı olan temerrüdün meydana geldiği an esas alınmalıdır²³⁷⁶. Başka bir görüşe göre, dönme beyanının ulaştığı an esas alınmalıdır²³⁷⁷.

ERGÜNE'ye göre, olumsuz zarar kapsamındaki kaçırılan fırsat talebinde, niteliği gereği, güven uyandırılan sözleşmenin yapıldığı tarih esas alınmalıdır²³⁷⁸. Diğer deyişle, amaçlanan sözleşme tarihi ile daha sonra yapılan sözleşme tarihi esas alınır. Ancak, zarar soyut yöntemle göre hesaplanıyorsa, hükme en yakın tarih esas alınabilir²³⁷⁹.

Tazminatın belirlenmesinde, “*eski hâle iade*” kavramından hareket edilmemelidir²³⁸⁰. Keza, tazminatın amacı, zararın gerçekleşmesinden önceki mal varlığı durumuna değil, zarar hiç gerçekleşmeseydi oluşacak farazi malvarlığı durumuna kavuşmaktır. Bu anlar arasındaki mal varlığı durumu eşit olamayacağı için hâkim, zarar verici olay gerçekleşmeseydi mal varlığının “bugün” içinde bulunacağı durumu tespit etmelidir. Benzer yönde olarak, BGB. § 249/I hükmü de farazi malvarlığı durumunu esas almaktadır.

Zararın gerçekleşmesinden önceki malvarlığı durumunu esas alan görüş, zararın tespitinde, zarar verici olayın meydana geldiği anı esas alması nedeniyle, bu tarihten hüküm tarihine kadar faiz işletmektedir²³⁸¹. Buradaki faizin hukuki niteliği tartışmalıdır. Katıldığımız görüşe göre, buradaki faizi tazminat faiz olarak nitelendirmek mümkün değildir²³⁸². Zira, bu noktada, esasen temerrüt faizi söz konusudur. Temerrüt faizi haricinde bir kanuni faizden bahsetmenin yasal dayanağı yoktur.

²³⁷⁶ Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1492

²³⁷⁷ Antalya, 594

²³⁷⁸ Ergüne, 351

²³⁷⁹ Ergüne, 351, dn. 179

²³⁸⁰ Ergüne, 351

²³⁸¹ Ergüne, 351 vd.

²³⁸² Ergüne, 352, dn. 184

4.2.6. Sınırlandırılması

4.2.6.1. Olumlu Zarar ile Sınırlandırılması Görüşü ve Değerlendirilmesi

Genel olarak, ifa menfaatine denk düşen olumlu zarar, olumsuz zarar miktarından yüksek çıkar. Dönülen sözleşme nedeniyle yapılan masraflar, kaçırılan fırsat belirli sınır içerisinde kalan zararlardır. Ticari hayatta genellikle, sözleşmeden elde edilecek kazanca kıyasla, masraf oranları belirlenir ve aşırı, gereksiz masraflardan kaçınılır. Ancak, olumsuz zararın miktar bakımından, olumlu zarardan fazla olmasına da yasal bir engel yoktur.

Dönülen sözleşmenin gereği gibi yürütüleceğine güvenle birtakım aşırı masraf yapılması mümkündür. Bu durumda, olumsuz zarar miktarı, olumlu zararı aşabilir. İrdelenmesi gereken husus, zarar gören alıcının, olumsuz zararın tazmini neticesinde, sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir konuma getirilip getirilemeyeceğidir. Anılan ölçüt, zararın hesaplanmasına değil, zararın sınırlandırılmasına ilişkindir²³⁸³. Zarar hesaplanmasında, olağan zarar hesabına göre herhangi bir farklılık söz konusu değildir.

BGB.’de yanılma sebebiyle sözleşmenin iptaline ilişkin m. 122/I ve yetkisiz temsilcisinin sorumluluğuna ilişkin m. 179/II hükmünde olumsuz zarar miktarı, ifa menfaatiyle sınırlanmıştır. Benzer sınırlama, “*ilan yoluyla ödül sözü verme*” başlıklı TBK. m. 9/II ve taksitle satış sözleşmesine ilişkin m. 260/I hükmü bakımından getirilmiştir. TBK. m. 35/II hükmünde de olumsuz zararı talep yönünden, “*ifadan beklenen yararı aşmamak*” kaydı getirilmiştir.

TBK. m. 125/III’e göre sözleşmeden dönen alıcı, yalnızca olumsuz zararını talep edebilir. Dolayısıyla, bazı yazarlara göre, buradaki düzenleme, olumsuz zararın, olumlu zararı yani ifa menfaatini aşamayacağı şeklindeki düşüncüyü içerir²³⁸⁴. Bu nedenle, sözleşmeden dönen alıcı, kendi edimini ifadan kurtulmakla, ifa menfaatiyle sınırlı olarak, olumsuz zararını talep edebilir.

Olumsuz zarar, olumlu zarar ile sınırlandırılmaz²³⁸⁵. Yukarıda anıldığı üzere, olumsuz zararın ifa menfaati ile sınırlandırılmasına dair TBK. m. 9/II, TBK. m. 35/II ve

²³⁸³ Ergüne, 352

²³⁸⁴ Ergüne, 356, dn. 196

²³⁸⁵ Schenker, 286; Ehrat, 185; Basler Kom./ Koller, 1115; Suter, 73, dn. 449; Eren Şerh, 2440; Antalya, 600; Ergüne, 357; Okumuş, 105

TBK. m. 260/II dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu düzenlemeler, genel kural seviyesine çıkarılmamalıdır. Bu çerçevede, başkaca bir yasal düzenleme bulunmaması karşısında, olumsuz zararı, olumlu zarar ile sınırlandırmamak gerekir. Keza, iki zarar türüne ilişkin illiyet bağı süreci de birbirinden farklıdır²³⁸⁶. Sözleşmeden dönmede olumlu veya olumsuz zararın talep edilmesi hukuk politikasına ilişkin bir tercihtir²³⁸⁷. Somut olaylarda karşılaşılan olumlu zararın olumsuz zarardan fazla olduğu yönündeki genel durum, olumsuz zararı, olumlu zarar miktarı ile sınırlamak bakımından yeterli değildir. Nitekim, BK. tasarısında da bu yöndeki sınırlama teklifi reddedilmiştir. Dolayısıyla, olumsuz zararın olumlu zararla sınırlandırıldığına ilişkin bir kanun boşluğundan da söz edilemez²³⁸⁸.

TBK. m. 260/I hükmü satıcı karşısındaki güçsüz alıcıları korumak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir²³⁸⁹. Aksine, ticari satış sözleşmesinde satıcının temerrüdü nedeniyle alıcının sözleşmeden dönmesine ilişkin TBK. m. 212 hükmünde bir sınırlama getirilmemiştir. TBK. m. 260/I hükmü ile getirilen sınırlamanın kıyasen uygulanması da mümkün değildir. Keza, anılan sınırlama tek taraflıdır. Pozitif ve negatif menfaate ilişkin zarar, nedensel bütünlük içeren özel hesaplama biçimlerine göre hesaplanır²³⁹⁰. Nitekim, bu yöntemler zararın amaç ve kapsamını belirler. Dolayısıyla, olumlu ve olumsuz menfaat birbirinden ayrılan iki tür olması nedeniyle aralarında kıyas yapılmamalıdır.

Diğer taraftan, amaçlanan sözleşme görüşmelerinin tamamlanmadığı ve bedelin tayin edilmediği sözleşmede aynı zamanda ifa menfaati de hesaplanamaz²³⁹¹. Dolayısıyla, olumsuz zararın sınırlanması da mümkün olmaz.

