

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YAN
YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ

Işık Aslı HAN

768218707

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. İpek SAĞLAM

İSTANBUL – 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YAN
YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ

Işık Aslı HAN

768218707

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. İpek SAĞLAM

İSTANBUL – 2024

TEŞEKKÜR

Doktora eğitimim süresince 2211-E Doğrudan Yurt İçi Doktora Burs Programı kapsamında bursiyeri olduğum TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.



ÖZ

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ IŞIK ASLI HAN

Sözleşme kurulurken taraflar, sözleşme konusu edimlere ve karşılık ilişkisine odaklansa da sözleşme kapsamında doğan borçlar edim yükümlülükleriyle sınırlı değildir. Bu bağlamda gündeme gelen yan yükümlülükler; edim yükümlülükleri dışında kalan ve doğrudan bir kanun hükmü tarafından öngörülen, dürüstlük kuralı yardımıyla hâkim tarafından sözleşmenin tamamlanmasıyla tespit edilen ya da tarafların arasındaki anlaşmada kararlaştırılan diğer yükümlülüklerdir. Sözleşmeden doğan yan yükümlülükler, edim yükümlülüğünün gereği gibi ifasını destekleyen ifaya bağlı yan yükümlülükler ile sözleşme taraflarının bütünlük menfaatlerinin korunmasını amaçlayan koruma yükümlülükleri (ifaya bağlı olmayan yan yükümlülükler) olmak üzere iki temel gruba ayrılır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan yan yükümlülüklerin başında bilgilendirme yükümlülüğü, özen yükümlülüğü, sözleşmeye sadakat yükümlülüğü, sözleşmenin amacını koruma ve tehlikeye düşürmeme yükümlülüğü, iş birliği yükümlülüğü, sağlama, muhafaza ve koruma yükümlülükleri gelir. Kapsamları farklı olsa da teorik olarak her tür sözleşmeden doğabilen yan yükümlülükler, özellikle günümüzün karmaşık mübadele ilişkilerinde, hassas menfaat dengelerine dayanan ve taraflar arasında iş birliği gereksinimi arz eden ekonomik ilişkiler açısından hak ve yükümlülüklerin adil dağılımının sağlanmasında büyük önem arz eder.

Bu açıklamalar ışığında çalışmada, yan yükümlülük kavramı ve yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçları borçlar hukuku bağlamında incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde yan yükümlülüklerin kavramsal çerçevesi çizilmiş, tarihsel ve düşünsel gelişimi karşılaştırmalı hukuk bağlamında açıklanmış ve sözleşmeden doğan diğer ödevler olan edim yükümlülükleri ve külfetlerle ilişkisi değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise yan yükümlülükler; kaynağına göre, koruduğu menfaatin türüne göre, etki anına göre ve konularına göre kategorize edilerek genel özellikleri itibarıyla incelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise yan yükümlülüklerin ihlalinin ifa engelleri sistemindeki yeri ve borca aykırılığın muhatabı olan sözleşene tanınması gereken hukuki imkânlar, karşılaştırmalı hukuk yaklaşımıyla ve borçlar hukukunun genel esasları çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmanın odak noktasını oluşturan bu bölüm, Türk hukuku açısından özel olarak incelenmemiş bir borca aykırılık halini ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: yan yükümlülük, ifaya bağlı yan yükümlülük, koruma yükümlülüğü, yeknesak yasal borç ilişkisi, sözleşmenin müspet ihlali, borcun gereği gibi ifa edilmemesi.

ABSTRACT

BREACH OF CONTRACTUAL ACCESSORY OBLIGATIONS

IŞIK ASLI HAN

While the focus of the contracting parties often rests upon the subject of the contract and the synallagma at the time of conclusion of a contract, the contract also entails duties other than performance obligations. In this regard, the term of accessory obligation covers all other duties of of accessory nature which have been stipulated by a law, implied by the judge by means of the principle of good faith or agreed upon in the contract. Accessory obligations fall into two principal categories: performance-based accessory obligations that ensure the proper execution of performance obligations, and protective obligations (non-performance-based accessory obligations) which aim to safeguard the legal integrity of the contracting parties. Frequently encountered accessory obligations include but are not limited to the duty to inform, the duty of care, the duty of loyalty to the contract, the duty to safeguard and not jeopardize the contract's purpose, the duty to cooperate, and the duty to provide, preserve, and protect. The accessory obligations, which arise in all types of contracts but with a different scope, ensure equitable distribution of rights and obligations among parties.

In this regard, the present study examines of the concept of accessory obligations and the implications of their breach in the law of obligations. The First Chapter elucidates the conceptual underpinnings of accessory obligations, traces their historical and theoretical evolution with a comparative law approach and addresses its interplay with other contractual duties, i.e., performance obligations and burdens. The Second Chapter peruses accessory obligations through categorizations based on the source, the nature of safeguarded interests, the period of their effect, and the content. Finally, the Third Chapter delves deeper into the status of the breach of accessory obligations within the system of breach of contract and the legal remedies available to the aggrieved contracting party. Serving as the focal point of the study, the final chapter explores a type of breach of contract that has not been examined thoroughly in Turkish law.

Keywords: Accessory obligation, performance-related accessory obligation, obligation of protection, unified legal debt relation, positive breach of contract, improper performance.

ZUSAMMENFASSUNG

VERLETZUNG VON VERTRAGLICHEN NEBENPFLICHTEN

IŞIK ASLI HAN

Während der Schwerpunkt der Vertragsparteien häufig auf den vertraglichen Leistungen und dem Synallagma bei Vertragsabschluss liegt, bringt der Vertrag auch andere Pflichten als Leistungspflichten mit sich. Nebenpflichten sind in diesem Zusammenhang diejenigen Pflichten, die sich von den Leistungspflichten unterscheiden und die sich aus gesetzlichen Bestimmungen, aus der durch den Grundsatz von Treu und Glauben erleichterten richterlichen Auslegung oder aus einer ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien ergeben. Die Nebenpflichten lassen sich in zwei Hauptkategorien einteilen: leistungsbezogene Nebenpflichten, die die ordnungsgemäße Erfüllung der Leistungspflichten sicherstellen, und Schutzpflichten (leistungsunabhängige Nebenpflichten), die die Integritätsinteresse der Vertragsparteien erhalten sollen. Häufig anzutreffende Nebenpflichten sind unter anderem die Informationspflicht, die Sorgfaltspflicht, die Vertragstreuepflicht, die Pflicht, den Vertragszweck nicht zu gefährden, die Mitwirkungspflicht sowie die Bereitstellungs-, Erhaltungs- und Schutzpflicht. Die Nebenpflichten, die von aller Art des Vertrags in unterschiedlichem Umfang entstehen können, gewährleisten eine gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten.

In dieser Hinsicht werden in der vorliegenden Studie das Konzept der Nebenpflichten und die Folgen ihrer Verletzung im Rahmen des Obligationenrechts untersucht. Das erste Kapitel erläutert die begrifflichen Grundlagen der Nebenpflichten, zeichnet ihre historische und theoretische Entwicklung in rechtsvergleichender Weise und befasst sich mit ihrem Zusammenspiel mit anderen vertraglichen Verpflichtungen, d.h. mit Leistungspflichten und Obliegenheiten. Im zweiten Kapitel werden die Nebenpflichten anhand der Quelle, der Art der geschützten Interessen, der Zeitspanne ihrer Wirkung und ihres Inhalts kategorisiert und beleuchtet. Im dritten Kapitel werden der Zustand der Verletzung von Nebenpflichten innerhalb des Systems der Vertragsverletzung und die der geschädigten Vertragspartei zur Verfügung stehende Rechtsmittel untersucht. Dieses den Schwerpunkt der Studie bildende Kapitel befasst sich mit dieser Art der Pflichtverletzung, die im türkischen Recht noch nicht eingehend untersucht wurde.

Stichworte: Nebenpflicht, leistungsbezogene Nebenpflicht, Schutzpflicht, einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis, positive Vertragsverletzung, nicht gehörige Erfüllung.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

§1. YAN YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI

I. SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE GENEL BAKIŞ VE YAN YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI	7
A. Edim Yükümlülükleri	9
1. Asli Edim Yükümlülüğü	9
2. Yan Edim Yükümlülüğü	11
a. Yan edim yükümlülüğü kavramı	11
b. Gerekli bir kavram mı, <i>tertium non datur</i> mu?	13
B. Tali Yükümlülükler	15
C. Külfetler	16
D. Yan Yükümlülükler	18
1. Yan Yükümlülük Kavramı	18
2. Yan Yükümlülük Kavramının Teorik Dayanakları	20
a. Kavramın tarihsel gelişimi	20
b. Kavramın hukuki temeli	22
i. Kaynağı dürüstlük kuralı olan yeknesak borç ilişkisine dayandığı görüşü	24
ii. Sözleşmenin dürüstlük kuralı ışığında tamamlanması görüşü	26
iii. Değerlendirme	28
3. Dürüstlük Kuralının Yan Yükümlülüklerin Varlığının ve Kapsamının Tespitindeki Rolü	30
E. Yan Yükümlülükler ile Edim Yükümlülükleri ve Külfetler Arasındaki İlişki	30
1. Yan Yükümlülükler ve Edim Yükümlülükleri Arasındaki Ayrım	30
a. Kavramlar arasındaki ilişki ve terminolojideki güçlük	30
b. Ayrımda esas alınacak kriterler	32
iv. Amaç	34
v. Malvarlığına etki	34
vi. Aynen ifa talebine elverişlilik	35
vii. İkinci bir talebe elverişlilik	40
c. Ayrımın hukuki sonucu	41
d. Değerlendirme	42
2. Yan Yükümlülükler ve Külfetler Arasındaki İlişki	44

II. YAN YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMININ HUKUKİ DAYANAĞI VE İŞLEVLERİ	46
A. Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Yan Yükümlülük Kavramının Hukuki Dayanağı	46
1. Kıta Avrupası Hukukunda	47
a. Roma Hukukundan Avrupa'daki Kodifikasyon Sürecine Kadar Koruma Yükümlülüklerinin İzlediği Gelişim	47
b. Alman Hukukunda	48
c. Fransız Hukukunda	53
i. <i>Obligation de sécurité</i> kavramının doğuşu	53
ii. <i>Obligation de sécurité</i> 'nin hukuki temeli	54
d. İsviçre Hukukunda	56
e. Türk Hukukunda	57
2. İngiliz Hukukunda Benzer Bir Kavram: <i>implied terms</i>	59
a. İngiliz hukukunda dürüstlük kuralı veya benzer bir kavramın yeri	59
b. <i>Implied term</i> kavramı	62
c. <i>Implied term</i> türleri	63
3. Uluslararası Hukuk Metinlerinde	66
a. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)	67
b. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)	70
c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri (PICC)	71
B. Yan Yükümlülüklerin İşlevleri	75
1. Yan Yükümlülüklerin İfaya Yardım İşlevi	75
2. Yan Yükümlülüklerin Bütünlük Menfaatini Koruma İşlevi	75
3. Yan Yükümlülüklerin İşlem Menfaatini ve Malvarlığını Koruma İşlevi	76
4. Yan Yükümlülüklerin Taraflar Arasındaki Güç Dengesini Koruma İşlevi	77
a. Karar verme özgürlüğünü koruma işlevi	77
b. Bilgi asimetrisini ve güç dengesizliğini giderme işlevinin ekonomik analizi	78

İKİNCİ BÖLÜM

§2. YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ

I. KAYNAĞINA GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ	81
A. Kanundan Doğan Yan Yükümlülükler	81
B. Dürüstlük Kuralından Doğan Yan Yükümlülükler	82
C. Sözleşmede Kararlaştırılan Yan Yükümlülükler	83
1. Genel Olarak	83
2. Yan Yükümlülüklerle İlişkin Anlaşmaların Geçerlilik Şeklinin Kapsamına Girip Girmediği Meselesi	84

II. KORUDUĞU MENFAATİN TÜRÜNE GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ	87
A. İfaya Bağlı Yan Yükümlülükler	89
B. Koruma Yükümlülükleri (İfaya Bağlı Olmayan Yan Yükümlülükler)	92
1. Kavram	92
2. Koruma Yükümlülüklerinin Sözleşmesel Sorumluluk Alana Teşmili	93
3. Koruma Yükümlülüklerinin Kaynakları	95
4. Koruma Yükümlülüklerinin Doğmasının Şartları	96
a. Özel bir güven bağının varlığı	96
i. Sözleşme	97
ii. Sözleşme benzeri hukuki ilişki	98
iii. Tek taraflı hukuki işlem	100
iv. Yasal borç ilişkisi	101
v. Hatır ilişkisi	103
b. Özel güven bağı vesilesiyle bir tarafın hukuki alanını, karşı tarafın etki ve müdahalesine açmış olması	104
c. Hukuk düzeninin özel güven bağının korunmasını meşru ve adil görmesi	105
III. ETKİ ANINA GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ	106
A. Sözleşme Görüşmeleri Döneminde Doğan Koruma Yükümlülükleri	106
1. Sözleşme Öncesi Dönemde Doğan Yükümlülüklerin Hukuki Temeli	106
2. Sözleşme Öncesi Yükümlülüklerin Tabi Oldukları Hukuki Rejim	108
B. Sözleşme Süresince Devam Eden Yan Yükümlülükler	110
C. Sözleşmenin Sona Ermesinden Sonra Etkisi Devam Eden Yan Yükümlülükler	110
1. Etkisi Devam Eden Yükümlülük Kavramı	110
2. Hukuki Niteliği İtibariyle Yan Yükümlülük Olmaları	111
3. Etkisi Devam Eden Yan Yükümlülüklerin Özellikleri	112
4. Varlık Süresi	115
IV. KONULARINA GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ	117
A. Hazırlama, Sağlama ve Muhafaza Yükümlülükleri	117
B. Sözleşmenin Amacına Sadık Davranma, Amacı Tehlikeye Düşürmeme ve Sözleşmeye Sadakat Yükümlülüğü	119
1. Kavram	119
2. Örnek Haller	120
C. Açıklama, Bilgilendirme ve Aydınlatma Yükümlülükleri	122
1. Kavram	122
2. Örnek Haller	124
3. Özel Olarak Sigorta Ettirenin Bildirim Yükümlülüğünün Niteliği	126
D. İş birliği Yapma Yükümlülüğü	128

1. Kavram	128
2. Örnek Haller	130
a. Genel olarak	130
b. İfa engelleri hukukunda	130
c. Resmi izin ve onay gereken hallerde	130
d. Sözleşme görüşmeleri döneminde doğan iş birliği yükümlülükleri	131
E. Yeniden Müzakere Yükümlülüğü	132
F. Koruma ve Gözetme Yükümlülükleri	136
G. Özen Yükümlülüğü	137
H. Gizlilik ve Sır Saklama Yükümlülüğü	139
İ. Sürdürülebilirlik Klozları	140

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§3. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİNİN BORCA AYKIRILIK SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ VE İHLALİN SONUÇLARI

I. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİNİN BORCA AYKIRILIK SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ	143
A. Karşılaştırmalı Hukukta Yan Yükümlülüklerin İhlali	144
1. Alman Hukukunda Yan Yükümlülüklerin İhlali	144
2. Fransız Hukukunda <i>Obligation de Sécurité</i> İhlali	148
3. Uluslararası Sözleşme Hukukundaki Yeni Yaklaşımlar Işığında Yan Yükümlülüklerin İhlali	149
B. Türk ve İsviçre Hukuklarında Yan Yükümlülüklerin İhlali	150
1. Borca Aykırılık Sistemine Genel Bakış	150
2. Yan Yükümlülüklerin İhlalinin Borca Aykırılık Sistemindeki Yeri	154
a. Yan yükümlülüklerin ihlali kavramı	154
b. Terminoloji sorunu	155
3. Çalışmada Benimsenen Terminoloji	158
II. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK HUKUK KURALLARININ TESPİTİ	160
A. Genel Hükümlerin Uygulanabilirliği	160
1. Öğretideki Görüşler	160
2. Değerlendirme	163
B. Borcun Konusuna Göre Yan Yükümlülüklerin İhlaline Uygulanacak Hükümler	165
1. Yükümlülüğün Koruduğu Menfaatin Türüne Göre Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi	166
2. Yükümlülüğün Konusuna Göre Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi	167
C. Koruma Yükümlülüklerinin İhlalinin Haksız Fiil Sorumluluk Rejimi ile İlişkisi	170

III. ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER	175
A. İş Görme Sözleşmelerinde Özen Yükümlülüğünün İhlali	175
B. Sözleşmenin İhlalinin Öngörülebilmesi	179
1. Türk ve İsviçre Hukukundaki Görüşler	179
2. Değerlendirme	181
C. Sözleşme Görüşmeleri Döneminde Doğan Yan Yükümlülüklerinin İhlaline İlişkin Özel Rejimler	181
1. <i>Culpa in Contrahendo</i> Sorumluluğu	182
2. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu	183
a. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yan yükümlülüklerin ihlaliyle ilişkisi	183
b. Taleplerin yarışması	185
3. Aldatma Nedeniyle İrade Sakatlığından Doğan İptal Hakkı	187
a. İptal hakkının hukuki niteliğine ilişkin genel açıklama	187
b. Aldatılanın bir yan yükümlülüğün ihlali nedeniyle korunması	188
4. Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali	191
IV. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ HALİNDE TANINACAK HUKUKİ İMKÂNLAR	194
A. Ödemezlik Def'i	195
B. Aynen İfa Talebi	197
C. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi	200
1. Özel Hüküm Gereği Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı	200
2. Borca Aykırılığa İlişkin Genel Hükümlerin Uygulanmasıyla Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı	201
a. TBK m. 112 hükmü kapsamında sözleşmeden dönme	202
b. TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeden dönme	207
c. Değerlendirme	208
3. Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Koşulları	210
a. Temel koşul olarak yan yükümlülüğün ihlalinin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması	210
i. Alman hukukunda	211
ii. İsviçre hukukunda	212
iii. İngiliz hukukunda	213
iv. Türk hukukunda	217
b. Süre verilmesi veya ihtarda bulunulması gerekliliği	220
D. Tazminat Talebi	221
1. Tazminat Sorumluluğunun Doğmasının Şartları	221
2. Sorumluluğun Kurulması Bakımından Özel Durumlar	222
a. Tazminat talebinin tabi olduğu hükümler	222
b. Yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluk	223
c. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde talep hakkı sahibi	224

3. Tazmini Talep Edilebilir Zararın Kapsamı	225
a. İfa yerine tazminat talep edilmesi ve aynen ifa talebine ek olarak tazminat talebi halinde	225
i. TBK m. 112 ve TBK m. 125/1-2'ye göre tazmin edilecek zararın niteliği	225
ii. Yan yükümlülüklerin ihlalinde olumlu zararın tazmini	227
b. TBK m. 125/3'e göre sözleşmeden dönme imkânına başvurulmasıyla beraber zararın tazmininin talep edilmesi	228
4. Tazmin Edilecek Zarar Türlerine Genel Bakış	229
5. Ceza Koşulu, Götürü Tazminat veya Sorumsuzluk Anlaşmasına Yer Verilmesi	233
a. Sorumluluğun kapsamına yönelik anlaşmalar	233
b. Özel olarak ceza koşulunun incelenmesi	234
E. Karşı Edimin Uyarlanması	236
F. Zamanaşımı	238
1. Aynen İfa Talebine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Hususlar	238
2. Sözleşmeden Dönme Halinde İade Talebine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Hususlar	239
3. Tazminat Talebine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Hususlar	240
a. Zamanaşımı süresi	240
b. Zamanaşımı süresinin başlangıç anı	244
SONUÇ	247
KAYNAKÇA	260

KISALTMALAR LİSTESİ

Abs.	: Absatz
ACP	: Archiv für die civilistische Praxis
a.e.	: Aynı eser
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) / Pratique Juridique Actuelle (PJA)
Article/Artikel	: Art.
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
b.	: Baskı
BeckOK	: Beck'sche Online-Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 19. August 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (Alman Medeni Kanunu)
BGE / ATF	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof (Almanya Federal Mahkemesi)
BK	: Berner Kommentar
bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
BT-Drs.	: Deutscher Bundestag Drucksache 14/6040, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts
C.	: Cilt

CHK	:	Handkommentar zum schweizer Privatrecht
CISG	:	United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (Milletlerarası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi)
CO CR	:	Commentaire Romand
E.	:	Esas
Einl.	:	Einleitung
FS	:	Festschrift
HD	:	Hukuk Dairesi
HGer	:	Handelsgericht
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
İBD	:	İçtihatları Birleştirme Dergisi
Intro.	:	Introduction
JZ	:	Juristenzeitung
K.	:	Karar
krş.	:	Karşılaştırınız.
LG	:	Landgericht
MüKo	:	Münchener Kommentar
n.	:	Paragraf numarası
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
OFK	:	Orell Fussli Kommentar
OLG	:	Oberlandesgericht
OR	:	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)

(İsviçre Borçlar Kanunu)

OR 2020 : İsviçre Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Yönelik OR 2020 Tasarısı

PECL : Principles of European Contract Law
(Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)

PICC : UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016
(2016 tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri)

s. : Sayfa

Sa. : Sayı

SJZ : Scheizerische Juristen-Zeitung

ss. : Sayfa aralığı

Yarg. : Yargıtay

YİBBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

T. : Tarih

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

UNIDROIT : International Institute for the Unification of Private Law

vd : ve devamı

Vorbem. : Vorbemerkungen

ZGB : Zivilgesetzbuch

ZK : Zürcher Kommentar

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

Sözleşme; konusunu oluşturan esas edimleri eksenine alan ancak içeriği bunu aşarak sözleşme taraflarının haklarını, hukuki varlıklarını ve hukuken korunan menfaatlerini gözeten hak, yükümlülük ve ödevlerden oluşan geniş kapsamlı bir hukuki bağıdır. Karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan sözleşme ilişkisinden temel beklenti, esas amacı olan sözleşme konusu borcun ifası, yani asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir. Bu bağlamda sözleşmesel yükümlülüklerin fonksiyonları ve içerikleri bakımından yapılan asıl ayırım, edim yükümlülükleri (*Leistungspflichten*) ve yan yükümlülükler (*Nebenpflichten*) ayırımıdır. Bu tasnif; yükümlülüklerin kaynağı, içeriği ve ihlalinin hukuki sonuçlarını temel alan bir ayırımdır. Ancak ekonomik hayatın dinamikleri ve sosyal etkileşimler, alacak hakkının dışında, tarafların ifa menfaatine ve bütünlük menfaatine yönelik diğer yararların da makul ölçüde korunmasını zorunlu kılar¹. Bu menfaatlerin hukuken korunabilmesi için, bunları ihlal eden veya potansiyel olarak ihlal edebilecek konumunda olan kişinin, bu menfaatlerin sahibine karşı yasal veya sözleşmesel bir yükümlülük altında olması gerekir. Roma-germen hukuk (*civil law*) sistemlerinde bu tür yükümlülükler, genel olarak “*yan yükümlülükler*” (*Nebenpflichten*) (*devoirs accessoires*) üst terimi altında anılmaktadır.

Yan yükümlülüklerin yasal temeli dürüstlük kuralıdır. Bu yükümlülüklerden, karşı tarafın ifa menfaatini (*Leistungsinteresse*) gözetmen ve güvence altına alanlara “*ifaya bağlı yan yükümlülükler (leistungsbezogene Nebenpflichten)*”, tarafların bütünlük menfaatini (*Integritätsinteresse*) (*l'intérêt à l'intégrité*) korumayı

¹ Hubert Ruhig, *Die Nebenpflichten im Schuldrecht (Versuch einer Einordnung in das Schuldverhältnis)*, Hamburg, 1963, s. 34; Karl Larenz, “Bemerkungen zur Haftung für ‘culpa in contrahendo’”, *Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, herausgegeben von Werner Flume, Peter Rausch, Ernst Steindorf, Berlin, Duncker/Humblot, 1975, ss. 397-419, s. 398.

amaçlayanlara ise “*koruma yükümlülükleri (Schutzspflichten)*” denir. Hukuk uygulamasına yansımamakla beraber İngiliz hukuk öğretisinde de aynı akıl yürütmeye rastlanmıştır. Bütünlük menfaatinin ihlalinin sözleşme ilişkisi bağlamında gerçekleşmesi halinde, benzer bir anlayışın hâkim olmadığı İngiliz öğretisinde Atiyah bu durumu şöyle değerlendirmektedir: Örneğin; işçinin vücut bütünlüğünün uğradığı zararın tazmini bağlamında uygulamada işverene haksız fiile (*tort*) dayanan bir dava açıldığını; ancak derinlemesine bir teorik analiz yapıldığında bu durumun, sözleşme kapsamında doğan bir *implied term* ihlali olur². Bu da sözleşme adaletini sağlamaya yönelik bu tür yükümlülüklerin arkasındaki düşüncenin, Kıta Avrupası hukukunu aştığını gösterir.

Sözleşmeden doğan yan yükümlülükler bakımından yapılan ayırım bu olmakla beraber, yoğun sosyal temasa dayanan *özel bir güven bağı (Sonderverbindung)* çerçevesinde bir araya gelen kişiler arasında da koruma yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisi kurulduğu kabul edilir. Sözleşmesel sorumluluk kurallarına tabi bu borç ilişkisi, “*sözleşme benzeri borç ilişkisi (rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnis)*” olarak adlandırılır. Yargı kararlarının da etkisiyle öğretilde geliştirilen güven sorumluluğu (*Vertrauenshaftung*), *culpa in contrahendo* sorumluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*), edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*) gibi kurumlar; işte bu özel güven bağı çerçevesinde karşı tarafın etkisine açtığı bir menfaati zarar gören tarafa, prensipte haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha avantajlı bir hukuki koruma sağlanması amaçlar.

Yan yükümlülüklerin kapsamlarının zaman içinde değişmesi ve kavramın içeriğinin genişlemesi, tarafların sözleşmesel sorumluluğunun doğmasının şartlarını

² “An action for personal injuries brought by an employee against his employer is, for instance, treated by lawyers as an action in tort and not for the breach of contract, even though it would have been conceptually perhaps more natural to base the employer’s duties on implied terms of the contract. (...) This itself perhaps shows that the way such claims get classified has more to do with practical convenience than careful theoretical analysis.”, bkz. P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of the Contract, New York, 5. Edition, ed. Peter Cane, Tony Honoré, and Jane Stapleton, Oxford University Press, 1995, s. 202.

ve kapsamını doğrudan etkilemiştir³. Thévenoz'un belirttiği gibi, yan yükümlülük kavramı son otuz yılda büyük bir önem kazanıp gelişim kaydetmiş, öğreti ve yargı kararlarıyla içeriği genişlemiştir⁴. Bunda şüphesiz modern ticaretin gelişmesi, üretim ve dağıtım ağlarının karmaşıklaşması, ekonomik ilişkilerde tarafların muhtemel zararlara karşı daha açık hale gelmesinin etkisi büyüktür. Diğer yandan yan yükümlülüklerin sosyal bir amacı da vardır. Yan yükümlülüklerle atfedilen tarafların ifaya yönelik menfaatlerini destekleme, bütünlük menfaatlerini koruma ve karar verme özgürlüğünü gözetme fonksiyonları; nihayetinde sözleşmesel risklerin daha adil şekilde dağılımının sağlanmasına ve sözleşme adaletinin gerçekleşmesine hizmet eder⁵. Bu anlamda yan yükümlülükler, denkleştirici adalet (*iustitia commutativa*) yaklaşımının sözleşme hukukundaki bir görünümüdür⁶.

Bununla beraber, yan yükümlülüklerin ihlalinin borca aykırılık sistemi içindeki ve özellikle sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi kategorisi altındaki yeri, en tartışma ihtiva eden meselelerdendir⁷. Bu nedenle yan yükümlülük kavramının ve yan yükümlülüklerin ihlalinin hukuki sonuçlarının tümevarım metoduyla ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında ele alınması, öğreti ve hukuk uygulaması açısından yol gösterici olacaktır. Diğer yandan, sözleşmesel risk dağılımının dengeli ve adil bir

³ Luc Thévenoz, Introduction aux Articles 97-109, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 6; Wolfgang Wiegand, Einleitung zu Art. 97-109, Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, n.6; Ruhig, s. 43.

⁴ Luc Thévenoz, Art. 97, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 23; Ernst de yan yükümlülüklerin ihlalinin, sözleşmenin müspet ihlalinin en önemli görünümü olduğunu belirtmektedir, bkz. Wolfgang Ernst, BGB § 280, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022, BGB § 280 n. 103. Aynı doğrultuda ayrıca krş. Rolf H. Weber / Susan Emmenegger, Vorbemerkungen zu Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020, n. 108; Felmann, Integration, s. 99; Ayrıca Türk hukukunda aynı doğrultuda bkz. Eyüp İpek, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 22.

⁵ Holger Sutschet, BGB § 241, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022, n. 89. Nitekim özel hukuk, hukuk felsefesi açısından sözleşmeye dayalı dayanışma ilişkisi olarak nitelendirilmektedir, bkz. Yasemin Işıktaç, Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.s. 47 vd.

⁶ Michael Stürner, Europäisches Vertragsrecht, Institutionelle und methodische Grundlagen, materielles Recht, Kollisionsrecht, de Gruyter, 2021, s. 242-243 n. 14.

⁷ Wolfgang Wiegand, Art. 97, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, n. 32.

şekilde gerçekleştirilebilmesini amaçlayan yan yükümlülüklerin içerdiği münferit yükümlülükler ve kapsamları açısından *a priori* ilkeler getirmek mümkün değildir. Kavramın, sözleşme adaletini sağlamadaki yeri dikkate alındığında bu beklenilir bir sonuçtur. Ancak hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanabilmesi için öğretideki görüşler ve yargı kararları ışığında, yan yükümlülüklerin kapsamı ve özelliklerine ilişkin bazı tasniflerin yapılması gerekir. Nitekim özellikle dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin içeriğinin somut olaya göre şekillendirilmesi, yargı organlarının isabetli içtihatlar oluşturmaması halinde hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından bir endişe oluşturabilir⁸. Bu açıklamalar ışığında yan yükümlülük kavramı ve yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçları, çalışma konusu olarak seçilmiştir.

II. ÇALIŞMADA İZLENEN YÖNTEM

Çalışmada sözleşmeden doğan yan yükümlülükler ve yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçları, borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde temel ilkeler ışığında ve tümevarım metoduyla ele alınacaktır. Konuya ilişkin araştırma, karşılaştırmalı hukuk ekseninde bağlamında, bilimsel görüşlerin değerlendirilmesi ile Almanya, İsviçre ve Türk yargı kararlarının incelenmesi ışığında yürütülmüştür. Kavramlar ve teorik tartışmalar, konunun tarihsel gelişimine paralel olarak sırasıyla Alman Hukuku, İsviçre hukuku ve nihayetinde Türk hukuku açısından aktarılmıştır. Ayrıca diğer hukuk sistemlerinde kabul edilen mütekabil kavramların tespiti ve özü itibarıyla karşılaştırılması amacıyla İngiliz ve Fransız hukuklarındaki benzer kavramlar incelenmiştir.

Çalışmada benimsenen temel yaklaşım; yan yükümlülüklerin kapsamı ve ihlalinin sonuçları belirlenirken, somut sözleşme ya da sözleşme benzeri hukuki ilişkinin doğasının dikkate alınması ve sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesinin titiz bir değerlendirmeye tabi tutulmasına dayanmaktadır. Bu bağlamda yapılacak her değerlendirmede, benzer tür hukuki işlemlerde objektif olarak

⁸ Aynı görüşte bkz. CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 6.

öngörülebiilecek ve olay özelinde ihlalin muhatabı taraf nezdinde makul surette doğabilecek olağan beklentilerin temel kriter teşkil ettiğı kabul edilmiştir.

III. KONUNUN SINIRLANMASI VE PLAN

Yukarıdaki açıklamalar ışığında tez çalışması üç ana bölümden oluşacaktır. Birinci Bölümde sözleşmeden doğan yan yükümlölükler teorik temelleriyle ele alınacak; bu kapsamda yan yükümlölük kavramı, yan yükümlölüklerin hukuki dayanağı ve sözleşmeden doğan edim yükümlölükleri ile külfetlerle ilişkisi incelenecektir. Bu bölümde cevap aranan iki temel soru vardır: İlk olarak, Roma-germen hukuk sistemlerinde yan yükümlölüklerin yasal dayanağı ve meşruiyetinin zemini ortaya konacaktır. Bu noktada, sözleşmeden doğan yan yükümlölüklerin kaynağının sözleşmeyle paralel olarak varlık gösteren ve dürüstlük kuralına dayanan bir yasal borç ilişkisi mi olduğu, yoksa dürüstlük kuralı yardımıyla sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna mı dayandığı sorusuna yanıt aranacaktır. İkinci olarak, edim yükümlölükleri ve yan yükümlölükler tasnifinin hangi kriterlere dayandığı, özellikle yan edim yükümlölükleri ile ifaya bağı yan yükümlölüklerin ayrımı ve bununla bağlantılı olarak, yan yükümlölüklerin edim yükümlölüklerinden ayırt edilmesinin pratik bir sonucu olup olmadığı tartışılacaktır.

Çalışmanın İkinci Bölümünde yan yükümlölük türleri; kaynağına göre (dürüstlük kuralından, kanundan ve sözleşmeden doğan yan yükümlölükler), koruduğı menfaatin türüne göre (ifaya bağı yan yükümlölükler ve koruma yükümlölükleri), etki anına göre (sözleşme öncesi dönemde doğan yan yükümlölükler, sözleşme süresince etki gösteren yan yükümlölükler ve sözleşme sonrasında etkisi devam eden yan yükümlölükler) ve konularına göre kategorize edilerek ana hatlarıyla incelenecektir.

Çalışmanın Üçüncü Bölümünde ise yan yükümlölüklerin ihlalinin sonuçları, tümevarım metoduyla ve esas olarak borçlar hukukunun genel esasları çerçevesinde incelenecektir. Burada cevap aranan ilk soru, yan yükümlölüklerin ihlalinin borca aykırılık sistemi içinde nasıl nitelendirileceğidir. Bu soruya verilen cevaba göre uygulanacak hükümler tespit edilecek, ihlalin hukuki sonuçları ve alacaklıya tanınan

yetkiler değerlendirilecektir. Bu kapsamda cevap aranacak sorulardan hukuk uygulaması bakımından en önem arz eden, yan yükümlölüklerin ihlali halinde alacaklının sözleşme hukukunun tanıdığı imkânlardan hangilerine başvurabileceği noktasında olacaktır. Eski öğretilerde bu sorunun cevabı genellikle alacaklının tazminat talebinde bulunabileceği ile sınırlanmakta, tazminat talebine konu olacak zarar konusunda ise değerlendirme yapılmadığı görölmektedir. Ancak yan yükümlölüklerin çeşitliliği ve ihlallerinin günümüz hukuk uygulamasında sıklıkla ve artarak gündeme geldiği dikkate alındığında, alacaklının sahip olduğu yetkiler daha kapsamlı düşünölmesi gereken bir konudur. Bu nedenle tazminat talebinin niteliği, tazmini talep edilen zararın türü ve uygulanacak zamanaşımı süresinin yanısıra; yan yükümlölüklerin ihlali halinde aynen ifa talebinin hangi şartlarda gündeme gelebileceği, esasen sinallagma ilişkisi çerçevesinde öngörölün sözleşme hukuku mekanizmaları olan ödemezlik def'inin kullanılması ve sözleşmeden dönme imkânı değerlendirilecektir.

Son olarak varılan sonuçlar ve konuya ilişkin değerlendirmeler Sonuç bölümünde sunulacaktır. Ayrıca sözleşme hukukunda benimsenen güncel yaklaşımlar ışığında TBK'nın borca aykırılık sistemi ile Türk hukukunun borca aykırılık sisteminin yeknesaklaştırılabilmesi adına, sözleşmeden doğan bütün yükümlölükleri ve borca aykırılık olgularını bütünsel olarak ele alan bir kanun maddesi önerisi ile çalışma tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

§1. YAN YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI

I. SÖZLEŞME İLİŞKİSİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE GENEL BAKIŞ VE YAN YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI

Geniş anlamda borç ilişkisi olan sözleşme; edim yükümlülükleri dışında bazı yan yükümlülükler, külfetler, yenilik doğuran haklar ve borca aykırılık halinde potansiyel olarak gündeme gelebilecek tali yükümlülükleri içeren kapsamlı bir hukuki bağdır⁹. Sözleşme görüşmeleriyle başlayan yoğun sosyal temastan ifa ile borçların sona ermesine kadar olan süreçte taraflar açısından farkı hak ve yükümlülükler doğar; ancak sözleşme görüşmeleri döneminde ve akabinde sözleşmenin kurulduğu anda tarafların esas odaklandıkları nokta, sinallagma ilişkisi içinde birbirinin karşılığını oluşturan asli edim yükümlülükleridir. Nitekim tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin hukuki olarak karakteristik unsuru da sinallagma ilişkisinin içeriğine göre belirlenir¹⁰. Buna karşılık sözleşme, hiçbir zaman boşluktan ari şekilde, ortaya

⁹ Claus-Wilhelm Canaris, “Ansprüche wegen ‘positiver Vertragsverletzung’ und ‘Schutzwirkung für Dritte’ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen”, *JuristenZeitung*, 13. August 1965, 20. Jahrg., Nr. 15/16 (13. August 1965), pp. 475-482, s. 478; Peter Jäggi, *Vorbemerkungen vor Art. 1-17, Obligationenrecht Art. 1-17, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar, Dritte, völlig neubearbeitete Auflage*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973, n. 105; Markus Neuenschwander, *Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht*, Verlag Stämpfli & CIE AG, Bern, 1971, s. 3; Eugen Bucher, “Schuldverhältnis’ des BGB: ein Terminus – drei Begriffe”, *Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, hrsg. von Eugen Bucher, C-W. Canaris et al., Bern (Stämpfli) / München (C.H. Beck) 2005, ss. 93-139, s. 115. Özellikle günümüzde sözleşmelerin elektronik ortamda ve aracı hizmet sağlayıcı niteliğindeki dijital platformlar üzerinden akdedilmesi, taraflar arasındaki hukuki ilişkileri daha da karmaşık hale getirmektedir. Elektronik ortam üzerinden kurulan sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul, Legal Yayınları, 2007, s. 71 vd.

¹⁰ Hubert Stöckli, *Das Synallagma im Vertragsrecht: Begründung - Abwicklung - Störung*, Schulthess Juristische Medien AG, 2008, n. 77.

çıkabilecek bütün olguları öngörüp düzenleyecek şekilde kurulamaz. Ne taraflar sözleşme bağlamında gündeme gelecek bütün olayşarı ve uyumsuzlukları öngörebilir, ne de bunu yapmaya çalışmak zamanı verimli kullanmak ve masraflardan kaçınmak adına makul bir çaba olur. Bu nedenle sözleşmedeki boşlukların doldurulması, sözleşmenin yorumlanmasını ve tamamlanmasını gerektirir¹¹. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan olgular ışığında sözleşmede boşluk bulunduğu tespit edilmesi halinde, boşluğun tamamlanması için uygulanacak yasal düzenlemeler ve dürüstlük kuralı yardımıyla varılacak yükümlülükler de sözleşmenin içeriğine dâhildir¹². Bu nedenle, kapsamı ve dinamik yapısı gereği sözleşme; bir ‘yapı (Gefüge)’’, bir ‘süreç (Prozess)’’ veya bir ‘organizma (Organismus)’’ya benzetilmektedir¹³.

Sözleşmenin dinamik yapısına dâhil hak, yetki ve ödevlerden çalışmamız bakımından önem arz edenler, tarafların sözleşmeden doğan yan yükümlülükleridir. Yukarıda açıklandığı gibi sözleşme kurulurken tarafların odağında temel olarak edim yükümlülükleri (*Leistungspflicht*) yer alır. Sözleşmeden doğan edim yükümlülükleri, birincil yükümlülüklerdir (*primäre Pflichten*) (*les obligations principales*). Edim

¹¹ Eva Maria Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2000, s. 174; Carsten Stölting, Vertragsergänzung und Implied Terms, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts, München, Sellier European Law Publishers, 2009, s. 69. İngiliz hukukunda Atiyah da aynı hususu vurgulamaktadır, krş. Atiyah, .s 201 vd.

¹² Ariane Morin, Art. 1, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 55. Nitekim sözleşmeden doğan yükümlülük ve ödevlerin yerine getirilmesinde izlenecek temel kurallar; taraflar arasındaki anlaşma, yasanın emredici hükümleri ve bunları tamamlayıcı nitelikteki yedek yasal hükümleri ile Medeni Kanun’un 2. maddesinde yasal dayanağını bulan dürüstlük kuralıdır, bkz. Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2008, s. 82, n. 230; Larenz, Bemerkungen zu CiC, ss. 397-419, s. 398; Mattias Prange, Schutzpflichtverletzungen – Eine Untersuchung am Beispiel der Haftung zwischen den Verbundpartnern beim Widerrufsdurchgriff, Nomos, 2020, s. 60-61; Gökhan Antalya/Murat Topuz, Medeni Hukuk, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, n. 1958; İpek, s. 14-15 ve a.e., s. 20 vd.; İbrahim Aydın, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara, 2004, s. 30. Ayrıca BGE 120 II 331 n. 5a; BGE 112 II 172 n. I/2b.

¹³ Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Auflage herausgegeben und ergänzt von Eberhard Müller, Berlin, 1913, s. 26; Dieter Medicus / Stephan Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2015, n. 8; Sözleşme ilişkisinin kapsamlı, değişen ve gelişen bir hukuki ilişki olduğuna ilişkin görüşlerin ayrıntılı açıklaması için bkz. Ruhig, s. 32 vd., Kai Kuhlmann, Leistungspflichten und Schutzpflichten: Ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungsrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, s. 46-47; Selahattin Sulhi Tekinay / Servet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 6.

yükümlülükleri, sözleşmeye karakteristik unsurunu verir ve sinallagma ilişkisi içinde birbirlerinin karşılığını oluşturur¹⁴. Fakat taraflar, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla edimin ifasına kadar geçen süre içinde, hatta ifadan sonra dahi gerçekleşebilecek olay veya ortaya çıkabilecek olguları çoğu zaman tam olarak öngöremez. Bu durumda, kanundan ya da dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler devreye girerek tarafların öngörmediği ya da müzakereye dâhil etmedikleri noktaları doldurulur¹⁵. Sözleşmeden doğan edim yükümlülükleri arasında sayılmayan; ifa menfaatine hizmet eden ya da bütünlük menfaatini koruyan diğer bütün yükümlülükler, yan yükümlülük (*Nebenpflicht*) (*obligation accessoires* ya da *devoir accessoire*) olarak adlandırılır¹⁶.

A. Edim Yükümlülükleri

1. Asli Edim Yükümlülüğü

Asli edim yükümlülüğü; sözleşmeye karakteristik unsurunu veren, sözleşmenin kurulma amacıyla doğrudan bağlantılı olan ve isimli sözleşmelerde sözleşmeye tipini veren edim yükümlülüğüdür. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin kurulması bakımından objektif esaslı unsurlardır (*essentialia negotii*)¹⁷. Sözleşmenin niteliğine

¹⁴ CR CO I-Morin, Art. 1 n. 56; Christoph Müller, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2018, n. 223; Fikret Eren / Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1 – 48, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 44 n. 12.

¹⁵ Kuhlmann, s. 104-105.

¹⁶ Ruhig, s. 35; CR CO I-Morin, Art. 1 n. 56; BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR, n. 210; Theo Guhl / Alfred Koller, §§1-47 Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2000, §2 s. 11, n. 25; Fikret Eren / Ünsal Dönmez, “§6. Borç İlişkisinin İçerdiği Hak Ve Yükümlülükler”, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1 – 48, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, n. 12; Bilgehan Çetiner / Andreas Furrer / Markus Müller-Chen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 27 n. 63.

¹⁷ Gregor Bachmann, BGB § 241, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, 9. Auflage, 2022, n. 35; Medicus/Larenz, s. 48, n. 108; CR CO I-Morin, Art. 1 n. 57; Claire Huguenin, Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von Eva Maissen, Barbara Meise, Tina Huber-Purtschert, Zürich/Basel/Genf, Schulthess Juristische Medien, 2019, §1 n. 98; Ingeborg Schwenzer / Christiana Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2020, §4 n. 21; Oliver Chapuis, Responsabilité et Devoirs

göre edim sonucunu (*Leistungserfolg*) (*obligation de résultat*) veya edim davranışını (*Leistungshandlung*) (*obligation de moyen*) konu alır¹⁸. Örneğin bir satış sözleşmesinde, satıcının satım konusu şeyin mülkiyeti devretme amacıyla zilyetliğini devretme yükümlülüğü, satış sözleşmesi bakımından satıcının asli edim yükümlülüğüdür. Buna karşılık alıcının satış bedelini ödeme borcu da onun asli edim yükümlülüğüdür. Satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün konusu edim sonucu iken, vekâlet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi gibi iş görme sözleşmelerinde ise edim fiili esas alınır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı ve borçlunun asli edim yükümlülükleri, sinallagma ilişkisinde birbirinin karşılığını oluşturur¹⁹. Bunun sonucu ise yasa koyucunun sinallagma ilişkisine önem atfettiği hallerde²⁰, asli edim yükümlülüğünü ihlal eden borçluya karşı alacaklının bazı yasal imkânlarla sahip olmasında görülmektedir. TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'ini ve TBK m. 98 uyarınca ifa güçsüzlüğü def'ini ileri sürme hakkı, TBK m. 125 uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonucu olarak alacaklının sahip olduğu seçimlik haklara sahip olması yasanın karşılık ilişkisi temelinde düzenlediği hukuki imkânlarla örnektir²¹. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. maddesine göre yabancılık unsuru bulunan sözleşmede hukuk seçimi yapılmamışsa, sözleşmeden doğan uyumsuzluğa uygulanacak maddi hukukun tespitinde de asli edim yükümlülüğü belirleyici rol oynar²².

Accessoires Découlant d'un Contrat: le Régime de Responsabilité Applicable à la Violation des Devoirs Accessoires Découlant d'un Contrat et notamment à la Violation des Devoirs de Protection, Basel ; München; Helbing & Lichtenhahn, 2005, s. 62; İpek, s. 53.

¹⁸BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 13; Rona Serozan, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt III, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 33-34.

¹⁹ Medicus/Larenz, s. 49, n. 108.

²⁰ Yasanın sinallagma ilişkisine özgü düzenlemeleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Stöckli, n. 58 vd; İpek, s.55.

²¹ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 211.

²² Nataša Hadžimanović, Auslegung und Ergänzung von Verträgen: vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Schulthess, 2006, s. 100-101.

2. Yan Edim Yükümlülüğü

a. Yan edim yükümlülüğü kavramı

Taraflar, sözleşmeye esas karakterini veren asli edim yükümlülüklerinin yanında başka tür bazı edimlerin ifasını da sözleşme serbestisi ilkesi gereği aynı sözleşmede kararlaştırabilir ya da böyle yükümlülükler bir yasal düzenlemeden veya dürüstlük kuralından doğabilir²³. Yan edim yükümlülükleri (*Nebenleistungspflichten*) olarak adlandırılan bu yükümlülükler, sözleşme düzleminde asli edim yükümlülüğüne nazaran ikincil bir konumda olsalar da kendilerine özgü amaçları olan ve bağımsız içerikte birer edim yükümlülüğü teşkil ederler. Bir görüşe göre yan edim yükümlülükleri de taraflarca kararlaştırmışsa sinallagma ilişkisi içinde yer alabilir²⁴. Aksi görüşe göre ise yan edim yükümlülükleri sinallagma ilişkisine dâhil değildir ve özellikle ihlalleri halinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşılık ilişkisine bağlanan imkânlar doğmaz²⁵.

Asli edim yükümlülükleri sözleşmenin objektif esaslı unsuru ve isimli sözleşmelerde sözleşmeye karakteristik unsurunu veren yükümlülük iken, yan edim yükümlülükleri ise subjektif esaslı unsur (*accidentalia negotii*) niteliğindedir²⁶. Yan edim yükümlülüklerinin tespiti ve asli edim yükümlülüğünden ayırt edilmesi bakımından şu noktaya dikkat edilmelidir: Taraflarca kararlaştırılan ve kanunda öngörülen bir yan edim yükümlülüğü, bağımsız bir içeriğe sahip olup kendine ait bir ifa menfaati taşısa da asli edime nazaran sözleşmenin kurulması kararına etkisi bakımından ikinci derecede öneme sahiptir²⁷. Daha açık bir ifadeyle, yan edim

²³ Dirk Olzen, § 241 BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 241-243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung, Berlin, Sellier / de Gruyter, 2019, n. 166; MüKoBGB/Bachmann, 9. Aufl. 2022, n. 38.

²⁴ Stöckli, n. 55; Medicus/Larenz, s. 49, n. 109; Hans Christoph Grigoleit, “Leistungspflichten und Schutzpflichten”, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, herausgegeben von Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller, Verlag C.H.Beck München, 2007, s. 279; Havutçu, s. 20.

²⁵ Oğuzman/Öz, n. 1742.

²⁶ Ernst A. Kramer / Bruno Schmidlin, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, 1986, n. 93; İpek, s. 56.

²⁷ BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 93; Tamer İnal, 6098 satılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 304; İpek, s. 57.

yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğü kararlaştırıldıktan sonra ve onun vesilesiyle mevcuttur. Tarafların sözleşmeyi akdetmekteki asıl gayesi, yan edim yükümlülüğü değildir. Eğer taraflar için eş değer öneme sahip iki edim yükümlülüğü kararlaştırılmışsa bu takdirde iki asli edim yükümlülüğü söz konusu olur. Bu nedenle isimsiz sözleşmelerde birden fazla edim yükümlülüğü düzenlenmişse, bunların taraflar için arz ettiği önem dikkate alınarak asli edim yükümlülüğü mü yan edim yükümlülüğü mü olduğuna karar verilmelidir²⁸. Örneğin; bir taşınmazı konu alan kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini ödeme borcunun yanında bahçenin bakımını üstlenmesi halinde bahçenin bakımının yapılması, bir yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılmıştır²⁹. Diğer bir örnek olarak uygulamada sıklıkla rastlanılan hazır ofis kirası sözleşmelerinde ofis alanının kiralanmasının yanında sekreteryaya ve resepsiyon hizmetlerinin sunulması sözleşmeden kararlaştırılan yan edim yükümlülüklerinin konusunu oluşturur. Yine kira sözleşmesi açısından, yasadan doğan yan edim yükümlülüklerine örnek olarak TBK m. 317’de kiracının kiralananın olağan bakımı ve temizliği için gerekli giderleri ve m. 314’te de yan giderleri ödeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bunlar kiracının asli edim yükümlülüğü olan kiracının kira bedelini ödeme borcuyla temelde ilgili olmayan yükümlülükleridir. Diğer bir örnek olarak, eser sözleşmesinde malzemenin yüklenici tarafından sağlanması kararlaştırılmışsa bu da bir yan edim yükümlülüğüdür.

Yargıtay da bir kararında bilgisayar satımı ve üç yıl süreyle internet hizmeti sağlanmasına ilişkin sözleşmede bilgisayar satımını asli edim yükümlülüğü, internet hizmeti sağlanmasını ise yan edim yükümlülüğü olarak sözleşmenin kurulmasına etkisi bakımından ikinci öneme sahip olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle internet hizmetinin sözleşme kurulduktan belli bir süre sonra sağlanmamaya başlaması nedeniyle alıcının sözleşmeden dönemeyeceğine karar vermiştir³⁰. Gerçekten de

²⁸ Eren, yan edim yükümlülüklerinin yasadan veya sözleşmeden doğduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taşınmazı konu bir kira sözleşmesi akdeden taraflar; sözleşmede ayrıca bahçenin bakımının yapılması, taşınmazın ısıtma ihtiacını sağlamak için kömür sağlama gibi yan edim yükümlülüklerinin kararlaştırılabileceğini belirtmektedir. Yine bir satım sözleşmesi akdedildiğinde satılan makinenin kontrol edilmesi de bir yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılabilir, bkz. Eren/Dönmez, Borç İlişkisi, n. 20; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, n. 91.

²⁹ Örnek için bkz. Eren, n. 99.

³⁰ Yarg. 13. HD T. 25.11.2002, E. 2002/9489, K. 2002/12654.

burada internet hizmeti sağlanması, satılan bilgisayarın kullanımına bir etkisi olmayan, üçüncü kişilerden de temin edilebilecek bir sürekli edimdir. Bu nedenle sözleşme açısından yan yükümlülük sayılmaz³¹, yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilir.

b. Gerekli bir kavramı mı, *tertium non datur* mu?

Öğretide yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerin terminolojik kullanımları anlamında kavramsal bir karmaşa görülmektedir. Bazı yazarlarca yan edim yükümlülükleri olarak kabul edilen birçok yükümlülük, aynı zamanda ifaya bağlı yan yükümlülük için de örnek olarak belirtilmektedir. Hatta bazı yazarlar, açık bir dille ifaya bağlı yan yükümlülükler ile yan edim yükümlülüklerini eş anlamlı olarak kullanmaktadır³². *Huguenin* ise asli edim yükümlülüğü – yan edim yükümlülüğü – yan

³¹ Aksi görüşte olan Çetiner/ Furrer/Müller-Chen ise bunun bir bağımsız yan yükümlülük, Çalışmada benimsediğimiz terminolojiyle ifaya bağlı yan yükümlülük olduğu görüşündedir, bkz. Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 27 n. 63.

³² Krş. CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25; Alfred Koller, Art. 363, Berner Kommentar Obligationenrecht Der Werkvertrag: Begriff und Wirkungen, Art. 363-366 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1998, Art. 363 n. 268; Gauch, Der Werkvertrag, Zürich, 6. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien, 2019, n. 812; Aynı doğrultuda kullanım için ayrıca bkz. Rolf H. Weber, "Schutzpflichten - Ein Sozialstaatsgedanke?", "Freiheit und Zwang: rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Verlag Staempfli & Cie AG Bern, 1989, ss. 735-760, s. 738; Hans Giger, Art. 97 OR, Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, ed. Willi Fischer, Thierry Luterbacher, Dike Verlag AG, 2016, n. 22; Andreas Thier, Art. 97 OR, Kurzkomentar Obligationenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, n. 15.

Ayrıca Alman hukukunda da aynı eğilim görülmektedir, bkz. Staudinger/Olzen, §241 n. 147-152. Ingo Koller, 'Recht der Leistungsstörungen', Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, von Dr. Ingo Koller, Dr. Herbert Roth, Dr. Reinhard Zimmermann, LL.D., LL.D. (h.c.), München, Verlag C.H.Beck, 2002, s. 61; Sebastian Martens, BGB § 241, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023, n. 9; Weller, Die Vertragstreue: Vertragsbindung-Naturalerfüllungsgrundsatz-Leistungstreue, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, s. 239.

Buna karşılık Koller, bir başka eserinde yan yükümlülükler ve yan edim yükümlülüklerinin tanımındaki benzerliğe dikkat çekmekte; ayırt edilmesi zor farklı kavramlar olarak ele almaktadır. Yazar yan edim yükümlülüklerine örnek olarak alacağı devredenin alacak senedini teslim etme yükümlülüğü ile vekilin hesap verme yükümlülüğünü örnek olarak vermektedir. Ancak Yazar, ayrımda hangi kriter veya kriterleri esas aldığını ya da bu örneklerin yan edim yükümlülüğü olduğu sonucuna nasıl vardığını açıklamamaktadır, krş. Alfred Koller, OR AT I Band I Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Auflage, Stämpfli, 2022, s. 11 n. 2.29. Edis de alacağı devredenin belgeleri teslim etme yükümlülüğünü yan yükümlülükler olarak saymaktadır, bkz. Seyfullah Edis, Medeni

yükümlülük ayrımını azınlık görüşü olarak belirtmekte, kendisi ise asli yükümlülük ve yan yükümlülük ayrımını esas alarak yan yükümlülükleri dava edilebilir yan yükümlülükler (ifaya bağlı yan yükümlülükler) ve dava edilemeyen yan yükümlülükler (koruma yükümlülükleri) olarak ayırmaktadır³³. *Schwenzer/Fountoulakis* ve *Çetiner/ Furrer/Müller-Chen* de asli edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımını benimsemektedir³⁴. Alman hukukunda da öğretildeki yeni bir görüşün bu ayrımı esas aldığı belirtilmektedir³⁵. Türk hukukunda ‘kötü ifa’ kavramına ilişkin bir monografi kaleme alan *Aral*, yalnızca edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımı yapmakta, Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüşe göre yan edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinin yan yükümlülüklerin kapsamına girdiğini belirtmektedir³⁶. *Kocayusufpaşaoğlu* ise sözleşmeden doğan yükümlülükleri asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülükleri olarak ele almakta; yan yükümlülük kavramını kullanmamaktadır³⁷.

Kanımızca yan edim yükümlülüğü, sözleşmeden doğan borçların tasnifi açısından mutlak gerekli ve temel bir kavram değildir. Sözleşme çatısı altında birden fazla edim yükümlülüğünün düzenlenmesi gerekmez; sözleşme esas olarak asli edim yükümlülüğü ve bunun gereği gibi ifasına hizmet eden yan yükümlülükler olarak iki eksenle düşünülmelidir. Diğer yandan, kararlaştırılmaları veya kanunda öngörülmesi halinde gündeme gelen bir yan edim yükümlülüğü de başlı başına sözleşmeden beklenen esas menfaati temsil etmemesi itibarıyla asli edim yükümlülüğüyle aynı değerde değildir. Yukarıda anılan örneklerde olduğu gibi kira

Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1993, s. 316. Bu Çalışmada yan yükümlülükleri geniş kapsamda ele alan bir yaklaşım benimsendiğinden bu örneklerin ifaya bağlı yan yükümlülük olduğu kanaatindeyiz.

³³ Huguenin, §1 n. 105.

³⁴ Schwenzer/Fountoulakis, §4 n. 4.20; Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 26-27 n. 63.

³⁵ Staudinger/Olzen, §241 n. 152.

³⁶ Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Yetkin, 2011, s. 41. Serozan ise yan edim yükümlülüğü kavramını, ifaya bağlı yan yükümlülükleri karşılar şeklinde kullanmaktadır. Bu çıkarıma, özellikle eserin kaleme alındığı dönemde eski öğretinin yan edim yükümlülüğüne atfettiği özelliklerin örneğin aynen ifasının talebine elverişli olma niteliğinin yan edim yükümlülüğünde bulunmadığını belirtmesi nedeniyle varılmıştır, krş. Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 283-284.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BHG Cilt 1, §2 n. 15. Yazar, Çalışmamızda ifaya bağlı yan yükümlülük olarak ele alınan yükümlülükleri, yan edim yükümlülüğü olarak kabul etmektedir, bkz. a.e., §2 n. 13-14.

sözleşmesinde bahçenin bakımını üstlenme, ofis kirasında sekreteryaya ve resepsiyon hizmetlerinin sunulması ya da bilgisayar satışında ayrıca internet hizmeti sunma gibi bazı tür yükümlülükler, edim yükümlülüğüne nazaran sözleşmeyi akdetme niyetine veya sözleşmenin ifasına etkisi bakımından bir ikincil niteliktedir. Görüldüğü gibi yan edim yükümlülükleri, sözleşmenin konusuyla doğrudan ilgili olmayan ve kural olarak bir üçüncü kişiyle kurulacak başka bir sözleşmeye konu olabilecek nitelikte yükümlülüklerdir. Bu nedenle bileşik sözleşmelerde sıklıkla gündeme geldikleri söylenebilir. Diğer yandan, kira sözleşmesinde yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükleri karşılaştırmak gerekirse kira sözleşmesi bakımından kiralanın özenle kullanılması yan yükümlülük iken, yan giderlerin ödenmesi yan edim yükümlülüğüdür. Yine Yargıtay'ın anılan kararında belirtildiği gibi bir yan edim yükümlülüğüne aykırılık, çoğu zaman sözleşmeden dönme imkânı vermez.

Açıklanan nedenlerle Çalışmada sözleşmesel yükümlülükler, en temel sözleşme kurgusu açısından ele alınarak asli edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımı benimsenmiştir.

B. Tali Yükümlülükler

Edim yükümlülüklerinin ve yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde belirli şartlarda bunların yerini alan veya bunlara eklenen ikincil (tâli) yükümlülükler (*secundäre Pflichten*) doğar³⁸. İkincil yükümlülüğün klasik örneği, borca aykırılık dolayısıyla ortaya çıkan olumlu veya olumsuz zararın giderilmesine yönelik tazminat yükümlülüğüdür. İfa yerine olumlu zararın tazmini; borca aykırılığın türüne asıl borcun sona ermesi sonucu yeni bir tazminat borcunun doğması, asıl borcun içeriğinin değişerek yerini bir tazminat borcuna bırakması veya asıl borcun kapsamının genişlemesi yoluyla olabilir³⁹. Tazminat yükümlülüğünden

³⁸ Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I Allgemeiner Teil, 14. neubearbeitete Auflage, München, Beck, 1987, §24-I-a s. 369; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 35; BK OR-Müller, n. 224; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, n. 93; Eren/Dönmez, Borç İlişkisi, n. 15. İkincil yükümlülükler; asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerin ihlali halinde doğan tazminat yükümlülüğü olarak ortaya çıkar, bkz. Antalya, BHGH Cilt 1, n. 95.

³⁹ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 224.

başka, sözleşmede cezai şart veya götürü tazminat kararlaştırılmışsa, bu anlaşmadan doğan sözleşme cezası veya götürü tazminat da tarafların iradesine dayanan bir ikincil yükümlülüktür.

Diğer yandan, iade yükümlülüğü niteliğinde bir verme borcu da bir ikincil yükümlülük olabilir. Dönme nedeniyle tasfiyesine başlanmış bir sözleşme ilişkisi kapsamında ya da sona ermiş bir sürekli borç ilişkisinde sürenin sona ermesi üzerine verilen şeylerin iadesi borcunun doğması ikincil yükümlülük olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Ancak alacaklının aynen ifayı talep etmesi, esasında bir hukuki imkândan ziyade hakkın talebi niteliğinde olduğu için tali yükümlülük değildir⁴¹.

C. Külfetler

Külfet (*yüküm*) (*Obliegenheit*) (*incombance*), bir hakkın kaybedilmemesi için hukuk düzeni tarafından hak sahibi kişiye yüklenmiş olan belirli bir davranışta bulunma ödevidir. Külfet, yüklendiği kişi açısından bir zorlama teşkil etmez; yerine getirilmesi hak sahibinin yararına olan bir davranıştır. Külfetin bir muhatabı bulunsa dahi bu muhatabın dava ile ya da dava dışı olarak aynen ifaya talebinde bulunma hakkı yoktur. Zaten külfete uygun davranmamanın sonucu, külfetin yüklendiği kişinin hukuki durumunu kötüleştirir, yasanın öngördüğü hak veya yetkinin sağladığı avantajlı konumu elde edememesidir⁴². Bu nedenle külfetin yerine getirilerek hakkın kaybedilmemesinde muhatabın bir yararı da yoktur. Yasanın

⁴⁰ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 34; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 13.

⁴¹ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 32.

⁴² BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 226; Koller, OR AT 2022, s. 12 n. 2.32; Huguenin, §1 n. 107. Medicus/Larenz, s. 51, n. 115; Nejat Aday, Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları, Beta, 2000, s. 154 vd; Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 32 n. 54; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 91; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genişletilmiş 23. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2019, s. 45; Annette Kock, Nebenpflichten im UN-Kaufrecht: dargestellt am Beispiel der Pflichten des Verkäufers, Regensburg, S. Roderer Verlag, 1995, s. 14; Weller, s. 258-259. Külfet (*Obliegenheit*) kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Susanne Hähnchen, Obliegenheiten und Nebenpflichten: eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, s. 113 vd.

getirdiği bir ödevin yükümlülük mü külfet mi olduğu, yasanın yorumlanması ve bu kapsamda özellikle ödevle aykırı davranışın sonuçlarının değerlendirilmesiyle tespit edilir⁴³.

Külfet, bir yasa hükmünden doğabileceği gibi taraflar arasındaki anlaşmada da düzenlenebilir⁴⁴. İstisnai hallerde bazı külfetlerin kaynağının dürüstlük kuralı da olabilir⁴⁵. Külfetlerin yerine getirilmemesinin şartları yasada açıkça öngörülmemekle beraber, borca aykırı davranışa ilişkin şartların, bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır. Bu kapsamda, örneğin külfetin yerine getirilmesi ifa yardımcısına bırakılmışsa, ifa yardımcısının külfetleri yerine getirmemesinin sonuçlarından alacaklı sorumludur⁴⁶.

Külfetin klasik örnekleri satış ve eser sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa başvurulabilmenin şekli şartları arasında sayılan gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile sorumluluk hukuku bağlamında gündeme gelen zararı azaltma külfetidir⁴⁷. Keza sigorta hukukunda da külfetlere sıklıkla rastlanır⁴⁸.

Külfet veya yükümlülük olduğu tartışmalı olan ödevler de vardır. Alacaklının, borçlu tarafından kendisine sunulan ifayı kabul etmesi veya ifanın kabulü için gerekli

⁴³ Koller, OR AT 2022, s. 12 n. 2.33; Kılıçoğlu, s. 45. Diğer yandan, taraflar, yasanın külfet olarak öngördüğü bir ödevi yükümlülük, yükümlülük olarak öngördüğü bir ödevi ise külfet olarak kararlaştırabilir, bkz. Koller, OR AT 2022, s. 12 n. 2.33.

⁴⁴ Ruhig, s. 40-41.

⁴⁵ Zararı azaltma ödevi, İsviçre ve Türk hukuklarında külfet olarak değerlendirilmektedir. Zira bu ödevle aykırı davranış halinde, ödevin yüklendiği kişiye aynen ifa davası ya da tazminat davası açılmamaktadır, bkz. Pınar Altınok Ormancı, Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 17-18. Zararı azaltma külfetinin kaynağı dürüstlük kuralıdır, bkz. Altınok Ormancı, Zararı Azaltma Külfeti, s. 19; L. Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (3) 2015, ss. 775-814, s. 778.

⁴⁶ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 228; Kusura, hukuka uygunluk nedenlerine, beyanda bulunmaya ve ifa yardımcısına ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Aday, s. 207 vd.

⁴⁷ Medicus/Larenz, s. 51, n. 115; Koller, OR AT 2022, s. 12 n. 2.32; Thierry Luterbacher, Die Schadenminderungspflicht - Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schulthess Juristische Medien AG, 2005, s. 122, n. 181; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, BHG Cilt I, s. 32 n. 54; Kurt, Zararı Azaltma Külfeti, s. 778 vd.

⁴⁸ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 227.

hazırlıkları yapması bir görüşe göre külfet olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Tartışmalı olmakla beraber, TBK m. 138 bakımından sözleşmenin uyarlanmasının şartları ortaya çıkmışsa, uyarlanacak edimin alacaklısının, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin müzakerelere katılması bir görüşe göre külfet niteliğindedir⁵⁰.

D. Yan Yükümlülükler

1. Yan Yükümlülük Kavramı

Sözleşme ilişkisine giren tarafların bu hukuki işlemde temel beklentisi, edime yönelik olan menfaatleridir. Bu nedenle sözleşme bağlamında gündeme gelen temel yükümlülük, edim menfaatine (*Leistungsinteresse*) doğrudan hizmet eden asli edim yükümlülüğüdür. Sözleşme taraflarının üstlendikleri edim yükümlülükleri, sinallagma ilişkisini içinde birbirinin tam karşılığını oluşturur. Ancak sözleşme, sinallagma ilişkisi ve karşılıklı edim yükümlülüklerinden ibaret değildir; tarafların başka hak ve yükümlülükleri de vardır⁵¹. Nihayetinde sözleşmenin amacına ulaşmasını ve sözleşmenin amacına sadakatin eşlik ettiği bir ifayı (*eine loyale Vertragserfüllung*) temin eden yegâne etken sinallagma değildir⁵². Bu bağlamda yan yükümlülükler (*Nedenpflichten*); sözleşmeden, kanundan ya da dürüstlük kuralından doğan, edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmesine hizmet eden ya da sözleşme taraflarının bütünlük menfaatlerini güvence altına almayı amaçlayan yükümlülüklerdir⁵³.

⁴⁹ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 226; Heinz-Peter Mansel, BGB § 241, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, ed. 18. Auflage, C.H. Beck, 2021, n. 13; Rey ise aksi görüşte olup buna yönelik genellemeye karşı çıkmakta, alacaklının kabul ve gerekli hazırlıkları yapmasını ifaya ilişkin iş birliği edimleri (*erfüllungsrelevanten Mitwirkungsleistungen*) olarak adlandırmaktadır, bkz. Pascal Rey, Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, Schulthess Juristische Medien AG, 2019, n. 69.

⁵⁰ Başak Baysal, “Yeniden Müzakere Ödevi”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2015, ss. 185-198, s. 194 vd.

⁵¹ Stöckli, n. 55; CR CO I-Morin, Art. 1 n. 56; BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 210; Aral, s. 39.

⁵² Helmut Hoffmans, Nachwirkende Nebenpflichten von Schuldverhältnissen, Aachen, J. Mainz, 1986, s. 87.

⁵³ Huguenin, §1 n. 99; Wolfgang Wiegand, “Von der Obligation zum Schuldverhältnis”, Teil 1, recht 1997/3, s. 85-94, s. 91; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 275; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 63; Hadžimanović, s. 99; İnal, s 304; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 62-63; Antalya/Topuz, n. 1964.

Yan yükümlülüklerin içeriği ve kapsamı, somut olaydaki münferit sözleşmenin doğasına ve amacına, tarafların makul ve haklı beklentilerine göre belirlenir⁵⁴. Bu tespit, dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler için olduğu kadar, sözleşmeden ve bir kanun hükmünden doğan yan yükümlülükler için de geçerlidir. Zira kanunda doğan yan yükümlülükler, sözleşme adaletini sağlama amacı gereği çoğu zaman hâkime takdir yetkisi tanıyacak şekilde öngörülürken, sözleşmede düzenlenenler ise sözleşmenin yorumlanarak somut olaya uygulanmasını gerektirecek şekilde kaleme alınır.

Sözleşmede kararlaştırılan yan yükümlülükler, subjektif esaslı unsur (*accidentalita negotii*) niteliğindedir. Bu tür yan yükümlülükler kural olarak sinallagma ilişkisinde yer almaz⁵⁵. Bununla birlikte, sözleşmede kararlaştırılan bir yan yükümlülük, edimler arasındaki dengeyi sağlamak üzere aralarındaki anlaşmayla sinallagmaya dâhil edilebilir veya bir kanun hükmü gereği dâhil sayılabilir⁵⁶. Sinallagma, nihayetinde edim ve karşı edim üzerine inşa edilen bir mübadele yapısı

⁵⁴ Kuhlmann, s. 98; Irmgard Neumann, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988, s. 135; İpek, s. 73-74.

⁵⁵ Weller, s. 239; Schwenzner/Fountoulakis, §1 n. 4.25; Berger, AG, s. 81, n. 226; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 284; İnal, s. 304. Stöckli ise yan yükümlülüklerin de sinallagmaya ve edimin ifasına (*Leistungsprogramm*) dâhil olduğunu belirtmekle beraber, ihlalleri halinde, sinallagma ilişkisine bağlanmış hukuki imkânlarla başvurulamayacağını belirtmektedir, bkz. Stöckli, n. 57.

⁵⁶ Kuhlmann, s. 99; ‘Nebenpflicht’ terimini ‘yan edim yükümlülüğü’ olarak tercüme etmekle beraber aynı doğrultuda bkz. Cüneyt Pekmez, Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlilik Defi), 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 134. Kuhlmann, sözleşmeyle sinallagmaya dâhil edilmiş yan yükümlülük olarak ticari işletme satışı bakımından rekabet etmeme yükümlülüğünü örnek vermektedir. Weller de yan yükümlülüklerin ifasının sinallagma ilişkisi içinde özellikle para borcunun miktarını etkilediği hallerde sinallagmaya dâhil olduğunu belirtmektedir. Örneğin; satıcının, satılan bir makinenin montajı veya nakliye masraflarını üstlendiği haller bu duruma örnektir, bkz. Weller, s. 239.

Schwenzen/Fountoulakis, aslında yan yükümlülük olarak kabul edilen bir tür yükümlülüğün, taraflarca özel bir önem atfedilerek edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılabileceğini ve sinallagmaya dâhil edilebileceğini de belirtmektedir. Örnek olarak, satış sözleşmesi konusunun alıcı tarafından tekrar üçüncü bir kişiye satılması halinde, yan yükümlülük olarak kabul edilen paketleme yükümlülüğünün edim yükümlülüğü olarak kabul edileceğini belirtmektedir, bkz. Schwenzner/Fountoulakis, §1 n. 4.25. Kanımızca burada yine bir yan yükümlülük bulunmakla beraber, Üçüncü Bölümde açıklanacağı üzere bu bunun ihlali halinde borca aykırılık belirli bir ağırlığa ulaşır ve bu da alıcı açısından daha geniş yetkilere başvurma imkânı doğar. Aynı görüşte Pekmez, s. 134.

kurarak bunlar arasındaki bağlantıyı sağlar⁵⁷. Bu nedenle sözleşmeden doğan yan yükümlülükler de edim yükümlülükleriyle beraber bir tür geniş anlamda sinallagma ilişkisine dâhil olabilir. Özellikle sağlama, hazırlama ve muhafaza yükümlülükleri gibi verme borcunu konu alan yan yükümlülüklerin özel bir önem arz ettiği hallerde bu yükümlülükler de sinallagma ilişkisinin içeriğindedir. Örneğin; satılanın hassas niteliğinden ötürü zarar görmemesi için özel bir ambalaj içinde teslim edilmesi veya kurulumunun ustalık gerektirmesi nedeniyle montajının yapılması kararlaştırılmışsa bu olaylar özelinde paketleme yükümlülüğü veya montaj yükümlülüğü sözleşenler tarafından sinallagmaya dâhil edilmiştir.

2. Yan Yükümlülük Kavramının Teorik Dayanakları

a. Kavramın tarihsel gelişimi

Bugün anladığımız anlamda yan yükümlülüklerin kavramsal temeli, yirminci yüzyılın başına dayanan Alman Hukukunda ortaya çıkan koruma yükümlülükleri kavramına dayanmaktadır. Koruma ve gözetme yükümlülükleri kavramı zaman içinde öğretilde geliştirilmiş; sözleşme çatısı altında edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayrımı ise ilk kez Kress tarafından ortaya atılmıştır. Kress, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayrımına yaklaşan yaklaşımını; sözleşmeden doğan yükümlülükleri, yükümlülüğün muhatabı açısından *Erwerbsansprüche* ve *Schutzansprüche* olarak kategorize ederek oluşturmuştur⁵⁸. Daha sonra Stoll, hem sözleşme hem de sözleşme benzeri hukuki ilişkilerde koruma yükümlülüklerini incelemiştir. Yazar, koruma yükümlülüklerinin dürüstlük kuralından doğan özel bir

⁵⁷ Ulrich Klink, Causa und genetisches Synallagma: zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, s. 15; Stöckli, n. 42.

⁵⁸ Gregor Bachmann / Jan-Erik Schirmer, “Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik: Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten”, Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Jens Petersen, Hans Christoph Grigoleit, De Gruyter, 2017, s. 384-385; Franz Dorn, Franz Dorn, BGB § 241, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, n. 99; Roland Schwarze, BGB § 282, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2019, BGB § 282 n. 22.

güven ilişkisi (*Sonderverbindung*) çerçevesinde doğduğunu ve bu ilişkinin edim yükümlülüğü yüklediğini belirterek sözleşme benzeri hukuki ilişkilerde koruma yükümlülüğünün görünümünü şekillendirmiştir⁵⁹. Sözleşmeden doğan yükümlülükleri ise ifa menfaatine yönelik yükümlülükler ve korunma menfaatine yönelik yükümlülükler olarak incelemiştir⁶⁰; ancak Kress'in aksine hem ifaya bağlı yükümlülükleri hem de ifaya bağlı olmayan yükümlülükleri koruma yükümlülükleri potasında birleştirmiştir⁶¹. *Stoll*'un yaklaşımının temelinde, sözleşme veya sözleşme benzeri hukuki ilişki kapsamında bir araya gelen tarafların, bu özel sosyal bağ (*Sonderbeziehung*) vesilesiyle hukuki alanlarını diğer tarafın etkisine ve müdahalesine açmış olması, bunun da özel bir koruma ödevini beraberinde getirmesi düşüncesi yatar⁶². Yazarın temellerini attığı yaratılan güvene dayanan sorumluluk ve koruma yükümlülükleri kavramları, bugün genel olarak kabul görmektedir⁶³. *Stoll*'un görüşünü geliştiren *Canaris*; yeknesak borç ilişkisi (*einheitliches gesetzliches Rechtsverhältnis*) teorisiyle, hukuki temeli BGB § 242'ye dayanan bir yasal borç ilişkisinin taraflar arasında sosyal temasın (*geschäftlicher Kontakt*) başladığı an doğacağını kabul etmiştir⁶⁴.

Günümüzde Roma-germen hukuk sistemlerinde yan yükümlülükler; tarafların farazi iradesi, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, eşlik eden yasal borç ilişkisi gibi farklı hukuki dayanaklarla temellendirilerek sözleşmeden doğan yükümlülükler

⁵⁹ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 98. Kress'in aksine Stoll, yan yükümlülükleri koruma yükümlülüklerine indirgemistir, bkz. Staudinger/Schwarze, BGB § 282 n. 22.

⁶⁰ Bachmann/Schirmer, s. 386.

⁶¹ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 100.

⁶² Claus-Wilhelm Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", Juristen Zeitung, 18. Mai 2001, 56. Jahrg., Nr. 10, Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 30./31. März 2001 in Berlin (18. Mai 2001), ss. 499-524, s. 519; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 90; Ruhig, s. 34; Bernhard Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung: dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Bern, Stämpfli Verlag, 2000, s. 53 ve s. 76.

⁶³ Heinrich Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen, Mohr, 1936, s. 25 vd. Stoll, bu kavramın kurucusu olarak bilinmektedir, bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 98; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 281-282; Peter Loser, Vertrauenshaftung im Schweizerischen Recht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern, Stämpfli Verlag AG Bern, 2006, s. 555 vd; Eren/Ünsan, BG Şerhi Cilt I, s. 61-62 n. 37; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, n. 130 vd.

⁶⁴ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 104.

arasında kabul edilmektedir⁶⁵. Bütünlük menfaatinin korunması gayesiyle ortaya çıkan koruma yükümlülükleri kavramı geliştirilerek modern öğretilde ifaya bağlı yan yükümlülükleri de kapsar şekilde yan yükümlülükler ana başlığı altında incelenmektedir⁶⁶. Bir yandan sözleşme benzeri borç ilişkisi kavramı sayesinde haksız fiil hukukunun aksayan yönlerini gidermeye, diğer yandan ise sözleşme çatısı altında edim yükümlülüklerini ve sözleşmenin amacını tamamlayan ya da tarafların bütünlük menfaatlerini koruyan bazı yükümlülüklerle duyulan ihtiyaç, Alman Hukukundan sonra İsviçre Hukukunda ve akabinde Türk Hukukunda kavramın kabul edilmesini sağlamıştır⁶⁷.

b. Kavramın hukuki temeli

Alman Hukukunun aksine, Türk ve İsviçre hukuklarında yan yükümlülük kavramının açık bir yasal temeli yoktur⁶⁸; kavram, daha ziyade yargı kararları ve öğretilerdeki görüşlerle şekillenmiştir. Uygulamada sıklıkla rastlanan belirli yan yükümlülükler, pek çok sözleşme türü bağlamında karşımıza çıkar. Aydınlatma yükümlülüğü, özen yükümlülüğü, açıklama yükümlülüğü, iş birliği yükümlülüğü, muhafaza ve koruma yükümlülüğü, uyarı yükümlülüğü, öneride bulunma yükümlülüğü bunların başında gelir⁶⁹. BGB § 241'e benzeyen genel bir norm olmasa

⁶⁵ Krş. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 56; Türk hukukunda Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 45; Rona Serozan, "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 2, sayı. 3, 1968, ss. 108-129, s. 108 vd.

⁶⁶ Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 277; Schwenger/Fountoulakis, §67 n. 67.07; Hadžimanović, , s. 105.

⁶⁷ Stoll, s. 26; BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 144; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 14; Wiegand, Schuldverhältnis, s. 91; Schwenger/Fountoulakis, §67 n. 67.09; Oğuzman/Öz, n. 131; Eren, n. 85 vd; İnal, s. 222 vd; Yeşim M. Atamer, "Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini", Yargıtay Dergisi, C. 22, Ocak-Nisan 1996, Sa. 1-2, ss. 99-132, s. 107.

⁶⁸ BGB § 241'in yan yükümlülüklerin yasal temeli olduğu genel olarak ifade edilse de esasen bu husus, öğretilde görüş birliğiyle olarak kabul edilmemektedir. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. §1.II.A.1.a.

⁶⁹ BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 77; Ruhig, s. 31; Hänchen, s. 236; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34; Schwenger/Fountoulakis, §1 n. 423; Huguenin, §1 n. 100; Guhl/Koller, §2 s. 12, n. 26 vd; Oliver Chapuis, "Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein

da İsviçre ve Türk hukuklarında yan yükümlülüklerin kanundan⁷⁰, dürüstlük kuralından⁷¹ veya taraflar arasındaki sözleşmeden⁷² doğduğu genel olarak kabul edilmektedir. Hukuki niteliği, kapsamı ve ihlalinin sonuçları detaylı bir değerlendirmeyi gerektirmekle beraber, kanundan doğan veya taraflarca kararlaştırılan yan yükümlülüklerin hukuki dayanağı açıktır⁷³. Dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler ise tarafların sözleşmenin kurulduğu andaki açık veya örtülü iradelerine dayanmayıp doğrudan dürüstlük kuralından doğar ve somut olaydaki uyumsuzluk bakımından sözleşmedeki bir boşluğu tamamlar⁷⁴.

Özellikle dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin varlık nedeni sözleşme adaleti ve sözleşmesel yükümlülüklerin adil ve dengeli dağılımı ile açıklanabilir⁷⁵. Ancak bu yükümlülüklerin hukuk sistemi içindeki meşruiyetini açıklayabilmek adına hukuki temeli de ortaya konmalıdır. Yan yükümlülüklerin hukuki temelini dürüstlük kuralı (*TMK m. 2 / ZGB 2 / BGB § 242*) olduğu genel olarak kabul edilir⁷⁶; ancak dürüstlük kuralının rolü ve bu kabule nasıl dayanak sağladığı tartışmalıdır.

Begriff im Wandel?’, Aktuelle Juristische Praxis, 2005, ss. 653-667, s. 657; Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 67; Berger, AG, s. 82, n. 227.

⁷⁰ Nitekim Borçlar Kanunu’nun özel sözleşme ilişkileri kısmında birçok sözleşme türü için yan yükümlülükler düzenlenmiştir. Kanundan doğan yan yükümlülükler kural olarak emredici değildir, bkz. Hadžimanović, s. 106.

⁷¹ Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 282-283.

⁷² Weber, s. 738; Nitekim bu, irade özgürlüğü ve tarafların sözleşmenin konusunu ve içeriğini belirleme özgürlüğü ilkelerinin gereğidir, bkz. Hadžimanović, s. 106; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 284. Grigoleit’e göre taraflarca kararlaştırılan yan yükümlülüklerin edim yükümlülüklerinden farkı, edim arasındaki değişim ilişkisine ve sinallagma ilişkisinin dışında, hatta bunlardan bağımsız olmalarıdır, bkz. Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 284. Ancak bu, her sözleşme ilişkisi bakımından benimsenecek genel bir kabul değildir.

⁷³ Tekrar vurgulamak gerekir ki, kaynağı sözleşme veya bir kanun hükmü olan yan yükümlülüklerin hukuki temeli, aşağıda açıklanan teorilere göre dürüstlük kuralı değil, doğrudan kanun hükmüdür, bkz. Hans Peter Walter, ‘‘Auf dem Weg zum Schuldverhältnis - wo weiter? ’’, recht 2005, ss. 71-75, s. 73.

⁷⁴ CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 23.

⁷⁵ Bu açıdan yan yükümlülükler, özel hukuk kişileri arasındaki mübadale ilişkilerinde denkleştirici adalet (*iustitia commutativa*) amacına hizmet etmektedir. Çalışmada yan yükümlülük olarak kabul ettiğimiz ayıp ve zapttan ari şekilde teslim yükümlülüğünün makul ve dürüst beklentileri koruduğu için denkleştirici adalet anlayışını (*ausgleichende Gerechtigkeit*) ihtiva ettiğine ilişkin bkz. Claus-Wilhelm Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997, s. 14.

⁷⁶ Ernst Zitelmann, ‘‘Nichterfüllung und Schlechterfüllung’’, Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1911, s. 272; Claudia

i. Kaynağı dürüstlük kuralı olan yeknesak borç ilişkisine dayandığı görüşü

Öğretide savunulan bir görüşe göre yan yükümlülükler; taraflar arasında kurulan sözleşme görüşmeleriyle başlayan bir yoğun sosyal temasa dayanan, tarafların iradelerinden bağımsız ve hukuki dayanağı doğrudan dürüstlük kuralı olan bir yeknesak yasal borç ilişkisi (*einheitliches gesetzliches Rechtsverhältnis*) fiksiyonuna dayanır⁷⁷. Bu görüş, bugün BGB'nin temelindeki düşünciyi de etkileyerek yasal bir

Schubert, BGB § 242, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022, BGB § 242 n. 188; Wiegand, Schuldverhältnis, s. 89; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 35; Weber, s. 738; Schwenzer/Fountoulakis, §67 n. 67.07; Peter Gauch / Walter R. Schluep / Jörg Schmid / Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil - Band I, Schulthess Juristische Medien, 2020, s. 28-29, n. 117a ve s. 121, n. 2641; Rolf H. Weber / Susan Emmenegger, Art. 97, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020, n. 147; Christoph Müller, Art. 2 OR, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2018, Art. 2 n. 127; Peter Lehmann / Heinrich Honsell, Art. 2, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, ed. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, 2018, n. 11 ve n. 16; Ruhig, s. 44; Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 67; Dürüstlük kuralının, sözleşme ve sözleşme benzeri hukuki ilişkilerden doğan yan yükümlülüklerin varlık sebebi olarak kabul edilmesi bakımından öğretide iki gerekçe ileri sürülmektedir. İlk gerekçe, yan yükümlülük vasıtasıyla tarafların korunmasının bir fiksiyona dayandığı, dürüstlük kuralından doğan bir yeknesak yasal borç ilişkisi bulunduğunu kabul edilmesidir. İkinci ise sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin, dürüstlük kuralının bir yorum aracı olarak kullanılması ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla elde edildiğidir, bkz. Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 282; Alman hukukunda bu hususu vurgulayan bazı Alman Federal Mahkeme kararları için bkz. OLG Köln Urt. v. 23.3.2005 – 5 U 144/04, BeckRS 2005, 10362; OLG Karlsruhe, Urteil v. 24. 3. 2011 - 9 U 81/10; OLG Koblenz, Hinweisbeschl. v. 2.10.2014 – 3 U 540/14; OLG Düsseldorf, Urteil vom 01-06-1995 - 18 U 212/94; İsviçre hukukunda bu hususu vurgulayan bazı İsviçre Federal Mahkeme kararları için bkz. Sözleşmenin hakim tarafından dürüstlük kuralına dayanılarak tamamlandığına ilişkin bkz. BGer 4A_626/2011 E. 2.2.1; Sözleşmenin dürüstlük kuralı yardımıyla tamamlayıcı yorumu ile yan yükümlülüklerin kabul edildiğine ilişkin bkz. 4A_494/2010 E. 4.1; 4A_306/2009 E. 6.1; BGer, 8.2.2010, 4A_306/2009, n. 6.1 ve ayrıca diğer kararlar için bkz. BGE 134 III 390 E. 4.3.2 S. 395; BGer, 7.12.2010, 4A_494/2010, n. 4; BGE 120 II 331 (337, n. 5a); BGE 112 II 172 (179, n. 1.2b); BGer 4C.202/2002 E. 4.1; ve Türk hukukunda dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülüklerini, sözleşme benzeri borç ilişkileri için kabul eden Yargıtay kararları için bkz. Yarg. HGK, T. 6.5.1992, E. 1992/13-213, K. 1992/315; Yarg. 4. HD, T. 18.06.2003, E. 2003/3444, K. 2003/7953; Yarg. HGK, T. 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239; Yarg. 11. HD, E. 2020/4933, K. 2021/2006, T. 4.3.2021; Yarg. HGK, 01.12.2010, 13-593/623 (İBD 2011, C. LXXXV, S. 3, s.146).