TBK. m. 125 hükmünde borçlunun temerrüdünde, alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar düzenlenmiştir. Bu düzenlemede yer alan olumlu zarar ve olumsuz zarara ilişkin talepler alıcının tercih ettiği seçimlik hakka göre belirlenir. Dolayısıyla, burada da olumsuz zararın, olumlu zarar ile sınırlandırılması söz konusu değildir²³⁹². Ayrıca,

²³⁸⁶ Ehrat, 185; Eren Şerh, 2440; Ergüne, 357; Antalya, 600; Okumuş, 105

²³⁸⁷ Lemp, 53; Schenker, 286; Antalya, 593; Okumuş, 79

²³⁸⁸ Antalya, 593; Ergüne, 357

²³⁸⁹ Schenker, 285; Ergüne, 358

²³⁹⁰ Schenker, 285

²³⁹¹ Ergüne, 358 vd.

²³⁹² Ergüne, 359

temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme bakımından, ihtar ve ihbarlar neticesinde borçlu “kazandığı” süreler ile yeterince korunmaktadır. Alacaklının fahiş masraflar ile borçluyu “zarara” uğratması hâlinde ise TMK. m. 2 hükmü çerçevesinde borçlunun korunması mümkündür.

Olumsuz ve olumlu zarar birbirine zıt iki ayrı menfaat türüdür²³⁹³. Olumsuz zararı, olumlu zarar miktarı ile sınırlandırmak bu iki zararın bağımsızlığını da ihlâl eder. Olumsuz zararda dönülen sözleşme hiç yapılmasaydı oluşacak farazi malvarlığı durumu, olumlu zararda ise sözleşme gereği gibi ifa edilseydi zarar görenin malvarlığının içinde bulunacağı durumu esas alınır²³⁹⁴. Dolayısıyla, birbirinden farklı olan iki zarar türünün, birbirini sınırlayamaması gerekir.

Olumsuz zarar, dönülen sözleşme hiç yapılmasaydı zarar görenin içinde bulunacağı farazi malvarlığı durumuna kavuşmayı hedeflemektedir. Dolayısıyla, tam tazmin ancak bu ölçüde sağlanabilir. Olumsuz zararın olumlu zarar ile sınırlandırılması zarar görenin zararının tam olarak giderilememesine yol açabilir²³⁹⁵.

4.2.6.2. Olumlu Zarar Dışındaki Hukuki Müesseseler ile Sınırlandırma

Olumsuz zararın sınırlandırılmasında ilk olarak, uygun illiyet bağı teorisine başvurulabilir²³⁹⁶. Uygun illiyet bağı teorisinde, zarar veren olay ile zarar arasındaki nedensellikten ziyade, bu nedenselliğin uygun olması aranır²³⁹⁷. Diğer deyişle, zarar verici olay, olağan olayların normal akışına göre o zararı doğurabilecek nitelikte olmalıdır. Sonradan değerlendirme teorisi kapsamında hâkim, dava dosyasından tespit ettiği olgular çerçevesindeki uygun illiyet bağı yardımıyla olumsuz zarar kapsamını tayin eder²³⁹⁸. Olası dolaylı ve olağandışı sonuçlar, TMK. m. 2 hükmü uyarınca olumsuz zarar dışına alınır. Dolayısıyla, zarar gören alıcının malvarlığı kayıpları saptanırken, dönülen sözleşmenin gereği gibi yürütüleceğine duyulan güven neticesinde doğan zararlardan, genel yaşam tecrübeleri ve hayatın olağan akışına uymayan zararlar, dışlanır²³⁹⁹.

²³⁹³ Becker, 558; Ergüne, 360; Okumuş, 114

²³⁹⁴ Uygur, 834; Ergüne, 360; Schmid, 185; Okumuş, 119

²³⁹⁵ Ergüne, 360

²³⁹⁶ Buz, Dönme, 280

²³⁹⁷ Ergüne, 361

²³⁹⁸ Ergüne, 361 vd., dn. 211

²³⁹⁹ Ergüne, 362

Uygun illiyet bağı teorisi bazı durumlarda zararın giderilmesi bakımından yetersiz kalabilir²⁴⁰⁰. Alıcının zararı, uygun illiyet bağı dışında olsa dahi, zararın giderilmesi aynı zamanda hakkaniyetin bir gereği ise, hâkim indirimli bir tazminatına hükmedebilmelidir. Özellikle, satıcının kasten zarar vermesi durumunda, alıcıya bu olanağı tanımak gerekir.

Olumsuz zararın sınırlandırılmasında başvurulabilecek diğer kriter, normun koruma amacı teorisidir²⁴⁰¹. Bu teori, uygun illiyet bağının yanında, ihlâl edilen norm ile meydana gelen zarar arasında hukuka aykırılık bağına bakar. Normun koruma amacı teorisi, hükmedilecek tazminatın değil, sorumluluk kapsamındaki zararın belirlenmesinde görev alır²⁴⁰². Keza, normun koruma amacı teorisi, zarar gören tarafından yapılan aşırı harcamaların, normun koruma amacı kapsamındaki değerlendirme ile sınırlandırılmasına katkıda bulunur.

Diğer taraftan, zararın kapsamının sınırlandırılmasına ilişkin müesseselerin yanı sıra, tazminat miktarının tayini bakımından TBK. m. 52 hükmü uygulanır. Anılan hükme göre “zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir”.

Her iki teorinin uygulanması neticesinde, olumsuz zarar sınırlandırılır. Dolayısıyla, olumsuz zararın sınırlandırılması bakımından yapay gerekçelere yer verilmemelidir.

4.2.6.3. Tazminatın İndirilmesi

TBK. m. 51 ve 52 hükümlerinde zararın belirlenmesi noktasında hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Anılan hükümler çerçevesinde hâkim, “durumun gereği”, “kusurun ağırlığı”, “hakkaniyet” ve zarar görenin birlikte kusuru gibi kriterler uyarınca tazminat miktarını indirebilir. Bu düzenlemeler, sorumluluğun sınırlandırılmasından ziyade, tazminat miktarının belirlenmesine ilişkindir. Tazminat miktarının indirilmesinde bir sorumluluk sınırlandırılmasından bahsedilebilir ise de hükmün esas amacı tazminatın indirilmesidir. Bu nedenle, dolaylı olarak, sorumluluk da sınırlandırılır.

²⁴⁰⁰ Ergüne, 362

²⁴⁰¹ Ergüne, 363

²⁴⁰² Ergüne, 364, dn. 220

Zarar gören alıcı, zararı azaltma yükümlülüğüne aykırı davranarak, zararın artmasına neden olmuş ise, tazminatta indirim esas alınır²⁴⁰³. Zira zarar görenin, zararın artması bakımından gereken tedbirleri alması gerekir. Bu tedbirlerin yerine getirilmemesinin sonuçlarına da bizzat zarar gören katlanır. Bu takdirde hâkim, TBK. m. 52 hükmü çerçevesinde tazminatı indirilebilir.

Netice olarak, olumsuz zarar, olumlu zarar miktarını aştığı gerekçesiyle sınırlandırılmaz. Hâkim, TBK. m. 51 ve 52 hükümleri çerçevesinde tazminatı indirebilir.

Diğer taraftan, yoksun kalınan kazancın talep edilmesinde, üçüncü kişi ile yapılacak sözleşmenin daha avantajlı olması ve bunun kaçırılması, TBK. m. 52 hükmü uyarınca, doğrudan kusur kabul edilerek, tazminat indirilemez²⁴⁰⁴. Zira, daha avantajlı olan ve dönülen sözleşme, taraflar arasında sonraki ticari ilişkinin temelini teşkil etmesi amacıyla akdedilmiş olabilir²⁴⁰⁵. Bu durum kural hâline getirilmemekle beraber, somut olayın koşulları çerçevesinde, şartları var ise tazminatın indirilmesi mümkündür²⁴⁰⁶.

4.2.7. Zamanaşımı

Klasik dönme görüşünü kabul eden yazarlar, BK. m. 108 hükmündeki dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin geçersiz olması ve bundan ötürü talep edilebilecek tazminatın sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zarara ilişkin olduğu düzenlemesinden hareket eder. Diğer deyişle, olumsuz zarara ilişkin tazminat, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlerde düzenlenmekte ve sözleşmeye aykırılık

²⁴⁰³ Eren Şerh, 2440; Ergüne, 365: Y. 13. HD. 22.10.1981 T. 1981/5738 E., 1981/6690 K. “Yurdumuz genelinde uzun bir süredir var olan ve giderek hızlanan eflasyonun oto fiyatlarına yol açtığı artış gözetilerek, davacının sözleşmeden dönmeyi yeğlemesine karşın uzun bir süre beklemesi, MK. m. 2 ile bağdaşmayacağı gibi, BK. m. 44 anlamında birlikte kusur sayılmalıdır. Uzman bilirkişi aracılığı ile somut olaydaki durum ve koşulların özelliğine, olayların normal akışına, dürüstlük ve doğruluk kurallarına, tecimsel yaşamın isterlerine göre, davacının engeç hangi günde sözleşmeden dönmesi gerektiği saptanıp dava konusunda geçen otonun kararlaştırılan teslim günündeki fiyatı [satış parası] ile sözleşmeden dönülmesi gereken günde aynı nitelikteki otonun fiyatı [satış parası] arasındaki fark bulunmalı ve istemle bağlı kalınarak böylece belirlenecek fark tutarının davacı yararına ödetilmesine karar verilmelidir” (www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi: 21.11.2023)

²⁴⁰⁴ Schenker, 287

²⁴⁰⁵ Schenker, 287

²⁴⁰⁶ Schenker, 287

hükümlerine tabi tutulmaktadır. Aynı zamanda, buradaki tazminat talebine olumsuz zarara ilişkin zamanaşımına dair özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, TBK. m. 146'da yer alan genel on yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır²⁴⁰⁷.

Aynı etkili dönme görüşünü savunan yazarlara göre, edimin iadesi istihkak talebine ilişkindir. Dolayısıyla, edimin aynen iadesi talebi zamanaşımına uğramaz²⁴⁰⁸. Edimin aynen iadesinin mümkün olmaması hâlinde ise, kanun boşluğu zamanaşımına ilişkin on yıllık süre öngören genel hüküm TBK. m. 146 ile doldurulur²⁴⁰⁹. Sözleşmeden dönme hakkının muhataba ulaşması kendiliğinden etki doğurması nedeniyle, zamanaşımı, TBK. m. 149 hükmü uyarınca, muacceliyet anından itibaren işlemeye başlar²⁴¹⁰. Olumsuz zarar talebinde ise, aynen iade bakımından kabul edilen çözüm kıyasen uygulanır²⁴¹¹. Olumsuz zarar talebine ilişkin zamanaşımı da, muacceliyet tarihi olan sözleşmeden dönme hakkının muhataba ulaşma anında başlar²⁴¹².

Katıldığımız dönüşüm teorisi kapsamında olarak, sözleşmenin tasfiyesinde talep edilen olumsuz zarar, sözleşmeden kaynaklanan bir borçtur. Dolayısıyla olumsuz zarar, sözleşmeden doğan borçlara dair TBK. m. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı, tazminat talebinin muaccel olduğu dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurma anından itibaren başlar²⁴¹³.

4.2.8. Olumsuz Zarara Dair Eleştiriler ve Değerlendirilmesi

4.2.8.1. Eleştiriler

Olumsuz zarara ilişkin ilk eleştiri, olumlu zarardan ayırt edilmesindeki güçlük ve zararın hesaplanmasındaki zorluğa ilişkindir²⁴¹⁴. Gerçekten de uygulamada, olumsuz zararın hesaplanmasına dair çelişkili kararlar bulunmaktadır.

²⁴⁰⁷ Tunçomağ, Genel Hükümler, 956; Oğuzman, Öz, 560; Nazikoğlu, 683; Öz, Dönme, 35; Amstutz Komm./ Furrer, Wey, 1494

²⁴⁰⁸ Ehrat, 188; Şahiniz, 156

²⁴⁰⁹ Ehrat, 189; Şahiniz, 156

²⁴¹⁰ Ehrat, 189; Şahiniz, 156: Yazar, hakkın kullanılması anını başlangıç olarak kabul etmektedir.

²⁴¹¹ Ehrat, 189 vd.

²⁴¹² Ehrat, 190

²⁴¹³ Eren, Borçlar Genel, 1273; Eren Şerh, 2439

²⁴¹⁴ Serozan, Dönme, 639

Diğer taraftan, olumsuz zarar, satıcıyı, alıcının birtakım spekülasyonlarına alet eder²⁴¹⁵. Daha kârlı başka sözleşme yapma fırsatını kaçıran veya sözleşmenin akdedilmesi uğruna ölçüsüz masraflar yapan alıcı, bu durumu lehine çevirerek, anılan olumsuz zararları satıcıdan talep edebilir.

Başka bir eleştiri ise, olumsuz zarar kavramı gibi birtakım zarar kalıplarına ihtiyaç olmadığı, nedensellik bağı çerçevesinde hâkime takdir yetkisi tanıyan TBK. m. 51 hükmü çerçevesinde zarar hesaplanması gerektiği yönündedir²⁴¹⁶.

SEROZAN getirdiği diğer bir eleştiri ile olumlu-olumsuz zarar ayrımının imkânsızlık durumunda adaletsizliklere yol açtığını vurgulamaktadır. Sözleşmenin konusunun imkânsız olduğunu bilerek sözleşmeyi akdeden taraf olumsuz zarar ile sorumlu iken, sözleşmenin ifasını imkânsızlaştıran kişinin olumlu zarardan sorumlu tutulması şeklindeki yaklaşıma göre, sözleşmenin konusunu oluşturan malı sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre önce imha eden kişi ile sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre sonra imha eden kişiyi farklı zarardan sorumlu tutmak kabul edilemez²⁴¹⁷. Kendi edimini ifa etmemiş alıcının fark teorisi uyarınca olumlu zararını talep edebilmesi hâli, sözleşmeden dönme ile olumlu zararın bir arada bulunabileceğinin göstergesidir²⁴¹⁸. Bu durum alıcının “dolaylı yoldan sözleşmeden dönmesi”ni teşkil eder. Aksi hâlde, satıcıya güvenerek peşin ödeme yapan alıcı yaptırıma uğramış olur. Bu takdirde, alıcı sözleşmeye aykırılıktan ötürü tazminat talep ettiğinde, bedel iadesi yanında olumlu zararını da giderebilir. Para yerine, bir nesnenin zilyetliğini devir ve mülkiyetini geçirme borcu altındaki alacaklıyı bu imkândan yoksun bırakmanın haklı gerekçesi yoktur.

4.2.8.2. Değerlendirilmesi

Anılan eleştirilerin olması gereken hukuk bakımından haklı olduğu düşünülebilir. Ancak, mevcut yasal düzenlemeler karşısında, eleştirilere katılmıyoruz. Bu tür yaklaşımlar, hukuki belirsizliklere yol açacaktır.

²⁴¹⁵ Serozan, Dönme, 639

²⁴¹⁶ Seroza, Dönme, 639

²⁴¹⁷ Serozan, Dönme, 590 vd.

²⁴¹⁸ Serozan, Dönme,

Olumsuz zararın hesaplanmasındaki zorluk, bu kavramın dışlanması bakımından yeterli değildir. Nitekim, hesaplama zorlukları, somut olay çerçevesinde, birçok zarar türü bakımından söz konusu olabilir²⁴¹⁹. Olumsuz zararın kapsamının tayinindeki güçlük, olumsuz zarara dair uygun illiyet bağında değil, fark teorisiyle belirlenen zarar kavramına ilişkindir²⁴²⁰. Diğer deyişle, esas güçlük, genel olarak zarar kavramındadır. Aksine olarak, eleştiriyi getiren yazarlar, olumlu zarara ilişkin ifa menfaati kavramını dışlamamaktadır. Oysaki, aynı zorluk olumlu zarar kavramı bakımından da mevcuttur.