⁷⁷ Alman hukukunda birçokları yerine bkz. Canaris, Ansprüche, s. 477 ve Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, Beck, 1971, s. 538; Wolfgang Thiele, “Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung”, Juristen Zeitung 1967, ss. 649-657, s. 654; Stölting, s. 119. Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda koruma yükümlülüklerinin temeli olarak açıklanan teori, yeknesak yasal borç ilişkisi teorisinin de selefi olan, Hans Dölle'nin sosyal temas (*sozialer Kontakt*) teorisi'dir, bkz. Hans Dölle, “Aussergesetzliche Schuldspflichten”, Zeitschrift für die gesamte

zemine kavuşmuştur. Böylece yan yükümlülük kavramı, hukuki temelinin taraf iradesine mi yoksa sözleşmeye eşlik eden bir yasal borç ilişkisine mi dayandığı sorularına yer bırakılmaksızın 2002 Reformuyla Alman Medeni Kanun’unda tanınmıştır⁷⁸. Günümüzde bu görüş⁷⁹, İsviçre hukukunda⁸⁰ ve Türk hukukunda⁸¹ da giderek daha fazla yazar tarafından savunulmaktadır.

Yeknesak borç ilişkisi görüşü kapsamında sözleşme müzakereleri dönemi ve sözleşmenin kurulmasından sonraki dönem arasındaki bütünlük genel kabul görmekle beraber, iki dönem arasındaki ilişki birlik teorisi (*Einheitsheorie*) ve dönüşüm teorisi (*Umschlagsheorie*) olmak üzere iki farklı yaklaşımla açıklanmaktadır⁸². Bu tartışma günümüzde güncelliğini kaybetmiş olsa da anılan iki yaklaşım kısaca şu şekilde açıklanabilir. Sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası dönemde doğan yükümlülüklerin dayandığı yasal borç ilişkileri ile sözleşmenin birlikte varlık gösterdiği görüşü, birlik

Staatswissenschaft. 103, 1943, ss. 67-102, s. 67 vd. Koruma yükümlülüklerinin temelini tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. Weber, s. 746 vd.

⁷⁸ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 57; MüKo-Schubert, BGB § 242 n. 192.

⁷⁹ Genel kabul görmekle beraber, yeknesak borç ilişkisi teorisi; Gernhuber tarafından yasal ve sözleşmesel borç ilişkilerinin örtüştüğü durumlara cevap verememesi ve koruma yükümlülüklerinin bütün sözleşmesel yükümlülüklerle teşmili halinde sözleşmenin amacını (*Vertragszweck*) ortadan kaldırması nedeniyle eleştirilmiştir. Larenz ve Dorn ise sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu dışında üçüncü bir sorumluluk rejimi yaratarak sorumluluk hukukunu karmaşıktırdığı noktasında eleştiri getirmektedir, bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 104.

⁸⁰ Bu görüşün İsviçre hukukunda yaygınlaştığı yönünde bkz. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 35; Huguenin, §17 n. 1523; Chapuis, Haftung, s. 665; Walter, Schuldverhältnis, s. 72. Bununla beraber Huguenin yeknesak yasal borç ilişkisi kavramını reddetmemekle beraber mesafeli bir yaklaşım göstermekte, sözleşme benzeri hukuki ilişkiye dayanan talep kavramına başvurulmasını yeğlemektedir, krş. Huguenin, §17 n. 1523.

İsviçre hukukunda bu görüşü savunanlar için bkz. Neuenschwander, s. 52-53; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 35; Wiegand, Schuldverhältnis, s. 91; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. Zu Art. 97-107 n. 92 vd. ; Andres Furrer / Rainer Wey, Art. 97, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, Art. 97 n. 59; özellikle n. 93; Hadžimanović, s. 107-109; Loser, s. 558; Chapuis, Haftung, s. 658 ve dn. 71'deki yazarlar; Alfred Koller, OR AT Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli, 2017, § 2, N 89; Alfred Koller, “Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen”, Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle, 12/1992, ss. 1483-1500, s. 1486; İfaya bağlı yan yükümlülüklerin sözleşmeye, koruma yükümlülüklerinin yasal borç ilişkisine dayandığı hakkında bkz. Berger, AG, §26 n. 1750.

⁸¹ Türk hukukunda Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 310; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, n. 2350; İnal, s. 302 vd.

⁸² Ayrıntılı inceleme için bkz. Aral, s.52 vd.; Huriye Reyhan Demircioğlu, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 143-145; Aydın, s. 24-25.

teorisi (*Einheitstheorie*) olarak nitelendirilmektedir⁸³. Buna karşılık, müzakere dönemindeki sözleşme öncesi borç ilişkisinin, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sözleşme ilişkisine dönüşmesi ve bu kapsamda kabul edilmesi ise dönüşüm teorisi (*Umschlagstheorie*) olarak adlandırılmaktadır⁸⁴. Esasen iki teorinin pratik sonucu arasında hiçbir fark yoktur; her iki teoriye göre de sözleşmesel sorumluluk rejimi uygulanır. Kanımızca birlik teorisi, sözleşme müzakereleri ve sözleşme döneminin yanı sıra sözleşmenin sona ermesinden sonraki etkisi devam eden koruma yükümlülüklerini de açıklayabilmesi itibarıyla daha makul bir teorik zemin sunmaktadır. Nitekim dönüşüm teorisi Alman hukukunda eski tarihli kararlarda ve öğretide azınlık tarafından benimsense de günümüzde birlik teorisinin kabul ettiği yaklaşım hâkim görüştür⁸⁵. Türk hukukunda birlik teorisini sentetik görüş ve dönüşüm teorisini ise organik görüş olarak adlandıran *Aydın* ise organik görüşün sözleşmenin geçersiz olması ihtimalinde bu dönemde doğan koruma yükümlülüklerinin hukuki dayanağına cevap veremediğini belirtmektedir⁸⁶. Ancak koruma yükümlülüklerinin sözleşme benzeri borç ilişkilerinden de doğduğu ve her borç ilişkisinin edim yükümlülüğü içermediği, genel kabul görmektedir. Bu nedenle bu gerekçeye katılmamaktayız.

ii. Sözleşmenin dürüstlük kuralı ışığında tamamlanması görüşü

Diğer bir görüşe göre ise, yan yükümlülükler; taraflar arasındaki sözleşmenin, dürüstlük kuralı yardımıyla tamamlayıcı yoruma veya sözleşmenin tamamlanması faaliyetine tabi tutulmasına dayanır⁸⁷. Bu bağlamda dürüstlük kuralı, sözleşmede yer

⁸³ Canaris, *Ansprüche*, s. 478-479; aynı görüşte Thiele, s. 653-654; Aral, s. 53-54.

⁸⁴ Bu görüş hakkında bkz. Canaris, *Ansprüche*, s. 479 dn. 35; Aral, s. 56-57.

⁸⁵ Krş. Stölting, s. 112-113.

⁸⁶ Aydın, s. 25.

⁸⁷ Türk hukukunda Edis, s. 316; Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, s. 45. Alman hukukunda Larenz, *AT*, §2-I s. 14-15; kısmen bu görüşte Neumann, *leistungsbezogene Verhaltenspflichten*, s. 113-114. İsviçre hukukunda Neuenschwander, s. 4; Weber, s. 740; Chapuis, *Haftung*, s. 665; Patrick Middendorf, *Nachwirkende Vertragspflichten*, Universitätsverlag Freiburg, 2002, s. 18, n. 39; Wolfgang Wiegand / Christoph Hurni, *Einl. Einleitung zu Art. 1-40g OR, Kurzkommentar Obligationenrecht*, ed. Heinrich Honsell, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2014, n. 4; Heinrich Reutlinger, *Die Anzeigepflicht im Vertragsrecht, eine Nebenpflicht nach Treu und Glauben*, Verlag Paul Haupt Bern, 1948, s. 13-14. İsviçre hukukunda hâkim görüşün bu yönde olduğuna ilişkin bkz. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 35.

alan bir boşluğun doldurulmasında başvurulduğu gibi, tarafların sözleşmede ortaya koydukları ifade ve cümlelerin yorumlanması yoluyla da yan yükümlülüklerin tespitine dayanak sağlar⁸⁸.

Sözleşmenin tamamlanması (*Vertragsergänzung*) (*complètement de contrat*) veya tamamlayıcı yorum (*ergänzende Auslegung*) (*interpretation supplétive*), sözleşmede bulunan boşluğun hâkim tarafından tamamlanmasını ifade eder. Hâkim, sözleşmenin tamamlanması için yedek kanun hükümlerine başvurabilir ya da sözleşmenin anlamı ve amacı kapsamında makul ve dürüst sözleşme taraflarının sözleşmenin kurulduğu andaki varsayımsal irade beyanlarını araştırarak (*Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages*) sözleşmeyi tamamlayabilir⁸⁹. Ancak sözleşmenin tamamlanması

Bu görüşte olan Thévenoz, yeknesak yasak borç ilişkisi (*einheitliches gesetzliches schuldverhältnis*) varsayımının İsviçre hukukuna yabancı olduğunu belirterek ilk görüşe özellikle karşı çıkmaktadır, bkz CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 7; Thier de yan yükümlülüklerin kısmen dürüstlük kuralından doğduğunu kısmen ise hukuki ilişkiye yönelik temasa (*rechtsgeschäftlicher Kontakt*) dayandığını belirtmektedir, bkz. Andreas Thier, Art. 97 OR, Kurzkommentar Obligationenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, n. 15. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yaklaşımdaki kararları için bkz. TF, 4C.410/1997, SJ 1999 I 205 (H. Murat Develioğlu / Doğan Kara, Borçlar Hukuku Genel Hükümler İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 317); BGE 114 II 57 n. 6d/aa S. 65 f.; BGE 93 II 275 f.; BGH, Urt. v. 30.09.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135, p. 1137; BGer 4A_494/2010 vom 07.12.2010, n. 4.1; Dürüstlük kuralı yardımıyla sözleşmenin tamamlaması ve yan yükümlülüklerin kabul edilmesi noktasında, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu meselesindeki genel ilkelere göre yol alınması gerekir, bkz. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 35.

⁸⁸ Reutlinger, s. 14.

⁸⁹ Sözleşmenin hakim tarafından tamamlanması (richterliche Ergänzung) bakımından hangi kriterle başvurulması gerektiği, sözleşmedeki boşluk türleri, sözleşmenin tamamlanması süreci hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Peter Gauch, “Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge”, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhunderts, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, ed. Peter Gauch/Jörg Schmid, Züri, Schulthess Juristische Medien AG, 2001, s. 221 vd; Şener Akyol, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 115 vd; Anke Schmidt, Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz Plädoyer für ein methodisches Vorgehen auf Grundlage des Legitimitätsgedankens, Ducker & Humblot, Berlin, 2017, s. 43-44; Bénédict Winiger, Art. 18, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 158-192; Wolfgang Wiegand, Art. 18, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 18 n. 61-94; Talya Şans Uçaryılmaz, Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 301 vd. Konuyu yan yükümlülükler özelinde ele alan bir açıklama için ayrıca bkz. Christoph Müller, Art. 18 OR, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2018, Art. 18 n. 522. Bona fides’in Roma hukukundan bu yana bir takım zimni yükümlülükler doğurucu etkisini, yan yükümlülük olarak ele alan görüş için bkz. Uçaryılmaz, s. 327-

faaliyetinde yalnızca tarafların varsayımsal iradeleri değil; sözleşmenin makul olarak anlaşılabilir amacı, somut olayın koşulları, sözleşmenin temeli ve bazı hallerde teamüller de dikkate alınır⁹⁰. Diğer taraftan, hâkimin sözleşmedeki boşluğu TMK m. 2/1'in (ZGB Art. 1 Abs. 2) atfıyla *modo legislatoris* olarak oluşturulmuş genel ve soyut bir kuralla tamamlaması halinde sözleşmenin dolaylı tamamlanması (*mittelbare Ergänzung*), tarafların varsayımsal irade beyanlarıyla tamamlaması halinde ise sözleşmenin dolaysız tamamlanması (*mittelbare Ergänzung*) söz konusudur⁹¹.

iii. Değerlendirme

Temelde her iki görüş de yan yükümlülüklerin doğmasını ve kapsamını; tarafların, dürüstlük kuralı ve tarafların makul beklentileri çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeye tabi tutar. Makul beklentiden anlaşılması gereken, sözleşmeden elde edilmesi umulan temel gaye olarak ifa menfaatinin gereği gibi yerine getirilmesine ve sözleşme kapsamında hukuki alanını karşı tarafa açan tarafın bütünlük menfaatinin korunmasına yönelik objektif olarak karşı tarafça anlaşılabilir ve öngörülebilir beklentilerdir. Bu beklentilerin tespiti için yapılan değerlendirmede dürüstlük kuralının doğrudan borç kaynağı olarak veya tarafların farazi iradelerinin tespitinde kullanılan bir ölçüt olarak esas alınması arasında, iki görüşün ulaştığı sonuç açısından pratik bir farklılık yoktur. Ancak teorik olarak bakıldığında ilk görüş kanunda bir boşluk bulunduğu düşüncesiyle dürüstlük kuralından doğan bir yasal borç ilişkisi fiksiyonu ile bu boşluğu tamamlarken, ikinci görüş sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna dayandırmaktadır.

İkinci görüşün dayanak noktası olan sözleşmenin tamamlanmasını yasal bir fiksiyondan bizzat sözleşmenin kendisine doğru çekme isteği, liberal bir hukuk sistemi bağlamında anlaşılır bir kaygıdır. Zira bu görüşün düşünsel temeli, yan yükümlülüklerin kaynağını sözleşme ilişkisi ve taraf iradelerine dayandırmak istemesi,

328. Alman hukukunda Martens ise yan yükümlülüklerin hem sözleşmenin tamamlanması yoluna hem de dürüstlük kuralına dayanabileceğini belirtmektedir, bkz. Erman/Martens, BGB § 241 n. 12.

⁹⁰ Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung paeter legem, 2. Überarbeitete Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, s. 53 n. 45.

⁹¹ Kavramlar ve sözleşmenin tamamlanması süreci hakkında bkz. Gauch, Auslegung, s. 222-223 n. 2.

böylece tarafların irade özgürlüğüne (*Parteiautonomie*) önem atfetmesi itibariyle önemlidir. Ancak dürüstlük kuralına dayanılarak sözleşmenin tamamlanması halinde de temelde tarafların gerçek iradeleri değil, farazi iradeleri esas alınmaktadır. İkinci görüş bağlamında değerlendirme, somut olaydaki ihlal sözleşme kurulduğu anda öngörebilseydi, tarafların bunu engellemek için yapacakları objektif ve dürüst bir anlaşmaya yönelik farazi iradelerinin tespitiyle yapılır. Nihayetinde bu tespit de ilk görüş kadar varsayımsaldır.

Kanımızca sözleşme süresince etki gösteren yan yükümlülükler⁹² ve sonraya etkili yan yükümlülükler⁹³ bakımından sözleşmenin tamamlanması görüşü uygun bir hukuki dayanak sağlar. Ancak sözleşme benzeri hukuki ilişkiler (özellikle sözleşme müzakereleri dönemindeki yükümlülükler) ile taraflar arasında kurulan sözleşmenin geçerli olmadığı ya da sona erdirildiği hallerde de yan yükümlülüklerin doğduğu dikkate alınır, koruma yükümlülükleri açısından kanuni borç ilişkisi görüşü daha kapsayıcı bir temel sunar⁹⁴. Sonuç itibariyle sözleşme müzakereleri dönemini takiben geçerli ve hüküm ifade eden bir sözleşme kurulursa bu durumda müzakere dönemindeki koruma yükümlülüklerinin kaynağı kanuni borç ilişkisi iken, sözleşme kurulduktan sonraki yükümlülüklerin kaynağı tamamlayıcı yoruma dayanır. Bu nedenle taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir sözleşmenin bulunması halinde, sözleşmenin ve sözleşme müzakereleriyle başlayan yeknesak yasal borç ilişkisinin iç içe geçtiği kabul edilmelidir⁹⁵.

Edim yükümlülüklerinin ifasıyla sözleşmenin sona ermesinden itibaren ise etkisi devam eden yan yükümlülükler varlık gösterir. Nihayetinde sözleşme müzakerelerinin başladığı andan itibaren bütün yan yükümlülükler, tek ve yeknesak bir borç ilişkisi kapsamında varlık gösterir.

⁹² Kavram için bkz. §2.III.B.

⁹³ Kavram için bkz. §2.III.C.

⁹⁴ Aynı görüşte krş. Loser, s. 558; Nitekim Wiegand da sözleşme görüşmeleri döneminde doğan koruma yükümlülüklerini de kapsayan bu görüşün İsviçre’de taraftar topladığını belirtmektedir, bkz. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 35; Chapuis, Haftung, s. 665.

⁹⁵ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından “*théorie de l’absorption*” olarak ifade edilmektedir, bkz. CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 21 ve Art. 97 n. 38. Bu yaklaşım, Alman hukukundaki *Einheitstheorie* ile paralellik gösterir.

3. Dürüstlük Kuralının Yan Yükümlülüklerin Varlığının ve Kapsamının Tespitindeki Rolü

Dürüstlük kuralının yan yükümlülüklerin varlığını tespit ve kapsamını belirleme açısından iki işlevi vardır. İlk işlevi dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler, ikinci işlevi ise kaynağı fark etmeksizin bütün yan yükümlülükler bakımından gündeme gelir.

Dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin varlığının, kanundan ve sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ise kapsamının tespitinde dürüstlük kuralı esas alınır. Nitekim dürüstlük kuralı, hem yeknesak borç ilişkisini kabul eden görüş bakımından borcun kaynağı, hem de tamamlayıcı yorumu kabul eden görüş bakımından yapılacak değerlendirmenin temel ilkesidir⁹⁶.

Diğer yandan, genel davranış kodu (*Verhaltenscodex*) olarak dürüstlük kuralı, sözleşmede kararlaştırılan ya da bir kanun hükmünde öngörülen yan yükümlülükleri şekillendirme ve somutlaştırma bağlamında rol oynar⁹⁷.

E. Yan Yükümlülükler ile Edim Yükümlülükleri ve Külfetler Arasındaki İlişki

1. Yan Yükümlülükler ve Edim Yükümlülükleri Arasındaki Ayrım

a. Kavramlar arasındaki ilişki ve terminolojideki güçlük

Edim yükümlülükleri, sözleşmenin kurulması bağlamında objektif veya sübjektif esaslı unsurları oluşturur ve otonom karakterdedir. Yan yükümlülükler ise edim yükümlülüklerine eşlik eder, onların gereği gibi ifasını temin eder ya da koruma yükümlülüklerinde olduğu gibi edim yükümlülüklerinin ifası vesilesiyle bütünlük menfaatine yönelik tehlikeleri önlemeyi amaçlar. Sözleşmeye, tipine özgü karakteristik bir unsur getirmezler; bu nedenle gerçek anlamda (asli edimden)

⁹⁶ Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 41; Edis, s. 316; Antalya/Topuz, n. 1958 ve n. 1967.

⁹⁷ Erman/Martens, BGB § 241 n. 12; BK OR-Müller, Art. 18 n. 20; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, s. 27n. 63.

bağımsız nitelikte yükümlülükler değildirler⁹⁸. Yan yükümlülüklerin kapsamı çoğu zaman yasal düzenlemeler yoluyla, tarafların açık ya da örtülü iradesiyle ya da sözleşmenin dürüstlük kuralıyla tamamlanması sonucu tespit edilir⁹⁹. Bu açıdan edim yükümlülükleri sözleşme kurulduğu anda belirli ya da belirlenebilir iken, yan yükümlülüklerin içeriği çoğu zaman sözleşme devam ederken somut olayın koşullarına göre şekillenir¹⁰⁰.

İlk bakışta ayrımı sağlayacak yukarıdaki açıklanan noktalar göze çarpsa da kesin kriterler vermenin imkânsız olması nedeniyle özellikle ifaya bağlı yan yükümlülükler ve yan edim yükümlülükleri arasındaki ayrım kimi zaman çok güçtür. Ayrıma ilişkin kriterler ve münferit yükümlülüklerin hangi gruba girdiği konusunda öğretide bir görüş birliği sağlanmış değildir¹⁰¹. Kanımızca bu kavram karmaşasının altında yatan sebep, yan yükümlülük kavramının kapsamının, yan edim yükümlülüğü kavramı aleyhine genişlemesidir. Günümüzde işlem hayatının risklerinin artması ile yan yükümlülüklerin kapsamı daha geniş düşünölmeye başlanmış ve fonksiyonları, bütönlük menfaati kapsamında işlem menfaatinin (sözleşmenin amacının gerçekleşmesine yönelik menfaatin) korunması alanına da sirayet etmiştir¹⁰². İsviçre Federal Mahkemesi de bu anlayışa paralel doğrultuda geniş bir tanım yaparak yan yükümlülükleri asli edimin ifasına eşlik eden, asli edimin ifasını teminat altına alan, sözleşmenin amacının gerçekleşmesine hizmet eden; bu vesileyle tarafların hak ve

⁹⁸ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 212-216; BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 92; Florian N. Kamp, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten: eine dogmatische und ökonomische Analyse von § 241 II BGB, Wiesbaden, Springer Gabler Open, 2020, s. 37.

⁹⁹ Ruhig, s. 35; CR CO I-Morin, Art. 1 n. 58; BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 213; Berger, AG, s. 81, n. 225.

¹⁰⁰ Stoll, Leistungstöröngen, s. 28; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 6; Kamp, s. 38; Staudinger/Olzen, § 241 N. 160.

¹⁰¹ Staudinger/Olzen, §241 n. 147; Koller, Leistungstöröngen, s. 61; Peter Gröschler, “Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht”, Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Peter Hommelhoff, Matthias Jacobs, Dagmar Kaiser, Christoph Weber, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, ss. 109-130, s. 115; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97 n. 62; Andreas Furrer / Rainer Wey, Art. 97-98, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, 2023, n. 62; Huguenin, §1 n. 101.

¹⁰² Wiegand, Schuldverhältnis, s. 91; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-107 n. 68-69.

menfaatlerini koruyan yükümlülükler olarak tanımlamaktadır¹⁰³. Yan edim yükümlülüğü kavramı açıklanırken belirtildiği gibi öğretide birçok yazar da yan yükümlülük terimini, koruma yükümlülüğünü aşarak yan edim yükümlülükleri ile ifaya eşlik eden yükümlülükleri de kapsar şekilde ele almaktadır¹⁰⁴. Bu yaklaşım doğrultusunda, yan edim yükümlülüğü terimi, ifaya bağlı yan yükümlülükler ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır¹⁰⁵. Özetle Alman ve İsviçre hukuklarında yan yükümlülüklerin kapsamının giderek genişleyen bir şekilde ele alındığı, yan edim yükümlülüklerine öğretide sınırlı yer verildiği ve nihayetinde iki kavramın (ifaya bağlı yan yükümlülükler ve yan edim yükümlülükleri) ayırt edilmesinin zorlaştığı görülmektedir¹⁰⁶.

b. Ayrımda esas alınacak kriterler

Özellikle ifaya bağlı yan yükümlülükler ile yan edim yükümlülüklerinin içerik ve fonksiyonlarının yakın olması, yükümlülüklerin tasnifini zorlaştırmaktadır. Bu açıdan yan yükümlülükler ve edim yükümlülüklerinin birbirinden ayırt edilmesi noktasında öğretinin getirdiği kriterler; yükümlülüğün amacı, yükümlülüğün aynen

¹⁰³ BGer Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 n. 6.1.

¹⁰⁴ §1.I.A.2.b ve §1.I.E.1.d.

¹⁰⁵ Alman Hukukunda Stoll, Leistungstörungen, s. 28; MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 n. 105; Markus Müller / Rolf Hempel, “Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung”, Archiv für die civilistische Praxis, 2005, 205. Bd., H. 2 (2005), ss. 246-274, s. 247; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 32; Stefan Korch, “Leistungs- und Schutzpflichten – Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung des § 241 Abs. 2 BGB, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft”, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2020 Heft 2, ss. 189 – 219, s. 190; Hänchen, s. 258; Kock, s. 14. İsviçre hukukunda CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-107 n. 68 ve n. 132; Peter Gauch / Walter R. Schluep / Jörg Schmid / Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil - Band II, Schulthess Juristische Medien, 2020, s. 120, n. 2638 ve s. 121, n. 2640; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 61; Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 65; Chapuis, Haftung, s. 655; Nikolas Kuonen, Nikolas Kuonen, La responsabilité précontractuelle, Schulthess Juristische, 2007, s. 369-370 n. 1256.

¹⁰⁶ Krş. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 69-73; Staudinger/Olzen, BGB § 241 n. 152; Neuenschwander, s. 8; Thévenoz de yan yükümlülük kavramının son otuz yılda büyük bir önem kazandığını ve gelişim kaydettiğini, öğretiyi ve yargı kararlarıyla içeriğinin genişlediğini; bununla beraber yazarların kavramı ve türlerini aynı şekilde ele almadığına dikkat çekmektedir, bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 23.

ifasının talep edilebilmesi ve ihlalinin hukuki sonuçları noktalarında toplanmaktadır¹⁰⁷.

Alman hukuku kökenli bu kavramların açıklanmasına rağmen net çerçevelere yerleştirilememesi, kavramların yukarıda değinildiği gibi bazı yazarlar tarafından eş anlamlı olarak kullanılırken bazı yazarların ise farklı kategoriler olarak ele alması¹⁰⁸, bu ayrımın Alman hukukunda pratik sonucunun çok sınırlı olmasına bağlı olmasıyla açıklanabilir. Zira özellikle Borçlar Hukuku Reformundan sonra BGB bağlamında edim yükümlülüğünün ve yan yükümlülüğün ihlalinin sonuçları arasında kural olarak fark bulunmadığı açıkça kabul edilmiştir¹⁰⁹. Keza Üçüncü Bölümde açıklanacağı gibi

¹⁰⁷ Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 64-65.

¹⁰⁸ Kock, s. 4. Müller, yan edim yükümlülüklerini, yan yükümlülükler ile eş anlamlı olarak kullanmaktadır, bkz. BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 212; Medicus/Larenz, ifaya bağlı yan yükümlülükleri yan edim yükümlülüklerinin içinde ele almakta, yalnızca koruma yükümlülüklerini yan yükümlülükler çerçevesinde ele almaktadır, bkz. Medicus/Larenz, s. 49, n. 109, bununla beraber, yazarlar aynı eserlerinin bir başka paragrafında yan edim yükümlülüklerini kast ederek ifaya bağlı yan yükümlülük (*leistungsbezogene Nebenpflichten*) terimini kullanmaktadır, a.e., s. 59, n. 137; Aynı doğrultuda, ifaya bağlı yan yükümlülüklerin tanımını yaparak bunları yan edim yükümlülükleri olarak adlandırarak yan yükümlülükleri yan edim yükümlülükleri-koruma yükümlülükleri olarak gruplayan bir başka yazar için bkz. Christian Mock, Die Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2006, s. 16-17 ve s. 33 vd.. Bachmann ise ifaya bağlı yan yükümlülükleri, yan yükümlülükler altında kabul etmekte; ancak yan yükümlülükler ile ayrımı noktasında açık bir kriter vermekten kaçınmaktadır, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 69 vd; Grigoleit de sözleşmenin amacının gerçekleşmesini sağlayan ifaya bağlı yan yükümlülüklerin, yan edim yükümlülükleriyle ilişkilendirmektedir. Bu nedenle yazara göre, ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali halinde edim yükümlülüklerinin ihlali ile aynı sonuçlara başvurulur, bkz. Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 279-280; Alman hukukunda bir diğer yazar, Kröger, eski BGB döneminde de yan edim yükümlülüklerinin edim yükümlülüğüyle ilişkisini açıklarken, edim yükümlülüklerini BGB § 241, yan edim yükümlülüklerini BGB § 242'ye dayandırmakta, bunları birleşik olarak *Gesamtleistung* olarak nitelendirmektedir. Dürüstlük kuralıyla bağlantı kurması itibarıyla, yazarın yan edim yükümlülükleri kastettiği tür yükümlülüklerin, bu çalışma açısından yan yükümlülükler olduğu sonucuna varmaktayız, bkz. Detlev Kröger, Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Stuttgart, Enke, 1935, s. 8-9. Türk hukukunda da Serozan ifaya bağlı yan yükümlülükler yerine yan edim yükümlülükleri ifadesini kullanmaktadır, bkz. Serozan, Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 117 vd. Bu çıkarıma, özellikle eserin kaleme alındığı dönemde eski öğretinin yan edim yükümlülüğüne atfettiği özelliklerin örneğin aynen ifasının talebine elverişli olma niteliğinin yan edim yükümlülüğünde bulunmadığını belirtmesi nedeniyle varılmıştır, krs. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 283-284.

¹⁰⁹ Edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçları arasında sözleşmeden dönme prosedürü dışında fark bulunmadığına ilişkin bkz. Medicus/Larenz, s. 49, n. 110; Martin Josef Schermaier, BGB §§ 280–285, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, n. 108; İfaya eşlik eden tazminatı açısından aynı doğrultuda MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 n. 17; sözleşmeden dönme bakımından MüKoBGB/Ernst,

OR 97 ve TBK m. 112 hükümlerinin kapsamlarının amaca uygun yorum çerçevesinde genişletilmesi, İsviçre ve Türk hukukunda da ayrımın pratik sonuçlarını en azından borca aykırılık bağlamında silikleştirmiştir.

iv. Amaç

Yan edim yükümlülükleri ve ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ortak noktası, bağımsız bir amaç taşımaktan ziyade asli edim yükümlülüğünün ifasına hizmet etmeleridir. Yan edim yükümlülükleri, bunları ayrı bir kategori olarak değerlendiren yazarlara göre asli edim yükümlülükleriyle beraber sinallagma ilişkisi içinde yer alabilirler. Bu görüşteki yazarlara göre farkın pratik sonucu da sinallagma ilişkisine önem atfedilen hukuki imkânların kullanılmasında yatar¹¹⁰.

v. Malvarlığına etki

Edim yükümlülüklerinin amacı, alacaklının malvarlığının aktifine veya pasifine yaptığı etkiyle malvarlığında bir artış gerçekleştirerek malvarlığını değiştirmektir (*status ad quem*). Yan yükümlülüklerin amacı ise içeriğine göre edim yükümlülüğünü ya da sözleşmenin amacını destekleyerek veya bütünlük menfaatinin koruyarak alacaklının malvarlığını olası bir zarardan korumaktır (*status ad quo*)¹¹¹. Bu nedenle malvarlığına doğrudan etki edebilme gücü bir kriter olarak düşünülmektedir¹¹².

BGB § 323 n. 12. Bununla beraber Üçüncü Bölümde de açıklanacağı üzere İsviçre hukukunda da borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinden biri olarak yan yükümlülüklerin ihlali durumunda da ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşması halinde, alacaklı genel hükümlere (OR 97/Abs.1'ye dayanarak veya OR 107/Abs.2'ye kıyasen) dayanarak sözleşmeden dönebileceği yeni öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bu sistem açısından da ayrımın sonuçlarının silikleştiği söylenebilir.

¹¹⁰ Medicus/Larenz, s. 49, n. 109; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 279.

¹¹¹ Staudinger/Olzen, § 241 n. 161-162; Weber, s. 754-755; Kamp, s. 36; Korch, s. 195; Gröschler, s. 114; Walter, Schuldverhältnis, s. 73; Hans Peter Walter, “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 132/1996, ss. 273–295, s. 279. Koruma yükümlülüklerinin içeriğinin bir olumsuz menfaat (*negatives Interesse*) olduğuna, yani zarar vermeme, zarar vermekten kaçınma anlamına geldiğine ilişkin Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 278.

¹¹² Koller, Leistungsstörungen, s. 61.

vi. Aynen ifa talebine elverişlilik

Ayrıma ilişkin en tartışmalı kriter, yan yükümlülüklerin asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak yani tek başına dava yoluyla (*Klagbarkeit*) veya dava dışı olarak aynen ifasının talep edilebilmesi noktasındadır¹¹³. Yan yükümlülüklerin aynen ifasının talep edilebilmesinin tereddütle karşılanması, sözleşme kurulduğu anda belirli ve somutlaşmış olmamaları ile açıklanmaktadır¹¹⁴.

Alman hukukunda özellikle eski öğretide bazı yazarlar, yan yükümlülüklerin kural olarak aynen ifasının talep edilemeyeceği; bununla beraber, ihlal edilmeleri halinde olumlu zararın tazmini için tazminat davası gibi ikincil yükümlülüklerin veya şartları gerçekleşmek kaydıyla sözleşmeden dönme hakkı imkânının gündeme gelebileceğini belirtmektedir¹¹⁵. İsviçre hukukunda da bazı yazarlar tarafından kabul gören bu görüşe göre, yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız bir nitelik taşımamaları gerekçesiyle, bağımsız bir ifa davasına konu olamaz¹¹⁶. Bu kapsamda yan yükümlülüklerin ihlali, edim yükümlülüklerinden farklı olarak aynen ifa davası açılmasına ve ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönülerek sinallagma ilişkisinin ortadan kaldırılmasına imkân vermez; yalnızca bir tazminat talebi ileri sürülebilir¹¹⁷. Türk hukukunda ise yan yükümlülüklerinin ayırt edici özelliği olarak ekseriyetle sadece bağımsız olarak dava

¹¹³ Alman Hukukunda yazarların yan yükümlülükleri, yan edim yükümlülüklerinden ayırmak için özellikle bu kriterin tartışıldığı görülmektedir, bkz. Rof Stürner, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, Juristen Zeitung , 1976, 31. Jahr., Nr. 13 (2. Juli 1976), pp. 384-392, s. 385; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 77.

¹¹⁴ Stürner R, s. 386; Weller, s. 296; Staudinger/Olzen, § 241 n. 160.

¹¹⁵ Bu görüşte Medicus/Larenz, s. 51, n. 113; Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston, De Gruyter, 2022, s. 306 n. 6; Gröschler, s. 115; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 275. Bununla beraber, Grigoleit'e göre, yan edim yükümlülükleri ve ifaya bağlı yan yükümlülükler arasındaki ayırım bakımından şu noktaya dikkat çekmektedir. Eğer somut olayda ifaya bağlı yan yükümlülüğün gerçekleşmesi mümkün ve alacaklı açısından bir menfaati koruyorsa bu takdirde tek başına dava edilebilir, Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 279.

¹¹⁶ BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 91 ve n. 94; BK OR-Müller, Art. 2 n. 130; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 32; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 120; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 61-62. İsviçre öğretisinde eski dönemdeki bu tartışmalar için bkz. Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 93 vd.

¹¹⁷ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 211; Hänchen, s. 235-236; Kock, s. 15; BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 94; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2638.

edilebilme kriteri üzerinde durulmuştur¹¹⁸. Bu yaklaşıma göre yan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde alacaklının yegâne talebi, (yan yükümlülüğün ifası yerine) tazminat talebi olur¹¹⁹.

Diğer yandan, öğretide hâkim görüş olmaya evrilen yeni bir yaklaşım ise, yan yükümlülüklerin bağımsız bir ifa davasına konu olamayacağı genellemesini reddetmektedir. Gerçekten de yan yükümlülüklerin türleri ve kapsamlarının genişlediği düşünüldüğünde, yan yükümlülüklerin tamamına yönelik, aynen ifanın bağımsız olarak talep edilip edilemeyeceği noktasında genel bir karar vermek ve tümüne dair bu yönde dogmatik bir çıkarımda bulunmak mümkün değildir¹²⁰. Aynen

¹¹⁸ Eren, n. 101; Oğuzman/Öz, n. 45-46; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 63; İnal, s. 304; Kılıçoğlu, s. 44; İpek, s. 81-82; Aydın, s. 74; Özge Erbek Odabaşı, “Borç İlişkisinde Doğan Yan Yükümlülüklerin Edim Yükümlülükleriyle Karşılaştırılması”, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2020, s. 61-155, s. 77; Orhan Ersun Civan, İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta, 2021, s. 27. Ayrıca Aydın, yan yükümlülüklerin ihlali halinde borçlar hukukunda gündeme gelecek tek imkânın tazminat talebi iken iş hukukunda işverenin temerrüdüne sebep olabileceğini ve sözleşmenin haklı sebeple feshinin gündeme gelebileceğini belirtmektedir, bkz. Aydın, s. 74. Civan da iş hukukunda tazminat dışında uyarma, iş sözleşmesinin süreli feshi ve haklı nedenle derhal feshi, cezai şart, öngörülmesi halinde para cezası gibi yaptırımların ve ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13’deki imkanların da gündeme geleceğini belirtmektedir, bkz. Civan, s. 27-28.

Üçüncü Bölümdeki açıklamalar ışığında borçlar hukuku ile ilgili açıklamaya katılmamaktayız, bkz. §3.IV.C.

¹¹⁹ Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin, 1998, s. 113. Serozan, bu hususu yan yükümlülükler açısından belirtmekle beraber Çalışma kapsamında koruma yükümlülüğü olarak kabul edilen yan yükümlülükleri kastetmektedir, krş. Serozan, Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 117.

¹²⁰ Stürner R, s. 386 vd; HKK/Dorn, BGB § 241 n. 92; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 71 ve N. 77; BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 218-220; Walter, Schuldverhältnis, s. 74; Hadžimanović, s. 109. BGB § 241’in bu yönde bir çıkarıma zemin sağlamadığını vurgulayarak özellikle hizmet sözleşmesi bağlamında aynen ifası talep edilebilir yan yükümlülükleri örnek veren görüş için bkz. Kamp, s. 34-35. Stürner de yan yükümlülüklerin içeriklerinin belirli hale geldiği noktada aynen ifa davasına konu olabileceği görüşündedir. Koruma yükümlülükleri için Stürner R, s. 386 ve genel olarak yan yükümlülükler için s. 388.

İsviçre hukukunda BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 221; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97 n. 61; Weber, s. 739; Huguenin, §1 n. 103 ve §8 n. 853; Schwenger/Fountoulakis, §67 n. 853 s. 533, n. 68.05; Guhl / Koller, §2 s. 12, n. 30-31; Hadžimanović, s. 109-111; Kock, s. 30; Berger, AG, s. 81, n. 226; KUKO OR-Thier, Art. 97 n. 15; Chapuis, Devoirs Accessoires, 63-64.

Türk hukukunda Edis, yükümlülüğün konusunu temel alarak yan yükümlülüklerin aynen ifa talebine konu olabilmesi açısından bir ayrıma gitmektedir. Yazara göre edimin gereği gibi yerine getirilmesine hizmet eden yan yükümlülükler “*özel amaçlı olmayan ya da ikincil yan yükümlülükler (unselbständige Pflichten ohne Eigenzweck ya da sekundäre Pflichten)*” olarak adlandırılır ve güçlendirdikleri edim yükümlülüğünden ayrı olarak talep ve dava edilemezler. Bu tür yan yükümlülüklerle aykırılık, asli edim yükümlülüğüne aykırılık halinde anlam ifade eder. Diğer yandan, asli edim yükümlülüğüyle beraber talep edilmekle birlikte ondan ayrı olarak dava edilebilen “*özel amacı olan yan yükümlülüklerle*

ifa talebine elverişlilik, bir yükümlülüğün edim yükümlülüğü mü yan yükümlülük mü olduğundan ziyade yükümlülüğün konusuyla alakalıdır¹²¹.

Kabul ettiğimiz görüşe göre yan yükümlülükler de kural olarak aynen ifa talebine konu olabilir. Bu bağlamda bir genelleme yapmak gerekirse, ifaya bağlı yan yükümlülükler genellikle yükümlülüğün içeriği ve somut olayın koşullarına göre aynen ifa talebine konu olmaya elverişliyen, koruma ve özen yükümlülükleri kural olarak aynen ifa talebine konu olamaz¹²². Nihayetinde ifaya bağlı yan yükümlülüklerin

(*selbständige Pflichten ohne Eigenzweck* ya da *primäre Pflichten*)” aykırılık halinde ise kısmi imkânsızlık, edimin gereği gibi yerine getirilmemesi veya temerrüt vuku bulur, bkz. Edis, s. 317-318. Yazar, ifa talebine konu olabilen bu ikinci tür yükümlülükler örnek olarak bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü, rekabet etmeme yükümlülüğü, bağımsız kaçınma yükümlülükleri ve belge sağlama yükümlülüklerini saymaktadır, bkz. a.e., s. 318. Ayrıca Çetiner/Furrer/Müller-Chen de satılanın paketlenmesi ve montajı, personele eğitim verilmesi, rekabet yasağı bağımsız yan yükümlülüklerin ifasının talep edilebileceğini; koruma ve özen yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü gibi asli edim yükümlülüğüne bağlı olan yan yükümlülüklerin ise ayrı bir talebe konu olamayacağı görüşündedir, bkz. Çetiner/Furrer/Müller-Chen, s. 651-652 n. 1568.

¹²¹ Aynı hususu Thévenoz da vurgulamaktadır. Klasik öğretideki ayırım kriteri olan aynen ifa talebine elverişli olmamanın yan yükümlülükler özgü olmadığına, bazı edim yükümlülüklerinin de aynen ifa talebine konu olmayacağına ilişkin bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25.

¹²² Alman hukukunda Peter Krebs, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, München, C.H. Beck, 2000, s. 5; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 77 ve n. 182; Erman/Martens, BGB § 241 n. 13; HKK/Dorn, BGB § 241 n. 92; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 43 ve n. 91; Weller, s. 239. Stürner de yan yükümlülüğün korunması için hukuken etkili şekilde korunması için aynen ifa davasının açılabilceği görüşündedir, koruma yükümlülükleri bakımından bkz. Stürner R, s. 386 ve genel olarak yan yükümlülükler bakımından Stürner R, s. 388. Nitekim yan yükümlülüğün konusu ve içeriğinin gerekli belirliliğe ulaşmasına ilişkin bu şart, yan yükümlülüklerin sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla sözleşme içeriğine dâhil edilmesinin bir sonucudur, Stürne R, s. 388.

İsviçre hukukunda BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 221; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97 n. 61; Weber, s. 739; Huguenin, §1 n. 103 ve §8 n. 853; Schwenzer/Fountoulakis, §67 n. 853 s. 533, n. 68.05; Guhl / Koller, §2 s. 12, n. 30-31; Hadžimanović, s. 109-111; Kock, s. 30; Berger, AG, s. 81, n. 226; KUKO OR-Thier, Art. 97 n. 15; Chapuis, Devoirs Accessoires, 63-64.

Türk hukukunda Antalya, BGHG Cilt 3, n. 2343; Başoğlu ve Çetiner/ Furrer/Müller-Chen de bağımlı yan yükümlülüklerin (çalışmada kullandığımız terimle koruma yükümlülüklerinin) aynen ifa davasına konu olamayacağını, bağımsız yan yükümlülüklerin ise aynen ifa davasına konu olabileceğini belirtmektedir, bkz. Başak Başoğlu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 152-153, Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 27 n. 63; a.e. s. 649 n. 1564 ve a.e., s. 651-652 n. 1568. Morin ise konuya kural olarak eksik borç niteliğinde olmayan her borcun aynen ifa talebine konu olabileceği yönünden yaklaşmaktadır, bkz. CR CO I-Morin, Art. 1 n. 54. Emmerich ise yan yükümlülüğün *edime yakınlığına* (*Leistungsnähe*) göre aynen ifa talebine yönelik yetki tanımaktadır. Bu kapsamda ifaya bağlı yan yükümlülükler, anlam ve amaçları itibariyle edim yükümlülüğüyle sıkı bağlantı içinde oldukları için aynen ifa talebine konu olabilirler, krş. Emmerich Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, München, 6. neu bearbeitete Auflage, Beck, 2005, §22 n. 14.

yerine getirilmesi de kendisine özgü bir menfaat içerir ve aynen ifa mümkün olduğu sürece yan yükümlülüğün alacaklısının bundan mahrum bırakılması adil değildir¹²³. Özellikle, bir yan yükümlülüğün yasa tarafından öngörülmesi veya taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılması halinde aynen ifa talebine konu olabilecekleri kabul edilmektedir¹²⁴.

Belirtmek gerekir ki, bazı hallerde yan yükümlülük ve edim yükümlülüğünün ifası, eş zamanlı olarak ve aynı işlem ya da fiille gerçekleşiyorsa, bunların ihlali halinde yan yükümlülük yerine edim yükümlülüğünün aynen ifası talep edilebilir. Örneğin; satılanın satıcı tarafından paketlenmesi veya alıcının belirttiği adrese gönderilmesi bir yan yükümlülük olarak sözleşmede kararlaştırılabilir¹²⁵. Bu durumda satılan zamanında gönderilmemişse gönderme borcunun aynen ifası yerine edim yükümlülüğünün aynen ifasının talep edilmesi hem edim yükümlülüğünün hem de yan yükümlülüğün ifasını amaçlar.

Borcun konusu itibariyle verme ve yapma edimi niteliğindeki yan yükümlülükler kural olarak aynen ifa talebine konu olabilir¹²⁶. Alacaklının aynen ifada bir menfaati olduğu sürece bilgi ve hesap verme yükümlülüğü, iş birliği yapma yükümlülüğü, rekabet etmeme yükümlülüğü gibi yan yükümlülüklerin ifası talep edilebilir¹²⁷. Örneğin; TBK m. 508 uyarınca vekil, vekâlet kapsamında yürüttüğü işler hakkında müvekkile hesap vermek ve vekâletle aldıklarını müvekkile vermekle yükümlüdür. Bu hükümde düzenlenen kanun hükmünden doğan yan yükümlülüğün ifa edilmemesi halinde müvekkil bu borcun aynen ifasını talep edebilir¹²⁸.

¹²³ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 79; Walter, Schuldverhältnis, s. 74.

¹²⁴ Erman/Martens, BGB § 241 n. 13; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 81; Julia Fänger, Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2012, s. 43; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 68.05; Kock, s. 13; Stürmer R, s. 388.

¹²⁵ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 215; Eugen Bucher, Schuldverhältnis, s. 101 dn. 6; Edis, s. 317.

¹²⁶ Erman/Martens, BGB § 241 n. 13.

¹²⁷ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 79; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 43.

¹²⁸ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 219; İsviçre Federal Mahkemesi de vekilin hesap verme borcunu yan borç olarak kabul etmekte ve aynen ifa davasına konu olabileceğini belirtmektedir, bkz . BGE 141 III 564, 568, n. 4.2.2.

Diğer yandan, istisnai olarak bazı hallerde koruma yükümlülükleri de aynen ifa talebine konu olabilir¹²⁹. Etkisi yakın gelecekte gerçekleşecek bir yan yükümlülük söz konusuysa karşı tarafın zarara uğramaması için bir tedbir olarak olumlu bir davranışta bulunmak gerekir. Bir yan yükümlülüğün gereği gibi ifa edilmeyeceğine ilişkin yakın, potansiyel ve muhtemel bir risk varsa ya da ihlal başlamış ve devam ediyorsa bu takdirde menfaati risk altında olan taraf, eda davası yoluyla bu yükümlülüğe uyulmasını veya ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını talep edebilir. Koruma yükümlülüğünün konusu bir kaçınma davranışı ise, diğer tarafın bu davranıştan kaçınmasına karar verilmesini (*Unterlassungsklage*) mahkemeden talep edebilir¹³⁰ (TBK m. 113 kıyasen¹³¹). Nitekim HMK m. 105'nin '*Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir*' hükmü ile İİK m. 30/f.2-3, yapma ve yapmama borçlarının aynen ifasının usul hukukundaki yasal dayanağını oluşturmaktadır.

Bir yan yükümlülüğün aynen ifa talebine konu olamaması ise ifasının imkânsızlığa uğraması halinde söz konusu olabilir¹³². Yan yükümlülüklerin bazıları - özellikle koruma yükümlülükleri-, çoğu zaman bir yapma veya yapmama (katlanma ya da kaçınma) borcu niteliğindedir¹³³ ve korudukları menfaatin zarar tehlikesine ne ölçüde açık olduğu, uygulamada çoğu zaman ihlal edildiği zaman ortaya çıkar¹³⁴. Özellikle aydınlatma yükümlülüğü, özen yükümlülüğü, koruma ve gözetme yükümlülüğü gibi yükümlülükler bakımından zarar görme tehlikesi altındaki kişi, bu yükümlülüklerin niteliği gereği, gereği gibi ifa edilip edilmediğini ya da ifa edilmesi

¹²⁹ Bu bağlamda aynen ifa talebinin, yapma (*Tun*) ve kaçınma (*Unterlassen*) amacının sağlanması ile bağlantılı olarak gündeme geleceğine ilişkin bkz. Stürner R, s. 386 ve yan yükümlülükler için genel olarak Stürner R, s. 388.

¹³⁰ Bu görüşte Stürner R, s. 386; Bachmann/Schirmer, s. 373; Erman/Martens, BGB § 241 n. 13; HK-BGB/Reiner Schulze BGB § 241 n. 13; HKK/Dorn, BGB § 241 n. 94; Hadžimanović, s. 110. Stölting, münferit koruma yükümlülüğünün koruma talep etme yetkisi (*Schutzanspruch*) tanınması halinde dava açılabilirliği belirterek bu görüşe katılmaktadır, krş. Stölting, s. 22.

¹³¹ §3.II.B.

¹³² Yan yükümlülüklerin ifasında da imkânsızlık, temerrüt ya da kötü ifanın söz konusu olabilir, bkz. Huguenin, §8 n. 853. Ayrıntılı bilgi için Üçüncü Bölümde bkz. §3.II.B.

¹³³ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 206; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 37, KUKO OR-Thier, Art. 97 n. 16.

¹³⁴ BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-109 n. 69; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 68.05; Huguenin, §8 n. 853; Hadžimanović, s. 104; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 284.

gereken şartların doğup doğmadığını bilemez. Bu nedenle somut olayda aynen ifanın talep edilmesi pratikte mümkün değildir; alacaklı ancak diğer tarafın bu yükümlülüklerine riayet ettiğini iyi niyetle varsaymakla yetinir. Bu tür yan yükümlülükler ihlal edildiği zaman tek seçenek, TBK m. 112'ye göre yan yükümlülüğün ifasının gerçekleşmemesinden doğan zararın tazmin edilmesidir¹³⁵. Nitekim Oğuzman/Öz bu konuyu, yapma borçlarının ihlali halinde borcun imkânsızlaştığı ve TBK m. 113/1'in bir tazminat hükmü olduğu görüşünden hareketle ele almaktadır. Yazarlar, yapma ve yapmama borçlarında aynen ifaya zorlanamayacağını kabul ettiklerinden aynen ifaya elverişli olmamayı koruma yükümlülüklerine özgü görmemekte; bu sonucu, yapma veya yapmama borçları olmalarının sonucu olmasına bağlamaktadır¹³⁶.

vii. İkinci bir talebe elverişlilik

Aynen ifa talebine elverişliliğe oldukça benzeyen son kriter ise mevzubahis yükümlülüğün ihlalinin hukuki sonuçlarının, yükümlülüğün yerine getirilmesinin ikinci defa alacaklı tarafından istenmesi ya da borçlu tarafından daha sonra yerine getirilmesi (*Recht zur zweiten Andienung*) yoluyla giderilip giderilemeyeceğidir¹³⁷. Bu kritere göre bir yükümlülüğün aynen ifası için süre verilmesi, yükümlülüğün doğası gereği anlamsızsa ve yükümlülüğün niteliğine uygun düşmüyorsa bu bir yan yükümlülüktür¹³⁸. Bu kriterin ardında yatan düşünce, koruma yükümlülüklerinde bütünlük menfaatinin korunmasının, ancak davranış yükümlülüğünün borçlu tarafından zamanında ve gereği gibi ifası ile sağlanacağı düşüncesidir. İhlal halinde süre verilerek aynen ifanın beklenmesi bir seçenek değildir. Şahıs varlığının uğradığı zararın eski hale iade tam olarak sağlanamayacağı için zararın tazmini ancak malvarlığındaki eksilmenin giderimini sağlamaktadır.

¹³⁵ Chapuis, Haftung, s. 654.

¹³⁶ Oğuzman/Öz, n. 45-46.

¹³⁷ Kamp, s. 39; Ayrım bakımından yükümlülüklerin ağırlığının sözleşmenin kurulduğu ana göre değil, ihlal anına göre belirlenmesi gerektiği; zira yükümlülüklerin anlamının ve ağırlığının sözleşme ilişkisi devam ederken değişebileceği görüşünde Kock, s. 12.

¹³⁸ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 73; Kamp, s. 39.

İkinci talebe elverişlilik kriterinin, yalnızca koruma yükümlülükleri açısından bir anlam ifade edeceği ve esasen dava edilebilirlik kriteri ile paralel olduğu için ayırım bakımından elverişli olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki, yapmama edimini konu alan yan yükümlülükler bakımından da ihlale son verilmesi talep edilebiliyor ve ihlalin sonucunun ortadan kaldırılma imkânı varsa süre verilerek bu talebe uyması beklenebilir.

c. Ayırımın hukuki sonucu

Edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler arasındaki ayırımın en önemli pratik sonucunun, yasanın buna önem atfettiği hallerde sinallagmanın varlığına bağlanan hukuki imkânlarla başvurulabilmesi olduğu kabul edilmektedir¹³⁹. Bu bağlamda TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'ini ve TBK m. 98 uyarınca ifa güçsüzlüğü def'ini ileri sürme hakkı, TBK m. 125 uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonucu olarak alacaklının sahip olduğu seçimlik haklara sahip olması kanunun sinallagma temelinde düzenlediği hukuki imkânlardır.

Yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerin sinallagma ilişkisinin içeriğine dâhil olup olmadığı, bununla bağlantılı olarak bu yükümlülüklerin ihlalleri halinde kanunun sinallagma ilişkisine ve onun içeriğine dâhil olan asli edim yükümlülüklerine tanıdığı hukuki imkânların gündeme gelip gelmeyeceği tartışmalıdır. Öğretide yan edim yükümlülüklerinin¹⁴⁰ ve yan yükümlülüklerin¹⁴¹ sinallagma ilişkisine dâhil olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır. Yargıtay ise yakın tarihli bir kararında taraflarca sözleşmede kararlaştırılan bir yan edim yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde alacaklının sözleşmeden dönemeyeceğine hükmederek zımni olarak bu görüşü benimsemiştir¹⁴².

¹³⁹ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 208.

¹⁴⁰ Yan edim yükümlülüklerinin sinallagmaya dâhil olabileceğine ilişkin bkz. Stöckli, n. 55; Medicus/Larenz, s. 49, n. 109; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 279; Havutçu, s. 20; Erbek Odabaşı, s. 73. Aksi görüşte Oğuzman, Öz, n. 1742.

¹⁴¹ Yan yükümlülüklerin sinallagmaya dâhil olduğuna ilişkin bkz. §1.I.D.1'de yer alan açıklamalar ve dn. 55'te yer alan yazarlar.

¹⁴² Yarg. 13. HD T. 25.11.2002, E. 2002/9489, K. 2002/12654. Karara konu olayın kısa özeti için bkz. § 1.I.A.2.a. Bu görüş için bkz. Oğuzman, Öz, n. 1742.

Her halükârda günümüzde borcun ihlali bağlamında edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımının sonuçlarının teoride silikleştiği görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun yasal borca aykırılık sistemleri, asli edim yükümlülüğünün ihlaline odaklanmakta; yan yükümlülüklerin veya yan edim yükümlülüklerinin ihlaline ilişkin düzenleme içermemektedir. Ancak Üçüncü Bölümde açıklanacağı üzere TBK m. 112 ve devamındaki hükümlerin ve burada sinallagmaya önem atfedilerek öngörülmüş hukuki imkânların, ihlal edilen yükümlülüğün sinallagmaya dâhil olması şartından uzaklaştırıldığı; bu imkânların yan yükümlülüklerin ihlali halinde de (kabul edilecek görüşe göre doğrudan ya da kıyasen) uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁴³. Bu nedenle edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler arasındaki ayrım ve bunun pratik sonucu günümüzde büyük bir önem arz etmez. Ayrıca eğer taraflar yan yükümlülüklerle ve ihlallerine uygulanacak kuralları sözleşmede öngörmüşse yine ayrımın pratik önemi kalmaz¹⁴⁴.

d. Değerlendirme

Edim yükümlülükleri, sözleşmenin objektif veya sübjektif esaslı unsurunu oluşturan, tarafların sözleşmeyi yapmaları için onları teşvik eden yükümlülüklerdir. Yan yükümlülüklerin kesin bir tanımını yapmak ve içeriğini ifade etmek ise oldukça zordur. Edim yükümlülükleri görece çok az sayıda iken yan yükümlülüklerin türleri sınırlı sayıda değildir ve her tür sözleşme bakımından söz konusu olur¹⁴⁵. Eğer bir yükümlülük somut olayın şartlarına göre sözleşmenin konusu ve niteliği, tarafların öngörülebilir ve makul beklentileri, tarafların menfaatlerinin karşılıklı olarak

¹⁴³ BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-109 n. 39 vd. Bu bağlamda borca aykırılık halinde alacaklının sahip olduğu imkânlar bakımından esas alınması gereken ise yan yükümlülüğün ihlalinin etkisidir, bkz. Melchior Glatthard, Das Rücktrittsrecht, Stämpfli Verlag, 2020, s. 161, n. 573; Gauch/Schlupe/Emmenegger, ORAT II, s. 152, n. 2803; Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10; CR CO I-Thévenoz, Art. 107 n. 6f.; Yeşim M. Atamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematzize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematzik”, Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, ss. 217-260, s. 238 vd.

¹⁴⁴ Hadžimanović, s. 100; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 121; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 281 vd.

¹⁴⁵ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 183; Kuhlmann, s. 45; Kock, s. 11; Kamp, s. 38; BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, N. 20, 22; İsviçre hukukunda Koller, OR AT 2017, s. 1084, n. 58.01.

değerlendirilmesi, somut olaydaki etkenler ile şekilleniyorsa bu bir yan yükümlülüktür¹⁴⁶. Ancak sözleşmeyle kararlaştırılan ve bir yasa hükmünden doğan yan yükümlülüklerin detaylı olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bu nedenle sözleşmenin kurulduğu anda belirli olma kriteri her duruma uygun değildir. Diğer yandan, dava edilebilirlik kriteri de yukarıda açıklandığı gibi bütün yan yükümlülük türlerine yönelik bir genelleme yapılamayacağı için ayırım için kriter oluşturmaya elverişli değildir.

Buna karşılık, edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük kavramlarının varlık nedenine inildiğinde esasen tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan en basit mübadele ilişkisi kurgusu karşımıza çıkar. Bu nedenle çalışmada benimsenen yaklaşıma göre, edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayırımı açısından bağımsız amaç taşıma kriteri ve yükümlülüğün fonksiyonu dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda münferit yükümlülüğün, sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca sözleşmeyle amaçlanan duruma –asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifasındaki menfaatine– ulaşmadaki rolüne bakarak hukuki niteliği tespit edilmelidir. Örneğin; satılanı paketleme ve gönderme yükümlülüğü, vekilin vekâlet verene bilgi ve hesap verme yükümlülüğü bağımsız bir ifa menfaati taşımaz; asli edim yükümlülüğünü güvence altına alır, ona eşlik eder ya da onu destekler. Bu nedenle ifaya bağlı yan yükümlülük niteliğindedirler¹⁴⁷. Yan edim yükümlülükleri ise asli edim yükümlülüğünün sözleşme konusunu teşkil etmesi sayesinde taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış, sözleşme yapma kararına doğrudan etki etmeyen ancak bağımsız içeriğe¹⁴⁸ ve fonksiyona sahip yükümlülüklerdir¹⁴⁹.

Çalışmada benimsenen ayırım kriterini kısaca özetlemek gerekirse, ifaya bağlı yan yükümlülükler, ifa menfaatini yani asli edim yükümlülüğünü destekleyen ve güvence altına alan yükümlülükler olarak kabul edilmiştir. Yan edim yükümlülükleri ise asli edim yükümlülüğüne nazaran sözleşmeyi akdetme niyetine etkisi bakımından

¹⁴⁶ Weller, s. 256; Ruhig, s. 44-45; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 71; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 94; Chapuis, Haftung, s. 659.

¹⁴⁷¹⁴⁷ Fänger de bunların bağımsız bir ifa menfaati taşımadığını belirterek ifaya bağlı yan yükümlülük olarak kabul etmektedir, krş. Fänger, 41.

¹⁴⁸ Eren, n. 91.

¹⁴⁹ § 1.I.A.2.b.

ikincil nitelikte bulunan, asli edim yükümlülüğü üzerinde anlaşıldıktan sonra ve onun vesilesiyle sözleşmeye dâhil edilen, bağımsız bir ifa menfaati taşıyan ve kural olarak bir üçüncü kişiden başka bir sözleşmeyle temin edilebilecek ya da sözleşme tarafından başka bir kişiye ifa edilen yükümlülüklerdir.

İfa ya bağlı yan yükümlülük ve yan edim yükümlülüğü ayrımının netleşmesi için aynı sözleşme ilişkisinden doğan farklı tür yükümlülükleri içerek şu örnekler verilebilir: Sanayi tipi bir makine üreticisi olan satıcının, satım konusu makineyi alıcıya teslim ederken makinenin kullanımına ilişkin bilgi ve belgeleri sağlaması bir ifa ya bağlı yan yükümlülüktür; çünkü bu yükümlülük satım konusunun doğru bir şekilde kullanılmasını sağlayarak edim menfaatini destekler ve ona eşlik eder. Buna karşılık, satış sözleşmesinde aynı zamanda satılanın makinenin servis hizmetinin üstlenilmesi, yan edim yükümlülüğüdür. Zira her yıl servis hizmeti verilmesi kendi içinde içeriği itibariyle bağımsız bir edim niteliğindedir. Satış sözleşmesinde bu edim kararlaştırılmamış olsaydı dahi, alıcı aynı hizmeti bağımsız bir sözleşmeyle satıcıdan veya bir üçüncü kişiden tedarik edebileceği için ikincil bir öneme sahiptir. Diğer bir örnek ise kira sözleşmesi bakımından verilebilir. Kiralayanın kira bedelini ödeme borcu asli edim yükümlülüğü, kiralananı özenli kullanma ve koruma borcu yan yükümlülük, yan giderlere katlanma yükümlülüğü (TBK m. 303) ise yan edim yükümlülüğüdür. Pratik açıdan bakıldığında, yan gider grubuna giren aidat ve benzeri kalemlerin ödenmesinin kiralananın kullanımına doğrudan bir etkisi yoktur. Bu tür yan giderlerin alacaklısı da kiraya veren değildir; sosyal ilişkilerin doğası gereği ve kiralananın kullanımının bir gereği olarak yan giderleri ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür.

2. Yan Yükümlülükler ve Külfetler Arasındaki İlişki

Sözleşmeden doğan ödevler olan yan yükümlülükler ve külfetler, tanımları gereği birbirinden farklı nitelikte kavramlardır. Külfetin yerine getirilmemesinin külfetin yüklendiği kişi bakımından hukuki sonucunun kişinin ilgili hakkı kazanamaması ya da kaybetmesi iken, yan yükümlülüklerin ihlalinin sonucunun muhatabına tazminat talebi veya diğer sözleşmesel yaptırımlara başvurma imkânı

tanınmasıdır¹⁵⁰. Bu nedenle bir külfete aykırılığın, yükümlülüğe aykırılıktan daha hafif ya da zayıf sonuçlar doğurduğu belirtilmektedir¹⁵¹.

Ancak bir davranış ödevinin, külfet mi yükümlülük mü olduğu her zaman kolaylıkla ayırt edilemeyebilir. Bu ayrımı yapabilmek için ilgili ödevin düzenlendiği yasa ya da anlaşma hükmü yorumlanmalıdır¹⁵². Zira kesin kriterler vermek yerine münferit ödev ve bu ödevin koruduğu menfaat bakımından değerlendirme yapmak daha makuldür¹⁵³. İlgili yasa ya da sözleşme maddesi yorumlanırken, öncelikle öngörülen ödevin külfet ya da yükümlülük tanımlarının genel çerçevesine ne ölçüde dâhil görülebileceği değerlendirilmelidir. İkinci aşamada ise öngörülen ödevi aykırı davranılması halinde açık veya örtülü olarak bağlanan sonucun, külfet ve yükümlülüğe aykırılığa bağlanan sonuçlardan hangisine yakın olduğu incelenmelidir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, sözleşmenin uyarlanması halinde gündeme gelen yeniden müzakere yükümlülüğü başlığında bu değerlendirme sistemi uygulanmıştır. Bu nedenle bu başlıkta örnek vermek yerine ilgili bölüme atıf yapmakla yetinilmiştir¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Hächchen, s. 257.

¹⁵¹ Ruhig, s. 36.

¹⁵² Medicus/Larenz, s. 52, n. 116.

¹⁵³ Ruhig, s. 41.

¹⁵⁴ §2.IV.E.

II. YAN YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMININ HUKUKİ DAYANAĞI VE İŞLEVLERİ

A. Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Yan Yükümlülük Kavramının Hukuki Dayanağı

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin birçok kurumunun aksine, yan yükümlülükler kavramsal kökenlerini Roma hukukundan almaz¹⁵⁵. Yan yükümlülüklerin, yirminci yüzyılda, ihlalleri vesilesiyle ‘keşfedilmiş’ olduğu söylenebilir.

Hukuk güvenliği ilkesi ve tutarlı bir hukuki gerekçelendirmenin gereği olarak bir borca aykırılıktan bahsedilebilmesi için ihlal edilen borcun da tespit edilebilmesi zorunludur. Bu bağlamda yan yükümlülük kavramının ilk temellerini atan koruma yükümlülükleri ve davranış yükümlülüklerine duyulan ihtiyacın sebebi, sözleşmeye aykırılık sisteminin imkânsızlık ve temerrüt dikotomisini aşması gerektiği düşüncesiyle geliştirilen sözleşmenin müspet ihlali için bir temel oluşturması gereği olarak görülebilir¹⁵⁶. Böylece yan yükümlülük kavramın temelleri; 1900 tarihli BGB üzerinden Roma-germen hukuk sistemlerinin borca aykırılığı temerrüt ve sonradan ortaya çıkan ifa imkânsızlığı dikotomisi üzerine kuran yaklaşımını eleştiren *Hermann Staub* tarafından atılmıştır¹⁵⁷. *Staub*’a göre, bu iki tür borca aykırılık kategorisi dışında, sözleşmeden doğan yapmama yükümlülüklerinin ya da edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifasının olumlu bir davranışla ihlal edildiği borca aykırılık halleri de bulunur¹⁵⁸.

Günümüzde yasada öngörülme­yen bu üçüncü kategori borca aykırılık halleri, sözleşmenin müspet ihlali (*positive Vertragsverletzung*) terimi altında toplanmıştır. Sözleşmenin müspet ihlali terimi, terimdeki kelime seçimi itibariyle Alman öğretisinde çokça tartışılmış; ancak nihayetinde kabul gören bir teori olmuştur¹⁵⁹. Gerçekten de bu terim, zamanla *Staub* tarafından düşünülen anlamından daha geniş

¹⁵⁵ Nijie Wang, *Vertragliche Nebenpflichten in Kaufrecht: Eine rechtshistorische Untersuchung vom römischen über das deutsche zum chinesischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, s. 8-9.

¹⁵⁶ Aynı görüşte krş. Neuenschwander, s. 9.

¹⁵⁷ Wang, s. 80 vd.

¹⁵⁸ Staub, s. 5 vd.

¹⁵⁹ Heinrich Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, 136. Bd., Heft. 3 (1932), ss. 257-320, s. 286.

kapsamlı değerlendirilmiş; borca aykırılığın olumlu bir davranışla gerçekleşeceğini kabul eden kelime seçimi hatalı görünmüştür¹⁶⁰. Ancak zamanla başka yazarlar tarafından benimsenip geliştirilmiş ve nihayetinde BGB'nin ifa engelleri¹⁶¹ sistemine yön vermiştir. Ayrıca bu yeni anlayış, Alman hukukunun sınırlarını aşarak önce İsviçre hukukunun, akabinde Türk hukukunun ifa engelleri sistemini de derinden etkilemiştir.

1. Kıta Avrupası Hukukunda

Bu bölümde Türk hukukunu tarihsel ve bilimsel olarak etkileyen belirli Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yan yükümlülüklerin tarihsel gelişimi kısaca açıklanmıştır. Yan yükümlülüklerin hukuki temeline ilişkin görüşler karşılaştırmalı hukuk bağlamında açıklandığı için mükerrer açıklamalardan kaçınmak adına bu bölümde konuya yer verilmemiştir.

a. Roma Hukukundan Avrupa'daki Kodifikasyon Sürecine Kadar Koruma Yükümlülüklerinin İzlediği Gelişim

Nispeten yeni bir kavram olması itibariyle yan yükümlülük, Roma hukukunda sözleşmeden doğan yükümlülükler çatısı altında sistematize edilmiş ya da moden hukuktaki haliyle kavramlaştırılmış yükümlülükler değildir. Buna karşılık, Roma hukukunda da yan yükümlülüklerin ve özellikle koruma yükümlülüklerinin ihlali

¹⁶⁰ Bu konudaki açıklama için bkz. §3.I.B.2.b.

¹⁶¹ İfa engelleri; geçerli olarak kurulan ve ifa ile amacına ulaşması hedeflenen bir sözleşme bağlamında ortaya çıkan, amacın gerçekleşmesini engelleyen ve edim programının dışına çıkılmasına sebep olan hallerdir. İfa engeli teşkil eden haller; fiili, hukuki veya ekonomik imkânsızlık, temerrüt, yan yükümlülüklerin ihlali gibi olguların yanında alacaklı temerrüdü, aşırı ifa güçlüğü gibi halleri de kapsar, bkz. Martin Josef Schermaier, vor BGB § 275, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, n. 9; Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §11 n. 1; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2483.

halinde bundan doğan zararın tazmininin talep edilmesi farklı kavramlar altında mümkündü¹⁶².

Roma hukukunda borç ilişkisinin içeriği ve buna yönelik taleplerin temeli, *obligatio*'nun doğuş sebebine yani *causa*'sına (*Verpflichtungsgrund*); *causa* ise ya usul hukuku sisteminin kazuistik yapısı gereği ilgili *obligatio*'dan doğan *actio*'ya ya da hâkimin takdir yetkisini kullanarak dürüstlük kuralı uyarınca tespit ettiği *iudicium bonae fidei*'ye dayanan bir davaya dayanmaktaydı. Bu davanın dayanağı bağımsız olmayıp somut olaydaki borca aykırılık olgusunu ilgilendiren *obligatio*'ya dayanan *actio*'ydu¹⁶³.

Bu yaklaşımı takip eden ve her tür sözleşme kapsamında *bonae fidei*'ye dayanan bir dava açılabilmesi fikri Müsterek Hukukta da benimsenerek kodifikasyon çalışmalarına yansımıştır. Nitekim günümüzde Roma-germen hukuk sistemlerinin kanunlarında yer alan dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenlemeler de bu fikre dayanmaktadır¹⁶⁴. Roma hukukunda ve Müsterek Hukukta dava hakkı verilen koruma yükümlülükleri, Pandekt hukukçular tarafından ise haksız fiil çerçevesinde düşünülmüş ve ihlalleri halinde sadece zararın tazmini imkânı tanınmıştır¹⁶⁵.

b. Alman Hukukunda

Düşünsel temeli yirminci yüzyıldan beri¹⁶⁶ Alman öğretisinde yer bulan koruma ve gözetme yükümlülüklerinin, yan yükümlülükler terimi altında anılması ve geliştirilmesi; *Hugo Kress*, *Heinrich Stoll* ve *Claus-Wilhelm Canaris*'in yirminci yüzyılın başlarındaki çalışmalarına dayanmaktadır¹⁶⁷. Nitekim daha sonra bu

¹⁶² HKK/ Schermaier, BGB vor §§ 275 n. 19; HKK/Dorn, BGB § 241 n. 10. Schermaier'in tespit ettiği ve bugün yan yükümlülük ihlali olarak adlandırılacak türden uyumsuzluklar hakkında verilen kararlar için bkz. HKK/ Schermaier, BGB vor §§ 275 n. 19 dn. 107.

¹⁶³ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 10.

¹⁶⁴ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 84.

¹⁶⁵ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 95.

¹⁶⁶ BGB'nin modernizasyonu öncesinde de yan yükümlülük kavramı, Alman Hukukunda genel kabul görmekteydi, bkz. Ruhig, s. 33. Alman hukukunda yan yükümlülükleri ele alan yazarların konu hakkındaki görüşlerinin genel ve kronolojik değerlendirmesi için bkz. Ruhig, s. 344 vd.

¹⁶⁷ Bachmann/Schirmer, s. 384 vd.; HKK/Dorn, BGB § 241 n. 84. BGB'nin modernizasyonu öncesinde de yan yükümlülük kavramı Alman Hukukunda genel kabul görmekteydi, bkz. Ruhig, s. 31; Edim

yaklaşım, Larenz'in edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri teorisiyle (*gesetzlichen Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht aus geschäftlichem Kontakt*) ilişkilendirilerek haksız fiil hukukunu sözleşme hukukuna yaklaştırmış¹⁶⁸ ve Canaris'in ortaya attığı yeknesak yasal borç ilişkisi teorisi (*Theorie des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis*) ile koruma yükümlülükleri sözleşmesel sorumluluk alanına sirayet etmiştir¹⁶⁹.

Nihayetinde yan yükümlülükler, 2002 yılında Borçlar Hukukunun Modernizasyonu çalışmaları kapsamında Alman Medeni Kanun'unda yapılan reformla BGB § 241'de yasal temele kavuşmuş; yan yükümlülüklerin, edim yükümlülüklerine eşlik eden ve sözleşmenin bir parçası olan yükümlülükler olduğu yasanın açık hükmüyle düzenlenmiştir¹⁷⁰. BGB § 241'ye göre “(1) Alacaklı, borç ilişkisine dayanarak borçludan edimin ifasını talep edebilir. Edimin konusu bir yapmama borcu olabilir. (2) Borç ilişkisinin içeriği gereği taraflardan her biri, diğer tarafın haklarını, hukuk varlıklarını ve menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür¹⁷¹.”

yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımı, BGB'nin modernleştirilmesine yönelik çalışmalardan önce de sözleşme hukukunun temelinde olan bir ayrım olarak görüldüğüne ilişkin bkz. Kock, s. 1. Esasen sosyo-ekonomik gelişmelerin ve sorumluluk hukuku sisteminin sınırlı mekanizmalarını bertaraf etmek için yargı uygulamasının yarattığı yan yükümlülükler, öğretide de sözleşmenin müspet ihlali, culpa in contrahendo, culpa post contractum finitum teorileri ile geliştirilerek BGB § 241'den önce sorumluluk hukukuna kazandırılmıştı, bkz. Kamp, s. 36; İsviçre ve Türk hukuklarında da sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ihlali sözleşmenin müspet ihlali; sözleşme benzeri hukuki ilişkilerden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlali ise culpa in contrahendo, güven sorumluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında tazmin edilmektedir, bkz. Chapuis, Haftung, s. 661; Serozan, Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 108 vd.; Demircioğlu, s. 126 vd.

¹⁶⁸ Chapuis, Haftung, s. 658-659.

¹⁶⁹ Canaris, Ansprüche, s. 478 vd ve Canaris, Vertrauenshaftung, s. 538-539; Chapuis, Haftung, s. 653; Demircioğlu, s. 126 vd.

¹⁷⁰ Reinhard Zimmermann, Breach of Contract and Remedies Under The New German Law Of Obligations, Roma, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 2002, s. 22; Medicus/Larenz, s. 50, n. 113; HKK/Dorn, BGB § 241 n. 105; BGB Fänger, s. 38; Hänchen, s. 235; Prange, s. 58; Kuhlmann, s. 58; Stölting, s. 15; Bucher, Schuldverhältnis, s. 138; Alman Hukukunda yan yükümlülük kavramının 20. yüzyılın başından itibaren kuramsal gelişiminin ayrıntılı açıklaması için bkz. Ruhig, s. 344 vd. Ayrıca Parlamento'da görüşülen Kanun Tasarısı Gereğesinde de bu husus teyit edilmektedir, “Der Entwurf hält es für angezeigt, die culpa in contrahendo und die vertraglichen Nebenpflichten im Bürgerlichen Gesetzbuch gesetzlich zu regeln. Sie gehören zum Kernbestand des deutschen Zivilrechts und müssen ihren Platz in der zentralen Kodifikation finden.” bkz. BT-Drs. 14/6040, s. 125 (<https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>) (E.T. 27.02.2023).

¹⁷¹ “Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

Diğer yandan, BGB § 311'in BGB § 241'in 2. paragrafına yaptığı atıfla, koruma yükümlülüklerinin sözleşme benzeri hukuki ilişkiler bağlamında mevcut olduğu kabul edilmiştir¹⁷². BGB § 311'de sözleşme benzeri hukuki ilişkilere örnek olarak sözleşme görüşmeleri, muhtemel bir sözleşmenin taraflarından birinin bu sözleşmenin yapılacağı umuduyla kendi malvarlığı, hak ve hukuken korunan menfaatlerini etkileme imkânını diğer tarafa tanıdığı haller ve bunlara benzer iktisadi temaslar¹⁷³; sözleşme benzeri hukuki ilişkilere örnek olarak sayılmıştır¹⁷⁴.

Borçlar Hukuku Reformundan önce ise Alman Hukukunda yan yükümlülüklerin dayanağının dürüstlük kuralını düzenleyen BGB § 242 olduğu belirtilmekteydi¹⁷⁵. Reformdan önce yüz yılı aşkın süre boyunca sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin, sözleşme ilişkisine paralel kurulan bir borç ilişkisinden mi yoksa sözleşmeden mi doğduğu tartışma konusuydu¹⁷⁶. Alman kanun koyucu, bu soruya açık bir yanıt vermekten kaçınarak yan yükümlülükleri kanuni düzlemde düzenlemeyi tercih etmiştir¹⁷⁷.

Alman hukukunda edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerin, *Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler* başlığı altında BGB § 241'de düzenlendiği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak yan yükümlülük türlerinden ifaya bağlı yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin BGB'de hangi düzenleme kapsamında olduğu tartışmalıdır. Bu bağlamda savunulan bir görüşe göre, koruma yükümlülüklerinin

Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.''

¹⁷² HKK/Dorn, BGB § 241 n. 105. Özellikle 2. paragrafta alacaklı ve borçlu yerine taraf kelimesinin tercih edilmesi, bu bağlantıyı açıkça ortaya koymaktadır, bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 106.

¹⁷³ Alman kanun koyucusunun "benzer ticari temasları (*ähnliche geschäftliche Kontakte*)" ifadesiyle hangi tür sosyal temasları kastettiği öğretide oldukça tartışmalıdır. Bu ifadenin hatır ilişkileri, sözleşme dışı bilgi ve tavsiye verilmesi gibi hallerin de kapsadığı yönünde bkz. MüKoBGB/Emmerich, BGB § 311 N. 48, 49.

¹⁷⁴ Ayrıca BGB § 311'in 3. paragrafına göre, kurulacak sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişi, sözleşme taraflarından birinde kayda değer bir güven yaratarak onun sözleşmenin kurulmasına yönelik kararını etkilemişse, bu takdirde de üçüncü kişi ve o sözleşen taraf arasında yan yükümlülüklerin bulunduğu bir hukuki ilişki söz konusu olur.

¹⁷⁵ Larenz, Bemerkungen zu CiC, s. 398; Kamp, s. 56.

¹⁷⁶ Kamp, s. 54-55.

¹⁷⁷ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 106. Ayrıca BGB § 241'in 1992 tarihli Borçlar Hukuku Çalışması Komisyonu Son Raporunda yer alan ilk halinden 2000 tarihli Adalet Bakanlığı Tasarısına kadar aldığı son şekli arasındaki fark için bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 105-108.

BGB § 241 düzenlemesinin ikinci paragrafına, ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ve edim yükümlülüklerinin ise aynı hükmün ilk paragrafına dâhil olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸. Diğer bir görüşe göre ise yan yükümlülüklerin yasal dayanağını sadece ikinci paragraf oluşturmaktadır¹⁷⁹. Anılan bu düzenlemeye göre borç ilişkisinin, edim yükümlülükleri dışında sözleşmenin taraflarının ‘‘hak, hukuki varlık ve menfaatlerini gözetme (...Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen...)’’ yükümlülüğünün de borç ilişkisine dâhil olduğu kabul edilmiştir. Bu görüş kapsamında hukuki varlıkların (beden bütünlüğü ve yaşam hakkı, şahıs varlığı hakları, mülkiyet hakkı, ekonomik zarardan korunma hakkı) korunmasının bütünlük menfaatinin gözetilmesini koruma yükümlülüklerine; hak ve menfaatlerin korunmasının ise ifaya bağlı yan yükümlülüklerle işaret ettiğini belirtmektedir¹⁸⁰. Üçüncü bir görüşe göre ise BGB § 241 ilk paragrafında edim yükümlülüklerini, ikinci paragrafında ise koruma yükümlülüklerini kapsar. Ifaya bağlı yan yükümlülüklerin hukuki dayanağı ise BGB § 242 hükmüdür¹⁸¹.

Sonuç itibariyle, yan yükümlülüklerin BGB § 241’de açıkça hukuki dayanağını bulmasıyla, Alman Hukukunda geçmişten gelen ve koruma yükümlülüklerinin

¹⁷⁸ Fänger, s. 41; Weller, s. 239; Erman/Martens, BGB § 241 n. 16.

¹⁷⁹ Medicus/Larenz, s. 50, n. 113; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 62.; Stölting, s. 16; Olivier Riske, La Responsabilité Précontractuelle dans le Processus d’Uniformisation du Droit Privé Européen, Helbing Lichtenhahn, 2016, s. 275, n. 715. BGB § 241’de yalnızca gözetme yükümlülüğü (Rücksichtspflicht) zikredilmişse de, öğretideki görüşler ve Alman mahkemelerinin yerleşik içtihadı gereği olarak diğer yan yükümlülükleri de kapsadığı genel olarak kabul edilmektedir, bkz. Riske, s. 275, n. 715. BGB § 241’in 2. paragrafı, yan yükümlülüklerin sözleşme taraflarının hakları, hukuken korunan varlıklarını ve menfaatlerini (‘‘... Rechte, Rechtsgüter und Interessen ...’’) koruyan yükümlülüklerden bahsederek koruma yükümlülüklerinin kapsamını dar çizmemiş, aksine menfaatlerin de korunduğunu belirterek davranış yükümlülüklerini geniş kapsamlı olarak öngörmüştür. Hükmün bu haliyle, bütünlük menfaatinin korunmasını aştığı, özellikle yan yükümlülüklerle korunacak menfaatlere örnek olarak, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle daha lehine bir sözleşme yapma fırsatını kaçıran karar verme özgürlüğünün (Entscheidungsfreiheit) zedelenmesinin de girdiği belirtilmektedir, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 62; Aynı doğrultuda bkz. Stölting, s. 16.

Bu hüküm bağlamında menfaat kavramı dar yorumlanması gerektiği ve sözleşme kapsamında korunan menfaatlerden anlaşılması gereken malvarlığının korunmasına yönelik menfaatler (Vermögensinteressen) ve karar verme özgürlüğü (Entscheidungsfreiheit) olduğu yönünde bkz. Erman/Martens, BGB § 241 n. 16; Prange, s. 68.

¹⁸⁰ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 58; Kamp, s. 25; Gröschler, s. 118 vd.

¹⁸¹ MüKo-Schubert, BGB § 242 n. 193. Bununla beraber, Schubert regülasyon tekniği açısından yan yükümlülüklerin türlerinin BGB § 241’de düzenlenmiş olması gerektiğini belirtmektedir, bkz. MüKo-Schubert, BGB § 242 n. 194; benzer doğrultuda ayrıca krş. Stürner M, s. 406 n.2.

sözleşme ilişkisine mi dâhil olduğu, yoksa bir yasal borç ilişkisinden mi doğduğu sorusu önemini kaybettiği belirtilmektedir¹⁸². Buna karşılık, bir yasa hükmüyle düzenlenmiş olması karşısında, emredici hüküm niteliğinde olmayan BGB § 241 düzenlemesinin taraf iradeleriyle ne ölçüde sınırlanabileceği tartışılmaktadır¹⁸³. *Bachmann*'a göre BGB § 241 Abs. 2 emredici hüküm olmadığından taraflar yan yükümlülükleri kural olarak tamamen kaldırılabilir ya da zaman ve konu bakımından sınırlayabilirler¹⁸⁴. İsviçre ve Türk hukuk sistemleri açısından da gündeme gelebilecek olan bu sorunun cevabını, yine borçlar hukukunun genel esasları çerçevesinde aramak gerekir. Yan yükümlülüklerin ve özellikle koruma yükümlülüklerinin kapsamını sınırlayan anlaşmalar kişilik hakkına ya da ahlaka aykırı oldukları takdirde nisbi kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrar¹⁸⁵. Keza genel işlem koşulları ya da haksız şartlar kapsamında yan yükümlülükleri sınırlayan anlaşmalar da içerik denetimine tabidir¹⁸⁶.