Olumsuz zarar kavramındaki belirsizlikler, bu kavramın ortadan kaldırılması ile değil, zararın çerçevesinin hukuki kriterler ile belirlenmesi yoluyla giderilmelidir²⁴²¹. Aksi yöndeki tutum, olumlu-olumsuz zarar kavramları arasındaki ayrımı zorlaştırır.

Olumlu-olumsuz zarar ayrımının terkedilerek, TBK. m. 51 çerçevesinde hâkime tanınan takdir yetkisi çerçevesinde zararın belirlenmesine dair görüşe katılmıyoruz. Bu yaklaşım, hukuki güvenlik ilkesini ihlâl ederek, kavramlarda belirsizliklere yol açar. Nitekim, TBK. m. 51 hesaplanan zararın sınırlandırılması ve tazminatın belirlenmesine dair bir düzenlemedir. Dolayısıyla, anılan düzenleme ve uygun illiyet bağı, zararın belirlenmesinde tek başına yetersizdir²⁴²². Bu anlamda olmak üzere, zararın belirlenmesi bakımından olumlu-olumsuz zarar ayrımı mümkün olan en somut şekilde yapılmalıdır. Aksi takdirde, somut olaylarda, çok farklı zarar miktarlarına ve çelişkili kararlara ulaşılır. Kararlarda istikrarı amaçlayan hukuka, şüphe ile yaklaşılmasına sebep olur²⁴²³. Bu yaklaşım, en çok da satıcı açısından tehlikelidir. Hâkim takdir yetkisi kapsamında, sözleşme kurma masrafları ile ifa menfaatinin birlikte ödenmesine karar verebilir.

Olumlu-olumsuz zarar ayrımının bilinmemesinden ötürü talep edilen zarar türünün tespitinde “gerçek iradenin” esas alınması gereğine dair TBK. m. 19 hükmünden yola çıkılarak, alıcının ve aynı şekilde satıcının korunması mümkündür. Keza, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.

²⁴¹⁹ Buz, Dönme, 262; Okumuş, 121

²⁴²⁰ Ergüne, 368; Okumuş, 121

²⁴²¹ Öz, Dönme, 286; Ergüne, 369

²⁴²² Ergüne, 369

²⁴²³ Ergüne, 369; Okumuş, 119

Olumsuz zarar miktarının genelde düşük olduğu yönündeki itirazlar da bu kavramın reddedilmesi bakımından yetersizdir. Olumsuz zarar kavramı çerçevesinde tespit edilen zarar, alıcıyı tam olarak tatmin etmez ise, istisnai olarak, TBK. m. 47/II hükmü uyarınca, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde ifa menfaatinin tazminine karar verilebilir²⁴²⁴.

Sözleşmenin ifa edileceği inancıyla yapılan ve faydasız kalan harcamalar, aynı sebepten ötürü üçüncü kişilere karşı üstlenilen yükümlölüklerden kaynaklananlar gibi birtakım zarar kalemleri, olumlu ve olumsuz zarar bakımından ortaktır. Ancak, bu iki zarar türünün birbirinden farklı içerikleri vardır. Sözleşmenin kurulması ve tasfiyesi için harcanan masraflar daha elverişli bir sözleşmenin kaçırılmasına dair kaçırılan fırsat yalnızca olumsuz zarar kapsamında talep edilebilir²⁴²⁵. Keza, amaçlanan sözleşme konusu satılanın, tekrar satışından elde edilecek kâr da olumsuz zarar kapsamında talep edilemez.

İstisnai olarak, olumlu ve olumsuz zarar birbirine denk düşebilir. Bu durum dahi, olumlu ve olumsuz zararın birbirinden farklı olduğunu gösterir²⁴²⁶. Nitekim, anılan zarar türleri aynı olsa idi, her durumda eşit çıkardı.

Alıcının fahiş harcamaları karşısında, satıcının çaresiz kaldığı yönündeki eleştirilere de katılmıyoruz. Keza, bu tarz harcamalar, uygun illiyet bağı, normun koruma amacı teorisi ve hâkimin takdir yetkisi ile sınırlandırılabilir²⁴²⁷. Örneğin, tazminat miktarının belirlenmesinde hâkim, jet uçağıyla sözleşme akdetmeye giden alıcı bakımından harcanan yol masrafını makûl düzeye indirebilir. Dolayısıyla, TBK. m. 51 hükmü de dışlanmaz, aksine olumsuz zararda tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önemini korur. Ayrıca, olumsuz zarar, işlemsel temas nedeniyle ortaya çıkan tüm zararı değil, sözleşmenin gereği gibi yürütüleceği inancıyla yapılan harcamaları kapsamaktadır²⁴²⁸.

²⁴²⁴ Ergüne, 370

²⁴²⁵ Ergüne, 371

²⁴²⁶ Ergüne, 371

²⁴²⁷ Ergüne, 371

²⁴²⁸ Ergüne, 371

Olumsuz zarar kavramı çerçevesinde alıcı, satıcıyı spekülasyonlarına alet edemez. TMK. m. 2 hükmü, satıcı açısından gerekli korumayı sağlar²⁴²⁹.

Diğer taraftan, borç ilişkisinin yokluk, butlan veya iptal nedeniyle hükümsüz olması hâlindeki culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından, olumsuz zarar sorumluluğu kaçınılmazdır²⁴³⁰. Bu takdirde, ifa menfaatinin karşılanmasına müsaade edilirse, sözleşme yapma zorunluluğu ile aynı sonuca varılır. Sözleşme görüşmesi yapan herkesin, ifa menfaatinden sorumlu tutulması gibi bir sonuç kabul edilemez. Dolayısıyla, normun koruma amacı teorisi gereği, culpa in contrahendo sorumluluğu da olumsuz zarardan ibarettir²⁴³¹. Zira, iptal eden tarafın her hâlükârda karşı yanın ifa menfaatini karşılamak zorunda kalması hâlinde, iptalin hiçbir anlamı kalmaz. Fark teorisi uyarınca, satıcının zarar verici davranışı nedeniyle zarar gören tarafın, satıcının bu davranışı olmasaydı, diğer deyişle sözleşme görüşmeleri hiç yapılmasaydı içinde bulunacağı farazi duruma kavuşması amaçlandığı için ifa menfaatinin talep edilememesi doğal bir sonuçtur.

Sözleşmeden dönme hâlinde ifa menfaatinin tazminini mümkün kılan BGB. kapsamında dahi, sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal eden ve kusursuz yetkisiz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğuna ilişkin BGB. § 122/I ve 179/II hükmü, hukuk reformu içerisinde değiştirilmemiştir²⁴³².

Sözleşmeden dönme neticesinde, tazminat talep edememe ile ifa menfaatine dair olumlu zarar arasındaki ve normun koruma amacı teorisine en uygun çözüme olumsuz zarar kavramının kabulü ile varılır²⁴³³.

²⁴²⁹ Ergüne, 372; Benzer olarak bkz. Okumuş, 123

²⁴³⁰ Ergüne, 372; Okumuş, 124

²⁴³¹ Ergüne, 372; Okumuş, 124

²⁴³² Ergüne, 373

²⁴³³ Ergüne, 374

5. BÖLÜM: SONUÇ

Belirli süreli ticari satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Alıcının asli edim yükümlülüğü bedel ödemek iken, satıcı mülkiyeti geçirmek amacıyla zilyetliği devretmek yükümlülüğündedir.