¹⁸² MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 57; BGB'nin modernizasyonu öncesinde Stoll tarafından hukuki ilişkinin kapsayıcı doğası ve "*Schuldverhältnis als Organismus*" düşüncesi ile nitelendirilmekte, onu takip eden yazarlar tarafından ise bunun yasadan doğan bir yeknesak borç ilişkisi (*einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis*) olarak ele alınmaktaydı, bkz. Stoll, *Leistungstörungen*, s. 26; Claus-Wilhelm Canaris, "Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten", *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1983, ss. 27-110, s. 102 ve dn.245'te adı geçen yazarlar.

¹⁸³ Yedek hükümlerle öngörülen koruma yükümlülüklerinin bertaraf edilebileceğine ilişkin bkz. Grigoleit, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, s. 284; Buna karşılık yan yükümlülüklerin sınırlarının, özellikle sözleşmeye sadakat ve özen yükümlülüklerinin konu veya zaman bakımından asgari bir kapsama kadar sınırlanabileceği görüşü için bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 62.

¹⁸⁴ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 62.

¹⁸⁵ İsviçre öğretisinde konuyu ele alan Neuenschwander ise koruma yükümlülüklerinin ihlalden doğan tazminat taleplerini sınırlamaya yönelik anlaşmaların, kişilik hakkına ve ahlak kurallarına aykırı olmaması şartıyla geçerli olduğunu belirtmektedir, bkz. Neuenschwander, s. 101. Middendorf da dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülüklerinin kural olarak sınırlanabileceği veya kaldırılabilmesini belirtmektedir, bkz. Middendorf, n. 38.

¹⁸⁶ Asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükler, saydamlık denetimi gündeme gelmedikçe kural olarak içerik denetimine tabi değildir, bkz. Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- Tkhk M. 6 Ve Ttk M. 55, F. 1, (F) İle Karşılaştırmalı Olarak", *Türk hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Ankara, 2012, ss. 9-73, s. 57-59. Yan yükümlülükler ise genel işlem koşullarına ilişkin olağan denetime tabidir, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 Rn. 62; Stürner M, s. 375-376 n. 30.

c. Fransız Hukukunda

i. *Obligation de securité* kavramının doğuşu

Fransız hukukunda sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerine tekabül eden bir kavram olarak *obligation de securité* karşımıza çıkar¹⁸⁷. Bu terim, sözleşmede açıkça kararlaştırılmasa da, Code Civil Art. 1194'e göre “*hakkaniyet, teamül ve sözleşmenin doğasına uygun olarak yasa gereği doğan*” ikincil nitelikteki sözleşmesel yükümlülükleri ifade etmektedir. Bunlara örnek olarak ise gizlilik yükümlülüğü (*obligation de confidentialité*), bilgilendirme yükümlülüğü (*obligation d'information*) ve özellikle koruma yükümlülüklerine tekabül eden genel güvenlik yükümlülüğü (*obligation de securité*) verilmektedir¹⁸⁸.

Fransız sözleşme hukukunda, tarafların yaşam ve beden bütünlükleri gibi hukuki varlıklarının etkin şekilde korunması amacıyla sözleşmesel sorumluluğun alanının genişlemesi, on dokuzuncu yüzyılın sonlarında ilk olarak hizmet sektöründeki sözleşmeler bağlamında ortaya atılmıştır. Sanayi devriminin ardından teknolojinin hızlı gelişiminin ekonomik ve sosyal hayata, dolayısıyla sözleşme ilişkilerine etkisi, diğer Kıta Avrupası ülkelerine nazaran Fransız hukukunda daha erken fark edilmiştir. Bu da sözleşme ilişkisine giren tarafların kişi varlığının uğradığı zararların, özellikle zararın ortaya çıkması ve kusurun ispatı noktalarında daha avantajlı bir rejim sunduğu düşünülen sözleşmesel sorumluluk alanına çekilmesini sağlamıştır¹⁸⁹. Alman hukukunda koruma yükümlülüklerinin ortaya çıkışı ve gelişimi gibi, *obligation de securité* kavramı da yargı uygulamasından doğmuş; başlarda kazuistik bir metotla olay bazında inceleme yapılırken zamanla hukuki kavram olarak öğretide geliştirilmiştir. Bu yaklaşım, önce yolcu taşıma sözleşmelerinde ortaya çıkmış; yolcu taşıyanların,

¹⁸⁷ Werro, Mandat, n. 579; Helge Dedek, Art. 6:102, Commentaries on European Contract Laws, ed. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2018, s. 810-811 n. 14.

¹⁸⁸ Matthieu Poumarède / Philippe le Tourneau, Chapitre 3122, Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22, ed. Philippe le Tourneau, 12. Édition, Dalloz, 2020, n. 3122.21.

¹⁸⁹ Krebs, s. 9; Erman/Martens, BGB § 241 n. 18; Turgut Öz, “TBK m. 112”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt – 2, 3 (madde 83-206), 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, n. 7; Fänger, s. 70; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 54-55; Walter, Schuldverhältnis, s. 74; Aydın, s. 30. Bununla beraber, koruma yükümlülüklerinin sözleşmesel sorumluluk rejimine dahil edilmesi gibi, *obligation de securité*'nin sözleşmesel alana dahil edilmesi de Fransız öğretisinde bazı yazarların eleştirisine maruz kalmıştır. Bu görüşler için bkz. Fänger, s. 67 vd.

yolcuların varma noktasına sağ salim ulaştırılması bakımından sözleşmesel bir sorumluluk altında olduğu kabul edilmiştir¹⁹⁰.

Obligation de securité ilk olarak 1911 yılında *Cour de Cassation* tarafından, bir gemi işletmecisinin yaptığı yolcu taşıma sözleşmesini konu alan uyuşmazlık bakımından açıkça zikredilmiştir¹⁹¹. Akabinde bu anlayış geliştirilerek sözleşme hukukunda ve özellikle iş görme edimi içeren sözleşmelerde genel olarak kabul edilmeye başlanmıştır¹⁹².

ii. *Obligation de securité*'nin hukuki temeli

Obligation de securité, sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber, kavramın teorik temeli üzerinde görüş birliği bulunmaktadır. Esasen *obligation de securité*'nin kaynağı konusunda Fransız hukukundaki tartışmaların ana eksenini, yan yükümlülüklerin kaynağı konusundaki Alman, İsviçre ve Türk hukukundakilerle paralellik göstermektedir. Fransız öğretisinde bazı yazarlar *obligation de securité*'nin, taraflar arasındaki *en azından* örtülü bir anlaşmaya dayandığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (*Sübjektif görüş*). Somut olayda güvenlik borcunun doğup doğmadığı ve kapsamının tespiti ise hâkimin görevidir. Fransız yargı uygulamasında da benimsenen diğer görüşe göre ise güvenlik borcu, taraflar arasında açık veya örtülü bir anlaşmadan bağımsız olarak sözleşmenin kurulması ile (*au titre des "suites" du contrat*) doğar (*Objektif görüş*). Bu yaklaşıma göre güvenlik borcunun kapsamı, Fransız Medeni Kanununun 1194. maddesi dikkate alınarak tespit edilmelidir. Anılan hükme göre "(s)özleşmeler yalnızca açıkça kararlaştırılan hususları değil; teamül, hakkaniyet ve yükümlülüğün niteliğini düzenleyen yasa hükümlerini de (taraflara) yükler"¹⁹³. Bu kapsamda hâkim,

¹⁹⁰ Poumarède/le Tourneau, n. 3122.30; Werro, Mandat, n. 580.

¹⁹¹ Affaire Zbidi Hamida ben Mahmoud c. Compagnie Générale Transatlantique, CCas. Civ., 21.11.1922, D. 1913, I, 249 (253).

¹⁹² Brunn, s. 85 n. 125; Werro, Mandat, n. 582.

¹⁹³ Hükümün asıl metni şu şekildedir: «les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'usage, l'équité ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.»

sözleşmenin niteliğine uygun düşecek şekilde ve özellikle güvenlik borcunun da yasa hükmü gereği doğduğu kabulüyle sözleşmeyi tamamlayıcı yoruma tabi tutar¹⁹⁴.

Diğer yandan, sözleşmesel sorumluluk alanına giren bir *obligation de securité* ve sözleşme dışı sorumluluk alanına giren bir alelade yükümlülüğün ayırt edilebilmesi noktasında Fransız öğretisinde bazı kriterler önerilmektedir. Bu ayrımın önemi, sözleşme tarafının kişi varlığının uğradığı zararın hangi sorumluluk rejimine göre tespit edileceğini belirlemesidir. Bu bağlamda, *obligation de securité*'nin niteliği gereği edim fiilini konu alan bir yükümlülük olması nedeniyle, sözleşme konusunun ifasına yönelik olması veya sözleşme taraflarının özel bir riskin önlenmesi noktasında açık veya örtülü bir anlaşmasının bulunması halinde bir *obligation de securité*'den bahsedilebileceği gibi görüşler ileri sürülmüştür¹⁹⁵.

Buna karşılık, koruma yükümlülükleri bağlamında olduğu gibi¹⁹⁶, *obligation de securité* sayesinde şahıs varlığının uğradığı zararların sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olması bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Azınlıkta kalan bu görüşe göre bu kavramın kabul edilmesi, sözleşme tarafı olma sıfatına sahip olan kişi ile aynı türde bir zarara uğrayan ve zararı haksız fiil sorumluluk rejimine tabi olan üçüncü kişi arasında eşitsizliğe sebep olmaktadır¹⁹⁷. Bu eleştirilere karşın, modern Fransız öğretisinde *obligation de securité* kavramının büyük ölçüde benimsendiği belirtilmektedir¹⁹⁸.

Sonuç itibariyle, Fransız hukukunda *obligation de securité* kavramının; sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmesel risk alanı içinde ve sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün ifası vesilesiyle makul düzeyde bekleyeceği meşru bir koruma sağladığı kabul edilmektedir¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Fänger, s. 72; Brunn, s. 90 n. 133.

¹⁹⁵ Bu görüşler hakkınd ayrıntılı bilgi için bkz. Brunn, s. 89- 90 n. 130 vd.

¹⁹⁶ Detaylı açıklamalar için bkz. §3.II.C.

¹⁹⁷ Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 228.

¹⁹⁸ Brunn, s. 87 n. 127.

¹⁹⁹ Poumarède/le Tourneau, n. 3122.53-3122.54.

d. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda sözleşmenin edim yükümlülükleri yanında yan yükümlülükler de içerdiği anlayışının kabulü, Alman hukukunun öğretiyeye etkisi ve İsviçre Federal Mahkemesinin sözleşme benzeri hukuki ilişkilerden ve sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerini kabul eden yargı kararlarına dayanmaktadır²⁰⁰.

İsviçre Federal Mahkemesinin sözleşmeden doğan yan yükümlülükleri konu alan ilk kararı, tespit edebildiğimiz kadarıyla 1940'lı yıllara dayanmaktadır. Karara konu olayda Federal Mahkeme; eser sözleşmesiyle bir havai fişek organizasyonu düzenleyen üstlenen organizasyon firmasının, organizasyonun düzenlenmesine yönelik asli borcu dışında, organizasyonun gerçekleştirilmesi sırasında çevredeki izleyicilerin zarar görmemesi için gerekli önlemlerin alınması konusunda sözleşmesel bir yükümlülük altında olduğuna karar vermiştir²⁰¹. Bunu takip eden *Ski Pist Kararı*'nda, kayak teleferiği hizmeti veren kişinin, ayrıca kayak pistini konukların malvarlıklarının ve beden bütünlüklerinin zarar görmeyeceği şekilde güvenli bir alan olarak tutulmasını ve bunu sağlamaya yönelik önlemlerin alınmasını, sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak kabul etmiştir²⁰².

İsviçre hukukunda, yan yükümlülüklerin hukuki temelinin dürüstlük kuralına dayandığı kabul edilmektedir²⁰³. Ancak yan yükümlülük kavramının hukuki dayanağı açıklanırken belirtildiği gibi dürüstlük kuralının fonksiyonu açısından farklı görüşler savunulmaktadır²⁰⁴. *Canaris* ve *Larenz*'in geliştirdiği yaklaşımlara dayanan ‘*yeknesak yasal borç ilişkisi*’ (*einheitliches gezetsliches Schuldverhältnis*) (*rapport de protection légale uniforme*) teorisi, İsviçre öğretisinde de bazı yazarlar tarafından benimsenmiştir. Bu görüşteki yazarlar, yan yükümlülüklerin kaynağını, yasal temeli dürüstlük kuralı olan bir yasal borç ilişkisi olarak kabul etmektedir²⁰⁵. Buna karşılık,

²⁰⁰ Wiegand, Schulverhältnis, s. 86 vd.; Hans Peter Walter, “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 132/1996, ss. 273–295, s. 279.

²⁰¹ BGE 70 II 125, s. 218, c. 3.

²⁰² BGE 121 III 358.

²⁰³ Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 67.07; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 35; Wiegand, Schuldverhältnis, s. 89; Walter, Vertrauenshaftung im Vertrag, s. 279.

²⁰⁴ § 1.I.D.2.b.

²⁰⁵ BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 142 vd.; Wiegand, Schuldverhältnis, s. 86 vd.; Hadžimanović, s. 107-108; Chapuis, Haftung, s. 659.

bazı yazarlar ise tarafların sözleşme kurmaya yönelik iradesi yerine bir hukuki fiksiyona dayanan bu tür yeni bir borç ilişkisine gerek olmadığı; yan yükümlülüklerin dürüstlük kuralından doğan sözleşmesel yükümlülükler olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır²⁰⁶. İsviçre Federal Mahkemesi ise bu konuya değindiği bir kararında, koruma yükümlülüklerinin yasadan kaynaklanmayıp sözleşme kaynaklı olduğunu, dürüstlük kuralı (ZGB 2) yardımıyla sözleşmenin yorumlanması veya tamamlanmasıyla doğduğunu açıkça kabul etmiştir²⁰⁷.

e. Türk Hukukunda

Türk hukukunda sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin kaynağının dürüstlük kuralı olduğu genel olarak kabul edilmektedir²⁰⁸.

Öğretide yan yükümlülükleri ele alan ve kavramsal olarak değerlendiren yazarların açıklamaları incelendiğinde, hem sözleşmenin tamamlanması görüşünün hem de yeknesak yasal borç ilişkisi yaklaşımının Türk hukukunda hâkim görüş olarak savunulduğu sonucuna varılabilir.

Yan yükümlülükleri kavramsal düzeyde ilk inceleyen yazarlardan *Edis*, yan yükümlülüklerin kaynağının, sözleşmenin ‘*doğruluk ve güven ilkesi*’, yani dürüstlük kuralı yardımıyla tamamlanması olduğunu savunmaktadır²⁰⁹. *Eren* ve *Antalya* da sözleşme görüşmeleri döneminde taraflar arasında özel bir bağın (*Sonderverbindung*) kurulmasıyla koruma yükümlülüklerinin doğduğunu ve bu bağın kimi zaman sözleşmeden doğan asli edimler sona erdikten sonra da devam ettiğini belirtmektedir²¹⁰. *İnal*, TMK m. 2’nin lafzının ve özellikle kişilere ‘*borçlarını yerine getirirken*’ dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü yüklemesinin hem

²⁰⁶ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 7; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-107 n. 107-108; Christine Chappuis, ‘‘Les règles de la bonne foi entre contrat et délit’’, InDufour, Aldred, Rens, Pacte, convention, contrat: mélanges en l’honneur du Professeur Bruno Schmidlin, ed. Ivo, Meyer-Pritzl, / Rudolf, Winiger, Bénédict, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1998, ss. 227-248, s. 243-246; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 5.

²⁰⁷ Siehe BGer Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 n. 6.1.

²⁰⁸ Eren, n. 104; İnal, s. 302-303; Erbek Odabaşı, s. 78.

²⁰⁹ Edis, s. 316.

²¹⁰ Eren/Dönmez, Borç İlişkisi, n. 34; Antalya, BHGH Cilt 3, n. 2346; İnal, s. 379.

sözleşme hem de sözleşme dışı alanda dürüstlük kuralına borç kurucu bir nitelik kazandırmak için uygun bir zemin hazırladığını görüşündedir²¹¹. Böylece dürüstlük kuralının bir yorum ilkesi olarak kullanılması vasıtasıyla, kişinin hukuki alanını yoğunlaşmış bir sosyal temasla diğer bir kişiye açmasının edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin doğumuna sebebiyet verdiğini, ancak koruma yükümlülüklerinin sözleşmeden doğduğunu belirtmektedir²¹². Serozan, sözleşme ilişkisinden bağımsız ama buna paralel olarak sözleşme görüşmelerinde sosyal temasın başlamasıyla kurulan, koruma yükümlülüklerinden ibaret bir borç ilişkisinin varlığını detaylı olarak incelemekte²¹³; yan yükümlülüklerin ihlalinin sözleşmenin müspet ihlali kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve borca aykırılığa ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerinin öngördüğü sözleşmesel yaptırımların kıyas yoluyla uygulanacağını kabul etmektedir²¹⁴. Aral, İpek ve Erbek Odabaşı ise yan yüküm terimini tercih etmekte ve yan yükümlerinin yasal dayanağının dürüstlük kuralı olduğunu belirtmektedir²¹⁵.

Diğer yandan, yan yükümlülüklerin koruduğu menfaatin türüne göre gruplandırması açısından yazarlar farklı terimler kullanmaktadır. Edis, yan yükümlülükleri yardım yükümlülükleri (*Hilfspflichten*) ve koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*) olarak iki gruba ayırmaktadır²¹⁶. Eren sözleşmeden doğan yan yükümlülükleri, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olarak incelemektedir²¹⁷. Antalya ise asli edim yükümlülüğüne bağlılığı yönünden bağımlı yan yükümlülükler ve bağımsız yan yükümlülükler ayrımını benimsemektedir²¹⁸. İnal, sözleşmeden doğan yan yükümlülükleri, ifaya yardımcı olma amaçlı yan borçlar ve

²¹¹ İnal, s. 302 ve s. 380.

²¹² İnal, s. 379; Aynı görüşte Erbek Odabaşı, s. 78.

²¹³ Serozan, Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 121 vd.

²¹⁴ Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 s. 246 vd n. 1 vd ve Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 281 vd. Belirtmek gerekir ki, yazar çalışmamızda ifaya bağlı yan yükümlülükler olarak adlandırdığımız tür yükümlülükleri yan edim yükümlülükleri olarak değerlendirmekte, yan edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinin ihlalinin sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirmektedir, bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 283-284 Serozan, Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 119.

²¹⁵ Aral, s. 39; İpek, s. 67 vd.; Erbek Odabaşı, s. 62 vd. İpek, yükümlülük ve yüküm kavramlarına atfettiği farkı şu şekilde açıklamaktadır: İki kavram da “bir işi yapma mecburiyetini” ifade etmekle beraber yüküm bunu obje açısından, yükümlülük ise süje açısından ifade etmektedir, bkz. İpek, s. 22. Bu terminoloji çerçevesinde Yazar, edim yükümlülükleri ve yan yükümler ifadelerini kullanmaktadır.

²¹⁶ Edis, s. 316.

²¹⁷ Eren/Dönmez, Borç İlişkisi, n. 31.

²¹⁸ Antalya, BHGH Cilt 3, n. 2365.

koruma borçları olarak ele almaktadır²¹⁹. Yan yüküm terimini tercih eden *Aral* ve *İpek* ise, bağımlı yan yükümler (*unselbstständige Nebenpflichten*) ve bağımsız yan yükümler (*unselbstständige Nebenpflichten*) olarak ikiye ayırmakta, bağımsız yan yükümlerin aynen ifa davasına konu olabileceğini kabul etmektedir. Koruma yükümlülüklerini ise koruma yükümleri olarak aynı bir kategoride incelemektedir²²⁰.

Diğer yandan, Yargıtay'ın yan yükümlülük kavramını zikreden ilk içtihadı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4.11.2021 tarihli ve E. 2018/11-88 K. 2021/1351 kararıdır. Bu kararda Yüksek Mahkeme yan yükümlülük kavramını ilk kez açıkça anmış ve kavram olarak *Eren*'in açıklamaları ekseninde detaylı olarak incelenmiştir. Karara konu olayda Yargıtay, yelkenli motor tekne satış sözleşmesi bakımından satıcının teknenin yedek anahtarlarını alıcıya teslim etmesi ve yedek anahtarların bulunmaması halinde ise en azından bu hususta alıcıyı bilgilendirmesini, satış sözleşmesinden doğan bir yan yükümlülük olarak kabul etmiştir. Yargıtay bazı kararlarında ise yan yükümlülük terimini açıkça zikretmeden münferit yan yükümlülükleri tespit etmiştir. Örneğin; eser sözleşmesinde yüklenicinin inşaat kapsamında dikilen mini kazık ankraj betonları döküldükten sonra kazıkların bozulmaması için bir süre beklenmesi gerektiğini iş sahibine bildirme yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir²²¹.

2. İngiliz Hukukunda Benzer Bir Kavram: *implied terms*

a. İngiliz hukukunda dürüstlük kuralı veya benzer bir kavramın yeri

Roma-germen hukuk sistemlerinde yan yükümlülükler, bu sistemlerin yapıtaşlarından dürüstlük kuralına dayanır. Buna karşılık, İngiliz hukukunda hakların

²¹⁹ İnal, s. 307 vd.

²²⁰ Aral, s. 39 vd; İpek, s. 71-72.

²²¹ Karara konu olayda yüklenicinin bu durumu bildirmemesi nedeniyle inşaat açısından bir zarar tehlikesi ortaya çıkmadığı için bildirme yükümlülüğünün ihlal edilmemiş olduğu sonucuna varılması, kanımızca isabetsiz bir tespittir. Olayda bildirme yükümlülüğü ihlal edilmiş olmakla yüklenicinin sorumluluğunun doğmamasının nedeni, sorumluluğun diğer unsurlarından biri olan 'zarar'ın ortaya çıkmamasıdır. Karar için bkz. Yarg. 15. HD T. 1.11.2012, E. 2012/3710, K. 2012/6674.

kullanılmasında ve borçların ifasında dürüstlük kuralına²²² uygun davranılması yönünde genel bir yükümlülüğünün bulunmadığı; hatta bu yükümlülüğün bulunmamasının hukuki öngörülebilirliği ve belirliliği arttırdığı savunulmaktadır²²³. Ancak vurgulamak gerekir ki, Roma-germen hukuk sistemlerinin dürüstlük kuralı da içi boş, dogmatik ve her norma üstün gelen bir hakkaniyet düşüncesiyle bağdaştırılmamalıdır. Aksine, bu kavrama genellikle yasal düzenlemelerin uygulanmasının ardından ikincil olarak ve somut olay adaletinin sağlanamaması halinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin adil dağılımının sağlanması için başvurulur²²⁴. Nitekim mahkemelerin kimi kararlarında *equity law* kapsamında somut olaylardaki adaletsizlikleri giderme amacıyla dürüst ve makul davranma (*good faith and fair dealing*) yükümlülüğüne başvurulması, özellikle Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında 1993 tarihli Haksız Şartlar Direktifinin etkisi ve doksanlı yıllarda başlayan akademik tartışmaların etkisiyle dürüstlük kuralını reddeden bu önermenin günümüzde anlamını ve gerçekliğini yitirdiği belirtilmektedir²²⁵. Günümüzde İngiliz

²²² Bu başlık altında anılan metin ve hukuk kaynaklarında geçen “*good faith*” ifadesi eski deyişle “*objektif hüsnüniyet*” kavramını ifade ettiği için “*dürüstlük kuralı*” olarak tercüme edilip anılmıştır.

²²³ The Law Society of England and Wales, England and Wales: The jurisdiction of choice, 2007, s. 5 [çevrimiçi: <https://www.lawsociety.org.uk/campaigns/england-and-wales-global-legal-centre>] [Erişim Tarihi: 10.01.2022]. Ancak Angloamerikan hukuk sistemi, dürüstlük kuralı ile benzer fonksiyona sahip başka bazı düzeltici mekanizmalar da sunmaktadır. Benzer hukuki dayanaklara sahip görülen “*Promissory estoppel*”, “*unjust enrichment*” ve “*misrepresentation*” gibi kavramlar için bkz. Hugh Collins, “Implied Duty to Give Information During Performance of Contracts”, *The Modern Law Review* 55:4 July 1992, s. 556-562, s. 557; Riske, 325 vd, n. 858 vd; Jan Peter Schmidt, “Section 2: General Duties”, *Commentariew on European Contract Laws*, ed. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, New York, Oxford University Press, 2018, n. 46.

²²⁴ Schmidt de Alman hukukunda “*queen of rules*” olarak nitelendirdiği dürüstlük kuralını düzenleyen BGB §242 hükmünün; mahkemelerin *ius strictum*’un katı uygulamasının getirdiği olumsuz sonuçları önleyerek hakkaniyete uygun kararlar verilmesini sağladığını ve öğretide geliştirilen yeni teorilerin temellendirilmesi için bir zemin yarattığını belirtmektedir, bkz. Schmidt, General Duties, n. 27; Dürüstlük kuralının bu işlevlerine ilişkin BGB §242 temelinde kaleme alınan ancak İsviçre ve Türk hukuklarına da uygulanabilecek detaylı bir analiz için bkz. Simon Whittaker / Reinhard Zimmermann, “Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape”, *Good Faith in European Contract Law*, 2.Digitally Printed Version, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s. 18 vd.

²²⁵ Schmidt, General Duties, n. 45-46; Klaus Peter Berger / Thomas Arntz, “Treu und Glauben als Rechtsprinzip im englischen Wirtschaftsvertragsrecht”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2016, ss. 167-199, s. 170-171; Riske, s. 349, n. 924. Atiyah da bu genel bir dürüstlük davranma ödevinin bulunmadığı, bunun da İngiliz hukukunun resmiyetinin işaret olarak görüldüğünü aktarmakta; ancak modern yargıçların böyle bir ödevin kabul edilmesinden memnuniyetsiz olmadığını da belirtmektedir. Yazarın bu açıklamasından, modern yaklaşımlar nezdinden dürüstlük kuralına yönelik önyargının kırıldığı çıkarımına varmak mümkündür, krş. Atiyah, s. 213.

hukukunda satış sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve sigorta sözleşmesi gibi bazı özel sözleşme türleri ile tüketici işlemleri bakımından, sözleşmenin tamamlanmasında (*implication*) *good faith* kavramının rol oynadığı kabul edilmektedir²²⁶. Sonuç itibariyle Roma-germen hukuk sistemlerinde kabul edilen anlamda bir dürüstlük kuralı kabul edilmese de İngiliz hukukunda kavrama karşı önyargılar kırılmıştır. Diğer yandan, aynı geleneğe dayanan Amerika Birleşik Devletleri'nde ise eyaletler üstü düzeyde yol gösterici nitelikte olan “*Restatement (Second) of Contracts*”²²⁷ın 205. Bölümünde²²⁸ dürüstlük kuralına atıf yapılmış ve Yeknesak Ticaret Kanununun (*Uniform Commercial Code*) 1-304. Bölümünde²²⁹ dürüstlük kuralı tanımlanmıştır²³⁰.

İngiliz hukuk sisteminde dürüstlük kuralının fonksiyonu bağlamında konumuz açısından önem arz eden kurumlar ise örtülü koşul (*implied term*) ve bununla bağlantılı olan sözleşmenin tamamlanması (*implication*) kavramlarıdır. İngiliz hukukunda dürüstlük kuralına uygun davranma yönünde genel bir hukuk kuralı (*a general duty of*

İngiliz hukukunda “*good faith*” kavramının anlamı ve gelişimi için bkz. Wolfgang Grobecker, *Implied terms and Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*, Berlin, Duncker und Humblot, 1999, s. 38 vd. Burrows da ilk aşamada dürüstlük kuralının *common law*’da yer bulmadığını belirtip nihayetinde *implied term* kavramının sözleşmenin ifası ve ifadan beklenen menfaatin (*performance and enjoyment*) sağlamadaki rolünü açıklarken bu kavrama başvurur, bkz. J. F. Burrows, “Contractual Co-operation and the Implied Term”, *The Modern Law Review*, July 1968, Volume 31, Number 4 (July 1968), ss. 390-407, s. 405-406. Schmidt, son yıllarda mahkeme kararlarının gerekçelerinde “*dürüstlük kuralına yönelik bir sempati*” sezilmeye gözlemlendiğini ifade etmektedir. İlgili kararlarda yer alan ifadeler için bkz. Schmidt, *General Duties*, n. 45-46. Nitekim Whittaker/Zimmerman da İngiliz hukukunda son yıllarda, iş birliğine dayanan bir sözleşme anlayışını yansıttığı için bu kavramı benimseyen yazarların sayısının arttığını aktarmaktadır, bkz. Whittaker/Zimmermann, s. 47-48.

²²⁶ Klaus Peter Berger / Thomas Arntz, “Die Anerkennung von Verhandlungsklauseln durch die englische Rechtsprechung”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2015, ss. 25-32, s. 31; Riske, s. 321, n. 852; Berger/Arntz, *Treu und Glauben*, s. 168.

²²⁷ https://www.law.cornell.edu/wex/restatement_of_the_law [E.T. 10.01.2023]

²²⁸ § 205 *Restatement (2d) Contracts* : «*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*».

²²⁹ “*Good faith,*” except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.’

²³⁰ UCC m. 2-103, satış sözleşmesinde satıcılığı meslek edinen satıcılar açısından dürüstlük kuralına uygun davranmaya yönelik standart davranışı yükseltmiş, ticari hayattaki makul uygulamalara uyulmasına yönelik davranış yükümlülüğünü objektifleştirmiştir, bkz. Berger/Arntz, *Treu und Glauben*, s. 169-170. Amerika’daki eyalet sistemlerinin çoğu, *Restatement of Contracts* ve UCC’nin sözleşmeden doğan borcun ifasında dürüstlük kuralına uygun davranmayı temel bir ilke olarak kabul etmektedir, bkz. Steven J. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard Law Review*, Dec., 1980, Vol. 94, No. 2 (Dec., 1980), ss. 369-404, s. 369 vd.

good faith) bulunmamakla beraber, *implied term* kavramı, dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerle eşdeğer görülecek bir kavram olarak bir kavram olarak uzun yıllardır kabul edilmektedir²³¹. Yakın geçmişte verilen bir İngiliz Yüksek Mahkeme kararında, bu hukuk sisteminde dürüstlük kuralının kabulünü sorgulatan ve bu bağlamda tartışmalara yol açan bir karar verilmiştir. *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* kararında, İngiliz hukukunda dürüstlük kuralına yönelik genel bir düşmanlığın yersiz olduğu belirtilerek kaynağı dürüstlük kuralına dayandırılan bir sözleşmesel yükümlülüğün, bu hukuk sistemindeki terimle bir *implied term*'ün varlığı kabul edilmiştir²³².

b. *Implied term* kavramı

Tarafların sözleşme ilişkisine dâhil olabilecek her konuyu ve hususu düzenleyemeyeceği, irade uyuşmasının ekseriyette sözleşmenin esaslı noktalarına (*bare essentials*) yönelik olduğu düşüncesi İngiliz hukukunda da yer bulmuştur²³³. Diğer yandan, İngiliz hukuk sisteminde sözleşme hukukunda yükümlülükler arasında edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayırımına benzer bir sınıflandırma bulunmamaktadır. Bununla beraber, dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin fonksiyonu, İngiliz sözleşme hukukunda sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması bağlamında bir rol üstlenen *implied term* sağlanmaktadır²³⁴.

²³¹ Bu bağlamda Atiyah, tarafların sözleşme kurulduğu anda karşılıklı olarak yükümlülüklerini hiçbir hususu açıkta bırakmayacak şekilde düzenlemedikleri ve düzenleyemeyeceklerini; hatta sözleşmenin ömrü boyunca gündeme gelebilecek konuları öngöremeyeceklerini belirtmektedir, bkz. Atiyah, s. 213.

²³² *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 CLC 662; Aynı yönde ayrıca *Al Nehayan v Kent* [2018] EWHC 333 (Comm), [2018] 1 CLC 216 with *MSC Mediterranean Shipping Co SA v Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ 789, [2017] 1 All ER (Comm) 483 [45].

²³³ Atiyah, s. 201.

²³⁴ Hadžimanović, s. 69; Grobecker, s. 156 ve Grobecker, s. 176 vd; Dedek de uluslararası hukuk metinleri bağlamında common law ve çivil law sistemlerini karşılaştırırken *implied terms* ve *ancillary obligations* kavramlarını fonksiyon açısından mütekabil olduğunu belirtmektedir, bkz. Dedek, s. 811-812 n.15. Grobecker, isabetli olarak iki hukuk sistemi arasındaki yakınsamaya işaret etmekte ve çalışmamızda da inceleyeceğimiz Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri m. 6:102 ile bağlantısına kısaca değinmektedir, bkz. Grobecker, s. 260-261.

Implied term; sözleşmede açıkça kararlaştırılan yükümlülükler dışındaki noktalara ilişkin taraflar arasında tamamlanmış açık bir mutabakat (*complete express contract*) bulunmayan uyumsuzluklarda, yani sözleşmede tamamlanması gereken bir boşluk bulunan hallerde, bir yasa hükmü ya da mahkemenin müdahalesiyle gündeme gelen yükümlülükleri ifade eder²³⁵. Mahkemelerin tespit ettiği *implied term*'ler, tarafların farazi irade beyanlarına dayanan bir fiksiyon olarak kabul edilmektedir²³⁶. Örneğin; sözleşme tarafları arasında iş birliği yapma ve sözleşmenin amacına sadık davranma yükümlülüğü²³⁷, satılan ve nakledilen ürünlerin gereği gibi tedarik edilmesi ve özellikle satıcının satış bedeline ek masraflar konusunda açıklama yükümlülüklerini yerine getirmesi²³⁸ gibi yan yükümlülük olarak kabul edilen türden yükümlülükler, bu hukuk sisteminde *implied term* olarak kabul edilir. Özen yükümlülüğü ('*implied term or duty that work will be done competently and not negligently*') gibi bazı *implied term* türleri ise neredeyse bütün sözleşmelerde bulunur²³⁹.

c. *Implied term* türleri

Bazı sözleşmelerde sözleşmenin doğası gereği özel bir özen yükümlülüğü (*duty of care*) veya açıklama yükümlülüğü (*duty to disclose*) içermesi²⁴⁰ ya da sigorta sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin azami güven arz eden türden bir sözleşme olması (*uberrime fidei contract*)²⁴¹ halinde zarar veren tarafın *implied term* gereği sorumluluğunun doğacağı özel kanun hükümleriyle kabul edilmektedir. Bu tür sözleşmelerde *implied term*'ün varlığı doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklanır

²³⁵ E.G. McKendrick, "Implied Terms", Chitty on Contracts Volume I General Principles, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2020, n. 14-002; Richard Austen-Baker, Implied Terms in English Contract Law, 2. Edition, Edward Elgar Publishing, 2017, n. 3.01; Grobecker, s. 61 vd.

²³⁶ Richard Hooley, "Implied Terms After Belize Telecom", Cambridge Law Journal, 73(2), July 2014, pp. 315–349, s. 313; Hadžimanović, s. 139.

²³⁷ Rainy Sky SA v Kookmin Bank[2011] 1 WLR 2900; Gan v Tai Ping (Nos 2 & 3) [2001] Lloyd's Rep IR 667.

²³⁸ Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd., [2013] EWHC 111 (QB).

²³⁹ Atiyah, s. 210.

²⁴⁰ Interfoto Picture Library Ltd. v Stiletto Visual Programmes Ltd. [1989] Q.B. 433, p. 439.

²⁴¹ HIH Casualty and General Insurance Ltd. v Chase Manhattan Bank [2003] UKHL 6 = 1 All E.R. (Comm) 349 = [2003] 1 C.L.C. 358, p. 364. [çevrimiçi: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030220/hih-1.htm>] [Erişim tarihi: 19.12.2021]

(*implication in law* ya da *terms implied in law*)²⁴². İngiliz hukukunda yasadaki doğan *implied term*'lerin en sık kullanıldığı üç sözleşme ilişkisinin taşınır satışı (*sale of goods*), kira sözleşmesi (*tenancy*) ve hizmet sözleşmesi (*employment*) olduğu belirtilmektedir²⁴³.

İkinci grup olan *terms implied by custom / usage* ilgili sözleşmenin yapıldığı iş alanındaki kesin, makul ve hukuka uygun teamülleri esas alan yükümlülükler getirir²⁴⁴. Bir yükümlülüğün teamülden doğduğunun kabul edilebilmesi için teamülden çıkarılan *implied term*'ün açık ve makul olması, somut olaydaki sözleşme ilişkisi ile bağdaşması ve hukuka aykırı olmaması gerekir²⁴⁵.

Son ve en önemli grup olan *terms implied in fact* ise yasada açık düzenleme olmayan hallerde sözleşmenin yorumlanması veya tamamlanmasıyla dürüstlük kuralına dayanan birtakım yükümlülüklerin var olduğu sonucuna varılmasını sağlar (*implication in fact* ya da *terms implied in fact*)²⁴⁶. Bu durumda, somut olay adaletinin sağlanması için dürüstlük kuralına başvurulması, sözleşmenin tamamlanması (*implication*)²⁴⁷ yoluyla gerçekleşmektedir²⁴⁸. Bu kategori açısından bir *implied*

²⁴² G. H. Treitel, *The Law of Contract*, ed. Edward Peel, 15. Edition, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2020, n. 6-067; Atiyah, s. 204; McKendrick, n. 14-005. Wilmot-Smith, bu kategoride yer alan bir *implied term*'ün esasen yasada (*statute*) öngörülmeseydi de bir *implied term in fact* olarak kabul edileceğini; buna karşılık *implied terms in law* ve *implied terms in fact* kategorileri arasında farkın, ilk grubun varlığının bir mahkeme kararı gerekmesizin doğrudan kabul edilmesinde yasanın kabul ettiği bazı gerekçeler olduğunu belirtmektedir, bkz. Frederick Wilmot-Smith, "Express and Implied Terms", *Oxford Journal of Legal Studies* 2023, Vol. 43, No. 1, ss. 54–75, s. 74.

²⁴³ Grobecker, s. 186 vd.

²⁴⁴ Treitel, *Law of Contract* 15. Edition, n. 6-080; Grobecker, s. 114.

²⁴⁵ Austen-Baker, n. 5.16 vd.

²⁴⁶ Treitel, *Law of Contract* 15. Edition, n. 1-004 ve n. 6-051; Grobecker, s. 117; Berger/Arntz, *Treu und Glauben*, s. 176 vd. Yine bazı common law yazarları da dürüstlük kuralının kabul edilmesini savunmaktadır, bkz. Berger/Arntz, *Treu und Glauben*, s. 175, dn. 45'teki yazarlar. bkz. *Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10, [2009] 1 WLR 1988 [21]; *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111 (QB); *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd* [2014] EWHC 2145 (Ch); *Socimer International Bank Limited (in liquidation) v. Standard Bank London Ltd*, [2008] EWCA Civ 116, Rdnr. 73; *Euroption Strategic Fund Limited v. Skandinaviska Enskilda Banken AB*, [2012] EWHC 584 (Comm), Rdnr. 170 ff.; *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd.*, [2014] EWHC 2104 (Comm), Rdnr. 51.

²⁴⁷ İngiliz hukukun *construction of contract*, tarafların sözleşmede açıkça kararlaştırdıkları *express term*'lerin yorumu (*interpretation of express terms*) ve kararlaştırılmayan hususlarda sözleşmenin tamamlanmasını (*implication of terms into an agreement*) kapsayan bir üst kavramdır. Birçokları yerine bkz. Gerard Mcmeel, *The Construction of Contracts*, OUP, Oxford, 2007, n. 1.20-1.21.

²⁴⁸ Krş. Treitel, *Law of Contract* 15. Edition, n. 1-004.

term'in tespiti için mahkemeler bazı değerlendirme yöntemleri uygulamaktadır. Bunlardan ilki, *officious bystander test* olarak adlandırılmaktadır. Bu test temelde şu varsayıma dayanır: Sözleşmenin kurulduğu anda objektif, tarafsız ve makul bir üçüncü kişi, bir yükümlülüğün sözleşmede düzenlenmesini önerseydi, tarafların bunu tabi surette ve tereddüte düşmeden kabul edeceği söylenebiliyorsa bu yükümlülüğün sözleşmeden doğan bir *implied term* olduğuna kanaat getirilir²⁴⁹. Ancak bu test, zaman içinde mahkemeler tarafından objektifleştirilmeye çalışılsa temelde tarafların subjektif olarak ne düzeyde makul insanlar olduğuna bağlıdır²⁵⁰. Daha objektif bir standart getirmeyi amaçlayan bir diğer yöntem ise *business-efficacy test* yöntemidir²⁵¹. Bu değerlendirme, münferit yükümlülüğün iş ilişkilerinin etkin yürütülmesine (*business efficacy*)²⁵² ve sözleşmelerin makul surette ifasına ilişkin farazi ortak irade beyanlarının tespitine dayanır²⁵³. Bu değerlendirmede tarafların dürüst davranma yükümlülüğü, alelade bir dürüstlük sınırını aşarak davranışın ticari olarak kabul edilebilir olup olmadığına dayanmaktadır²⁵⁴. Objektif bir standart getirmesi ve yükümlülüklerin kaynağını belirlerken iş ilişkilerinin olağan akışını temel alması itibarıyla *business-efficacy test*, sözleşmelerin tamamlanması bağlamında İngiliz hukukuyla Roma-germen hukuk sistemlerinin dürüstlük kuralı yardımıyla sözleşmelerin tamamlanması kurumuna yakındır²⁵⁵. İngiliz öğretisinde savunulan hâkim görüşe göre bu testlerden birinin uygulanması, bir yükümlülüğünün *implied term*'den doğduğunun kabulü için yeterlidir²⁵⁶. Ancak *officious bystander test* ve

²⁴⁹ *Officious-bystander Test* yönteminin gelişimi için bkz. Austen-Baker, n. 7.32; Grobecker, s. 118 vd.; Stölting, s. 78 vd.; Treitel, Law of Contract 15. Edition, n. 6-056; Burrows, s. 407. Bu yöntemin uygulandığı ilke kararlar için bkz. Austen-Baker, n. 7.33 vd.

²⁵⁰ Grobecker, s. 128-129; Burrows, s. 407.

²⁵¹ Bu yöntemin uygulandığı ilke bir karar olan Moorcock kararı için ayrıntılı olarak bkz. Austen-Baker, n. 7.04 vd.; ayrıca Stölting, s. 74 vd.

²⁵² Bu bağlamda *Marks & Spencer Plc v BNP Paribas* kararında, bir *implied term*'in var olduğunun söylenebilmesi, bu yükümlülük olmadan sözleşmenin ticari ve pratik anlamını ("*commercial or practical coherence*") yitireceğinin söylenebilmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. *Marks & Spencer Plc v BNP Paribas Securities Service Trust Co (Jersey) Ltd* [2015] UKSC 72; [2016] A.C. 742, 21

²⁵³ *Business-efficacy Test* yönteminin gelişimi için bkz. Grobecker, s. 129 vd.; Stölting, s. 74 vd.

²⁵⁴ *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111 (QB); *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd* [2014] EWHC 2145.

²⁵⁵ Krş. Grobecker, s. 140. Buna karşılık Stölting, objektif bir standart getirmediği, taraflar arasındaki sözleşmenin otonom olarak değerlendirilerek sözleşmenin tamamlanmasına dayandığını belirtmekte; bu nedenle Grobecker'in savına karşı çıkmaktadır, bkz. Stölting, s. 74.

²⁵⁶ Görüşler hakkında bkz. Grobecker, s. 106; Stölting, s. 82.

business efficacy test yöntemleri arasındaki ayrımın keskin olmadığını, çoğu olayda bu iki testin sonuçlarının örtüşeceğini belirtilmektedir²⁵⁷. Son yıllarda ise hâkimin görevinin taraf iradelerini araştırmakla değil, objektif bir davranış ölçütü ortaya koymak olduğunu ifade eden “*reasonable expectations of honest men*” ölçütü ortaya atılmıştır. Buna göre tarafların farazi iradelerinin araştırılması değil, birbirlerine karşı olan meşru beklentilerinin korunması önemlidir²⁵⁸.

Bu açıklamalar ışığında, yan yükümlülükler gibi *implied term* kavramının da sözleşme taraflarının makul ve haklı beklentilerinin korunmasına dayanan²⁵⁹, yasadana ya da sözleşmeden doğan yükümlülükler getirdiği görülmektedir. Bu nedenle Çalışma konusu bağlamında, her iki hukuk çevresinde paralel bir yaklaşım ve hukuki gerekçelendirme izlendiği açıktır. Nitekim *implied term* kavramına ilişkin monografik bir çalışma kaleme alan *Austen-Baker, civil law* sistemlerinde de yasadana doğan veya sözleşmenin mahkeme tarafından tamamlanmasıyla tespit edilen yükümlülükler bulunduğunu belirtmektedir²⁶⁰.

3. Uluslararası Hukuk Metinlerinde

Yan yükümlülüklerin temel kaynağı olan dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü, gerek özel hukuka ilişkin yeknesaklaştırma çalışmalarında gerekse bağlayıcı olmayan uluslararası akademik metinlerde genel bir ilke olarak yer alır²⁶¹.

²⁵⁷ Birçokları yerine bkz. G. H. Treitel, *The Law of Contract*, ed. Edward Peel, 14. Edition, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2015, n. 6-037; Eserin yeni baskısında da iki testi karşılaştıran paragraf güncel içtihatlar doğrultusunda değiştirilmiş olmakla beraber, her iki testin örtüşeceği tekrarlanmaktadır, bkz. Treitel, *Law of Contract* 15. Edition, n. 6-060.

²⁵⁸ Stölting, s. 99-100. İngiliz hukukunda güncel bir gelişme olarak, *implied term* kurumuna ilişkin verilen bir kararda *Belize v Belize Telecom Ltd* kararında *Attorney-General Lord Hoffmann*’ın *implication* ve *interpretation* süreçlerinin açıkça birleştirmiş ve *implied term*’in tespitine yönelik mahkemelerin kullandığı bütün testleri nihayetinde, bu yükümlülüğün sözleşme kapsamında makul olarak çıkarılıp çıkarılamayacağı kriterine indirgemıştır. Kararın analizi için bkz. Hooley, s. 316. Karar için bkz. *Belize v Belize Telecom Ltd*. [2009] UKPC 10, [2009] 1 W.L.R. 1988.

²⁵⁹ Treitel, *Law of Contract*, 15. Edition, n. 6-062.

²⁶⁰ Austen-Baker, n. 1.09.

²⁶¹ Riske, s. 341, n. 904.

Çalışmanın bu bölümde örnek olarak yan yükümlülüklerin CISG, PECL ve PICC'deki görünüşleri incelenecektir.

a. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (*United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods*)²⁶² (buradan itibaren “CISG” olarak anılacaktır), sözleşmeden doğan yükümlülük türleri ve borca aykırılığa sebep olan olgular arasında kategorik bir ayrım yapmamaktadır²⁶³. CISG m. 30 satıcının edim yükümlülüğünü, CISG m. 53 ise alıcının edim yükümlülüğünü düzenlemekle beraber, tarafların bunlar dışında, aralarındaki sözleşmeden (örneğin; sözleşmeye enkorpore edilmiş INCOTERM klostları), CISG'den veya m. 9'a göre dikkate alınacak ticari teamüller ile m. 7 uyarınca dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu

²⁶² Tarihi gelişim için bkz. Işıl Yelkenci, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, Oniki Levha, 2014, s. 8 vd; Emre Cumalıoğlu, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal (Anticipatory Breach – Antizipierter Vertragsbruch) Borcun Vadede İfa Edilmeyeceğinin Öngörülebilmesi ve Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 19 vd.

²⁶³ Franco Ferrari, Art. 25, Internationales Vertragsrecht Rom-I-VO-CISG-CMR-FactÜ Kommentar, ed. Franco Ferrari, Eva Maria Kieninger, Peter Mankowski, Karsten Otte, Ingo Saenger, Götz Schulze, Ansgar Staudinger, 3. Auflage, CH Beck, 2018, Art. 25 n. 6; Ulrich G. Schroeter, CISG Art. 25 [Wesentliche Vertragsverletzung], Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Auflage, Beck, 2019, CISG Art. 25 n. 202; Andrea Björklund Art. 25, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary, ed. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas, 2. Edition, CH Beck, 2018, Art. 25 n. 42; Christoph Brunner, Benjamin Leisinger, Art. 25, UN-Kaufrecht – CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980-Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, SHK - Stämpfli Handkommentar, 2., ergänzte und vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2014, Art. 25 n. 4; Constantin Dücks, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, s. 74-75.

yükümlülükler, Roma-germen hukuk sistemlerinden gelen yazarlar tarafından yan yükümlülük²⁶⁴, İngiliz öğretisinde ise *implied term* olarak ele alınmaktadır²⁶⁵.

Satıcının gerekli belgeleri²⁶⁶ teslim etmesi (m. 34), alıcıyı malların gönderimi hakkında bilgilendirmesi, malları taşımayı üstlenmesi halinde buna ilişkin sözleşmeleri akdetmesi, sigorta yaptırmayı üstlenmişse yaptırmaması veya üstlenmemişse sigortanın yapılabilmesi için gerekli bilgileri vermesi (m. 32), malları uygun şekilde paketlemesi (m. 35/4-d), malların muhafazasını sağlaması satıcının CISG bağlamındaki yan yükümlülüklerine örnektir²⁶⁷. Bazı yazarlar bunlara ek olarak sözleşmenin ihlaline dayanarak hukuki imkânlarını kullanmak isteyen tarafın ihlalden doğan zararı azaltma yükümlülüğü (m. 77), satıcının ifaya ilişkin eksiklikleri masrafı kendisine ait olmak üzere ve makul olmayan bir gecikme ya da masrafa yol açmadan gidermesi yükümlülüğü (m. 48), satıcının malları teslim tarihinden önce teslim etmesi halinde teslim kadar sözleşmeye aykırılıkları gidermesi yükümlülüğü (m. 37) gibi yükümlülüklerini de yan yükümlülük olarak kabul etmektedir²⁶⁸. Gerçekten de yan yükümlülüklerin sözleşmenin amacını ve asli edim yükümlülüğünü tamamlama işlevi düşünüldüğünde son cümlede sayılan düzenlemeler de ifaya bağlı yan yükümlülük niteliğindedir.

²⁶⁴ SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 30 n. 21; Corinne Widmer Lühinger, Art. 30, Schlechtrim & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenzer, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022, Art. 30 n. 12; Pascal Hachem, Art. 3, Schlechtrim & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenzer, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022, CISG Art. 3 n. 13; Tolga Ayoğlu: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 169.

²⁶⁵ Richard Austen-Baker / Juliet P. Kostitsky, “Part IV - Implied Terms and Interpretation”, Commercial Contract Law, Transatlantic Perspectives, ed. Larry A. DiMatteo, Qi Zhou, Severine Saintier, Keith Rowley, Cambridge University Press, 2013, s. 223 vd. Ayoğlu, ticari teamüllerin sözleşmenin parçası olarak kabul edilmesini Anglosakson hukuku kökenli *implied terms* kavramına dayandığını belirtmektedir, bkz. Ayoğlu, s. 166. Ancak açıklandığı gibi Roma-germen hukuk sisteminden gelen yazarlar, CISG m.9 bağlamında yaptıkları açıklamalar vesilesiyle ticari teamüllerin sözleşmenin parçası olarak kabul edilmesini yan yükümlülük kavramı ile açıklamaktadır.

²⁶⁶ CISG’nin hazırlık çalışmaları ışığında bu belgeler arasında alıcının malların zilyetliğini kazanmasını sağlayan belgeler, malların gümrükten geçirilmesini sağlayan belgeler, taşıyıcı veya sigortacıya karşı ileri sürülecek taleplere temel teşkil eden belgeler sayılabilir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Kock, s. 47.

²⁶⁷ Kock, s. 44.

²⁶⁸ Ferrari IntVertragsR/Ferrari UN-Kaufrechts-Übereinkommen Art. 25 n. 6

Diğer yandan, ilgili iş alanındaki ticari teamüllerin bu yönde kanı oluşturmaları şartıyla, dürüstlük kuralından doğan daha genel nitelikteki yükümlülükler CISG bağlamında da gündeme gelir. Özellikle iş birliği yükümlülüğü, bilgilendirme ve açıklama yükümlülükleri ile sözleşmenin amacını zedelememe yükümlülükleri CISG'in uygulandığı satım sözleşmelerinde dürüstlük kuralında doğan yan yükümlülüklerdir²⁶⁹.

Belirtmek gerekir ki, bu açıklamalar daha ziyade ifaya bağlı yan yükümlülüklerle ilişkindir. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarındaki koruma yükümlülükleri ile Fransız hukukundaki *obligation de sécurité* ise bu sistemlere özgüdür. İngiliz hukukunun *implied terms* kurumu ise bütünlük menfaatinden ziyade sözleşme konusunu ve sözleşmenin amacını ilgilendiren menfaatlere yönelik yükümlülükler getirmektedir. Bu nedenle harmonizasyonu amaçlayan bir uluslararası metinde bütünlük menfaatinin uğradığı zararların sözleşmesel sorumluluk kapsamında kabul edilmemesi makul bir yaklaşımdır. Bu nedenle koruma yükümlülükleri, ancak satım sözleşmesinde açıkça öngörüldükleri takdirde gündeme gelirler; sınır aşan satım sözleşmelerinin kendilerine özgü ekonomik yapısı nedeniyle somut olayın koşulları ile gerekçelendirilmedikçe dürüstlük kuralından doğdukları kolaylıkla söylenemez²⁷⁰. Bir koruma yükümlülüğünün satış sözleşmesinin kapsamına girmediği sonucuna varılıyorsa, bütünlük menfaatinin ihlalinin hukuki sonuçları, münferit satış sözleşmesi açısından sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenir²⁷¹.

²⁶⁹ SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 30 n. 21.

²⁷⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter CISG Art. 25 n. 60.

²⁷¹ Koruma yükümlülüklerinin ihlalinin *lex fori*'nin atıf yaptığı ülke kurallarına göre değerlendirileceğine ilişkin bkz. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 299; Pascal Hachem, Art. 66, Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenger, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022, Art. 66 n. 21. Nitekim CISG Art. 5 gereği, satış sözleşmesi konusu ürünün ölümüne veya bedensel zarara sebep olması halinde sorumluluk CISG'ye göre değil, *lex causae*'ya yani sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilir, bkz. Pascal Hachem, Art. 5, Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenger, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022, Art. 5 n. 6.

b. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)

Bir akademik çalışma niteliğinde olan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law*) (buradan itibaren “PECC” olarak anılacaktır) dürüstlük kuralına ve yan yükümlülüklerle tekabül edecek ödevler öngörmektedir. Bu kapsamda *dürüstlük kuralı ve adil müzakere (good faith and fair dealing)* başlıklı PECL m. 1:201, *iş birliği yükümlülüğü (duty to co-operate)* başlıklı PECL m. 1:202 ve *örtülü koşullar (implied terms)* başlıklı PECL m. 6:102 incelenecektir.

PECL m. 1:201’e göre “Sözleşme tarafları dürüstlük kuralı ve adil müzakere esasına göre hareket etmelidir. Taraflar, bu yükümlülüğü sınırlayamaz ya da kaldıramaz.”²⁷² Buna paralel olarak PECL m. 6:102, *common law* terminolojisini benimseyerek yan yükümlülüklerle tekabül eden örtülü koşul (*implied term*) kavramını düzenlemiştir. Maddeye göre “Açıkça kararlaştırılan kayıtlara ilaveten, sözleşme, (a) tarafların iradeleri, (b) sözleşmenin doğası ve amacı, (c) dürüstlük kuralı ve adil müzakere ilkesine dayanan örtülü kayıtları (*implied terms*) da içerir.” Her iki düzenleme beraber değerlendirildiğinde, Roma-germen hukuk sistemlerindeki temel düzenlemelere benzeyen, tarafların sözleşmeden doğan haklarını kullanması ve borçlarını ifası bağlamında dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğüne ilişkin genel bir kuralın PECL’de de bulunduğu sonucuna varılmaktadır²⁷³.

PECL’in muhtelif maddelerinde de dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerin özel görünümüleri karşımıza çıkar. Nitekim *culpa in contrahendo* sorumluluğuna tekabül eden dürüstlük kuralına aykırı müzakere (*negotiations contrary to good faith*) başlıklı PECL m. 2:301’e göre, taraflardan biri sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralına ve adil müzakere esasına aykırı olarak ya da mevzubahis sözleşmenin kurulmasına yönelik gerçek bir niyeti bulunmaksızın sözleşme görüşmelerine girerek karşı tarafa zarar verirse bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür²⁷⁴. PECL’in gerçek ve samimi niyetlerle sözleşme görüşmelerine

²⁷² Yazar tarafından yapılan serbest tercüme.

²⁷³ Krş. Fänger, s. 212; Riske, s. 342, n. 908.

²⁷⁴ Her halükârda, liberal bir ekonomik sistemin gereği olarak tarafların görüşmelerine başladıkları sözleşmeyi kurmaktan vazgeçme hakları saklıdır.

girişilmesini emreden bu düzenlemesi²⁷⁵, dürüstlük kuralına uygun hareket edilmesini sözleşmenin müzakereleri döneminde de geçerli gören Roma-germen hukuk geleneğini takip etmektedir²⁷⁶.

Diğer bir yan yükümlülük türü olan iş birliği yükümlülüğünü (*duty to cooperate*) düzenleyen PECL m. 1:202'ye göre ise ‘‘Sözleşme tarafları, sözleşmeye tam geçerlilik kazandırmak bakımından diğer tarafa karşı iş birliği yükümlülüğü altındadır²⁷⁷.’’

Gizlilik yükümlülüğünün ihlali (*breach of confidentiality*) başlıklı PECL m. 2:302'ye göre ise, sözleşmenin kurulup kurulmadığından bağımsız olarak, taraflardan her biri, diğer taraf hakkında öğrendiği gizli bilgileri (*confidential information*) bir menfaat elde etmek amacıyla açıklamamakla yükümlüdür²⁷⁸. Bu düzenleme hem sözleşme sorumluluğu hem de *culpa in contrahendo* sorumluluğu bağlamında uygulanabilir. Yükümlülüğün yaptırımını ise Türk-İsviçre hukuk sistemi bakımından daha iyi bir güvence sunarak menfaat devri yaptırımını da bir hukuki imkân olarak sunmaktadır. Bu kapsamda gizlilik yükümlülüğünün ihlali halinde bu nedenle uğranılan zararın tazmini yanında, gizli bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması sayesinde elde edilen menfaatin devri de talep edilebilir²⁷⁹.

c. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri (PICC)

Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri (*Principles of International Commercial Contracts*) (buradan itibaren ‘‘PICC’’ olarak anılacaktır),

²⁷⁵ PECL'in bu düzenlemesinin esasen tarafların gerçek ve samimi niyetlerini açıklama yükümlülüğü de yüklemektedir, bkz. Riske, s. 347, n. 919.

²⁷⁶ Riske, s. 346, n. 918.

²⁷⁷ Yazar tarafından yapılan serbest tercüme.

²⁷⁸ Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme genel bir gizlilik yükümlülüğü getirmez; yani tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında birbirleri hakkında öğrendikleri her bilgi açısından bunları gizli tutma ya da kendi menfaatine kullanmama yükümlülüğü yoktur. Gizlilik yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için tarafların paylaşılan bilginin gizli olduğunu açıkça belirtmesi veya bilginin niteliği ve tarafların ekonomik faaliyetlerini sürdüğü sektör gereği bilginin gizli tutulması gereğinin tereddütsüz şekilde söylenebilmesi gerekir, bkz. Riske, s. 348, n. 921-923.

²⁷⁹ Bununla beraber, İngilizce kaleme alınmış olan düzenlemenin lafzı, bu kalemlerin talep edilebilmesinin somut olaya bağlı olacağı kanaati yaratmaktadır. İngilizce metin şu şekildedir: ‘‘The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution for the benefit received by the other party.’’

bağımsız bir hukuk enstitüsü olan UNIDROIT bünyesinde ve farklı ülkelerden gelen hukukçular tarafından hazırlanmış bir akademik metindir. PICC de dürüstlük kuralına ve yan yükümlülüklerle tekabül edecek ödevler öngörmektedir.

PICC, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin ifası döneminde tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma ve adil müzakere etme (*good faith and fair dealing*)²⁸⁰ yükümlülüğünü, sınırlanamayan ve kaldırılamayan bir yükümlülük olarak kabul etmektedir (PICC m. 1.7). Diğer yandan, dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerle tekabül eden temel kavram olarak *implied obligation*, PECL’de olduğu gibi *common law* terminolojisine yakın bir kelime seçimiyle PICC m. 5.1.2’de, sözleşmenin tamamlanması meselesi ise PICC m. 4.8²⁸¹’de düzenlenmiştir²⁸².

“*Açık ve örtülü borçlar (Express and implied obligations)*” kenar başlıklı PICC m. 5.1.1 uyarınca “*Tarafların sözleşmesel borçları açık veya örtülü olabilir.*” PICC m. 5.1.2’ye göre ise “*Örtülü borçlar, (a) sözleşmenin nitelik ve amacından, (b) taraflar arasındaki yerleşik uygulamalar ve teamüllerden, (c) dürüstlük ve adil davranma ilkesinden, (d) sağduyudan kaynaklanır.*” Yan yükümlülükler ile aynı amacı taşıyan bu düzenleme, PICC’e göre de sözleşmenin tarafların açık ya da örtülü anlaşmalarından ibaret olmadığı, bunlar dışında da makul ve menfaatlerin adil

²⁸⁰ Schmidt, uluslararası hukuki metinlerde yer alan ve aslında ABD hukuku menşei olan “*good faith and fair dealing*” ifadesinin incelikli seçildiğini Alman ve Hollanda hukuklarıyla karşılaştırarak anlatmaktadır. “*Good faith*” yerine “*good faith and fair dealing*” ifadesinin tercih edilmesinin sebebinin bu terimlerin sırasıyla “*guter Glaube*” ve “*Treu und Glauben*” terimlerini karşıladığı belirtmektedir, bkz. Schmidt, n. 8-13; Terimleri Türk hukukuna aktardığımızda “*guter Glaube*” için “*iyi niyet*” (eski ifadesiyle subjektif hüsnüniyet), “*Treu und Glauben*” için dürüstlük kuralı (eski ifadesiyle objektif hüsnüniyet) terimlerini kullanabiliriz.

²⁸¹ Vogenauer ise m. 4.8’i “*supplementary interpretation*”, m. 5.1.1 ve m. 5.1.2 hükümlerini ise “*implication*” kavramlarıyla ilişkilendirmektedir. Ancak Yazarın da kabul ettiği gibi “*supplementary interpretation*” terimi Roma-germen hukuk sisteminde *ergänzende Auslegung*, *interpretation supplétive* ve *tamamlayıcı yorum* terimlerine tekabül ederken (bkz. Stefan Vogenauer, “Art. 4.8 – Art. 5.1.1 – Art. 5.1.2”, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2. Edition, ed. Stefan Vogenauer, Oxford University Press, 2015, s. 611-612 n. 2); *implication (in fact)*’in mütakabili kurum da aynı terimle ifade edilmektedir (bkz. Vogenauer, s. 613 n. 6 ve atıf yaptığı dn. 280’deki Almanya ve İsviçre literatürü). Bu nedenle hükümler arasında kavramsal bir fark yoktur; her üç madde de tamamlayıcı yorum meselesini düzenler ve somut uygulaması da dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerdir.

²⁸² Metnin devamında yer alan PICC m. 4.8, m. 5.1.1 ve m. 5.1.2 düzenlemelerinin Türkçe tercümesi, UNIDROIT resmî sitesinden alınmıştır. İnternet sayfası için bkz. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Turkish-bl.pdf> [Erişim tarihi: 22.06.2023]

dağılımını sağlayan bir sözleşme düzenin sağlanması için tamamlanabileceğini göstermektedir²⁸³. Bu kapsamda örneğin; alıcıya bir bilgisayar ağı sistemi satışını konu alan bir sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da satıcı bilgisayar sisteminin işleyişi ve kullanımı hakkında alıcıya yeterli bilgi sağlamakla yükümlüdür. Diğer bir örnek olarak, ileride kurulacak bir sözleşme için bir fizibilite çalışması yapılmasına ilişkin bir anlaşma yapıldığını varsayalım. Çalışmayı yapacak taraf, sözleşmenin kurulmasından bir süre önce çalışmanın kapsamının genişliği nedeniyle sözleşmeyi ifa edemeyeceği kanaatine varırsa bunu zaman kaybetmeden karşı tarafa bildirmekle yükümlüdür²⁸⁴. Bu kapsamda ilk örnekte satıcının bilgilendirme ve açıklama yükümlülüğü, ikinci örnekte ise işi yapacak kişinin (yüklenici) iş birliği yükümlülüğü bulunmaktadır.

Ayrıca PICC sözleşme müzakereleri dönemindeki koruma yükümlülüklerinin varlığını da kabul edilmektedir. PICC m. 1.7'ye göre taraflar sözleşme görüşmelerini dürüstlük kuralına uygun olarak yürütmekle yükümlüdür²⁸⁵. Bununla bağlantılı olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğu bakımından PECL'e paralel olarak PICC de sözleşme görüşmelerinin dürüstlük kuralına aykırı olarak sona erdirilmesi ve özellikle bir tarafın sözleşme kurmaya yönelik gerçek bir niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerine başlayıp bu görüşmeleri sona erdirmesi halinde, diğer tarafın zararını giderme yükümlülüğü getirmektedir (PICC m. 2.1.15). Bu zarar kapsamında, sözleşme görüşmeleri sırasında yaptığı masraflar ve üçüncü bir kişiyle sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından (*reliance or negative damages*) doğan zararın tazmini gündeme gelir²⁸⁶. Bununla beraber, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralına uygun davranılmasına yönelik bir anlaşma²⁸⁷ (*agreement to*

²⁸³ Belser, s. 477.

²⁸⁴ Örnekler için bkz. UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts (2016), s. 152, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> [Erişim tarihi: 11.01.2023]

²⁸⁵ UNIDROIT Commentary, Article 2.1.15, 2016, s. 60. [Çevrimiçi: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>] [Erişim tarihi: 22.12.2021]

²⁸⁶ UNIDROIT Commentary, Article 2.1.15, s. 60.

²⁸⁷ Bu kapsamda sözleşme görüşmelerinin yürütülmesine ilişkin bir zaman çizelgesi düzenlenip buna uyulması, gizlilik yükümlülüğünün ve kapsamının özel olarak düzenlenmesi, bilgi paylaşımının planması gibi süreçler bu anlaşmanın kapsamında yer alabilir. Örnekler, tarafların faaliyet gösterdiği sektöre göre ve ticaret hacmine göre içerik ve kapsam bakımından değişiklik gösterecektir.

negotiate in good faith) varsa, bu takdirde yine aralarındaki anlaşmanın niteliği ve koşullarına göre tarafların taleplerinin kapsamı genişleyebilir ve klasik bir borca aykırılık durumunda söz konusu olacak talepler gündeme gelebilir. Bu halde ise sözleşmenin aynen ifası yani sözleşme görüşmelerine dürüstlük kuralına uygun olarak devam edilmesi ve olumlu zararın (*expectation or positive damages*) tazmini söz konusu olacaktır²⁸⁸.

PICC m. 2.1.16 ise bir yan yükümlülük türü olan gizlilik yükümlülüğünü (*duty of confidentiality*) düzenlemektedir. PECL gibi PICC de karşı taraf hakkında öğrenilen gizli bir bilginin açıklanması veya kendi menfaatine kullanılmasına karşı genel bir gizlilik yükümlülüğü öngörmemektedir²⁸⁹. Buna karşılık, PECL'den farklı olarak PICC m. 2.1.16'nın lafzı, gizlilik yükümlülüğünü, yalnızca tarafların paylaşılan bilginin gizli bilgi olduğunu açıkça karşı tarafa beyan ettiği haller için öngörmüştür. Bununla beraber, açık bir beyan bulunmamasına rağmen paylaşılan bilginin niteliği ve tarafların faaliyet gösterdiği sektör gereği somut olayda bilginin gizli bilgi niteliğinde olduğu söylenebiliyorsa, m. 1.7'deki dürüstlük kuralına ve adil müzakere esasına uygun davranma yükümlülüğüne ilişkin genel kural gereği, bu bilgiyi ifşa eden ya da kendi menfaatine kullanan tarafın sorumluluğu doğar²⁹⁰. Gizlilik yükümlülüğüne aykırı davranışın yaptırımını öncelikle karşı tarafın zararının tazminidir. Bunun yanında somut olayın niteliğine göre ayrıca menfaat devri de yaptırım olarak gündeme gelebilir. Ayrıca henüz gizli bilgi açıklanmamış veya kullanılmamışsa ancak gizlilik yükümlülüğüne aykırı davranılacağıının kuvvetle muhtemel olması halinde uygulanacak hukuka göre bir önleme tedbiri (*injunction*) de alınabilir²⁹¹.

Son olarak, PICC m. 6.2.3'te, hukukumuzda aşırı ifa güçlüğü kurumuna tekabül eden *hardship* halinde, bir yan yükümlülük türü olarak kabul ettiğimiz sözleşmenin yeniden müzakeresi, bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir²⁹².

²⁸⁸ UNIDROIT Commentary, Article 2.1.15, s. 61.

²⁸⁹ UNIDROIT Commentary, Article 2.1.16, s. 63.

²⁹⁰ UNIDROIT Commentary, Article 2.1.16, s. 64.

²⁹¹ UNIDROIT Commentary, Article 2.1.16, s. 64.

²⁹² Maddenin ilk paragrafında aşırı ifa güçlüğüne düşen tarafın yeniden müzakere talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu talep de diğer taraf açısından bir yükümlülük teşkil eder. Yeniden müzakere yükümlülüğü hakkında detaylı açıklama için bkz. §1.A.III.3.c.

B. Yan Yükümlülüklerin İşlevleri

1. Yan Yükümlülüklerin İfaya Yardım İşlevi

Yan yükümlülüklerin edim yükümlülüğünün ifasına yardım işlevi, özel olarak ifaya bağlı yan yükümlülüklerde görülür. İfaya bağlı yan yükümlülükler, amaçları ve içeriklerine göre asli edim yükümlülüğünü güvence altına alır (*leistungssicherende Nebenpflichten*) veya asli edim yükümlülüğüne eşlik eder (*leistungsbegleitende Nebenpflichten*)²⁹³.

2. Yan Yükümlülüklerin Bütünlük Menfaatini Koruma İşlevi

Sözleşme hukukunda zararın tazmininin alışılmış iki boyutu, ifa menfaatinin ihlalden doğan olumlu zararın giderilmesi ve sözleşmenin hükümsüz kalmasından ya da sözleşmeden dönülmesinden doğan olumsuz zararın tazminidir. Bununla beraber, özellikle koruma yükümlülükleri için kabul edilen bir diğer fonksiyon ise borca aykırılık dolayısıyla bütünlük menfaatinin uğradığı zararın giderilmesidir²⁹⁴. Bu bağlamda bütünlük menfaati (*Integritätsinteresse* ya da *Erhaltungsinteresse*), kişinin malvarlığı unsurları yanında malvarlığının ve şahıs varlığının bütün olarak korunmasına yönelik hukuken korunan menfaatini ifade eder. Bütünlük menfaatinin ihlali nedeniyle tazminat talebi ise kişinin mutlak hak niteliğindeki hak ve hukuken korunan menfaatlerini (vücut bütünlüğü, hayatı, sözleşme konusu dışındaki malvarlığı unsurları, kişilik hakkı, zilyetliği, ekonomik menfaatleri ile malvarlığı) uğradığı zararın giderilmesini ve zararın meydana gelmeden önceki halin (*status quo*) tesis edilmesini amaçlar²⁹⁵.

²⁹³ Tekrardan kaçınmak adına, ifaya yardım işlevine ilişkin açıklamalar ve somut örnekler için İkinci Bölüme atıf yapmakla yetinilmiştir, bkz. §2.II.

²⁹⁴ Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 87; Stölting, s. 16.

²⁹⁵ Erman/Martens, BGB § 241 n. 14; Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 88; Fänger, 39.

3. Yan Yükümlülüklerin İşlem Menfaatini ve Malvarlığını Koruma İşlevi

Haksız fiil hukukunda sorumluluğa yol açan fiilin TBK m. 49 (OR 41) anlamında hukuka aykırı olmasının anlamı, İsviçre ve Türk öğretilerinde son derece tartışmalıdır. Hâkim görüş olan objektif hukuka aykırılık görüşüne göre, kişinin ancak bir mutlak hakkının veya hukuk düzenince öngörülmüş bir özel koruma normuyla korunan bir menfaatinin ihlali halinde hukuka aykırı bir fiilden bahsedilir²⁹⁶. Kişinin işlem menfaati ise somut olaydaki hukuki işlemi yapmaya yönelen, bu işlemin yapılmamasından doğan ekonomik veya şahsi menfaatidir. İşlem menfaatine veya malvarlığının zarardan korunmasına yönelik menfaatinin ihlal, kural olarak haksız fiil sorumluluğunu doğuracak herhangi bir koruma normuyla korunmamaktadır.

Sözleşmesel sorumluluk bağlamında hukuka aykırılık ise sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırılıktır. Bu da edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayrımı gözetilmeksizin sözleşmeden doğan her tür borca aykırılığı kapsar. Böylece sözleşmeden veya sözleşme benzeri hukuki ilişkilerden doğan koruma yükümlülükleri sözleşmesel sorumluluk rejimi çerçevesinde sözleşme taraflarının işlem menfaatinin ve malvarlığının salt malvarlığı zararlarına²⁹⁷ karşı korunmasını sağlar²⁹⁸.

²⁹⁶ Walter Fellmann, “Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1997, ss. 95-107, s. 95; Erdem Büyüksağış, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 180; Franz Werro / Vincent Peritaz, Art. 41, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 253-529 CO, Autres Contrats, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 20. Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüşün objektif hukuka aykırılık görüşü olduğu hakkında birçokları yerine bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 157 vd ve s. 287.

²⁹⁷ Tanımı oldukça güç olmakla beraber salt malvarlığı zararı, şahıs varlığının veya malvarlığı içindeki unsurların uğradığı zararlar dışında kalan zararlar olarak tanımlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 10 vd. Bu tanım itibariyle işlem menfaati ve malvarlığının bütün olarak korunması da salt malvarlığı zararı teşkil eder.

Tanımı itibariyle oldukça çeşitli türde zarar kalemini kapsasa da, salt malvarlığı zararına örnek olarak yanlış bilgi verilmesi, yansıma zararlar, kablo davaları (elektrik, su, gaz gibi hizmetlerin dağıtımındaki teknik aksaklıklar sonucunda, bu hizmetleri alan işletmelerin güç ya da enerji kaybindan doğan işletme zararları) sayılabilir. Örnekler için bkz. Çağlayan, Aksoy, s. 290 vd.

²⁹⁸ Sözleşmesel sorumluluk rejiminde salt malvarlığı zararının tazmin edileceğine ilişkin bkz. Öz, TBK m. 112, n. 38; Huguenin, §8 n. 876; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 186; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 66; Glättli, s. 8.

Sonuç itibariyle, taraflar arasında sözleşme veya sözleşme benzeri hukuki ilişki bulunmadan bir haksız fiil halinde salt malvarlığı zararı hâkim görüşe göre tazmin edilebilir bir zarar kalemi değilken, sözleşmeden doğan bir koruma yükümlülüğüne aykırılık halinde bu zararın tazmini talep edilebilir²⁹⁹.

4. Yan Yükümlülüklerin Taraflar Arasındaki Güç Dengesini Koruma İşlevi

a. Karar verme özgürlüğünü koruma işlevi

Kişinin hukuki işleme yönelen iradesinin sorgulanması ve karar verme özgürlüğünün korunması, hukuk düzeninde prensip olarak benimsenen bir yaklaşım değildir. Aksine, işlem hayatının sağlıklı olarak ilerleyebilmesi için kişinin iradesinin özgür ve rasyonel bir muhakemeye dayandığı neredeyse varsayım olarak kabul edilir. Bununla beraber, davranışsal ekonomi alanındaki güncel çalışmalar, kişilerin ekonomik tercihlerini yaparken ekonomi biliminin bir zamanlar kabul ettiği kadar rasyonel olmadıklarını göstermiş ve kişinin *homo economicus* olduğuna ilişkin sav zedelenmiştir³⁰⁰. Kişilerin sınırlı bilinç seviyesi, kısa dönemi düşünerek karar vermesi, optimist yanılgılara kapılması gibi nedenler bilinçli bir iradeyle işlem yapabilme yeteneklerine ket vurur³⁰¹. Bu gelişmeler ışığında değişen hukuk politikası gereği modern sözleşme hukuku, koruma yükümlülükleri ve benzeri mekanizmalarla³⁰²

²⁹⁹ Canaris, *Leistungsstörungen*, s. 519; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 168-170; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34; Schwenger/Fountoulakis, s. 531, n. 67.08; Stölting, s. 16. Yine *culpa in contrahendo* sorumluluğu bağlamında sözleşme benzeri hukuki ilişkiden doğan bir koruma yükümlülüğü ihlal edildiği için tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranışlarıyla birbirlerinin malvarlığı ve şahıs varlığına verdikleri zarar ile geçerli bir sözleşmenin kurulamaması dolayısıyla işlem menfaatinin uğradığı zarar tazmin edilebilir, krş. Canaris, *Leistungsstörungen*, s. 519.

³⁰⁰ Christine Jolls / Cass R. Sunstein / Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stanford Law Review* 1471, 1998, s.1471-1550, s. 1476 vd.; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. XIV.

³⁰¹ Yeşim M. Atamer, “Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics”, *The Modern Law Review*, Volume 80, Issue 4, July 2017, s. 632-633; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 197.

³⁰² Bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüklerinin yanı sıra, bilgi asimetrisine karşı sözleşme hukukunda yer alan diğer koruma mekanizmaları ise sözleşmesel ve yasal garanti sorumluluğudur, krş. Holger Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Rechtweite und Grezen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*, München, Verlag C.H. Beck, 2001, s. 131. Ayrıca adi işlemler ile ticari işlemlerde genel işlem koşulları ve tüketici işlemlerinde haksız şart denetimi, bu gelişmelerin en yoğun hissedildiği alanlardır.

özellikle ekonomik açıdan ya da sektörel bilgi ve deneyim bakımından zayıf durumda olan sözleşme tarafını korumaya yönelmektedir.

Kişinin karar verme özgürlüğü ise bütünlük menfaatine dâhil bir değerdir³⁰³. Yan yükümlülüklerden özellikle bilgilendirme ve açıklama yükümlülükleri kişinin somut olaydaki hukuki işlemi mevcut şartlarda ve içerikte yapıp yapmayacağına ilişkin iradesinin oluşumuna etki eder. Şöyle ki, tarafların işleme yönelik bilgi ve deneyimleri eşit düzeyde olmayabilir. Bu durumda özellikle bilgilendirme ve açıklama yükümlülükleri, kişilerin bilgi seviyesini benzer bir düzeye getirerek zayıf olan tarafın karar verme özgürlüğünün (*Entscheidungsfreiheit*) korunmasını sağlar³⁰⁴.

b. Bilgi asimetrisini ve güç dengesizliğini giderme işlevinin ekonomik analizi

Bilgi, ilgili pazar ya da işlem hakkında bilgi sahibi olan işlem tarafına bir avantaj sağlarken diğer tarafın karar alma mekanizmalarını etkiler. Tam rekabet modeline uygun bir piyasa ise ancak tarafların yeterli bilgi sahibi olarak rasyonel tercihler yapabildikleri ve sözleşmeden beklenen optimum düzeyde etkin seçimlerin yapılabildiği takdirde söz konusu olur³⁰⁵. Bu özelliği nedeniyle açıklama ve aydınlatma yükümlülükleri, özel hukukun ekonomik analizi bakımından özel bir önem arz eder³⁰⁶. Bu bilgi asimetrisi problemini çözmek adına, modern hukuk sistemlerinde özellikle finansal hizmetlerde ve tüketici işlemlerinde işlemin zayıf tarafı lehine açıklama yükümlülüklerinin varlığını kabul etme eğilimi görülür³⁰⁷. Diğer yandan,

³⁰³ Erman/Martens, BGB § 241 n. 16.

³⁰⁴ Canaris, *Leistungsstörungen*, s. 519; Christine Chappuis, “La Responsabilité Pour l’Information Fournie À Titre Professionnel: Vers Un Droit Subjectif Absolu À Être Informé ?”, *Journée de la responsabilité civile 2008: La responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel*, ed. Christine Chappuis, Bénédict Winiger, Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, 2008, s. 17; Volker Rieble, “Die Kodifikation der culpa in contrahendo”, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003, ss. 137-157, s. 146; Fänger, 40; Belser, s. 475.

³⁰⁵ Krş. Kerem Cem Sanlı, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, 34-35. Bu bağlamda bilgi asimetrisinin pazar dinamiklerine etkisine ilişkin Akerlof’un çalışması (*Market for Lemons*) ve diğer yaklaşımlar hakkında detaylı bilgi için Fleischer, s. 121 vd.

³⁰⁶ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 193.

³⁰⁷ Krş. Sanlı, 37 vd.; Cüneyt Bellican, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, Ankara, İstanbul Kültür Üniversitesi

sözleşmenin amacını gerçekleştirmek için bir tarafın hâkimiyet alanındaki bir engeli ortadan kaldırması ya da diğer tarafla birlikte hareket etmesi gerekir. Bu takdirde hukuk düzeni, sözleşme taraflarından birine yine bir yan yükümlülük türü olan iş birliği yükümlülüğü yükleyebilir.

Bu yaklaşım ışığında, pazardaki dengenin sağlanması ve sözleşmeden doğan risklerin normalleştirilmesi için hukuk düzeninin; ancak bir tarafın bilgi ve uzmanlık eksikliğinin bulunması ve bilginin edinimiyle zayıf tarafın kendisini koruyabilecek duruma getirilebilecek olması halinde bilgi sahibi tarafa bir yükümlülük yüklemesi gerekir³⁰⁸. Ancak bilgilendirme yükümlülüğü belirli koşullarda doğar. Bu bağlamda, bilgi edinme hakkı olan kişi (*Informationsberechtigte*), sözleşme ilişkisi açısından önem arz eden maddi hususlarda bilgi sahibi olmamalı ve kendi başına bilgi edinme külfeti (*Obliegenheit zur Selbstinformation*) bulunmamalıdır³⁰⁹. Yine iş birliği yükümlülüğünün borçlusu açısından da, sözleşmenin amacına ulaşması için olumlu bir davranışta bulunma ödevi, yükümlülüğün yüklendiği taraf açısından makul bir çaba gerektirmeli ve ondan beklenebilir olmalıdır³¹⁰.

Öğretide *Kamp*, yan yükümlülüklerin ekonomik analizini *cheapest cost avoider*³¹¹ ilkesi ile açıklayarak ekonomik analiz ve hukuk dogmatığının aynı sonuca vardığını ortaya koymaktadır. Yazara göre, mikroekonomik perspektiften, açıklama yükümlülüğünün borçlusunun bilgiyi elde etmesi, alacaklının elde etmesine nazaran ekonomik açıdan daha avantajlı (*günstiger*) ise, onun bu bilgiyi konu alan bir açıklama yükümlülüğü bulunması daha makuldür. Diğer bir ifadeyle, bilgi sahibi olan kişiye bir

Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan Cilt I, C. 16, Sa. 2 Temmuz 2017 (Özel Sayı), 2017, s. 306; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 194-197. Bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüklerinin yanısıra, bilgi asimetrisine karşı sözleşme hukukunda yer alan diğer koruma mekanizmaları ise sözleşmesel ve yasal garanti sorumluluğudur, krş. Fleischer, s. 131. Bu imkânlar temelde bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde gelen tali yükümlülükleri düzenlediği için bilgilendirme yükümlülüğünün bir uzantısı olarak görülebilir.

³⁰⁸ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 194-197.

³⁰⁹ Fleischer, s. 993-994.

³¹⁰ §3.IV.D.1.

³¹¹ Zarar doğuran olumsuz olguyu en masrafsız şekilde engelleyebilecek durumda olan kişi, *cheapest cost avoider* olarak nitelendirilir. Hukukun ekonomik analizi literatüründe sıklıkla geçen bu ilke, daha çok haksız fiil sorumluluğu ve özellikle *strict liability* teşkil eden olgular bakımından incelenmektedir, bkz. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

açıklama yükümlülüğü yüklenmesi için ön şart olarak, ilgili hukuki işlemin bir taraf açısından bilgi eksikliği nedeniyle beklediği düzeyde menfaat içermemesi ve diğer tarafın bulunduğu durum nedeniyle ilgili pazardaki etkinliğin sağlanamaması gerekir³¹². Aynı ilke, iş birliği yükümlülüğünün varlığına kanaat getirmek için de uygulanabilir. Taraflardan birinin olumlu bir davranışta bulunması ya da iş birliğine yanaşması, diğer tarafın sarf etmesi gerekenden daha az çaba ve masraf gerektiriyorsa, hukuk düzeninin ona iş birliği yükümlülüğü yüklemesi makuldür.

Sonuç itibariyle ekonomik analize göre hukuk sistemlerinin yüklediği bilgilendirme yükümlülüğünü ve iş birliği yapma yükümlülüğü, sözleşme adaletinin gerçekleşmesi adına makul ve gereklidir.

³¹² Kamp, s. 390.

İKİNCİ BÖLÜM

§2. YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ

I. KAYNAĞINA GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ

A. Kanundan Doğan Yan Yükümlülükler

Kanundan doğan yan yükümlülükler, bir kanun hükmü tarafından öngörülmüş, içerik ve kapsamı farklı ölçülerde de olsa somutlaştırılmış yan yükümlülüklerdir. Örneğin; TBK m. 396'da düzenlenen işçinin özen ve sadakat borcu, TBK m. 417'de işverene yüklenen işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü³¹³, TBK m. 508 hükmünde düzenlenen vekilin hesap verme borcu³¹⁴, TBK m. 472/2'ye göre malzemeleri sağlayan yüklenicinin hesap verme borcu³¹⁵ ve TBK m. 471/1 ile diğer muhtelif hükümlerde öngörülen yüklenicinin özen yükümlülüğü³¹⁶ de kanundan doğan yan yükümlülüklerdir.

Yan yükümlülükleri öngören kanun hükümleri kural olarak emredici nitelikte değildir. Bununla beraber, dürüstlük kuralından veya kanundan doğan bir yan yükümlülüğün taraflarca yapılan bir anlaşmayla sınırlanması veya kaldırılması

³¹³ Hadžimanović, s. 108; Civan, s. 15; İlhan Uluhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu – Bundan Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, 1990, s. 14-15.

³¹⁴ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 114; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 47; BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 219; Markus Müller-Chen, Art. 118, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, ed. Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, Art. 118 n. 10; Berger, AG, s. 81, 224; Hadžimanović, s. 105; İsviçre Federal Mahkemesi de vekilin hesap verme borcunu yan yükümlülük olarak kabul etmekte bkz. BGE 141 III 564, 568, n. 4.2.2.

³¹⁵ BK OR-Koller, Art. 363 n. 268.

³¹⁶ Gauch, Werkvertrag, n. 813.

açısından sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin genel esaslar geçerlidir³¹⁷. Bu kapsamda söz konusu yan yükümlülük eğer sözleşmenin türü ve mahiyeti gereği özel bir önem teşkil ediyorsa; özellikle ekonomik güç ya da sahip olduğu teknik bilgi açısından daha zayıf olan tarafı koruyorsa, bu düzenlemenin nispi emredici olduğu kabul edilir. Örneğin; işverenin işçinin kişiliğini korumaya yönelik yan yükümlülüğünü veya tüketici işlemlerinde satıcının tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü taraflar arasındaki anlaşmayla sınırlanamaz.

B. Dürüstlük Kuralından Doğan Yan Yükümlülükler

Bazı yan yükümlülüklerin varlığı, dürüstlük kuralı yardımıyla sözleşmenin tamamlanması (*ergänzende Auslegung*) yoluyla kabul edilir³¹⁸. Nitekim en sık rastlanan yan yükümlülükler de dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerdir³¹⁹. Dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler, geniş anlamda yasadan doğan yan yükümlülükler olarak da değerlendirilebilir³²⁰. Ancak yasadan doğan yan yükümlülükler daha ziyade yasanın açık bir hükmünde düzenlenen münferit yan yükümlülükleri ifade eder. Dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler ve kapsamlarının belirlenmesi ise ekseriyetle bir yargılama faaliyeti sonucu tespit edilmektedir. Bu nedenle sözleşmenin yargı kararıyla tamamlanması sonucu kabul edilen yan yükümlülükler bu gruptadır.

Dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin kapsamı, somut olaydaki hukuki ilişkiye göre şekillenir³²¹. Bu yan yükümlülükler, somut olaydaki edim

³¹⁷ Dürüstlük kuralından veya kanundan doğan yan yükümlülüklerin taraflarca sınırlanması veya kaldırılmasına ilişkin bkz. §1.II.A.1.b.

³¹⁸ BGE 114 II 57 n. 6d/aa S. 65 f.; BGH, Urt. v. 30.09.2009 – VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135, p. 1137; BGER 4A_494/2010 vom 07.12.2010, n. 4. Hadžimanović, s. 107; Middendorf, s. 18, n. 39. Dürüstlük kuralı yardımıyla sözleşmenin tamamlanması ve yan yükümlülüklerin kabul edilmesi noktasında, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu meselesindeki genel ilkelere göre yol alınması gerekir, bkz. BGE 93 II 275 f..

³¹⁹ Huguenin, §1 n. 99; Yarg. 9. HD. T. 9.10.2017, E. 2016/24758, K. 2017/15219.

³²⁰ Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1485.

³²¹ BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 46; Ruhig, s. 44-45; Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 66-67; Middendorf, s. 18, n. 40. Bu kapsamda dolaysız tamamlayıcı yorum kapsamında sözleşme taraflarının farazi irade beyanlarını araştırılarak sözleşme kurulduğu anda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti gereği somut olayın konusu olan koruma yükümlülüğünün

yükümlülüğünü tamamlar ve içeriğine ya da icra tarzına belirli bir açıklık kazandırır³²². Ayrıca somut olayın koşullarına göre değerlendirilmek kaydıyla, işlem hayatındaki teamüller ve uygulamalar da yan yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesinde yol göstericidir. Bunlar, zaman içinde sıklıkla uygulanması ve haklı beklentilere dayanması ile meşru görülmüş davranış kurallarıdır. Ancak işlem hayatındaki uygulamalar (*Verkehrüblichkeit*), adeta birer sözleşme hükmü gibi taraflara edim yükümlülükleri yüklemes; ancak somut olayın koşullarına göre özen yükümlülüğü ve koruma yükümlülüğüne dayanak sağlayabilir³²³.

C. Sözleşmede Kararlaştırılan Yan Yükümlülükler

1. Genel Olarak

Tarafların sözleşmenin konusunu ve içeriğini belirleme özgürlüğü ilkesi gereği, sözleşme tarafları önem verdikleri bazı yan yükümlülük türlerini ve kapsamlarını sözleşmede kararlaştırabilirler³²⁴.

Sözleşmede kararlaştırılan yan yükümlülüklerin türleri oldukça çeşitlidir³²⁵. Satış sözleşmesinde satım konusu şeyin satıcı tarafından gönderilmesi, belirli bir ambalaj kullanılarak paketlenmesi veya teslim edileceği yerde montajının yapılması kararlaştırılması halinde sözleşmede düzenlenmiş bir yan yükümlülük söz konusudur³²⁶. Özellikle ticari sözleşmelerde satıcının çalışma alanıyla ilgili bilgi ve tavsiye verme yükümlülüğü (*Arbeits- und Beratungspflicht*), satıcının kendisinin veya

dayanağını tespit edebilir. Diğer bir ihtimalde, dolaylı tamamlayıcı yorum kapsamında, hâkim, *modo legislatoris* kanun koyucu gibi hareket ederek bir hukuk kuralı yaratabilir, bkz. Middendorf, s. 19-20, n. 41-43.

³²² Chapuis, s. 110-111.

³²³ Middendorf, s. 24, n. 50; Esasen işlem hayatındaki teamüller ve uygulamaların sözleşmenin bir parçası olması tarafların bunu açıkça veya örtülü olarak kabul etmesi ya da her iki tarafında bu komünitenin parçası olması koşuluyla bunların sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması ile taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dahil kabul edilebilmesine bağlıdır, bkz. Middendorf, s. 23 vd, n. 49 vd.

³²⁴ Hadžimanović, s. 106; Chapuis, Haftung, s. 655; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 284.

³²⁵ Chapuis, Haftung, s. 656.

³²⁶ Örnekler için bkz. Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 26 n. 63; BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 215; Schwenger/Fountoulakis, s. 531, n. 67.07; Weller, s. 239.

bir üçüncü kişinin menfaatine alıcıyla rekabet etme yasağı (*Konkurrenzverbot*), reel sektörlerde ürünlerin teslim alınması veya teslim edilmesine ilişkin şartlara dair yükümlülükler bu gruba örnek olarak sayılır³²⁷. Uygulamada eser sözleşmelerinde sıklıkla yan yükümlülüklerin kararlaştırıldığı görülmektedir. Eser için gerekli malzeme ve araç-gereçleri bizzat sağlama ya da üçüncü bir kişiden satın alarak temin etme, sözleşme konusu şey için sigorta yaptıрма, ödeme için banka garantisi veya başka bir nakit dışı ödeme aracı ayarlanmasını sağlama, iş sahibi veya çalışanlarına eserin kullanımıyla ilgili bilgi sağlama, eserin yapımı sırasında ve hatta teslimi sırasında iyileştirme ve ideal kullanım için gerekli teknik bilgileri sunma, iş sahibiyle rekabet etmekten kaçınma, eserin yapımı süresinde öğrendiği bilgileri gizli tutma yükümlülüğü; eser sözleşmesiyle hedeflenen menfaatlerin ve beklentileri en yüksek düzeyde karşılanması için taraflar arasında kararlaştırılabilen yan yükümlülüklerdir³²⁸.

2. Yan Yükümlülüklerle İlişkin Anlaşmaların Geçerlilik Şeklinin Kapsamına Girip Girmediği Meselesi

Bir sözleşmenin geçerliliğinin şekil şartına tabi tutulması iki ihtimalde söz konusu olur. İlk olarak TBK m. 13 uyarınca bir kanun hükmüyle geçerlilik şartı öngörülebilir. İkinci olarak ise sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir uzantısı olarak şekil serbestisi ilkesi gereği, sözleşme tarafları, geçerliliği şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi geçerlilik şartına tabi tutabilir ya da kanunun öngördüğü bir geçerlilik şartına tabi sözleşmeyi daha ağır bir geçerlilik şekline tabi tutabilir³²⁹.

Geçerlilik şeklinin kapsamı, yani hangi sözleşme hükümlerinin şekil kapsamına dâhil edilmesi gerektiği, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurları açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sözleşmenin objektif esaslı unsurları (*essentialia negotii*), geçerlilik şeklinin kapsamına dâhil olmalıdır. Sübjektif esaslı unsurların

³²⁷ Örneklerin bir kısmı için bkz. Urs Schenker, “Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag/V. Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und selbständigen Garantien”, *Mergers & Acquisitions VI*, Schulthess Juristische Medien, 2004, ss. 156-157, s. 156; HK-BGB/Reiner Schulze BGB § 241 n. 11.

³²⁸ Gauch, *Werkvertrag*, n. 814.

³²⁹ Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 120-121.

(*accidentalia negotii*) geçerlilik şeklinin kapsamına dâhil olması gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır³³⁰. Bütün sübjektif esaslı unsurların geçerlilik şekline dâhil edilmesi gerektiği görüşü, bunlara yönelik anlaşmaların geçerlilik şeklinin dışında bırakılması halinde TBK m. 27/2'nin uygulanmasıyla sözleşmenin tamamının geçersizliğine dahi sebep olabilir. Bu sakıncayı giderebilmek ve şeklin kapsamı açısından makul bir sınır çizebilmek amacıyla İsviçre Federal Mahkemesi, yalnızca “*sözleşmenin doğal çerçevesine (im Rahmen des Vertrages / dans le cadre naturel)*” dâhil olan sübjektif esaslı unsurların geçerlilik şekline tabi olması gerektiği sonucuna varmaktadır³³¹. Federal Mahkeme, geçerlilik şeklinin kapsamını belirlerken tarafların münferit sözleşme hükmüne atfettikleri önemi değil, şekle ilişkin kanun hükümlerinin koruma amacını dikkate almaktadır. Bu yaklaşım kapsamında örneğin asli edim yükümlülüklerine ilişkin ifa modalitelerine ve ifa edilmemelerinin sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, sübjektif esaslı unsur teşkil eder ve geçerlilik şeklinin kapsamına girer³³².

Kısaca açıklanan bu tartışmanın konumuz ile bağlantısı ise yan yükümlülüklerin (yan edim yükümlülükleri gibi) sözleşmede kararlaştırılması halinde sübjektif esaslı unsur niteliğinde olmalarıdır. Sözleşmenin doğal çerçevesini esas alan yaklaşım uyarınca yan yükümlülüğün edim-karşı edim ilişkisine özel bir etkisi varsa bu takdirde şeklin kapsamına girmesi gerekir³³³. Bu kapsamda bir genelleme yapmak gerekirse, satılanın montajı ya da özel garanti belgelerinin teslimi gibi ifaya bağlı yan yükümlülükler çoğu olayda geçerlilik şeklinin kapsamına dâhildir. Buna karşılık,

³³⁰ Julia Xoudis, Art. 11, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, Art. 11 n. 26; Ingeborg Schwenzer/ Christiana Fountoulakis, Art. 11, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, n. 14; Özbilen, s. 141; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 55 vd.

³³¹ BSK OR I- Schwenzer/Fountoulakis, Art. 11 n. 15. İsviçre Federal Mahkemesinin bu içtihadı ve sözleşmenin doğal çerçevesi kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Özbilen, s. 143.

³³² CR CO I-Xoudis, Art. 11 n. 27; BSK OR I- Schwenzer/Fountoulakis, Art. 11 n. 14.

³³³ Schwenzer/Fountoulakis, konuyu yan yükümlülükler açısından ele almamakla beraber edim ve karşı edim ilişkisine etkisi olan türden edimler açısından aynı sonuca varmaktadır, krş. BSK OR I- Schwenzer/Fountoulakis, Art. 11 n. 15. Ayrıca İsimli sözleşmeler bakımından objektif esaslı unsurlar olan edim ve karşı edim dışında kalan ve sübjektif esaslı unsur niteliğindeki edimler açısından aynı görüşte bkz. CR CO I-Xoudis, Art. 11 n. 28. Yazarların kullandığı “*edim (Leistung) (prestation)*” terimi edim yükümlülüğü değil, yükümlülüğün (borcun) konusu olan edim anlamındadır.

rekabet etmeme yükümlülüğü gibi koruma yükümlülükleri ise geçerlilik şekline tabi olmaz.



II. KORUDUĞU MENFAATİN TÜRÜNE GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ

Yan yükümlülükler koruduğu menfaatin türüne göre iki gruba ayrılır³³⁴: Alacaklının edime yönelik menfaatini destekleyen (*leistungsbegleitende Nebenpflichten*) veya güvence altına alan (*leistungssicherende Nebenpflichten*) yan yükümlülükler ifaya bağlı yan yükümlülükler (*leistungsbezogene Nebenpflichten*), alacaklının bütünlük menfaatini (*Integritätsinteresse*) koruyan yan yükümlülükler ise ifaya bağlı olmayan yan yükümlülükler (*unleistungsbezogene Nebenpflichten*) ya da çalışmada tercih edilen terimle koruma yükümlülükleridir (*Schutzspflichten*)³³⁵³³⁶.

³³⁴ Schwenzer/Fountoulakis, s. 531, n. 67.07; CR CO I-Morin, Art. 1 n. 56; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 63 vd; Hadžimanović, s. 105; Berger, AG, s. 81, n. 224; Kuhlmann, s. 103.

³³⁵ Koruma yükümlülükleri terimi yerine bazı yazarlar, davranış yükümlülükleri (*Verhaltenspflichten*) veya genelleştirici bir ifadeyle özen yükümlülükleri (*Sorgfaltspflichten*) ya da gözetme yükümlülükleri (*Rücksichtspflichten*) terimlerini tercih etmektedir, bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 93 dn. 494 ve 495'teki yazarlar. Koruma yükümlülüklerini ele aldığı monografisinde Fänger, literatürdeki terim kullanımına ilişkin bu uyumsuzluğa ayrı bir başlık altında değinmektedir, bkz. Fänger, s. 38; Ayrıca bkz. Kuhlmann, s. 103. Kuhlmann ise bu terminolojik ayrımı yerinde görmemekte, ifaya bağlı yan yükümlülüklerin de koruma yükümlülüklerinden büsbütün ayrı bir grup olarak sunulmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre her iki grup içinde kabul edilen yükümlülüklerin de bağımsız bir amacı yoktur ve genel olarak sözleşmenin amacının gerçekleşmesine hizmet ederler, bkz. Kuhlmann, s. 109-110. Bu kapsamda yazar, koruma yükümlülüklerinin içeriğini açıklarken sözleşme konusu ve sözleşmenin ifasıyla sık sık bağlantı kurarak öğretide genel olarak ifaya bağlı yan yükümlülük olarak görülen yükümlülük türlerini de kapsayacak şekilde konuyu ele almaktadır, krş. Kuhlmann, s. 104. Dorn ise özen yükümlülüğü (*Sorgfaltspflicht*) terimine, koruma yükümlülüğü kavramının kusurun ölçüsü (*Haftungsmassstab*) olan özen ile karıştırılabileceği için tereddütle yaklaşmaktadır, bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 93.

³³⁶ Yan yükümlülüklerin koruduğu menfaate göre türleri açısından öğretide tam bir terminoloji uyumu olduğu söylenemez. Çalışmamızda Schwenzer/Fountoulakis'in de kullandığı *koruma yükümlülükleri* (*Obhuts- und Schutzspflichten*) ve *ifaya bağlı yan yükümlülükler* (*leistungsbezogene Nebenpflichten*) terimleri tercih edilmiştir, bkz. Schwenzer/Fountoulakis, s. 531, n. 67.07; Ayrıca aynı terminoloji kullanan diğer bazı yazarlar için bkz. Kuhlmann, s. 46; Julia Fänger, s. 41. Eren de benzer bir terim olarak *ifaya yardımcı yan yükümlülük* ve *koruyucu yan yükümlülük* terimlerini tercih etmektedir, Eren/Dönmez, Borç İlişkisi, n. 31.

Aynı tür yan yükümlülükler gruplarını karşılamak üzere farklı terimler de tercih edilmektedir: İfaya bağlı yan yükümlülükler yerine *bağımsız yan yükümlülük* (*eserde aynı bağlamda "yan (edim) yükümlülükler(i)" terimi de kullanılmaktadır*) (*selbständige Nebenpflichten*) ve koruma yükümlülükleri yerine *bağımlı yan yükümlülükler* (*unselbständige Nebenpflichten*) [bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25; OR 2020-Müller-Chen, Art. 118 n. 10]; *İfaya bağlı yan yükümlülükler* (*leistungsbezogene Nebenpflichten*) ve *ifaya bağlı olmayan yan yükümlülükler* (*nicht-leistungsbezogene Nebenpflichten*) [bkz. Koller, OR AT 2022, s. 9 n. 2.21 ve 2.23; aynı yazarın başka bir eseri için bkz. Koller, Leistungsstörungen, s. 61]; *İfaya yardımcı yan yükümler* ve *koruma yükümleri* [bkz. İpek, s. 72 vd]; *Bağımsız yan yükümlülükler* (*selbständige Nebenpflichten*) ve *bağımlı yan yükümlülükler* (*unselbständige Nebenpflichten*) [bkz. BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 96; BeckOK

Örneğin; iş görme sözleşmelerinde işçi, yüklenici ya da vekilin sözleşme gereği eline geçen malzeme, ekipman, mal ve sair eşyaları gereği gibi muhafaza etme yükümlülüğü ifaya bağlı yan yükümlülük iken³³⁷; işçinin beraber çalıştığı diğer işçilerin bütünlük menfaatlerini zedelememesi hizmet sözleşmesinden doğan bir koruma yükümlülüğüdür³³⁸.

Bir yükümlülüğün ifaya bağlı yan yükümlülük mü koruma yükümlülüğü mü olduğu ayrımı her olayda kolaylıkla yapılamayabilir. Bazı hallerde ise bir yan yükümlülüğün ihlali halinde hem asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa

BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 43; Kock, s. 33], *ifayı güvence altına alan yan yükümlülükler (leistungssicherende Nebenpflichten)* ve *koruma yükümlülükleri (Schutzspflichten)* [MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 63 vd], yan edim yükümlülüklerini de içeren şekilde *ifaya eşlik eden yükümlülükler (leistungsbegleitende Pflichten)* ve *davranış yükümlülükleri (Verhaltenspflicht)* [BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 32-34]; *ifaya bağlı yan yükümlülükler (leistungsbezogene Nebenpflichten)*, *ifayı güvence altına alan yan yükümlülükler (leistungssicherende Nebenpflichten)* ve *ifaya bağlı olmayan yan yükümlülükler (unleistungsbezogene Nebenpflichten)* [Alfred Koller, OR AT Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Stämpfli, 2017, s. 1084 vd, n. 5803 vd]; *dolaylı yan yükümlülükler (mittelbare Nebenpflichten)* ve *dolaysız yan yükümlülükler (unmittelbare Nebenpflichten)*; *dava edilebilen (durchsetzbar)* ve *dava edilemeyen (undurchsetzbar)* yan yükümlülükler [BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 218-220], *birincil yan yükümlülükler (primäre Nebenpflichten)* ve *ikincil yan yükümlülükler (sekundäre Nebenpflichten)* [Huguenin, §1 n. 102; Guhl/Koller, §2 s. 12, n. 30; Weber, s. 739-740; Edis, s. 317], *yan yükümlülükler ve davranış yükümlülükleri* [Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I Giriş – Geçirim (Temlik) Borcu Doğuran Sözleşmeler – Kullanma ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşmeler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2022, s. 11], *ifaya bağlı gözetme yükümlülükleri (leistungsbezogene Rücksichtspflichten)* ve *koruma yükümlülükleri ile eş anlamlı olarak ifaya bağlı olmayan gözetme yükümlülükleri (nicht leistungsbezogene Rücksichtspflichten)* [Weller, s. 246], *yan yükümlülükler (Nebenpflichten)* ve *davranış yükümlülükleri (Verhaltenspflichten)* [Berger, AG, §26 n. 1750]; *koruduğu menfaat türüne göre yardım yükümlülükleri (Hilfspflichten)* ve *koruma yükümlülükleri (Schutzspflichten)*, *asli edim yükümlülüğünden ayrı dava edilebilirliğine göre özel amaçlı olmayan ya da ikincil yan yükümlülükler (unselbständige Pflichten ohne Eigenzweck)* ya da *secundäre Pflichten* ve *özel amacı olan yan yükümlülükler (selbständige Pflichten ohne Eigenzweck)* ya da *primäre Pflichten* [Edis, s. 316-318] gibi terimleri tercih eden yazarlar da vardır. Sağlam/Akkışla ise yan yükümlülükleri ifade etmek için diğer davranış yükümlülükleri terimini kullandıklarını belirtmekte ve koruyucu diğer davranış yükümlülükleri ile yardımcı diğer davranış yükümlülükleri olarak iki gruba ayırmaktadır, bkz. İpek Sağlam / H. Sena Akkışla: “Ürün Kira Sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 28, Sayı 2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 40. Yılı Özel Sayısı, ss. 1029-1064 s. 1042-1043.

³³⁷ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 116.

³³⁸ İşçinin beraber çalıştığı diğer işçiler tarafından yaralanması, psikolojik baskı ya da cinsel tacize maruz bırakılması gibi hallerde sözleşmeden doğan özen yükümlülüğüne aykırı davranılmıştır, bkz. Schwenzer/Fountoulakis, s. 531, n. 67.08; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 116.

edilmemesi hem de alacaklının bütünlük menfaatinin ihlali söz konusu olabilir³³⁹. Yani bir yan yükümlülüğün hem ifa menfaatine hem de bütünlük menfaatine hizmet etmesi mümkündür. Satılana ilişkin kullanım kılavuzu verme veya kullanım hakkında bilgilendirme yükümlülüğü ya da kiralanan şeyin kira sözleşmesine uygun olarak kullanılması yükümlülüğü buna klasik bir örnektir³⁴⁰. Örneğin, kullanımı zor ve tehlikeli olan sanayi tipi bir makinenin teslimiyle birlikte, satıcının güvenli kullanım yöntemi hakkında bilgi vermesi bir ifaya bağlı yan yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde hem makinenin verimli şartlarda kullanılamaması nedeniyle ifa menfaatinin dolaylı olarak ihlali, makinenin yanlış kullanımı halinde alıcının veya yanında çalışanların vücut bütünlüğünün veya işletmesinin zarar görmesi halinde ise bütünlük menfaatinin ihlali söz konusu olur. Diğer bir örnek olarak, bir bilgisayar satıcı, uygun fiyatlı bir elektronik veri işleme sistemi satın alan alıcıyı, bu sistemin birden çok programı aynı anda çalıştıramayacağı konusunda bilgilendirmelidir. Satıcının bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirmemesi ve alıcının kullanım amacına uymayan bir sistemi satın alması üzerine, bilgisayar sistemi çöker ve alıcının önemli ticari kayıtlarının silinirse, hem ifadan beklenen menfaat hem de bütünlük menfaati zarara uğramış olacaktır³⁴¹.

A. İfaya Bağlı Yan Yükümlülükler

İfaya bağlı yan yükümlülükler (*Leistungsbezogene Nebenpflichten*); sözleşmeyle amaçlanan edim menfaatinin tam ve gereği gibi gerçekleştirilmesine hizmet eden, asli edim yükümlülüğünün güvence altında alan (*leistungssichernde Nebenpflichten*) veya ona eşlik eden (*leistungsbegleitende Nebenpflichten*) ya da sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesini sağlayan yan yükümlülüklerdir³⁴². Koruma

³³⁹ Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 280; Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1486; Kock, s. 4; Peter Gröschler, “Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht”, Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Peter Hommelhoff, Matthias Jacobs, Dagmar Kaiser, Christoph Weber, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, ss. 109-130, s. 126; Fänger, s. 44.

³⁴⁰ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 85.

³⁴¹ Bu örnek için bkz. Gröschler, s. 126.

³⁴² MüKoBGB/Bachmann, 9. BGB § 241 N. 110; BSK-OR I-Wiegand, Art. 97 n. 33; Koller, OR AT 2022, s. 9 n. 2.21; Hänchen, s. 236; Kuhlmann, s. 103; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 66; İpek, s. 73; Aydın, s. 73.

yükümlülükleri sözleşme benzeri hukuki ilişkilerden de doğabilirken, ifaya bağlı yan yükümlülüklerin söz konusu olabilmesi için taraflar arasında hukuken geçerli ve bağlayıcı bir sözleşmenin bulunması gerekir.

Edim yükümlülükleri gibi ifaya bağlı yan yükümlülüklerin konusu da bir verme, yapma ya da yapmama borcu olabilir. Ancak aradaki fark, ifaya bağlı yan yükümlülüklerin bağımsız bir ifa menfaati taşımamasıdır. Ifaya bağlı yan yükümlülükler, sözleşmenin konusunun ve sözleşmeyle hedeflenen amacın gerçekleşmesine yönelik makul ve öngörülebilir her türlü olumlu davranışta bulunmayı, bunu tehlikeye düşüren her türlü davranıştan ise kaçınmayı yükler³⁴³. Satım sözleşmesinin konusu muhafaza edilirken zarara uğramaması için gereken tedbirlerin alınması olumlu bir davranış, üçüncü kişilerin taraf olduğu mükerrer satışlara konu edilmemesi ise olumsuz bir davranış konu alan ifaya bağlı yan yükümlülüklerdir³⁴⁴. Bu yükümlülükler, asli edim yükümlülüğü gereği gibi ifa edilene kadar varlığını sürdürür³⁴⁵.

Ifaya bağlı yan yükümlülükler örnek olarak sözleşme konusunun devir anına kadar muhafazası ve bakımı yükümlülüğü, satım konusu malın tedarik edilmesi ve hazır bulundurulması, satım konusu malın muhafaza edilmesi ve zarar görmeyecek şekilde paketlenmesi³⁴⁶, satım konusu şey ile birlikte bir kullanma kılavuzu verilmesi gerekiyorsa³⁴⁷ bunun teslimi, satılan hayvanın teslim zamanına kadar bakılması ve beslenmesi, satım sözleşmesi bakımından satılanın ayıpsız olarak teslimi³⁴⁸, sözleşme

s. 73. Ifaya bağlı yan yükümlülükler için ifaya sadakat yükümlülüğü ya da ifaya güven yükümlülüğü (*Loyalitäts-* veya *Leistungstreuepflicht*) terimlerini kullanan yazarlar da vardır, bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 92 ve dn. 480'de atıf yapılan Larenz, Gernhuber ve Krebs..

³⁴³ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 114; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 46; Neuenschwander, s. 7-8.

³⁴⁴ Örnekler için krş. Neuenschwander, s. 8.

³⁴⁵ Örneğin bu nedenle, alacaklı temerrüdü, edim yükümlülüğünü sona erdirmeyeceği gibi ifaya bağlı yan yükümlülükleri de sona erdirmeyecektir, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 114; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 47.

³⁴⁶ Zimmermann, Breach of Contract, s. 23.

³⁴⁷ BGHZ 47, 312; BGHZ 88, 130; Fänger, s. 43.

³⁴⁸ Daniel Ulber, BGB § 280, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023, n. 57; Cevdet Yavuz, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, Beta, 1989, s. 32; MüKoBGB/Westermann, BGB § 433 N. 53; Serozan,

konusu şey için gerekli ruhsat ve izinlerin alınması ya da sigorta yapılması, bankanın müşterisini riskli işlemler hakkında bilgilendirmesi³⁴⁹, bir hekimin hastasının tedavisiyle ilgili kayıtları tutma yükümlülüğü³⁵⁰, yine hekimlik sözleşmesi kapsamında hastanın tedaviden optimal fayda elde edebilmesi için hekim tarafından yönlendirilmesi, hekimin kayıt tutma yükümlülüğü³⁵¹, vekilin hesap verme yükümlülüğü sayılabilir³⁵². Ayrıca işletme değerini, portföyünü ve pazar payını koruması gereken bir malvarlığı unsuru veya işletmenin kiralanması ya da kullanımının devrini ilgilendiren bir sözleşmede, kiracının ya da kullanım hakkını elinde tutan kişinin, zaman içinde değer ve müşteri kaybı yaşanmaması için bu malvarlığı unsuru veya işletmeyi işletmesi de bir ifaya bağlı yan yükümlülüktür³⁵³. Kat irtifakına veya kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölümün satıldığı bir projede, proje sahibinin bu bağımsız bölümü üçüncü kişilere satmama, henüz proje tamamlanmamışsa projeyi gereği gibi tamamlama ve projenin diğer bağımsız bölümlerinin satılması için gerekli faaliyetlere bulunma yükümlülüğü de bu gruba örnek olarak sayılabilir³⁵⁴.

Sözleşmeden Dönme, s. 283 ve Rona Serozan, Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1969, Cilt 3, Sayı 5, ss. 211–238, s. 230 vd.; Yavuz/Acar/Özen, Özel Hükümler I, s. 139; Kadir Berk Kapancı, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 6-7; Hayrunnisa Özdemir, Türk Borçlar Kanununa Göre ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 71. Öz ve Özdemir ise ayıpsız olarak ifa etme yükümlülüğünü, ‘yan edim yükümlülüğü’ olarak nitelendirmekle beraber asli edim yükümlülüğünün tamamlayıcısı olarak görmektedir, bkz. Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi – Bayındırlık İşleri şartnamesinin İlgili Hükümleriyle Birlikte, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 90; Özdemir, CISG, s. 71. Aksi görüşte olan Kocayusufpaşaoğlu ise malın ayıpsız teslimini asli edim yükümlülüğünün içinde görmektedir, bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968, s. 68. Modern öğretinin yan yükümlülüklerin kapsamının koruma yükümlülükleriyle sınırlı olmadığını, ifa menfaatini destekleyen ve güvence altına alan ifaya bağlı yan yükümlülükleri kabul ettiği hatta yan yükümlülüklerin kapsamının da sürekli genişlediği gerçeği karşısından bunun bir yan yükümlülük olduğu görüşüne katılmaktayız.

³⁴⁹ BGE 115 II 62, 64.

³⁵⁰ Zimmermann, Breach of Contract, s. 23.

³⁵¹ Özge Yücel, “Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin, 2018, s. 345.

³⁵² MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 114; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 47; Schwenger/Fountoulakis, s. 531-532, n. 67.09; Berger, AG, s. 81, 224; Hadžimanović, s. 105.

³⁵³ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 115.

³⁵⁴ BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 49; BGH NJW 1974, 849 (850).

Son olarak, sözleşmenin amacını koruma ve bunu tehlikeye atacak her tür davranıştan kaçınılması yükümlülüğü de ifa engelleri sistemi bakımından önem arz eden bir ifaya bağlı yan yükümlülüktür. Bu kapsamda borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini vadeden önce ve kesin surette bildirmesi, borca aykırılığın vadeden önce öngörülebilmesi (*antizipierter Vertragsbruch*) (*violation anticipée du contrat*) halinde de, bir yan yükümlülük olan sözleşmenin amacını tehlikeye atmama yükümlülüğünün ihlali söz konusu olur³⁵⁵.

B. Koruma Yükümlülükleri (İfaya Bağlı Olmayan Yan Yükümlülükler)

1. Kavram

Koruma yükümlülükleri; sözleşme vesilesiyle hukuki alanlarını diğer tarafın etkisine açmaları nedeniyle doğan risklere karşı, sözleşme ilişkisinin taraflarının bütünlük menfaatlerinin korunmasını amaçlayan yükümlülüklerdir³⁵⁶. Bütünlük menfaati (*Integritätsinteresse* ya da *Erhaltunginteresse*) ise sözleşme taraflarının malvarlığı ile şahıs varlığına ilişkin hak, hukuken korunan menfaat ve hukuki varlıklarının tümünü ifade eder³⁵⁷. Bütünlük menfaati bağlamında korunan, sözleşmenin konusu olan edime yönelik menfaat dışındaki bütün hak ve menfaatlerdir³⁵⁸.

Koruma yükümlülükleri sözleşmenin hazırlık aşaması, ifası ve sona ermesinden sonraki süreçte, birçok farklı aşamada ve görünümde ortaya çıkabilir. Niteliği, kapsamı ve konusu hukuki ilişkiye göre belirlenmekle beraber, somut sözleşme bakımından gündeme gelebilecek özen yükümlülüğü, aydınlatma ve bilgilendirme

³⁵⁵ Schwenzer/Fountoulakis, §8 s. 531-532, n. 67.09; Huguenin, §67 n. 67.09; Christoph Müller, Contrats de droit suisse, Stämpfli Verlag AG, 2021, s. 77-78, n. 168.

³⁵⁶ Stoll, Leistungstörungen, s. 27; Neuenschwander, s. 8; Gauch/Schlupe/Emmenegger, OR AT II, s. 121, n. 2643; Koller, OR AT 2022, s. 9-10 n. 2.23; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 68-69; İpek, s. 78.

³⁵⁷ BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 89; Kamp, s. 22; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 69.

³⁵⁸ Hadžimanović, s. 106; Fänger, 39.

yükümlülükleri, iş birliği yükümlülükleri, koruma ve gözetme yükümlülükleri bu grupta sayılabilir³⁵⁹.

2. Koruma Yükümlülüklerinin Sözleşmesel Sorumluluk Alana Teşmili

Bütünlük menfaatinin ihlali ve bundan doğan zarar, taraflar arasında özel bir güven bağı olmadığı müddetçe kural olarak haksız fiil rejimi kapsamında tazmin edilir. Buna karşılık, taraflar arasında özel bir güven bağının (*Sonderverbindung*) var olduğu hallerde koruma yükümlülüklerinin bir *sözleşme benzeri hukuki ilişkiden* (*rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis*) doğduğu kabul edilerek sözleşmesel sorumluluk kurallarına tabi olur³⁶⁰. Sözleşme benzeri hukuki ilişki; varlığı yoğun bir sosyal temasa ve özel bir güven bağına dayanan, hukuki dayanağı ise dürüstlük kuralı olan bir yasal borç ilişkisidir³⁶¹.

Sözleşme benzeri hukuki ilişkiyi, genel davranış yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle haksız fiil sorumluluğu kapsamında doğan hukuki ilişkiden ayıran; tarafların birbirini nezdinde yarattığı güven vesilesiyle hukuki alanlarını diğerinin etkisine açmalarıdır. Sözleşme benzeri hukuki ilişkinin varlığının kabul edilmesinin pratik faydası, zararının tazmininin sözleşmesel sorumluluk rejiminin haksız fiil sorumluluğu rejimine kıyasla kural olarak daha avantajlı kuralları altında istenebilecek olmasıdır³⁶². Bu daha avantajlı konumun meşru ve adil görülmesinin nedeni, yakın sosyal temasa

³⁵⁹ Kuhlmann, s. 104; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34.

³⁶⁰ Koruma yükümlülüklerinin söz konusu olduğu özel güven bağının diğer örnekleri olan *üçüncü kişiyi koruyucu etkisi sözleşme* (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*) teorisi, *edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi*, *culpa in contrahendo*, *culpa post pactum perfectum* teoriler temelde koruma yükümlülüklerinin haksız fiil alanından sözleşmesel alanına geçmesine katkı sağlamıştır, bkz. Krebs, s. 9. Bu teorilerin her biri detaylı inceleme gerektiren, şartları ve uygulama alanı sınırlı birer konu teşkil etmektedir. Konu dışına çıkmamak adına bu detaylara Çalışmada yer verilmemiştir. Açıklama için birçokları yerine bkz. Krebs, s. 9 vd.; Demircioğlu, s. 126 vd.

³⁶¹ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 178; Medicus/Larenz, s. 51, n. 115; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97–109 n. 7; Huguenin, §1 n. 104; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 71; İnal, s. 377.

³⁶² Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflchten, s. 34; Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflchten, s. 275; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 170; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 90; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 13; Serozan, Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, s. 111; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 54-55; Eren/Ünal, BG Şerhi Cilt III, s. 2248-2249 n. 43; Aydın, s. 29-30.

giren kişilerin arasında özel bir güven ilişkisi oluşması, bunun da alelade bir haksız fiil sorumluluğu yaratan davranış yükümüne aykırılığa nazaran ayrıcalıklı görülmesi düşüncesidir³⁶³. Bu kapsamda sözleşmesel sorumluluk rejimi alacaklıya, borçlunun borca aykırı davranıştaki kusurunun ispatı, zamanaşımı süresi ve borca aykırılıkta kusuru bulunmasa dahi ifa yardımcısının da fiilinden sorumlu olması noktalarında kural olarak daha avantajlı bir koruma sağlamaktadır³⁶⁴. Diğer bir avantaj ise haksız fiil sorumluluğu bağlamında tartışmalı olan, hâkim görüş ve uygulama tarafından tazmini kabul edilmeyen salt malvarlığı zararlarının, sözleşmesel sorumluluk rejimi altında tazmin edilebilmesidir³⁶⁵.

Bir borç ilişkisi sözleşme olarak nitelendirilebiliyorsa, bir sözleşme benzeri hukuki ilişkinin tespitine gerek kalmaz. Zira bir sözleşme benzeri hukuki ilişki, ancak sözleşmenin bulunmadığı hallerde gündeme gelir ve sözleşmesel sorumluluk kurallarının kıyasen uygulanmasını sağlar. Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararında, taraflar arasındaki güven ilişkisinin özel bir önem arz ettiği sözleşmelerde, güven ilişkisine bağlı olarak doğan koruma ve gözetme

³⁶³ Larenz, Bemerkungen zu CiC, s. 398; Staub, s. 28-29; Weber, s. 754; Erman/Martens, BGB § 241 n. 18; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97 n. 12; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 91; BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR, n. 144 vd; Walter, Vertrauenshaftung im Vertrag, s. 283; Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 69; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 13; Atamer, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zarar, s. 101 vd. Böylece sözleşmesel sorumluluğun alanı, haksız fiil sorumluluğu aleyhine genişlemiştir, bkz. BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 14. Nitekim yasalaşmayan İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı da sözleşmesel sorumluluk lehine bu genişlemeyi temel alan BGB sözleşmesel sorumluluk rejimini (BGB § 280) ve CISG'deki temel yaklaşımı benimsemiştir, bkz. BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 14a.

³⁶⁴ Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, s. 34; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 90; Heinrich Honsell / Bernhard Isenring / Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Juristische Medien, 2013, s. 34, n. 29; Aydın, s. 30.

Ancak yasada sebep sorumluluğunun düzenlediği hallerde, kurtuluş imkânı öngörülmemen kusursuz sorumluluk hallerinde veya sözleşmede sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunması ihtimalinde haksız fiil sorumluluğuna başvurmak; somut olayda daha avantajlı bir konum sağlayabilir, bkz. CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 20-21; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 15; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 13; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 54-55; Öz, TBK m. 112, n. 7; Atamer, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zarar, s. 101.

³⁶⁵ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 170; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34; Canaris, Leistungsstörungen, s. 519; Chapuis, s. 212; bu farklılığın nedeni, sözleşmeden doğan borca aykırılığı düzenleyen genel norm niteliğindeki TBK m. 112 (OR 97)'nin, hukuka aykırılığa ilişkin bir şart getirmemiş olması, bunun da kişinin mutlak haklarının ihlalinden doğan zarar ve salt malvarlığı zararı arasında ayırım yapılmadığı olarak yorumlanmasıdır, bkz. Huguenin, §8 n. 876.

yükümlülüğü ile özen yükümlüğünün ihlali hatalı olarak güven sorumluluğu olarak nitelenmiştir. Kararda güven kurumu olarak nitelenen bankanın, müşteri ile arasındaki kredi sözleşmesinden doğan koruma yükümlülüğünü ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesini hem sözleşme hem güven sorumluluğu bağlamında incelemiştir³⁶⁶. Oysa burada bir sözleşme benzeri hukuki ilişki olan güven sorumluluğu değil, yan yükümlülük ihlalinin kaynaklanan sözleşmesel sorumluluk söz konusudur.

3. Koruma Yükümlülüklerinin Kaynakları

Koruma yükümlülükleri, sözleşmeden veya sözleşme benzeri bir hukuki ilişkiden doğabilir. Bu nedenle ifaya bağlı yan yükümlülüklerin aksine, koruma yükümlülüklerinin doğması için geçerli ve hüküm ifade eden bir sözleşmenin akdedilmiş olması gerekmez³⁶⁷. Sonuca ulaşmasa da sözleşme görüşlerinin başlamış olması, sözleşmenin askıda olması, sözleşmeden dönme nedeniyle sözleşme ilişkisinin tasfiyesine başlanmış olması ya da asli edim yükümlülüklerinin ifayla sona ermiş olması gibi hallerin tümünde yoğun ve özel bir sosyal temas mevcut olduğu ölçüde koruma yükümlülükleri doğar ya da varlığını sürdürür³⁶⁸.

Örneğin; İsviçre Federal Mahkemesine göre otel sahipleri, restorasyon işiyle uğraşanlar³⁶⁹ ya da kayak teleferiği işleten kişiler³⁷⁰; müşterileriyle aralarında olan sözleşmenin konusu olan edim yükümlülüğünü ifa etmek dışında, karşı sözleşenin bütünlük menfaatini de korumakla yükümlüdür. Yine, bankanın yatırımcıya türev

³⁶⁶ “Önemle vurgulamak gerekir ki; güven sorumluluğunun ihlali iddiasıyla açılan eldeki davada, olay tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 818 sayılı BK’nın 98/2 nci maddesi gereğince haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacak olup, 25.000,00 TL tediye fişindeki imzanın davalı banka tarafından yaptırılan inceleme sonucunda davacıya ait olduğu anlaşılmış, davacı vekili asıl ve birleşen davalarda bu paranın müvekkilinin rızası dışında hile ve desise ile müvekkilinin hesabından çekildiğini ve dolayısıyla zararın doğduğunu ispat edememiştir. Başka bir ifadeyle; taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu davalı banka 818 sayılı BK’nın 100 üncü (6098 sayılı TBK md. 116) maddesi gereğince ifa yardımcısının (banka müdürü) eyleminden doğan zarardan tamamen sorumlu ise de, somut olayda davacı tarafça zarar ispat edilemediğinden davalı bankanın sorumluluğundan söz edilemez.” bkz. Yarg. HGK T. 17.5.2023, E. 2022/11-620, K. 2023/465.

³⁶⁷ Stoll, Leistungstörungen, s. 26.

³⁶⁸ Krebs, s. 5; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 67.

³⁶⁹ BGE 71 II 107, 115.

³⁷⁰ BGE 130 III 193, 195; BGE 126 III 113; BGE 121 III 358.

işlemlerin ticaretindeki riskleri ve komisyon ücretleri konusunda bilgi vermesi³⁷¹, hekimin hastayı tıbbi müdahalenin sonuçları hakkında bilgilendirdikten sonra aydınlatılmış onamının alması³⁷², hekimin hastayı tedavinin tıbbi sonuçlar kadar mali yükü ve özellikle sigortanın bunu karşılayıp karşılamadığı konusunda da bilgi vermesi³⁷³, yapının özel bir risk taşıması halinde mimarın iş sahibini sorumluluk sigortası yapması gereği hakkında bilgilendirmesi³⁷⁴ koruma yükümlülüklerinin birer görünümüdür.

4. Koruma Yükümlülüklerinin Doğmasının Şartları

İfaya bağlı yan yükümlülüklerin varlığı ve işlevi, temelde sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünün ifasıyla yakın ilişki içindedir. Oysa koruma yükümlülükleri, esasen haksız fiil sorumluluğu alanına ait bir zarar vermeme yükümlülüğünün kapsamı genişletilerek sözleşmesel sorumluluk alanına taşınması sonucu kabul edilmiştir. Bu nedenle, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesi gereği sınırlarının çizilerek hangi hallerde doğacağı ve hangi kapsamda işlerlik göstereceğinin tespit edilmesi gerekir.

a. Özel bir güven bağının varlığı

Koruma yükümlülüklerinin uygulama alanının sözleşme ile sınırlı olmadığı; bir sosyal bağ (*Sonderverbindung*) çerçevesinde bir araya gelen taraflar arasında özel bir güven bağının kurulmasıyla koruma yükümlülüklerinden ibaret sözleşme benzeri bir borç ilişkisi doğduğu kabul edilir³⁷⁵. Bu özel sosyal bağ ne kadar yoğunsa tarafların

³⁷¹ BGE 124 III 155 (162-164), c. 3a ve b.

³⁷² BGE 114 Ia 350 (358), c. 6.

³⁷³ BGE 116 III 519 (521), c. 3B.

³⁷⁴ BGE 111 II 72 (75), c. 3d.

³⁷⁵ Krebs, s. 6 vd. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 178; Medicus/Larenz, s. 51, n. 115; Weber, s. 753; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97–109 n. 7; Huguenin, §1 n. 104; Kuonen, s. 371 n. ; 1262; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 46; Demircioğlu, s. 128-129; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 938; İnal, s. 377. Krebs, özel güven bağı (*Sonderverbindung*) kavramı ve bunun doğurduğu sözleşme benzeri hukuki ilişkinin, Ortak Avrupa Haksız Fiil Hukuku (Gemeineuropäisches Deliktsrecht) Projesi kapsamında da gündeme geldiğini; anılan çalışma bağlamında zarar veren ve zarar gören arasında özel

birbirlerinin hukuki alanlarına etki etme güçleri artar ve buna paralel olarak bu hukuki ilişkiden doğan yükümlülüklerin kapsamı aynı ölçüde genişler³⁷⁶. Yan yükümlülüklerin doğması bakımından ilk ve temel olgu olan bu özel sosyal bağ farklı görünümelerde ortaya çıkabilir³⁷⁷. Bu kapsamda aşağıda sözleşme, sözleşme benzeri hukuki ilişki olarak nitelendirilen haller, yasadan doğan borç ilişkileri ve hatır ilişkileri incelenecektir.

i. Sözleşme

Sözleşmeden doğan koruma yükümlülükleri, sözleşme taraflarının kendi hukuki alanlarını diğer tarafın etkisine açmaları rizikosuna karşı bütünlük menfaatlerini koruyan yükümlülüklerdir³⁷⁸. Sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin kapsamı, sözleşme konusuyla makul ve olağan bir bağlantı içinde olmalıdır. Bu takdirde ilgili koruma yükümlülüğünün ihlali halinde, zarar gören taraf sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğuna dayanan yarışan iki talep hakkına sahip olur³⁷⁹.

Sözleşme olarak tecessüm ettiği hallerde özel güven bağı, müzakere dönemi ile başlar ve kapsamı daralmakla birlikte sözleşmeden doğan edim yükümlülükleri sona erdikten sonra da devam eder³⁸⁰.

bir bağ bulunmadığı hallerde haksız fiil hukukunun alanının doğduğunu ve *Sonderverbindung* kelimesinin *haksız fiil dışı sorumluluk hukuku (außerdeliktische Haftungstrecht)* alanında yer aldığını ifade etmektedir, bkz. a.e., s.7.

³⁷⁶ Hadžimanović, s. 107.

³⁷⁷ Örneğin; usuli işlemler, sözleşmenin kurulması ve ifası, sözleşme dışı yanlış bilgi ve tavsiye verilmesi, senet veya belgelerin tedavüle sokulması gibi olaylar sırasında dürüstlük kuralına aykırı davranılması söz konusu olabilir. Örnekler için bkz. Heinz Rey, “Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Peter Forstmoser, Hans Giger, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1989, s. 233.

³⁷⁸ Wiegand, Schuldverhältnis, s. 91; Hadžimanović, s. 105.

³⁷⁹ § 3.II.C.

³⁸⁰ Kuonen, s. 371-372 n. 1264-1265.

ii. Sözleşme benzeri hukuki ilişki

Koruma yükümlülüklerinin doğması için mutlaka geçerli ve hukuken bağlayıcı bir sözleşme ilişkisinin varlığı şart değildir. Koruma yükümlülükleri, özel bir güven bağına dayanan sözleşme benzeri hukuki ilişkilerden de doğar³⁸¹. Dürüstlük kuralından doğan bu tür koruma yükümlülüklerinin hukuken meşru görülmesinin sebebi; olağan sosyal temasın sınırını aşan, yoğunlaşmış ve hukuk düzeni tarafından korunması meşru görülen bir güven ilişkisinin varlığıdır³⁸².

Sözleşme benzeri (*vertragsähnlich*) (*quasi-contractuel*) bir ilişki bağlamında bir araya gelen taraflar arasındaki hukuki ilişki ve bundan doğan talepler (*quasi-vertragliche Ansprüche*) sözleşmesel sorumluluk rejimi kurallarına tabidir³⁸³. Sözleşme dışı sorumluluk bakımından sorumluluğuna yol açan fiil, bir davranış kuralına aykırılık (*Verhaltenspflicht* ya da *Verkehrspflicht*) iken; sözleşme benzeri hukuki ilişkinin var olduğu tespit edilebiliyorsa bir koruma yükümlülüğünün (*Schutzpflicht*) ihlali bulunduğu ve sözleşmesel sorumluluk rejiminin uygulanacağı kabul edilir³⁸⁴. Esasen TBK 112'nin yalnızca sözleşmeden doğan borçlar için değil; nispi hakların ihlali halinde (örneğin; bu kapsamda tek tarafa borç yükleyen hukuki işlemler, iade yükümlülükleri, aile hukukundan doğan nafaka borçları ve yasal borç ilişkileri bakımından) uygulama alanı bulan genel nitelikte bir normdur³⁸⁵. Bu nedenle sözleşme benzeri hukuki ilişki teşkil eden hallerde genel davranış kuralı seviyesini aşan bir zarar vermeme yükümlülüğünün bulunması halinde haksız fiil

³⁸¹ Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 275; Krebs, s. 5; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 67; Kamp, s. 55; İnal, s. 377.

³⁸² Wiegand, Schuldverhältnis, s. 89; Hadžimanović, s. 107; Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, s. 102-103; Demircioğlu, s. 128 ve s. 174.

³⁸³ Huguenin, §1 n. 137; Demircioğlu, s. 174. Sözleşmenin sona ermesinden sonra doğan yan yükümlülükler, kural olarak koruma yükümlülükleridir. Ancak tarafların tasfiye ilişkisinin içeriği hakkında bir anlaşmaya varmışsa bu takdirde ifaya bağlı yan yükümlülükler de doğabilir, bkz. Andreas Büscher, Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Schulthess, 2015, n. 402-403.

³⁸⁴ Stürmer R, s. 385; Schwenger/Fountoulakis, s. 531, n. 67.08; Hadžimanović, s. 106; Demircioğlu, s. 174.

³⁸⁵ BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 2-3; Wolfgang Wiegand, "Gratwanderungen", Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 2010, Felix Bommer, Martina Caroni et al., Stämpfli Verlag AG, ss. 78-82, s. 82; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n.1; Gauch/Schlupe/Emmenegger, OR AT II, n. 2615; Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1484; Markus Müller-Chen, Folgen der Vertragsverletzung, Zürich, Schulthess, 1999, s. 326; Türk hukukunda Öz, TBK m. 112, n. 5 ve özellikle yan yükümlülükleri ihlali bakımından Öz, TBK m. 112, n. 7; Antalya, BHGH Cilt 3, n. 1334.

sorumluluğunun düzenleyen TBK m. 49'un değil, TBK m. 112'nin uygulanması daha adil ve makuldür.

İsviçre ve Türk hukuklarının aksine, Alman Medeni Kanun'unda sözleşme benzeri hukuki ilişkiyi (*rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis*) BGB § 311'de açıkça öngörüldüğü açıklanmıştı. Bu hükme ilişkin açıklamalar ve anılan hükümdeki örnekler³⁸⁶, Türk ve İsviçre hukuklarında da öğretinin ve yargı uygulamasının güven sorumluluğu dolayısıyla zarar verenin sorumluluğunu kabul ettiği hallerdir³⁸⁷. Bu nedenle BGB'deki gibi açıkça kabul edilmese de bu hukuk sistemleri bakımından da aynı hallerde, taraflar arasında sözleşme benzeri bir hukuki ilişki kurulduğu kabul edilir³⁸⁸. Bu kapsamda edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten*), sözleşme görüşmeleri döneminde kusurlu fiilden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) kuramı, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi, güven sorumluluğu, fiili sözleşme ilişkisi teorisinin uygulandığı hallerde de koruma yükümlülükleri gündeme gelir³⁸⁹. Yargıtay da Alman hukukunun aksine Türk hukukunda güven sorumluluğunun açık yasal temelini bulunmadığını belirtmekte; ancak TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı gereği üçüncü kişiler nezdinde yaratılan güvenin, güven sorumluluğu ile korunacağını kabul etmektedir³⁹⁰. Ayrıca Yüksek Mahkeme güven sorumluluğunu, *culpa in*

³⁸⁶ §1.II.A.1.b.

³⁸⁷ Oğuzman/Öz, n. 130 vd.; İnal, s. 68 vd.

³⁸⁸ Demircioğlu, s. 119-120.

³⁸⁹ Kavramlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Canaris, Ansprüche, s. 475; Krebs, s. 35 vd.; Huguenin, § 17 n. 1470 vd.; Demircioğlu, s. 141 vd.

³⁹⁰ “Güven teorisi, her iki tarafın menfaatleri arasında denge kurmayı amaçlar ve kaynağını dürüstlük kuralından alır. Kendine özgü mahiyet arz eden güven sorumluluğu bir kişinin veya kuruluşun davranışlarıyla başkalarında yarattığı haklı beklentiler nedeniyle oluşan güven ilişkisinden kaynaklanır. Temeli Alman Borçlar Kanunu'nda yer alan, borçlar hukuku mevzuatımızda düzenlemesi bulunmamakla birlikte gerek Türk hukukunda gerekse İsviçre hukukunda kendisine uygulama yeri bulan bu teori bir kimsenin kendi yarattığı dış görünüşün meydana getirdiği sonuçlara kendisinin katlanmasının gerekliliği, aksi yönde bir düşüncenin iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edeceği kabulüne dayanır. Bu kapsamda yorum sırasında güven teorisinin uygulanması TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesinin gereğidir. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına ilişkin hükümler yanında, tarafların sözlü veya yazılı davranışları bu güven ortamını sağlayabilir. Sağlanan güvenin, güven sorumluluğu kapsamında, hukuken korunması gerekir. Güven sorumluluğunda taraflar birbirlerinden bekledikleri güveni boşa çıkarmamalıdır. Bu itibarla güven teorisi hukuki güven, istikrar ve hakkaniyet düşüncesini esas alır. Hukukun bir amacı da kişilerin gerek birbirleriyle gerekse devletle olan ilişkilerde güven ve sürekliliği sağlamaktır. Yasaya aykırı sakat bir işlemin uzun bir süre sonra

contrahendo'yu da kapsar şekilde sözleşme benzeri hukuki ilişkiden doğan sorumluluk için üst kavram olarak benimsemekte ve sözleşmesel sorumluluk rejimine ilişkin kuralların uygulanacağını belirtmektedir³⁹¹.

iii. Tek taraflı hukuki işlem

Tek taraflı hukuki işlem, bir kişinin irade açıklamasıyla hukuk düzeninde istenilen hukuki sonucun doğmasını sağlar. Bazı hallerde tek taraflı bir hukuki işlemin fiilen bir muhatabı olabilir veya bu kişiler doğrudan ya da dolaylı olarak işlemten etkilenebilir. Yenilik doğuran hakların kullanılması ilk hale, vasiyetname ile bir kişi lehine ölüme bağlı tasarrufla bulunulması ise ikinci hale örnek olarak sayılabilir. Bir görüşe göre bu hallerde de işlemin süjesi ile muhatap arasında bir güven bağı kurulmuştur. Bu güven bağı, işlemin geri alınmasını engellemez; ancak kurulan güven bağının kusurlu bir davranışla zedelenmesi halinde işlem sahibi muhataba karşı sorumlu tutulabilir. Örneğin vasiyetname ile bir kişi lehine ölüme bağlı tasarrufla bulunulması halinde, kendisine bir malvarlığı değeri intikal edeceği inancı aşılanan kişi, ekonomik olarak önemli sonuçları olan kararlar alabilir. Bu durumda öğretide muhtemel ve güven duyulmaya değer bir beklentinin, ölüme bağlı tasarruflar bakımından görünümü olan *culpa in testando* kavramı ile korunması önerilmektedir³⁹².

geri alınması adalet, hakkaniyet, kamu düzeni ve istikrar ilkelerine dolayısıyla hukuka aykırı olur. Topluma ve kişiye hizmetle yükümlü bir hukuk devleti kişiye haksızlık yapmamak ve kendisinin yararlandığı bir süreden kişiyi de yararlandırmak zorundadır.” Karar için bkz. Yarg. 10. HD, T. 16.2.2023, E. 2023/1127, K. 2023/1284; Aynı yönde ayrıca bkz. Yarg. 10. HD, T. 27.1.2022, E. 2021/6866, K. 2022/1333; Yarg. 10 HD, T. 8.7.2021, E. 2021/4186, K. 2021/9912; Yargıtay 9. HD, T. 28.10.2020, E. 2017/17897, K. 2020/13824.

³⁹¹ Yarg. HGK, T. 19.4.2022, E. 2019/11-173, K. 2022/570.

³⁹² Nurten İnce, “Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa in Testando)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, ss. 153-184, s. 170 vd; Hülya Atlan, “Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.2, ss. 267-294, s. 269 vd.; S. Derya Yakupoğlu, “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, TBB Dergisi 2018(136), ss. 225-262, s. 229.

Culpa in testando kavramı, ölüme bağlı tasarrufla yaratılan güvenin korunmasını sağlar³⁹³. *Culpa in testando*, lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin, ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurduğuna yönelik güvenini korur ve ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişiye, tasarrufun hüküm doğurmamasına yol açacak bir durum bulunması halinde bunu karşı tarafa bildirme yükümlülüğü yükler. Diğer bir deyişle, nitelikli bir açıklama yükümlülüğünün varlığına olan güvenin korunmasını amaçlar³⁹⁴. Bu kapsamda muhtemel miras bırakan, ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurmamasından değil; ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz kalmasını veya hüküm doğurmasını engelleyen durumu zamanında bildirmemesi nedeniyle, ölüme bağlı tasarrufun varlığına güvenen kişinin yaptığı boşa çıkan harcamalardan sorumludur³⁹⁵.

iv. Yasal borç ilişkisi

Bazı hallerde doğrudan yasadan doğan bir borç ilişkisi kapsamında koruma yükümlülükleri doğabilir. Eşya hukukunda yan yükümlülüklerin doğduğu yasal borç ilişkisine örnek olarak sınırlı ayni hak sahibi ile eşya sahibi arasındaki ayni etkili borç ilişkisi verilebilir. Eşya üzerinde sınırlı ayni hakkın kurulmasını takiben hak sahibi ile malik arasında içeriği yasada öngörülmüş ve ayni etkili olan bir borç ilişkisi doğar³⁹⁶. Bu borç ilişkisi kapsamında Medeni Kanun'da intifa hakkı sahibi açısından doğrudan bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Örneğin; hakkın konusu şeyi kullanması bakımından özen yükümlülüğü TMK m. 803'te, hak konusu şeyi hukuka ve maddi niteliğine uygun kullanma yükümlülüğü TMK m. 807'de, muhafaza ve koruma

³⁹³ Barış Demirsatan, “Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020, ss. 1053-1088, s. 1078-1079.

³⁹⁴ Roman Misserre, Die “culpa in testando”: Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2002, s. 261; Anna Hirschlechner, “Culpa in testando – Vertrauenshaftung des Erblassers”, Aktuelle Juristische Praxis, 2017, ss. 1174-1187, s. 1184

³⁹⁵ Misserre, s. 261; Atlan, s. 289. İnce ise zararın hesaplanmasına bakımından borca aykırılık anını, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin ziyade ölüme bağlı tasarrufun kurulmasıyla yaratılan güvenin boşa çıkarılmasına dayandırmaktadır, Culpa in Testando, s. 177. Tazmin edilecek zararın olumsuz zarar olduğu yönünde bkz. Misserre, s. 262-263; İnce, Culpa in Testando, s. 170, Atlan, s. 289. Ayrıca olumlu zararın tazmininin de gündeme gelebileceği hakkında bkz. Hirschlechner, s. 1185 vd.

³⁹⁶ Burak Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 105 vd.

yükümlülüğü m. 812’de düzenlenmiştir. Bu anılan yükümlülükler, taraflar arasında aynı etkili borç ilişkisi bakımından yan yükümlülük niteliğindedir.

Yan yükümlülüklerin doğduğu yasal borç ilişkisinin diğer bir örneği ise elektronik ticaret platformlarının, girişimciler ve tüketiciler arasında sözleşme kurulmasını sağladığı ve bu vesileyle aracı hizmet sağlayıcı olarak işlev gördüğü hallerde ortaya çıkar³⁹⁷. Elektronik platformlar üzerinde gerçekleşen satış sözleşmesinin tarafı olan satıcı, dijital platform ile arasındaki özel bir sözleşme kapsamında işletme hesabı açarak ürünlerini çevrimiçi ortamda satışa sunar. Bu kişi ticari veya mesleki amaçlarla mal veya hizmet sunduğundan satıcı ya da sağlayıcı konumundadır. Satıcı işletme için Elektronik Ticaret Kanununda kullanılan terimle hizmet sağlayıcı (ETK m. 2/1-ç), dijital platform için kullanılan terim ise aracı hizmet sağlayıcıdır (ETK m. 2/1-d). ETK’deki terimle aracı hizmet sağlayıcı olan dijital platform ise satış sözleşmesinin tarafı değildir³⁹⁸. Diğer yandan, elektronik platformun satış sözleşmesinin taraflarıyla hukuki bağı şu şekilde ifade edilebilir: Elektronik platform ile satıcı işletme arasında, üyelik sözleşmesi, iş ortaklığı sözleşmesi gibi adlarla kurulan, atipik sözleşme niteliğinde özel bir sözleşme bulunmaktadır. Tüketici ve elektronik platform arasındaki hukuki ilişki ise hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bir güvene dayanan özel bağ (*Sonderverbindung*) ekseninde şekillenen bir sözleşme benzeri hukuki ilişkidir. Bu bağ, dijital platform açısından kural olarak bir edim yükümlülüğü getirmez. Buna paralel olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, sözleşme tarafı olmayan aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı bütünlük menfaatini (özellikle işlem menfaatini ve karar verme özgürlüğünü) korumayı amaçlayan yasal yükümlülükler öngörülmüş, satıcının sorumlu olduğu borca aykırılık halinde dijital platformun satıcı ile müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmiştir³⁹⁹.

³⁹⁷ Elektronik ticaret platformlarının hukuki sorumluluğu, TKHK m. 48 ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun ilgili hükümlerine tabidir, krş. A. Dilşad Keskin, “TKHK Değişik M. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketiciye Karşı Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI. Y. 2022 Sa. 3, ss. 119-144, s. 122.

³⁹⁸ Bu yapıyı teyit eden Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 3. HD, T. 15.11.2021, E. 2021/4000, K. 2021/11403; Yarg. 3. HD, T. 23.05.2019, E. 2019/215, K. 2019/404.

³⁹⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 48 maddesinde, 2022 yılında yayınlanan 7392 sayılı Kanunun 7. Maddesiyle 01.10.2022 tarihinde yürürlüğe girecek bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle “aracılık eden” ifadesi, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile uyumlu

TKHK’da sayılan bu yükümlölükler⁴⁰⁰ ve somut uyuşmazlıklarda dürüstlük kuralı kapsamında doğacak diğerkoruma yükümlölükleri, platformlar ile tüketici arasında yasal borç ilişkisine dayanan bir sözleşme benzeri hukuki ilişkinin bulunduğunu ortaya koyar. Ayrıca platformun borca aykırılıktan da (tüketiciye ön bilgilendirme yapılmasına, ön bilgilendirmenin yapıldığına yönelik teyit ve bunun ispatına, sözleşmenin gereğı gibi ifasına ve tüketicinin cayma hakkına ilişkin yükümlölüklere aykırılık) müteselsil olarak sorumlu olunması ise buradaki sözleşmesel sorumluluğun, niteliğı gereğı kanundan doğan bir garanti sorumluluğı öngöröldüğünü gösterir.

v. Hatır ilişkisi

Hatır ilişkisi (*Gefälligkeit*); hukuken bağlayıcı olma iradesi ve karşılık ilişkisi olmaksızın, hatır ilişkisinin taraflarının, bir tarafa kredibilite ya da başka bir yarar sağlamak için girdikleri ilişkidir⁴⁰¹. Tedavüle sokulmayacağına güvenilerek ticaret hayatında kredi sağlamak için verilen kambiyo senetleri, bir sözleşme bulunmaksızın tavsiye veya bilgi verme ya da hatır taşımacılığı gibi haller hatır ilişkisine örnektir.

Hatır ilişkileri kural olarak hukuken bağlayıcı nitelikte olmayan, sosyal karaktere sahip sosyal borçlar (*soziale Pflichten*) doğurur⁴⁰². Buna karşılık, hatır ilişkileri kapsamında taraflar arasında koruma yükümlölükleri ihtiva eden sözleşme benzeri bir hukuki ilişki doğup doğmadığı oldukça tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre ise hatır ilişkisinde taraflar arasında koruma yükümlölükleri içeren, edim yükümü içermeyen bir borç ilişkisi kurulur ve koruma yükümlölükleri doğar⁴⁰³. Bazı yazarlar ise hatır ilişkisinin sözde borçlusunun, hatır ilişkisine sırf diğertarafa yarar sağlamak için girdiğini; bu nedenle onun sorumluluğunun haksız fiil

olarak “aracı hizmet sağlayıcı” olarak değiştirilmiş; ayrıca aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı olan sorumluluğunun kapsamı genişletilmiştir.

⁴⁰⁰ TKHK m. 48/5-6’da düzenlenen münferit yükümlölükler hakkında detaylı açıklama için bkz. Keskin, s. 128-139.

⁴⁰¹ Huguenin, §21 n. 1662-1663.

⁴⁰² Koller, OR AT 2022, s. 11 n. 2.30.

⁴⁰³ Erman/Martens, BGB § 241 n. 15; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 248; Prange, 59; Walter, Schuldverhältnis, s. 73; Huguenin, s. 511, n. 1670; Türk hukukunda Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 56.

sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁰⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında hatır ilişkisinin tarafları arasında haksız fiil sorumluluğu rejiminin uygulanması gerektiği kabul etmiştir⁴⁰⁵. Bununla beraber Mahkeme, yeni tarihli kararlarında hatır ilişkisinden doğan sorumluluğu, sözleşme benzeri hukuki ilişki temelinde incelemiştir⁴⁰⁶. Bunu takiben sözleşmesel sorumluluk rejimi kabul edilmekle beraber bu takdirde OR 99 Abs. 2 (TBK m. 114/1) gereği sorumlu tutulan taraf özel bir yarar elde etmediği için onun sorumluluğu daha hafif değerlendirilmiştir⁴⁰⁷.

Kanımızca hatır ilişkisi, taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin doğduğu haller arasında sayılması gereken bir fiili ilişkidir. Bu nedenle koruma yükümlülüklerinin doğacağına kabulü gerekir. Bununla beraber, koruma yükümlülüklerinin kapsamı somut olay özelinde tayin edilmeli, ayrıca karşılıksızlık (*unentgeltlich*) unsuru de dikkate alınarak TBK m. 114 kapsamında zarar veren tarafın sorumluluğu daha hafif değerlendirilmelidir.

b. Özel güven bağı vesilesiyle bir tarafın hukuki alanını, karşı tarafın etki ve müdahalesine açmış olması

Özel bir sosyal bağ çerçevesinde bir araya gelen taraflardan birinin diğer tarafa verdiği her tür zarar, sırf aralarında olağan düzeyi aşan bir iletişim var olduğu gerekçesiyle sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre tazmin edilmez. Zarar, bu özel sosyal bağı ilgilendirmeli ve bu vesileyle bir tarafın hukuki alanını diğer tarafın etki ve müdahalesine açmasından kaynaklanmalıdır⁴⁰⁸. Nitekim koruma yükümlülüklerini haksız fiil hukukunun genel davranış yükümlülüğünden ayıran da bu etki imkânıdır.

⁴⁰⁴ Huguenin, §21 n. 1672; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 23; Aynı hususta bkz. BGE 137 III 539 n. 5.

⁴⁰⁵ BGE 137 III 539 n. 5.1; BGE 129 III 181 n. 4; BGE 116 II. 695 n4.

⁴⁰⁶ Sözleşme benzeri ve sözleşme ötesi (*extra- und quasicontractuel*) talep değerlendirmesi için bkz. Huguenin, §21 n. 1695. Örnek bir karar olarak bkz. BGE 4C.193/2000, n. 4-5.

⁴⁰⁷ Huguenin, §21 n. 1698.

⁴⁰⁸ Erman/Martens, BGB § 241 n. 18; Weber, s. 753; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 60; Prange, s. 65; MüKo-Schubert, BGB § 242 n. 191; Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 76; Kuhlmann, s. 97; Demircioğlu, s. 128; İnal, s. 378. Koruma yükümlülüğünün borçlusu, bu müdahale imkânını bilerek veya bilmeyerek elde etmiş olabilir, bkz. Aydın, s. 28.

Ancak bu takdirde sözleşmenin karşı tarafının da haksız fiildeki zarar vermeme yükümlülüğünü aşan bir düzeyde ve yoğun bir zarar vermekten kaçınma yükümlülüğü olduğu söylenilebilir.

c. Hukuk düzeninin özel güven bağının korunmasını meşru ve adil görmesi

Bir özel güven bağı bulunmaksızın bir kişiye zarar verilmesi halinde bir davranış kuralına aykırılık söz konusudur ve kural olarak haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilir. Bir özel sosyal bağ çerçevesinde doğan koruma yükümlülüklerinin söz konusu olması için ise taraflardan her birinin, diğer tarafın hukuki alanına müdahale ederek zarar vermeme yükümlülüğü (*Nichtschädigungsgebot*) altında bulunması gerekir⁴⁰⁹. Bu da karşı tarafa zarar verilmeyeceğine ilişkin yaratılan bu güvenin hukuk düzeni tarafından korunmaya değer ve meşru görülmesiyle olur⁴¹⁰. Nitekim Romagermen hukuk sistemlerinde özel bir güven bağından doğan koruma yükümlülüklerinin ihlalinin borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere (Türk Hukuku bakımından TBK m. 112 vd.) tabi olacağı genel kabul görmektedir.

⁴⁰⁹ Kamp, s. 23; Erman/Martens, BGB § 241 n. 18.

⁴¹⁰ Larenz, Bemerkungen zu CiC, s. 397; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 147; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 942-943. Genel kavram olarak güven sorumluluğu açısından Demircioğlu, s. 174.

III. ETKİ ANINA GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ

Etki gösterdikleri ana göre yan yükümlülükler; sözleşme öncesi dönemde doğan yan yükümlülükler, sözleşme süresince varlık gösteren yan yükümlülükler ve sözleşme sona erdikten sonra etkisi devam eden yan yükümlülükler olarak üç gruba ayrılır⁴¹¹.

Etki anına göre yan yükümlülük ayrımı, koruduğu menfaatin türüne göre yan yükümlülükler ayrımıyla bir noktada paralellik gösterir. İfaya bağlı yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünü tamamlayan ve güvence altına alan yükümlülükler olduğundan kural olarak sözleşme kurulduğu andan itibaren söz konusu olur ve ifanın tamamlanmasıyla son bulur. Koruma yükümlülükleri ise geçerli bir sözleşmenin varlığı ve hüküm doğurmasından bağımsız olarak taraflar arasındaki özel güven bağı sürdüğü müddetçe devamlı eder⁴¹². Bu kapsamda bütünlük menfaatinin riske girdiği ilk an olan sosyal temasın başlangıcıyla başlar ve bazı hallerde sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eder⁴¹³.

A. Sözleşme Görüşmeleri Döneminde Doğan Koruma Yükümlülükleri

1. Sözleşme Öncesi Dönemde Doğan Yükümlülüklerin Hukuki Temeli

Sözleşme görüşmeleri döneminde doğan yükümlülükler (*vorvertragliche Pflichten*) (*obligations précontractuelle*), temelde müzakere döneminde bir sözleşme benzeri hukuki ilişkinin var olduğu kabulüne dayanır⁴¹⁴. Sözleşme görüşmeleri döneminde muhtemel sözleşme tarafları bir araya gelerek hem sözleşme konusu hakkında müzakerelere başlarlar; hem de bu sözleşmeye ilişkin kişisel ve ekonomik beklentileri, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine

⁴¹¹ Erman/Martens, BGB § 241 n. 12.

⁴¹² Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 282; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 7.

⁴¹³ BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 13; Berger, AG, s. 82, n. 229.

⁴¹⁴ Sözleşme görüşmelerine dayanan borç ilişkisi (*vorvertragliches Schuldverhältnis*) kavramı ve gelişimi için birçokları yerine bkz. Jörg Benedict, *Culpa in Contrahendo Band I Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, s. 338 vd; Harald Bärtschi, *Verabsolutierte Relativität*, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, s. 386 vd.

getirebileceklerini ilişkin durumları, sözleşme konusunun kendi işletmelerinde kullanım amacı gibi birçok konuda bilgi paylaşımından bulunurlar. Bu dönemde, tarafların her biri en az düzeyde taviz vererek ve en az masrafla sözleşmeden en karlı şekilde çıkmayı amaçlar⁴¹⁵. Ancak tarafların, birbirleriyle geçmişten gelen bir ticari ilişkileri olup olmamasından bağımsız olarak, sağlıklı şekilde müzakere edebilmeleri, ancak birbirlerine hukuki alanlarını açtıkları için zarara uğramayacaklarına yönelik hukuki bir güvencenin mevcut olmasıyla mümkündür. Aksi takdirde taraflar attıkları her adımı sorgulayacak, açık bir bilgi paylaşımından kaçınmak zorunda kalacak, nihayetinde bu, sözleşmenin optimal şartlarda yapılamaması veya hiç kurulamamasına sebep olacaktır. Bundan kaçınmak için yoğun sosyal temasa giren tarafların birbirlerine olan güvenlerinin korunması, işlem hayatı ve hukuk güvenliği için elzemdir⁴¹⁶.

Sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar, görüşmeleri olumlu olarak sonuçlandırılıp niyet edilen sözleşmeyi kurmak zorunda değildirler. Bununla beraber, hukuk düzeninin sözleşme görüşmeleri bağlamında yasakladığı, bu görüşmeler dolayısıyla tarafların hukuki alanlarını birbirine açmaları rizikosuna karşı korunmalarıdır⁴¹⁷; yani burada korunan, tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik menfaatleri değildir⁴¹⁸. Sonuç itibarıyla, kişinin kendi hukuki alanını diğer tarafın etkisine açması (*Einwirkungsmöglichkeit*), karşı tarafın kendisine karşı bir koruma ve

⁴¹⁵ Kuonen, s. 212, n. 706.

⁴¹⁶ Larenz, Bemerkungen zu CiC, s. 399; Bu kapsamda koruma yükümlülükleri, sosyal temastan doğan bir risk olarak kişinin kendini koruması için yapılan masrafları (*Selbstschutzaufwand*) ve sözleşmenin kurulması için yapılan işlem masraflarına (*Transaktionskosten des Vertragsschlusses*) karşı kişiyi korur, bkz. Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 283.

⁴¹⁷ Sözleşme görüşmeleri, her bir tarafın hukuki alanlarını, diğer tarafın etkisine açan ilk temastır. Müzakerelerin sonunda sözleşmenin kurulup kurulmadığından bağımsız olarak, bu durum, özel sosyal temas vesilesiyle tarafların diğer tarafa açtıkları hukuki alanlarının korunması gereği doğar, bkz. Canaris, Leistungsstörungen, s. 519; Kuonen'e göre sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklerin meşru dayanağı, taraflar arasında güven bağının kurulması değildir. Aksine, taraflar, sözleşme görüşmeleri döneminde bu yükümlülüklerin doğduğunu düşünürse karşı tarafa güven duyar ve güven bağı bu şekilde kurulur. Bu yükümlülüklerin olmadığı kabul edilirse, aslında taraflar arasında ancak bir tür güvensizlik bağından (*relation de méfiance*) söz edilebilir, bkz. Kuonen, s. 213-214 n. 711.

⁴¹⁸ Kuonen, s. 8, n. 30-33; Sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar, kural olarak sözleşme kurulması için yaptıkları yatırımlara sözleşme kurulmadığı takdirde kendileri katlanır. Sözleşmenin kurulması ihtimalinde ise bu yatırımlar, tarafların edimleri dikkate alınarak ve/veya görüşme aşamasındaki pazarlık güçlerine göre taraflar arasında paylaştırılır ya da bir taraf katlanır, Kuonen, s. 216, n. 722.

gözetme yükümlülüğünün doğmasıyla doğrudan paraleldir ve aynı zamanda bunun meşruluk gerekçesidir⁴¹⁹.

Sözleşme öncesi yükümlülüklerin varlığı ve sorumluluk doğurdıkları, günümüz hukuk sistemlerinde genel olarak kabul edilmektedir. Avrupa’da hukukun harmonizasyonu ve yeknesaklaştırılması yönündeki çalışmalar da bunu desteklemektedir⁴²⁰. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, Roma-germen hukuk sistemlerinde *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile benimsemişken, Angloamerikan hukuk sistemlerinde daha sınırlı kapsamda kabul edilmektedir⁴²¹. Her ne kadar *culpa in contrahendo* sorumluluğuna denk bir sorumluluk rejimi var olmasa da *common law* sistemlerinde de kendi içindeki mekanizmalarla sözleşme müzakereleri döneminde yaratılan güvenin korunduğu belirtilmektedir⁴²².

Sözleşme görüşmeleri döneminde ortaya çıkan yan yükümlülüklerin en önemlileri tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik gerçek niyetlerini ve gündemlerini açıklama yükümlülüğü, sözleşme ilişkisi çerçevesinde dışsal risklere karşı uyarma yükümlülüğü ve karşı taraf hakkında öğrendiği gizli bilgileri saklama yükümlülüğüdür⁴²³.

2. Sözleşme Öncesi Yükümlülüklerin Tabi Oldukları Hukuki Rejim

Sözleşme görüşmeleri döneminde doğan koruma yükümlülüklerine aykırılık halinde doğan hukuki rejim, farklı üç ihtimale göre değerlendirir⁴²⁴.

⁴¹⁹ Grigoleit, Leistungspflichten und Schutzpflichten, s. 283.

⁴²⁰ Bkz. §1.II.A.3.

⁴²¹ Riske, s. 188, n. 448 ve n. 450.

⁴²² Kurt Ballerstedt, “Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter”, Archiv für die civilistische Praxis, 1950/1951, 151. Bd., H. 6, ss. 501-531, s. 507; Riske, s. 320, n. 850-851.

⁴²³ Larenz, Bemerkungen zu CiC, s. 398; Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, s. 107; Bärtschi, s. 386.

⁴²⁴ Sözleşme görüşmeleri döneminde doğan yan yükümlülüklerin ihlali esas olarak Üçüncü Bölüm’de incelenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. § 3.III.C.1.

İlk olarak taraflar arasındaki müzakere dönemi, kurulması amaçlanan sözleşmeden farklı bir sözleşme ile düzenlenmiş olabilir⁴²⁵. Bu takdirde tarafların koruma yükümlülükleri, bu anlaşmaya bağlı olarak sözleşmesel sorumluluk rejimine tabidir. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşme görüşmelerini düzenleyen anlaşmaların hukukten bağlayıcı, yani borç doğurucu (obligatoire) nitelikte olup olmadıkları, içeriklerine göre tespit edilir. Örneğin; ön sözleşme, sözleşme görüşmeleri anlaşması, sözleşmesel bir bağlanma niyeti taşıyan niyet mektupları borç doğurucu nitelikteyken; prensip anlaşması, centilmenlik anlaşması, bağlanma niyeti içermeyen niyet mektubu, teyit mektubu borç doğurmaz⁴²⁶. Sözleşme görüşmelerini düzenleyen anlaşmanın borç doğurucu nitelikte olup olmadığı, şüphesiz doğurduğu yan yükümlülüklerin tespitinde önem taşır.

İkinci ihtimalde sözleşme görüşmelerinin nihayete erip geçerli bir sözleşmenin kurulması halinde, bu yükümlülüklerin ihlali, kurulan sözleşmeyle bağlantılı olarak sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olur⁴²⁷.

Son olarak geçerli bir sözleşmenin kurulamaması halinde, karşı tarafın bütünlük menfaatine verilen zararın tazmini ve bir tarafın sözleşmenin geçerli olarak kurulamamasına sebep olması nedeniyle diğer tarafın uğradığı zararın tazmini ise bir sözleşme benzeri hukuki ilişki kapsamında değerlendirilir. Sözleşme görüşmelerinin geçerli bir sözleşmenin kurulmasıyla nihayete ermemesinin yanı sıra, görüşmeler sonunda bir sözleşme kurulmuş dahi olsa kurulan sözleşmenin yasal şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olması halinde bütünlük menfaatine verilen zarar, dürüstlük kuralına dayanan bir yasal borç ilişkisi kapsamında sözleşmesel sorumluluk rejimine göre tazmin edilir⁴²⁸. Bu hallerde müzakere döneminde karşılıklı koruma

⁴²⁵ Diğer yandan, bazı hallerde sözleşme görüşmeleri de, kurulması amaçlanan sözleşmeden ayrı bir sözleşme akdedilerek düzenlenebilir. Sözleşme görüşmelerinin ayrı bir sözleşme ile düzenlenmesine örnek olarak opsiyon sözleşmesi, ön sözleşme, çerçeve sözleşmesi, sözleşme görüşmeleri anlaşması, niyet mektubu ve centilmenlik anlaşması sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, BHGH Cilt 1, n. 864-896. Bu hallerde sözleşme görüşmeleri, doğrudan bu sözleşmelerin hukuki rejimine tabi olur.

⁴²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuonen, s. 257 vd n. 856 vd.

⁴²⁷ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 149.

⁴²⁸ Kamp, s. 58.

yükümlülükleri ve bunların ihlali halinde *culpa in contrahendo* sorumluluğu gündeme gelir⁴²⁹.

B. Sözleşme Süresince Devam Eden Yan Yükümlülükler

Sözleşme süresince devam eden yan yükümlülükler, sözleşmenin kurulması ve gereği gibi ifası ile son bulması anları arasındaki zaman diliminde hüküm doğurur. Ifaya bağlı yan yükümlülükler, kural olarak sözleşmenin kurulması ve asli edimin ifasıyla sona ermesi arasındaki sürede söz konusu olur. Örneğin; yolcu taşıma hizmeti veren bir firma ile yolcu arasındaki taşıma sözleşmesinde, yolcunun bagajının güvenlik koşullarına uygun bir alanda taşınması, borçlu firmanın sözleşmeden doğan bir koruma yükümlülüğünün, yolcunun seyahatini gerçekleştirdiği alanın makul rahatlıkta ve sağlık koşullarına uygun tutulması ise ifaya bağlı bir yan yükümlülüğün gereğidir. İlk yükümlülük yolculuk tamamlandığı anda değil, yolcunun bagajını güvenli ve eksiksiz olarak teslim aldığı anda sona ereceğinden etkisi devam eden bir yan yükümlülüktür. İkinci yükümlülük ise yolculuğun sona ermesi, yani taşıma sözleşmesinden doğan asli edimin ifasıyla son bulan bir ifaya bağlı yan yükümlülüktür.

C. Sözleşmenin Sona Ermesinden Sonra Etkisi Devam Eden Yan Yükümlülükler

1. Etkisi Devam Eden Yükümlülük Kavramı

Koruma yükümlülüklerinin kapsamı, sözleşmenin kurulmasıyla beraber yoğunlaşarak artar ve bazı tür koruma yükümlülükleri (*nachwirkende Nebenpflichten*), asli edim yükümlülüklerinin ifasından sonra da varlığını sürdürür⁴³⁰. Sözleşmenin sonra ermesinden sonra doğan veya varlığını devam ettiren yan yükümlülüklerle, *etkisi*

⁴²⁹ Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, s. 105; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 899 ve n. 1080. Borçlunun sayılan bu hallerdeki sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğuna nazaran ağırlaştırılmış, özel bir güven bağından kaynaklanan bir sorumluluk türüdür, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 248; Fellmann, Integration, s.539.

⁴³⁰ Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 67; Ruhig, s. 34-35; Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 s. 248 n. 5; Kuonen, s. 371-372 n. 1265; Aydın, s. 86. Dikkat etmek gerekir ki, yan yükümlülüklerin kapsamı, taraflar arasındaki ilişkisin makul gerekleri ve doğasıyla sınırlıdır, krş. Staub, s. 28; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 183.

devam yükümlülükler (nachvertraglichen / nachwirkenden Pflichten) ya da post contractum finitum etki taşıyan yükümlülükler denir.

Sözleşmenin sona ermesinden sonra etkisi devam eden yan yükümlülüklerinin ihlali, sözleşmesel sorumluluk rejimine tabidir⁴³¹. Bu kapsamda etkisi devam eden yan yükümlülükler ve *culpa post pactum perfectum*, bir nevi sözleşme görüşmeleri dönemindeki yan yükümlülükler ve *culpa in contrahendo*'nun sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönemdeki izdüşümünü oluşturmaktadır⁴³².

2. Hukuki Niteliği İtibariyle Yan Yükümlülük Olmaları

Hâkim görüşe göre etkisi devam eden yan yükümlülükler, hukuki nitelikleri itibariyle yan yükümlülüklerdir⁴³³. *Middendorf*, etkisi devam eden yan yükümlülüklerin kategorizasyonu bakımından klasik ayırım ve pragmatik ayırımı temel alan yazarların hukuki niteliği yan yükümlülük kavramı ile açıkladığını aktarmaktadır⁴³⁴. Amaçsal ayırımı kabul eden *Middendorf* ise etkisi devam eden

⁴³¹ Middendorf, s. 182-183, n. 392; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 18; MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 n. 120; Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 s. 263 n.6; İpek, s. 90; Aydınli s. 89.

⁴³² Hoffmans, s. 27; Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §19 n. 6; Bärtschi, s. 407. Fransız hukukunda öğretildeki hâkim görüş, sözleşme sonrası yükümlülüklerin kaynağını (*obligations postcontractuelles*), sözleşmenin sona ermediği düşüncesi temelinde açıklamaktadır. Azınlıkta kalan diğer yazarlar ise bu yükümlülüklerin kaynağını, sözleşme sonra erdikten sonra doğan yeni bir hukuki duruma (*une situation juridique nouvelle*) dayandırmaktadır, bkz. Anne-Catherine Richter, L'après-contrat, Presses de l'Université Toulouse Capitole, Toulouse, 2023, s. 14-15.