Ticari satış sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından ötürü borcun ifa edilmemesine ilişkin TBK. m. 112 vd. hükümleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin TBK. m. 125 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca, ticari satış sözleşmesi bakımından öngörülen özel düzenleme olan TBK. m. 212 hükmü konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Satıcının temerrüdü neticesinde alıcının sahip olduğu seçimlik haklar esasen TBK. m. 125 hükmünde düzenlenmektedir. TBK. m. 212 hükmünün uygulanabilmesi bakımından, satış sözleşmesinin TBK. anlamında ticari satış teşkil etmesi gerekmektedir. Buna göre, ticari satış sözleşmesi, mesleki faaliyeti çerçevesinde olarak, satış konusu malı tekrar satmak, kiraya vermek ya da herhangi bir şekilde kâr temin etmeyi amaçlayan alıcı ile yapılan bir sözleşmedir.

Ticari hayatta, sürat ilkesi esastır. Diğer deyişle, alıcı bir an önce edime kavuşmayı hedeflemekte ve bunun neticesinde karşı edimden kâr elde etmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle, satış sözleşmesinin akıbetinin “netleşmesi” alıcı bakımından önem arz eder. Nitekim, alıcı, edim kendisine ifa edilecek ise bir an önce ifa zamanında ona kavuşmayı ya da borca aykırılık hâlinde, süratle sözleşmeyi “tasfiye” etmeyi ister. Kural olarak, bütün sözleşmeler bakımından bu kesinlik aranmakla beraber, sözleşmenin “ticari” olması bu kesinliğin “derecesini” artırmaktadır. Sürat ilkesinin hâkim olduğu ticari hayatın gerekliliği dikkate alınmak suretiyle, kanun koyucu tarafından TBK. m. 212 hükmü öngörülmüştür.

TBK. m. 212 hükmü uyarınca, zilyetliğin devri bakımından belirli vade öngörülen satışları kesin vade ile bir tutulmakta ve alıcının temerrüdü ihtar etmesi ya da süre vermesine gerek olmaksızın, alıcının seçimlik haklarını kullanmasına olanak tanınmaktadır. Belirli vade kararlaştırılması durumunda temerrüt ihtarı gerekmemekle

beraber, seçimlik hakların kullanılması bakımından süre verilmesi zorunludur. Ancak, bu noktada kanun koyucu, belirli vadeli işleme kesin vade karinesi öngörmekle, ticari hayatın gerekliliklerini gözeterek süre verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. TBK. m. 125 bakımından aynen ifadan vazgeçmenin bildirilmesi gerekli iken, m. 212 hükmünde aynen ifada ısrarın bildirilmesi aranmakla, aynen ifadan vazgeçme esas olarak kabul edilmiştir. Diğer deyişle, aynen ifada ısrarcı olan alıcı bunu gecikmeksizin satıcıya bildirmelidir.

Satıcının zilyetliğin devri borcunu vadesinde ifa etmemesi durumunda, alıcının aynen ifadan vazgeçtiği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda alıcı, sözleşmeden dönme ya da borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep edebilir. Konumuz bakımından sözleşmeden dönme hakkının incelenmesi nedeniyle, açıklamalara bu çerçevede devam edilecektir.

Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir haktır. Doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Katıldığımız görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmeyi tasfiye ilişkisine dönüştüren değiştirici yenilik doğuran bir haktır.

Tek taraflı dönme hakkı ile borç ilişkisine doğrudan etki etme imkânına sahip olan alıcı, bu hakkı kullanmakla borç ilişkisini, satıcının onayına gerek duymaksızın tasfiye ilişkisine dönüştürür. Bu vesileyle, ifa edilmemiş edimler bakımından ifa yükümlülüğü ortadan kalkmakla beraber, ifa edilen edimleri, kural olarak, aynen iade yükümlülüğü meydana gelir. Aynen iadenin mümkün olmaması hâlinde, bunun değeri iade edilir.

Sözleşmeden dönmenin değiştirici yenilik doğuran bir hak olmasının sonucu olarak, iade borcuna TBK. m. 146 hükmünde öngörülen genel on yıllık zamanaşımı uygulanır. Keza, zilyetliği devredilmekle beraber, satılanın mülkiyeti alıcıya geçer. Bu nedenle, istihkak talebi ile edimin iadesinden bahsedilemez. Zira, borca aykırılık söz konusu olsa bile mülkiyet geçerli olarak intikâl etmiştir. Dönme hakkı, geçerli mülkiyet intikâlini etkilemez. Borçlandırııcı işlemin geçerli kurulmasından ötürü, sebebe bağlılık ya da sebepten soyutluk ilkesinin de tartışılmasına gerek yoktur. Keza, borca aykırılık temeldeki sebebin geçersizliğine neden olmaz.

Sözleşmeden dönme hakkı bakımından edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda, kabul ettiğimiz değiştirici yenilik doğuran hak görüşü çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekir. Buna göre, geçerli olarak kurulan bir sözleşme kapsamında satıcı

tarafından kısmen ifa edilen edimin iadesinin imkânsızlaşması bakımından, hasarın intikâli kuralları çerçevesinde hareket etmek gerekir. Mülkiyetin devri sonrasında hasar, “yeni malike” intikâl eder. Dolayısıyla, bu çerçevede, edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda, tarafların kusurundan bağımsız olarak hasara katlanma durumu söz konusu olur. Diğer deyişle, kanun koyucunun, hasarın intikâline ilişkin tercih ettiği hukuki sonucun her durumda “hakkaniyete” uygun sonuç doğurması beklenemez. Genel kaide ve kanunda tercih edilen prensip uyarınca “malik hasara katlanır”. Dolayısıyla, bu durumda hasara zilyetliği kendisine devredilen “yeni malik” katlanmalıdır. Satıcının borca aykırı davranması, hasarın intikâline ilişkin kuralların değiştirilmesine olanak tanımaz. TBK. m. 228 hükmünde öngörülen ayıplı ifa hâlinde hasarın satıcıya intikâl edeceğine dair istisnai düzenleme satıcının temerrüdüne uygulanamaz. Zira, kanunumuz bakımından, satıcının temerrüdünde objektif borca aykırılık teorisi benimsenmiştir. Buna göre, temerrüde ilişkin hukuki sonuçların doğması bakımından kusur şartı aranmamaktadır. Keza, edimin iadesi talebi bakımından da kusur gerekmez. Kusur, zararın talep edilmesinde aranır. Dolayısıyla, tazminat sorumluluğunda aranan kusur, hasarın intikâli kurallarını değiştirmez.

Sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak, bir sefer kullanılmakla tükenir. Bu, aynı zamanda, yenilik doğuran bir hak olmanın sonucudur. Zira, yenilik doğuran hak ile hak sahibi, tek taraflı olarak, karşı tarafın hukuki alanına müdahale imkânına sahip olur. Bu çerçevede muhatabın, spekülasyonlara karşı korunması ve meydana gelen hukuki duruma ilişkin güveninin boşa çıkarılmaması gerekir. İstisnai olarak, hak sahibine değiştirim hakkı tanınması gerekir. Muhatabın sözleşmenin tasfiyesi anlamında hazırlık faaliyetlerine başlamaması durumu buna örnek gösterilebilir.

Sözleşmede kısmi temerrüt hâlinde, kural olarak, yalnızca temerrüde düşülen kısım bakımından dönme hakkı kullanılabilir. İfasında temerrüde düşülen kısım olmasaydı sözleşmenin akdedilmeyeceği kabul edilebilir ise sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür. Keza, kısım kısım ifa edilen ticari satış sözleşmesinde de dönme hakkı, kural olarak, temerrüde düşülen kısım bakımından kullanılır. Temerrüt hâlinde, daha sonra muaccel olacak edimlerin ifa edilmeyeceği hususunda alıcının haklı şüphesi mevcut ise sözleşmenin tamamından dönmek mümkündür.