⁴³³ BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 99; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 160; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97 n. 18; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 18; Berger, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, s. 67; Bärtschi, s. 407; İpek, s. 90; Aydınli, s. 86. Bununla beraber, Middendorf'a göre etkisi devam eden yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğü yerine getirildikten sonra devam eden diğer bazı tür yükümlülüklerle karıştırılmamalıdır. Bu tür devam eden yükümlülüklerin (*Dauerleistungspflichten*) özel bir türü, hazır bulunma yükümlülüğüdür (*dauernden Bereitschaftspflichten*) ya da uygulamada sık kullanılan ifadeyle *stand-by* yükümlülüklerdir (*Stand-by-Pflichten*). Örneğin; bir makine için kurulan satış sözleşmesinde satılanın teslim edilmesinden sonraki bir zamanda, alıcının talebi üzerine ek parça sağlama yükümlülüğü bu tür bir yükümlülüktür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Middendorf, s. 28-29, n. 60. Kanımızca bu yükümlülükler, niteliği itibariyle bir ifaya bağlı yan yükümlülük veya bir yan edim yükümlülüğü olabilir. Ancak Çalışmada kabul ettiğimiz görüşe göre bir yan edim yükümlülüğü ve bir yan yükümlülüğün ihlali halinde gündeme gelecek yaptırım türleri arasında kural olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle bu ayırım daha ziyade teorik düzlemde kalmaktadır.

⁴³⁴ Krş. Middendorf, n. 127-128.

yükümlülükleri; etkisi devam eden koruma yükümlülükleri (*nachwirkende Schutzpflichten*), kullanım amacının desteklenmesine yönelik yükümlülükler (*Pflichten zur Förderung des Gebrauchszwecks*) ve ilerleme yükümlülükleri (*Fortkommenspflichten*) olarak üç gruba ayırmaktadır⁴³⁵. Akçaal ise yan yükümlülükler açısından aynen ifa talebi ileri sürülemeyeceğini kabul etmekte, bu nedenle öğretideki hâkim görüşün aksine, etkisi devam eden yükümlülüklerin tamamının yan yükümlülük olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir⁴³⁶.

Birinci Bölümde açıklandığı üzere yan yükümlülüklerin aynen ifa talebine konu olamayacağına ilişkin genelleme modern öğretide kabul edilmemektedir. Diğer yandan, yan yükümlülükler, asli edim yükümlülükleri dışında kalan ve sözleşmeden doğan bütün yükümlülükler olarak tanımlanır. Bu nedenle etkisi devam eden yükümlülükler, sözleşmeden doğan yükümlülükler taksonomisi altında yan yükümlülük niteliğindedir. Bu tür yan yükümlülükler, koruduğu menfaat itibarıyla koruma yükümlülükleri veya asli edim yükümlülüğü ve sözleşmenin amacıyla ilgili olduğu ölçüde ifaya bağlı yan yükümlülük niteliğinde olabilir⁴³⁷. Konuları itibarıyla ise genellikle kaçınma veya katlanma yükümlülüğü niteliğindeyken, istisnai olarak yapma yükümlülüğü de olabilir⁴³⁸. Bu kapsamda *Middendorf*'un yaptığı ayrıma göre de ilk grup koruma yükümlülüğü, ikinci ve üçüncü grup ise ifaya bağlı yan yükümlülük niteliğindedir.

3. Etkisi Devam Eden Yan Yükümlülüklerin Özellikleri

Etkisi devam eden yan yükümlülükler, sözleşme ilişkisinden doğan asli edim yükümlülükleri sona erdikten sonra devam eder⁴³⁹. Ayrıca asli edim yükümlülüğünün

⁴³⁵ Kategoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. *Middendorf*, n. 127-128.

⁴³⁶ Mehmet Akçaal, *Sözleşme Sonrası Sorumluluk*, Konya, Sayram, 2018, s. 147.

⁴³⁷ *Middendorf*, n. 123; Jens-Hinrich Binder, “Nachsorgende Vertragspflichten? Begründung und Reichweite fortdauernder Schutzpflichten nach Leistungsaustausch in Schuldverhältnissen”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Oktober 2011, 211. Bd., H. 5 (Oktober 2011), ss. 587-625, s 589; *MüKoBGB/Bachmann*, BGB § 241 n. 179.

⁴³⁸ *MüKoBGB/Bachmann*, BGB § 241 n. 160.

⁴³⁹ Hoffmans, s. 28. Burada sözleşmenin değil, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünün sona erdiği vurgulanmalıdır. Böyle etkisi devam eden yan yükümlülüklerin sözleşmenin sona ermesine

ifasının sonradan imkânsızlaşması, ani edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönülmesi⁴⁴⁰ veya sözleşmenin iptal edilmesi sonucu sözleşme ilişkisinin tasfiyeye girmesi ya da sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin feshi de koruma yükümlülüklerinin varlığını sürdürmesi bakımından aynı etkiye sahiptir. Bütün bu hallerde sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğü sona ermiş olmasına rağmen etkisi devam eden yükümlülüklerin taraflar arasındaki tasfiye ilişkisi kapsamında varlığını devam ettirdiği kabul edilir⁴⁴¹. Diğer yandan, taraflar arasında bir fiili sözleşme ilişkisinin (*faktisches Vertragsverhältnis*) (*contrat de fait*)⁴⁴² bulunması durumunda da (özellikle geçersiz bir hizmet sözleşmesi, geçersiz bir kira sözleşmesi ya da vekâletsiz iş görmenin varlığı halinde) etkisi devam eden yükümlülükler gündeme gelir⁴⁴³.

Ticari sözleşmelerde bu tür yan yükümlülükler bazı hallerde taraflar arasındaki sözleşmelerde açıkça düzenlenmektedir⁴⁴⁴. Sözleşmede kararlaştırılan etkisi devam eden yan yükümlülükler, hem münferit ve bir defalığına yapılan sözleşmelerde hem de uzun süreli ekonomik ilişkilerin etkisiyle zaman içinde birbirini takip eden sözleşmelerin bulunması halinde söz konusu olabilir⁴⁴⁵. Taraflar arasında kararlaştırılan etkisi devam eden yan yükümlülüklerin en klasik örnekleri rekabet etmeme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü ve belge sağlama yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴⁶. Örneğin; acente ve vekil ya da işveren ve kritik

rağmen devam eden türden yükümlülükler olduğu yönündeki terminolojik ikilem söz konusu olmaz, bkz. Middendorf, n. 54-55.

⁴⁴⁰ Dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler açısından sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisinin geçerli olmayacağına ilişkin bkz. Buz, s. 156.

⁴⁴¹ Middendorf, n. 73-74; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 179; MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 n. 121; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 99. İsviçre Federal Mahkemesi de etkisi devam eden yükümlülüklerin, kaynağı itibarıyla sözleşmesel yükümlülükler olduğunu teyit etmektedir, bkz. 23 Nisan 2009 tarihli BGer Urteil 4A_398/2007, n. 6.2; 30 Mayıs 2017 tarihli HGer ZH, HG150170-O n. 5.3.3.1.

⁴⁴² Kavram hakkın bkz. Gauch/Schluep/Schmid, OR AT I, n. 1185 vd.

⁴⁴³ Bu fiili sözleşme ilişkisi, taraflar arasında geçerli bir sözleşme olsaydı var olacak hukuki ilişki ile aynı içerikte olmalı; ancak bir sözleşmenin geçerliliğine engel bir durum mevcut olmalıdır, bkz. Middendorf, n. 58.

⁴⁴⁴ Middendorf, s. 2, n. 2.

⁴⁴⁵ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 160.

⁴⁴⁶ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 165; Chapuis, Haftung, s. 656; Hofmanns, s. 122; Middendorf, s. 1; Binder, s. 590; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 12; Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasından Giderek

pozisyonda çalışan bir işçi arasında öğrenilen ticari sırların, know-how ve benzeri nitelikteki maddi değer teşkil eden bilgilerin kullanılmaması yükümlülüğü sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir⁴⁴⁷. Bu tür yükümlülükler özellikle hizmet sözleşmeleri bakımından rastlansa da konusu bir ticari işletmeyi ilgilendiren satış ya da kira sözleşmelerinde de görülebilir⁴⁴⁸. Hizmet sözleşmesi sona eren ve iş yerinden ayrılan bölüm başkanı doktorun referans olarak eski iş yerinin adını kullanmasına müsaade edilmesi⁴⁴⁹, işçinin yeni iş başvurularında sunmak için talep etmesi halinde referans verilmesi⁴⁵⁰, bir banka⁴⁵¹ veya yatırım danışmanının koşullar değiştiği için kredi raporu veya yatırım raporunu yeni duruma göre güncellemesi⁴⁵² ya da riskler konusunda bilgilendirmesi⁴⁵³, panoramik bir manzaraya sahip olan arazi sırf bu manzarası nedeniyle pahalı bir fiyata satılmışsa satıcının yine kendisine ait çevre arazilere satılan arazinin manzarasını engelleyerek yapılar yapmaması⁴⁵⁴ Alman yargı uygulamasına konu olmuş etkisi devam eden yan yükümlülüklerdir.

Diğer yandan, etkisi devam eden yan yükümlülükler yasada da rastlanmaktadır. Eski işverenin hizmet sözleşmesiyle çalışanın işçiye talebi üzerine hizmet belgesi verme yükümlülüğü (TBK m. 426) buna örnektir⁴⁵⁵.

Önemi Artan Kavramlar: ‘Sözleşmenin müspet ihlali’ ve ‘culpa in contrahendo’, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 15, Sayı 18, 1990, s. 42.

⁴⁴⁷ Aydın, s. 86. İşçi ve işveren arasındaki bu yükümlülükler sözleşmede açıkça kararlaştırılmasa dahi sadakat yükümlülüğünün bir görünümü olarak dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülükleri olarak varlık gösterir, bkz. Aydın, s. 86.

⁴⁴⁸ Örneğin işletme olarak kullanılan bir alanı konu alan kira sözleşmesi (bkz. BGE 95 II 433) ve ticari işletme devrini konu alan satış sözleşmesi (bkz. BGE 53 II 321) bakımından da, sözleşmede kararlaştırılan rekabet etmeme yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıkları konu alan İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına rastlanmaktadır.

⁴⁴⁹ OLG München OLGZ 1974, 280 (283)

⁴⁵⁰ Middendorf, s. 142-143, n. 298.

⁴⁵¹ BGHZ 61, 176 (179) = NJW 1973, 1923.

⁴⁵² BGH ZIP 2006, 891 (892); OLG Düsseldorf ZIP 2003, 471 (473)

⁴⁵³ BGE 124 III 155.

⁴⁵⁴ RGZ 161, 330 (338).

⁴⁵⁵ İşverenin işçiye gözetme borcu çerçevesinde hizmet belgesi verme yükümlülüğünün, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edeceğine ilişkin bkz. Uslan, s. 25.

4. Varlık Süresi

Etkisi devam eden yan yükümlülükler, aynı anda ifa yükümlülüğü bulunmadıkça her sözleşen açısından farklı zamanlarda ve kendi edim yükümlülüklerini ifa etmelerinden sonra gündeme gelir. Sürekli edimli sözleşmelerde ise her iki tarafın edim yükümlülükleri de sona erdikten sonra doğar⁴⁵⁶. Ancak vurgulamak gerekir ki, bu yükümlülükler taraflar arasında süre bakımından sınırsız şekilde varlık göstermez⁴⁵⁷. Sözleşmenin sona ermesinden sonra taraflar arasındaki özel sosyal bağ zayıflar ya da kimi zaman tamamen sona erer. Bu nedenle sözleşme sona erdikten sonra etkisi devam eden yan yükümlülüklerin kapsamı oldukça sınırlı ve somut olay özelinde değerlendirilmelidir⁴⁵⁸.

Sonuç itibarıyla bu tür yükümlülükler, sözleşme öncesi dönemde doğan yan yükümlülükler ile sözleşme süresince devam eden yan yükümlülüklerle göre hem kapsam hem süre bakımından sınırlı bir çerçevededir⁴⁵⁹. Aksinin kabulü, kişilerin bir kere sözleşme akdetmiş olmakla ömürlerinin sonuna kadar karşı tarafın bütünlük menfaatinin korumaya yönelik ve sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi bir yükümlülük altına girmesi anlamına gelir. Bu ise kişilik hakkının, sözleşme özgürlüğünün ve özellikle ekonomik özgürlüğünün korunması esasına aykırıdır. Sözleşmenin sona ermesinden sonra etkisi devam eden yan yükümlülüklerin ne süre için geçerli olacağı ise somut sözleşme ilişkisine göre değerlendirilmelidir. Genelleme yapmaya elverişli olmamakla beraber, özellikle sürekli sözleşmelerde sözleşmenin devam ettiği süre

⁴⁵⁶ Hoffmans, s. 103-104.

⁴⁵⁷ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 160; Alman hukukunda etkisi devam eden yan yükümlülüklerin etki süresinin otuz yılla sınırlı olduğu kabul edilmektedir, bkz. OLG Saarbrücken OLGR 2005, 770.

⁴⁵⁸ Bu kapsamda özellikle somut olayın şartları ve ilgili yükümlülüğün konusu dikkate alınmalıdır, bkz. Hofmanns, s. 181; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 161. Fransız hukukunda da aynı husus belirtilmektedir, bkz. Richter, n. 563. Almanya’da yargı kararlarına konu olmuş örnek olaylar için bkz. Satıcı, mağazasında alışveriş yapmış olan müşteri mağazayı terk edene kadar iş yeri organizasyonu güvenli tutmakla yükümlüdür; aksi halde müşterinin bütünlük menfaatinin uğradığı zarardan sorumludur, bkz. RG LZ 1929, 1463; otobüs ile seyahat eden müşteri ile otobüs firması arasındaki ulaşım sözleşmesi ve bundan doğan yükümlülükler, seyahat sona erdiğinde değil, müşteri otobüsü terk ettiğinde tamamen sona erer, bkz. BGH VersR 1970, 179; işçi ve işveren arasındaki hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da işçinin sır saklama yükümlülüğü devam eder, bkz. BAGE 3, 139 (141) = NJW 1957, 37; BAGE 41, 21 = NJW 1983, 134.

⁴⁵⁹ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 160.

uzadıkça, etkisi devam eden yan yükümlölüklerin varlık göstereceği zaman diliminin de uzayacağı söylenebilir⁴⁶⁰.



⁴⁶⁰ Krş. Hoffmans, s. 122.

IV. KONULARINA GÖRE YAN YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ

Yan yükümlülüklerin konu bakımından türleri sınırlı sayıda değildir⁴⁶¹. Bununla beraber, yargı kararlarından ve öğretideki görüşlerden hareketle, konularına göre yapılacak bir ayırım çerçevesinde sıklıkla rastlanılan belirli yan yükümlülük türlerini incelemek mümkündür. Bu bölümde Çalışmanın bu bölümünde uygulamada sıklıkla rastlanan bazı yan yükümlülükler ele alınmıştır.

A. Hazırlama, Sağlama ve Muhafaza Yükümlülükleri

Sözleşme kapsamında bir mal veya hizmet sağlayan sözleşme tarafı, karşı tarafın sözleşme konusunu devralabilmesi, kullanabilmesi ve sözleşme konusundan yararlanabilmesi için gerekli sertifika, bilgi, belge ve kılavuzları sağlamakla yükümlüdür⁴⁶². Ayrıca hesap verme yükümlülüğü (*Rechenschaftspflicht*) de bu tür yan yükümlülükler arasındadır⁴⁶³.

Hazırlama ve sağlama yükümlülükleri (*Verschaffungspflicht*) ile sözleşme konusunu ifa anına kadar muhtemel tehlikelerden muhafaza yükümlülüğü, özellikle maddi edimlerin ifası bakımından gündeme gelir⁴⁶⁴. Sözleşme konusuna ilişkin kalite belgelerini ve sertifikaları, bilirkişi tarafından muayene yapılmışsa buna ilişkin belgeleri, mülkiyet hakkı veya sınırlı ayni hakları gösteren senetlerin teslim edilmesi birer yan yükümlülüktür⁴⁶⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararında, yelkenli motor tekne satış sözleşmesinde satıcının teknenin yedek anahtarlarını alıcıya teslim etmesini ve yedek anahtarların bulunmaması halinde ise en azından bu hususta alıcıyı bilgilendirmesini, satış sözleşmesinden doğan bir yan yükümlülük olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁶. Karara konu olayda anahtarların teslimi,

⁴⁶¹ Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 68.

⁴⁶² MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 120; BK OR-Weber/Emmenegger, Art 97 n. 139; Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 75; Fänger, s. 43; Edis, s. 321-322.

⁴⁶³ Edis, s. 321.

⁴⁶⁴ Edis, s. 322; Kuhlmann, s. 105.

⁴⁶⁵ Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 75. Bazı örnekler için bkz. İpek, s. 74.

⁴⁶⁶ “(...) taraflar arasında yapılan dava konusu satış sözleşmesi öncesinde teknenin bir anahtarının vekil ...'da olduğunun davalı tarafından bilindiği, vekâletname iptal edilirken bu anahtarın geri istenmediği, ayrıca ... tarafından kendisine gösterilen vekili ... tarafından imzalanmış kira sözleşmesi

alıcının sözleşme konusu tekneyi kullanabilmesine hizmet eden bir sağlama yükümlülüğüdür.

Hazırlama, sağlama ve muhafaza yükümlülükleri genellikle yasadan ya da taraflar arasındaki anlaşmadan doğar. Yasadan doğan sağlama yükümlülüğüne TBK m. 190'da alacağı devreden alacak senedi ile alacağın ispatına ilişkin bilgi ve belgeleri devralana sağlama yükümlülüğü⁴⁶⁷, TBK m. 426'da ve İş Kanunu m. 28'de işverenin çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğü⁴⁶⁸, TBK m. 301'de düzenlenen kiraya verenin kiralananı kullanım amacına elverişli tutma yükümlülüğü örnek verilebilir⁴⁶⁹. Diğer yandan, sözleşmede kararlaştırılan bedelin akreditifle ödenecek olması halinde alıcının bankaya ibraz edilecek belgeleri alıcıya sağlaması⁴⁷⁰ ya da üçüncü kişilerle veya bir devlet makamı nezdinde sözleşme konusu şeyi ilgilendiren bir uyuşmazlık doğması halinde satıcı bu uyuşmazlığın çözülmesi için gerekli bilgi ve belgenin sağlanacağına⁴⁷¹ ilişkin anlaşmalar da taraflarca öngörülmüş sözleşmesel yan yükümlülüklerdir. Dürüstlük kuralından doğan sağlama ve muhafaza yükümlülükleri ise somut olayın koşullarına göre şekillenir. Örneğin; satıcının devir anına kadar satılanı niteliğine uygun şartlarda muhafaza etmek ve zarar görme tehlikesinden koruması, alıcının ayıplı olduğu anlaşılan ve iade edilecek taşınır şeyin iade anına kadar satım konusunu koruması⁴⁷² dürüstlük kuralından doğan birer yan yükümlülüktür.

gereğince anahtarın ...'a verilmiş olabileceğini bilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla yukarıda da bahsedildiği üzere taraflar arasındaki sözleşmenin yan yükümlülüğü olarak davalının teknenin yedek anahtarını da davacıya vermesi veya en azından davacıyı yedek anahtarın kendisinde olmadığı hususunda uyarması gerekmektedir. Davalının bu yükümlülüklerini ihlâl etmesi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini göstermektedir. '' bkz. Yarg. HGK T. 4.11.2021, E. 2018/11-88, K. 2021/1351.

⁴⁶⁷ Edis, s. 316 ve s. 322; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, s. 123, n. 2648; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 75.

⁴⁶⁸ Aydın, s. 87.

⁴⁶⁹ Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 75.

⁴⁷⁰ Konışmento örneği için bkz. Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2648.

⁴⁷¹ Somut olayın şartlarına ve işlem hayatının akışına uygun bir ihtiyacın söz konusu olması halinde, bu yükümlülüğün sözleşmede öngörülme bile dürüstlük kuralından doğduğu da söylenebilir.

⁴⁷² Örnekler için bkz. İnal, s. 329-330.

B. Sözleşmenin Amacına Sadık Davranma, Amacı Tehlikeye Düşürmeme ve Sözleşmeye Sadakat Yükümlülüğü

1. Kavram

Sözleşme tarafları *pacta sunt servanda* ilkesi gereği sözleşmenin amacına uygun davranmakla ve bunu tehlikeye atacak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Borçlunun açık veya örtülü davranışlarla sözleşmenin amacını veya edim sonucunu tehlikeye düşürmesi, taraflar arasındaki güven bağı sarsarak sözleşmenin amacına sadakat yükümlülüğünün (*Loyalitätspflicht*) ihlaline sebep olur⁴⁷³. Sözleşmenin amacına sadakat yükümlülüğü bugün İsviçre ve Türk hukuklarında genel olarak kabul edilmektedir⁴⁷⁴. Yargıtay da sözleşmeye sadakat yükümlülüğünü şöyle açıklamaktadır: ‘Sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir⁴⁷⁵.’

Sadakat ve güven yükümlülüğü kural olarak bütün sözleşmelerde doğar; ancak kapsamı, somut olaydaki sözleşme ilişkisi ve taraflar arasındaki yakın temas dikkate alınarak belirlenir⁴⁷⁶. Sadakat yükümlülüğü özellikle ticari sözleşmeler bağlamında, mevcut sözleşmenin amacının korunmasını, geleceğe yönelik olarak taraflar

⁴⁷³ Staudinger/Olzen, BGB § 241 n. 266; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 130; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2651; Özellikle sözleşmenin amacını tehlikeye atmama, kaçınma borcu niteliğinde bir yan yükümlülüktür, bkz. MüKo-Schubert, BGB § 242 n. 190; HK-BGB/Reiner Schulze BGB § 241 n. 11; Edlef Lange, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung: Zum vorbeugenden Rechtsschutz im Schuldverhältnis und zur Dogmatik der sogenannten unselbständigen Nebenpflichten, Fotodruck Präzis Barbara v. Spangenberg KG, 1971, s. 16 vd.

⁴⁷⁴ Türk hukukunda Haluk Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 401; Borcun ifasının kesin ve haksız olarak reddedilmesi açısından Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 s. 250-251 n. 8; Ciddi sözleşme kurma davranışlarında bulunma yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi için Antalya, BHGH Cilt I, n. 984 vd.; Sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik haksız beyan açısından Barış Demirsatan, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 124. İsviçre hukukunda birçokları yerine bkz. Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2651; Schwenzer/Fountoulakis, §68 n. 67.09.

⁴⁷⁵ Yarg. 7. HD T. 30.12.2013, E. 2013/27019, K. 2013/23918; Aynı yönde Yarg.22. HD. T. 7.3.2018, E. 2018/768, K. 2018/5989.

⁴⁷⁶ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 129.

arasındaki hukuki ve ekonomik ilişkinin devam etmesini ve taraflar arasındaki güven bağının zedelenmemesini amaçlar⁴⁷⁷.

2. Örnek Haller

Taraflardan birinin geçerli bir neden bulunmaksızın sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi, ciddi ve kesin bir ifadeyle sözleşmeden doğan borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesi⁴⁷⁸, şartları oluşmadan sözleşmeden dönme⁴⁷⁹ veya sözleşmenin feshine⁴⁸⁰ yönelik beyanda bulunması, geçerli bir gerekçe olmadan şahsi ya da ayni teminatlara başvurmak istemesi, şartları oluşmadan kararlaştırılan hakları kullanmaya yönelik beyanda bulunması⁴⁸¹ gibi durumlar sözleşmenin olağan akışını bozar ve güven yükümlülüğünü ihlal eden davranışlar teşkil eder⁴⁸². Şartları gerçekleşmemiş iken ya da fahiş düzeyde tazminat talep edilmesi veya bir tarafın diğer tarafın sözleşme kapsamında sahip olduğu bir yetkiyi kullanmasını engellemesi⁴⁸³ halinde de sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmeme yükümlülüğüne aykırılık söz konusudur⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ Jauernig/Mansel, BGB § 241 n. 10; Hächchen, s. 236.

⁴⁷⁸ Alman Yüksek Mahkemesi, borçlar hukukunun modernizasyonu öncesinde eski BGB döneminde verdiği bir kararda sözleşmeden doğan borcun ifa edilmeyeceğine yönelik beyanın, tarafların sözleşmeden doğan ve karşılıklı güven yükümlülüğüne aykırı davranışın sözleşmenin müspet ihlali olduğunu belirtmiş ve davalının tazminat talebini teyit etmiştir, Vgl. BGHZ 90, 302 (308) = NJW 1984, 2034 (2035). Buradaki yan yükümlülük ihlalinin öngörülen sözleşmeye aykırılık (*antizipierter Vertragsbruch*) niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97-109 n. 143.

⁴⁷⁹ BGH NJW 2009, 1262.

⁴⁸⁰ BGH NJW 2010, 1068; NJW-RR 2002, 730. Kira sözleşmesi bakımından BGHZ 89, 296 (301) = NJW 1984, 1028; OLG Karlsruhe NJW 1982, 54; Mimarlık sözleşmesi bakımından BGHZ 51, 190 (192) = NJW 1969, 419; Ticari vekil bakımından BGHZ 53, 150 (151) = NJW 1970, 467.

⁴⁸¹ Sözleşmeden sonra devam etmesi amaçlanan ancak geçersiz olan bir rekabet yasağı anlaşması kapsamında ileri sürülen hakların kullanılması bir zarara sebebiyet vermişse, zarara uğrayan taraf bu zararının tazmin edilmesini talep edebileceğine ilişkin bkz. BGHZ 195, 207 N. 45 = NJW 2013, 2027; BGH NJW 2008, 1147.

⁴⁸² Günther Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, Kohlhammer Verlag, 1965, s. 150; Erman/Martens, BGB § 241 n. 19; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 130; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 52.

⁴⁸³ Sigortacıların işletmeyi kapatma halini polişe kapsamında tutan uygulamalarına karşı bir karar LG München I NJW 2020, 3461); tekel niteliğindeki büyük işletmelerin küçük tedarikçilere karşı olan uygulamaları hakkında BGH WM 1981, 270).

⁴⁸⁴ Erman/Martens, BGB § 241 n. 19; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 54.

Bununla beraber, ileriye yönelik olarak belirli bir durumun gerçekleşmesiyle sözleşmenin feshedileceğine yönelik beyanda bulunma, haklı olarak bir yan yükümlülük ihlali olarak kabul edilmemektedir⁴⁸⁵. Ayrıca sözleşmeden doğan bir hakkını dava yoluyla kullanan taraf, kendisi lehine bu hakkın doğduğuna inanıyorsa ve bu inancı makul görülebilirse, bu takdirde de sözleşmenin amacına aykırı davranmama yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaz⁴⁸⁶. Ancak sözleşme tarafları, sözleşmenin kendilerine tanıdığı hak ve yetkileri kullanırken diğer tarafın korunmaya değer menfaatlerini dikkate almalıdır. Örneğin; haklı sebebe dayanan fesih hakkı bulunan taraf, bu hakkını diğer tarafın menfaatlerini ve özellikle ekonomik varlığını büyük bir zarara uğratmadan kullanılmalıdır. Bu bağlamda bankacılık uygulamasında en sık görülen ihlal örnekleri, bankaların bankacılık hizmetleri sözleşmeleri kapsamında yer alan genel işlem koşullarına dayanarak kredi sözleşmelerini feshetmeleri⁴⁸⁷ ya da müşterilerin mevduat hesaplarını kapatmaları⁴⁸⁸ halinde gerçekleşir⁴⁸⁹.

Uygulamada sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmeme yükümlülüğü, kimi zaman rekabet etmeme anlaşmasıyla güvence altına alınmaktadır. Ancak her hâlükârda, açık bir rekabet etmeme anlaşması yapılmamış dahi olsa, somut olayın şartlarında tarafların birbirinin sözleşmeyle hedeflediği bilinebilir amaçlarını zedelememekle yükümlüdür⁴⁹⁰. Alman Yüksek Mahkemesi verdiği bir kararda, yayın

⁴⁸⁵ OLG Hamm NJW-RR 1996, 1294.

⁴⁸⁶ MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 n. 102.

⁴⁸⁷ Benzer şekilde, bankanın, müşterisinin ekonomik durumunun kötüleştiğine ilişkin gazete haberine dayanarak kredi borcunu ifa etmekten kaçınmayacağına ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD, T. 25.10.1988, 3134/6159 K (naklen Ahmet Battal, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 124).

⁴⁸⁸ Brandenburg Eyalet Mahkemesi, BGB 242'nin 2. Paragrafına atıf yaparak bu yöndeki genel işlem koşuluna dayanan işlemin güven yükümlülüğüne aykırı olduğuna hükmetmiştir, bkz. OLG Brandenburg NJW 2001, 450 (451)

⁴⁸⁹ Battal, s. 242 vd. Banka gerek olağan gerekse olağanüstü fesih hakkını karşı tarafın ekonomik varlığını sarsacak şekilde kullanırsa bu fesih beyanı geçersizdir. Öğretide bu durumda kredi alan kişinin zararı varsa tazminat talebinde de bulunabileceği belirtilmektedir, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 132. Ayrıca uzun süreli bir kredi ilişkisinde bankanın müşterinin öngörülebilir risklerini dikkate almadan olağan fesihe yönelik beyanının BGB 242 paragraf 2'yi ihlal ettiğine ilişkin bkz. BGH NJW-RR 1987, 1184; Bankanın kredi miktarını karşılamaya yetecek değerde teminat gösterildiği olayda, bankanın müşteriye ekonomik açıdan büyük bir yıkıma sürükleyecek risk taşıyan bir fesih ile tehdit etmesi halinde BGB 242 paragraf 2'nin ihlal edildiğine ilişkin bkz. OLG Hamm NJW-RR 1986, 208.

⁴⁹⁰ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 142.

sözleşmesinde açık bir rekabet yasağı bulunmamasına rağmen, yayıncının eser sahibinin yazdığı eserle aynı konuda ve aynı okuyucu kitlesini hedef alan başka bir eser sahibinin eserini basmasının, ilk eserin ticari başarısını etkileyerek sözleşmeden doğan güven yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir⁴⁹¹.

C. Açıklama, Bilgilendirme ve Aydınlatma Yükümlülükleri

1. Kavram

Sözleşme taraflarının sözleşme görüşmeleri sırasında ya da sözleşme devam ederken birbirlerine karşı genel bir açıklama (*Aufklärungspflicht*), bilgilendirme (*Informationspflicht*) (*devoir d'information*) ya da uyarıda bulunma yükümlülüğü (*Warnungspflicht*) yoktur⁴⁹². Müstakbel sözleşme tarafları, pazarlık gücü olarak kullanabilecekleri bilgiyi paylaşmak zorunda değildir; tarafların her biri, sözleşmenin kendi açısından kârlı şekilde yapılabilmesi için kendi araştırmasını yapmalıdır⁴⁹³. Yani, taraflar arasındaki bilgi asimetrisi, başlı başına sözleşme adaletini ve dengesini bozan bir faktör olarak kabul edilmez. Bununla beraber somut olayın şartları veya kanun koyucunun izlediği hukuk politikası gereği, taraflara dürüstlük kuralından veya yasadan doğan bir açıklama yükümlülüğü yüklenebilir⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ BGH NJW 1973, 802.

⁴⁹² Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2645.

⁴⁹³ Bu kapsamda kural olarak sözleşme tarafları, faaliyet gösterdikleri ve/veya sözleşmenin ilgilendirdiği sektörde pazar araştırması ve fiyat karşılaştırması yapmak; karşı tarafın kredibilitesini ve finansal durumunu (özellikle aciz halinde olup olmadığını), mevzubahis sözleşmenin ekonomik risklerini araştırmalıdır. Aksi takdirde doğacak ve sözleşme tarafının ekonomik durumunu kötüleştirecek hallerden kendisi sorumludur. Bu riski almak istemeyen taraf; hukuki, finansal ve sektörel konularda profesyonel danışmanlık hizmeti veren kişilerle, açıklama ve tavsiye yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü olarak kararlaştırıldığı danışmanlık sözleşmelerine yönelmelidir. Aynı doğrultuda, bkz. Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Stämpfli Verlag, 1997, s. 187; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 210 vd.

⁴⁹⁴ Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 68-69; Weber, s. 739; Antalya, BHGH Cilt 1, n. 989. Sigorta sözleşmeleri açısından Andrea Patricia Stäubli, “Teil 5: Die Regelung über die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht”, *Die Regelung über die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht*, Dike Verlag AG, 2019, s. 50, n. 324. Özellikle taraflar arasında uzun süreli ticari ilişkiler mevcutsa, bankacılık hizmetlerinde olduğu gibi kurulan sözleşmenin temelinde karşı tarafa duyulan kişisel bir güvenin varlığından bahsedilebiliyorsa, taraflar arasındaki sözleşme bir inançlı işlem teşkil ediyorsa, kurulan sözleşme bakımından özen ve sadakat

Açıklama yükümlülükleri; yükümlülüğün konusuna göre aydınlatma yükümlülüğü, bilgi verme yükümlülüğü, uyarıda bulunma yükümlülüğü gibi alt gruplara ayrılabilir⁴⁹⁵. Açıklama yükümlülüğüne uygun davranılması; açıklanması gereken bir husus hakkında aktif bir davranışla karşı tarafı bilgilendirmeyi veya durumdan haberdar etmeyi kapsadığı gibi, yanlış ya da eksik bir bilgilendirme yapılmamasını veya karşı tarafta oluşan yanlış intibai gidermeyi de gerektirir⁴⁹⁶.

Açıklama yükümlülüğü, yükümlülüğün konusuna ve koruduğu menfaate göre hem ifaya bağlı bir yan yükümlülük hem de koruma yükümlülüğü olabilir. Ifaya bağlı yan yükümlülük olarak, taraflar, sözleşmenin kurulup kurulmamasına veya mevcut şartlarda kurulmasına yönelik kararlarını etkileyecek bilgi ve vakaları açıklama, bu hususlarda karşı tarafı aydınlatma veya uyarmakla yükümlü olabilir⁴⁹⁷. Özellikle iş görme sözleşmelerinde⁴⁹⁸ veya taraflardan birinin sözleşme konusu şeyle ilgili üstün bir teknik bilgiye sahip olduğu sözleşmelerde⁴⁹⁹, bilgi sahibi taraf, diğer tarafın sözleşmeyi yapma kararını etkileyecek hususlarda onu bilgilendirmelidir⁵⁰⁰. Yine sözleşme devam ederken değişen durumlar ve gelişmeler sözleşmenin amacına ulaşmasını zorlaştırıyor veya engelliyorsa, bu hususlar hakkında da diğer tarafın bilgilendirilmesi gerekir. Örneğin sözleşme konusunun kullanımını ilgilendiren yeni

yükümlülüğü temel bir unursa, bu hususlar açıklama ve aydınlatma yükümlülüğünün doğması ve kapsamının belirlenmesi açısından büyük önem arz eder, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 206.

⁴⁹⁵ Chappuis, Information, s. 14-15; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 77; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 187-191.

⁴⁹⁶ Stephan Hartmann, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung–Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Universitätsverlag Freiburg, 2001, n. 179 vd; Reutlinger, s. 15; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 79.

⁴⁹⁷ Edis, s. 319-320; Hartmann, n. 36 vd; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 77. Alman Federal Mahkemesi, açıklama ve aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olması bakımından sözleşme yapma kararının etkilenmesine özel önem atfetmektedir, bkz. BGH NJW 2010, 3362 n. 22; BGHZ 132, 30 (34) = NJW 1996, 1339 (1340); BGH NJW 2013, 1807 n. 8; 2012, 846 n. 6.

⁴⁹⁸ Bu tür sözleşmelerde karşı taraf kişisel özellikleri sebebiyle seçildiği, sözleşmeye sadakat ve güven bağı daha yoğun olduğu için bilgilendirme yükümlülükleri daha sık doğar, krş. Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 69.

⁴⁹⁹ BGHZ 64, 46 (48 ff.) = NJW 1975, 824.

⁵⁰⁰ Bununla beraber, açıklama yükümlülüğünün konusu özel nitelikte veya uzmanlık gerektiren bir bilgiyse, bu bilgiye sahip olmayan taraf, bu hususta bilgisinin olmadığını ve bilgiye ulaşma imkânının da bulunmadığını gecikmesizin diğer tarafa bildirmelidir, bkz. MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 198.

teknolojilerin geliştirilmesi, kullanımına ilişkin bir tehlikenin ortaya çıkması, sözleşme konusunun tabi olduğu idari ve kamusal yönetmeliklerin değişmesi halinde karşı sözleşenin bilgilendirilmesi gerekir⁵⁰¹.

Ancak açıklama ve aydınlatma yükümlülüğü, uzmanlığı gerektiren ve olağan olarak danışmanlık sözleşmesine konu olacak bilgi ve tavsiyeleri kapsamaz⁵⁰². Sektörel araştırma yapmak, sözleşmenin kârlı olup olmadığını değerlendirmek ve gerekiyorsa bu konuda bir danışmanlık hizmeti almak ise tarafların kendi sorumluluğundadır. Bilgi verme, bir durum veya olgunun varlığı hakkında karşı tarafı haberdar etmeyi; danışmanlık (*Beratung*) ise bir durumun veya olgunun mevcut hukuki ilişkiye etkisinin değerlendirilmesini konu alır⁵⁰³. İkinci durum, yani danışmanlık hizmeti teşkil edecek önemde bilgi verme ve açıklama yapma, danışmanlık sözleşmesinden doğan bir asli edim yükümlülüğü niteliğindedir⁵⁰⁴.

2. Örnek Haller

Açıklama yükümlülüklerinin bir alt grubu, sözleşme ilişkisinin gidişatı içinde önem arz eden hususlar hakkında karşı tarafa haber ve bilgi verme yükümlülüğüdür (*Anzeige- und Mitteilungspflichten*). Örneğin; önalım sözleşmesinde önalım olayının gerçekleştiği hakkında yenilik doğuran hak tanınan kişinin, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi halinde kiracının, satış sözleşmesinin konusunun sözleşme kurulduktan sonra vuku bulan imkânsızlık nedeniyle ifa edilememesi halinde satıcının karşı tarafı haberdar etmesi⁵⁰⁵ buna örnektir⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 203.

⁵⁰² MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 199. Danışmanlık kapsamında bilgi vermenin, taraflar arasındaki hukuki ilişkisinin özelliğine ve danışmanlığa konu bilginin niteliğine göre asli edim yükümlülük veya yan yükümlülük sayılabilir, krş. Battal, s. 264.

⁵⁰³ Hartmann, n. 6.

⁵⁰⁴ Akyol bunu ‘bilgi verme sözleşmesi’ olarak nitelendirmektedir, bkz. Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 49. Aynı görüşte ayrıca bkz. İpek, s. 76.

⁵⁰⁵ Bu örnek bağlamında borcu imkânsızlaşan borcunun imkânsızlık dışında varsa kaim değer hakkında alacaklıyı bilgilendirme ve kaim değeri koruma yükümlülüğü, birer yan yükümlülüktür, bkz. L. Müjde Kurt, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 236.

⁵⁰⁶ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 191.

sözleşmelerinde⁵¹² veya tek işleme dayanan (*execution-only*) sözleşmelerde⁵¹³ bir yan yükümlülüktür⁵¹⁴. Açıklama ya da aydınlatma yükümlülüğünün bir görünümü de karşı sözleşeni muhtemel veya müstakbel zararlardan korumak için uyarıda bulunma yükümlülüğüdür. Schleswig-Holstein Eyalet Mahkemesi verdiği bir kararda, *execution-only* bankacılık hizmetleri (danışmanlık hizmeti vermeyip sadece kararlaştırılan işlemin yapılması üzerine yapılan bir bankacılık hizmetleri sözleşmesi) veren bir bankanın, müşteriye üçüncü bir banka tarafından yanlış bir bilgi sağlanmış olduğu tereddüte yer bırakmayacak şekilde anlaşılıyorsa, kendi sözleşmesinin kapsamı danışmanlığı içermese bile müşteriyi uyarmakla yükümlü olduğunu Kabul etmiştir⁵¹⁵. Yine ciro sözleşmesine dayanan ücretsiz bir havale talimatı bakımından kural olarak bankanın bir koruma ve uyarma yükümlülüğü bulunmasa da havale alıcısının havale konusu miktarı usulsüz olarak hesabına geçirmek istediği tereddüte mahal vermeyecek şekilde anlaşılabiliriyorsa bu durumda da bankanın uyarı yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde tazminat sorumluluğu söz konusu olur⁵¹⁶.

3. Özel Olarak Sigorta Ettirenin Bildirim Yükümlülüğünün Niteliği

Özellikle sigorta poliçesi düzenlenmeden önceki dönem açısından sigorta ettirenin bildirim yükümlülüğünün (TTK m. 1435) hukuki niteliği itibariyle külfet mi yan yükümlülük mü olduğu oldukça tartışmalıdır. Kanımızca sigorta ettirenin sigorta yapılmadan önceki dönemdeki bildirim yükümlülüğü, bir yan yükümlülüktür⁵¹⁷. Bu hem ödevin niteliğinden hem de ihlalin sonuçlarından anlaşılabilir.

⁵¹² BGer 4C.20/2005 E. 4.2.3.

⁵¹³ BGHZ 196, 370 N. 27 = NJW 2013, 3293.

⁵¹⁴ Buna karşılık bazı tür bankacılık hizmetlerinde tavsiye verme yükümlülüğü asli edim yükümlülüğü olabilir, bkz. Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2646.

⁵¹⁵ BGHZ 196, 370 N. 27 = NJW 2013, 3293.2. Nitekim taraflar arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi somut olayın koşulları çerçevesinde bir koruma yükümlülüğünün ihlali olduğuna kanaat getiriliyorsa bankanın sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk rejimine tabidir, bkz. Battal, s. 264.

⁵¹⁶ BGHZ 176, 281 N. 14 = NJW 2008, 2245.

⁵¹⁷ Türk sigorta hukukunda bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Mehmet Özdamar, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, Yetkin, 2009, s. 128-129; Aslıhan Erbaş Açıklak, Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. XXXV, S. 2, ss. 131-168, s. 144; Sevgican Aydın, Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal

Öncelikle, sözleşme görüşmeleri döneminde taraflar açısından bir külfet söz konusu olmaz, külfetin doğması için öncelikle hak sahibinin bir nispi hak elde etmesi gerekir. Ayrıca sigorta ettirenin bildirim yükümlülüğü, sözleşme öncesi dönemde doğan diğer açıklama yükümlülüklerinden farklı değildir.

Diğer yandan, burada düzenlenen açıklama yükümlülüğüne aykırılık, külfete bağlanan hukuki sonuçla da uyumlu değildir. Bildirim yükümlülüğünün ihlali sonucu sigorta ettiren veya sigorta lehtarına bir hak kaybına uğramaz. Sözleşme öncesi açıklama yükümlülüğüne aykırılık rizikonun gerçekleşmesinde önce öğrenildiyse, sigortacının 15 gün sözleşmeden cayma veya prim farkını isteme hakkı bulunmaktadır (TTK m. 1439/1). Buradaki sözleşmeden cayma veya prim farkını isteme yönündeki talepler, esasen borçlar hukuku bağlamında gündeme gelen irade sakatlığı hallerinden aldatmaya benzer hukuki imkânlar tanımaktadır. İleride açıklanacağı üzere aldatma nedeniyle sözleşmenin iptali veya sözleşmenin ayakta tutulmasına rağmen aldatan aleyhine birtakım hukuki sonuçlar doğması, esasen müzakere döneminde doğan açıklama yükümlülüğüne bağlanan özel bir rejimin sonucudur⁵¹⁸. Açıklama yükümlülüğüne aykırılığın rizikonun gerçekleşmesinde sonra öğrenilmesi halinde ise, ihlal, tazminatın veya poliçe bedelinin miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki

Halinde Sigortacının Hakları, Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı, Ankara, 2018, s. 47 vd. Ayrıca Türk Borçlar Hukuku öğretisinde aynı görüş için bkz. Edis, 316.

İsviçre hukukunda hâkim görüş de Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz) bakımından da burada bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir. Sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin sözleşme öncesi açıklama yükümlülüğüne ilişkin, İsviçre hukukunda geçmişten günümüze kadar savunulan görüşlerin detaylı bir açıklaması için bkz. Stäubli, s. 108 vd, n. 263.

Aksi görüşte olup ‘külfet’ olduğu da savunulmaktadır, bkz. Samim Ünan, Madde 1435, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt I Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 408; Ayrıca *obliegenheit* (*incombance*) kelimesinin karşılığı olarak ‘ihbar görevi’ olarak ele alan görüş için bkz. Zehra Şeker Ögüz, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 33. İsviçre hukukunda Stäubli, s. 308, n. 6;

İsviçre hukukunda hâkim görüş de Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz) bakımından da burada bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir. Sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin sözleşme öncesi açıklama yükümlülüğüne ilişkin, İsviçre hukukunda geçmişten günümüze kadar savunulan görüşlerin detaylı bir açıklaması için bkz. Stäubli, s. 108 vd, n. 263.

⁵¹⁸ Nitekim Aydın da konuyu benzer şekilde ele alarak TTK’nın sigorta sözleşmeleri için getirdiği açıklama yükümlülüklerine aykırılık halinde sigortacının cayma hakkı ile TBK’nın irade sakatlığı halleri için öngördüğü iptal hakkı arasında yarışma ilişkisinin bulunup bulunmadığını sorgulamaktadır, krş. yanılma için Aydın, s. 267-268 ve aldatma için a.e., s. 273-274.

edebilecek nitelikteyse ihmalin derecesine göre tazminattan indirim yapılır. Açıklama yükümlülüğüne aykırılıkta sigorta ettirenin kusuru kast derecesine varıyorsa ve ihlal ile riziko arasında bağlantı varsa, sigortacının tazminat ya da poliçe bedelini ödeme borcu tamamen ortadan kalkar (TTK m. 1439/2). Kanunda sigorta ettirenin kanundan doğan bir yan yükümlülüğe aykırı davranılmasının sonucu, rizikonun gerçekleşmesiyle ilişkilendirilmiş ve yaptırım olarak sigortacının tazminat veya poliçe bedeli ödeme borcuna etki etmesi düzenlenmiştir⁵¹⁹. Burada, çalışmamızın Üçüncü Bölümde değinileceği üzere, borçlar hukukunun genel hükümleri bağlamında uygulanabilirliği son dönemde gündeme getirilen ve esasen ayıp sorumluluğunda düzenlenen bir yaptırım olan ‘karşı edimin uyarlanması’ söz konusudur. Bu açıklamalar ışığında aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın sonuçlarının, kavram karışıklığına sebep olacak öğeler içermekle beraber, külfete uygun davranılmamasının sonuçlarını doğurmadığı açıktır.

D. İş birliği Yapma Yükümlülüğü

1. Kavram

Ekonomik ilişkilerin verimli ve aksamadan ilerleyebilmesi için bazı hallerde tarafların birlikte hareket etmesi ve iş birliği içinde olması gerekir. Bu takdirde, sözleşmenin amacına ulaşması ya da edim borçlusunun risk alanına giren bir engelin ortadan kaldırılması için gerekiyorsa bir iş birliği yapma yükümlülüğü (*devoir de coopération*) (*Mitwirkungspflicht*) doğar⁵²⁰.

⁵¹⁹ Aynı görüşte Erbaş Açıklık, s. 144; Aydın da burada sözleşmenin geçerliliğine hanel getirilmeksizin TTK’da getirilen özel hükümler nedeniyle özel bir yaptırım bulunduğu kanaatindedir, Aydın, s. 377.

⁵²⁰ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 83; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 76; Edis, s. 322; Aral, s. 48; İpek, s. 76. İş birliği yükümlülüğü CISG’de açık bir düzenlemeyle öngörülmemekle beraber öğreti ve yargı kararlarında CISG m. 80’nin yorumlanmasıyla tarafların iş birliği yapma ve çelişkili davranmamakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir, bkz. Thomas Neumann, The Duty to Cooperate in International Sales, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, s 74 vd. Rey ise yan yükümlülük olan iş birliği yapma yükümlülüğünü *Mitwirkungsnebenpflicht* olarak adlandırmakta ve alacaklı temerrüdüne ilişkin OR 91 (TBK m. 106) kapsamında alacaklının ifayı kabul hususundaki iş birliği (*Gläubigermitwirkung*) ile ayırmasına dikkat çekmektedir, P. Rey, n. 335. Aday ise ifayı kabulün, somut olaya göre bir yükümlülük veya bir yükümlülük (*Mitwirkungsobliegenheit*) olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Bu tartışmaya ilişkin görüşler ve örnekler için bkz. Aday, s. 195 vd.

İş birliği yükümlülüğü kapsamında sözleşme taraflarından her biri, sözleşmede öngörülmemiş risk ve tehlikelere karşı diğer tarafı uyarmalı, potansiyel çıkar çatışmalarından haberdar etmelidir⁵²¹. Bu açıdan iş birliği yükümlülüğü, hukuken önem arz bir husus hakkında karşı tarafı haberdar etmeyi konu alıyorsa, bu yan yükümlülük bildirme yükümlülüğü ile de bağlantılıdır⁵²².

İş birliği yükümlülüğünün doğması için bazı olguların beraber bulunması gerekir. Bu kapsamda ilk şart, bir tarafın kendi hukuki veya fiili risk alanındaki bir durum nedeniyle diğer tarafın haklı bir menfaatinin zarar görme ihtimalinin bulunmasıdır. İkinci şart olarak bu zararın engellenmesi için ilgili tarafın, durumu karşı tarafa bildirmesi ya da doğrudan kendisinin gerekli tedbirleri alması gerekmektedir⁵²³. Son olarak sözleşmenin amacına ulaşması için taraflardan birinin risk alanında ya da ortak risk alanında bulunan engelin kaldırılması, yükümlülüğün yüklendiği taraf açısından makul bir çaba gerektirmeli ve ondan beklenebilir olmalıdır⁵²⁴. Bu üç olgunun varlığı halinde, risk alanına müdahale etme imkânı olan sözleşme tarafı, iş birliği yükümlülüğü altındadır.

⁵²¹ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 146.

⁵²² Krş. Edis, s. 321.

⁵²³ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 140; Örneğin; taşınmazı satan kişi, noter ve tapu sicilinde gerçekleştirilecek işlemlerde gerekli talimatları vermek ve belgeyi sağlamakla yükümlüdür, bkz. BGHZ 174, 61 N. 33 = NJW 2007, 3777 (3779); Yine Heidelberg Eyalet Mahkemesini verdiği bir kararda olaydaki telefon aboneliği sözleşmesi sözleşmedeki hizmetle ilgili bir hata veya telefon ağındaki bir sorun nedeniyle müşterinin kullandığı hattın, normal hatlardan yüksek bir tarife üzerinden ücretlendirilmesi halinde hizmet sağlayıcının bu durumu müşteriye bildirilmesi gerektiği, aksi halde yan yükümlülüğün ihlaline karar vermiştir, bkz. LG Heidelberg NJW 2002, 2960.

⁵²⁴ Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 76; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 83; Alman Federal Mahkemesinin bu yükümlülüğü zikrettiği kararları için bkz. Bir satış sözleşmesi bakımından satış konusu şey üçüncü kişi tarafından rezerve edilmişse satıcı bunu kaldırmakla yükümlüdür, BGHZ 174, 61 N. 33=NJW 2007, 3777 (3779); Hava taşımacılığı kuralları gereği yolcunun bagajının uçakta taşınmasına izin verilmiyorsa, yolcunun taşınamayacak türden yükler hakkında önceden bilgilendirilmesi gerekir, bkz. BGH NJW 2016, 491 N. 23.

2. Örnek Haller

a. Genel olarak

İş birliği yapma yükümlülüğü temelde, karşı sözleşenin makul ve öngörülebilir menfaatlerini korumak veya sözleşmenin amacına ulaşmasını sağlamak için sözleşme taraflarının karşılıklı bir dayanışma içinde olma yükümlülüğüdür. Örneğin; hekimlik sözleşmesi kapsamında hasta, anamnez ve hasta öyküsü alınmasından itibaren muayene ve tedavi sürecinde hekimin sorularına tam ve doğru cevap vermeli, özellikle tedavi ya da tıbbi müdahalenin uygulanması bakımından önem arz eden konularda iş birliği yükümlülüğüne tam olarak uymalıdır⁵²⁵. Ayrıca eser sözleşmesinde yüklenicinin işin kalitesinin değerlendirilmesi için gerekli testlerin yapılmasına müsaade etmesi, kira sözleşmesinde kiracının gerekli onarım ve bakıma izin vermesi örnek olarak sayılabilir⁵²⁶.

b. İfa engelleri hukukunda

İş birliği yükümlülüğünün önemli bir görünümü ifa engelleri bağlamında gündeme gelir. Borçlu ya da alacaklı temerrüdü, asli edim yükümlülüğünün ifasının imkânsızlaşması gibi hallerde tarafların durumu bildirme ve çözüme ulaştırma konusunda birlikte hareket etme yükümlülüğü iş birliği yükümlülüğünün birer örneğidir⁵²⁷.

c. Resmi izin ve onay gereken hallerde

İş birliği yükümlülükleri, sözleşme konusunun bir sektörel mevzuatın veya gümrük işlerinin söz konusu olması ya da sözleşmenin bir kamu otoritesi nezdinde işlem yapılmasını gerektirmesi halinde sıklıkla gündeme gelir⁵²⁸. Örneğin; sözleşme konusunun maliyetinin sözleşmede öngörülen bedeli aşabileceği konusunda ya da

⁵²⁵ Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 76.

⁵²⁶ Grobecker, s. 179.

⁵²⁷ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 140.

⁵²⁸ Krs. Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 76; Edis, s. 322; Antalya, BHGH Cilt 3, n. 2385; İpek, s. 77.

üretim yapılan ülkenin üretim, nakliye ve gümrük⁵²⁹ mevzuatı hakkında bilgilendirmesi bu kapsamdadır.

İş birliği yükümlülüğü uygulamada, bir sözleşmenin kurulması veya ifası sürecinde, sözleşme tarafının bir izin veya onay vermesi gereken hallerde ya da bir kamu otoritesinden izin, onay, ruhsat ve benzeri idari prosedürlerin yürütülmesinde ortaya çıkmaktadır⁵³⁰. Bu kapsamda üretici ya da hizmet sunan taraf, kamu otoritesi nezdinde gerekli izin ve onayların alınması için makul her türlü işlem ve prosedürü yürütmek⁵³¹, olası gecikme ve engelleri öngörmek⁵³², diğer tarafın süreci yürütebilmesi için gerekli bilgi ve belgeyi sağlamakla yükümlüdür⁵³³.

d. Sözleşme görüşmeleri döneminde doğan iş birliği yükümlülükleri

İş birliği yükümlülüğünün doğmasının şartı kural olarak sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olmasıdır. Ancak sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için gerektiği takdirde sözleşme öncesi dönemde de iş birliği yükümlülüğünün doğduğunu kabul edilmektedir⁵³⁴. Müzakere döneminde, kamu otoritesi nezdinde yürütülen süreç sonunda sözleşmenin içeriğini veya şeklini ilgilendiren bir değişiklik yapılması gerekirse, sözleşmenin amacı ve tarafların başlangıçtaki niyetlerine uygun olmak ve taraflar arasındaki dengeyi zedelememesi koşuluyla, her iki taraf da küçük çaplı veya salt formalite niteliğindeki değişikliklere onay vermekle yükümlüdür⁵³⁵. Eğer sözleşme konusunun ifası, bir izin ya da onay sürecini gerektiriyorsa, bu durumda da borçlu sürecin olumlu tamamlanabilmesi için makul ve gerekli bütün tedbirleri almalıdır. Eğer sözleşmede kararlaştırıldığı haliyle ifa için izin verilmezse bu durumda da borçlu, sözleşme konusu üzerinde kamu otoritesi tarafından izin verilecek şekilde

⁵²⁹ Örneğin; gümrük vergisiz bir satış sözleşmesi bakımından, gümrük vergilerindeki artış olması halinde satıcı, bu durumu ve kendisinin nakledebileceği ürün kotasını alıcıya bildirmelidir, bkz. OGER ZH, ZR 1933 Nr. 109, 229 f. (kararı aktaran BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 141).

⁵³⁰ Edis, s. 322; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 76.

⁵³¹ OLG Hamburg MDR 1972, 947.

⁵³² OLG Stuttgart NJW 1953, 670.

⁵³³ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 88.

⁵³⁴ Staudinger/Olzen, BGB § 241 n. 182.

⁵³⁵ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 91.

gerekli değişikliklerin yapılması veya sözleşmenin kendisinin uyarlanmasına rıza göstermelidir.

Bununla beraber, bu değişiklik nedeniyle sözleşme şartlarında kendisinin yükümlölükleri ağırlaşıyor ve özellikle karşı edimin arttırılması gerekiyorsa bu takdirde karşı tarafın da iş birliği yükümlölüğü gündeme gelir. Bu da sözleşmenin uyarlanması ve karşı edimde değişiklik yapılması için müzakere edilmesini gerektirir⁵³⁶. Ayrıca sözleşmenin geçerli olarak kurulması için alınmak istenen onay ve izinler idari otorite tarafından verilmezse, iş birliği yükümlölüğü, idarenin bu kararına karşı üst idari makamlar ve yargı önünde itiraz imkânı tükenene kadar devam eder⁵³⁷.

E. Yeniden Müzakere Yükümlölüğü

Sözleşmeyi yeniden müzakere, uyarlama hükmü içermeyen sözleşmelerde TBK m. 138 bağlamında aşırı ifa güçlüğü halinde karşılıklı edimler arasındaki dengenin dürüstlük kuralına aykırı derecede bozulması halinde, tarafların bir araya gelerek bu dengesizliğin giderilmesi için görüşmesini ve sözleşmeyi yeniden müzakere etmesini ifade eder. TBK m. 138’de sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için müzakere edilmesi öngörölmemekle birlikte⁵³⁸, taraflar, dava açmadan bir araya gelerek uyarlamayı kendi aralarında sözleşmenin uyarlanması hakkında görüşebilir. Yasada düzenlenmeyen dava öncesi ya da dava dışı yeniden müzakere olgusunun; sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik bir imkân niteliğinde mi olduğu, yoksa taraflara zorlayıcı bir yükümlölük ya da külfet mi yüklediğı tartışmalıdır⁵³⁹. Hem BGB § 313 hem de TBK

⁵³⁶ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 96.

⁵³⁷ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 93; Staudinger/Olzen, BGB § 241 n. 183.

⁵³⁸ BGB’de de taraflar arasında dava dışı gerçekleşecek bir müzakere sürecine yer verilmemekle beraber, bunun pratikte zaman ve masraf açısından dava yoluyla uyarlamanın sağlanmasına nazaran elverişli olduğu belirtilmektedir, bkz. Thomas Finkenauer, BGB § 313, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H. BECK, 2022, BGB § 313 n. 122. Önce dava dışı müzakereye başvurulmasının bir yararı da müzakerelerin sonuca varamaması halinde dahi bunun en azından yargılama sürecini hızlandıracağı için olumlu bir adım olduğu söylenebilir.

⁵³⁹ Michael Martinek, ‘‘Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung’’, AcP 1998, ss. 329-240, s. 335; Nurten İnce, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, s. 197 vd; Seçkin Topuz, Türk-

m. 138 bağlamında gündeme gelen bu tartışmanın temelinde hazırlık metnlerinin yattığı söylenebilir⁵⁴⁰. TBK m. 138'in lafzı yeniden müzakereden bahsetmemekle birlikte, Adalet Komisyonu Açıklamasında, (hem konunun tartışmalı olduğu ancak Alman öğretisinde hâkim görüşün yükümlülüğün varlığını savunduğu) BGB hükmüne hem de yeniden müzakereyi yükümlülük olarak kabul eden PECL m. 6:111'e atıf yapılmaktadır⁵⁴¹. Ayrıca ticari uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğun dava şartı⁵⁴² olarak kabul edilmesiyle, aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda kanun koyucu taraflara yeniden müzakere yükümlülüğü yüklemiştir.

Yeniden müzakere, tarafların sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik çaba sarf ettiğini ve opportunist davranmaktan kaçındığını gösteren bir olgudur. Yeniden müzakereye girilmiş olması, taraflara özgeci davranma ve anlaşmaya varma zorunluluğu yüklemeyiz; bunun yegâne amacı, sözleşmenin ayakta tutulması için tarafların çaba sarf etmesidir. Bu nedenle sözleşmenin amacına sadık kalma yükümlülüğü ile birlikte düşünüldüğünde yeniden müzakerenin, dava dışı bir imkân

İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 331-332. Ayrıca Nurten İnce, "Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Külfeti Mi?", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Sayı:33 2017, ss. 179-208, s. 180 vd. Kanundan doğan bir yükümlülük olduğu yönünde Norbert Horn, "Neuverhandlungspflicht", Archiv für die civilistische Praxis, 1981, 181. Bd., H. 4 (1981), ss. 255-288, s. 255 vd.; Ayrıca yakın tarihli bir Alman Federal Mahkemesi kararında da yükümlülük olarak anılmıştır, bkz. BGHZ 191, 139=JZ 2012, 418=NJW2012, 373. Anılan kararda Federal Mahkemenin yeniden müzakereyi iş birliği yükümlülüğü ile bağlantılı olarak ele aldığına ilişkin bkz. Jan D. Lüttringhaus, Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage: Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB, Archiv für die civilistische Praxis 213., H. 2 (April 2013), ss. 266-298, s. 273. Bununla beraber, Horn'un görüşü, Alman Hukukunda genel olarak reddedilmiş, BGB'de öngörülme-yeniden müzakere olgusu daha ziyade fiili bir durum olarak ele alınmıştır, bkz. MüKoBGB/Finkenauer, BGB § 313 n. 122; Christoph Thole, "Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?", JuristenZeitung, 2. Mai 2014, 69. Jahr., Nr. 9 (2. Mai 2014), ss. 443-450, s. 443, dn. 4'teki yazarlar ve bu görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Thole, s. 446 vd.

⁵⁴⁰ BGB § 313 bağlamındaki açıklamalar için bkz. İnce, Wegfall, der Geschäftsgrundlage, s. 198.

⁵⁴¹ <http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-138> [E.T. 31.01.2023]

⁵⁴² Türk Ticaret Kanununun 5/A maddesinin ilk fıkrasına göre "Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."

(Option)⁵⁴³ değil, dürüstlük kuralından doğan bir yükümlülük olduğu kabul edilmelidir. Bu açıdan yeniden müzakere yükümlülüğü, sözleşme kurulmadan önce yapılan sözleşme görüşmelerini dürüstlük kuralı ve adil müzakere ilkelerine göre yürütme yükümlülüğü ile açıkça bir paralellik gösterir⁵⁴⁴.

Yeniden müzakere yükümlülüğünün gereği olarak edimi ağırlaşan tarafın müzakere teklifinin, ağırlaşan edimin alacaklısı olan tarafça samimi ve ciddi olarak değerlendirilmesi gerektirir. Bu değerlendirme sonucunda olumsuz sonuca varılmış olsa dahi ihlalden bahsedilmez; sözleşme müzakerelerini sözleşmenin kurulmasıyla sonlandırma zorunluluğu olmadığı gibi, yeniden müzakere sürecini de uyarlama ile sonuçlandırma zorunluluğu yoktur. Bu nedenle kanaatimizce yeniden müzakere yükümlülüğü, tarafların iş birliği yapma yükümlülüğü ve sözleşmeye sadakat yükümlülüğü ile de bağlantılı olan bir yan yükümlülüktür.

Yeniden müzakereyi külfet olarak kabul eden görüşe göre, yükümlülük olarak kabul edilmesinin sakıncaları bulunmaktadır. Bu görüşe göre yeniden müzakere bir yükümlülükse, buna uymayan taraf açısından bir tazminat sorumluluğu doğar⁵⁴⁵. Ancak salt bir yan yükümlülüğe uyulmamasının sonucu tazminat yaptırımının uygulanması değildir. Bu yüzden karşı tarafın bir zarara uğraması ve müzakere yükümlülüğünün borçlusunun müzakereleri başlatmaktan kaçınmak bakımından bir kusurunun bulunması gerekir. Bu durumda dahi yan yükümlülüğün alacaklısı, önce yapma borcunun aynen ifasını talep edebilir⁵⁴⁶. Müzakere yükümlülüğünün kusurlu olarak ihlali ise sözleşmenin müspet ihlali niteliğinde olup karşı tarafın bu yüzden

⁵⁴³ Bu görüş hakkında ayrıca bkz. İnce, Wegfall, der Geschäftsgrundlage, s. 210-212. Topuz'a göre burada bir yükümlülük değil, taraflara sunulmuş bir imkân söz konusudur. Yazar, BGB § 313'ün bir müzakere yükümlülüğünün ihlaline uygun yaptırımlar öngörmemiş olmasına dayanarak görüşünü desteklemektedir, bkz. Topuz, İfa Güçlüğü, s. 332-333. Gümüş de uyarlama öncesi müzakereyi bir külfet veya yükümlülük olarak görmemekte, dürüstlük kuralının bu tür bir ödevde dayanak sağlayacağı görüşüne karşı çıkmaktadır. Yazara göre yeniden müzakere bir külfet olarak görülse bile buna uymamanın yaptırımı, hâkimin bu külfete uymayan tarafın menfaatini daha az gözeterek hüküm kurması olur, bkz. Mustafa Alper Gümüş, Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m. 138), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 475.

⁵⁴⁴ Krş. Thole, s. 445; Constanze Janda, Störung der Geschäftsgrundlage und Anpassung des Vertrags, Neue Justiz, 1/2013, ss. 2-9, s. 7.

⁵⁴⁵ Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009, s. 244-245 ve Baysal, Yeniden Müzakere Ödevi, s. 194-196.

⁵⁴⁶ Aynı görüşte Horn, s. 285.

doğan zararının tazmin edilmesi adil görülmelidir⁵⁴⁷. Örneğin; uyarlama imkânı mevcutken bunun sürüncemede bırakılması nedeniyle edimi ağırlaşan borçlu tarafından ek harcamalar yapılmak zorunda kalınmış veya üçüncü kişilere karşı sözleşmesel sorumluluklara uyulamamışsa ya da uyarlamanın hâkimden istenmesi nedeniyle boş yere mahkeme masrafları doğmuşsa bu nedenle yapılan ödemeler, tazmini talep edilen zarar kalemleri olarak karşı tarafa karşı ileri sürülebilir. İkinci olarak, yeniden müzakere, külfetin dogmatik tanımına da uymamaktır. Müzakereye yanaşılmaması halinde kaybedilen bir hak yoktur. Yeniden müzakereyi ödev olarak kabul eden görüşe göre ise, bunun yaptırımı uyarlama hakkının kullanılamamasıdır⁵⁴⁸. Ancak çoğu zaman, müzakereye yanaşmayarak yükümlülüğü ihlal eden taraf, uyarlamaya başvurmak istemeyen ve ağırlaşan edimin alacaklısı olan taraftır. Bu nedenle uyarlamanın gerçekleşmemesi halinde onun açısından olumsuz bir durum doğmuş olmaz.

Ayrıca Adalet Komisyonu Açıklamasında anılan PICC’de de sözleşmenin yeniden müzakeresi, edim yükümlülüğü ağırlaşan tarafın talep edebileceği ve onun lehine öngörülen bir yükümlülük olarak tasarlanmıştır (Madde 6.2.3)⁵⁴⁹. PICC’e göre bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için edim alacaklısının yeniden müzakereyi kabul etmesi ve görüşmelere başlaması yeterli değildir; müzakerenin dürüstlük kuralına uygun olarak sürdürülmesi gerekir⁵⁵⁰. Yine PECL m. 6:111’e göre de sözleşmesel dengelerin sözleşmenin kurulduğu ana göre aşırı ölçüde değişmesi halinde, sözleşme taraflarının yeniden müzakereyle yükümlü oldukları; sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye yanaşmayan ya da müzakereleri dürüstlük kuralına aykırı olarak sekteye uğratan tarafın, bundan zarara uğrayan karşı tarafın zararını tazmin edeceği düzenlenmiştir.

Sonuç itibariyle, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanması için tarafların bir araya gelerek müzakere etmesi, sözleşmenin amacına uygun ve sadık

⁵⁴⁷ Horn, s. 286; Yeniden müzakere yükümlülüğün ihlali halinde talep edilecek tazminat talebinin kapsamı hakkında bkz. Lüttringhaus, s. 295 vd.

⁵⁴⁸ Martinek, s. 336; Baysal, Yeniden Müzakere Ödevi, s. 195.

⁵⁴⁹ UNIDROIT Commentary, Article 6.2.3, 2016, s. 224.

⁵⁵⁰ UNIDROIT Commentary, Article 6.2.3, 2016, s. 225.

(*Vetragstreue*) davranılmasını amaçlar⁵⁵¹. Bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce yeniden müzakere taraflar açısından bir yan yükümlülüktür.

F. Koruma ve Gözetme Yükümlülükleri

Koruma ve gözetme yükümlülükleri (*Obhuts- und Rücksichtspflichten*); sözleşmenin karşı tarafının bütünlük menfaatinin, yükümlülük sahibinin kendi risk alanında yer alan öngörülebilir tehlikelere karşı korumaya, bu korumayı sağlamaya yönelik makul ve gerekli tedbirleri almaya ve bütünlük menfaatine zarar vermekten kaçınmaya yönelik yükümlülüklerini ifade eder⁵⁵². Bazı Yargıtay kararlarında bu yükümlülük, sadakat yükümlülüğü olarak da anılmaktadır⁵⁵³. Ayrıca koruma ve gözetme yükümlülükleri, içerikleriyle ve kapsamaları itibariyle özen yükümlülüğü ile oldukça yakındır.

Koruma ve gözetme yükümlülükleri, tarafların bütünlük menfaatinin korunmasını esas alır. Kayak pisti işleticisinin konukların güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli tedbirleri alması⁵⁵⁴, otopark işletenin otoparka bırakılan otomobili muhtemel hırsızlıklara karşı koruması ve bu yönde gerekli tedbirleri alması⁵⁵⁵ ya da bir etkinlik organizasyonunda organizatörün etkinlik katılımcılarının atılan havai fişeklerden zarar görmemeleri için gerekli tedbirleri alması⁵⁵⁶, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına konu olan koruma yükümlülüklerine örnek olarak sayılabilir.

⁵⁵¹ Horn, s. 288.

⁵⁵² Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 73; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 135.

⁵⁵³ “Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.”, bkz. Yarg. 9. HD, T. 27.9.2016, E. 2015/34368, K. 2016/16733. Ayrıca benzer kararlar için bkz. Yarg. 9. HD, T. 27.1.2014, E. 2013/13971, K. 2014/1827; Yarg. 9. HD, T. 16.10.2018, E. 2015/24486, K. 2018/18464; Yarg. 9. HD, T. 1.7.2019, E. 2019/1651, K. 2019/14538.

⁵⁵⁴ BGE 130 III 193 n. 2.2; BGE 126 III 113 n. 2a ; BGE 121 III 358 n. 4a; BGE 113 II 246 n. 4 vd. BGER 4A_206/2014 18 Eylül 2014 tarihli kararı n. 3; BGER 4C.54/2004 1. Haziran 2004 tarihli kararı n. 2.2.

⁵⁵⁵ BGE 113 II 421 E. 2a S. 422.

⁵⁵⁶ BGE 70 II 125, s. 218, c. 3.

Koruma ve gözetme borcunun bir görünümü de iş hukukunda ortaya çıkar. Gerek iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinde gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa göre işverenin işçinin kişiliğini ve mallarını koruma yükümlülüğü bulunur. Bu kapsamında işveren, hem kendi iş organizasyonu altındaki diğer kişilerin ve işçinin amirlerinin hem de üçüncü kişilerin zarar verici davranışlarına karşı işçiyi korumalıdır⁵⁵⁷.

G. Özen Yükümlülüğü

Sorumluluk hukukunda özen yükümlülüğüne (*Sorgfaltspflicht* ya da *Fürsorgepflicht*) çifte fonksiyon atfedilmektedir. Özen yükümlülüğüne aykırılık, bir yandan davranışın hukuka aykırılığını ifade ederken, diğer yandan sorumluluğun doğması bağlamında gerekli olan kusur unsurunun da bir parçasıdır⁵⁵⁸. Konumuz bağlamında önem arz eden ise özen yükümlülüğünün ilk görünümüdür.

Sözleşmeye aykırılık unsuru bağlamında özen yükümlülüğüne ilişkin ayırım ise özen yükümlülüğünün edim sonucunu (*Leistungserfolg*) ve edim fiilini (*Leistungshandlung*) konu alan sözleşmelerdeki görünümüne ilişkindir. Eğer asli edim yükümlülüğü edim davranışını konu alıyorsa, özen yükümlülüğü edim yükümlülüğünün bir parçası haline gelmiştir⁵⁵⁹. Bu durumda özen yükümlülüğünün ihlali öncelikli olarak edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi anlamında

⁵⁵⁷ Civan, s. 15-16; Ulsan, s. 14-15.

⁵⁵⁸ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 29; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 57. Özen kavramının sözleşmesel sorumluluk alanında kusuru ve sözleşmeye aykırılığı belirleme fonksiyonu hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa Alper Gümüş, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özel Borcu, İstanbul, Beta, 2001, s. 57 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise yakın tarihli bir kararında sözleşmeye (hukuka) aykırılık olgusu olan özen yükümlülüğüne aykırılığı, hatalı olarak hem bankanın müşterisiyle arasındaki kredi sözleşmesine aykırılık hem de TTK m. 8 kapsamında tacirin basiretli davranma yükümlülüğünden doğan bir özen yükümlülüğü olarak ele almıştır. İlgili karar için bkz. Yarg. HGK T. 17.5.2023, E. 2022/11-620, K. 2023/465. Oysa TTK m. 8’de üçüncü kişilere karşı bir yükümlülüğü değil, tacire yüklenmiş bir davranış ölçütü getirilmiştir. Bu da sorumluluk hukuku bağlamında ancak kusur olgusu ile ilişkilendirilebilir.

⁵⁵⁹ Gümüş, Özen Borcu, s. 74-75; Veysel Başpınar, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2004, s. 151-152; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 28; Jauernig/Mansel, BGB § 241 n. 10; Hadžimanović, s. 102-103; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 13.

gelir ve buradaki borca aykırılık, bir kötü ifa hali teşkil eder. Edim davranışının taahhüt edildiği iş görme sözleşmeleri ve özellikle vekâlet sözleşmesinde durum böyledir⁵⁶⁰. Edim sonucunun taahhüt edildiği satış, kira, eser sözleşmeleri gibi sözleşmelerde ise özen yükümlülüğü, edim yükümlülüğünün bir parçası değildir; bir ifaya bağlı yan yükümlülüktür. Satış sözleşmesinin konusu olan hayvanların teslim anına kadar bakılıp beslenmemesi, satılan makinelerin zarar görmeden nakledilmesini sağlayacak şekilde paketlenmemesi⁵⁶¹, kiralananın özenle kullanılmaması veya inşaat sözleşmesi bakımından duvar ustasının temizlik işlerini üstlendiği sırada yapının camlarına zarar vermesi⁵⁶² özen yükümlülüğünün ihlaline örnektir. Yan yükümlülük olan özen yükümlülüğü hemen her tür sözleşmeden doğar; ancak kapsamı somut olaydaki hukuki ilişkiye göre belirlenir.

Yan yükümlülük olarak özen yükümlülüğü, ekseriyetle sözleşmenin taraflarının kimliğinin, sözleşme kurma kararına etki ettiği hallerde doğar. Örneğin; vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi, kira sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi gibi sözleşmelerde özen ve koruma yükümlülükleri önem arz eder⁵⁶³. Örneğin; TBK m. 417’de işverenin işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü, özen yükümlülüğünün koruma yükümlülüğü olarak ortaya çıktığı bir örnektir. Bir diğer örnek ise bankaların özellikle internet bankacılığı hizmetleri bakımından doğan koruma yükümlülüğüdür. İnternet bankacılığı hizmeti sunan bankalar, müşterileriyle aralarındaki bankacılık hizmetleri sözleşmesinden doğan özen ve koruma yükümlülüğü çerçevesinde teknik sistemin aksaklık olmadan işlemesi ve özellikle üçüncü kişilerin art niyetli müdahalelerine karşı korunması için gerekli bütün tedbirleri almakla yükümlüdür⁵⁶⁴. Bu açıdan özen ve koruma yükümlülüğünün, sözleşmenin karşı tarafının bütünlük

⁵⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. § 3.III.A.

⁵⁶¹ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 114.

⁵⁶² Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 90. Seliçi, özen yükümlülüğünü açıkça yan yükümlülük olarak nitelendirmemekle beraber, özen yükümlülüğünü incelerken eser sözleşmesinde sonucu etkilememekle beraber tazminat borcu doğuran halleri örneklerle ele almaktadır, bkz. Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 89-90.

⁵⁶³ Edis, s. 318; Aydın, s. 85.

⁵⁶⁴ Yarg. HGK T. 17.5.2023, E. 2022/11-620, K. 2023/465.

menfaatine bizzat zarar vermemek kadar, makul şartlarda üçüncü kişilerin muhtemel ihlallerine karşı korumayı da kapsar⁵⁶⁵.

H. Gizlilik ve Sır Saklama Yükümlülüğü

Sözleşme tarafları; sözleşmenin kurulması ve ifası vesilesiyle diğer tarafın kişiliği, ticari faaliyeti, malvarlığı unsurları ve ticari sırları hakkında öğrendiği gizli nitelikteki bilgileri, yasaların öngördüğü haller dışında üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür⁵⁶⁶. Gizlilik yükümlülüğü (*Vertraulichkeitspflicht* ya da *Verschwiegenheitspflicht*) (*devoir de discrétion*), genellikle karşı sözleşenin bütünlük menfaatini koruyan bir koruma yükümlülüğü niteliğindedir⁵⁶⁷. Karşı taraf hakkında öğrenilen bilginin gizli tutulması gerektiği açıkça belirtilmiş olabileceği gibi, somut olayın şartları ve bilginin niteliği gereği öğrenilen bilginin gizli tutulması gerektiği de kabul edilebilir. Sır saklama yükümlülüğü; özellikle vekâlet sözleşmesi temelinde yapılan hekimlik sözleşmesi⁵⁶⁸, avukatlık sözleşmesi ve bankacılık sözleşmeleri ya da güven ilişkisinin yoğun olduğu hizmet sözleşmesi, acentelik sözleşmesi gibi sözleşme türlerinde görülür⁵⁶⁹.

Gizlilik yükümlülüklerinin bir kısmı yasadan doğar. Örneğin; TBK m. 396/f.son'da düzenlenen işçinin gizlilik yükümlülüğü, İş Kanunun m. 75'te düzenlenen işverenin gizlilik yükümlülüğü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 73/3'te (ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik'te) düzenlenen bankaların müşteri sırrı haline gelen bilgileri gizli tutma yükümlülüğü buna örnektir. Ticari sözleşmeler bakımından ise bu yükümlülük çoğu zaman taraflar arasında yapılan bir gizlilik sözleşmesiyle güvence altına alınır. Ancak bu yönde bir anlaşmanın bulunmaması halinde dahi gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü dürüstlük kuralından doğabilir. Yani, yasadan veya taraflar arasındaki

⁵⁶⁵ Edis, s. 319.

⁵⁶⁶ Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 73-74.

⁵⁶⁷ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 145; Chapuis, *Devoirs Accessoires*, s. 73.

⁵⁶⁸ Hekimlik sözleşmesi bağlamında sır sağlama yükümlülüğünün yan yükümlülük niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Yücel, s. 347.

⁵⁶⁹ BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 88.

anlaşmadan doğan bir gizlilik yükümlülüğü bulunmasa dahi, somut olayın şartları ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti değerlendirildiğinde, dürüstlük kuralından doğan bir gizlilik yükümlülüğünün varlığı kabul edilebilir⁵⁷⁰.

İ. Sürdürülebilirlik Klozları

İklim krizi, gelir eşitsizliği, çevre faciaları, insan haklarına uygun çalışma koşullarının varlığına yönelik endişeler yirmi birinci yüzyılda dünyanın gerçek sorunlarını oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri (*United Nations Sustainable Developments Goals*⁵⁷¹), üye devletlerin çalışmalarıyla bu sorunların çözümüne ivme kazandırmayı amaçlamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti de 2030 yılına kadar bu hedeflere erişilmesi için destek vermektedir⁵⁷².

Global Sürdürülebilir Hedeflerine ulaşılabilmesi için dünya genelinde kamu hukuku kaynaklı kurallar ve özel sektöre yönelik ayrıcalıklı finansman imkânları ile sürdürülebilirlik dostu projeleri teşvik edici bir ortam yaratılmaya çalışılmaktadır. Özel hukuk bağlamında ise sürdürülebilirlik politikaları, özellikle iki alanda yoğun etki göstermektedir. Bunlardan ilki, şirketler hukuku bağlamında şirketlerin iç yönetimlerinde sürdürülebilirlik ilkelerine saygı gösterilmesini amaçlayan uyum (*compliance*) politikalarıdır. İkincisi ise sorumluluk hukuku bağlamında gündeme gelir. Bu kapsamda sözleşmelerde yer alan sürdürülebilirlik klozları (*sustainability clauses*⁵⁷³), sürdürülebilirlik dostu finansman araçlarının ihraç edilip yatırımcılara sunulması, yeşil krediyi teşvik eden kredi sözleşmeleri, yeşil aklamının

⁵⁷⁰ Roma-germen hukuk sistemlerinde sözleşme öncesi dönemden başlayarak dürüstlük kuralına dayanan bir gizlilik yükümlülüğünün var olduğu kabul edilmektedir. Yine İngiliz mahkemeleri de equity'ye dayanarak gizli tutulması gereken bilgileri öğrenen kişiler açısından gizlilik yükümlülüğünü kabul etmektedir, bkz. Riske, s. 349, n. 924.

⁵⁷¹ Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri hakkında detaylı bilgi ve 17 hedef için bkz. https://www.undp.org/sustainable-development-goals?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&gclid=Cj0KCQiA0oagBhDHARIsAI-Bbgd_TbpYaBL_ciVTpXTbKeVzud4k3dIP9VwY9SzHNI6iGle7n41vWIcaAiOJEALw_wcB (Erişim tarihi: 10.03.2023)

⁵⁷² <https://turkiye.un.org/tr/sdgs> (Erişim tarihi: 10.03.2023)

⁵⁷³ Çevresel, sosyal ve yönetimsel klozlar (*environmental, social and governance clauses ya da ESG clauses*) olarak da anılmaktadır.

(*greenwashing*) önlenmesine yönelik uygulamalar gibi örnekler verilebilir. Kanımızca hukuk politikasının ve sosyal bilincin teşvik ettiği sürdürülebilirlik hedefleri, özel hukuk alanında en etkin şekilde sözleşme hukukunun araçlarıyla sağlanabilir. İlk olarak, sürdürülebilirlik politikalarının getirdiği yük, sözleşmesel müzakerelerinde taraflarca pazarlık edilerek kural olarak adil şekilde dağıtılır. İkinci olarak, sürdürülebilirlik klozlarının ihlali halinde karşı taraf hızlı bir tepki vererek hukuki imkânlarla başvurur ve sürdürülebilirlik esaslarına uyulması sağlanır. Bu da ihlalde bulunabilecek taraf açısından caydırıcı bir etken teşkil eder.

Sürdürülebilirlik klozlarının konumuz bağlamında önemi, bu anlaşmaların hukuki niteliğinin tespitinde ortaya çıkar. Sürdürülebilirlik ilkelerine uyumu amaçlayan sözleşme hükümleri, özellikle orta ve büyük ölçekli işletmelerin ekonomik faaliyetlerini sürdürürken uymaları gereken asgari sosyal ve çevresel standartların, ticari sözleşmelerde yükümlülük olarak kararlaştırılmış görünümüleri olarak tanımlanabilir⁵⁷⁴. Sözleşme kapsamında üretilecek ürünlerin üretim metotlarının ve alt üreticilerle olan ilişkilerin Birleşmiş Milletlerin belirlediği çevresel ilkelere uygun olarak yürütülmesine, çalışanların ve taşeronların faaliyetlerinin iş sağlığı ve güvenliği ilkelerine uygun olarak yürütülmesine, üretim sürecinde çocuk işçi çalıştırılmaması veya angarya yasağına aykırı olarak zorla işçi çalıştırılmaması yönelik sözleşme maddeleri sürdürülebilirlik klozlarına örnektir⁵⁷⁵. Bu tür anlaşmalar, esasen mübadele ilişkisini ve asli edim yükümlülüklerini doğrudan ilgilendirmeyen, üretim veya tedarik sürecine ilişkin taahhütler içeren yan yükümlülüklerdir⁵⁷⁶. *Mitkidis* sürdürülebilirlik

⁵⁷⁴ Katerina Peterkova Mitkidis, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, Eleven International Publishing, 2015, s. 67.

⁵⁷⁵ Gerçek sözleşme maddelerinden alınmış örnekler ve detaylı incelemeleri için bkz. Mitkidis, *Sustainability Clauses*, s. 67 vd. Bu noktada, sürdürülebilirlik klozlarının borçlar hukuku anlamında etki doğurabilmesi için lafzı itibarıyla bağlayıcı ve ödev yükleyici şekilde kaleme alınmasını gerektiğini belirtmekte fayda görüyoruz. Tarafların belirli standartları “gözetme” ya da “uyum sağlamaya çaba göstermeyi” kabul ettikleri sözleşme klozları, bağlayıcı etki göstermekten ziyade temenni içerirler. Örnekler ve detaylı açıklama için bkz. Kasey McCall-Smith / Andreas Rühmkorf: “From international law to national law: The opportunities and limits of contractual CSR supply chain governance”, *Law and Responsible Supply Chain Managements – Contract and Tort Interplay and Overlap*, ed. Vibe Ulfbeck, Alexandra Andhov, Katerina Mitkidis, Routledge, 2019, ss. 15–45, s. 29 vd.

⁵⁷⁶ Bu kapsamda sürdürülebilirlik klozlarının ihlalinin CISG, PICC, PECL altında değerlendirilmesi için bkz. Mitkidis, *Sustainability Clauses*, s. 11 vd. CISG m. 9(2) bağlamında uluslararası ticari teamüller (*international trade usages*) kapsamında bir inceleme için bkz. Cristina Poncibò, “The

klozlarını yan yükümlülük (*ancillary obligation*) olarak nitelendirmektedir⁵⁷⁷. *Ulfbeck/Hansen* de sürdürülebilirlik klozlarının niteliği hakkında sözleşme hukukunun bir kavram sunmadığı kanısında olmakla beraber *civil law* sistemlerinde yan yükümlülük (*ancillary obligation*) (*Nebenpflicht*), *common law* sistemlerinde ise *implied term* olarak değerlendirmektedir⁵⁷⁸.

Kanımızca sürdürülebilirlik klozları yan yükümlülük niteliğindedir. Sözleşmede yer alan bu yükümlülükler, asli edim yükümlülüklerine olan bağlantısına göre ifaya bağlı yan yükümlülük veya karşı sözleşenin malvarlığı ve şahısvarlığına olan yakınlığına göre koruma yükümlülüğü olarak nitelendirilebilir. Satıcının üretim metotlarında ve üretim sürecinde belirli ilkelere uyması ilk gruba, alıcının kamu otoritelerine karşı sorumluluklarını yerine getirebilmesi ve tüketici kitlesine karşı olan imajını koruyabilmesini sağlayan yükümlülükler ise ikinci gruba dâhildir.

Contractualisation of Environmental Sustainability”, *European Review of Contract Law*, Volume 12 Issue 4, 2016, s. 343.

⁵⁷⁷ ESG klozlarına ilişkin en kapsamlı kitap çalışmasını kaleme alan Mitkidis, sürdürülebilirlik klozlarına ilişkin kaleme aldığı monografiden türetilmiş makalesinde bunları yan yükümlülük (*ancillary obligation*) olarak değerlendirmektedir, bkz. Katerina Peterkova Mitkidis, “Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements”, *Nordic Journal of Commercial Law* 1#2014, s. 22. Yazar, aynı konudaki kitabında ise kavramı, Birinci Bölüm’de değinildiği gibi uluslararası hukuk yazınında tercih edilen “*implied term*” ifadesi ile açıklamaktadır, bkz. Mitkidis, *Sustainability Clauses*, s. 171. Diğer yandan, Atamer/Gerber ise sürdürülebilirlik ilkelerine uygun, etik üretim süreçlerine ilişkin yükümlülükleri hem tacirler arası satımlar hem de tüketici satımları bakımından ayıp sorumluluğu perspektifinden incelemektedir, bkz. Yeşim M. Atamer / Patrick M. Gerber “Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache?”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2022, ss. 1159-1175, s. 1161 vd.

⁵⁷⁸ Vibe Ulfbeck / Ole Halsen, “Sustainability Clauses in an unsustainable Contract Law?”, *European Review of Contract Law*, Volume 16 Issue 1 2020, s. 193 vd. Bununla beraber Yazarlar, hatalı olarak yan yükümlülüklerin ihlalinin yaptırımını her koşulda tazminat imkânıyla sınırlı kabul ediyor görülmektedir, krş. Ulfbeck/Halsen, s. 194. Ancak her halde sürdürülebilirlik klozlarının amacı üretim ve tedarik süreçlerini düzenlemek, hukuka aykırı uygulamalara karşı caydırıcılık faktörü yaratmak olduğu için sözleşmeden dönme ya da fesih çoğu zaman gündeme gelmez, bkz. Mitkidis, *Enforceability and Effects*, s. 22.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§3. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİNİN BORCA AYKIRILIK SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ VE İHLALİN SONUÇLARI

I. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİNİN BORCA AYKIRILIK SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ

Türk Borçlar Kanunu'nda ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda öngörülen yegâne borca aykırılık halleri, genel hükümlerde düzenlenen ifa imkânsızlığı ve temerrüt ile özel hükümlerde bazı sözleşme türleri için düzenlenen ayıba ve zapta karşı sorumluluktur. Yan yükümlülüklerin ihlali ve borca aykırılık teşkil eden diğer olgular ise genel hükümlerde düzenlenmemiştir. Bu nedenle Çalışmanın Üçüncü Bölümünde, yan yükümlülüklerin ihlalinin sözleşmeye aykırılık sistemi içindeki yeri ve yan yükümlülüklerin ihlali halinde tanınacak sözleşmesel imkânlar incelenecektir.

Modern İsviçre-Türk Hukukunun ifa engelleri sistemine etkisi ve konunun tarihsel gelişimi itibariyle açısından konu öncelikle Alman Hukuku, uluslararası alanda hukukun harmonizasyonu çalışmaları ve Fransız hukuku ışığında kısaca ele alınacaktır. Ardından, sözleşme hukukuna getirilen modern yaklaşımların mehzaz İsviçre hukukuna etkisi incelenecek ve son olarak konu Türk hukuku açısından değerlendirilecektir.

A. Karşılaştırmalı Hukukta Yan Yükümlülüklerin İhlali

1. Alman Hukukunda Yan Yükümlülüklerin İhlali

Alman Hukukunda 2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Reformu (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001*) ile BGB'nin ifa engelleri sisteminde önemli değişiklikler gerçekleşmiş, borca aykırılık türleri arasındaki ayrıma bağlı olarak farklı hükümlerin ve farklı sözleşmesel yaptırımların uygulanması sistemi terk edilmiştir. Bunun yerine, borca aykırılığın somut olaydaki hukuki ilişkiye etkisini eksene alarak ihlalin muhatabı sözleşme tarafının hukuki imkânlarının düzenlenmesi tercih edilmiştir⁵⁷⁹. Reformdan sonra yan yükümlülüklerin ihlalinin borca aykırılık sistemindeki konumu temelde aynı kalmıştır; kanun değişikliğiyle daha ziyade o güne kadar öğretilde ve yargı kararlarında kabul edilen görüşlerin kanun metnine yansması söz konusudur. Böylece ifa engelleri hukukuna ilişkin öğreti ve yargı uygulaması tarafından uzun süredir benimsenen sistem, yasa koyucu tarafından bir nevi tasdik edilmiştir⁵⁸⁰. Bu bağlamda yan yükümlülüklerin ihlali, Alman Hukukunda yine sözleşmenin müspet ihlali kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Sebastian Henke, Die Obligation im deutschen und französischen Leistungsstörungenrecht, Mohr Siebeck, 2022, s. 67 vd.; Stölting, s. 25-26; Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, 231 – 248, s. 231 vd. Belirtmek gerekir ki, BGB'nin benimsediği bu sonuç odaklı borca aykırılık kavramı (*erfolgsbezogener Pflichtverletzungsbegriff*), bazı yazarlar tarafın *Nichtleistung* ve *Nichterfüllung* arasında ayırım yapmadığından hareketle eleştirilmektedir. Schwarze'ye göre borcun ifa modalitelerine uygun olarak sunulmasına rağmen alacaklının üzerine düşen iş birliği yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ifa sağlanamazsa *Nichtleistung* değil, *Nichterfüllung* söz konusu olur. Bu nedenle yazarın alacaklı temerrüdünün ifa etmeme kapsamında düşünülmesine karşı çıktığı görülmektedir, krş. Roland Schwarze, BGB § 281, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2019, n. B12.

⁵⁸⁰ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 109; Serozan, İfa Engelleri, s. 232-233; Mock, s. 37 vd ve s. 206. Zitelmann, 1911 tarihli “*Nichterfüllung und Schlechterfüllung*” başlıklı makalesinde yan yükümlülükleri detaylı olarak ele almakta, yan yükümlülüklerin ihlali de dâhil olmak üzere bütün borca aykırılık hallerinde tazminat talebi dışında sözleşmeden dönme imkânının tanındığını belirtmektedir, bkz. Zitelmann, s. 281.

⁵⁸¹ Heinrich Dörner / Ansgar Staudinger, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Nomos Kommentar, 1. Baskı, 2002, n. 82; Gerek ifaya bağlı yan yükümlülükler gerekse koruma yükümlülüklerine (Serozan'ın kullandığı terimlerle yan edim yükümlülüğü ve asli edimle bağlantısız davranış yükümleri) aykırılık halinde sözleşmenin müspet ihlalinin vuku bulacağı hakkında Serozan, İfa Engelleri, s. 243.

Reformun çalışmamız bakımından önemi, borca aykırılık noktasında edim yükümlülüklerinin ihlali ile yan yükümlülüklerin ihlali arasında kural olarak esaslı bir rejim farkı öngörmemiş olmasıdır⁵⁸². *Bachmann*, bu konuya ilişkin iki tespitte bulunmaktadır. İlk olarak, borca aykırılığa ilişkin düzenlemelerde genel olarak ‘*edim (Leistung)*’ ifadesinin kullanılmış ve düzenlemelerin bu çerçevede kaleme alınmış olmasıdır. Ancak bu ifadenin, ilgili düzenlemelerin yan yükümlülükler bakımından da uygulanmasını prensipte engellemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak zaten ‘‘*edim*’’ edim yükümlülüğüne özgü bir terim değildir, borcun konusu anlamına gelir. İkinci nokta ise, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde, bu yükümlülüklerin niteliği gereği ihlalde bulunan tarafa süre verilmeksizin seçimlik imkânlarla başvurulmasıdır⁵⁸³.

BGB’ye göre ihlalin sonuçları açısından edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler arasında fark bulunmadığı gibi, ifaya bağlı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde uygulanacak sözleşmesel yaptırım türleri arasında da esaslı bir ayrım öngörülmemiştir⁵⁸⁴. Bu kapsamda yan yükümlülüklerin ihlali halinde, ihlalin muhatabı olan sözleşme tarafına

- ifaya eklenen tazminat (BGB § 280),
- ifa yerine tazminat (ifaya bağlı yan yükümlülükler için – edim yükümlülükleri gibi– BGB § 281, koruma yükümlülükleri için BGB § 282) veya

⁵⁸² Staudinger/Schwarze, BGB § 281 n. A 2; Wolfgang Ernst, BGB § 323, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022, BGB § 323 n. 12; krş. Wolfgang Ernst, BGB § 281, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022, BGB § 281 n. 4.

⁵⁸³ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 72.

⁵⁸⁴ MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 n. 6.

- tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönme (ifaya bağlı yan yükümlülükler için –edim yükümlülükleri gibi– BGB § 323; ifaya bağlı olmayan yan yükümlülükler için BGB § 324)⁵⁸⁵ ve tazminat⁵⁸⁶ imkânları sunulmuştur.

Bu kapsamda, Alman Hukukunda yan yükümlülüklerin ihlal edilmesi, borcun gereği gibi ifa edilmemesine sebebiyet vermişse ifaya eklenen tazminat talep edilebilir⁵⁸⁷. Sözleşme ilişkisi devam ediyorsa, yani sözleşmeden dönme imkânına başvurulmamışsa zararın tazmini BGB § 280'e göre talep edilir⁵⁸⁸. İfa yerine talep edilecek zararın tazmini halinde uygulanacak hükümler açısından ise şu ayrım yapılır. Aynen ifanın beklenemeyecek olduğu ya da borçlunun aynen ifa talebine direndiği hallerde ise borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararın tazminine yönelik talepler bakımından BGB § 281, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde tazminat talebi için ise BGB § 282 hükmü uygulama alanı bulur⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Erman/Martens, BGB § 241 n. 2-3; MüKoBGB/Ernst, BGB § 323 n. 12; Daniel Ulber, BGB § 323, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023, n. 5 ve Daniel Ulber, BGB § 324, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023, n. 1; Hubert Schmidt, BGB § 323, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022, n. 4; Roland Schwarze, BGB § 324, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315 - 326 (Leistungsstörungenrecht 2), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2020, n. 30-31; Hubert Schmidt, BGB § 324, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022, n. 5; Koller, Leistungsstörungen, s. 61-62; Fänger, s. 42; Mock, s. 39; Stölting, s. 20. Dorn ve Schermaier ise ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali açısından da BGB § 324'ün uygulanacağını kabul etmektedir, bkz. HKK/Dorn, BGB § 241 n. 92; HKK/Schermaier, BGB §§ 280-285 n. 110.

⁵⁸⁶ BGB § 325'in açık düzenlemesi gereği sözleşmeden dönme ile birlikte tazminat talep edilebilir. Bu tazminat talebinin BGB 280, 281, 282, 283 veya 311a'ya dayanabileceği hakkında bkz. Daniel Ulber, BGB § 325, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023, n. 6.

⁵⁸⁷ Astrid Stadler, BGB § 280, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Basım, C.H.Beck, 2021, n. 8 ve n. 14-16; Roland Schwarze, BGB § 280, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2019, n. C 11.

⁵⁸⁸ Wolfgang Ernst, BGB § 282, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022, n. 1; Erman/Ulber, BGB § 280 n. 5; Erman/Ulber, BGB § 280 n. 95.

⁵⁸⁹ Astrid Stadler, BGB § 282, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Basım, C.H.Beck, 2021, n. 1 ve n. 4-5; Stephan Lorenz, BGB § 282, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022, BGB § 282 n. 2; Daniel Ulber, BGB § 281, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg.

Diğer yandan, ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali halinde BGB § 323, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ise BGB § 324'e göre ihlalin muhatabı taraf sözleşmeden dönebilir. Bununla beraber, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde sözleşmeden dönmek isteyen borçlunun başvurması gereken prosedür açısından ise bir farklılık bulunmaktadır: Edim yükümlülüklerinin ve ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali halinde borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için alacaklıya aynen ifanın sağlanmasına yönelik süre vermesi (*Nachfristsetzung*) gerekirken, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde yükümlülüğün niteliği gereği bu ön şart aranmaz⁵⁹⁰. Koruma yükümlülüğüne aykırı davranışın belirli bir ağırlığa ulaşarak sözleşme ilişkisinin ayakta tutulmasını katlanılamaz (*unzumutbar*) kılması halinde ilgili sözleşme tarafı sözleşmeden dönerek BGB § 280'ye göre zararının tazminini talep edebilir⁵⁹¹. Sözleşmeden dönmek istemezse BGB § 282'ye göre zararının tazminini talep edebilir.

Belirtmek gerekir ki, yan yükümlülüğün ihlali bağımsız olarak aynen ifa talebine konu olamıyorsa ve aynı zamanda edim yükümlülüğünün de gereği gibi ifa edilmemesine sebep oluyorsa bu takdirde edim yükümlülüğünün ihlaline ilişkin kurallar uygulanır⁵⁹². Diğer yandan, somut olayda bir yan yükümlülüğün ihlali hem edim menfaatini zedeliyor hem de bütünlük menfaatini ihlal ediyor olabilir (*doppelrelevante Pflichten*). Bu takdirde, ifaya bağlı yan yükümlülüklerle ilişkin

Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023, n. 8 ve Daniel Ulber, BGB § 282, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023, n. 1; Zimmermann, Breach of Contract, s. 23. Aksi görüşte olan Korch ve Gröschler'e göre ise yasa koyucunun hükümleri düzenleme şekli itibarıyla ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali halinde ifa yerine olumlu zararın tazmininin talep edilemeyeceğini savunmaktadır, bkz. Korch, s. 215 vd; Gröschler, s. 120-121. Schermaier ise bütün yan yükümlülükler açısından BGB § 282'nin uygulanacağını belirtmektedir, bkz. HKK/Schermaier, BGB §§ 280–285 n. 110.

⁵⁹⁰ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 72; MüKoBGB/Ernst, BGB § 323 n. 12; Erman/Ulber, BGB § 282 n. 2; Fänger, s. 42; Kamp, s. 39.

⁵⁹¹ MüKoBGB/Ernst, BGB § 323 n. 8; HK-BGB/Martin Fries/Reiner Schulze BGB § 324 n. 2.

⁵⁹² Staudinger/Schwarze (2019) BGB § 281 Rn. B 3.

kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁹³. Bu açıklamalar ışığında sözleşmeden doğan yükümlülük türlerinden birden fazlası ihlali edildiğinde uygulanacak hükümler belirlenirken edim yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak kurallar – ifaya bağlı yan yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak kurallar – koruma yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak kurallar sırası izlenir.

2. Fransız Hukukunda *Obligation de Sécurité* İhlali

Fransız hukukunda sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamına giren bütün durumlar “*inexécution*” terimi altında değerlendirilir⁵⁹⁴. İlk Bölümde değinildiği gibi, koruma yükümlülüklerinin benzeri bir kurum olan *obligation de sécurité*’nin ihlali halinde uygulamada da kabul edilen hâkim görüşe göre zarar gören taraf sözleşmesel sorumluluk rejimi altında karşı tarafa başvurabilir⁵⁹⁵.

Bununla beraber, *obligation de sécurité*’nin ihlali, koruma yükümlülüklerinin ihlaline nazaran bazı noktalarda farklılık göstermektedir. İlk olarak, *obligation de sécurité*’nin koruduğu menfaat, bütünlük menfaatine dâhil olan bütün değerler değil; yalnızca kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne verilen zararlardır⁵⁹⁶. İkinci fark ise, Fransız hukukunda ihlalin sonucu olarak başvurulabilecek hukuki imkân, sadece zararın tazmini talebidir⁵⁹⁷. Son olarak Fransız hukukunda sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu arasında yarışma kabul edilmediği için zarar gören taraf yalnızca sözleşmesel sorumluluk rejimine başvurabilir. Zarar gören tarafın haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir talep hakkı yoktur⁵⁹⁸.

⁵⁹³ Fänger, s. 44 ve dn.153’teki yazarlar; Gröschler, s. 127; Staudinger/Olzen, §241 n. 275. Farklı olarak taleplerin yarışacağı (*Anspruchskonkurrenz*) görüşünde Stölting, s. 18. Türk hukukunda Erbek Odabaşı da geniş anlamda (müspet) ifa menfaati ve dar anlamda (menfi) ifa menfaati ayrımı yaparak edimin gereği gibi yerine getirilmesini geniş anlamda ifa menfaati olarak ele almakta, edimin gereği gibi yerine getirilmediği kötü ifa teşkil eden hallerde hem ifa menfaatinin hem de bütünlük menfaatinin ihlal edileceğini belirtmektedir, bkz. Erbek Odabaşı, s. 88-89.

⁵⁹⁴ Fänger, s. 142.

⁵⁹⁵ §1.II.A.1.b.

⁵⁹⁶ Poumarède/le Tourneau, n. 3122.61; Fänger, s. 71.

⁵⁹⁷ Fänger, s. 74.

⁵⁹⁸ Fänger, s. 49.

3. Uluslararası Sözleşme Hukukundaki Yeni Yaklaşımlar Işığında Yan Yükümlülüklerin İhlali

Yirmi birinci yüzyılda üretim ve dağıtım ağlarının globalleşmesi, bilgi teknolojilerinin payının artması gibi gelişmeler; ticaret ve kültürün sınır aşan niteliğe erişmesine katkıda bulunmuştur. Ticaret hayatında ve ekonomik ilişkilerdeki bu gelişim, hukuki ilişkilere yabancılık unsurunu dâhil etmiş; bu da ticari hayatın aktörleri açısından bir hukuki öngörülemezliği beraberinde getirmiştir. Bu gelişmelerin etkisiyle uluslararası kuruluşlar tarafından desteklenen ve akademik çevreler tarafından özel hukukun uyumlulaştırılmasına yönelik kaleme alınan PICC, PECL ve DCFR gibi akademik nitelikte hukuki metinler hazırlanmıştır. Bu hukuki metinler, hiçbir ulusal hukuk sistemi altında doğrudan bağlayıcı kurallar olarak kabul edilmemektedir. Bununla beraber, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun maddi kurallarının yanında ve bunların izin verdiği ölçüde sözleşme tarafları, inkorporasyon yoluyla aralarındaki sözleşmeye bu kuralların uygulanacağını kararlaştırabilirler. Yine uluslararası tahkim yargılamalarında, hakemlerin bu kuralları *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak dikkate alması mümkündür. Son olarak, bu metinlerin belki de en önemli etkisi, sözleşme hukukuna ilişkin modern yaklaşımları içermeleri itibarıyla yasa koyuculara yardımcı olan bilim komisyonları ya da bilimsel yorum vasıtasıyla ulusal hukukları etkileyebilmeleridir.

Bu hukuki metinlerin öngördüğü borca aykırılık sistemlerinin öne çıkan bazı ortak özellikleri gözlemlenmektedir. Bunlardan ilki, borca aykırılık bakımından genel bir üst kategori oluşturmalarıdır. Bu açıdan sözleşmeden doğan yükümlülükler ve borca aykırılık türleri arasında bir ayrım, bu metinlerde kurulan sözleşme hukuku sistemine yabancısıdır⁵⁹⁹. İkincisi ise Roma-germen hukuk sistemlerinin kusura dayanan sözleşmesel sorumluluk sisteminden uzaklaşarak garanti sorumluluğuna benzer bir sistem öngörmesidir⁶⁰⁰. Bu kapsamda bu metinler ne sözleşmeden doğan yükümlülükler ne de borca aykırılık türleri açısından kural olarak bir ayrım öngörmemektedir. Ayrıca Birinci Bölüm'de yer aldığı üzere bu metinlerde dürüst ve adil davranma yükümlülüğüne dayanan *implied obligation*'ların varlığı kabul edilmiş;

⁵⁹⁹ Düchs, s. 264.

⁶⁰⁰ Atamer, İfa Engelleri, s. 227 vd.

gizlilik yükümlülüğü, sözleşmenin kurulduğu andaki koşulların değişmesi halinde yeniden müzakere yükümlülüğü gibi Roma-germen sistemde yan yükümlülük ihlali teşkil eden olguları da özel olarak düzenlenmiştir⁶⁰¹.

B. Türk ve İsviçre Hukuklarında Yan Yükümlülüklerin İhlali

1. Borca Aykırılık Sistemine Genel Bakış

Türk ve İsviçre hukuklarında kanunun öngördüğü sözleşmeye aykırılık sistemi, temelde imkânsızlık ve temerrüt olguları ekseninde ve borca aykırılığın sebebine odaklanarak kurgulanmıştır. Diğer yandan, özel hükümlerde bazı sözleşme türleri açısından düzenlenmiş olan ayıba ve zapta karşı sorumluluk hükümleri ifa engelleri sistemini karmaşıktırmaktadır. Bu bölünmüş yapının varlığının arkasında yatan sebep, Roma-germen hukuk sistemlerinin yirminci yüzyılın başındaki tarihi ve kavramsal gelişimine dayanmaktadır. *Mommsen*'in borca aykırılığı imkânsızlık ve temerrüt çerçevesinde şekillendiren yaklaşımı, Alman Medeni Kanununun hazırlayıcılarını etkilemiş, bu etki önce İsviçre hukukuna ve bunu takiben Türk hukukuna yansımıştır⁶⁰². Bu nedenle İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarının çizdiği çerçeve, borca aykırılık teşkil eden olguları kategorize ederek bu kategorilere göre yaptırımları farklılaştırması itibariyle bir anlamda kazuistik bir tablo çizmektedir⁶⁰³.

Ancak ekonomik ve sosyal hayatın dinamiklerindeki değişim, seri üretimin yaygınlaşması ve hızlanması, teknolojinin hızlı gelişimi kaçınılmaz olarak sözleşme hukukunu da etkilemiş; yasal borca aykırılık sisteminin temelinde yer alan imkânsızlık ve temerrüt dikotomisi, uygulamadaki borca aykırılık hallerinin çoğuna cevap veremez hale gelmiştir⁶⁰⁴. Bu yetersizliği sistematik bir analizle ele alan ilk tespit,

⁶⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. §1.II.A.3.

⁶⁰² Neuenschwander, s. 45; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 20; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 400-401; Atamer, CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri, s. 283-284. Eski BGB için aynı doğrultuda Larenz, AT, §24-I-a s. 363; Stoll, Abschied, s. 269; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd, 1992, s. 783.

⁶⁰³ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 2; Koller, OR AT 2022, s. 744 n. 46.13.

⁶⁰⁴ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 2-3; Atamer, CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri, s. 284; Özellikle temerrüt hali İsviçre hukukunda imkânsızlık ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerine nazaran özel ve detaylı olarak düzenlendiğine ilişkin, bkz. BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art.

Hermann Staub'a atfedilmektedir. Nitekim yirminci yüzyılın başlarında *Staub*'un işaret ettiği gibi borca aykırılık halleri, Kıta Avrupası sistemlerinin yasalarının öngördüğü imkânsızlık ve temerrüt ikiliğini aşmakta; bu sınıflara veya özel hükümlerde düzenlenen ayıba karşı sorumluluk düzenlemelerinin kapsamına girmeyen birçok borca aykırılık hali bulunmaktadır⁶⁰⁵. Örneğin; bir cerrahın uzmanlığının gerektirdiği şekilde hastasını ameliyat etme yükümlülüğü olduğu kadar ameliyat sırasında hastanın bulunduğu ortamın kontamine olmamasını sağlama yükümlülüğü, satıcının satılan ürünün sözleşmeye uygun şekilde tedarik ve teslim edilmesi kadar kullanım amacına uygun şekilde alıcıyı bilgilendirme yükümlülüğü de vardır. Bu ikinci sayılan yükümlülükler aykırılık, sözleşmeden beklenen amacı ilk sayılan yükümlülükler aykırılık halinde olduğu kadar zedelemektedir⁶⁰⁶.

Diğer yandan, modern sözleşme hukukunda borca aykırılığı belirli olgulara indirgeyen yaklaşımın terk edildiği ve '*borca aykırılık*' ya da '*borcun ifa edilmemesi*' üst kavramını esas alan bir anlayışın benimsendiği görülmektedir⁶⁰⁷. Bu amaçla Romagermen hukuk geleneğini takip eden bazı ulusal hukuk sistemleri (Almanya, Hollanda, Quebec gibi) borçlar hukuk reformlarıyla bu gelişimi yasalarına doğrudan yansıtmayı; diğer hukuk sistemleri (İsviçre, Türkiye, Japonya, Güney Kore gibi) ise sözleşme

97 – 109 OR n. 1-2; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, BHG Cilt I, s. 130 vd; Atamer, İfa Engelleri, s. 219 vd.

⁶⁰⁵ Staub, s. 5 vd.; Ayrıca bu tespitlerin detaylı incelemesi için Köpcke, s. 130; Tammo Rohlack, Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmängelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, s. 19-20.

⁶⁰⁶ Örnekler için bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 24; Ayrıca başka örnekler için bkz. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 401 4)-b.

⁶⁰⁷ Esasen borca aykırılığı bir üst terim olarak kabul eden ve bunu yaratan olgu yerine borca aykırılığın sonuçlarını esas alan anlayış, Fransız hukuku ve İngiliz hukukunda kabul edilmektedir, bkz. Franz Werro, Le mandat et ses effets: une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations: analyse critique et comparative, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1993, n. 815. Borca aykırılığa sebep olan olguyu kategorik yaklaşımlar Fransız, İngiliz ve ABD hukukunda da mevcuttur. Ancak bu gruplandırma, farklı tür borca aykırılık hallerini farklı rejimlere tabi tutan bir yaklaşım değildir. Borca aykırılık kavramı, üst bir terim olarak kabul edilmekte ve gruplandırmaların sonucu daha ziyade, borca aykırılığın muhatabı olan sözleşme tarafına tanınan hukuki imkânlarla fiilen yansımaktadır, bkz. Müller-Chen, s. 66-67. Bu bağlamda İngiliz hukukunda Treitel; *delay*, *impossibility* ve *defective performance* gruplarını zikretmekte; ancak *common law* sisteminin bu gruplar arasında kategorik bir fark gözetmediğini, bu grupların sadece farklı hukuki sonuçların doğmasına sebep olacak farklı ihlal halleri olduğunu belirtmektedir, bkz. G. H. Treitel, Treitel Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account, Oxford, Clarendon Press, 1988, s. 130-131 n. 109.

hukukunda geliştirilen yeni teori ve yaklaşımlara, var olan yasal düzenlemelerin yorumu vasıtasıyla başvurmayı tercih etmiştir⁶⁰⁸.

Alman hukukunda Borçlar Hukuku Reformuyla açıkça kabul edilen genel anlayışa paralel olarak, günümüzde İsviçre hukukunda da borca aykırılık imkânsızlık odağında anlaşılmaktan çıkmıştır. Böylece *Staub*'un başta öğretide tartışmalara sebep olan tespitleri, nihayetinde hem Alman hukukunda hem de İsviçre hukukunda yayılmış ve genel olarak kabul görmüştür⁶⁰⁹. Günümüzde İsviçre öğretisi, OR 97'de bir yasal boşluk olduğunu kabul etmekte; öğretinin ve yargı uygulamasının bu boşluğun modern sözleşme hukukunun yaklaşımlarıyla doldurulduğunu belirtmektedir⁶¹⁰. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, imkânsızlık veya kötü ifa ayrımı yapılmaksızın sözleşmeden doğan yükümlülükler aykırılık halinde OR 97'nin uygulanacağını; sözleşmenin dürüstlük kuralı yardımıyla tamamlanması veya yorumlanmasıyla kabul edilecek yan yükümlülüklerin sözleşmeden doğan yükümlülükler olarak kabul edildiğini ve OR 97'nin kapsamına girdiğini açıkça ifade etmiştir⁶¹¹. Nitekim borca aykırılığa ilişkin hükümlerin yorumunda temel alınan bu görüşler, bugün yasalaşamayan kalan 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısını⁶¹² derinden etkilemiştir. Tasarının borca aykırılığa ilişkin getirdiği genel hüküm olan OR 118, borca aykırılık teşkil edecek olgu ve durumların tamamını “*borcun ifa*

⁶⁰⁸ BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-109 n. 53; Almanya bakımından tarihsel sürecin kısa bir özeti için bkz. Serozan, İfa Engelleri, s. 231 vd.

⁶⁰⁹ Köpcke, s. 9 vd; Rohlack, s. 19; HKK/Dorn, BGB § 241 n. 84. İsviçre hukukunda Neuenschwander, s. 46; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-107, n. 61 vd; Müller-Chen, s. 324; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 171.

⁶¹⁰ BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 1; Jörg Schmid, “Folgen der Nichterfüllung”, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrechts, ed. Dr. Peter Gauch, Dr. Jörg Schmid, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2001, ss. 301-322, s. 305.

⁶¹¹ BGer, 8.2.2010, 4A_306/2009, n. 6.1. Ayrıca aynı yönde diğer kararlar için bkz. BGer, 07.12.2010, 4A_494/2010, n. 4.3; BGer 4A_307/2011, 16.12.2011, E. 3.1.

⁶¹² 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR 2020), yasanın tamamına yönelik ve radikal bir değişiklik ihtiyacı bulunmadığı, hatta bunun riskli olduğu gerekçesiyle İsviçre Federal Konseyi tarafından reddedilmiştir. 31 Ocak 2018 tarihli Federal Konsey raporu için bkz. <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20133226/Bericht%20BR%20D.pdf> [E.T. 01.02.2023]

edilmemesi'' (*Nichterfüllung*)⁶¹³ üst kavramı altında toplanmış⁶¹⁴; ihlalin sonuçları bakımından sözleşmeden doğan yükümlülükler açısından edim yükümlülüğü-yan yükümlülük, verme-yapma-yapmama borcu gibi bir ayırım yapılmamıştır⁶¹⁵. Bu nedenle Tasarıya göre, ifa edilmeyen borç, bir edim yükümlülüğü olabileceği gibi yan yükümlülük de olabilir⁶¹⁶. Diğer yandan Tasarı, sözleşmenin müspet ihlali terimi altındaki borca aykırılık hallerini de kapsayacak şekilde, ihlalin muhatabı sözleşme tarafı lehine tanınacak hukuki imkânları açık ve geniş kapsamlı olarak düzenlemiştir⁶¹⁷.

Türk hukuk öğretisinde ise imkânsızlık ve temerrüt dikotomisinin dışına çıkılarak borcun gereği gibi ifa edilmemesi, *culpa in contrahendo*, sözleşmenin ihlalinin önceden öngörülebilmesi gibi haller '*borcun ifa edilmemesi*' başlığı altında ve TBK m. 112'ye göre sözleşmesel sorumluluk rejimi kapsamında incelenmektedir⁶¹⁸. Bununla beraber, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel norm

⁶¹³ "Borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklı;

a. Kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir,

b. (Aynen) İfayı talep edebilir,

c. Edimin kendisi veya bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmesini sağlayabilir,

d. Kendi edimini azaltabilir,

e. Tazminat talep edebilir,

f. Faiz talep edebilir,

g. Sözleşmeyi sona erdirebilir.

Alacaklı, niteliği elverdiği ölçüde, bu hakların birden fazlasına başvurabilir."

⁶¹⁴ OR 2020-Müller-Chen, Art. 118, n. 3; Florian Faust, "§ 7 Leistungsstörungen", OR 2020 – Die schweizerische Schuldreform aus vergleichender Sicht, hrsg. Jan Dirk Harke, Karl Riesenhuber, Mohr Siebeck, 2016, ss. 169-194, s. 172.

⁶¹⁵ Faust, s. 173.

⁶¹⁶ OR 2020-Müller-Chen, Art. 118, n. 7; "İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'nda (OR. 2020) İfa Engellerinin Şartları", Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 68 (3) 2019, ss. 529-550, s. 536.

⁶¹⁷ Heinrich Honsell, "Kritische Bemerkungen zum OR 2020", Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 109/2013, ss. 457-461, s. 460; Nadja Erk, "Vorschlag eines neuen Leistungsstörungenrechts im OR 2020", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2015, Schulthess Juristische Medien AG, ss. 329-336, s. 332; OR 2020-Müller-Chen, Art. 118, n. 11; Ayrıca Faust, s. 174 vd.

⁶¹⁸ 818 sayılı mülga BK döneminde m. 96'da yer alan "kısmen ifa edememe" ifadesinin mehzaz kanundaki "gereği gibi ifa edememe" ifadesine uygun şekilde, düzeltici yoruma tabi tutulması halinde bu görüşün kabul edileceğine ilişkin bkz. Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 402 4)-d; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, imkânsızlık ve temerrüdün yanında borcun müspet ihlali ve akit öncesi kusurlu davranışları sözleşmsel sorumluluk kapsamında ele almaktadır, bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 972 vd; Oğuzman/Öz, borcun kötü ifa edilmiş olması (gereği gibi ifa edilmemiş olması), culpa in contrahendo ve borca aykırı davranılacağıının önceden belli olması hallerini de bu kapsamda değerlendirmektedir, bkz. Oğuzman/Öz, n. 1453 vd. Serozan ise gereği gibi ifa etmeme

olarak kabul edilen TBK m. 112'nin bu kurumlara yasal dayanak sağlamaya, sözleşme adaletinin gerçekleştirilmesi bakımından elverişli olup olmadığı tartışmaya açıktır.

2. Yan Yükümlülüklerin İhlalinin Borca Aykırılık Sistemindeki Yeri

a. Yan yükümlülüklerin ihlali kavramı

Yan yükümlülüklerin ihlalinin sebep olduğu borca aykırılık türü, yan yükümlülüğün türüne ve konusuna göre farklılık gösterir. Bir hazırlama ya da sağlama yükümlülüğünün ihlali, somut olayın koşullarına göre bağımsız bir tür ihlale sebep olmayabilir. Örneğin; satılan malların kötü koşullarda muhafaza edilmesi nedeniyle zayi olması halinde esasen yan yükümlülüğün ihlalinden ziyade edim yükümlülüğünün ihlali ön plana geçer ve kusurlu imkânsızlık söz konusu olur⁶¹⁹. Özellikle konusu asli edimi hazırlama ve muhafaza olan yan yükümlülüklerin ihlali halinde çoğu zaman asli edim yükümlülüğü de ihlal edilmiş olur⁶²⁰. Buna karşılık, çalışma açısından önem arz eden ve incelenmesi gereken asıl mesele, ilk bakışta edim yükümlülüğünün ifa edildiğine kanaat getirilen hallerde yan yükümlülüklerin ihlalinin yarattığı borca aykırılık durumudur.

yerine sözleşmenin müspet ihlali terimini benimsemektedir, Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §11 n. 1 vd. Eren ise gereği gibi ifa etmeme, bağımsız yapmama borçlarının ihlali ve borçlunun vaktinden önce ifadan açıkça kaçınması olarak gruplandırmakta; gereği gibi ifa etmeme başlığı altında kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlalinin ayrı ayrı incelemektedir, bkz. Eren, n. 3268 vd. Ayrıca aynı doğrultuda bkz. Fikret Eren / Ünsal Dönmez, “TBK m. 112”, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m. 83 – 206, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, n. 31 vd.; Antalya da sözleşmenin olumlu ihlali terimiyle kötü ifa, yan yükümlülüklerin ihlali, arzulanan sözleşmenin çökmesi ve yapmama yükümlülüklerinin ihlali çerçevesinde ele almaktadır, bkz. Antalya, BHGH Cilt 3, n. 2304 vd.

⁶¹⁹ Krş. Schwarze, s. 306 n. 6. Ayrıca bkz. Staudinger/Schwarze (2019) BGB § 281 Rn. B 3. Satış sözleşmesinde ayıpsız ifanın bir yan yükümlülük olduğunu kabul eden Yavuz, satıcının asli edim yükümlülüğü olan satılanın teslim etme borcunun sona ermesi hali için aynı hususu belirtmektedir, bkz. Yavuz, s. 32.

⁶²⁰ Bu durumda kısmi imkânsızlık, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi veya temerrüdün vuku bulacağına ilişkin bkz. Edis, s. 317-318. Yazar ayrıca yan yükümlülüklerin ihlalinin, edim yükümlülüklerine aykırılık halinde borçlunun kusurunu tespit bağlamında önemli olduğunu belirtmektedir, bkz. Edis, s. 317; Aynı görüşte ayrıca bkz. İpek, s. 73; Aydın, s. 74. Bu görüşe iki sebeple katılmıyoruz. İlk olarak bu görüş, bir yan yükümlülük türü olarak özen yükümlülüğü ile kusurun ölçütünün belirlenmesinde dikkate alınacak özen derecesini aynı görmektedir. İkinci olarak, daha önce açıklandığı üzere edim yükümlülüğü ihlal edilmeden de bir yan yükümlülük ihlal edilebilir.

b. Terminoloji sorunu

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, imkânsızlık ve temerrüt kapsamına girmeyen bütün borca aykırılık halleri için kullanılan terminolojinin birlik gösterdiği söylenemez. Yasanın öngörmediği borca aykırılık hallerini ifa etmek için ‘*kötü ifa (Schlechterfüllung) (exécution mauvaise)*’, ‘*sözleşmenin müspet ihlali (positive Vertragsverletzung) (violation positive du contrat)*’ veya yasanın kullandığı ifadeyle ‘*borcun gereği gibi ifa edilmemesi*’ terimleri kullanılmaktadır.

Bugün genel kabul gören bir terim olan sözleşmenin müspet ihlali; imkânsızlık, temerrüt ve yasal garanti sorumluluğunu temel alan özel hükümlere aykırılık dışındaki bütün borca aykırılık türleri kapsayan bir üst kavramdır⁶²¹. Bu ismin tercih nedeni, imkânsızlığın ve temerrüdün -kaçınmaya dayanan- bir tür *negatif* davranışla borca aykırılığa sebebiyet verdiği düşüncesiyle, bunlar dışında kalan bütün borca aykırılık hallerinde borçlunun müspet bir davranışla sözleşmeyi ihlal ettiği savına dayanmaktadır. Bununla beraber, sözleşmenin müspet ihlali olarak kabul edilen bazı durumlarda da borçlunun bir yapmama borcunu, olumlu bir davranışla ihlal edebileceği belirtilerek terimdeki kelime seçimi eleştirilmektedir⁶²². Örneğin; parça borcunun konu alan bir satım sözleşmesinde satıcı, eşyayı üçüncü kişilere devretmemekle yükümlüdür. Satıcı eşyayı bir üçüncü kişiye satarsa sağlama ve muhafaza yükümlülüğünü pozitif bir davranışla ihlal etmiş olur⁶²³. Kelime seçimindeki bu soruna rağmen terimin amacına odaklanılmasıyla sözleşmenin müspet ihlali, günümüzde hukuk öğretisinde yerleşik bir terim haline gelmiştir⁶²⁴. Bu terimi benimseyen yazarlara⁶²⁵ göre sözleşmenin müspet ihlali, imkânsızlık ve temerrüt

⁶²¹ Köpcke, s. 11-12.

⁶²² Köpcke, s. 12; Larenz, §24-I-a s. 367; Berger, AG, §26 n. 1734; HKK/Schermaier, vor BGB §§ 275 n. 84; BK OR-Weber / Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-109 n. 63; Oğuzman/Öz, n. 1543 ve dn. 472'deki yazarlar; Özellikle yan yükümlülüklerin ihlali açısından krş. Zitelmann, s. 273. Serozan da aynı hususu vurgulamakta; ancak terimin kalıplaşmış bir hale gelmesi nedeniyle kullanmayı tercih ettiğini belirtmektedir, krş. Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 n.1. Ancak yazarın, geçmişte ise asli edim yükümlülükleri ve yan yükümlülüklerle aykırılık için borcun gereği gibi ifa edilmemesi terimini, koruma yükümlülüklerine aykırılık için ise davranış yükümlülüklerine aykırılık terimini kullandığı görülmektedir, bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 281 vd.

⁶²³ Guhl/Koller, §31 s. 244-245 n. 19.

⁶²⁴ Hofmann, s. 125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 974.

⁶²⁵ Alman hukukunda Köpcke, s. 30; Kuhlmann, s. 49. Freitag ise sözleşmenin müspet ihlali halleri arasında parça ve tür borcunun ayıplı ifası için kullandığı *Schlechterfüllung* ve ifa fiilinin gereği gibi

dışında kalan tüm borca aykırılık hallerini; yani asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesini ifade eden kötü ifa (*Schlechterfüllung*) (*execution qualitativement défectueuse*) ve yan yükümlülüklerin ihlalini (*Verletzung von Nebenpflichten*) (*violation d'une obligation accessoire*) kapsayan genel bir terimdir.

Bazı yazarlar ise *kötü ifa* (*Schlechtleistung*) terimini tercih etmektedir⁶²⁶. Türk hukukunda sözleşmenin müspet ihlalinin yalnızca olumlu bir davranışla yapılan ihlalleri kapsayacak şekilde anlaşılabilceği belirtilerek bu terim eleştirilmekte, *Oğuzman/Öz*, *Kılıçoğlu* ve *Nomer* borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya kötü ifa terimleri benimsenmektedir⁶²⁷. Ancak kötü ifayı kapsayıcı üst terim olarak kullanan bazı yazarların, farklı tür olgularla ortaya çıkan kötü ifa hallerini ifade etmek için özgün gruplandırmalar yaptığı görülmektedir. *Koller*, edim yükümlülüklerinin gereği

yerine getirilmediği haller için kullandığı *Schlechterbringung* terimleri üzerinden bir ayırım benimsemektedir, bkz. Oscar Freitag, *Schlechterfüllung und Schlechterbringung Zur Systematik der 'positiven Vertragsverletzung'*, Breslau, M. & H. Marcus, 1932, s. 110-111.

İsviçre hukukunda Schwenzer/Fountouakis, §67 s. 529, n. 67.01; Huguenin, §8 n. 847 vd; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 19; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 7; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 50; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 50. Andreas Furrer / Markus Müller-Chen, *Obligationenrecht*, Schulthess Juristische Medien, 2018, s. 569 vd, n. 13 vd; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligations*, Schulthess, 2019, s. 304, n. 1308; Walter, *Schuldverhältnis*, s. 74; Chapuis, *Haftung*, s. 654-655. Furrer/Wey, nicht gehörige Erfüllung ve positive Vertragsverletzung kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmaktadır, krş. CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 49-50.

Türk hukukunda Serozan, *Borçlar Hukuku Cilt III*, §18 n. 1; Eren/Dönmez, *TBK m. 112*, n. 31 vd.; Antalya, *BHGH Cilt 3*, n. 2306; Alex Waltenspühl, § 5 *Leistungsstörungen*, *Prinzipien des Vertragsrechts*, ed. Peter Böhringer/ Roger Müller/ Peter Münch/ Alex Waltenspühl, Schulthess, 2020, s. 75 vd, n. 5.14 vd.; Özdemir, *CISG*, s. 71.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin müspet ihlali kavramına genel olarak imkânsızlık ve temerrüt dışında bütün borca aykırılık hallerini kapsamakla beraber içeriği konusunda farklı gruplandırmalar yapan yazarlar da vardır. Örneğin; Weber/Emmenegger'e göre ise sözleşmenin müspet ihlali; kötü ifa, yan yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin ihlalinin öngörülebilmesi ve yapmama borçlarının ihlali hallerini kapsar, bkz. BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97, n. 119; Türk hukukunda aynı gruplandırma için bkz. Antalya, *BHGH Cilt 3*, n. 2304 vd; Türk hukukunda da sözleşmenin müspet ihlali teriminin de yaygın şekilde benimsendiği görülmektedir, bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu, *Altop*, s. 972-975; Serozan, *Borçlar Hukuku Cilt III*, §18 s. 247, n.1; Demircioğlu, s. 151-152. Aral da kötü ifanın, sözleşmenin müspet ihlali kavramının içinde yer aldığını kabul etmekte; ayrıca ayıplı ifa ve yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin ihlalini kötü ifa altında incelemektedir, bkz. Aral, s. 106 vd, Aynı görüşte Özdemir, *CISG*, s. 71.

⁶²⁶ Alman hukukunda Larenz, *AT*, §24-I-a, s. 366; Düchs, s. 270 vd.; Henke, s. 68. İsviçre hukukunda Müller-Chen, s. 64-65; Koller, *OR AT*, 2017 s. 1084 vd. n. 58.03 vd.; Guhl/Koller, § 31 n. 19.

⁶²⁷ Oğuzman/Öz, n. 1542-1543; Aynı doğrultuda kötü ifa terimini tercih eden yazlar için ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 848; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Beta, 2021, n. 185; Öz, *Eser Sözleşmesinde Dönme*, s. 91.

gibi ifa edilmemesini dolaysız kötü ifa (*unmittelbare Schlechterfüllung*), yan yükümlülüklerin ihlalini ise dolaylı kötü ifa (*mittelbare Schlechterfüllung*) olarak nitelendirmektedir⁶²⁸. *Schwarze*'ye göre ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali kötü ifa teşkil ederken koruma yükümlülüklerinin ihlali bu gruba girmez⁶²⁹. Aksi görüşteki *Müller-Chen*'e göre ise kötü ifa, dar anlamda edim yükümlülüğünün ihlali grubuna girmeyen borca aykırılık hallerini ifade eder. Kötü ifa halleri arasında en önem arz edenler ise bütünlük menfaatinin ihlali sonucunu doğuran yan yükümlülüklerle aykırılık halleridir. Bu nedenle Yazar, kötü ifayı edim yükümlülüğünün ayıplı olarak ifa edildiği hallere indirgeyen görüşe karşı çıkmaktadır⁶³⁰.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise kötü ifa teriminin bazı Yargıtay kararlarında kullanıldığı, ancak ihlal edilen yükümlülüğün niteliğinin incelenmediği⁶³¹ veya yan yükümlülükler ile yan edim yükümlülükleri arasındaki ayrımın neredeyse hiçbir zaman çizilemediği⁶³² görülmektedir. Bununla beraber, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararında son derece isabetli bir gerekçelendirme

⁶²⁸ Guhl/Koller, § 31 s. 243 n. 13-15; Ayrıca bkz. Koller, *positive Vertragsverletzungen*, s. 1485. Yazar başka bir eserin nitelik olarak yetersiz ifayı (*qualitativ ungenügende Leistung*) dar anlam kötü ifa (*Schlechterfüllung im engen Sinne*) olarak nitelendirmektedir, bkz. Koller, OR AT 2022, s. 1020 n. 57.34.

⁶²⁹ Schwarz, s. 309, n. 7.

⁶³⁰ Müller-Chen, s. 64-65.

⁶³¹ Kentsel dönüşüm projesi kapsamında maliklerle eser sözleşmesi akdeden ve bağımsız bölümleri çekilecek kur'a ile devretmeyi taahhüt eden yüklenici, taahhüdünün aksine ekonomik değeri düşük olan bağımsız bölümleri kuraya dâhil etmiştir. Bunun üzerine iş sahibi davacının açtığı davada hukuki dayanak kötü ifa olarak belirtilmişse de hukuki yönü güçlü bir gerekçelendirme bulunmamaktadır, bkz. Yarg. 13. HD, T. 1.3.2018, E. 2016/22594, K. 2018/2715. Yine başka bir kararda sigortacının onarımını üstlendiği motorlu aracın onarımının eksik yapılması da kötü ifa olarak kabul edilmiştir, bkz. Yarg. 11. HD, T. 24.6.2003, E. 2003/6003, K. 2003/6824.

⁶³² “*Dosya içeriğine göre tıbbi tanıtım temsilcisi olan davacının son bir yıl içinde avansla ile ilgili yanıltıcı beyanda bulunma, program değişikliğini bildirmeme, hizmet için tesis edilen aracı özel işinde kullanma ve özel işinde kullandığı aracın yakıt giderini şirkete fatura etme gibi davranışlarından bulunması nedeni ile savunmasının alınarak, uyarıldığı, feshe yakın tarihlerde de eczane ziyaretini gerçekleştirilmeme ve ağırlama giderlerinde tutarsızlıkları nedeni ile hakkında tutanak tutulduğu, davacının bu davranışlarının ziyaretlerini gerçekleştirdiği eczacıların ve tıbbi tanıtım için ağırlama yaptığı lokanta sahiplerinin şikayetlerine sebep olduğu anlaşılmaktadır. Davacının sözleşme ve kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ihlali niteliğindeki bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, iş ilişkisinin devam ettirmenin işveren açısından beklenmez bir hal aldığı sabittir.*” Karar için bkz. Yarg. 9. HD, T. 28.2.2011, E. 2011/6661, K. 2011/5317. Kararda işçinin dürüstlük kuralından doğan özen yükümlülüğüne aykırı davranışları yan yükümlülük ihlali teşkil etmekteyken, 9. Hukuk Dairesi tarafından hatalı olarak yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmiştir.

izlenmiştir. Karara konu olayda tekne satış sözleşmesi bakımından satıcının teknenin bütün anahtarlarını teslim etmesi ve bu hususta alıcıyı bilgilendirmesi birer yan yükümlülük olarak kabul edilmiş ve ihlal edilmeleri nedeniyle TBK m. 112 kapsamında yan yükümlülüğün borçlusunun tazminat sorumluluğuna yol açacağına karar vermiştir⁶³³. Bu kararında Yargıtay, Eren'in görüşüne atıf yaparak kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlalini iki farklı gereği gibi ifa etmeme hali olarak ele almıştır.

3. Çalışmada Benimsenen Terminoloji

TBK m. 112'de yer alan *borcun gereği gibi ifa edilmemesi* ifadesi, “*geniş anlamda borç ilişkisinin gereği gibi ifa edilmemesi*” olarak düşünüldüğünde kapsayıcı bir terim sunar. Ancak imkânsızlık dogmasının izlerini taşıyan bu hüküm, dar anlamda borç ilişkisine yani asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi ve özellikle parça borcunun imkânsızlaşması olgusu çerçevesinde kaleme alınmıştır⁶³⁴. Ayrıca TBK m. 112'nin açıkça öngördüğü tek imkânın zararın tazmini olması da bunu desteklemektedir. Bu nedenle kanunda kullanılan bu ifade, yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçları açısından düşünüldüğünde de bu borca aykırılık türü açısından yeterince kapsayıcı değildir.

Kötü ifa terimi ise ancak “*sözleşmenin kötü ifası*” anlamında düşünüldüğünde yan yükümlülüklerin ihlalini kapsayan bir terim olarak ele alınabilir. Ancak bu terim, çoğu zaman asli edim yükümlülüğünün sözleşmeye göre ifa edilmemesi olarak anlaşılmaktadır. Bu nedenle çalışmada, edim sonucunun taahhüt edildiği sözleşmelerde edimin ayıplı olarak ifa edildiği haller ve edim fiilinin taahhüt edildiği sözleşmelerde edimin yerine getirilmesinde özen yükümlülüğüne aykırı davranılan

⁶³³ “*Borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya sözleşmenin müspet ihlâli hâlinde borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının ihlâl nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bunun dayanağı ise yukarıda bahsedildiği üzere TMK'nin 2/1 maddesiyle düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Nitekim bu husus 6098 Sayılı TBK'nin 112. maddesinde özel olarak; “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kusurlu ifa imkansızlığı ve temerrüt haricinde borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda da borçlunun sözleşme hükümlerine göre alacaklının ihlâl nedeniyle oluşan zararından sorumlu olduğu aşıkardır.*” İlgili karar için bkz. Yarg. HGK T. 4.11.2021, E. 2018/11-88, K. 2021/1351.

⁶³⁴ Aynı görüşte bkz. Demircioğlu, s. 153; Serozan, Parça Borcu-Çeşit Borcu, s. 215 vd.

haller için kullanılmıştır. Bunlar, sırasıyla özel hükümlerde düzenlenen ayıba karşı sorumluluk ile vekâlet ve benzeri nitelikte iş görme sözleşmeleri bakımından özen yükümlülüğünün ihlalidir.

Bu gerekçeler ışığında, sözleşmeyi geniş anlamda borç ilişkisi olarak ele alması ve borca aykırılık teşkil eden olgular açısından kapsayıcı bir ifade olarak kabul edilmesi nedeniyle, öğretide yerleşik hale gelmiş *sözleşmenin müspet ihlali* terimi tercih edilmiştir. Bu kapsamda, sözleşmenin müspet ihlali; üst terim olarak benimsenmiş, kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlali ise bu gruba dâhil kabul edilmiştir. Yan yükümlülüklerin ihlali terimi ise ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlalini ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu terminolojik seçim de yalnızca TBK'nın mevcut yasal borca aykırılık sistemi açısından anlam ifade eder. Borca aykırılık teşkil eden olgular açısından yeknesak bir rejim tesis edilirse bu terimler, borca aykırılık teşkil eden olguları anlatmaya yarayan birer kategoriden ibaret olur⁶³⁵.

⁶³⁵ Nitekim İngiliz hukuku açısından da durum böyledir. Bu kapsamda Treitel; *delay*, *impossibility* ve *defective performance* gruplarını zikretmekte; ancak *common law* sisteminin bu gruplar arasında kategorik bir fark gözetmediğini, bu grupların sadece farklı hukuki sonuçların doğmasına sebep olacak farklı ihlal halleri olduğunu belirtmektedir, bkz. G. H. Treitel, *Treitel Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, s. 130-131 n. 109.

II. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK HUKUK KURALLARININ TESPİTİ

A. Genel Hükümlerin Uygulanabilirliği

1. Öğretideki Görüşler

Sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden borca aykırılık halleri, Türk Borçlar Kanunu'nda veya mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu nedenle borca aykırılığa ilişkin genel norm⁶³⁶ niteliğindeki TBK m. 112 (OR 97)'nin sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden haller ve konumuz açısından özellikle yan yükümlülüklerin ihlalinde uygulanabilirliği değerlendirilmelidir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre TBK m. 112 (OR 97)'de yer alan “(*borcun gereği gibi ifa edilmemesi*)” ifadesinin amaçsal yorumu, hükmün sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden olgulara da uygulanmasına elverişlidir⁶³⁷. Thévenoz ise hükmün amaçsal yorumunun değil, çerçevesi dar çizilmiş lafzına rağmen doğrudan doğruya hükmün kendisinin sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden halleri kapsadığı görüşündedir. Yazar, OR 97'nin esinlendiği yasal düzenlemenin 1900 tarihli BGB'de yer aldığını, ancak OR 97'nin lafzının mehzaz hükmünden daha geniş bir ifade tarzına sahip olduğu için yalnızca imkânsızlığı karşılamadığını savunmaktadır. Buna karşılık,

⁶³⁶ Esasen TBK 112'nin (OR 97) yalnızca sözleşmeden doğan borçlar için değil; genel olarak nispi hakların (*droit relatif*) ihlali halinde (örneğin; bu kapsamda tek tarafa borç yükleyen hukuki işlemler, iade yükümlülükleri, aile hukukundan doğan nafaka borçları ve yasal borç ilişkileri bakımından) uygulama alanı bulan genel nitelikte bir norm olduğu kabul edilmektedir, bkz. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 2-3, Aynı yönde ayrıca bkz. Wiegand, Gratwanderungen, s. 82; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n.1; Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1484; Müller-Chen, s. 326; Gauch/Schlupe/Emmenegger, OR AT II, n.2615; Türk hukukunda Öz, TBK m. 112, n. 5 ve özellikle yan yükümlülükleri ihlali bakımından Öz, TBK m. 112, n. 7; Antalya, BHGH Cilt 3, n. 1334.

⁶³⁷ Türk hukukunda Oğuzman/Öz, n. 1547; İnal, s. 194-195; Öz, TBK m. 112, n. 1; Nomer, n. 185.4. İsviçre hukukunda Andreas von Tuhr / Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrechts 2. Band, 3. Auflage, Zürich, 1984, s. 107; Guhl/Koller, §31 s. 245 n. 20; Berger, AG, §26 n. 1733 ve yan yükümlülüklerin ihlali için özel olarak n. 1748; Gauch/Schlupe/Emmenegger, OR AT II, n. 2615-2616 ve n. 2483; Müller-Chen, s. 325-326; Huguenin, §8 n. 846; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 7 ve s. 597-598, n. 2; Jolanta Kren Kostkiewicz, Art. 97, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. überarbeitete Auflage 2016, Art. 97 n.3; Chapuis, Haftung, s. 654; Grégoire Geissbühler, Le droit des obligations, Schulthess Editions romandes, 2020, s. 390, n. 930; Schmid, s. 307. Koller, bu sonuca bütünsel kıyas yöntemiyle (*Gesamtanalogie*) varmaktadır, krş. Koller, OR AT 2022, s. 737 n. 45.15-45.17.

bu hükümde öngörülen zararı tazmin imkânının yalnızca belirli hallerde borca aykırılığın sonuçlarını gidermeye elverişli olduğunu; zararı tazmin dışında, kötü ifa halinde borca aykırılığın giderilmesi, edimin yeniden ifa edilmesi ve karşı edimin uyarlanması imkânlarının da tanınması gerektiğini kabul etmektedir⁶³⁸. Gerçekten de TBK m. 112'nin doğrudan uygulanabilir olduğunu savunan görüşün zayıf noktası, değerlendirme bölümünde açıklanacağı gibi bu düzenlemenin yalnızca olumlu zararın tazminini açıkça öngörmüş olmasıdır.

Diğer bir görüşe göre ise bu durumda kanunda bir boşluk⁶³⁹ söz konusudur. Benzer şekilde, Borçlar Hukuku Reformu öncesi dönemde BGB'de yan yükümlülüklerin ihlalinin düzenlenmemesi de bir boşluk olarak nitelenmekteydi⁶⁴⁰. Burada bir kanun boşluğu bulunması sebebiyle, yasanın borcun ifa edilmemesine ilişkin getirdiği yasal düzenlemeler olan TBK m. 112, m. 115, m. 125 ve bu hükümlerde öngörülen sözleşmesel yaptırımlar, somut olaydaki borcun aykırılığının niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır⁶⁴¹. Bu görüşü savunan Serozan, sözleşmenin müspet ihlalinin bir ifa engeli türü olarak “*örf ve âdet hukuku katına çıktığını*”, bu nedenle aynen ifa ve sözleşmeden dönme imkânı tanımayan TBK m. 112'nin kapsamında düşünülemeyeceğini savunmaktadır. Yazara göre sözleşmenin müspet ihlali açıdan uygulanacak düzenlemeler, TMK m. 2'den hareketle TBK m. 117

⁶³⁸ CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 19-20.

⁶³⁹ Kanunda boşluk (*Lücke im Gesetz*) bulunması için kanunda noksanlık (*Unvollständigkeit*) olması gerektiğini; yani kanunda ilgili konuya ilişkin bir emir (*Befehlen*), yasak (*Gebot*) veya düzenleme (*Anordnung*) içeren bir değerlendirme (*Wertung*) ve doğrudan uygulanabilir bir kuralın (*unmittelbar anwendbare Norm*) bulunmaması halinde söz konusu olur, bkz. Canaris, Lücken, s. 19-20, n. 7-8. Kanunda boşluk bulunduğunun (*planwidrige Unvollständigkeit*) kabul edilebilmesi için kanun koyucunun bir olgu veya durumu bilinçli olarak düzenlememiş olmaması, yani bilinçli susmanın (*qualifiziertes Schweigen*) bulunmaması gerekir, bkz. Schmidt, Rechtsfortbildung, s. 58.

⁶⁴⁰ HKK/Dorn, BGB § 241 n. 84-85.

⁶⁴¹ Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich, 1988, s. 335-336; Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1491; Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 n. 7. Açıkça belirtmemekle beraber yan yükümlülüklerin ihlali halinde CO 97 (TBK m. 112)'nin doğrudan veya kıyasen uygulanması imkanından ziyade, yan yükümlülüklerin ifa imkansızlığına, temerrüde ve kötü ifaya konu olabileceklerini belirterek ilgili hükümlere işaret eden Thévenoz da kanımızca benzer bir görüş benimsemektedir, krş. CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25; Aynı hususta ayrıca bkz. Huguenin, §8 n. 853; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 67.05.

ve TBK m. 112 ve kötü ifaya ilişkin özel düzenlemelerin tamamı değerlendirilerek hukuki kıyas yoluyla tespit edilmelidir⁶⁴².

Bu noktada bir parantez açarak *Thévenoz*'un değindiği, İsviçre ve Türk hukuklarını doğrudan ilgilendirmese de OR 97 ve TBK m. 112'nin anlamlandırılması açısından önem arz eden bir düzenlemeye kısaca değinilmelidir. OR 97 ve TBK m. 112'in esas mehası sayılabilecek düzenleme, Alman Borçlar Hukuku Reformundan önce yürürlükte olan ve imkânsızlık dogmasının daha net ifade edildiği BGB § 275'e⁶⁴³ dayandırılmaktadır. 2002 Reformu öncesi Alman öğretisinde bazı yazarlar, kötü ifa ya da bazı davranış yükümlülüklerinin ihlali teşkil eden borca aykırılık hallerini, sözleşmenin ya da ifanın başarıya ulaşması (*Leistungserfolg*) kavramı ekseninde ele alıp kısmi imkânsızlık kapsamında değerlendirmekte ve eski BGB § 275'in uygulama alanı içinde düşünmekteydi⁶⁴⁴. Ancak bu düşünce, bu borca aykırılık hallerini hükmün doğrudan uygulama alanına dâhil etme çabasına dayanmaktadır. Her halükârda, bu kapsamda değerlendirilemeyen borca aykırılık hallerinin de bulunduğu ve bunlar açısından yasada boşluk olduğu kabul edilmekteydi. Yargı uygulaması ise karar gerekçelerinde buradaki yasa boşluğunun giderilmesini değerlendirmeksizin eski BGB § 275 ve 276'nın doğrudan uygulanabilir olduğuna hükmetmekteydi. *Staub* ve bazı yazarlar ise yasadaki boşluğun temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla

⁶⁴² Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 n. 6-7. Bununla beraber, Yazar, daha eski tarihli "Sözleşmeden Dönme" adlı çalışmasında TBK m. 112'nin gereği gibi ifa etmeme ifadesini imkânsızlık dışında başka borca aykırılık hallerini de kapsadığı kabul etmekteydi, bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 283.

⁶⁴³ "Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich. "

⁶⁴⁴ Bu bağlamda Stoll, Mommsen'in imkânsızlık öğretisinin, edim ve ifa etmeme kavramlarını geniş anlamda ele aldığını belirtmektedir, bkz. Stoll, Abschied, s. 269. Himmelschein'in sözleşmenin müspet ihlali teorisine karşı çıkan görüşü de bu kategorideki borca aykırılık hallerini imkânsızlık kavramına dâhil etmektedir, bkz. Stoll, Abschied, s. 268. Yazarın kendisi de borca aykırılık hallerini kapsamak üzere "Forderungsverletzung" kavramını önermekte ve eski BGB kapsamında tazminat talebi imkânı bulunduğunu savunmaktadır, bkz. Stoll, Abschied, s. 282 vd. Bu görüş kapsamında önemli olan sözleşmeden beklenen amacın yerine getirilmesidir, bu nedenle ihlal edilen yükümlülüğün türü açısından ayırım yapılmaz, bkz. Stoll, Abschied, s. 288.

doldurulmasını önermekteydi⁶⁴⁵. Ancak *Larenz*’e göre, bu tür borca aykırılık halinde gündeme gelecek hukuki imkânlar; imkânsızlık veya temerrüt hükümleri değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin düzenlemelerin temeli ve ruhu (*Grundsatz*) temel alınarak tespit edilmeliydi⁶⁴⁶. Bu açıklamalar ışığında Alman hukukunda da Reformdan önceki dönemde genel norm olarak eski BGB § 275’in uygulanabilirliği konusunda benzer tartışmalar olduğu görülmektedir.

2. Değerlendirme

OR 97 ve TBK m. 112 hükümleri, eski BGB § 275’e nazaran lafzı itibariyle sözleşmenin müspet ihlali hallerini kapsamına almaya ilk bakışta daha elverişli görünmektedir. Ancak yine de İsviçre ve Türk hukuklarındaki anılan hükümlerin özü itibariyle parça borcunun imkânsızlaşması dogmasından bütünüyle sıyrılıp sıyrılmadıkları tartışmaya açıktır. Bu nedenle Alman Hukukunda Reform öncesi dönem, İsviçre ve Türk hukuklarındaki durumla büyük bir paralellik göstermektedir.

İsviçre ve Türk hukukunda öğretilde savunulan görüşleri kısaca özetlemek gerekirse, ilk görüş, yan yükümlülüklerin ihlalinin doğrudan veya hükmün amaçsal yorumuyla TBK m. 112’nin kapsamına girdiğini kabul etmektedir. İkinci görüş ise yasada bir boşluk olduğunu kabul ederek TBK m. 112 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanacağını savunmaktadır. Esasen çoğu uyuşmazlıkta, iki görüşün uygulanması da aynı sonuca varılmasını sağlayabilir. Ancak yan yükümlülüklerin türlerinin çeşitliliği düşünüldüğünde, ihlalin borcun gereği gibi ifa edilmemesi ifadesine

⁶⁴⁵ Larenz, §24-I-a, s. 367 ve dn. 15’teki yazarlar; HKK/Schermaier, vor BGB §§ 275 n. 87. Nitekim Alman İmparatorluk Mah İmparatorluk Mahkemesi de daha sonra sözleşmenin müspet ihlali kavramını kabul etmiştir, bkz. HKK/Schermaier, vor BGB §§ 275 n. 87.

⁶⁴⁶ Eski BGB dönemindeki görüşler hakkında birçokları yerine bkz. Larenz, §24-I-a, s. 366-367. Konuyu etkisi devam eden yan yükümlülükleri inceleyen çalışmada ele alan Hofmann, eski BGB döneminde sözleşmenin müspet ihlali kavramını benimseyen veya kısmi imkânsızlık çerçevesinde ele alan görüşlere değinmektedir, krş. Hofmann, s. 125 vd. Neumann ise sözleşmeden doğan davranış yükümlülüklerini, borcunun kast ve ihmalden doğan borca aykırılıktan sorumlu olduğunu düzenleyen eski BGB § 276’nın ilk paragrafına dayandırmaktadır. Yazar, görüşünü, gerekli özenin gösterilmediği davranışı ‘ihmal’ olarak tanımlayan ikinci cümleye dayandırmakta; ifaya bağlı davranış yükümlülüklerine (*leistungsbezogene Verhaltenspflichten*) aykırılığı ise işlem hayatının teamüllerine uymayan davranışları ise edimin başarıya ulaşmasını engelleyen davranış olarak ele almaktadır, krş. Neumann, *leistungsbezogene Verhaltenspflichten*, s. 116.

sıkıştırılarak TBK m. 112'nin uygulanması ve zararın tazminine hükmedilmesi her olayda uygun bir çözüm olmaz.

Objektif tarihi yorum metoduna göre TBK m. 112'nin ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlandığı dönem hâkim olan anlayış düşünüldüğünde, maddenin lafzının işaret ettiği borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri, modern anlamda kötü ifa hallerini algılanarak veya öngörülerek düzenlenmemiştir. Burada gereği gibi ifa edilmeme ifadesiyle kastedilen, sözleşmenin müspet ihlali kapsamına giren olgulardan ziyade, borçlunun sorumlu olduğu kısmi imkânsızlıktır⁶⁴⁷. Ancak kanunlar, yapıldığı dönemde kanun koyucunun kanunu düzenleme amacından ve kanun gerekçesinden bağımsız yorumlanır. Bu nedenle kodifikasyon dönemine hâkim olan anlayıştan uzaklaşılarak kanun hükmünün yorumlandığı zaman hâkim olan hukuk anlayışı ve uygulamasına göre değerlendirme yapmak gerekir. Ancak zamana göre objektif yorum metodu yan yükümlülüklerin ihlalinin TBK m. 112 hükmünün kapsamına girmesi sonucunu doğurmaz. Her ne kadar eski BGB'ye göre TBK m. 112'nin ve OR 97'nin lafzı daha kapsamlı görünse de⁶⁴⁸ anılan hüküm ruhu ve öngördüğü yaptırımın zararın tazmininden ibaret olması, yan yükümlülüklerin ihlaline uygun bir hukuki düzenleme sunmamaktadır. Ayrıca ileride açıklanacağı üzere yan yükümlülüklerin ihlali halinde, bir görüşe göre TBK m. 112 kapsamında ihlalin muhatabı tarafa sözleşmeden dönme imkânı tanınmaktadır. Ancak sözleşmeden dönmenin *ultima ratio* bir imkan olması nedeniyle bu hukuki imkânın doğması, 'ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşması' şartına bağlıdır. Bu gerekçelerle hükmün objektif zamana göre yorumu da TBK m. 112'nin doğrudan uygulanabilir bir hüküm olmadığını ortaya koymaktadır.

Sonuç itibariyle, yan yükümlülüklerin ihlali halinde yasa koyucunun yasanın hazırlandığı tarihte öngörmediği bir borca aykırılık halinin var olduğu ve mevzuatta lafzı ve ruhu itibariyle doğrudan uygulanabilir bir yasa hükmü bulunmadığını kabul etmek gerekir. TBK m. 112 hükmünün gereği gibi ifa etmeme ifadesi ilk bakışta borca aykırılık teşkil eden bütün olgular açısından kapsayıcı görünse de hükmün öngördüğü hukuki sonuçlar, yan yükümlülüklerin ihlali bağlamında adil bir çözüm

⁶⁴⁷ Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1487; Peter Jäggi, Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung, Mélanges Wilhelm Schöenberger, Freiburg, 1968, ss. 181-197, s. 182.

⁶⁴⁸ Eski BGB § 275 hakkında Alman hukukundaki ilgili açıklamalar için bkz. § 3.II.A.1.

sunamamaktadır. Bu nedenle konumuz bakımından, yan yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanması değerlendirilebilecek bir kanun hükmü bulunmakla beraber kanun hükmünün lafzı ve ruhu bağdaşmadığı için örtülü boşluk bulunmaktadır. Bu kabulü takiben, uygulanacak hükümler, TMK m. 1 kapsamında hâkimin hukuk yaratma yetkisi dâhilinde tespit edilir. Bu kapsamda, öğretideki yeni yaklaşımlar ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler ışığında, TBK m. 112 ve devamında yer alan hükümler ile özel hükümlerde düzenlenen borca aykırılık hallerine ilişkin düzenlemeler, somut olaydaki menfaatler dengesine ve taraflar arasındaki risk dağılıma göre kıyasen uygulanır. Burada uygulanan kıyas yöntemi, bütünsel kıyastır (*Gesamtanalogie*)⁶⁴⁹.

Son olarak belirtmek gerekir, TBK m. 112’de yer alan borca aykırılık düzenlemeleri emredici nitelikte olmadığından⁶⁵⁰ sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşme tarafları; yan yükümlülüklerin kapsamını, hangi olguların yan yükümlülüklerin ihlali niteliğinde olduğunu ve yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçlarını sözleşmede kararlaştırabilir.

B. Borcun Konusuna Göre Yan Yükümlülüklerin İhlaline Uygulanacak Hükümler

Bir yan yükümlülüğün ihlali halinde kıyasen uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi için somut olayda ihlal edilen yan yükümlülüğün konusunun incelenmesi gerekir. Bir yan yükümlülüğün konusu verme (sözleşme konusuna ilişkin belge sağlama borçları), yapma (aydınlatma yükümlülüğü) veya yapmama (sır saklama veya rekabet etmeme yükümlülüğü) borcu şeklinde olabilir. Diğer yandan, yükümlülüğün doğasına göre borçlusunun şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu veya üçüncü kişi

⁶⁴⁹ Hâkimin hukuk yaratma yetkisi çerçevesinde kanunda öngörülmemiş bir olguya, niteliğine uygun değerde bir hükmün uygulanması *münferit kıyas (Einzelanalogie)*; kanunda öngörülmemiş birden fazla olguya, ortak bir hukuki zemin bulunması sebebiyle kanunda yer alan bir dizi hükmün uygulanması ise *bütünsel kıyas (Gesamtanalogie)* olarak adlandırılır, bkz. Koller, OR AT 2022, s. 144 n. 10.10.; Gökhan Antalya, Hukuk Metodolojisi, Ankara, Seçkin, 2021, n. 1390.

⁶⁵⁰ BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 59; BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97–109 n. 21; Elisabeth Glättli, Zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung, Schultess, 1998, s. 4.

tarafından ifa edilebilecek bir yan yükümlülük söz konusu olabilir. Bu açıdan yükümlülüğün konusu ve niteliği açısından bakıldığında, esasen yan yükümlülükler ve edim yükümlülükleri arasında büyük farklar yoktur. Nitekim *Bachmann*'ın BGB açısından belirttiği gibi, İsviçre ve Türk Borçlar kanunları bakımından da yan yükümlülükleri ihlaline, asli edim yükümlülüğünün ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin uygulanması bir zorluk yaratmaz.

1. Yükümlülüğün Koruduğu Menfaatin Türüne Göre Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi

İfaya bağlı yan yükümlülükler; edim yükümlülükleri gibi imkânsızlık, temerrüt ve kötü ifaya konu olabilir. Bu durumda ilgili borca aykırılık türüne özgü yasal düzenlemeler kıyasen uygulama alanı bulur⁶⁵¹. Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ise, yükümlülüğün niteliği gereği kural olarak zarara uğrayan sözleşme tarafı tazminat talebinde bulunabilir⁶⁵². Koruma yükümlülüklerine ilişkin bu genellemenin sebebi ise bu yükümlülüklerin çoğu zaman şahsen ifa edilmesi gereken yapma veya yapmama borcunu konu alması ve ihlalinin imkânsızlık⁶⁵³ teşkil etmesidir.

Bu borca aykırılık türlerine ek olarak ve geniş anlamda ifa engelleri anlamında, aşırı ifa güçlüğü ve sözleşmenin uyarlanması imkânı da bir yan yükümlülük ile ilişkisi olarak istisnai hallerde gündeme gelebilir. Buna örnek olarak kira sözleşmesi açısından yan giderlerin aşırı ölçüde artması veya bir kişilik hakkının orantısız olarak zarar görmesi gibi haller verilmektedir⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 67.05; Huguenin, §8 n. 853. Buradaki kıyasen uygulamanın dayanağı, ihlal edilen münferit yan yükümlülüğe konusu ve ihlal teşkil eden olgu açısından benzer bir edim yükümlülüğü ile bağlantı kurulmasıdır. Nitekim kanunda düzenlenmemiş bir olgu, kanunda düzenlenen bir olguyla aynıyet (*Gleichheit*) gösteriyorsa bu takdirde düzenlenen duruma ilişkin kural, düzenlenmeyen duruma kıyasen uygulanır, bkz. Canaris, Lücken, s. 25 n. 14.

⁶⁵² Huguenin, §8, n. 853; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 67.05.

⁶⁵³ Bağımsız yan yükümlülüklerin imkânsızlığa uğraması halinde borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına göre TBK m. 112 veya TBK m. 136'nın uygulanacağı hakkında bkz. Kurt, İmkânsızlık, s. 311.

⁶⁵⁴ Erman/Martens, BGB § 241 n. 21.

2. Yükümlülüğün Konusuna Göre Uygulanacak Hükümlerin Değerlendirilmesi

Verme ve yapma borcu niteliğindeki yan yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmemesi halinde temerrüt ve imkânsızlık hükümleri uygulanabilir. Aynen ifası talep edilebilecek nitelikte bir yükümlülük söz konusu ise TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasıyla borçluya süre verilerek aynen ifası talep edilebilir. Aynen ifa edilmeye elverişli bir yükümlülük değilse veya aynen ifadan beklenen menfaat elde edilemeyecekse bu durumda yan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan olumlu zararın tazmini talep edilebilir (TBK m. 112 veya TBK m. 124-125'in kıyasen uygulanmasıyla). Diğer yandan, eğer yan yükümlülüğe aykırılık sözleşmeyle bağlı kalmasını katlanılamaz kılıyorsa, bu takdirde ilgili sözleşme tarafı TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeden dönebilir ya da sürekli edimin ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerde sözleşmeyi feshedebilir.

Ayrıca yapma edimini konu alan yan yükümlülükler açısından TBK m. 113'te öngörülen üçüncü kişiye yaptırma imkânının uygulanabilirliği değerlendirilmelidir⁶⁵⁵. Yapma borcu niteliğindeki yan yükümlülükler, çoğu zaman nitelikleri gereği yalnızca ilgili sözleşme tarafının ifa edebileceği, onun şahsen ifa etmesi gereken bir borç niteliğindedir⁶⁵⁶. Bu nedenle ifa edilmemesi halinde tazminat talebi gündeme gelir ve TBK m. 113/1'de yapma borçları için öngörülen üçüncü kişiye yaptırma prosedürü uygulanmaz⁶⁵⁷. Bir ifaya bağlı yan yükümlülüğün şahsa bağlı olmayan borç niteliğinde

⁶⁵⁵ Sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden borca aykırılık hallerinde de TBK m. 113/1'in uygulanabileceği görüşündedir, bkz. Aydınçık, s. 182.

⁶⁵⁶ Luc Thévenoz, Art 98, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 9; Hadžimanović, s. 110.

⁶⁵⁷ Burada TBK m. 113/1'nin; nama ifa (*Ersatzvornahme*) (*l'exécution par substitution*) veya tazminat hükmü olmasına ilişkin her iki görüş de kişiye bağlı yapma borçları (*individuelle Leistung*) bakımından üçüncü kişinin ifasının mümkün olmadığı konusunda hemfikirdir, bkz. Bucher, OR AT, s. 331-332; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2507 vd.; BSK OR I-Wiegand, Art. 98, n. 5 vd.; CR CO I-Thévenoz, Art. 98 n. 8 ve CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 13; Şirin Aydınçık, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 72 ve bu durum objektif imkansızlık olduğundan TBK m. 113/1'in uygulanmayacağına ilişkin bkz. a.e., s. 180. Thévenoz ise soruna pratik açıdan bakarak şahsen ifa edilecek borçlar açısından OR 98'e başvurulmasının alacaklı açıdan yararsız olduğuna dikkat çekmektedir, bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 98 n. 9. Nama ifa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydınçık, s. 87 vd.

olduğu ve bu nedenle gereği gibi ifası için borçlunun bizzat ifada bulunması gerekmediği takdirde⁶⁵⁸ ise yan yükümlülüğün alacaklısı, TBK m. 113/1’de öngörülen nama ifa imkânına başvurabilir⁶⁵⁹. Örneğin; raporlama ve hesap yükümlülükleri (*Pflicht zu regelmässigen Rapporten und Abrechnungen*) gibi yan yükümlülükler (*Handlungsnebenpflichten*) nama ifaya müsaittir⁶⁶⁰. Diğer bir örnek olarak sözleşme konusuyla ilgili resmi bir makamdan izin veya onay alınması gerektiği halde borçlu bundan kaçınıyorsa, yan yükümlülüğün alacaklısı m. 113’teki prosedürü izleyerek bu tür resmi süreçleri profesyonel bir üçüncü kişiye yaptırabilir.

Son olarak yapmama borcu, kaçınma (*obligationes non faciendi*) veya katlanma (*obligationes ad patiendum*) şeklinde ortaya çıkan ve borçlunun belirli bir tür davranışın yapmaktan imtina etmesine konu olan edimlerdir⁶⁶¹. Yapmama yükümlülüğü niteliğindeki yan yükümlülükler; bir yandan asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifasını imkânsız kılacak hususlardan kaçınma, diğer yandan sözleşmenin gayesini olumsuz etkileyecek davranışlarda bulunmamayı kapsar⁶⁶². Örneğin; kullanım ödöncü sözleşmesiyle kütüphaneden ödünç alınan bir kitap, iade anında ödünç alındığı koşullarda teslim edilmelidir. Kitabın olağan kullanımı aşan düzeyde yıpranması veya bazı sayfalarının yırtılmış olması halinde, kullanım süresinde kitaba zarar vermektan kaçınma yükümlülüğü ihlal edilmiştir. Yapmama borcu niteliğindeki yan yükümlülükler çoğu zaman dürüstlük kuralından doğmakla beraber bazen taraflar

⁶⁵⁸ Şahsen ifa edilmesi gerekmeyen bir yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde ise sübjektif imkânsızlık niteliğindedir, bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 921. Ancak bunun gerçek bir imkânsızlık olmaması itibariyle temerrüt söz konusudur, bkz. Aydınçık, s. 180-181.

⁶⁵⁹ Nama ifanın hukuki niteliği itibariyle ifa talebi niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Erman/Martens, BGB § 241 n. 13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 921; aynen ifaya nazaran ikincil nitelikte bir ifa olduğu görüşünde krş. Aydınçık, s. 103. Tazminat hükmü olduğuna ilişkin bkz. Öguzman/Öz, n. 1237-1238 ve n. 1460. İki görüşün en önemli pratik sonuçlarından biri, TBK m. 113/1’e başvurulabilmesi için borçlunun kusurunun aranıp aranmayacağı noktasındadır, bkz. Öguzman/Öz, n. 1413; Aydınçık, s. 113; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 162. Nama ifanın dogmatik niteliği ise maddi hukuk temelli ifa teorisi (*Erfüllungstheorie*) ve usul hukuku temelli icra teorisi (*Vollstreckungstheorie*) ile açıklanmaktadır. Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 160.

⁶⁶⁰ Rolf H. Weber / Susan Emmenegger, Art. 98, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020, n. 103.

⁶⁶¹ Dural, yapmama borçlarının asli edim olarak düzenlenen bağımsız yapmama borçları, yan borç ve edim yükümlülüğüyle birleşmiş bir birleşik yapmama borcu olarak ve katlanma borcu olarak dört farklı gruba ayırmaktadır, krş. Mustafa Dural, Akitten Doğan Yapmama Borçları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1970, Cilt 4, Sayı 6, s. 7-22, s. 9 vd.

⁶⁶² Staudinger/Olzen, § 241 n. 149; Dural, s. 10.

arasındaki anlaşmaya da dayanabilir. Örneğin; özen yükümlülüğü, sözleşmenin amacına sadakat ve sözleşmenin amacını tehlikeye atmama yükümlülüğü gibi bazı yan yükümlülükler açıkça kararlaştırılmasa da dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler iken; rekabet etmeme yükümlülüğü, gizlilik yükümlülüğü (gizli bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü), sır saklama yükümlülüğü kimi zaman sözleşmede açıkça kararlaştırılır⁶⁶³. Yapmama borcu niteliğinde olan yan yükümlülüklerin ihlali halinde TBK m. 113/2-3 kıyasen uygulanır⁶⁶⁴. Bu kapsamda TBK m. 113/2 uyarınca yapmama borcunun ihlali halinde doğan zararın tazmini, TBK m. 113/3'e göre ise yapmama borcunun ihlali nedeniyle ortaya çıkan sözleşmeye aykırılığın giderilmesi⁶⁶⁵ talep edilebilir⁶⁶⁶. Ancak her halükarda yapmama edimini konu alan bir yan yükümlülüğün aynen ifası talep edilebilir⁶⁶⁷. Bu açıdan TBK m. 113/2, aynen ifa talebini engelleyen bir düzenleme değildir⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Wolfgang Wiegand, Art. 98, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, n. 9.

⁶⁶⁴ BSK OR-Wiegand, Art. 98 n. 10; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 98 n. 144; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 98 n. 64; HaKo-Giger, Art. 97 n. 22; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 37; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2652; Hans Peter Walter, “Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d’information: 10 ans après”, Journée de la responsabilité civile 2008: La responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel, ed. Christine Chappuis, Bénédict Winiger, Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, 2008, s. 159. TBK m. 113/2’nin Sözleşmesel özen yükümlülüğü ihlali gibi sözleşmenin müspet ihlalleri hallerinde uygulanacağına ilişkin bkz. BSK OR I-Wiegand, Art. 98 n. 9; Weber/Emmenegger’e göre bu hüküm sözleşmenin müspet ihlali kapsamında değerlendirilir. Çünkü düzenlemenin uygulama alanı bakımından ne bir temerrüt hali vardır ne de yapma ve yapmama borçlarının ihlalinin bulunduğu her durum bir imkânsızlığa yol açar, bkz. BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 144.

⁶⁶⁵ TBK m. 113/3 kapsamında sözleşmeye aykırılığın giderilmesi esasında aynen ifa talebinin bir görünümüdür, bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 98 n. 21.

⁶⁶⁶ İki talebin birlikte ileri sürülmesi de mümkündür, bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 98 n. 25; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2520-2521.

⁶⁶⁷ Örnek haller için bkz. §1.I.E.1.b.iii.

⁶⁶⁸ Dural, s. 21; CR CO I-Thévenoz, Art. 98 n. 25. Bu takdirde alacaklının temerrüt hükümlerine dayanarak aynen ifa talebinde bulunacağına ilişkin bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 924; krş. Dural, s. 19.

C. Koruma Yükümlülüklerinin İhlalinin Haksız Fiil Sorumluluk Rejimi ile İlişkisi

Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde bir tarafın bütünlük menfaati ihlal edilir. Bu kapsamda bir mutlak hak veya özel bir koruma normuyla korunan başka bir hak ya da menfaat ihlal edildiyse, koruma yükümlülüğünün ihlalinin doğan sözleşmesel sorumluluğa paralel olarak, ihlalde bulunan sözleşme tarafının haksız fiil sorumluluğu da doğar. Alternatif yarışma (*alternative Konkurrenz*) (*concoures alternatif*) ilkesi gereği, zarar gören taraf, zararın tazmini talebini haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk rejimlerinden hangisi dâhilinde ileri süreceğine karar verme yetkisine sahiptir⁶⁶⁹. Örneğin; ameliyat sırasında bir hata yaparak hastaya zarar veren doktorun sorumluluğu⁶⁷⁰, bir otelin satıcıdan aldığı termostatu bozuk bir fritözün alev alması sebebiyle otelde yangın çıkması⁶⁷¹, bir tamirhane sahibinin kendisine teslim edilen otomobili gerekli şekilde tamir etmesine rağmen uzun yıllar kullanılmadan bırakması ve aracın bu nedenle bozulması⁶⁷², kayak pistine asansör kuran asansör şirketinin güvenlik tedbirleri almaması nedeniyle bir kayakçının yaralanması⁶⁷³ hallerinde sözleşmeden ve haksız fiil sorumluluğundan doğan talepler yarışır. Zarar gören taraf, somut olayda talep sahibi hangi sorumluluk

⁶⁶⁹ Fikret Eren / Ünsal Dönmez, “TBK m. 60”, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1 – 48, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, n. 3; Öz, TBK m. 112, n. 16; Antalya/Topuz, n. 2204; Antalya, Hukuk Metodolojisi, n. 647; Huguenin, §8 n. 908; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 182; Felmann, Integration, s. 99; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 13; Engel, s. 756-757; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 19; Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1490; MüKoBGB/Ernst, BGB § 280 n. 112; Isabelle Wildhaber / Sevdâ Dede, Art. 127 OR, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2021, n. 123. Alman hukukunda da aynı esas kabul edilmektedir, bkz. MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 N. 47. Zemp ise sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel normlar arasındaki ilişkiyi taleplerin yarışması (*Anspruchskonkurrenz*) olarak ele almaktadır, bkz. Daniel Zemp, Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und Zivilprozessuale Zuständigkeit nach schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, n. 20.