TBK. m. 125 hükmünde, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının tercih edilmesinde, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan olumsuz zararın tercih edilebileceği hükme bağlanmıştır. Borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep ile

sözleşmeden dönme hakkının bir alternatif olarak öngörülmesinden ötürü, sözleşmeden dönme hâlinde, olumlu zararın talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir. Olumsuz zarar, fiili zarar ve kaçırılan fırsattan ibarettir. Ancak bu zarar, olumlu zarar ile sınırlandırılmaz. Zira, TBK. m. 125 bakımından bu yönde bir sınırlama öngörülmüş değildir. Zararın hesaplanmasına ilişkin uygun illiyet bağı, normun koruma amacı teorisi gibi sınırlamalar yeterlidir.

Sözleşmeden dönme hâlinde, aynı zamanda kanun koyucunun bir tercihi olarak, olumsuz zarar talep edilebilir. Sözleşmeden dönme durumunda talep edilen zarar, satıcının sözleşmeden dönmeye yol açan borca aykırı davranışı neticesinde alıcının sözleşmeden dönmesi nedeniyle, dönülen sözleşme hiç yapılmıyaydı alıcının uğramayacak olduğu zarardır. TBK. m. 125/II hükmündeki “*borcun ifa edilmemesinden doğan zarar*” olumlu zarar teşkil etmektedir. Olumlu zarar, sözleşmeden dönmeye talep edilemez. Olumsuz zarar ise TBK. m. 125/III hükmü uyarınca “*sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle*” uğranılan zarardır. Sözleşmeden dönme bakımından kusur şartı aranmaz iken, olumsuz zarar talebinde kusur gereklidir. TBK. m. 125/III ve TBK. m. 112 vd. hükümleri uyarınca temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat külfeti satıcıdadır.

Olumsuz zarar, fiili zarar ve kaçırılan fırsat şeklindeki pasif artması veya aktif azalması şeklinde gerçekleşir. Fiili zarar, sözleşmenin kararlaştırıldığı gibi sürdürüleceği yolundaki güvenin sonucu olarak doğan zararı ifade eder. Sözleşmenin gereği gibi sürdürüleceği yolundaki güveni boşa çıkan alıcının, malvarlığında meydana gelecek artışların önlenmesi, kaçırılan fırsata vücut verir. Bu noktada, meydana gelen zarar ve kusurlu hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağını alıcı ispat etmelidir.

6. KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet, Eşya Hukuku, Ankara, 2022,
- Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk, Altop, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993,
- Akyol, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 2008,
- Altherr, Hans, Brem, Ernst, Bülmann, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern, 1994,
- Amstutz, Marc, Breitschmid, Peter, Furrer, Andreas, Girsberger, Daniel, Huguenin, Claire, Müller-Chen, markus, Roberto, Vito, Rumo-Jungo Alexandra, Schnyder, Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich, 2007, (Amstutz Komm./ Yazar adı),
- Antalya, Gökhan, Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1, 3, Ankara, 2019,
- Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2015,
- Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011,
- Arsılanlı, Halil, Ticari Bey, I. Cild, 4. Bası, İstanbul, 1955,
- Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2008,
- Aydoğdu, Murat, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Kapıdan Satışlar, İzmir, 1998,
- Bär, Roger, Das Fixgeschäft, Zürich, 1956,
- Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlu Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992,
- Becker, H., Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern, 1941,

- Bentum, Walter Van, Rücktritt und Wandelung nach zwischenzeitlicher Veräusserung, Düsseldorf, 1935,
- Bergmann-Weidenbach, Knud, Die Risikoverteilung bei der Rückabwicklung von Leistungen nach Rücktrittsrecht, Hannover, 1976,
- Bielefeld, Thomas Pfeiffer, Handbuch der Handelsgeschäfte, Köln, 1999, (Bielefeld Handbuch/ Yazar adı),
- Boels, Robert, Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit, Frankfurt am Main, 2009,
- Boujong, Karlheinz, Ebenroth, Carsten Thomas, Joost, Detlev, Ebenroth/ Boujong/ Joost/ Strohn Handelsgesetzbuch, München, 2015, (Ebenroth HGB./ Yazar adı),
- Brox, Hans, Walker, Wolf- Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aktualisierte Auflage, Nördlingen, 2019, (Brox, Walker, AG.),
- Brox, Hans, Walker, Wolf- Dietrich, Besonderes Schuldrecht, 43. Aktualisierte Auflage, Nördlingen, 2019, (Brox, Walker, BT.),
- Brüggemann, Walter, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, Hamburg, 1934,
- Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich, 1988,
- Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdüne Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, (Buz, Dönme),
- Buz, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, (Buz, YDH.),
- Canaris, Claus- Willhelm, Habersack, Mathias, Schäfer, Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar, Neunter Band, Berlin, 2013, (Staub HGB./ Yazar adı),
- Cavin, Pierre Kauf, Tausch, Schenkung. In Frank Vischer (Hg.), Schweizerisches Privatrecht (Bd. VII/1), Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse. Basel/Stuttgart, 1977,
- Celle, Dieter Brüggemann, Canaris, Claus- Wilhelm, Fischer, Robert, Helm, Johann Georg, Ratz, Paul, Schulze- Osterloh, Joachim, Schilling, Wolfgang, Ulmer, Peter, Würdinger, Hans, Röhricht, Volker, Handelsgesetzbuch Großkommentar, Berlin, 1970, (Celle HGB./ Yazar adı),

- Coen, Christoph, Vertrags Scheitern und Rückabwicklung, Berlin, 2003,
- Cumalıoğlu, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, İstanbul, 2019,
- Çetiner, Selma, Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2023,
- Dauner- Lieb, Barbara, Heidel, Thomas, Ring, Gerhard, Anwaltskommentar, Band 2: Schuldrecht, Bonn, 2005, (AK./ Yazar adı),
- Dauner-Lieb, Barbara, Konzen, Horst, Schmidt, Karsten, Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln, 2003, (Das neue, Yazar adı),
- Demirbaş, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007,
- Doğan, Murat, Şahan, Gökhan, Atamulu, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021,
- Doğanay, İsmail, Ticari Alım- Satım Akdi ve Nevileri, Ankara, 2003,
- Dorschel, Peter, Rücktritt und fortwirkendes Synallagma, Tübingen, 1976,
- Döhmel, Doris, Der Leistungsort bei Rückabwicklung von Verträgen, Mainz, 1996,
- Dönmez, Zeynep, Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen, Doktora Tezi, Universität des Saarlandes, 2014,
- Dural, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, (Dural, İmkânsızlık),
- Eckert, Hans-Werner, Maifeld, Jan, Matthiessen, Michael, Handbuch des Kaufrechts, München, 2014,
- Ehrat, Felix R., Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich, 1990,
- Einem, Cornelia Von, Der Ersatz von Vertragskosten gemäß § 467 Satz 2 BGB, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1987,
- Emmerich, Volker, BGB- Schuldrecht Besonderer Teil, 15. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2018,
- Erbek, Özge, Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Soyutluk Meselesi, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, 2013, (sayfa 937-986),

Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019,

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, 2021 (Eren, Borçlar Genel),

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı,, Ankara, 2017 (Eren, Borçlar Özel),

Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2021, (Eren, Mülkiyet),

Eren, Fikret, Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara, 2022 (Eren, Şerh),

Ergül, Işıl, Kısmi Temerrüt ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2022,

Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008,

Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Westermann, Harm Peter, Grunewald, Barbara, Maier-Raimer, Georg, 15. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2017, (Erman BGB./ Yazar adı),

Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Westermann, Harm Peter, Grunewald, Barbara, Maier-Raimer, Georg, 15. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2017, (Erman BGB. I/ Yazar adı),

Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2021,

Esser, Josef, Schmidt, Eike, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, 8., völlig neubearbeitete Auflage, Tübingen, 1995, (Esser, Schmidt, AG.),

Esser, Josef, Weyers, Hans- Leo, Schuldrecht Band I Besonderer Teil, 8., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1998, (Esser, Weyers, BT.),

Fest, Timo, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, München, 2006,

Fikentscher, Wolfgang, Heinemann, Andreas, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin, 2017,

Fischinger, Philipp Sergius, Handelsrecht, 2. Überarbeitete Auglage Heidelberg, 2019,

Gauch, Peter, Aepli, Viktor, Casanova, Hugo, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Art.1-183), Dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, 1992, (Gauch AT.)