⁶⁷⁰ ATF 64 II 200.

⁶⁷¹ ATF 90 II 88.

⁶⁷² DC 1990/4, p. 100.

⁶⁷³ ATF 130 III 193 (195 s.), c. 2.2; ATF 126 III 113; ATF 121 III 358; ATF 113 II 246 Ayrıca BGE 99 II 315, n. 5; BGE 133 III 121, n. 3.1; BGE 64 II 258; BGE 72 II 316.

sebebine dayanarak talebini ileri sürdüğünü açıkladıktan sonra, seçtiği dayanağa ilişkin sorumluluk rejiminin kurallarının bütünüyle uygulanacağı kabul edilir⁶⁷⁴.

Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğuna dayanan talep haklarının kural olarak yarışacağı kabul edilse de çoğu zaman sözleşmesel sorumluluk rejimine başvurmak zarar gören açısından daha avantajlıdır. Sözleşmesel sorumluluğa başvurulması halinde, kural olarak kusurun ispatı, zamanaşımı, salt malvarlığı zararının tazmini ve ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk bakımından daha avantajlı bir konum doğar⁶⁷⁵.

Sunduğu daha avantajlı konum, sözleşmesel sorumluluğun alanının, haksız fiil sorumluluğunun alanı aleyhine *de facto* genişlemesine sebep olmaktadır⁶⁷⁶. Sözleşme çatısı altında gerçekleşen koruma yükümlülüklerine aykırı davranış, hâkim görüş tarafından sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olarak değerlendirilse de öğretide bazı

⁶⁷⁴ Felmann, Integration, s. 99; Alman hukukunda da aynı esas kabul edilmektedir, bkz. MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 N. 47.

⁶⁷⁵ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 13; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34; Eren/Dönmez, TBK m. 60, n. 5. Genel olarak sözleşmesel sorumluluk rejimi, haksız fiil rejimine nazaran zarar gören açısından dava avantajlı bir başvuru imkânı sağladığı kabul edilir. Ancak yasada sebep sorumluluğunun düzenlediği hallerde, kurtuluş imkânı öngörülmeleyen kusursuz sorumluluk hallerinde veya sözleşmede sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunması ihtimalinde haksız fiil sorumluluğuna başvurmak; somut olayda daha avantajlı bir konum sağlayabilir, bkz. CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97 n. 20-21; BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97 – 109 OR n. 15; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 13; Walter, Schuldverhältnis, s. 74; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 54-55; Öz, TBK m. 112, n. 7; Atamer, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zarar, s. 101. Bununla beraber, bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunması halinde bunun, zarar verene haksız fiil sorumluluğu kapsamında da sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği yönünde bkz. Wolfgang Wiegand, Art. 100, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 100 n. 3, Luc Thévenoz, Art. 100, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 11-12; Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 124-125; Eren/Dönmez, TBK m. 60, n. 5. Ayrıca prensip olarak sözleşmesel sorumluluk için sorumsuzluk anlaşması yapılması halinde, daha sonra sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğuna dayanan taleplerin yarıştığı bir hal ortaya çıkarsa sorumsuzluk anlaşmasının prensip olarak haksız fiil sorumluluğuna dayanan talebi de etkileyeceği kabul edilmektedir. Detaylı açıklama için bkz. Başalp, s. 126-127; Nalan Kahveci, “TBK m. 115”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt – 2, 3 (madde 83-206), 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, n. 10.

⁶⁷⁶ MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 N. 47; Fänger, s. 189-190. Bununla beraber, koruma yükümlülüklerinin Fransız hukukundaki muadili olan *obligation de sécurité* ve ihlali açısından taleplerin tartışması gündeme gelmez. Fransız hukukunda bu durumda taleplerin yarışmayacağı esası (*non-cumul*) benimsenir ve sözleşmesel sorumluluk rejiminin kurallarının uygulanacağı kabul edilir, bkz. Fänger, s. 190.

yazarlar konunun münhasıran haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesini savunmaktadır. Özellikle İsviçre hukukunda, koruma yükümlülüğünün ihlali halinde haksız fiil sorumluluk rejiminin uygulanmasına ilişkin yaklaşımlar görülmektedir⁶⁷⁷. *Thévenoz*, sözleşmenin negatif ihlali ve pozitif ihlali kavramlarının İsviçre hukukuna yabancı olduğunu belirtmektedir. Yazar, özellikle bir koruma yükümlülüğünün ihlali halinde ise bunu haksız fiil çerçevesinde işleyen bir fail ile sözleşme çatısı altında işleyen borçlu açısından farklı sorumluluk rejimlerinin uygulanmasını sorgulamaktadır. Bununla beraber, koruma yükümlülüklerinin ihlalinin sözleşmesel sorumluluğa tabi olması için sözleşme taraflarının bu tür risklerin dağılımını, yani koruma yükümlülüklerinin ihlalinin sözleşmesel sorumluluğa tabi tutulmasını sözleşmede kararlaştırabileceklerini de belirtmektedir⁶⁷⁸. *Jäggi* ise borcun gereği gibi ifa edilmemesi olarak nitelendirilecek borca aykırılık hallerinin, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin rejime tabi olmasını savunmaktadır⁶⁷⁹. *Werro* ise borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde genel norm olan OR 97 (TBK m. 112)'nin uygulanabileceğini prensip olarak kabul etmekte, ancak bunu sonuç taahhüdünü (*obligation de résultat*) konu alan yan yükümlülüklerin ihlaline özgülemektedir. Diğer yandan, yan yükümlülüğün konusu bir hazırlık fiili ise bu takdirde OR 41 (TBK m. 49)'un uygulama alanı bulmasını önermektedir⁶⁸⁰. Yazara göre edim yükümlülükleri ifa sonucunu, koruma yükümlülükleri ise ifa fiilini konu alır. İfa sonucu gereği gibi yerine getirmemenin sonucunda sözleşmesel sorumluluk hükümleri gündeme gelirken, ifa fiilini konu alan koruma yükümlülüklerine aykırılığın sonucu haksız fiil sorumluluk rejimine tabidir⁶⁸¹. Örneğin, bir teleferik şirketiyle kayakçı arasındaki sözleşmede kayakçının ulaşımının sağlanmasını konu alan edim yükümlülüğü ifa sonucunu konu alır ve ihlali halinde TBK m. 112 (OR 97) hükümleri uygulanır. Kayakçının güvenliği için gereken önlemler alınarak ulaşımın sağlanması ise ifa fiili olarak vuku bulan bir koruma yükümlülüğüdür ve TBK m. 49 (OR 41) hükümlerine tabidir⁶⁸². *Werro*'nun ifa sonucu-ifa fiiline dayanan ayrımı, Fransız hukukundaki

⁶⁷⁷ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 17.

⁶⁷⁸ Krş. CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 16-17.

⁶⁷⁹ Jäggi, s. 189 vd.

⁶⁸⁰ Werro, n. 827.

⁶⁸¹ Werro, n. 828 vd.

⁶⁸² Yazarın örneği alınmıştır. Örnek için bkz. Werro, n. 817.

obligation de securité kavramına getirilen eleştirilerden esinlenmiş görünmektedir. Ancak İsviçre ve Türk hukuklarında edim fiili ve edim sonucunun ayrımın, yükümlülüğün sözleşmeyle ilişkisi ve tabi olduğu sorumluluk rejimiyle bir ilişkisi yoktur.

Öğretide azınlıkta kalan bu görüşe karşılık, İsviçre ve Türk hukuklarında haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasındaki yarışma genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim *Fellmann*, uluslararası alanda genel eğilim ve hizmet sektörünün hızlı ilerlemesi de dikkate alındığında, sözleşmesel sorumluluğun alanının genişlemesinde sakınca görülmediğini belirtmektedir⁶⁸³. Böylece hem zarar gören kendisi için daha avantajlı bir rejime göre zararın tazminini talep edebilmekte, hem de sözleşmeden doğan borçlara aykırılık halinde her yükümlülük türü için farklı bir hukuki rejim uygulanmamış olmaktadır⁶⁸⁴. Geçmişte koruma yükümlülüklerinin kısmen haksız fiil rejimine tabi olması gerektiğini belirtmiş olan⁶⁸⁵ *Koller* de, yakın tarihli eserinde sözleşmesel koruma yükümlülüklerinin, haksız fiil hukukundan kaynaklanan genel koruma yükümlülüklerine nazaran kural olarak üstün tutulacağını, münferit durumlarda taleplerin yarışması kurumuna başvurulabileceğini belirtmektedir⁶⁸⁶.

Kanımızca sözleşme çerçevesinde bir araya gelen tarafların sözleşmenin konusuyla ilgili bir zararın sözleşmesel sorumluluğun avantajlı kuralları altında tazmin edilmesi makul ve meşrudur. Nihayetinde haksız fiil sorumluluğu, bir mutlak hakkın ihlalini her hukuk süjesine karşı korumaktadır. Her gerçek veya tüzel kişi, muhtemel bir davranışıyla herkese zarar verebilecek konumdadır ve bu da sorumluluk alanını oldukça geniş çizmektedir. Bu nedenle kural olarak mutlak hak ihlalinin gerekmesi, kusurun ispatı, zamanaşımı ve benzeri yönlerden kendi lehine kurallar ile bu sorumluluğun alanının daraltılması makuldür. Ancak sözleşme tarafları, bilinçli olarak muhataplarını seçmiş ve sözleşme konusu çerçevesinde karşı tarafın hukuk alanına etki etme gücüne kavuşmuştur. Bu nedenle koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde

⁶⁸³ Fellmann, *Integration*, s. 107.

⁶⁸⁴ CR CO I-Thévenoz, *Intro. aux Art. 97-109* n. 18.

⁶⁸⁵ Koller, *positive Vertragsverletzungen*, s. 1489 vd.

⁶⁸⁶ Koller, *OR AT 2022*, s. 787 n. 48.27-48.28.

zarar gören sözleşme tarafının yarışma kurallarından yararlanması adil ve meşru görülmelidir.



III.ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER

A. İş Görme Sözleşmelerinde Özen Yükümlülüğünün İhlali

Karakteristik edim yükümlülüğünün edim fiili olduğu iş görme sözleşmelerinde borçlu, iş görme ediminin özenli olarak ifasını borçlanmıştır. Bu tür iş görme sözleşmelerinde özen yükümlülüğünün sözleşmeden doğan yükümlülüklerin tasnifindeki yeri özellik arz eder. Edim fiilinin (*Leistungshandlung*) (*obligation de moyen*) borçlanıldığı vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde borçlunun özen yükümlülüğünün, asli edim yükümlülüğünün bir parçası mı yoksa bir yan yükümlülük mü olduğu tartışmalıdır⁶⁸⁷. Katıldığımız görüşe göre bu tür iş görme sözleşmelerinde özen yükümlülüğü, eğer taahhüt edilen esas edim fiilini doğrudan ilgilendiriyorsa asli edim yükümlülüğünün bir parçasıdır⁶⁸⁸. Örneğin; vekâlet sözleşmesinde vekil asli edim yükümlülüğü olarak bir edim sonucunu değil, bir iş görme fiilinin özenli olarak yerine getirilmesini borçlanmaktadır⁶⁸⁹. Bu takdirde özen yükümlülüğünün ihlali, bir yan yükümlülüğün ihlali değil, asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan bir borca aykırılıktır⁶⁹⁰. Vekil, edim yükümlülüğünün

⁶⁸⁷ BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 31; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 57; KUKO OR-Thier, Art. 97 n. 14; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 57; İsviçre ve Türk hukuklarında vekilin özen yükümlülüğü açısından bkz. Gümüş, Özen Borcu, s. 130 vd.

⁶⁸⁸ Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2628; Kamp, s. 41. Kamp, bu bağlamda kural olarak sinallagma ilişkisinde olma menfaati (*Äquivalenzinteresse*) ve bütünlük menfaatinin (*Integritätsinteresse*) birbirini dışlayan ve aynı anda bir yükümlülüğün konusu olamaması ile açıklamakta, özen veya gözetme yükümlülüğünün bir parçası olduğu edim yükümlülüğünün kendisinin bütünlük menfaatinin koruduğunu savunmaktadır. Diğer yandan, Oser/Weber ise vekâlet sözleşmesi bakımında özen yükümlülüğünü, temelde bir yan yükümlülük olarak nitelendirerek karşı görüştedir, krş. David Oser / Rolf H. Weber, Art. 398 OR, Basler Kommentar Obligationenrecht I, ed, Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, n. 8.

⁶⁸⁹ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 221; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 28; Jauernig/Mansel, BGB § 241 n. 10; Hadžimanović, s. 102-103; Walter Fellmann, Art. 394, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, 1992, Art. 394, n. 247 vd.; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 57; Gümüş, Özen Borcu, s. 142.

⁶⁹⁰ BK OR-Müller, Art. 1-18 OR mit Einl. in das OR n. 203; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 120. Kimi zaman özen ve koruma yükümlülüğünü, bir asli edim yükümlülüğü de olabilir. Örneğin; Alman Federal Mahkemesine konu olan bir olayda, kumarhane ile oyuncu arasında yapılan ve oyuncuyu aşırı borca girmesi rizikosuna karşı kendisine karşı koruyan bir sözleşmede bu koruma ve gözetme yükümlülüğünü bir asli edim yükümlülüğü olarak kararlaştırıldığını belirtmiştir, bkz. BGH NJW 2012, 48); BGH NJW 2006, 362; 08, 840. Buna karşılık vekilin sadakat yükümlülüğü, bir yan yükümlülüktür, bkz. Walter Fellmann, Art. 398, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK -

dışında, hesap verme yükümlülüğü ve aydınlatma yükümlülüğü gibi yan yükümlülüklerini de özenle ifa etmekle yükümlüdür⁶⁹¹. Buna karşılık, edim sonucunun (*Leistungserfolg*) üstlenildiği bir iş görme sözleşmesi türü olan eser sözleşmesinde yüklenicinin özen ve sadakat yükümlülüğü bir yan yükümlülüktür⁶⁹². Edim sonucunun ortaya çıkarılmasında bu yükümlülük ihlal edilmişse, somut olaydaki ihlalin niteliğine göre bir yan yükümlülük ihlali veya edim sonucu etkilendiyse ayıplı ifa söz konusu olur.

İkinci husus ise özen yükümlülüğünün ihlalinin kusur unsuru bağlamında değerlendirilmesidir⁶⁹³. Ancak edim fiilinin üstlenildiği sözleşmelerde özen yükümlülüğünün ihlalinin kusurun varlığının tespit edilmesindeki anlamı ve ispat yüküne ilişkin sonuçları, başlı başına inceleme konusu olabilecek derinlikte bir meseledir⁶⁹⁴. Bu nedenle çalışma kapsamından uzaklaşmamak adına yalnızca ilk

Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, 1992, Art. 398 n. 24; BSK OR I-Oser/Weber, Art. 398 n. 8; , Carole L. Gehrer Cordey / Gion Giger, Art. 398, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, Art. 398, s. 479 n. 3.

⁶⁹¹ BSK OR-Oser/Weber, Art. 398 n. 25-26; Huguenin, §35 n. 3263. Özen yükümlülüğünün bu bağlamda bir yan yükümlülük niteliğinde olduğuna ilişkin krş. CHK OR-Gehrer Cordey/Giger, Art. 398, s. 482 n. 8.

⁶⁹² Gauch, Werkvertrag, n. 813; Huguenin, §34 n. 3142. Yargıtay da eser sözleşmesinde özen yükümlülüğünü “yan borç” olarak nitelemektedir, bkz. Yarg. 13. HD, T. 05.04.1993, E. 131, K. 2741; Yarg. 15 HD, T. 24.01.1991, E. 2793, K. 148 (naklen Gümüş, Özen Borcu, s. 133).

⁶⁹³ BK OR-Fellmann, Art. 398 n. 22; Huguenin, §35 n. 3262; CHK OR-Gehrer Cordey/Giger, Art. 398 n. 8. Ancak bu durumda özen yükümlülüğü soyut ve afaki bir kritere göre değil; alacaklının sözleşme kurulduğu anda edim davranışını üstlenen borçlunun niteliklerini dikkate alarak ondan beklendiği veya bekleyebileceği özen yükümlülüğüne göre belirlenir, bkz. CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 11. Nitekim Yargıtay da vekilin sorumluluğu bakımından sözleşmeye aykırılık olgusu olarak özen yükümlülüğüne aykırılık ile kusurun ölçütü olarak özen yükümlülüğüne aykırılığı adeta aynı potada eriterek değerlendirme yapmaktadır. Örneğin bir kararında özen yükümlülüğünü önce edim fiilinin taahhüt edildiği vekalet sözleşmesi bağlamında değerlendirmiş, hemen ardından bu alanda meslek sahibin vekilin her türlü kusurundan sorumlu olduğunu belirterek gerekçesine devam etmiştir. “*Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (BK 321/1 md) (TBK 400) O nedenle doktorun ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.*” Yarg. 13. HD, T. 17.12.2019, E. 2018/5555, K. 2019/12706.

⁶⁹⁴ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 4. Tıpkıbasımdan 5. Tıpkıbasım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 432; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2022, s. 1308; Vekilin

noktaya odaklanılmıştır. Ancak borca aykırılık unsuru olarak gerekli özenin gösterilmemesi ve kusur unsuru olarak özenli davranılmaması arasındaki ilişki şu şekilde özetlenebilir. Sözleşmesel sorumlulukta borca aykırılık olgusunun varlığını ispat yükü zarar gören sözleşme tarafında iken, borca aykırılıkta kusurunun bulunmadığını ispat etme ödevi özen yükümlülüğünün borçlusundadır⁶⁹⁵. İsviçre⁶⁹⁶ ve Türk⁶⁹⁷ hukuklarında edim fiilini taahhüt eden sözleşenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlamakla yükümlü olanın, iş görme ediminin alacaklısı olduğu kabul edilmektedir. Bu da özen yükümlülüğünün ihlalinin, öncelikle borca aykırılık unsuru temelinde değerlendirildiğini göstermektedir. Kanımızca bu daha makuldür, zira sorumluluğun kurulabilmesi için ilk adımda alacaklının borca aykırılığı ispat etmesi gerekir; borçlunun sorumlu olmadığını ispat etmesi ise sonraki aşamada gündeme gelir. Bu nedenle zarar gören alacaklı, olumsuz sonucun meydana geldiğini değil, olumsuz sonucun meydana gelmesinde iş görme ediminin borçlusunun özen yükümlülüğüne aykırı davranışının varlığını ispatlamalıdır.

Bu açıklamalara rağmen belirtmek gerekir ki, özen yükümlülüğünün hukuki niteliğine yönelik varılacak sonuç, pratikte fark yaratmamaktadır. Asli edim yükümlülüğünün bir parçası olarak kabul edildiğinde üstlenilen iş görme ediminin özen yükümlülüğüne riayet edilmeden görülmesi halinde bir kötü ifa (*Schlechterfüllung*) hali söz konusu olur⁶⁹⁸. Özen yükümlülüğünün ihlali ister asli edim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesine dayanan bir kötü ifa hali,

özen yükümlülüğünü ihlaline ilişkin detaylı açıklama ve özellikle yargı kararlarıyla geliştirilen uygulama için bkz. Gümüş, Özen Borcu, s. 375 vd.

⁶⁹⁵ CHK OR-Gehrer Cordey/Giger, Art. 398 n. 19.

⁶⁹⁶ Thévenoz, Art. 97, n. 57; Oliver Kälin, “Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR”, Aktuelle Juristische Praxis, 2007, ss. 1339 – 1346, s. 1344-1345. Ayrıca bu hususu belirten bazı kararlar için bkz. BGE 133 III 121, E. 3.4; BGE 120 Ib 411, E. 4; ATF 115 Ib 175, E. 2b; BGE 4A_137/2015, Urteil vom 19. August 2015.

⁶⁹⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri Cilt II, s. 432; Yavuz/Acar/Özen, Özel Hükümler II, s. 1308; Gümüş, Özen Borcu, s. 381-382. Ayrıca bu hususu belirten bazı kararlar için Yarg. HGK 4-1575/686, 19.12.1970; Yarg. 3. HD 4413/8510, 3.11.2022.

⁶⁹⁸ Huguenin, §8 n. 848; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 31; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 57; Vekâlet sözleşmesi için bkz. Peter Böhringer / Anita Stettler, § 12 Auftrag, Prinzipien des Vertragsrechts, ed. Peter Böhringer/ Roger Müller/Peter Münch/ Alex Waltenstühl, Schulthess, 2020, s. 237, n. 12.34. Başpınar ise özen yükümlülüğünün vekalet sözleşmesinin içeriğine dâhil olduğunu, kural olarak kötü ifa teşkil etmekle beraber bazı hallerde borcun hiç ifa edilmemesi hali de oluşturabileceğini belirtmektedir, bkz. Başpınar, s. 246.

isterse bir yan yükümlülük hali kabul edilsin, nihayetinde her iki durumda da sözleşmenin müspet ihlali teşkil edeceği söyleneceğinden TBK m. 112 vd. hükümleri kıyasen uygulanır⁶⁹⁹⁷⁰⁰. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, bu teorik tasnifin edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmeleri bakımından bir önem arz etmediğini açıkça belirtmiştir. Karara konu olayda sözleşme taraflarından biri, otomobilini bakım ve tamir için diğer sözleşene ait tamirhaneye bırakır. Gece yarısı tamirhaneye giren hırsız, otomobilin anahtarlarını ele geçirir ve tamirhanenin dışına park edilmiş olan arabayı çalar. Daha sonra Avusturya’da parçalanmış şekilde bulunan otomobilin sahibi, aracın güvenli şekilde muhafaza etme yükümlülüğüne (*Sicherungspflicht*)⁷⁰¹ aykırı davranıldığı savıyla tamirhane sahibi aleyhine dava açar. Bu olayda Federal Mahkeme, taraflar arasında sözleşmenin (edim sonucunun taahhüt edildiği ve özen yükümlülüğünün bir yan yükümlülük olduğu) eser sözleşmesi mi (edim fiilinin taahhüt edildiği ve özen yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğünün bir parçası olduğu) saklama sözleşmesi mi olduğunun pratikte bir önem arz etmediğini belirterek tamirhane sahibinin sorumluluğunu OR 97 (TBK m. 112) kapsamında değerlendirmiştir⁷⁰².

⁶⁹⁹ BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 31; CHK OR-Furrer/ Wey, Art. 97 n. 57; CHK OR-Gehrer Cordey/Giger, Art. 398, s. 487 n. 23; Schwenzer/Fountoulakis, §67 n. 67.05. İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında hangi tür yükümlülüğün ihlal edildiğine değinmeden vekâlet sözleşmesine dayalı özen yükümlülüğünün ihlalinin borcun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamında değerlendirmiştir, bkz. Hekimin özen yükümlülüğü hakkında BGE 120 II 248, n. 2c; BGE 113 Ib 420, n. 1; Portfolyo yöneticisinin özen yükümlülüğünü ihlali hakkında BGE 115 II 62, n. 3; Avukatın özen yükümlülüğünü ihlali hakkında BGE 117 II 563, n. 2-3; Bankanın müşteri tarafından verilmeyen havale talimatı nedeniyle özen yükümlülüğünü ihlal etmesi hakkında BGE 108 II 314.

⁷⁰⁰ Vekalet sözleşmesi bakımından özen yükümlülüğünün ihlali bağlamında Başpınar, TBK m. 112 yanında tüketici işlemlerinde ayıplı hizmet kapsamında 6502 sayılı TKHK m. 13 vd (4822 sayılı TKHK m. 4/A) ve vekaletin kapsamına ilişkin TBK m. 504 vd. (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 396 vd) olmak üzere üç grup düzenlemenin uygulamada alanı bulabileceğini belirtmektedir, bkz. Başpınar, s. 247. Kanımızca TBK m. 504 vd hükümler ve özellikle m. 506, vekalet sözleşmesinden doğan yükümlülükleri düzenleyen ancak borca aykırılık bağlamında özel bir rejim getirmeyen düzenlemelerdir. Tüketici işlemi niteliğindeki vekalet sözleşmelerinde özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Başpınar, s. 262 vd.

⁷⁰¹ Bu karar bakımından eser sözleşmesinden doğan bir yan yükümlülük bulunduğuna ilişkin bkz. Kälın, s. 1344.

⁷⁰² BGE 113 II 421, n. 2b.

B. Sözleşmenin İhlalinin Öngörülebilmesi

1. Türk ve İsviçre Hukukundaki Görüşler

Sözleşmeye sadık davranma yükümlülüğünün (*Leistungstreupflicht*) ihlalinin görünüşlerinden biri, haklı bir sebep olmaksızın edimin ifa edilmeyeceğinin vadeden önce bildirilmesidir⁷⁰³. İfanın kesin ve nihai bir beyanla reddedilmesi ile sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmek, bir yan yükümlülük ihhalidir. Bu borca aykırılık olgusu, öğretide kullanılan terimle bir *öncelenmiş borca aykırılık (antizipierter Vertragsbruch) (anticipated breach)* hali teşkil eder⁷⁰⁴. TBK’da düzenlenmeyen ‘borca aykırılığın öngörülebilmesi’ halinin, ifa engelleri sistemindeki yeri ve hukuki niteliği itibariyle oldukça tartışmalı bir konudur. Öğretide bu konuda savunulan görüşler genel olarak ifanın reddi beyanının geri alınabileceği savıyla alacaklının ifa anına kadar beklemesi gerektiği, ifanın reddinin borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık teşkil ettiği, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ya da sözleşmenin müspet ihlali oluşturduğu, temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanması, yasada boşluk olduğu ve eser sözleşmesi için düzenlenen TBK m. 473 hükmünün kıyasen uygulanması olarak özetlenebilir⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Alman hukukunda içtihatlarla kabul edilen bu yan yükümlülüğün ihlali, sözleşmenin müspet ihlali hallerinden birini teşkil eder, bkz. BGHZ 2, 310 (312) = NJW 1951, 918; BGHZ 49, 56 (59 f.) = NJW 1968, 491; BGH WM 1985, 392 (394). İsviçre hukukunda da öğreti ve yargı kararlarında bunun bir yan yükümlülük olduğu ve ihlali durumunun borca aykırılık hallerinden sözleşmenin müspet ihlali teşkil edeceği yönünde Hadžimanović, s. 111. İngiliz hukukunda da *anticipatory breach* kavramını, sözleşmeye ters düşecek davranışta bulunmama yükümlülüğünün ihlaline dayandıran bir görüş için bkz. E. Tabachnik, “Anticipatory Breach of Contract”, Current Legal Problems, Volume 25, Issue 1, 1972, ss. 149–178, s. 151 vd. Cumalıoğlu ise henüz vadesi gelmemiş borcun inkarının sözleşmenin olumlu ihlali veya yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamında işe başlamamasının özen yükümlülüğünün ihlali sayılabileceğini belirtmekte; ancak burada ileride gerçekleşecek bir ihlalin varlığını kabul etmektedir, bkz. Cumalıoğlu, s. 27-28.

⁷⁰⁴ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 130; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 51; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2651.

⁷⁰⁵ Görüşler için ayrıntılı bilgi için bkz. Sebastian Müller, Antizipierter Vertragsbruch, Schulthess Juristische Medien, 2021, n. 230 vd; Başak Başoğlu, “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S.2, 2008, ss. 287-310, s. 289 vd.; Mehmet Emir Göka, Borca Aykırı Davranılacağına Önceden Belli Olması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s. 125 vd. Cumalıoğlu ise bu hükümleri, öncelenmiş ihlalin Türk hukukundaki görünüşleri olarak ele almaktadır, bkz. Cumalıoğlu, s. 124 vd.

Alman hukukunda haklı neden olmaksızın ifadan kaçınılması, sözleşmenin amacına yönelik yan yükümlülüğün ihlali olduğu ve sözleşmenin müspet ihlali kapsamında giren bir durum teşkil ettiği geçmişten beri öğretide belirtilmektedir. Bu durumda sözleşmenin karşı tarafının, kendi edimini ifa etmekten kaçınma hakkı bulunduğu gibi, tazminat talep etme ve yan yükümlülüğün ihlalinin sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez kıldığını ortaya koyması halinde sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır⁷⁰⁶.

İsviçre hukukunda hâkim görüş⁷⁰⁷ ve yargı uygulaması⁷⁰⁸, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yönündedir. Bu hükümler temelde vadenin önem arz ettiği hallerde alacaklının özel menfaatlerini korumaktadır⁷⁰⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında temerrüdün genel sonuçları olan beklenmeyen halden sorumluluk, gecikme zararı ve temerrüt faizine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağına karar vermiştir⁷¹⁰. Başka bir kararında ise işin doğası gereği alacaklının bir ihtarda bulunması veya süre vermesi gerekmeksizin olumlu zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep edebileceğini; buna ilişkin seçim hakkını gecikmeksizin kullanması gerektiğini kabul etmiştir⁷¹¹. Son dönemde verdiği kararlarında ise sözleşmenin ihlalinin, vadeden önce açık ve kesin olarak

⁷⁰⁶ MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 130; BeckOK BGB/Sutschet, BGB § 241 n. 51; BGHZ 2, 310 (312) = NJW 1951, 918; BGHZ 49, 56 (59 f.) = NJW 1968, 491; BGH WM 1985, 392 (394).

⁷⁰⁷ Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2651; ; Schwenzer/Fountoulakis, § 66 n. 66.09; Huguenin, §8 n. 927; Luc Thévenoz, Art. 107, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 40; Rolf H. Weber / Susan Emmenegger, Art. 107, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020, n. 152.

⁷⁰⁸ BGE 69 II 243, n. 4; BGE 110 II 141, n. 1b; BGer 4C.58/2004 n.3.3; BGer 4C.279/2000 n. 3.

⁷⁰⁹ Temerrüt faizi bakımından bu konuya ilişkin olarak, temerrüt anından itibaren hesaplanacağına ilişkin bkz. BGE 69 II 243, n. 4.

⁷¹⁰ BGE 69 II 243, n. 4. Alacaklının olumlu zararının tazminini talep etmesi halinde esas alınacak ifa menfaati, borcun vadede ifa edildiği varsayımına göre hesaplanmalıdır, bkz. Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2651b.

⁷¹¹ İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında, taraflar arasında tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin mevcut olduğu hallerde, alacaklının seçim hakkını gecikmeksizin kullanması gerekir, bkz. BGE 69 II 243, n. 4; BGE 97 II 58; Aksi görüşte BGer 4C.58/2004 n. 3.4.

öngörülebilmesi halinde buradaki borca aykırılığın bir yan yükümlülük ihlali olduğunu kabul etmiştir⁷¹².

2. Değerlendirme

Kanımızca sözleşmenin ihlalinin öngörülebilir olması halinde alacaklıya birtakım hukuki çareler tanınabilmesi için, sözleşme çatısı altında olağan olarak gerçekleşmesi beklenen ifa sürecinin aksamamasının dışında, bir borca aykırılık halinin bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Bu da bir yan yükümlülük türü olan sözleşmenin amacına sadakat yükümlülüğüne aykırılıktır. Birinci Bölümde de değinildiği üzere, borçlunun asli edim yükümlülüğünü yerine getirmeyeceğini vadeden önceki dönemde ve tereddüte yer bırakmayacak bir şekilde belirtmesi halinde, bu davranışı sözleşmenin amacını koruma yükümlülüğünü zedeler ve bir yan yükümlülüğün ihlali gündeme gelir⁷¹³. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin yeni kararları da bu doğrultudadır. Bu kabulü takiben, ifa zamanını ana eksene alan TBK m. 125 hükmü kıyasen uygulanmalıdır.

C. Sözleşme Görüşmeleri Döneminde Doğan Yan Yükümlülüklerinin İhlaline İlişkin Özel Rejimler

Sözleşme görüşmeleri döneminde açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali genel olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğuna tabidir. Ancak bazı hallerde bu yan yükümlülüğün ihlaline uygulanacak sorumluluk rejimi özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca satıcının bildirdiği niteliklerin satış konusunda olmaması olgusundan doğan ayıba karşı sorumluluk ile bir tarafın diğer tarafın sözleşmeyi akdetmesine yönelik kararını engelleyecek ve iradesini sakatlayacak şekilde aktif veya pasif bir davranışla açıklama yükümlülüğünü ihlal

⁷¹² BGE 69 II 243, s. 244, n. 4; BGer 4A_298/2019, n. 8; Bu ihlali takiben OR 107 (TBK m.125/f.2) kapsamında sözleşmeden dönebilir, bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 107 n. 40.

⁷¹³ Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 401, Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 n. 8; Demirsatan, Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, s. 124; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 130; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2651; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 67.09; Köpckle, s. 148.

ettiği haller ile tüketici mevzuatı çerçevesinde bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali incelenecektir⁷¹⁴.

1. *Culpa in Contrahendo* Sorumluluğu

Sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların müzakereyi olumlu sonuçlandırarak geçerli bir sözleşme kurma zorunluluğu yoktur. Ancak taraflar, sözleşme görüşmeleri döneminde görüşmeleri gerçek niyetlerine uygun şekilde ciddiyetle sürdürmeli, kurulabilecek muhtemel sözleşmenin amacına ve konusuna zarar vermemek için çaba göstermeli ve görüşmeler vesilesiyle karşı tarafın etkisine açtıkları ölçüde birbirlerinin hukuki alanlarını korumalıdır⁷¹⁵. Bu yükümlülükler, aralarındaki özel güven bağından kaynaklanan koruma yükümlülükleridir. Sözleşme görüşmeleri döneminde doğan bütünlük menfaati ihlalleri üç farklı ihtimalde gündeme gelebilir:

İlk olarak, sözleşme görüşmeleri sonunda geçerli bir sözleşme kurulmamışsa, bu dönemde kusurlu davranışıyla karşı tarafın bütünlük menfaatini ihlal eden veya geçerli ve hüküm ifade eden bir sözleşmenin kurulamamasına kusurlu davranışıyla sebep olan taraf, *culpa in contrahendo* kapsamında sorumlu olur. Bu ihtimalde kural olarak ancak bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararın tazmini⁷¹⁶ ya da (kural olarak) geçersiz sözleşme nedeniyle girişilen masrafların giderilmesine yönelik bir olumsuz zararın tazmini⁷¹⁷ gündeme gelir⁷¹⁸.

İkinci ihtimal olarak, sözleşme görüşmeleri nihayete erip geçerli bir sözleşme kurulmuşsa, müzakere döneminde gündeme gelen yan yükümlülüklerin ihlali artık

⁷¹⁴ Bu özel düzenlemelerin, bilgi asimetrisi kavramı ışığında incelemesi için bkz. Fleischer, s. 629 vd.

⁷¹⁵ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 22.

⁷¹⁶ Demircioğlu, s. 269.

⁷¹⁷ Demircioğlu, s. 263. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunda olumlu zararın tazmini imkânına ilişkin değerlendirme için bkz. Demircioğlu, s. 265 vd.

⁷¹⁸ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109, n. 22a; Serozan, Sözleşmenin müspet ihlali ve *culpa in contrahendo*, s. 41.

sözleşmesel sorumluluk kapsamında değerlendirilir⁷¹⁹ ve zarar gören taraf, zararının tazminini bu rejime göre talep edebilir (*théorie de l'absorption*)⁷²⁰.

Son olarak, müzakereler sonucunda sözleşme kurulmuş ancak açıklama yükümlülüğünün ihlali sebebiyle bir taraf daha olumsuz şartlarda sözleşmeye razı olmuşsa, bu takdirde ihlalin etkisinin ortadan kaldırmaya yönelik ve bu kapsamda sınırlı bir uyarılma imkânı gündeme gelebilir⁷²¹. Özellikle bir tarafın açıklama yükümlülüğünün doğmasına rağmen buna riayet etmemesi, irade sakatlığına yol açan hallerden aldatma teşkil eder. Bu durumda sözleşme onansa dahi aldatılanın TBK m. 39/2'ye göre tazminat isteme hakkı saklıdır⁷²². Çalışmanın devamında açıklanacağı üzere TBK m. 39/2'de işaret edilen tazminat isteme hakkı, sözleşme görüşmeleri döneminde bir yan yükümlülüğün ihlaline dayanır. Bu kapsamda zarar gören, sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi bir tazminat hakkı ya da onunla yarışan ve haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir tazminat hakkına sahiptir.

2. Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu

a. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun yan yükümlülüklerin ihlaliyle ilişkisi

Ayıba karşı sorumluluk; kanun koyucunun satış, eser ve kira sözleşmelerinde, satıcının, yüklenicinin ve kiraya verenin kusurundan bağımsız, özel bir yasal garanti sorumluluğu olarak düzenlenen bir sorumluluk rejimidir. Ayıplı ifa, edim sonucunun taahhüt edildiği sözleşmeler bakımından gündeme gelen bir kötü ifa halidir.

⁷¹⁹ Bu nedenle culpa in contrahendo sorumluluğu, doğası gereği sözleşmesel sorumluluk ile yarışmaz. culpa in contrahendo sorumluluk, bir kanun boşluğundan doğan ve sözleşmesel sorumluluk kurallarının kıyasen uygulandığı bir sorumluluk rejimidir. Sözleşmesel sorumluluğun şartları mevcutsa artık culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme gelmesinin şartlarının oluştuğundan söz edilemez, bkz. Demircioğlu, s. 282.

⁷²⁰ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 21 ve Art. 97 n. 38. Esasen *soğurtma teorisi*, Alman hukukunun *birlik teorisi*ne benzer bir yaklaşım içermektedir, bkz. dn. 76.

⁷²¹ Stephan Lorenz, BGB § 280, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022, BGB § 280 n. 52.

⁷²² Burada ifade edilen tazminat talebinin hukuki dayanağı culpa in contrahendo sorumluluğu olarak kabul edilmektedir, bkz. Bruno Schmidlin / Arnaud Campi, Art. 31, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 43.

Ayıba karşı sorumluluk ve yan yükümlülüklerin ihlalinden doğan sorumluluk iki noktada kesişir. İlk olarak, satıcının belirttiği özelliklerin ya da objektif olarak beklenen niteliklerin bulunmaması, bu yönde bir açıklama yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir. İkinci olarak ise satılanın ayıpsız olarak teslimi, satıcının ifaya bağlı yan yükümlülüklerindendir⁷²³. Satılanın ayıplı olarak teslim edilmek istenmesi halinde alıcı, bunun sözleşmeye uygun ifa teşkil etmemesi nedeniyle alacaklı temerrüdüne düşmeksizin ifayı kabulden kaçınabilir. Bununla beraber, satılan ayıplı olarak teslim edildiyse bu ifa, gereği gibi ifa edilmemiş olmamakla beraber ifa gerçekleşmiştir⁷²⁴. Bu durumda alıcı satıcının ayıba karşı sorumluluğuna başvurabilir.

Satıcının ayıba karşı sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile yarışmaz; bu durumda münhasıran alıcının ayıba ilişkin hükümlere başvurması gerekir. Çünkü *culpa in contrahendo* sorumluluğu, esas olarak sözleşmenin geçerliliğini etkileyen davranışlardan kaçınılmasını veya tarafların sözleşmeye yabancı hukuki varlıklarını korumayı amaçlar⁷²⁵. Bu nedenle ayıba karşı sorumluluk hükümlerinin kurduğu yasal garanti rejimi özel hüküm olarak uygulanır⁷²⁶.

⁷²³ MüKoBGB/Westermann, BGB § 433 N. 53; hem satış hem eser sözleşmesi için Erman/Ulber, BGB § 280 n. 57; Kapancı, s. 6-7; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 283 ve Serozan, Parça Borcu- Çeşit Borcu, s. 230 vd.; Yavuz/Acar/Özen, Özel Hükümler I, s. 139; Ayrıca krş. Öz, Eser Sözleşmesinde Dönme, s. 90. Aksi görüşte olan Kocayusufpaşaoğlu ise malın ayıpsız teslimini asli edim yükümlülüğünün içinde görmektedir, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 68; Eser sözleşmesi için aynı görüş için bkz. Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 32. Öz ve Özdemir ise ayıpsız olarak ifa etme yükümlülüğünü, ‘yan edim yükümlülüğü’ olarak nitelendirmekle beraber asli edim yükümlülüğünün tamamlayıcısı olarak görmektedir, bkz. Öz, Eser Sözleşmesinde Dönme, s. 90; Özdemir, CISG, s. 71.

Benzer şekilde satılanın ve kiralananın, zapt sorumluluğu bağlamında hukuki olarak ihtilafsız bir şekilde devredilmesi de bir yan yükümlülüktür.

⁷²⁴ Bu durumda ifanın gerçekleştiği ve alıcının ödemezlik def’ine başvurulamayacağına ilişkin bkz. Silvio Venturi / Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, Introduction aux Articles 197-210, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 3.

⁷²⁵ Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, München, C.H. Beck’sche, 1997, s. 219.

⁷²⁶ Demircioğlu, s. 283-284. Serozan da ayıba karşı sorumluluk hükümlerinin, *culpa in contrahendo*’yı “yutacağını” belirtmekte, bu görüşünü “soğurma” olarak adlandırmaktadır, bkz. Serozan, Sözleşmenin müspet ihlali ve culpa in contrahendo, s. 41.

b. Taleplerin yarışması

Sözleşme konusunun ayıplı olmaması bir yan yükümlülük olduğu⁷²⁷ için buna aykırılık, aynı zamanda genel hükümlere tabi bir borca aykırılık teşkil eder. Bu nedenle TBK m. 112'nin uygulanabilirliği ve TBK m. 112'ye dayanan bir talebin, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan doğan taleple yarışıp yarışmayacağı meselesi gündeme gelir⁷²⁸. Ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında satıcı, kiraya veren ya da yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için, ayıplı malın tesliminde kusurunun bulunması gerekmez. Buna karşılık, TBK m. 112 kapsamında sorumluluk ise ilgili sözleşme tarafının, sözleşme konusunun ayıplı olduğuna yönelik bilgiyi açıklama yükümlülüğünü kusuruyla ihlal etmesine dayanır⁷²⁹. Diğer bir deyişle, TBK m. 112'ye dayanan bir talebin temelinde, satıcının sorumlu tutulabileceği bir nedenle (örneğin kendisinin kusurlu davranışı ya da ifa yardımcısının fiili) satım konusuna ilişkin ayıba alıcıya açıklamamış olması yatar. Esasen satıcının kural olarak satım konusu şeyi inceleme yükümlülüğü yoktur; aksine, alıcı gerekli incelemeyi yapmalıdır. Ancak somut olayın koşulları gereği dürüstlük kuralı gereği ya da satıcının satıcılığı meslek edinmiş bir kişi olması⁷³⁰ halinde bir açıklama yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varılabilir⁷³¹.

Hem İsviçre hukukunda⁷³² hem Türk hukukunda⁷³³ hâkim görüş, satım sözleşmesi açısından ayıba karşı sorumluluk ile genel sorumluluk normu olan OR 97

⁷²⁷ Dipnot 340'taki yazarlar.

⁷²⁸ Krş. Huguenin, §28 n. 2550.

⁷²⁹ Satış sözleşmesi bakımından, burada borca aykırılık olgusu ve kusurun varlığı satılanın ayıplı olması ile değil, satıcının açıklama yükümlülüğünü ihlal etmesiyle ilişkilidir, bkz. Huguenin, §28 n. 2699.

⁷³⁰ Bu durumda açıklama yükümlülüğü bulunduğu ilişkin bir karar için bkz. BGE 66 II 140.

⁷³¹ Heinrich Honsell, Vorbemerkungen zu Art. 197-210, Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR, 5. Auflage, 2021, n. 4. Bu bağlamda ticari işletme satışlarında (Unternehmenskauf), işletmenin ticari değerini belirleyen önemli hususlarda ve özellikle finansal tablolara ilişkin hususlarda yanlış açıklama yapılması veya açıklanması gereken hususların açıklanmaması halinde TBK m. 112 kapsamında sözleşmenin müspet ihlali vuku bulur, bkz. a.e., n. 4.

⁷³² İsviçre hukukunda görüşler hakkında detaylı açıklama için krş. CR CO I-Venturi/Zen*Ruffinen, Intro aux Art. 197-210 n. 16; BSK OR I-Honsell, Vorbem. zu Art. 197 – 210 n. 4; Huguenin, §28 n. 2695 vd.

⁷³³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 82-83; Yavuz, s. 232-232; Kapancı, s. 44. Ayıba karşı sorumluluğa ilişkin hükümlerin özel hüküm niteliğinde olduğu ve TBK m. 112'nin yalnızca özel hüküm bulunmayan kötü ifa hallerinde uygulanacağına ilişkin Oğuzman/Öz, n. 1453 dn. 1644.

/ TBK m. 112'nin yarışacağını savunmaktadır⁷³⁴. İsviçre Federal Mahkemesi ise temelde taleplerin yarıştığını kabul etmekle beraber, alıcının ayıp sorumluluğuna ilişkin külfetler ve kısa zamanaşımı süresine riayet etmesini şart koşmaktadır⁷³⁵. Ayıba karşı sorumluluk, satıcı/kiraya veren/yüklenicinin kusuruna dayanmayan bir sorumluluk rejimi sunması itibariyle ihlalin muhatabı tarafın lehine düzenlemeler getirir. Diğer yandan, genel zamanaşımı süresine göre daha kısa bir zamanaşımı süresi ve bu rejime başvurulması için yerine getirilmesi gereken külfetler, kusura dayanmayan sorumluluğun getirdiği avantajları satıcı açısından dengelemektedir. İsviçre Federal Mahkemesinin lafzı itibariyle yarışmayı kabul ederken fiilen taleplerin yarışmasını imkânsız kılan ve özel hükmün öncelikle uygulanması (*Gesetzeskonkurrenz*) sonucunu doğuran bu içtihadı, bu nedenle bir çelişki teşkil etmektedir⁷³⁶.

Eser sözleşmesinde ise hâkim görüş, ayıplı ifa halinde iş sahibinin münhasıran ayıba karşı sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurması gerektiğini kabul etmektedir⁷³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi eser sözleşmesinde ise ayıba karşı sorumluluk hükümlerinin özel hüküm olarak uygulanacağını, TBK m. 112'ye dayanan bir taleple yarışmayacağı; ancak haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir taleple yarışacağı görüşündedir⁷³⁸. Yargıtay da eski tarihli bazı kararlarında taleplerin yarışmasını kural olarak kabul etmekte; ancak Federal Mahkemenin satış sözleşmesinde yarışma meselesine ilişkin yaklaşımına benzer şekilde iş sahibinin ilgili külfetleri yerine getirmesini aramaktadır⁷³⁹.

⁷³⁴ Çalışmanın olağan kapsamının dışında kaldığı için bu konuya ilişkin görüşlere detaylı olarak yer verilmemiştir.

⁷³⁵ Kararlara yönelik değerlendirme için bkz. CR CO I-Venturi/Zen-Ruffinen, Intro aux Art. 197-210 n. 16; BSK OR I-Honsell, Vorbem. zu Art. 197 – 210 n. 6.

⁷³⁶ Aynı görüşte BSK OR I-Honsell, Vorbem. zu Art. 197 – 210 n. 6; Huguenin, §28 n. 2696.

⁷³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesi, s. 34-35 ve dn. 13'teki açıklamalar.

⁷³⁸ Huguenin, §34 N. 3187.

⁷³⁹ Yarg. 15. HD, T. 24.7.2008, E. 2008/3498, K. 2008/5125.

3. Aldatma Nedeniyle İrade Sakatlığından Doğan İptal Hakkı

a. İptal hakkının hukuki niteliğine ilişkin genel açıklama

Sözleşme görüşmeleri dönemindeki bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin özel bir durum olan aldatma, açıklama yükümlülüğünün ihlalinin taraflardan birinin sözleşme yapma iradesini etkilediği haller için özel olarak düzenlenmiştir⁷⁴⁰. Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinin irade sakatlığı hallerinden aldatma olarak nitelendirildiği durumlar için TBK m. 36/1'e göre aldatılan taraf sözleşmeyle bağlı değildir. Öğretide burada düzenlenen hükümsüzlük halinin hukuki sonuçları konusunda görüş birliği bulunmamaktadır⁷⁴¹.

İptal hakkının etkisi bakımından mehz İsviçre hukukunda en çok savunulan görüşler, irade sakatlığının sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz kıldığını savunan geçersizlik görüşü (*théorie de la nullité unilatérale originaire*) (*Theorie der anfänglichen Ungültigkeit* ya da *Ungültigkeitstheorie*) ve iradesi sakatlanan tarafın onamama beyanına sözleşmenin *ex tunc* geçersiz olmasını sağlama gücü tanıyan iptal edilebilirlik görüşüdür (*théorie de l'invalidation rétroactive*) (*Theorie der rückwirkenden Anfechtung* ya da *Anfechtungstheorie*)⁷⁴². Üçüncü bir görüş olan parçalanmış geçersizlik teorisine (*Theorie der geteilten Ungültigkeit*) göre ise sözleşme, irade sakatlığına uğrayan taraf açısından baştan itibaren geçersiz iken, diğer taraf açısından baştan itibaren geçerlidir^{743 744}.

İsviçre öğretisi ve yargı uygulamasında hâkim görüş sözleşmenin iptali (*Anfechtung*) ile sözleşmenin *ex tunc* ortadan kaldırdığı ve sözleşme kapsamında ifa

⁷⁴⁰ Grigoleit, Vorvertragliche Informationspflichten, s. 247; Ergüne, s. 245.

⁷⁴¹ CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 3.

⁷⁴² CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 4 vd; Huguenin, §5 n. 582; Schwenger/Fountoulakis, §39 n. 39.02-39.03; Zekeriya Kürşat, Borçlar Hukukunda Hile Kavramı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2003, s. 63-64; Mustafa Fadıl Yıldırım, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara, Nobel, 2002, s. 224 vd.

⁷⁴³ Schwenger/Fountoulakis, §39 n. 39.04; Hartmann, n. 219.

⁷⁴⁴ Anılan üç görüş hakkında ayrıntılı açıklama için birçokları yerine bkz. Erhan Kanişlı, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 521 vd.

edilen edimlerin, edimin konusuna göre istihkak davası ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak iadesinin talep edilebileceği yönündedir⁷⁴⁵.

Türk Hukukunda *Oğuzman/Öz*'e göre irade sakatlığı halinde sözleşme baştan geçerli olarak kurulmaz; ancak süresi içinde iptal hakkının kullanılmayacağını beyan edilmesi ya da sürenin sona ermesiyle sözleşme baştan itibaren geçerli kabul edilir. Bu nedenle buradaki yaptırım *düzelebilir hükümsüzlük* olarak nitelendirilmektedir⁷⁴⁶. *Kocayusufpaşaoğlu* irade sakatlıkları halinde *de lege lata* düzelebilir hükümsüzlük görüşünü savunmakta; *de lege ferenda* ise iptal edilebilirliğe yol açan hallerin özelliklerini ayrı ayrı inceleyerek aldatma açısından geçersizlik görüşünün uygun olacağını belirtmektedir⁷⁴⁷. İptal görüşünü benimseyen *Eren*, *Yıldırım* ve *Kanışlı*'ya göre ise iptal hakkının kullanılmasıyla sözleşme, kurulduğu andan itibaren etkisini göstermek üzere geçmişe etkili olarak bağlayıcılığını kaybeder⁷⁴⁸. *Kürşat* da iptal hakkının kullanılması üzerine, geçerliliği askıda olan sözleşmenin baştan itibaren geçersiz hale geleceğini kabul etmektedir⁷⁴⁹. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp* ise parçalanmış geçersizlik görüşünü benimsemektedir; bu kapsamda hükümsüzlüğü yalnızca iradesi sakatlanan taraf ileri sürebilir⁷⁵⁰.

b. Aldatılanın bir yan yükümlülüğün ihlali nedeniyle korunması

TBK m. 39/1'e göre aldatma nedeniyle irade sakatlığına uğrayan tarafın elinde bulunan temel imkân sözleşmenin iptalidir. Sözleşmenin iptali halinde iradesi

⁷⁴⁵ CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 5 ve n. 23 vd; BK OR-Schmidlin, Art. 31 n. 12. Bununla beraber modern öğretide, iptal üzerine doğan tasfiye sorununun, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde dönüşüm teorisinin kabul ettiği gibi, sözleşmenin tasfiye ilişkisine (*liquidation post-contractuelle*) dönüşmesi yaklaşımı ile çözümlenmesini önermektedir, bkz. BK OR-Schmidlin, Art. 31 n. 12; CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 27; Huguenin, §5 n. 583; Schwenzer/Fountoulakis, §39 n. 39.07; Kanışlı, s. 599 vd. Bununla beraber İsviçre Federal Mahkemesi, ünlü *Picasso Kararı*'nda geçersizlik teorisini uygulamıştır, bkz. BGE 114 II 131.

⁷⁴⁶ Oğuzman/Öz, n. 522.

⁷⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı/Hatemi, BHG Cilt I, s. 432-433 n. 68-69.

⁷⁴⁸ Eren, n. 1261-1262; Kanışlı, s. 533; Yıldırım, s. 226.

⁷⁴⁹ Kürşat, s. 87.

⁷⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 452.

sakatlanan taraf, *culpa in contrahendo*⁷⁵¹ veya haksız fiil⁷⁵² sorumluluğu kapsamında bir koruma yükümlülüğünün ihlaline dayanarak tazminat talep edebilir.

Ancak aldatılan kişi, aldatma olmasaydı sözleşme kurma iradesi tamamen sakatlanmamış, sadece sözleşmeyi uygun gördüğü şartlarda kuramamış olabilir. Bu durumda sözleşmeyi iptal etmek yerine TBK m. 39/2'ye başvurabilir. TBK m. 39/2, sözleşmeyi başka şartlarda yapma niyetinde olan aldatılanın, sözleşmeyi onamasına rağmen tazminat isteme hakkının saklı olduğunu düzenlemektedir. Burada tazmini öngörülen zarar, aldatılanın aldatılan konuyu bilseydi sözleşmeyi kuracağı şartlar sonucu malvarlığının bulunacağı durum ile aldatma sebebiyle malvarlığının bulunduğu durumdur⁷⁵³. *Oğuzman/Öz*, burada olumsuz zararın tazmininin öngörüldüğünü kabul etmektedir⁷⁵⁴. *Schmidlin/Campi*, burada olumsuz zarar veya olumlu zarar kapsamında girmeyecek bir zarar türü olduğunu belirtmektedir⁷⁵⁵. Ancak konuyu irade sakatlıkları bağlamında ele alan yazarlar, sözleşme görüşmeleri dönemindeki açıklama yükümlülüğünün niteliğini ve ihlalinin gözden kaçırılmaktadır. Daha önce belirtildiği gibi gerek Alman gerekse İsviçre ve Türk hukuklarında borca aykırılık ve sonuçları, edim yükümlülükleri perspektifinden kaleme alınmıştır. Ancak öğretide aynı hukuki sonuçların yan yükümlülükler açısından da benimsendiği açıklanmıştır⁷⁵⁶. Nitekim olumlu zarar; dar anlamda asli edim yükümlülüğün ifa edilmemesinden doğan zararı ifade etse de geniş anlamda borç ilişkisi bağlamında düşünüldüğünde, burada gündeme gelen zarar, açıklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan olumlu zarar olarak anlaşılmalıdır⁷⁵⁷. Bu nedenle TBK m. 39/2'de de saklı tutulan tazminat imkânı, olumlu zararın giderilmesidir.

⁷⁵¹ Ergüne, s. 172; Kürşat, s. 125. Üçüncü kişinin aldatması halinde ise ifa yardımcısının sorumluluğu gündeme gelir, bkz. Ergüne, s. 172; Kürşat, s. 129.

⁷⁵² Kürşat, s. 123-124.

⁷⁵³ BK OR-Schmidlin, Art. 31 n. 134; CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 46.

⁷⁵⁴ Oğuzman/Öz, n. 362.

⁷⁵⁵ CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 46.

⁷⁵⁶ §3.IV.D.2.b.

⁷⁵⁷ §3.IV.D.2.a.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu düzenleme başlı başına sorumluluk sebebi öngören bir hüküm de değildir⁷⁵⁸. Zararın türü kadar zararın tazminine imkân veren hukuki dayanağın da incelenmesi gerekir. *Huguenin* burada *culpa in contrahendo* ya da haksız fiil sorumluluğu temelinde bir tazminatın kastedildiği belirtilmektedir⁷⁵⁹. *Kocayusufpaşaoğlu* da haksız fiile ve (sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi olarak) *culpa in contrahendo*'ya dayanan taleplerin yarışacağını savunmaktadır⁷⁶⁰. *Oğuzman/Öz* sözleşme tarafının aldatması halinde *culpa in contrahendo*, üçüncü kişinin aldatması halinde ise haksız fiil sorumluluğunun gündeme geleceğini kabul etmektedir⁷⁶¹. *Schmidlin/Campi* ise aldatma veya korkutma sebebiyle irade sakatlanmasının tam olarak sözleşmenin kurulduğu an gerçekleştiğini; *culpa in contrahendo*'ya dayanan bir talebi reddederek⁷⁶² yalnız haksız fiil temelinde bir talep hakkı olduğunu kabul etmektedir⁷⁶³. Ancak burada sözleşme görüşmeleri döneminde gerçekleşen bir davranışın, sözleşme kurma anını etkilemesi söz konusudur. İkinci Bölümde açıklandığı üzere, görüşmeler sonucundan kurulan bir sözleşme onanarak kesin surette geçerlilik kazanınca, artık müzakere dönemi de sözleşme sorumluluğu kapsamında değerlendirilir. Bu nedenle TBK m. 39/2 olmasaydı dahi, irade sakatlığına uğrayan kişinin sözleşmeyi iptal etme süresi sona erdikten sonra ya da bu süre içinde iptal hakkını kullanmak istememesi halinde TBK m. 112'ye göre sözleşme görüşmeleri döneminde doğan ve sözleşmeye sirayet eden bir yan yükümlülüğün ihlaline dayanarak tazminat talebinde bulunabilirdi. Bu nedenle burada sözleşmeye dayanan bir talebin varlığını kabul etmek makuldür. Gerek TBK m. 39/2'nin

⁷⁵⁸ Huguenin, §5 n. 597.

⁷⁵⁹ Huguenin, §5 n. 597; Schwenger/Fountoulakis, §39 n. 39.29; BK OR-Schmidlin, Art. 31 n. 134. Schmidlin, eski öğretinin burada haksız fiile dayanan bir talep olduğu görüşünderken günümüzde haksız fiil veya sözleşmeye dayanan yarışan taleplerin olabileceğinin kabul edildiğini belirtmektedir, bkz. BK OR-Schmidlin, Art. 31 n. 138. Alman Hukukunda da aldatma ve korkutma nedeniyle iptal hakkı ile haksız fiil ya da *culpa in contrahendo*'ya dayanan talepler birbirinden ayrı değerlendirilmektedir, bkz. s. Grigoleit, Vorvertragliche Informationspflichten, s. 12-13.

⁷⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı/Hatemi, BHG Cilt I, s. 469 n. 35.

⁷⁶¹ Oğuzman/Öz, n. 362.

⁷⁶² CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 44.

⁷⁶³ CR CO I-Schmidlin/Campi, Art. 31 n. 49.

“*tazminat hakkını ortadan kaldırmaz*” ifadesi gerekse OR 31 Abs.3’ün aynı anlama gelen ifadeleri⁷⁶⁴ de bunu desteklemektedir.

4. Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali

Açıklama ve bilgilendirme yükümlülüğü, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da (TKHK) bazı tür tüketici sözleşmeleri için özel olarak düzenlenmiştir.

Bunlardan ilki, mesafeli sözleşmeler bağlamında girişimcinin tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğüdür. TKHK m. 48’de satıcı ya da sağlayıcının, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde öngörülen hususlarda ve özellikle siparişin onaylanması üzerine tüketicinin sipariş bedelini ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Anılan Yönetmeliğin 8. maddesinde ise ödeme yükümlülüğünün doğacağı konusunda bilgilendirilmemesi halinde tüketicinin siparişe bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Burada öngörülen yaptırım, tüketicinin tek taraflı olarak geçersizliği ileri sürmesine imkân sağlarken girişimciyi bundan mahrum kılar⁷⁶⁵.

Mesafeli sözleşmeler ve iş yeri dışında kurulan sözleşmeler açısından öngörülen ikinci yaptırım türü ise tüketiciyi cayma hakkı hakkında konusunda bilgilendirme yükümlülüğü ve bunun ihlalidir. Cayma hakkı; taksitle satış sözleşmesi, tüketici kredisi sözleşmesi, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler ile

⁷⁶⁴ Almanca metinde “...*schliesst den Anspruch auf Schadenersatz nicht ohne weiteres aus*” ifadesi sözleşmeyi onamanın tazminat talebinin dışlanmadığını; Fransızca metinde “...*n’implique pas nécessairement la renonciation au droit de demander des dommages-intérêts*” sözleşmeyi onamanın tazminat talebinden vazgeçildiği anlamına gelmediğini belirtmektedir.

⁷⁶⁵ Nitekim buradaki tek taraflı bağlamazlık yaptırımının, esnek hükümsüzlük olduğu belirtilmektedir, Ece Baş Süzel, Mesafeli Sözleşmeler ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 55; Özge Uzun Kazmacı, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, ss. 2791-2818, s. 2805. Erbek ise sözleşmenin askıda hükümsüz olduğunu ve cayma hakkının kullanılmaması geciktirici şartına bağlı baştan itibaren hüküm ifade edebileceğini kabul etmektedir, bkz. Özge Erbek, Tüketici Satınlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü Ve İhhalinin Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2010, s. 196. Bellican ise konuyu, aldatma ve tüketici sözleşmelerinde ayıplı maldan doğan sorumluluk ekseninde değerlendirmektedir, bkz. Bellican, s. 339.

devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmeleri için öngörülmüştür⁷⁶⁶. Mesafeli sözleşmelerde girişimcinin cayma hakkının varlığı ve kullanımı hakkında tüketiciyi eksik bilgilendirmesi ya da hiç bilgilendirmemiş olması halinde tüketici, on dört günlük süreyle bağlı olmaksızın cayma hakkını kullanabilir. Yine buna paralel bir düzenleme, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler için TKHK m. 47/6 da öngörülmüştür. Ancak bu takdirde, tüketici gereği gibi bilgilendirilmiş olsaydı cayma hakkının kullanılabilmesi son tarihten itibaren bir yıl içinde bu hak kullanılmalıdır (TKHK m. 48/4, Yönetmelik m. 10/1). Cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yapılmaması halinde tüketici malı kullansa dahi girişimci değer kaybı ya da kullanım bedeli talep edemez. Yaptırımın ağırlığı itibarıyla *Baş Süzel*⁷⁶⁷ ve *Bellican*⁷⁶⁸, burada bir özel hukuk cezası bulunduğu belirtilmektedir.

Diğer yandan, uygulamada özellikle elektronik ticaret platformlarını yöneten aracı hizmet sağlayıcılar ile tüketiciler arasında, platform üzerinde üyelik hesabı açma ve platformu kullanmaya yönelik bir üyelik sözleşmesi ya da kullanıcı sözleşmesi bulunduğu görülmektedir. Bu tür sözleşmelerde aracı hizmet sağlayıcı, katılımlı

⁷⁶⁶ Cayma hakkı, tüketicinin hiçbir gerekçeyle ya da haklı sebebe gerek kalmadan ve tazminat, sözleşme cezası ya da başka bir ad altında bir ödeme yapma zorunluluğu doğmaksızın tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanını geri almasını sağlar. İsviçre hukukunda hâkim görüşüne göre cayma hakkının kullanılmasıyla sözleşme *ex tunc* sona erer. Cayma hakkının hukuki niteliğinin, BGB §355'in düzenlendiği gibi, müşterinin sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanını geri alması olarak kabul edilmektedir. Cayma hakkının amacı, sözleşme kurulmadan önceki hukuki duruma geri dönülmesidir, bkz. Marlis Koller-Tumler, Art. 40f, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Luchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 40f n. 2; Huguenin bu durumu “geçerli bir sözleşmenin hiç kurulmamış olması gibi” olarak ifade etmektedir, bkz. Huguenin, §2 n. 268. Cayma hakkının kullanılması, bu açıklanan yönüyle bozucu yenilik doğuran bir haktır, bkz. Ece Baş Süzel, “Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2019, Cilt XXXV, Sayı 1, s. 119-167, s. 149. Cayma hakkının kullanılmasıyla taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tasfiyesine başlanılır ve ifa edilen edimlerin iadesi gündeme gelir, bkz. BSK OR I-Koller-Tumler, Art. 40f n. 2. İfa edilen her bir edimin iadesi, konusuna ve tabi olduğu rejime göre istihkak talebiyle veya sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak sağlanacağı belirtilmektedir, bkz. BSK OR I-Koller-Tumler, Art. 40f n. 2. Bununla beraber, cayma hakkı sonucunda edimlerin iadesi bakımından yapılacak tasfiye ilişkisinin, sözleşmesel taleplere mi sebepsiz zenginleşmeye mi dayanacağı tartışılmaktadır. Özellikle zamanaşımı süresi bakımından bkz. Huguenin, §2 n. 268. Türk hukukunda Buz, cayma hakkı yerine bunu ifade etmek üzere geri alma ifadesini kullanmakta; geri almanın hangi sözleşme tipi bağlamında gündeme geldiğine dikkat edilerek hukuki niteliğinin incelenmesi gerektiğini ve tüketici mevzuatı açısından sözleşmeden dönmeye benzer etkiler doğurduğunu belirtmektedir, krş. Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 89-91.

⁷⁶⁷ Baş Süzel, Mesafeli Sözleşmeler, s. 54.

⁷⁶⁸ Bellican, s.340.

sözleşme (*contrat d'adhésion*) kullanarak sadece platform hizmetini sunmak istemekte ve satış sözleşmesine dâhil olmaktan kaçınmaktadır. Ancak bu durum, (yasanın açık hükmüyle getirilen bu tür sorumluluk düzenlemeleri yanında) somut olayın şartları değerlendirilerek dürüstlük kuralından çıkarılabilecek koruma yükümlülükleri sayesinde elektronik ticaret platformları ve tüketiciler arasındaki risk dağılımı adil bir sınıra çizilmesini engellemez. Zira dijital platform ile tüketici arasında, dürüstlük kuralından doğan bir sözleşme benzeri borç ilişkisi kurulmaktadır. Öğretide *Baş Süzel* de aracı hizmet sağlayıcının temerrüt, ayıp ve cayma hakkının kullanılmasından sonra bedelin iade edilmemesi gibi haller nedeniyle dürüstlük kuralı gereği satıcı ile müteselsilen sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir⁷⁶⁹. Bilgilendirme yükümlülükleri açısından ise TKHK m. 48/5 uyarınca girişimci ve tüketici arasında sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılar⁷⁷⁰, “*ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen*” sorumlu olacaktır (TKHK m. 48/6-a, Yönetmelik m. 12A). Burada aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun hukuki niteliğin hakkında mevzuat tatmin edici bir ibare içermese de aracı hizmet sağlayıcı ile tüketici arasında bir sözleşme benzeri borç ilişkisi bulunmaktadır. Yasada öngörülen veya dürüstlük kuralı yardımıyla tespit edilecek koruma yükümlülüklerinin kaynağı da bu hukuki ilişkidir.

⁷⁶⁹ Baş Süzel, Mesafeli Sözleşmeler, s. 131.

⁷⁷⁰ Aracı hizmet sağlayıcı kavramına kimlerin dâhil olduğuna ilişkin bkz. Murat İnceoğlu / Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicilere Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/f. 5)”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mayıs-Haziran 2020, Cilt 15, Sayı 189-190, ss. 475-491, s. 475-476.

IV. YAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ HALİNDE TANINACAK HUKUKİ İMKÂNLAR

İsviçre ve Türk hukuklarında sözleşmeye aykırılık halinde başvurulabilecek sözleşmesel yaptırımlar, sistemli ve kategorik şekilde Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak günümüzde öğreti, borca aykırılık teşkil eden olguları kazuistik kategorilere ayırmadan düşünmekte; sözleşmenin ihlali nedeniyle bozulan sözleşme adaletini yeniden tesis etmeye yönelik hukuki imkânlar konusunda kapsayıcı bir yaklaşım sunmaktadır. Nitekim bugün mehz İsviçre hukukunda, modern ifa engelleri hukukunun getirdiği yeknesak borca aykırılık anlayışı, OR 97 hükmünün lafzına olmasa da ruhuna dâhil düşünülerek adeta yasanın bir parçası olarak kabul edilmektedir⁷⁷¹. Bu yaklaşım, Türk hukukunda da TBK m. 112 vd. hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması bakımından benimsenmelidir. Türk hukukunun yasal ifa engelleri sistemi, bütünsel kıyas yoluyla imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan olgular bakımından da uygulanabilir kılınmaktadır.

Bu yaklaşım kapsamında sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesi halinde

- aynen ifa ve aynen ya da nakden tazminat gibi düzeltici imkânlar (*remèdes correctifs*) ya da
- sözleşmeden dönme veya karşı edimin azaltılması gibi bozulan sözleşme dengesinin yeniden tesis edilmesine yönelik imkânlar gündeme gelir⁷⁷².

Bu açıklamalar ışığında çalışmanın bu kısmında, yan yükümlülüklerin ihlali halinde gündeme gelen hukuki imkânlar incelenmiştir. İlk olarak yan yükümlülüklerin ihlali halinde ödemezlik def'ine başvuru imkânı (A) ve yan yükümlülüklerin aynen ifa talebinin konusu olmaya elverişliliği (B) değerlendirilmiştir. Daha sonra sözleşmeden dönme imkânının yan yükümlülüklerin ihlali halinde gündeme gelmesinin hukuki temeli ve şartları (C) incelenmiştir. Yan yükümlülüklerin ihlali halinde en sık gündeme gelen hukuk imkân olan tazminat talebi (D) ise hem kendi başına hem de aynen ifa talebi ve sözleşmeden dönme imkânlarına ek olarak gündeme gelebileceği için son

⁷⁷¹ CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 2

⁷⁷² CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 3.

sırada incelenmiştir. Belirtmek gerekir ki, sözleşmeye aykırılık halinde gündeme gelen hukuki imkânların her biri, bağımsız ve geniş kapsamlı birer çalışma konusu olabilecek kadar detaylı incelemeyi gerektirmektedir. Bu nedenle Çalışmada yalnızca yan yükümlülüklerin ihlali halinde bu imkânların doğmasının şartları ve bu borca aykırılık türüne özgü özellikleri değerlendirilmiştir.

A. Ödemezlik Def'i

Karşılıklı borç yükleyen tam iki taraflı sözleşmelerde, taraflar asli edim yükümlülüklerinin ifası için bir vade belirlememişse kural olarak her iki taraf da aynı anda ifada bulunmakla yükümlüdür. Bu kapsamda karşı tarafın borcunu ifa etmesini talep eden taraf, kendi borcunu ifa etmiş ya da borcunun ifasını teklif etmiş olmalıdır. Aksi takdirde karşı taraf, TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'i (*exceptio non adimpleti contractus*) ileri sürebilir.

TBK m. 97'de düzenlenen ödemezlik def'i, temelde sinallagma ilişkisine dâhil olan asli edim yükümlülükleri için öngörülmüş bir imkândır⁷⁷³. Ancak İsviçre hukukunda ödemezlik def'inin kullanımının yalnızca edim yükümlülüklerinin ifası ile sınırlanmadığı; edim yükümlülüğünün gereği gibi ifasını etkilediği takdirde bir yan yükümlülüğün ifa edilmemesi halinde de ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁷⁷⁴. Özellikle bir ifaya bağlı yan yükümlülüğün ihlalinin edim yükümlülüğünün ifasını değersiz (*wertlos*) kılması halinde, ihlalin muhatabı sözleşme tarafının bu geçici def'ie başvurma imkânının bulunduğu kabul edilir⁷⁷⁵. Türk hukukunda da Pekmez, bir ifaya bağlı yan yükümlülüğünün ifa edilmemesinin, edim yükümlülüğünün ifasını tamamen veya kısmen tehlikeye sokması ya da değersizleştirmesi halinde ödemezlik

⁷⁷³ Selim Kaneti, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962, s. 105; Pekmez, s. 110 vd.

⁷⁷⁴ Weber, s. 741; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 151; Hadžimanović, s. 222; Ulrich G. Schroeter, Art. 82 OR, Basler Kommentar Obligationenrecht I, ed, Corinne Widmer Lühlinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 82 n. 26; Rolf H. Weber, Art. 82, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020, n. 91; Guhl / Koller, §2 s. 12-13, n. 31-33; Stöckli, n. 235 vd; BSK OR I-Schroeter, Art. 82 n. 26; Hadžimanović, s. 111.

⁷⁷⁵ BSK OR I-Schroeter, Art. 82 n. 26.

def'inin ileri sürülebileceğini kabul etmektedir⁷⁷⁶. Böylece edim yükümlülüğünü ifa etmiş olsa bile ifaya bağlı yan yükümlülüğünü ifa etmemiş sözleşme tarafı, karşı edimi talep ettiğinde ödemezlik def'iyle karşılaşabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, öğretide benimsenen bu görüşü benimsemektedir. Bu konuda verdiği bazı kararlarında, öğretideki görüşleri anmakla birlikte, bir yan yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için öncelikle bakılacak hususun, tarafların bu yan yükümlülüğe atfettikleri önem olduğunu belirtmektedir⁷⁷⁷. Yakın tarihli bir kararında ise bir yan yükümlülüğün ihlalinin (karara konu olayda iş birliği yükümlülüğü), edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesine yol açması halinde ödemezlik def'inin kullanılabileceğini teyit etmiş; ancak karara konu olayda bir tarafın önce ifa yükümlülüğü bulunduğu için kurumun şartlarının oluşmadığına hükmetmiştir⁷⁷⁸.

Diğer yandan, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde bunların niteliği gereği edime etkisi bulunmadığından ödemezlik def'inin kullanılması söz konusu olmaz⁷⁷⁹. Ancak kanımızca, bütünlük menfaatinin ihlal eden tarafa yöneltilebilecek bir tazminat talebinin, öğretide şahsi hapis hakkı (*droit de rétention personel*) (*obligatorisches Retentionsrecht*) olarak adlandırılan ve ödemezlik def'ine ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasına dayanan bir imkân aracılığıyla kullanılması gündeme gelebilir. Bu kavramın ortaya çıkma sebebi, İsviçre ve Türk hukuklarında, BGB § 273'te düzenlenen *ifayı alıkoyma hakkı* (*Zurückbehaltungsrecht*) gibi bir hukuki imkânın bulunmamasıdır. İsviçre Federal Mahkemesinin de tanıdığı⁷⁸⁰ şahsi hapis hakkı, aynı borç ilişkisinden doğmuş olmakla beraber sinallagma ilişkisi içinde olmayan

⁷⁷⁶ Krş. Pekmez, s. 137.

⁷⁷⁷ BGer, 11. 10. 2012, 4A_308/2012, n. 2.5; BGer 24. 7. 2003, 4C.217/2002, n. 3.1

⁷⁷⁸ BGer, 31.03.2020, 4A_298/2019 n. 8.2.

⁷⁷⁹ Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 152; Pekmez, s. 137.

⁷⁸⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin şahsi hapis hakkı terimini açıkça zikrederek kavramın varlığını kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Örneğin; adi ortaklık sözleşmesi bağlamında OR 82'nin uygulanabilirliğini tartıştığı bir kararı için bkz. BGE 116 III 70, n. 3b; tasfiyeye giren sözleşme ilişkisinde iade yükümlülüklerine ilişkin BGE 109 II 26, n. 3. Ayrıca hizmet sözleşmesi bakımından ücretini alamayan işçinin çalışmaya devam etmemesi bakımından BGE 135 III 349, n. 2; BGE 120 II 209, n. 6a; art arda teslimli satış sözleşmesi bakımından ödenmeyen sipariş bedeline karşılık sonraki siparişlerin teslim edilmemesi hakkında TF, 4A_589/2016, N. 6a.

yükümlülükler bakımından TBK m. 98'in kıyasen uygulanmasına imkân sağlar⁷⁸¹. Yargıtay ise şahsi hapis hakkı kavramını henüz açıkça zikretmese de 10.7.1940 tarihli ve E. 1939/2, K. 1940/77 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, resmi şekle uyulmadan kurulan ve asli edim yükümlülükleri ifa edilen taşınmaz satış sözleşmesi bakımından, karşılıklı iade yükümlülüklerinin ifasında ödemezlik def'inin uygulanacağını kabul etmiştir⁷⁸².

Koruma yükümlülüklerinin ihlaline dönülecek olursa, bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararın tazmini, temelde sözleşmeye dayanan bir alacak hakkıdır. Bu nedenle zarar gören taraf, kendi edim yükümlülüğünü önce ifa etme zorunluluğu bulursa da şahsi hapis hakkı kurumuna dayanarak kendisinin tazminat alacağı ifa edilmeden taahhüt ettiği edimi ifadan kaçınabilir.

B. Aynen İfa Talebi

Alacağı talep etme yetkisi, alacak hakkının muhteviyatında bulunan yetkilerden biridir. Bu nedenle aynen ifa talebi, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerde açıkça

⁷⁸¹ Miguel Sogo, *Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis*, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 166 vd.; BSK OR I-Schroeter, Art. 82 n. 49; Bilgehan Çetiner, *Hapis Hakkı*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 53-54. Şahsi hapis hakkı, aynı borç ilişkisinden doğamakla beraber sinallagma ilişkisi içinde olmayan yükümlülükler açısından bir yasa boşluğu savıyla öğretilde geliştirilen ve temelini dürüstlük kuralından alan bir kavramdır. Detaylı bilgi için bkz. Sogo, s. 168. Şahsi hapis hakkı öğretilde genelde vekâlet sözleşmesi gibi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, hizmet sözleşmesi gibi sürekli sözleşmeler ve art arda teslimli satış sözleşmeleri gibi sözleşme türleri açısından incelenmektedir, bkz. Fabienne Hohl, Art. 82, *Commentaire Romand Code des Obligations I* Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, Art. 82, n. 9.

⁷⁸² “*Haricen gayrimenkul satışında mülk sahibinin muvafakatiyle müşteri gayrimenkulden intifa etmekte bulunmuş olduğundan bu muvafakat devam ettikçe müşteriden bir tazminat talebine mülk sahibinin hakkı yoksa da gayrimenkulün istirdadını talep eylediği tarihten itibaren istimal ve intifaa muvafakati kalmayacağından bu tarihten sonra müşterinin temerrüdü ve suiniyeti başlayacağı cihetle verdiği bedeli alamamış olması gayrimenkul üzerinde hapis hakkı verirse de intifa hakkını bahşetmeyeceğinden temerrüt tarihinden itibaren ecrimisil ile mükellef tutulması lazım geleceği merkezinde olduğu ve dairede ekseriyeti teşkil edenlerse haricen satılıp teslim edilmiş olan gayrimenkulü müşterinin istimali mülk sahibinin izin ve icazetine makrun olup bedel mülk sahibi tarafından kendisine verilinceye kadar müşterinin onu yedinde tutmak ve kullanmak hakkının devam etmesi Borçlar Kanunu icabından olduğu ve sahibi mülk vecibesini ifa etmedikçe diğer tarafı iadeye icbar ve intifadan men edemeyeceği ve bu itibarla müşteriye verdiği parası iade olununcaya kadar suiniyet ve temerrüt atfolunamayacağı cihetle intifa ettiği semereleri tazmin ve ecrimisil ile mükellef tutulamayacağı reyinde oldukları (...)*”, bkz. YİBBGK T. 10.7.1940, E. 1939/2, K. 1940/77.

düzenlenmemekle beraber, varlığı yasa koyucu tarafından zımnen kabul edilen ve sözleşmeye bağlılık ilkesine dayanan bir sözleşmesel imkândır⁷⁸³. Alacaklı aynen ifa talebini, ifası mümkün ve muaccel borcun borçlu tarafından yerine getirilmesinde yararı bulunduğu sürece, dava dışı veya dava yoluyla ya da icra makamları aracılığıyla ileri sürülebilir.

Aynen ifa talebinin borca aykırılık halinde ilk başvurulacak hukuki imkân olması, mutlak bir kural değildir. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereği olarak tarafların aralarındaki anlaşma gereği, yasanın öngördüğü durumlarda (örneğin TBK m. 124'ün şartları sağlanmışsa) veya edimin niteliğinin buna uygun olmaması halinde (örneğin şahsen ifa edilmesi gereken bir edimin varlığı) diğer hukuki imkânlara başvurulması mümkündür⁷⁸⁴. Uygulamada sıklıkla gündeme gelen ilk hale örnek olarak tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye sebeplerini ve şartlarını sözleşmede öngörmesi, özellikle kredi sözleşmelerinde 'temerrüt' haline sebebiyet veren bazı olguların düzenlenmesi ve bunlara belirli sonuçlar bağlanması, ifa yerine sözleşme cezası ödenmesini konu alan bir ceza koşulu veya götürü tazminat anlaşması kararlaştırılması sayılabilir.

Aynen ifa talebi, kural olarak sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ihlali halinde de gündeme gelir. Yan yükümlülüklerin aynen ifa talebine konu olabileceği kural olarak kabul edilmekle birlikte, ifaya bağlı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri açısından bir genelleme yapmak gerekirse şu tespitte bulunabiliriz: İfaya bağlı yan yükümlülükler yükümlülüğün niteliği ve konusu elveriyorsa aynen ifa talebine konu olabilirken, koruma yükümlülükleri kural olarak bu talebe konu olmaya elverişli değildir. Örneğin; sözleşme hukukumuzun bir parçası olan CISG, yükümlülükler arasında bir ayrım yapmaksızın m. 46'da⁷⁸⁵ satıcının alıcıdan,

⁷⁸³ Von Tuhr/Escher, s. 86; Müller-Chen, s. 75; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2488; CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109, n. 4b; Huguenin, §8 n. 809; Schmid, s. 313; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 406-407; Başoğlu, Aynen İfa, s. 70 vd.

⁷⁸⁴ Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2492.

⁷⁸⁵ CISG m. 46'nın ilk paragrafına göre "Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış olsun." Bu hükmün tercümesi için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (E.T. 27.02.2023).

m.62'de⁷⁸⁶ ise alıcının satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebileceğini açıkça düzenlemiştir. Birinci Bölümde açıklandığı gibi CISG koruma yükümlülüklerini tanımadığından bu düzenlemelerde kastedilen yükümlülükler, edim yükümlülükleri ve ifaya bağlı yan yükümlülüklerdir.

Diğer yandan, aynen ifa talebi bağlamında koruma yükümlülüklerinin kendilerine özgü bir özellikleri göze çarpar. Şöyle ki, koruma yükümlülüklerinin içeriği, sözleşmenin kurulduğu anda tam olarak belli değildir; daha ziyade sözleşme ilişkisinin seyri boyunca şekillenir. Bu nedenle özellikle koruma yükümlülüklerinin varlığı ve kapsamı, çoğu zaman ihlal edildikleri zaman gündeme gelir. Aynen ifa talebine kural olarak elveriş olmamaları, bu durumdan kaynaklanır. Ancak bu sonuç, yan yükümlülük olmalarından değil; koruma yükümlülüklerinin doğasından kaynaklanır. Örneğin; yapmama borcunu konu alan bir yan yükümlülük ihlal edildiğinde aynen ifa talebine elverişli olmadığı gibi asli edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılan bir bağımsız yapmama borcu da aynen ifa talebine elverişli değildir⁷⁸⁷. Diğer yandan, bu tür ilk bakışta aynen ifa talebine elverişli görünmeyen bir yan yükümlülüğün ihlal edilme ihtimali makul surette öngörülebiliyorsa ya da devam eden bir ihlal söz konusuysa, yan yükümlülüğe uygun davranılması, aynen ifa talebine konu olabilir⁷⁸⁸.

Sonuç itibarıyla, yan yükümlülükler kural olarak aynen ifa talebine konu olabilirler. Bu nedenle genelleme yapmaktan kaçınarak, edim yükümlülüklerinde

⁷⁸⁶ CISG m. 62'ye göre “*Satıcı alıcıdan semeni ödemesini, malları teslim almasını veya diğer yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu taleplerle bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmış olsun.*” Bu hükmün tercümesi için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (E.T. 27.02.2023).

⁷⁸⁷ Aynı doğrultude Hadžimanović, s. 110. Asli edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılan bir bağımsız yapmama yükümlülüğünün imkânsızlaşması için borçlunun borca uygun hareket etme imkânı ortadan kalkmış olmalıdır, bkz. Dural, s. 16-17. Bu bağlamda, yapmama borcu mutlak kesin vadeli bir işlem den doğmuşsa imkansızlık söz konusu olur. Bu nedenle borca aykırılık halinde aynen ifa talebi gündeme gelmez, krş. Dural, s. 19-20.

⁷⁸⁸ Yan yükümlülüklerin ihlali halinde aynen ifa talebinin bulunup bulunmadığı meselesi, Çalışmanın ilk bölümünde bu yetkinin, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler arasındaki ayrımın kriterlerinden biri olup olmadığı bağlamında incelenmişti. Tekrardan kaçınmak adına Birinci Bölümde yapılan detaylı teorik açıklamalar ve konunun farklı ihtimallere göre ele alındığı örnekler için bkz. §1.I.E.1.b.iii.

olduğu gibi somut olay bağlamında ve münferit yan yükümlülüğün niteliği özelinde bir inceleme yapmak gerekir.

C. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

1. Özel Hüküm Gereği Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri kısmında, bazı sözleşme türleri açısından yan yükümlülüklerinin ihlali halinde ihlalin muhatabı olan tarafa sözleşmeden dönme ya da sürekli sözleşmelerde sözleşmeyi feshetme yetkisi tanınmaktadır.