- Gauch, Peter, Aepli, Viktor, Casanova, Hugo, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art.184-1186), Dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, 1993, (Gauch BT.)
- Gehler, Ernst, Hefermehl, Wolfgang, Hildebrandt, Wolfgang, Schröder, Georg, Schlegelberger Handelsgesetzbuch, Berlin und Frankfurt am Main, 1965, (Schlegelberger HGB.),
- Gerhardt, Gregory/ Leisinger, Benjamin, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Fragen und Antworten, Bern, 2005,
- Giger, Marcel, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Wien, 1992,
- Glass, Eberhard, Gefahtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt, Berlin, 1959,
- Gothe, Florian, Verkäuferpflichten und Gewährleistung beim Forderungskauf, Ulm, 2017,
- Guhl, Theo, Koller, Alfred, Schnyder, Anton K., Druey, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000,
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2017,
- Harst, Jürgen, Rücktritt und Schandersatz, Bonn, 1984,
- Havutcu, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995,
- Havutcu, Ayşe, Akıncı, Müslüm, Dinç, Mutlu, Gayrimenkul Davaları, C. 2, Ankara, 2019, (Havutcu, Gayrimenkul/ Yazar adı),
- Heidel, Thomas, Schall, Alexander, Nomoskommentar Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Baden, 2020, (NK. HGB./ Yazar adı),
- Hellwege, Phillip, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, Tübingen, 2004,
- Herold, Kathrin, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, Berlin, 2001,
- Herzog, Marc, Reform des Gewährleistungsrechts und europäische Rechtsangleichung, “Das Leistungsstörungenrecht im BGB und im schweizerischen Recht”, Frankfurt am Main, 1998, (sayfa 97-128),

- Hirsch, Christoph, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Baden, 2018,
- Hirse, Thomas, Tonner, Klaus, Rehse, Steven, Jeschke, Anja, Willingmann, Armin, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensrechtsreform, Rostock, 2004, (SMG Hirse/ Yazar adı),
- Hoeren, Thomas, Martinek, Michael, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, 2002,
- Hoffmann, Jan Felix, Zession und Rechtszuweisung, Tübingen, 2012, (J. Hoffmann),
- Hoffmann, Paul Gerhard, In wie weit kennt das bürgerliche Gesetzbuch ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Verträge?, Greifswald, 1900,
- Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Neu bearbeitete Auflage, Bern, 1995,
- Honsell, Heinrich, Vogt, Nedim Peter, Wiegand Wolfgang, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Basel, Bern und Zürich, Schweiz, 2007, (Basler Kom./ Yazar adı),
- Höffmann, Sarah H., Die Nachfrist im Leistungsstörungenrecht, Frankfurt am Main, 2013,
- Huber, Peter, Bach, Ivo, Examens- Repetitorium Besonderes Schuldrecht 1, Heidelberg, 2018,
- Iten, Clemens, Die Wirkungen des Verzugs des Schuldners beim Fixgeschäft nach deutschem Handelsrecht, Zürich, 1881,
- İnal, H. Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara, 2023,
- İşeri, Ahmet, Satım Akdinde Alıcının Temerrüdü, Batıder C. II, 1964, Sayı 4, (sayfa 646-681),
- İzveren, Adil, Akdi Mükellefiyetlerin İfa Edilmemesi (Akdin İhlali) ve Neticeleri, AD., Ekim 1953, Yıl: 44, Sayı 10, (sayfa 1180-1192),
- Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage, München, 2018, (Jauernig BGB./ Yazar adı),
- Jung, Peter, Handelsrecht, 12. Auflage, München, 2019,
- Juristen Zeitung, Tübingen 2004, (Juristen/ Yazar adı),

- Kahveci, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2012,
- Kaiser, Dagmar, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB., Tübingen, 2000,
- Kalpşüz, Turgut, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara, 1960,
- Kayar, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019,
- Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022, (Kayar, Ticari İşletme),
- Kayıhan, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2021,
- Keller, Max, Schöbi, Christian, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Band I, Main, 1988,
- Keller, Max, Siehr, Kurt, Kaufrecht, 3. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, 1995,
- Keppler, Wilhelm, Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis in der Schweiz, Zürich, 1949,
- Keskin, Dilşat, Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkansızlık, GÜHFD., Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, Haziran-Aralık 2007, C. XI, Sayı 1-2, (sayfa 209-301),
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara, 2018,
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Eşya Hukuku, Ankara, 2021, (Kılıçoğlu, Eşya),
- Klimke, Dominik, Die Vertragsübernahme, Tübingen, 2010,
- Kogel, Walter, Rechtsfragen zur Teilzession, Köln, 1975,
- Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Dölle, Hans, München, 1976, (KaufKo./ Yazar adı),
- Kuhlmann, Kai, Leistungspflichten und Schutzpflichten, Berlin, 2001,
- Kuntalp, Erden, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara, 1968,
- Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016,
- Kühne, Eberhard, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Rostock, 1929,
- Lammich, Klaus, Gläubiger und Schuldnerverzug, Berlin, 2022,

- Langenfeld, Harald, Das Innenverhältnis bei den Gläubigermehrheiten nach §§ 420 bis 432 BGB, Frankfurt am Main, 1994,
- Lemp, Paul, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern, 1939,
- Leser, Hans G., Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen, 1975,
- Letti, Tobias, Handelsrecht, 4. Neubearbeitete Auflage, München, 2018,
- Linke, Bernd, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, Baden, 2007,
- Looschelders, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, 14. neu bearbeitete Auflage, Nördlingen, 2019,
- Löhnig, Martin, Gleti, Andreas, Schuldrecht II- Besonderer Teil 1: Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. überarbeitete Auflage, Stuttgart, 2018,
- Lüchinger, Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht, Freiburg, 1999,
- Medicus, Dieter, Lorenz, Stephan, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. neu bearbeitete Auflage, München, 2018,
- Mont, Ivo du, Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht, Frankfurt am Main, 2007,
- Muthers, Christof, Der Rücktritt vom Vertrag, Baden, 2008,
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Auflage, 2019,
- Müller, Georg, Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen, Berlin, 1991,
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Krüger, Wolfgang, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 8. Auflage, München, 2019, (MüKo./ Yazar adı),
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Krüger, Wolfgang, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 8. Auflage, München, 2019, (MüKo. II/ Yazar adı),

- Nazikoğlu, Işık, Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü, AÜHFD., C. 8, Sayı 1, (sayfa 658-684),
- Nollmann, Jan, Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt, Edewecht, 2011,
- Nomoskommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, 2019, (HK- BGB./ Yazar adı),
- Oetker, Hartmut, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, München, 2011, (Oetker HGB./ Yazar adı),
- Oftinger, Karl, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1969,
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2021,
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi Özer, Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021,
- Okumuş, Selmani, Müspet Zarar, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2022,
- Olgaç, Senai, Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Malı Verme Borcunu Yerine Getirmemekte Direnmesi ve Bunun Sonuçları, Batıder, Ocak 1963, C. 2, Sayı 2, sayfa 247-251, (Olgaç, Direnme),
- Olgaç, Senai, Ticari Satışlarda Satıcının Malı Teslim Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonucu Tazminatla Sorumluluğu ve Zararın Hesabındaki Usuller, Batıder, 1964, C. II, Sayı 3, (sayfa 349-361), (Olgaç, Tazminat),
- Olsen, Dirk, Juristische Rundschau, Berlin, 2004, (Juristische/ Yazar adı),
- Önen, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, 1975,
- Öz, M. Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, Sayı 16, (sayfa 131-172), (Öz, Temerrüt),
- Öz, Turgut, Ceylan, Ebru, Doğan, Murat, Akipek Öcal, Şebnem, Özdemir, Hayrunnisa, Şenocak, Kemal, Cumalıoğlu, Emre, Sert Sütçü, Selin, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2023, (Öz, Borçlar Özel/ Yazar adı),

- Öz, M. Turgut "İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 20, 1996, (sayfa 49-57), (Öz, İçtihat),
- Öz, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, (Öz, Dönme),
- Özkaya, Eraslan, Eşya Hukuku Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği ve Kısıtlamaları Taşınır Mülkiyeti, C. I- C, Ankara, 2022, (Özkaya, C. I- C),
- Özkaya, Eraslan, Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. III, Ankara, 2022, (Özkaya, C. III),
- Özmen, Saba, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8- 9 Kasım 2018, İstanbul, 2019,
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, 79. Neubearbeitete Auflage, München, 2020, (Palandt BGB./ Yazar adı),
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Neuarbeitete Auflage, München, 2019, (Palandt/ Yazar adı),
- Papanikolaou, Panajotis Al., Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, Berlin, 1977,
- Petersen, Jens, Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 9. neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 2019,
- Pieper, Helmut, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Baden, 1963,
- Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022,
- Prütting, Hans, Wegen, Gerhard, Weinreich, Gerd, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. Auflage, Luchterland, 2019, (PWW. Komm/ Yazar adı),
- Raab, Thomas, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Tübingen, 1999,
- Reinhard, Thorsten, Die beiderseits zu vertrende Unmöglichkeit im Synallagma, Berlin, 1998,
- Reinholz, Johannes, Das Fixgeschäft, Berlin, 1936,

- Reinicke, Dietrich, Tiedtke, Klaus, Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschild, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Luchterhand, 1988, (Reinicke, Tiedtke, Gesamtschuld),
- Reinicke, Dietrich, Tiedtke, Klaus, Kaufrecht, München, 2009,
- Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011,
- Riedel, Hermann, Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten, Stuttgart, 1982,
- Riering, Wolfgang, Gemeinschaftliche Schulden, Berlin, 1991,
- Riewert, Ina, Die Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei der Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz nach § 325 BGB, Tübingen, 2014,
- Rimle, Alois, Der erfüllte Schuldvertrag, Freiburg, 1995,
- Rinken, Ingo, Der Schuldnerverzug in seiner Abhängigkeit von Mitwirkungshandlungen des Gläubigers, Hamburg, 2011,
- Röchricht, Volker, von Westphalen, Friedrich Graf, Haas, Ulrich, Handelsgesetzbuch Kommentar, 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, 2019, (Volker HGB./ Yazar adı),
- Ruth Kretschmer, Ragna, Die Rechte des Gläubigers trotz Mitwirkung an einer Pflichtverletzung des Vertragsschuldners im europäischen Vergleich, Hamburg, 2009,
- Russenberg, Walter, Der Spezifikationskauf nach schweizerischem Obligationenrecht unter Berücksichtigung der deutschrechtlichen Regelung, Zürich, 1918,
- Rünz, Britta, Verbraucherschutz im Fernabsatz- Informationspflicht und Widerrufsrecht als Schutzinstrumente deutscher und europäischer Vorschriften, Münster, 2004,
- Rütten, Willhelm, Mehrheit von Gläubigern, Tübingen, 1989,
- Saenger, Bruno, Der Verzug Beim Kaufe nach heutigem Recht unter Vergleichung des alten Handelsrecht, Berlin, 1902,
- Schaeffer, Marcus, Der Handelskauf nach der Schuldrechtsreform, Frankfurt am Main, 2007,

- Schellhase, Hans Martin, Gesetzliche Rechte Zur einseitigen Vertragsgestaltung, Baden, 2013,
- Schenker, Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg, 1988,
- Schlingmann, Karl, Lieferungsbedingungen, Heidelberg, 1931,
- Schmid, Petra, Der Schuldner Verzug, Aachen, 1996,
- Schmidt, Karsten, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, München, 2018, (MHGB./ Yazar adı),
- Schmidt, Patrick, Die Unmöglichkeit der Erfüllung in Ansehung der Zeit, Berlin, 2007, (Schmidt, P.),
- Schmidt, Rolf, Praxisratgeber Recht Band 1 – Kaufrecht, Bremen, 2019,
- Scholz, Stephan, Gestaltungsrechte im Lesitungsstörungenrecht, Berlin 2010,
- Schüler, Erich, Das Rücktrittsrecht wegen mora solvendi, Greifswald, 1903,
- Schwedheim, Ulrike, Das Gesamtschuldverhältnis, Berlin, 2003,
- Selb, Walter, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, Tübingen, 1984,
- Seliçi, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977,
- Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016, (Serozan, Borçlar Genel),
- Serozan, Rona, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, (Serozan, Eşya),
- Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2007, (Serozan, Dönme),
- Sickinger, Christian, Gefahrtragung und Haftung beim Rücktritt vom Kaufvertrag, Bonn, 1994,
- Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara, 2022,
- Sitzmann, Norbert, Die Verteilung der Folgerechte nach der Zession und nach der Übertragung der Anwartschaft, Frankfurt am Main, 1998,
- Sonnentag, Michael, Das Rückgewährschuldverhältnis, Tübingen, 2016,

- Steinbeck, Anja Verena, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Berlin, 1994,
- Steiner, Rolf, Das Gestaltungsrecht, Zürich, 1984,
- Stern, Carl, Die kaufmännischen Lieferungsgeschäfte und die gebräuchlichsten Klauseln unter Berücksichtigung der Aufwertungsfrage und wichtiger Notverordnungen, Berlin, 1924,
- Strupp, Daniel, Schadensersatz statt der Leistung bei gegenseitigen Verträgen, Frankfurt am Main, 2007,
- Studienkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Neuarbeitete Auflage, München, 2018, (SK.),
- Suter, Esther, Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Zürich, 1991,
- Şahiniz, Cevdet Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara, 2008,
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, 2008, (Tandoğan, Borçlar Özel),
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul, 2008, (Tandoğan, Borçlar Özel, C. II),
- Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, 2010, (Tandoğan, Mes'uliyet),
- Taşatan, Caner, Sözleşmenin Kurulması, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2020,
- Teichmann, Arndt, Vertragliches Schuldrecht Leistungsstörungen und Gewährleistung, München, 2008,
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016,
- Teubel, Jan Peter, Rücktrittsrecht und AGB-Kontrolle nach der Schuldrechtsreform, Berlin, 2018,
- Topuz, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul, 2011,

- Tröger, Karl, Das Fixgeschäft, Heidelberg, 1910,
- Tuhr, Andreas Von, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: 1-2, Çeviren Cevat Edege, Ankara, 1983,
- Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, İstanbul, 1976, (Tunçomağ, Genel Hükümler),
- Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977, (Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri),
- Uluslan, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984,
- Unberath, Hannes, Die Vertragsverletzung, Tübingen, 2007,
- Unholtz, Sebastian, Der Ersatz “frustrierter Aufwendungen” unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, Berlin, 2004,
- Uygur, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara, 2013,
- Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kaya, Arslan, Nomer Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2019,
- Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021,
- Ürem, Müge, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK M. 473/I), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2016,
- Von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964,
- Vuraloğlu, Mehmet Oğuz, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de Yapılan Son Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 210, Eylül, 2022, (sayfa 893-1005),
- Walter, Gerhard, Kaufrecht, Tübingen, 1987,
- Walterscheid, Carl, Der Verzug Beim Handelskauf, Köln, 1907,
- Wolff, Otto, Die Rechtsfolgen verspäteter Leistung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Greifswald, 1910,

Wolgast, Matthias, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der
Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, München, 2005,

Yavuz, Nihat, Satış Sözleşmeleri, Ankara, 2016,

Zippel, Erhard, Der Fixhandelskauf, Berlin, 1933,

Zimmermann, Ingo, Das Fixgeschäft, Berlin, 2006,

www.kazanci.com.tr,

www.lexpera.com.tr.