Özellikle sürekli sözleşmeler, ekseriyetle sözleşmenin amacına sadık kalınması ve edimlerin sözleşmede anlaşıldığı dönemlerde ifa edileceğine duyulan inanç temelinde şekillenen bir güven ilişkisine bağlıdır. Sözleşmeye sadakat (ya da sözleşmenin amacını tehlikeye düşürmeme) yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bu güven ilişkisinin sarsılması halinde olağanüstü fesih gündeme gelir⁷⁸⁹. Örneğin; TBK m. 512'ye göre vekâlet sözleşmesinde, TBK m. 331'e göre kira sözleşmesinde, TBK m. 435'e göre ise hizmet sözleşmesinde taraflara haklı nedene dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır⁷⁹⁰.

Ani edimli sözleşmeler bakımından ise, sözleşmenin kurulduğu an ile ifa anı arasında bir zaman dilimi varsa, bu dönemde sözleşmenin amacını zedeleyen bir sebep ortaya çıkabilir. Bu sebep, borçlunun sözleşmeye sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesinden ileri geliyorsa, ihlalin muhatabına sözleşmeden dönme yetkisi tanınmıştır.

⁷⁸⁹ Peter Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968, s. 174-175; Özer Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 34-35; Koller, OR AT 2022, n. 58.09. Seliçi, sürekli sözleşmelerde güven ilişkisinin çökmesi halinde kural olarak süresiz olağan fesih imkanının bulunduğu, tasfiyesinin belirli bir zaman alacağı hallerde ise süreli olağanüstü fesihten bahsedileceğini belirtmektedir, bkz. Seliçi, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 35. Buna karşılık günümüzde haklı sebebe dayanan fesih yetkisinin hukuki dayanağı, güven ilişkisinin sarsılmasından ziyade kişilik hakkının korunmasıyla ilişkilendirilmektedir. Görüşler için bkz. Marie-Noëlle Venturi–Zen-Ruffinen, La Résiliation pour Justes Motifs des Contrats de Durée, Schulthess, 2007, s. 123-124, n. 348.

⁷⁹⁰ Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 158-159; Daha fazla örnek için bkz. Gauch, Beendigung von Dauerverträgen, s. 177 vd; Venturi–Zen-Ruffinen, s. 103 vd, n. 298 vd.

Örneğin; eser sözleşmesinde TBK m. 473/1 uyarınca “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa” iş sahibinin kararlaştırılan teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. Yine TBK m. 473/2 de “eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülyorsa” iş sahibine belirli bir prosedüre uyduktan sonra dönme hakkı tanınmıştır. Bu hüküm, sözleşme tarafları arasındaki güven ilişkisinin çöktüğü ve sözleşmeden beklenen temel menfaatlerin tehlikeye düştüğü varsayımını esas almaktadır. Yüklenici özellikle kendisinin sorumluluğunu doğuran ve ona atfedilebilen bir sebeple işi zamanında bitiremeyecek ise karşı tarafın sözleşmeden doğan menfaatlerini tehlikeye atmış kabul edilir. Bu nedenle burada, yasa gereği sözleşmeden dönme imkânının tanındığı bir yan yükümlülüğün ihlali bulunur⁷⁹¹.

2. Borca Aykırılığa İlişkin Genel Hükümlerin Uygulanmasıyla Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı

Öğretideki günümüzde ağırlıkla savunulan görüşe göre yan yükümlülüklerin ihlali halinde ihlalin muhatabı olan sözleşme tarafı, borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeden dönme veya fesih yetkisine sahiptir. Bu sonuca, bazı yazarlar TBK m. 112’nin doğrudan uygulanmasıyla, bazı yazarlar ise TBK m. 125’in kıyasen uygulanmasıyla varmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak TBK m. 112’nin sözleşmeden dönme imkânını dışlamadığına ve genel norm olarak TBK m. 112 kapsamında (ve bu imkânın kullanılma süreci açısından TBK m. 125 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla) sözleşmeden dönüleceğine ilişkin görüş (a), daha sonra yan yükümlülüklerin ihlali halinde TBK m. 125’in kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeden

⁷⁹¹ Huguenin, § 34 n. 3143; BK OR-Koller, Art. 363 n. 425. Yavuz/Acar/Özen, buradaki yan yükümlülüğün özen yükümlülüğü olarak değerlendirmektedir, krş. Yavuz/Acar/Özen, Özel Hükümler II, s. 1105. Kanımızca özen yükümlülüğünden ziyade sözleşmenin amacına sadakat yükümlülüğünün (Treuepflicht) ihlali bulunmaktadır.

dönülebileceğine ilişkin görüş (b) aktarılacak; bunu takiben yan yükümlülüklerin ihlali açısından Çalışmada benimsenen görüş (c) ortaya konacaktır.

a. TBK m. 112 hükmü kapsamında sözleşmeden dönme

Sözleşmeden dönme, TBK m. 125'te tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya tanınan bir imkân olarak öngörülmüştür. Borca aykırılığa ilişkin genel hüküm olarak kabul edilen TBK m 112'de öngörülen yegâne imkân ise alacaklının, hâkim görüşe göre fark teorisine göre hesaplanacak olumlu zararının tazminini isteyebilmesidir. Bu düzenlemede yalnızca tazminat talebinin açıkça tanınması, alacaklıya somut olay adaletine daha iyi hizmet edebilecek diğer hukuki yaptırımların ve özellikle sözleşmeden dönme yetkisinin tanınması gerektiği belirtilerek eleştirilmektedir⁷⁹².

Eski öğretide, TBK m. 112'de sözleşmeden dönme imkânının tanınmamış olmasının, yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu görüşü savunulmaktaydı. Günümüzde azınlıkta kalan bu görüşe göre, sözleşmeden dönme imkânı, yalnızca sinallagma ilişkisine dâhil olan edim yükümlülüklerini ilgilendiren borca aykırılık hallerinde gündeme gelir⁷⁹³. Diğer yandan bazı yazarlar ise TBK m. 112'nin uygulandığı borca aykırılık hallerinde sözleşmenin sona erdirilmesi imkânını kategorik olarak dışlamamakta; ancak ifa edilen edimin iadesi talebinin fark teorisi yoluyla sağlanabileceğini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, sözleşmeden dönme halinde zararın fark teorisine göre ve TBK m. 114 (OR 99) atfıyla aynen tazmin yoluyla talep edilmesi halinde, esasen TBK m. 112 ile aynı sonucun doğduğunu belirtmektedir. Bu nedenle ihlalin muhatabı sözleşen, ifa ettiği ediminin iadesini, olumlu zararının tazminini talep ederek de sağlayabileceği için TBK m. 112'de sözleşmeden dönme imkânının ayrıca düzenlenmiş olmasına gerek yoktur⁷⁹⁴. Buna

⁷⁹² BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zu Art. 97-109 n. 59-60.

⁷⁹³ Birçokları yerine krş. von Tuhr/Escher, s. 105; Becker ise OR 97'nin sözleşmeden dönme hakkını açıkça zikretmemesinin yarattığı adaletsizliği sezmekle beraber dönme hakkını tanımak için hukuki temelini yetersiz görmektedir, krş. BK OR-Becker, Art. 97, n. 9 ve Art. 107 n. 13

⁷⁹⁴ *Katı fark metodu (strikt Differenzmethode)* görüşü için bkz. Öz, TBK m. 112, n. 50 ve n. 55; Huguenin, §8 n. 902; Glättli, s. 158-159; Stöckli, n. 485. Öz, TBK m. 112'nin yalnızca olumlu zararın

karşılık, kanunun öngördüğü hukuki imkânlar sisteminde, olumlu zararın tazminini talep hakkı ve sözleşmeden dönme hakkının birbirinin alternatifi olarak öngörüldüğü; edimlerin iadesine yönelik talebin temel olarak sözleşmeden dönme ile sağlanacağı belirtilerek bu görüşe karşı çıkmaktadır⁷⁹⁵.

Kanımızca olumlu zararın aynen tazmini teorik olarak mümkün ve makul bir çözüm olsa da ihlalin muhatabı olan tarafın bu yola başvuramayacağı haller olabilir. Nihayetinde borca aykırılığın muhatabı olan sözleşme tarafı, uğradığı olumlu zararın varlığını ispatlayamıyorsa, borca aykırılığın meydana gelmesinde borçlunun kusuru yoksa ya da ihlalin muhatabı kendi edimini geri almayı ve olumsuz zararının tazminini istiyorsa bu durumda sözleşmeden dönme imkânına başvurmak isteyebilir⁷⁹⁶. Buna ek olarak, somut olayda borca aykırılığın hiçbir zarara sebep olmaması; ancak özellikle yan yükümlülüklerle aykırılıkta olduğu gibi güven ilişkisinin sarsılması, sözleşmeden beklenen menfaatin ağır şekilde zedelenmesi veya gelecekte bir zararın doğacağını öngörülebilir olması halinde, ihlalin muhatabının, sözleşmeden dönme imkânına başvurabilmesi gerekir⁷⁹⁷. Nihayetinde, *Neuenschwander*'in belirttiği gibi, TBK m. 112'nin uygulandığı borca aykırılık hallerinde de nihayetinde edimin ifası tehlikeye girmiştir ve buradaki tehlikenin ağırlığının, temerrüt halinde vuku bulandan farkı yoktur⁷⁹⁸. Bu nedenle TBK m. 112'nin doğrudan veya kıyasen uygulandığı hallerde ihlalin muhatabı sözleşmenin, temerrüde düşen borçlu karşısındaki alacaklıya nazaran daha sınırlı sayıda hukuki imkâna başvurabilmesi adil değildir.

tazmini imkânını düzenlediğini, bu hüküm kapsamına giren hallerde sözleşmeden dönme imkânının tanınmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Yazara göre de fark teorisinin uygulanmasıyla, TBK m. 112'de sözleşmeden dönme imkânının öngörülmemiş olmasının yarattığı durumun önüne geçilebilir, bkz. Öz, TBK m. 112, n. 50 ve n. 55.

⁷⁹⁵ Bu eleştiri için bkz. CR CO I-Thévenoz, Art. 107 n. 34. Aksi görüşteki Glättli ise olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönmeyi farklı hukuki imkânlar olarak kabul etmekle beraber birbirlerini dışlamadıklarını; sözleşmeden dönme sayesinde tarafların edimlerini ifa etmekten kurtulmayı, olumlu zararın tazminiyle ise ifadan beklenen yararın elde edilmemesinden doğan zararın tazmininin talep edileceğini savunmaktadır, bkz. Glättli, s. 159.

⁷⁹⁶ Neuenschwander, s. 95; Huguenin, §8 n. 905.

⁷⁹⁷ CHK OR-Furrer/Wey, Art. 107 n. 12. İş birliği yükümlülüğüne aykırılık ve özellikle öngörülebilir borca aykırılık hali için Köpcke bu hususu vurgulamaktadır, krş. Köpcke, s. 149.

⁷⁹⁸ Neuenschwander, s. 96; Glättli, s. 158; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 63.; Koller, OR AT 2022, n. 46.25; Aynı doğrultuda koruma yükümlülüklerinin ihlali için BGB § 324 ile paralellik kuran görüş için bkz. Walter, Schuldverhältnis, s. 73.

Nitekim modern öğreti, sözleşmeden dönme yaptırımının mutlak ve değerlendirmeye kapalı şekilde sinallagma ilişkisi içindeki edim yükümlülüklerinin ihlaline özgülenemeyeceği, sözleşme dengesinin ciddi ve ağır şekilde bozulduğu borca aykırılık hallerinde bu imkâna başvurulabileceğini kabul etmektedir. Bugün İsviçre öğretisinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt dışındaki borca aykırılık halleri⁷⁹⁹ ve özellikle yan yükümlülüklerin ihlalinde, borca aykırılığın belirli bir ağırlığa ulaşması ve alacaklının sözleşmeyle bağlı kalmasının ondan beklenememesi şartıyla, borçlunun kusuru aranmaksızın sözleşmeden dönme imkânının gündeme geleceği kabul edilmektedir⁸⁰⁰. Nitekim Borçlar Hukuku Reformu ile BGB §§ 323-324 düzenlemeleri de sözleşmeden dönme hakkını, sözleşmeye aykırılığın belirli esaslılığa (*Wesentlichkeit*) ulaşmasını esas alarak düzenlenmiştir⁸⁰¹. Zira sözleşmenin sona erdirilmesi; bir yandan bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla karşı tarafın hukuki alanına müdahale eden, diğer yandan sözleşme ilişkisinin tasfiyesini başlatan ve sözleşmesel yaptırımlar arasında en son çare olarak kullanılması gereken hukuki imkândır. Diğer yandan, ifasına başlanmış sürekli edim içeren sürekli edimli sözleşmeler bakımından ise sözleşmenin feshi imkânı doğar⁸⁰².

⁷⁹⁹ Nitekim öğretilde tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da sözleşmeden dönme imkanı kabul edilmektedir, bkz. Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 2733; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 107 n. 11.

⁸⁰⁰ Müller-Chen, s. 226; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 63 ve Art. 107 n. 6 vd; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 68.10; Huguenin, §8 n. 903a-904; BSK-Wiegand, Art. 97 n. 58; Guhl/Koller, §2 s. 12, n. 31; BK OR-Weber/Emmenegger, Einleitung zur Art. 97-109, n. 59; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 138 ve İsviçre hukukunda bu anlayışın gelişmesine ilişkin tarihsel süreç için bkz. BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97, n. 459 vd; Glatthard, s. 161 n. 573 ve s. 73-74; CH OR-Furrey/Wey, Art. 97-98 n. 138; CHK OR-Furrey/Wey, Art. 107 n. 10-12; Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n 2587; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 156-157. Modern öğretide bu görüşü terk etmiştir.

⁸⁰¹ Christian Hattenhauer, BGB §§ 323-325, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, n. 1.

BGB § 323'de edim yükümlülükleri ve ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali halinde süre verilmesine ilişkin gerekli prosedürün izlenmesi sonucunda borca aykırılığın düzeltilmemesi veya süre verilmesine gerek olmaması, esaslı ihlalin varlığını ve dolayısıyla sözleşmeden dönme imkânının meşruluğunu ortaya koymaktadır, krş. MüKoBGB/Ernst, BGB § 323 n. 12; Erman/Ulber, BGB § 323 n. 28. Aynı husus hakkında İsviçre ve Türk hukukundaki görüşler için bkz. dn. 796.

⁸⁰² Huguenin, §8 n. 904; Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 657 n. 1579. Nitekim sözleşmeden dönmeyi düzenleyen temel hüküm olan TBK m. 125'in devamı niteliğindeki TBK m. 126 bunu açıkça belirtmektedir. Ayrıca 818 sayılı BK dönemini konu almakla beraber, bu konuda geçerliliğini koruyan genel açıklamalar için bkz. Buz, s. 320-323. Sürekli sözleşmelerin feshi hakkında genel olarak bkz. Seliçi, s. 111 vd.; Altınok Ormancı, s. 90 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi son dönemde verdiği bir kararında, borçlunun sorumlu olduğu sonraki kısmi imkânsızlık halinde, edimin ifa edilmeyen kısmı nedeniyle alacaklının edime yönelik menfaatinin tamamen boşa çıkmasına dayanarak TBK m. 112 kapsamında sözleşmeden dönme imkânının bulunduğunu kabul etmiştir⁸⁰³. Federal Mahkeme başka bir kararında da OR 97'nin lafzının yalnızca tazminat talebini zikrettiğini; ancak öğretinin de kabul ettiği üzere borca aykırılığın belirli bir ağırlığa ulaşmış olması nedeniyle taraflar arasındaki güven ilişkisinin, bir tarafın sözleşmeyle bağlı kalmasını beklenemez kılacak seviyede zedelemişse OR 97'ye göre sözleşmeden dönme hakkının doğacağını kabul etmiştir⁸⁰⁴. Zürih Yüksek Mahkemesi ise 2017 tarihli bir kararında tıpkı özel hükümlerde yer alan ve sözleşmenin müspet ihlali kapsamına giren borca aykırılık hallerine ilişkin düzenlemeler gibi, OR 97'nin de sözleşmeden dönme imkânına dayanak sağladığını; yan yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmenin ayakta tutulmasının beklenilemez olması halinde bu imkâna başvurulabileceğini açıkça⁸⁰⁵ teyit etmiştir⁸⁰⁶.

Türk hukukunda da borca aykırılığa ilişkin genel norm olan TBK m. 112'nin uygulama alanına giren borca aykırılık hallerinde sözleşmeden dönme yetkisi kural olarak kabul edilmektedir. Aral, kusurlu imkânsızlık bağlamında yaptığı açıklamalarda 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 96 kapsamında alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiğini kabul etmekte; özel hükümlerde de kötü ifa için öngörülen sözleşmeden dönme ve fesih imkânı tanındığını belirtmektedir⁸⁰⁷. Serozan ise davranış yükümlerine aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı veren özel yasal düzenlemelerden, buna yönelik literatürde geliştirilen teorilerden ve dürüstlük kuralından hareketle sözleşmeden dönme hakkı tanınmasını savunmaktadır. Yazara göre bu durumda sözleşmeden dönme hakkının tanınabilmesinin ön şartı olarak *“işbu aykırılık sonucu, artık somut sözleşme ilişkisine*

⁸⁰³ BGE 4A_101/2015, n.4.5; Ayrıca bkz. BGE 4A_99/2015.

⁸⁰⁴ Krş. BGE 4A_307/2011, n. 3.1.

⁸⁰⁵ *“Auch nach den allgemeinen Regeln des OR besteht für ein Auflösungsrecht, das sich auf die Art. 97 ff. OR abstützt, folglich die Voraussetzung der Unzumutbarkeit, wie es der Art. 257f OR, der sich mit der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten befasst, in seinem Abs. 3 vorsieht.”*

⁸⁰⁶ Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, 08.06.2017, Geschäfts-Nr.: PD170001-O/U, n. 3.2-3.3 (Mietrechtspraxis/mp 2018, s. 134).

⁸⁰⁷ Aral, s. 196-197.

bağlı kalmanın güven ilkesi çerçevesinde beklenilemez, katlanılamaz (unzumutbar) bir duruma gelmiş bulunması, kısacası, ilişkinin güven temelini sarsılıp yıkılmış olması'' gerekir⁸⁰⁸. Örneğin; mülkiyet devrinin geciktirici şarta bağlandığı bir mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında satıcının mülkiyetin kazanımını engelleyici davranışlarda bulunması, bozucu şarta bağlanması halindeyse alıcının teminat hakkına zarar verecek davranışlarda bulunması halinde davranış yükümüne aykırılığa bağlı olarak alıcının sözleşmeden dönme hakkı doğar⁸⁰⁹. Ayrıca Serozan, yan edim yükümlülüklerine (Çalışmamızda ifaya bağlı yan yükümlülük olarak kabul edilen türden yan yükümlülüklerle) aykırılık halinde borçlunun kusurlu olması şartıyla TBK m. 112'ye (BK m. 96) dayanan bir sözleşmeden dönme imkânı tanımaktadır⁸¹⁰. Antalya da sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden hallerde TBK m. 112 kapsamında, taraflar arasında güven ilişki ortadan kalkması ve karşı taraf açısından sözleşmeye devam edilmesinin beklenemez olması şartıyla sözleşmeden dönme hakkının tanınacağını belirtmektedir⁸¹¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda 2002 Reformu öncesi dönemde, ifa engellerine ilişkin yasal sistem, İsviçre ve Türk hukuklarında olduğu gibi öğretide geliştirilen bu yeni yaklaşım ışığında yorumlanıyordu. Bu kapsamda sözleşmenin müspet ihlali hallerinde ve özel olarak yan yükümlülüklerle aykırılıkta, ihlalin muhatabı olan taraf açısından sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenemez (*unzumutbar*) olması halinde, sözleşmeden dönme imkânının bulunduğu kabul edilmekteydi⁸¹².

⁸⁰⁸ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 319; Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, §18 n. 7.

⁸⁰⁹ Örnek için Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 319.

⁸¹⁰ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 286.

⁸¹¹ Antalya, BHGH Cilt 3, n. 2404.

⁸¹² Köpcke, s. 139-140.

b. TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeden dönme

Bir yan yükümlülüğün ihlalinde sözleşmeden dönmenin yasal temelini oluşturan bir başka imkân ise TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasıdır⁸¹³.

Kanun koyucu, sözleşmeden dönmeyi, kural olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde asli edim yükümlülüklerinin ifasında temerrüde düşülmesi halinde tanınan bir hukuki imkân olarak öngörmüştür. Temerrüt halinde gerekli prosedürün izlenmesi sonucunda borca aykırılığın düzeltilmemesi halinde bu durumun esaslı ihlal teşkil ettiği, yasa tarafından adeta faraziye olarak kabul edilmiştir⁸¹⁴. Öğretide, sözleşmenin müspet ihlali halinde de ihlalde bulunmayan sözleşme tarafının, sözleşmeden beklediği menfaat ortadan kalkıyorsa ya da önemli ölçüde zedeleniyorsa TBK m. 125 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla ihlalin muhatabına sözleşmeden dönme imkânı tanınmaktadır⁸¹⁵. Türk hukukunda *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* sözleşmenin müspet ihlali halinde esas olarak TBK m. 112 (BK m. 96) uyarınca tazminat sorumluluğunun doğacağını kabul etmekle beraber, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 125'in (BK m. 106-108 hükümlerinin) kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir⁸¹⁶. *Çetiner/Furrer/Müller-Chen* de dönme hakkının

⁸¹³ Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10; Koller, OR AT 2022, s. 1033 n. 58.09-58.10; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, s. 655-656 n. 1575-1576. Schwenzer gerek kötü ifa gerekse yan yükümlülüklerin ihlali halinde ihlalin muhatabı tarafın, hem TBK m. 112 (OR 97)'ye hem de TBK m. 125'in (OR 107 Abs. 2) kıyasen uygulanmasına dayanılarak sözleşmeden dönme hakkını kabul etmektedir, bkz. Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10.

⁸¹⁴ Luc Thévenoz, Art. 127, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 8; Koller, OR AT 2022, s. 1033 n. 58.09; Köpcke de Reform öncesi BGB döneminde borca aykırılığa ilişkin genel hükümler bağlamında aynı kanaate varmaktadır, krş. Köpcke, s. 139. Ayrıca krş. BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 107 n. 45; Nitekim TBK m. 112 gereği borca aykırılığın esaslı olması nedeniyle sözleşmeden dönme imkânının doğmasının, yan yükümlülüklerin ihlalinden ziyade çoğu zaman edim yükümlükleri açısından söz konusu olacağı belirtilmektedir, krş. KUKO OR-Thier, Art. 97 n. 30. Diğer yandan, CISG'in uygulandığı sözleşmelerde vaktinde ifa etmeme, zaman bakımından uygun olmamayı başlı başına esaslı ihlali olarak kabul etmemiştir, bkz. Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 397.

⁸¹⁵ Pascal Pichonnaz, "Le droit de résoudre le contrat en cas d'application de l'art. 97 CO: vers un régime de l'inexécution toujours plus unifié", Baurecht, ed. Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht et al., Schulthess Juristische Medien, ss. 332-334, s. 334, n. 11; Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10. Neuenschwander, s. 95-98; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 472; Huguenin, §8 n. 904.

⁸¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 975.

TBK m. 117–125 hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla kullanılacağını görüşündedir⁸¹⁷.

Bu görüşteki bazı yazarlara göre bu imkâna başvurmak isteyen taraf, aynen ifa sağlanabiliyorsa kural olarak bunun için karşı tarafa süre tanınmalıdır⁸¹⁸. *Koller* ise koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ihlalin sonuçlarının ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlaline nazaran daha ağır olabileceğine ve süreli ihtarın başarıya ulaşamayabileceğine dikkat çekmekte; bu takdirde kural olarak süre tanınmaksızın sözleşmeden dönülebileceğini kabul etmektedir. Yazar, özellikle kanunda düzenlenmiş sürekli edimli sözleşmelerde özel hükümlerle bu esasın benimsendiğini belirterek görüşünü desteklemektedir⁸¹⁹.

Diğer yandan, karşılıklı edim yükümlülüklerinin ifası tamamlanmış bir sözleşmeden doğan bir yan yükümlülüğün ihlali halinde de, şartları oluşmuşsa sözleşmeden dönme imkânı kullanılabilir⁸²⁰. Örneğin; bir işletme satımında satıcının rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşması ve taraflar arasındaki menfaat dengesini sarsması halinde, alıcı sözleşmeden dönme hakkına sahip kabul edilmelidir⁸²¹.

Sonuç olarak, TBK m. 125'in kıyasen uygulanması, yan yükümlülüklerin ihlali bakımından sözleşmeden dönme imkânının gündeme gelebilmesi için bir başka hukuki temel teşkil etmektedir.

c. Değerlendirme

TBK m. 112 hükmü, lafzı itibariyle borca aykırılık halinde sadece tazminat hakkı tanımaktadır. Buna karşılık sözleşmeden dönme yetkisi, ihlalin muhatabı tarafın ifa

⁸¹⁷ Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 656 n. 1577.

⁸¹⁸ Pichonnaz, s. 334, n. 11. Schwenzer ayrıca sözleşmeye aykırılık esaslı değilse de karşı taraf süre vererek yükümlülüğün ifasını ya da sözleşmeye aykırı durumun giderilmesini talep ederek bu gerçekleştirilmediği takdirde sözleşmeden dönebileceğini belirtmektedir, krş. Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10. Koller ise süre tanınması gerekliliğinin tartışmalı olduğunu belirtmektedir, bkz. Koller, OR AT 2022, s. 1033-1034 n. 58.10.

⁸¹⁹ Koller, OR AT 2022, s. 1033-1034 n. 58.10.

⁸²⁰ Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10; Koller, OR AT 2022, s. 1034 n. 58.13.

⁸²¹ Örnek için Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10.

ettiği edimini geri almak istediği hallerde önem kazanır. Esasen fark teorisine göre aynen tazminata karar verilmesi ile edimin iadesinin sağlanması mümkündür. Ancak sözleşmeyi ihlal eden tarafın borca aykırılık bakımından kusurunun olmaması ya da zararın ispatlanamaması halinde, iadenin olumlu zararın aynen tazminiyle sağlanması imkânı ortadan kalkar. Bu nedenle borçlunun borca aykırılıktan sorumlu olup olmadığının önem arz etmediği bir hukuki imkân olan sözleşmeden dönme yetkisinin tanınması gerekir. Diğer yandan, TBK m. 125'in olumlu zararın tazmini ve sözleşmeden dönmeyi birbirine alternatif iki imkân olarak sunup ihlalin muhatabına seçim hakkı tanınması karşısında, sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden bir durumda ihlalin muhatabını aynı seçim yetkisinden yoksun bırakmak her halükârda adil değildir.

Bu gerekçeler ışığında, yan yükümlülükler aykırılık halinde ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşması (esaslı olması), ihlalin muhatabı taraf açısından sözleşmeye devam edilmesinin beklenemez olması ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin kabul edilemez düzeyde bozulması şartıyla, yan yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerekir. Borca aykırılığın esaslı olup olmadığı değerlendirilirken ihlalin muhatabı olan tarafın menfaati odak noktası olarak alınmakla beraber, her iki sözleşme tarafının menfaatleri ve olası kayıpları karşılaştırılarak bir sonuca varılmalıdır⁸²².

Ancak TBK'nın borcun ifa edilmemesine ilişkin parçalanmış ve tutarsız bir sistem sunması karşısında, sözleşmenin sona erdirilmesi imkânını TBK m. 112'ye göre tanımak kanaatimizce zorlama bir çözüm sunmaktadır. Bu durumda, yan yükümlülüklerin ihlali halinde TMK m. 1 uyarınca genel hükümler ve özel hükümlerde yer alan düzenlemelerin kıyasen uygulanacağına ilişkin genel görüşümüz çerçevesinde, sözleşmeden dönme imkânına TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasıyla başvurulabileceği kanaatindeyiz. Bu bağlamda aynen ifa talebi mümkün ve anlamlı ise

⁸²² Melchior, s. 146, n. 522; Glatthard, s. 154, n. 550-551; CR CO–Thévenoz, Art. 97 n. 64. Menfaat dengesi değerlendirmesinde, ifaya ne zaman başladığı veya edim fiilini konu alan yükümlülüklerde ifanın ne ölçüde ilerlediği önemli bir ölçüt olduğuna ilişkin bkz. Glatthard, s. 154, n. 551. Buna karşılık Schwenger/Fountoulakis'e göre edim yükümlülüklerinin tamamen ifası halinde dahi bir yan yükümlülüğün ihlali nedeniyle sözleşmeden dönme imkânı gündeme gelebilir, bkz. Schwenger/Fountoulakis, § 68 n. 68.10.

öncelikle yan yükümlülüğün aynen ifası talep edilmelidir. Aynen ifa talebi yerine getirilmezse veya –koruma yükümlülükleri bakımından çoğu zaman olduğu gibi– mevcut ihlal bakımından mümkün değilse, bu takdirde yukarıdaki şartların varlığı halinde sözleşme dönme veya sözleşmeyi feshetme yetkisi doğar.

Belirtmek gerekir ki, bir yan yükümlülüğün ihlali, çoğu zaman edim yükümlülüğünün ihlali kadar sözleşme ilişkisini sarsmaz. Bu nedenle sözleşmeden dönme hakkının doğması istisnai bir durumdur. Yine de bu, sözleşmeden dönme imkânının büsbütün dışlanması gerektirmez. Nihayetinde sözleşmeden dönmenin kendisi de *ultima ratio* bir hukuki çaredir.

3. Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Koşulları

a. Temel koşul olarak yan yükümlülüğün ihlalinin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması

Sözleşmeden dönme; bozulan sözleşme dengesinin başka bir hukuki imkânla düzeltilmesinin mümkün olmadığı hallerde *ultima ratio* olarak başvurulması gereken bir hukuki imkândır⁸²³. Bu nedenle borcun ihlalinin taraflar arasındaki menfaat dengesini kabul edilemez ölçüde sarsıp sarsmadığı, her iki taraf açısından sözleşmeden umulan temel menfaatler ve beklentiler değerlendirilerek belirlenmelidir.

Bir yan yükümlülüğe aykırılık nedeniyle karşı tarafın sözleşmeyi sona erdirebilmesi için öğretide *sine que non* kabul edilen koşul, sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenemez (*unzumutbar*) olmasıdır⁸²⁴. Sözleşme ilişkisinin varlığını sürdürmesinin bir taraf için beklenemez olmasının ne anlama geldiği tartışmaya açıktır. Borca aykırılık kavramını üst kavram olarak düzenleyen hukuk sistemleri ve uluslararası metinlerde bu tür borca aykırılık hallerinin genellikle *esashi ihlal* olarak ifade edildiği görülmektedir. Nitekim bu terim, pozitif hukukumuz bağlamında Türk hukukunun bir parçası olan CISG’de de yer almaktadır. Bu nedenle çalışmada, ihlalin

⁸²³ Stöckli, n. 543; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97–98 n. 139; SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 25 n. 1; Glatthard, s. 132, n. 483.

⁸²⁴ Glatthard, s. 133, n. 485-486; Antalya, BHGH Cilt 3, n. 2403.

sonuçlarının sözleşmeden dönmeyi haklı kılacak bir ağırlığa ulaşması halini ifade etmek üzere esaslı ihlal terimi kullanılmıştır.

i. Alman hukukunda

Alman hukukunda yan yükümlülüklerin ihlali halinde alacaklıya sözleşmeden dönme imkânının tanınmasını belirli standartlara tabi tutmuştur. BGB § 323’de edim yükümlülükleri ve ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali halinde süre verilmesine (*Fristsetzung*) ilişkin gerekli prosedürün izlenmesi sonucunda borca aykırılığın düzeltilmemesi veya süre verilmesine gerek olmaması, esaslı ihlalin varlığını ve dolayısıyla sözleşmeden dönme imkânının meşruluğunu gerekçelendirmektedir⁸²⁵. Koruma yükümlülüklerin ihlali halinde uygulama alanı bulan BGB § 324’e göre ise sözleşmeden dönme, ancak sözleşme ilişkisinin ayakta tutulmasının alacaklıdan beklenemeyecek (*unzumutbar*) olması halinde mümkündür. Sözleşme ilişkisine devam edilmesinin beklenemeyecek olması, sözleşmeden beklenen temel amacın, sözleşmenin ayakta tutulmasını engelleyecek derecede zedelemiş olması halinde söz konusu olur⁸²⁶. Ayrıca koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde sözleşmeden dönmenin şartları mevcutsa, BGB § 324’e göre yükümlülüğün niteliği gereği sözleşme tarafının bu yetkiyi kullanması için ihtarda bulunması gerekmez⁸²⁷.

Sözleşmeden dönmenin tarafların son aşamada başvurabileceği bir imkân olması ve koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüklerini ve dolayısıyla sözleşmeye yönelik temel menfaati doğrudan etkilememesi karşısında, koruma yükümlülüklerinin ihlali sözleşme dönmenin daha yüksek bir ölçüte tabi tutulması makuldür. Bir koruma yükümlülüğü ihlali sebebiyle sözleşmeden dönme imkânının tanınması için, ihlalin yol açtığı olumsuz durumun tazminat talebiyle giderilememesi, koruma yükümlülüğün ihlalinin bilhassa edim yükümlülüğüne yönelik menfaati ve özellikle

⁸²⁵ Krş. MüKoBGB/Ernst, BGB § 323 n. 12; Erman/Ulber, BGB § 323 n. 28.

⁸²⁶ Köpcke, s. 40. Bu bağlamda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geçmişe dayanması ya da sözleşme süresinin kayda değer bir uzunlukta olması, sözleşmenin devam etmesinin çekilmez olmasını güçlendiren bir olgu teşkil eder, bkz. Wolfgang Ernst, BGB § 324, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022, BGB § 324 n. 8.

⁸²⁷ MüKoBGB/Ernst, BGB § 324 n. 10.

ifanın gerçekleşeceğine ilişkin beklentiye olumsuz etkilemesi gerekir⁸²⁸. Örneğin; Berlin-Lichtenberg Yerel Mahkemesi, alıcının, sağlık sigortası yaptırdığı kuruma satın aldığı malzemelere ilişkin fatura ibraz etmekle yükümlü olduğu bir olayda, satıcının çok uzun bir süre boyunca fatura kesmekten imtina etmesi nedeniyle alıcının sözleşmeden dönebileceğine karar vermiştir⁸²⁹.

ii. İsviçre hukukunda

İsviçre öğretisinde günümüzde genel kabul gören görüş⁸³⁰ uyarınca bir yan yükümlülüğe aykırılık halinde, ihlalin esaslı (*wesentliche Vertragsverletzung*) (*contravention essentielle*) olması şartıyla ihlalin muhatabı olan taraf sözleşmeden dönebilir⁸³¹. *Schwenzer/Fountoulakis*, *Huguenin*, *Furrer/Wey* ve *Koller* yan yükümlülüğün ihlalinin esaslı (*wesentlich*) olmasını, ihlalin muhatabı olan tarafın sözleşme ilişkisine devam etmesinin (*Fortsetzung des Vertragsverhältnisses*) ondan beklenemeyecek (*unzumutbar*) olması olarak açıklamaktadır⁸³². *Furrer/Wey* ihlalin esaslı olması şartını (i)yan yükümlülüğün esaslı olması, (ii)yan yükümlülüğün bağımsız bir talep hakkına konu olması ve (iii)sözleşmenin ifası bakımından önem arz etmesi ya da karşı edim yükümlülüğüyle karşılık ilişkisi içinde olması olarak açıklamaktadır⁸³³. *Weber/Emmenegger*, *Berger* ve *Çetiner/Furrer/Müller-Chen*, bunu

⁸²⁸ Krş. MüKoBGB/Ernst, BGB § 324 n. 8.

⁸²⁹ AG Berlin-Lichtenberg, Urteil vom 23.07.2009 - 16 C 245/08, LSK 2010, 160087; NJW 2010, 1083.

⁸³⁰ Berger, AG, §26 n. 1757; Huguenin, §8 n. 904; Schwenzer/Fountoulakis, §68 s. 534-535 n. 68.09; CR CO I-Thévenoz, Art. 107 n. 6; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 141; ayrıca krş. Wolfgang Wiegand, Art. 98, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, n. 4; Yalnızca ifaya bağlı yan yükümlülükler bakımından esaslı ihlal halinde sözleşmeden dönme imkânını öngören görüş için bkz. Hans Giger, Art. 109 OR, Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, ed. Willi Fischer, Thierry Luterbacher, Dike Verlag AG, 2016, Art. 107, n. 2; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 107 n. 45.

⁸³¹ Tekrardan kaçınmak adına sözleşmeden dönmenin hukuki temeli için bkz. §3.IV.C.2.

⁸³² Schwenzer/Fountoulakis, §68 s. 534-535 n. 68.09; Huguenin, §8 n. 904; Andreas Furrer / Rainer Wey, Art. 107, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, 2023, n. 10-12 ve özellikle yan yükümlülüklerin ihlali açısından n. 12; Koller, OR AT 2022, s. 1033 n. 58.09. Bu esası kabul etmekle beraber Hadžimanović, haklı olarak çoğu olayda yan yükümlülüğün ihlalinin sözleşmenin sona erdirilmesine imkan verecek düzeye ulaşmadığını belirtmektedir, bkz. Hadžimanović, s. 114.

⁸³³ CHK OR-Furrer/Wey, Art. 107 n. 12.

ihlalin belirli bir esaslılığa (*wesentlich*) ve ciddiyete (*gravierend*) ulaşması olarak nitelenmektedir⁸³⁴. Thévenoz ise OR 97’de yer alan yasal boşluğun giderilmesi için CISG m. 25’te düzenlenen esaslı ihlal kavramının kıyasen uygulanmasını savunmakta⁸³⁵ ve şu örneği vermektedir: Bir video kaydetme cihazı alan kişi, satıcı kullanma kılavuzunu vermezse cihazı kullanamayacak ve sözleşmeden beklediği yarara erişemeyecektir. Yan yükümlülüğün yerine getirilmediği bu durum sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi anlamına gelir⁸³⁶. Ancak bu örnek geliştirilecek olursa şu tespiti yapabiliriz: Kullanma kılavuzu, satın alınan model video kaydetme cihazının üreticisinin internet sitesinde sunulmuşsa bu takdirde kılavuzun sunulmaması ihlal esaslı teşkil etmez. Diğer bir örnek olarak, satıcının satış sözleşmesine konu olan atı teslim tarihine kadar güvenli olarak muhafaza etmek ve sağlığına dikkat etmekle yükümlüken iyi beslememesi ya da kötü koşullarda tutması, atın teslim tarihinde makul olarak beklenen sağlık durumunda olmamasına yol açar. Bu durumda alıcı, ifayı güvence altına alan nitelikte bir ifaya bağlı yan yükümlülüğün ihlaline dayanarak sözleşmeden dönebilir⁸³⁷.

iii. İngiliz hukukunda

İngiliz hukukunda sözleşmeden dönme, ancak ifanın esaslı olarak akamete uğraması (*substantial failure in performance*) halinde başvurulabilecek son çare olarak gündeme gelir. İlk bakışta *common law* hukuk çevresine dâhil yabancı bir sistem olarak gelse de modern sözleşme hukukuna ilişkin yaklaşımların anlaşılabilmesi için en azından sözleşmeden dönme bakımından İngiliz hukukuna ilişkin nispeten detaylı bir değerlendirme yapılması gerekir. Zira Kıta Avrupası hukuk sistemleri, özellikle sözleşme hukukuna ilişkin uluslararası düzeyde yapılan çalışmalar vesilesiyle bazı konularda İngiliz sözleşme hukukundan etkilenmiştir.

⁸³⁴ BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. zur Art. 97-109 n. 59; Berger, AG, §26 n. 1757; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, s. 656 n. 1576.

⁸³⁵ CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 64. Huguenin de sözleşmeden dönme imkanı için, esaslı ihlalin varlığını ve sözleşme ilişkisine devam edilmesinin beklenemez olmasını şart koşmakta; bu bağlamda CISG m. 25’teki esaslı ihlalin şartlarına atıf yapmaktadır, bkz. Huguenin, §8 n. 904.

⁸³⁶ CR CO I-Thévenoz, Art. 107 n. 6.

⁸³⁷ Koller, OR AT 2022, s. 1034 n. 58.12.

İngiliz sözleşme hukukunda esaslı ihlalden ne anlaşılması gerektiği, somut olay bağlamında değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Mahkemeler, ihlalin muhatabı karşı tarafın, sözleşmeden elde etmeyi hedeflediği kazanımdan esaslı ölçüde mahrum kalıp kalmadığı ya da mevzubahis ihlalin sözleşmenin temellerini sarsıp sarsmadığı gibi kriterler kullanmaktadır. Bu kriterlerin uygulanmasında somut olaydaki ihlalin sonuçlarının ağırlığı dikkate alınmakta; bir yandan ihlalden zarar gören tarafın sözleşmeden dönme yaptırımıyla korunup korunamayacağı, diğer yandan ise sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi ihlal eden taraf açısından kayda değer ölçüde ağır sonuçlar doğurup doğurmayacağı değerlendirilmektedir⁸³⁸.

Diğer yandan, bu hukuk sisteminde yükümlülükler, doğrudukları borca aykırılığın türüne göre değil, ihlalin sözleşmeden dönmeye imkân verebilecek ağırlıkta olup olmadıklarına göre ayrıma tabi tutulmuştur⁸³⁹. “*Condition*” olarak sınıflanan yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmenin esaslı ihlali (*fundamental breach*) söz konusudur ve karşı taraf sözleşmeyi sona erdirebilir. Bir yükümlülüğün *condition* olarak nitelendirilmesinin anlamı, bu yükümlülüğün ihlali halinde ilgili tarafın sözleşmeyi akdederken elde etmeyi umduğu menfaatlerin tümünden mahrum kalmasıdır⁸⁴⁰. İkinci yükümlülük türü olan “*warranty*” ise ikincil düzeyde önem atfedilen ve taraflar arasında özel olarak kararlaştırılmadıkça sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanımayan yükümlülüklerdir. Bir *warranty* ihlali halinde ancak tazminat talebi gündeme gelir⁸⁴¹. *Condition* ve *warranty* arasındaki ayrımda iki kriter esas

⁸³⁸ Treitel, Law of Contract 15. Edition, n. 18-032.

⁸³⁹ Neil Andrews / Andrews Tettenborn / Graham Virgo, Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, 3. Edition, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, Thomson Reuters, 2020, n. 10-002; Müller-Chen, s. 182.

⁸⁴⁰ Treitel, Law of Contract 15. Edition, n. 18-043; Hadžimanović, s. 74. Bir *term*’ün *conditon* olarak nitelendirilebilmesi için üç dayanaktan biri mevcut olmalıdır: (i) açık bir kanun hükmü (*statute*) tarafından bu şekilde anılmalı (örneğin; *Sale of Goods Act 1979* ve *The Consumer Rights Act 2015* bu yönde özel düzenlemeler içerir), (ii) bağlayıcı bir yargı kararı tarafından bu niteliğine karar verilmeli ya da (iii) taraflar arasındaki sözleşmede teknik anlamıyla kullanılarak bir yükümlülüğün *condition* olduğu belirtilmelidir, bkz. Andrews/Tettenborn/Virgo, n. 10-037 vd.

⁸⁴¹ Treitel, Law of Contract 15. Edition, n. 18-043; Hadžimanović, s. 75. *Warranty* ihlali halinde sözleşmenin sona erdirilememesinin, kavramın tarihsel gelişimine dayandığı belirtilmektedir. Bu gruptaki yükümlülüklerin kaynağı bir tür yan sözleşme (*collateral contract*) olarak ele alınmaktadır, bkz. Hadžimanović, s. 75. *Warranty* olarak nitelendirilen yükümlülük bir para borcu ise, zararın tazmininin Kıta Avrupası sözleşme hukukundakine benzer bir hesap yöntemiyle, fark metodu ile hesaplanmaktadır. Bu nedenle tazminat ve sözleşmeden dönme imkânlarına başvurulmasının sonuçları

alınmaktadır. İlk kriter, tarafların aralarındaki anlaşmada bir yükümlülüğü *condition* veya *warranty* olarak nitelendirmelerine ilişkin için sözleşmede ortaya konulan açık irade beyanlarıdır. Ancak taraflar, bir yükümlülüğe attettikleri anlamı her zaman kelimelerle açıklamamış olabilir. Bu durumda mahkemeler ikinci kriteri devreye sokarak mevzubahis yükümlülüğün ihlalinin sonuçlarının, sözleşmenin temelini (*the very root ... of the contract*) ne ölçüde etkilediğini değerlendirir⁸⁴².

Yirminci yüzyıla kadar sözleşmesel yükümlülükler, ihlalinin ağırlığının sözleşmeden dönmeye elverişli olup olmadığı kriterine göre bu iki kategoride incelenmişti. Zaman içinde hangi yükümlülüklerin hangi gruba girdiği konusunda kalıplaşmış yaklaşımlar benimseyen mahkemeler nezdinde, bir yükümlülük ihlali halinde bunu *condition* ihlali sayarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımaya yönelik güçlü bir eğilim gözlenmekteydi. Zaman içinde bu yaklaşım, tatmin edici sonuçlar doğurmadığı kanaatiyle eleştirilmiş, yirminci yüzyıldan itibaren *intermediate term* kavramı İngiliz hukukuna girmiştir. Sözleşmenin kurulduğu an, niteliği ve ihlalinin etkisi bilinmeyen, bu nedenle somut olayda *condition* veya *warranty* sınıflarına girmeyen yükümlülükler *intermediate term* olarak sınıflandırılır⁸⁴³. Bu gruba giren bir yükümlülüğün, sözleşmenin sona erdirilmesi imkânını sağlaması için *case law*'un çizdiği kalıplaşmış sınıflara göre *condition* veya *warranty* olarak sınıflandırılması yetmez; somut olayın koşulların esaslı bir ihlalin bulunması gerekir⁸⁴⁴. Böylece mahkemeler sözleşmenin sona erdirme hakkını tanıyıp tanımama yönündeki kanaatini, mevzubahis yükümlülüğünün ihlalinin somut olaydaki sonuçlarına göre değerlendirmeye başlamıştır⁸⁴⁵. Örneğin; *The Hongkong Fir Davası*'na (1962) konu olayda, geminin denize uygun durumda (*seaworthiness*) olmasına ilişkin sözleşme

itibariyle birbirine yaklaşıp da ispat yükü bakımından farklılık bulunmaktadır. Tazminat talebi halinde zarar gören tarafın hem ihlali hem de zararı ispatlaması gerekirken, sözleşmeden dönme için yalnızca ihlali ispatlaması yeterlidir, bkz. Treitel, Law of Contract 15. Edition, n. 18–043.

⁸⁴² Treitel, Law of Contract 15. Edition, n. 18–045; Lombard North Central Plc v Butterworth [1987] Q.B. 527 at 535; Glaholm v Hays (1841) 2 Man. & G. 257 at 268; Bentsen v Taylor [1893] 2 Q.B. 274 at 281.

⁸⁴³ Andrews/Tettenborn/Virgo, n. 12-001.

⁸⁴⁴ Andrews/Tettenborn/Virgo, n. 12-002; Hadžimanović, s. 76-77; Müller-Chen, s. 184-185. Bu konuda ilke karar için bkz. Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1962] 2 Q.B. 26, 69 ff. (C.A.).

⁸⁴⁵ Hadžimanović, s. 76-77;

düzenlemeleri (diğer bir deyişle gemiyi denize uygun durumda bulundurma yükümlülüğü) kural olarak *condition* olmakla beraber, olayda taşıtanın çarter parti sözleşmesini feshetme isteğinin sebebi malların taşınma koşulları değildir. Taşıtan, ilgili pazarda taşıma masraflarının kayda değer düzeyde düştüğünden sözleşmeyi sona erdirmek ve ekonomik olarak daha avantajlı başka bir sözleşme yapmak istemektedir. Bu nedenle olayda ilgili sözleşme maddeleri *intermediate term* olarak kabul edilerek sözleşmeden dönme imkânı tanınmamıştır⁸⁴⁶.

Bu açıklamalar ışığında, İngiliz hukukunda sözleşmenin sinallagma ya da benzeri bir kavram odaklı değil; borca aykırılığın ihlal ettiği menfaat odaklı incelendiği görülmektedir⁸⁴⁷. Bu bağlamda, bir yükümlülüğün sözleşmede açıkça kararlaştırılan bir hükümden doğması ya da *implication* yoluyla varlığının tespit edilmesi (yani *expressed term* veya *implied term* olması), sözleşmenin sona erdirilmesi imkânının doğup doğmaması açısından fark yaratmaz. Yan yükümlülüklerle müteakabil bir kavram olarak görülebilecek olan *implied term* de *condition*, *warranty* ya da *intermediate term* olabilir⁸⁴⁸. Bu nedenle edim yükümlülüğü ya da yan yükümlülük gibi bir ayrım yerine, münferit yükümlülüğün ihlalinin sonuçlarının ağırlığını temel alan bir gruplandırma görülmektedir. Bununla bağlantılı olarak bir Roma-germen hukuk sisteminde yan yükümlülük olarak ele alınacak bir yükümlülüğün, *condition* olarak ele alındığı *Behn v Burness* kararını örnek olarak şu olayı inceleyebiliriz. Karara konu olayda çarter parti sözleşmesinde geminin Amsterdam'da bulunduğu belirtilmiştir. Taşıyıcının bu beyanı, deniz taşımacılığında ticari öneme sahip olduğu belirtilerek geminin sözleşme kurulduğu anda Amsterdam'a bulunması bir *condition* sayılmış ve ihlali halinde deniz taşımacılığı sektörünün özel koşulları nedeniyle diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır⁸⁴⁹. Yine *Glaholm v Hays* ve *Bentsen v*

⁸⁴⁶ Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd [1962] 2 QB.

⁸⁴⁷ Benzer şekilde, Amerika Birleşik Devletleri'nin eyalet hukuk sistemlerinde ihlalin etkisini temel alan *material breach* kavramı için bkz. Müller-Chen, s. 186-187.

⁸⁴⁸ McKendrick, n. 14-001; Grobecker, s. 67. Wilmot-Smith de *implied term*'lerin sözleşmenin sona erdirilmesi, tazminat talebi ve *frustration* doktrinlerinin uygulanmasıyla yakın ilişki içinde olduğunu belirtmektedir, bkz. Wilmot-Smith, s. 74.

⁸⁴⁹ Behn v Burness (1863) 3 B. & S. 751; Geminin ilgili limanın taşıma sınırlarına yönelik mevzuatına uyduğu yönündeki beyanın boşa çıkması halinde sözleşmeden dönme hakkının tanındığı bir karar için bkz. The New Prosper [1991] 2 Lloyd's Rep. 93; Cruise gemisinin hızına ilişkin beyanın boşa çıkması

Taylor kararlarında, geminin belirli bir günde sefere çıkacağı yönündeki ifade, charter parti sözleşmesi bakımından *condition* sayılmıştır⁸⁵⁰. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin terimleriyle ifade etmek gerekirse, bu bölümde anılan üç kararda da taşıyıcılar, bir yan yükümlülüklerini (ilgili sektörde önem arz eden bir hususta açıklama yükümlülüğü veya taşımada kullanılacak gemiyi belirli şartlarda hazır bulundurmaya yükümlülüğünü) ihlal etmişlerdir. Mahkemeler, bu ihlallerin somut olaydaki ekonomik faaliyet açısından özel önemi ve somut olaydaki ihlallerin sözleşme ilişkisine etkisi nedeniyle sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır.

iv. Türk hukukunda

Türk Hukukunda sözleşmenin ayakta tutulmasının beklenemez olması; yan yükümlülüğün ihlali nedeniyle sözleşmeden beklenen temel menfaatin ağır şekilde zedelenmiş veya ortadan kalkmış olması, özellikle güven temelinde kurulan sözleşme açısından güven ilişkisinin sözleşmeye devam edilmesini çekilmez kılacak düzeyde zarar görmüş olması olarak açıklanabilir. Esasen borca aykırılığın sözleşmeden dönme yetkisinin tanınmasını sağlayacak derecede esaslı bir ihlalin aranması, Türk hukukuna yabancı bir kavram değildir. Özel hükümlerde yer alan düzenlemeler⁸⁵¹ ve ayrıca Anayasa m. 90/5 gereği Türk hukukunun bir parçası olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 25. maddesi gereği satış sözleşmenin sona erdirilmesi yetkisi; sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlalinin, ihlalin muhatabı taraf açısından katlanılamayacak bir düzeye ulaşması nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesine dayanır.

Yan yükümlülüklerle aykırılığın esaslı ihlal teşkil etmesi, çoğu zaman sürekli sözleşmelerin olağanüstü feshi bağlamında gündeme gelir. Sürekli borç ilişkisi devam ederken ortaya çıkan bir yan yükümlülük ihlalinin, hem dürüstlük kuralına göre objektif olarak hem de ihlalin muhatabı taraf açısından subjektif olarak sözleşme

halinde sözleşmeden dönme hakkının tanındığı bir karar için bkz. *The Aegean Dolphin* [1992] 2 Lloyd's Rep. 178.

⁸⁵⁰ *Glaholm v Hays* (1841) 2 Man. & G. 257; cf. *Bentsen v Taylor* [1893] 2 Q.B. 274.

⁸⁵¹ §3.IV.C.1.

ilişkisini sürdürmeyi çekilmez kılacak bir ağırlığa ulaşması halinde olağanüstü fesih imkânı doğar⁸⁵².

Ani edimli sözleşmelerde ise bir yan yükümlülük ihlali nedeniyle sözleşmeden dönme imkanı daha nadir ortaya çıkar. Bu tür sözleşmelerde hangi olguların ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşması koşulunu dönme hakkı tanıyabileceği incelenirken Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın getirdiği tanımdan ve mahkemelerin CISG'nin uygulandığı olaylarda verdiği kararlardan istifade edilebilir. Borca aykırı davranış halinde sözleşmeden dönülebilmesi için ihlalin esaslı olması koşulunu arayan CISG m. 25'e göre *“Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.”*⁸⁵³ CISG'in tanımladığı haliyle esaslı ihlal, temelde iki temel olgunun varlığı halinde gerçekleşir: (i) taraflardan birinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğüne aykırı davranışı, karşı tarafı sözleşme çatısı altında doğan temel bir beklentisinden önemli ölçüde yoksun bırakması (*substantial deprivation*) ve (ii) sözleşmenin ihlalinin bu sonucu doğurmaya elverişli olduğunun makul bir üçüncü kişi açısından öngörülebilir olması (*foreseeability*)⁸⁵⁴.

CISG m. 25, tarafların yükümlülükleri ya da borca aykırılık türleri açısından bir ayırım yapmamakta, sözleşmenin esaslı ihlali bakımından somut olayda ihlal edilen yükümlülüğün etkisini dikkate almaktadır⁸⁵⁵. Bu nedenle tarafların menfaatleri ve sözleşmeye yönelik beklentileri açısından önem arz eden bir yan yükümlülüğün ihlali,

⁸⁵² Seliçi, Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, s. 34-35; Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 139; Venturi-Zen-Ruffinen, s. 136 n. 377. Gauch, haklı sebep (*wichtiger Grund*) kavramını tanımlarken sözleşmenin amacına ulaşmasının tehlikeye atılması veya zorlaştırılması, kişiye veya sözleşme konusuna ilişkin esaslı şartların boşa çıkması ve taraflar arasındaki menfaat dengesini sarsarak sözleşmeye devam edilmesini katlanılamaz veya beklenemez kılan davranışlar örnek olarak saymaktadır, krş. Gauch, Beendigung von Dauerverträgen, s. 176-177.

⁸⁵³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (E.T. 27.02.2023).

⁸⁵⁴ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG/Björklund CISG Art. 25 n. 9; Atamer, CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri, s. 297; Yelkenci, Sözleşmeden Dönme, s. 34.

⁸⁵⁵ SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 25 n. 4; Ayrıca SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 30 n. 22.

esaslı ihlal teşkil ediyorsa sözleşmeden dönme hakkı tanınır⁸⁵⁶. Satılan ürünlerin muhafazasının sağlanması, ürünler üzerindeki sınai hakların korunması, ürünlerin üretim sürecinde ILO standartları gibi prosedürlere uygun davranılması, faturalandırmada belirli kurallara uyulması, satım konusunun montajının sağlanması, münhasırlık anlaşmasına uyma yükümlülüğü gibi yan yükümlülüklerle aykırılık; somut olayın şartları ve taraflar arasındaki sözleşme değerlendirilerek esaslı ihlal niteliğinde olarak nitelendirilebilir⁸⁵⁷. Örneğin; Alman bir ayakkabı satıcısı ile İtalyan bir üreticinin taraf olup CISG'in uygulandığı bir sözleşmede, Alman alıcının markası olan ‘*Marlboro*’nun ayakkabıların üretim sürecinde ayakkabılar üzerinde kullanılacağı kararlaştırılmıştır. Ancak İtalyan satıcı, katıldığı bir ticaret fuarında markanın üzerinde yer aldığı ayakkabıları da ürünleri arasında sergilemiştir. Frankfurt Yüksek Mahkemesi, satıcının markayı yalnızca üretim amacıyla kullanabileceğine ilişkin yan yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini kabul ederek alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır⁸⁵⁸. Yine CISG'in uygulandığı ve Fransız bir satıcı ile ABD'li bir alıcı arasında akdedilen bir satım sözleşmesinde, satıcının bir üçüncü kişiye bu alanda münhasır yetki tanınması sebebiyle satım konusu kot pantolonların Avrupa'ya ithal edilmeyeceği açıkça kararlaştırılmıştır. Alıcının bu yan yükümlülüğünü ihlal etmesi ve ürünlerin İspanya'da satması nedeniyle üçüncü kişi olan dağıtıcı, Fransız firmaya dava açmıştır. Bu davada Grenoble Temyiz Mahkemesi, ABD'li alıcının yan yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle satıcının zarara uğramasını, sözleşmenin esaslı ihlali olarak kabul etmiştir⁸⁵⁹. Ukrayna'da bir hakem heyeti önünde görülen ve CISG'in uygulandığı bir uyuşmazlıkta ise satım konusu mallara ilişkin kararlaştırılan usulde faturaların düzenlenmemiş olması, başka bir hususun incelenmesine gerek kalmaksızın esaslı ihlal olarak kabul edilmiştir⁸⁶⁰. Buna karşılık Avusturya Yüksek

⁸⁵⁶ Peter Schlechtrim / Ulrich G. Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 7. neubearbeitete Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, n. 325; Ferrari IntVertragsR/Ferrari UN-Kaufrechts-Übereinkommen Art. 25 n. 7; SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 25 n. 20; Kock, s. 35 vd.

⁸⁵⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter CISG Art. 25 n. 202; SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 25 n. 4; Ferrari IntVertragsR/Ferrari UN-Kaufrechts-Übereinkommen Art. 25 n. 6; SHK CISG-Brunner/Leisinger, Art. 25 n. 20.

⁸⁵⁸ OLG Frankfurt, 17.09.1991, CISG-Online n. 28=NJW 1992, 633 vd.

⁸⁵⁹ CA Grenoble, 11.02. 1995, CISG-Online n. 151 = J.D.I. 1995 632 ff.

⁸⁶⁰ SchiedsG Ukr. IHK 25.11.2002, CISG-online 1267.

Mahkemesi, münhasırlık şartının ihlal edilmesi üzerine alıcının önce sözleşmeyi sona erdirdiğini beyan edip beş hafta sonra satış bedeli üzerinden yüzde elli indirim yapılması yoluyla bedelin uyarlanması talep etmesi halinde, esaslı ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre bedelin uyarlanması yoluyla sözleşmeye devam etmenin alıcı için kabul edilebilir olması karşısında, *ultima ratio* bir çare olan sözleşmenin sona erdirilmesinin ve esaslı ihlalin şartları sağlanmamıştır⁸⁶¹.

b. Süre verilmesi veya ihtarda bulunulması gerekliliği

Sözleşme dönme imkânına başvurulabilmesi için sözleşmeyi ihlal eden tarafa TBK m. 123'e kıyasen süre verilmesi gerekip gerekmediği, somut olayın koşullarına göre incelenmelidir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, konusu verme veya yapma borcu olan bir yan yükümlülüğün ihlali halinde süre tanınarak aynen ifa sağlanabiliyorsa ve bu alacaklı için bir yarar ifade ediyorsa süre verilmesi gerekir⁸⁶². Konusu yapmama borcu olan bir yan yükümlülük ihlal edildiğinde ise süre tanınarak ihlale son verilmesi istenebiliyorsa bu halde de sözleşmeyi ayakta tutmak adına süre tanınması gerekir.

Schwenzer/Fountoulakis, yan yükümlülüğün ihlali ilk aşamada esaslı değilse bile karşı tarafa süre verilerek yükümlülüğün ifası ya da sözleşmeye aykırı durumun giderilmesi talep edilmesine rağmen bunun gerçekleştirilmemesi halinde, artık bir esaslı ihlalin söz konusu olacağını ve ihlalin muhatabı tarafın sözleşmeden dönebileceğini belirtmektedir⁸⁶³.

Diğer yandan, TBK m. 124'ün kıyasen uygulanmasıyla buradaki hallerden biri mevcutsa süre verilmeksizin sözleşmeden dönme imkânına başvurulabilir⁸⁶⁴. Özellikle

⁸⁶¹ Oberster Gerichtshof (Austria) 15 November 2012 (Fashion), CISG-Online 2399.

⁸⁶² Burada yan yükümlülüğün ifasına temerrüt kuralları uygulanır. Aynı doğrultuda bkz. Hadžimanović, s. 114.

⁸⁶³ Schwenzer/Fountoulakis, § 68 n. 68.10.

⁸⁶⁴ Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 656 n. 1577; Serozan da bu şartlarda süre tanınmasının anlamsız veya yararsız olacağını belirterek m. 124'ün kıyasen uygulanacağını belirtmektedir, bkz. Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, § 18 n.7.

koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde süre verilmesi çoğu zaman gerekli veya anlamlı olmaz. Nitekim koruma yükümlülüklerinin ihlalinin esaslı ihlal teşkil etmesi halinde BGB § 324, sözleşme ilişkisinin tekrar rayına oturtulamayacağını adeta bir faraziye öngörerek ihlalin muhatabı tarafa süre tanınmaksızın sözleşmeden dönme imkânı tanımıştır.

Sürekli sözleşmelerde ise ihlalin muhatabı tarafın, yan yükümlülüğün ihlalinin ağırlığına göre hemen veya ihtarda bulunduktan sözleşmeyi feshetme yetkisine doğar. Bir yan yükümlülüğün ihlalinin başlı başına güven ilişkisini ortadan kaldırarak ya da sarsacak ağırlıkta olması halinde (mutlak ağırlık) ihlalin muhatabı doğrudan haklı fesih imkânına başvurabilir⁸⁶⁵. Buna karşılık, ihlal teşkil eden davranış tek başına feshi haklı kılacak ağırlıkta olmamasına rağmen, ihlalin tekrarlanması ya da ihlale başka sebeplerin de eşlik etmesi halinde (nisbi ağırlık) haklı fesih hakkı doğar. Bu takdirde ihlalin muhatabı taraf ilk ihlalden sonra ihlal teşkil eden davranışın tekrarlanmamasına yönelik ihtarda bulunmalıdır⁸⁶⁶. İhtara rağmen yan yükümlülüğe aykırı davranış tekrarlanırsa ihlalin muhatabı olan taraf sözleşmeyi feshedebilir⁸⁶⁷.

D. Tazminat Talebi

1. Tazminat Sorumluluğunun Doğmasının Şartları

Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde belli şartlarda bu yükümlülük içerik değiştirerek bir tali yükümlülük türü olan tazminat yükümlülüğüne dönüşür. Bir yan yükümlülüğün ihlalinden doğan zararın tazmini bağlamında sorumluluğu kurucu unsurlarının varlığı şarttır. Bu kapsamda,

- Sözleşmeden doğan bir yan yükümlülüğün ihlali,

⁸⁶⁵ Krş. Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkileri, s. 143; Venturi –Zen-Ruffinen, s. 149 n. 410. Altınok Ormancı örnek olarak işçinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesini ve işverenin işçinin kişilik hakkını ihlal etmesini, başlı başına haklı sebeple feshe imkân tanıyan sözleşmeye aykırılık halleri olarak belirtmektedir, bkz. Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkileri, s. 144-145.

⁸⁶⁶ İhtarın fesih tehdidi içermesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır, bkz. Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkileri, s. 146-147.

⁸⁶⁷ Krş. Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkileri, s. 145; Venturi–Zen-Ruffinen, s. 150 n. 412.

- Tazmin edilebilir bir zararın doğması,
- İhlal ve zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması,
- Borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi, bu kapsamda kusurunun ya da kusuru bulunmaksızın sorumlu tutulmasını sağlayan bir yasa hükmünün bulunması gerekir⁸⁶⁸.

2. Sorumluluğun Kurulması Bakımından Özel Durumlar

Tazminat sorumluluğunun doğmasının koşulları oldukça kapsamlı bir incelemeyi gerektirmekle beraber, çalışma konusu bağlamında bazı hususlara dikkat çekilmelidir.

a. Tazminat talebinin tabi olduğu hükümler

Sözleşmeye aykırılık unsurunu, sözleşmeden doğan bir yan yükümlülüğün ihlali teşkil eder. Somut olaydaki borca aykırılık olgusu ise zararın tazminine dayanak sağlamak üzere kıyasen uygulanacak hükmü tespit etmemizi sağlar. İfaya bağlı yan yükümlülükler; edim yükümlülükleri gibi imkânsızlık, temerrüt ve kötü ifaya konu olabilir. Bu nedenle tazminat talebi, ilgili borca aykırılık türüne ilişkin yasal düzenlemelere tabi olur⁸⁶⁹. Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ise kural olarak TBK m. 112'ye göre tazminat sorumluluğu doğar⁸⁷⁰. Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, verme borcu niteliğindeki bir yan yükümlülüğün ihlalinin konu alan yakın tarihli bir kararında, yükümlülüğün türünü ve ihlalin niteliğini incelemeksizin TBK m. 112 kapsamında zararın tazmini talebine hükmedileceğine karar vermiştir⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ Oğuzman/Öz, n. 1246 vd; Eren, n. 3291; Antalya, BHGH Cilt 3, n. 2309; Eren/Dönmez, TBK m. 112, n. 49; Furrer/Müller-Chen/Çetiner, n. 1414-1418; Huguenin, § 8 n. 857; Berger, AG, §26 n. 1751.

⁸⁶⁹ Huguenin, §8 n. 853; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 67.05; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25.

⁸⁷⁰ Huguenin, §8 n. 853; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 67.05; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 25; MüKoBGB/Bachmann, BGB § 241 n. 75.

⁸⁷¹ “Borçun gereği gibi ifa edilmemesi veya sözleşmenin müspet ihlali halinde borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının ihlâl nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bunun dayanağı ise yukarıda bahsedildiği üzere TMK'nin 2/1 maddesiyle düzenlenen

b. Yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluk

TBK m. 116'ya göre *‘‘Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.’’* Edim yükümlülüklerinde olduğu gibi yan yükümlülüklerin ifasında da borçlu, hâkim görüşe göre ihlal teşkil eden davranışta kusuru olup olmadığı aranmaksızın sorumlu tutulur. Bu husus, gerek ifaya bağlı yükümlülükler gerekse koruma yükümlülükleri bakımından geçerlidir⁸⁷². Ancak yardımcı kişinin davranışıyla zarar arasında fonksiyonel bir bağlantı bulunmalıdır⁸⁷³. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında, ifa yardımcısı konumundaki banka müdürünün, usulsüz olarak kullandırılan kredi miktarı bakımından özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini; bu nedenle bankanın TBK m. 116 kapsamında sorumluluğunun gündeme geleceğine karar vermiştir⁸⁷⁴.

dürüstlük kuralıdır. Nitekim bu husus 6098 Sayılı TBK'nin 112. maddesinde özel olarak; ‘‘Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür’’ şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kusurlu ifa imkansızlığı ve temerrüt haricinde borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda da borçlunun sözleşme hükümlerine göre alacaklının ihlâl nedeniyle oluşan zararından sorumlu olduğu aşîkardır.’’ İlgili karar için bkz. Yarg. HGK T. 4.11.2021, E. 2018/11-88, K. 2021/1351.

⁸⁷² Zariye Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, Dayınlırlı Hukuk Yayınları, 1995, s. 91; Semih Yünlü, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2019, s. 65. Türk, İsviçre ve Alman öğretilerinde hâkim görüş olan farazi kusur görüşü için bkz. Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, s. 210 vd. Bu görüş kapsamında ne sözleşme tarafının ne de ifa yardımcısının kusuru, sorumluluğun kurulması açısından gerekli değildir. Diğer yandan bu hüküm, ifa yardımcısına başvuran sözleşme tarafına bir kurtuluş imkânı da tanımaz. Sözleşme tarafının elindeki tek imkân, ifa bizzat kendisi tarafından yerine getirilseydi dahi zararın doğacağını ortaya koymaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bu bağlamda bir kriter olarak sözleşme tarafının, ifa yardımcısının, borçlunun bizzat kendisinin göstermesi gerekli bütün özeni gösterdiğini ispat etmesini aramaktadır, bkz. Luc Thévenoz, Art. 101, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 25-26; Rolf H. Weber / Susan Emmenegger, Art. 101, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020, n. 4 vd.

⁸⁷³ Basel Temyiz Mahkemesi, yan yükümlülüğe aykırılığın yardımcı kişinin fiilinin kaynakladığını ve fonksiyonel bağlantının ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir, krş. Basel-Stadt, Appellationsgericht, 30.03.2017, ZB.2016.24, n. 5.2.2.

⁸⁷⁴ Yarg. HGK T. 17.5.2023, E. 2022/11-620, K. 2023/465.

c. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde talep hakkı sahibi

İncelenecek son husus ise üçüncü kişi yararına sözleşmeler bağlamında gündeme gelir. Üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin genel düzenleme getiren TBK m. 129/1'e göre *‘‘Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.’’* Üçüncü kişinin edimi talep yetkisini düzenleyen TBK m. 129/2'ye göre ise *‘‘Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.’’*

Bir üçüncü kişi yararına sözleşmeden doğan yan yükümlülüğün ihlali halinde tazminat talebine hak kazanacak kişi, ihlal edilen yan yükümlülüğün türüne ve üçüncü kişinin talep hakkının niteliğine göre farklılık gösterir. Bir ifaya bağlı yan yükümlülüğün ihlali halinde, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede hem sözleşme tarafı hem de üçüncü kişi borçluya karşı tazminat talebinde bulunabilirken; eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede yalnızca sözleşme tarafı tazminat talebinde bulunabilir⁸⁷⁵. Diğer yandan bir koruma yükümlülüğünün ihlali halinde, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede hem sözleşme tarafı hem de üçüncü kişi tazminat talebinde bulunabilir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişinin tazminat talebinin hukuki dayanağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu talep, sözleşmesel sorumluluk çatısı altında değil, haksız fiil sorumluluğu kurallarına tabi olarak ileri sürülebilir. Diğer bir dayanak olarak, üçüncü kişinin zararı, şartları sağlanıyorsa ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi kapsamında ele alınabilir⁸⁷⁶. Ancak kanımızca ihlal edilen koruma yükümlülüğü, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı nedeniyle sözleşme tarafı borçlu ve üçüncü kişi arasında doğan sosyal temasın kapsamına giriyorsa bir bu kişiler

⁸⁷⁵ Dilşah Büşra Kartal, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 306.

⁸⁷⁶ Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Kartal, s. 308.

sözleşme benzeri hukuki ilişki vardır. Bu takdirde tazminat talebi, sözleşmesel sorumluluk rejimi kapsamına ileri sürülebilir⁸⁷⁷.

3. Tazmini Talep Edilebilir Zararın Kapsamı

Sorumluluk hukukunda zarar, kişinin malvarlığında iradesi dışında gerçekleşen azalma olarak tanımlanır⁸⁷⁸. Sözleşmesel veya yasal bir sorumluluk sebebi bulunmadıkça genel ilke, kişinin uğradığı zarara katlanmasıdır (*casum sentit dominus*)⁸⁷⁹. Zararın, zarar gören ve zarar veren arasındaki bir sözleşme kapsamında doğması halinde tazminat alacağını doğuran hukuki sebep sözleşme olduğu için tazminat talebi sözleşmesel sorumluluk kurallarına tabidir.

Gerek ifaya bağlı yan yükümlülüklerin ihlali gerekse koruma yükümlülüklerinin ihlali bakımından zarar gören sözleşmenin zararının tazmin edilmesine yönelik talebinin dayanağı, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisidir.

a. İfa yerine tazminat talep edilmesi ve aynen ifa talebine ek olarak tazminat talebi halinde

i. TBK m. 112 ve TBK m. 125/1-2'ye göre tazmin edilecek zararın niteliği

TBK m. 112'nin, ifanın hiç ya da gereği gibi gerçekleşmemesinden doğan olumlu zararın (*positives Interesse*) (*l'intérêt positif*) tazminini düzenlediği kabul edilmektedir⁸⁸⁰. TBK m. 125/2 de alacaklının ifa menfaatinin uğradığı zararın, yani olumlu zararının giderilmesine imkânı sağlar.

⁸⁷⁷ Krş. Frederic Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Universitaetsverlag Freiburg Schweiz, 2000, n. 771-772; Kartal, s. 308-309.

⁸⁷⁸ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 190; Büyüksağış, Maddi Zarar, n. 35. Koller, zararın tanımının tartışmalı olduğunu belirtmekle beraber bu tanıma katılmaktadır, bkz. Koller, OR AT 2022, s. 741 n. 46.06.

⁸⁷⁹ Bununla beraber, borçlunun hukuka aykırı davranışının taşıdığı yük, kimi zaman bir saf garanti sözleşmesi ya da bir sigorta sözleşmesiyle, bu sözleşmelere taraf olan bir üçüncü kişiye aktarılmaktadır.

⁸⁸⁰ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 444; Huguenin, § 8 n. 867; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 405; Ş. Deren Gündüz, Olumlu Zarar, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 139-140.

İsviçre ve Türk hukuklarında hâkim görüş olarak kabul edilen fark teorisine (*Differenztheorie*) göre bu zararın miktarı, zarara sebep olan olay gerçekleşmeseydi malvarlığının alacağı durum ile zarara sebep olan olayın sonucunda malvarlığının aldığı durum arasındaki farkın tespiti ile hesaplanır⁸⁸¹. Diğer yandan, modern öğretide sıklıkla savunulan bir görüşe göre ihlalin muhatabı olan taraf dilerse mübadele teorisine (*Austauschtheorie* veya *Surrogationstheorie*)⁸⁸² göre kendi edimini ifa edip karşı tarafın edimi yerine, karşı edimin ifasının gereği gibi gerçekleşmemesinden doğan olumlu zararının tazminini de talep edebilir. Diğer bir deyişle, olumlu zararı talep hakkı bulunan sözleşme tarafı, somut olayın koşullarına göre, zararı hesaplama metotlarından hangisi kendi menfaatine hangisi uyuyorsa buna göre zararın hesaplanması yolunu tercih edebilir⁸⁸³. Ayrıca tazminat kavramı, nakden tazmin (*Geldersatz*) yanında aynen tazmini (*Naturalrestitution*) de içerir⁸⁸⁴.

Olumlu zarar kapsamına giren ilk kalem, edime yönelik menfaatin elde edilememesinden doğan zarardır. Fark teorisi tam tazmini (*Totalreparation*) amaçladığı için sözleşmenin gereği gibi ifası için yapılmış gerekli masraflar, takip giderleri, muhtemelen kazançların ve kullanma ya da yararlanma imkânlarının kaybı ile uygun nedensellik bağı içindeki diğer zarar kalemleri de talep edilebilir⁸⁸⁵.

⁸⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 855; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995, s. 77; Gündüz, s. 18-19; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 426-427; Oğuzman/Öz, n. 1296 vd ve n. 1301; Öz, TBK m. 112, n. 26. Huguenin, § 8 n. 868; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 38; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 196 vd.; Fark teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz, s. 403 vd.

⁸⁸² Mübadele teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Havutçu, s. 78-79; Gündüz, s. 399-403; Glättli, s. 91. Mübadele teorisine yöneltilen eleştiriler için bkz. Glättli, s. 96.

⁸⁸³ Koller, OR AT 2022, s. 749 n. 46.26; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 445; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 62; Glättli, s. 92-93; Huguenin, §8 n. 902 ve n. 906; Havutçu, S. 93; Gündüz, s. 416; Serozan, Borçlar Hukuku Cilt III, § 16 n. 11.

⁸⁸⁴ CHK OR-Furrer/Wey, Art. 97-98 n. 125. Bu sonuca, TBK m. 112 vd. hükümleri bakımından da TBK m. 114'ün atfıyla TBK m. 51'in uygulanmasıyla bu sonuca varılır, bkz. BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 443; Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 654 n. 1572. Ayrıca ifa menfaatinin ihlal edilmesi halinde aynen tazmin yoluyla eski hale iade (*restitutio in integrum*) talebi kural olarak mümkünse de bu durumda aynen ifa talebi de aynı amacı taşır, BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 299.

⁸⁸⁵ Havutçu, s. 74-75; Schwenger/Fountoulakis, §68 n. 68.06 ve §15 n. 15.01 vd; Huguenin, §8 n. 112.

ii. Yan yükümlülüklerin ihlaliinde olumlu zararın tazmini

Yan yükümlülüklerin ihlali halinde zararın tazmini talebinin TBK m. 112'ye tabi olduğu kabul edilmektedir⁸⁸⁶. TBK m. 112'nin öngördüğü ihlal edilen borç ve buna bağlı olumlu zarar, ilk bakışta *“edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın tazmini”* anlaşılabılır⁸⁸⁷. Ancak yan yükümlülüklerin ihlali bakımından tazmin edilecek zarar, *“sözleşmenin (sözleşmeden doğan bütün yükümlülüklerin) gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan zarar”* olarak anlaşılmalıdır. Bu yaklaşımla, yan yükümlülüklerin ihlali halinde TBK m. 112'nin uygulanmasıyla talep edilecek zarar, geniş anlamda borç ilişkisi olarak sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan olumlu zarardır. Benimsediğimiz bu yaklaşım, *Thévenoz* tarafından da kabul edilmektedir. Yazar, OR 97 kapsamında tazmin edilecek zararı açıklarken olumlu zarar kavramının genişlemesinden (*extension de dommages-intérêts positifs*) bahsetmekte; alacaklının, sözleşmenin olağan ve tam olarak ifasına olan menfaatinin ihlal edilmesinden doğan zararının tazmin edileceğini belirtmektedir⁸⁸⁸. Bu zarar ise fark metoduna göre sözleşmeden doğan bütün yükümlülükler gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının bulunacağı durum ile yan yükümlülüğün ihlali sonucu malvarlığının bulunduğu durum arasındaki fark esas alınarak hesaplanır.

Ayrıca bir başka yasal imkânın kıyasen uygulanmasıyla, ihlalin muhatabı olan taraf, ifası mümkün yan yükümlülüğün aynen ifasından vazgeçerek olumlu zararının TBK m. 125/2'ye göre tazminini talep edebilir⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 654 n. 1573; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 33; Huguenin, §8 n. 856-857; Hadžimanović, s. 113.

⁸⁸⁷ Kuhlmann da konuyu bu şekilde ele almıştır. Yazara göre yan yükümlülüklerin ihlali halinde, kural olarak edim yükümlülüğüne ve ifasına doğrudan hâlel gelmediği için, zarar görenin tazmin edilecek zararı, olumsuz zarar niteliğindedir. Bununla beraber, yan yükümlülüğün ihlalinin edim yükümlülüğünü de etkilediği ortaya konulabiliyorsa, bu takdirde olumlu zararının tazminini isteyebilir, bkz. Kuhlmann, s. 50. Ancak Yazar, bu durumda yan yükümlülükler aykırılıktan doğan zararın hangi gruba gireceği konusunda bir açıklama yapmamakta veya olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımının dışında kalan kendine özgü bir zarar türü olarak da tanımlamamaktadır.

⁸⁸⁸ CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 33.

⁸⁸⁹ Çetiner/ Furrer/Müller-Chen, s. 657 n. 1580.

Bu teorik açıklamaları takiben olumlu zararın tazminini, bir yan yükümlülük türü olan açıklama yükümlülüğüne ilişkin örnek üzerinden somutlaştırabiliriz. Sözleşmeden doğan bir açıklama ya da aydınlatma yükümlülüğünün borçlusu, yükümlülük konusu olgu hakkında karşı tarafı bilgilendirmezse, karşı tarafın bu olgudan haberdar olmaması nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁸⁹⁰. Örneğin, ifa imkânsızlığı veya temerrüt gibi bir ifa engeli vuku bulduğunda borçlu, bunun gerçekleşmesindeki kusuru olup olmadığı önem arz etmeksizin, doğan ifa engelinin varlığını gecikmeksizin karşı tarafa bildirmelidir. Aksi takdirde açıklama yükümlülüğünün zamanında gerçekleşmemesinden doğan zararı tazminle yükümlüdür⁸⁹¹. Alman öğretisinde sıklıkla anılan ve Hamburg Bölge Yüksek Mahkemesi kararına konu bir kira sözleşmesi bu bağlamında örnek olarak verilmektedir: Olayda, belirlenen bir günde gezi yapılmak üzere kiralanan bir gemi, bu tarihten birkaç gün önce bir doğal afet nedeniyle zarara uğramıştır. Kiraya veren, bu durumu kiracıya zamanında bildirmediği için gemi seferi yapılamamış ve kiralayan bu nedenle zarara uğramıştır. Mahkeme, kiraya verenin imkânsızlık dolayısıyla ifanın gerçekleştirilemeyeceğini bildirmemesi nedeniyle, kiralananın bu açıklama yükümlülüğünün ihlaliinden doğan zarardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir⁸⁹².

b. TBK m. 125/3'e göre sözleşmeden dönme imkânına başvurulmasıyla beraber zararın tazmininin talep edilmesi

Bir yan yükümlülüğün ihlali halinde karşı taraf sözleşmeden dönme yetkisine sahipse⁸⁹³, ayrıca sözleşmenin hüküm ifade etmemesinden doğan olumsuz zararının (*negatives Interesse*) (*l'intérêt négatif*) tazminini talep edebilir⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ Krş. Reutlinger, s. 75. Benzer şekilde Öz de culpa in contrahendo sorumluluğu açısından (sözleşme benzeri hukuki ilişkiden doğan bir koruma yükümlülüğü niteliğindeki) açıklama yükümlülüğünü ihlal eden kişinin, “aldatmama – doğru bilgi verme borcuna” aykırı davranmasından doğan olumlu zararın tazminini TBK m. 112 kapsamında talep edileceğini belirtmektedir, bkz. Öz, TBK m. 112, n. 29

⁸⁹¹ Reutlinger, s. 74 vd.

⁸⁹² Peter Klein, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, Berlin, Guttenberg, 1908, s. 10.

⁸⁹³ Yan yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmenin sona erdirilmesi imkânı hakkında detaylı bilgi için bkz. §3.IV.C.

⁸⁹⁴ Sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazmini hakkında birçokları yerine bkz. Buz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 239 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 254 vd.

Diğer yandan, sözleşmeden dönme imkânıyla beraber olumlu zararın tazmininin istenip istenemeyeceği öğretide oldukça tartışmalı bir konudur⁸⁹⁵. Öğretide yalnızca olumsuz zararın talep edilmesine yönelik eleştirileri genel anlamda derleyen *Glättli*, sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalktığı anlayışının geçmişte kaldığını; sözleşmeden dönme imkânı ile olumlu zararın tazmini talebinin nitelikleri ve hükümleri itibarıyla birbirlerini dışlayan sözleşmesel yaptırımlar olmadığını; özellikle edimlerin henüz ifa edilmediği dönemde olumlu zararın tazmini talebiyle sözleşmeden dönme talebinin aynı sonucu doğurduğu, ancak kural olarak olumlu zarar miktar olarak olumsuz zararı aştığı için edimini ifa etmemiş olan alacaklının, ifa etmiş alacaklıya nazaran dezavantajlı bir konumda bulunmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu gerekçelerle Yazar, sözleşmeden dönen tarafa, olumsuz zarar ya da olumlu zararının tazmini noktasında seçim imkânı tanınması gerektiğini savunmaktadır⁸⁹⁶. *Ergüne* de edimini ifa ettikten sonra sözleşmeden dönmek isteyen tarafın, olumsuz zararlarla yetinmek zorunda kalmaması için olumlu veya olumsuz zararının tazmin edilmesini seçmek noktasında bir seçimlik hak tanınmasını önermektedir. Aksi halde sözleşmeden dönen taraf, henüz edimini ifa etmeseydi olumlu zararının tazminini talep edebileceken, sırf edimini ifa ettiği ve daha sonra sözleşmeden dönerek iadesini talep ettiği için daha kötü bir duruma düşer⁸⁹⁷.

4. Tazmin Edilecek Zarar Türlerine Genel Bakış

Sözleşmesel sorumlulukta tazmin edilebilir zarar, oldukça kapsamlı bir konudur. Bu nedenle yan yükümlülüklerin ihlali halinde tazmin edilebilir zarar, bu ihlal türüne özgü özelliklere değinilerek ve ayrıntılı bilgi için bu konuda kaleme alınmış çalışmalar referans gösterilerek ele alınmıştır.

⁸⁹⁵ Sözleşmeden dönme imkânıyla beraber olumlu zararın tazmininin talep edilip edilemeyeceği, bir başka deyişle sözleşmeden dönmenin olumlu zararın varlığının kavramsal olarak dışlayıp dışlamadığı öğretide oldukça tartışmalı bir konu olmakla beraber Çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olmadığı için derinlemesine açıklanmamıştır. Sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararın tazmininin talep edilebileceği görüşü için bkz. Buz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 277 vd.; *Glättli*, s. 159 vd.; *Ergüne*, s. 366 vd.;

⁸⁹⁶ *Glättli*, s. 168.

⁸⁹⁷ *Ergüne*, s. 267-269.

Yan yükümlölüklerin ihlali halinde tazmini gündeme gelen ilk zarar kalemi maddi zarardır. Maddi zarar; zarar gören kişinin iradesi dışında malvarlığının aktifinde azalma, pasifinde artma ya da kazanç fırsatlarının kaybedilmesiyle gerçekleşir. Fark teorisine göre maddi zararın miktarı, ihlal teşkil eden davranış gerçekleşmeseydi malvarlığının bulunacağı farazi durum ile ihlal sonucunda malvarlığının bulunduğu durum arasındaki farktır⁸⁹⁸. Sözleşmeye aykırılık halinde doğan maddi zarar, sözleşmenin geçerliliğine veya hüküm ifade edeceğine duyulan güven (*Vertrauensinteresse*) nedeniyle uğranılan olumsuz zarar (*negative Schaden*) ve sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine duyulan güven (*Erfüllungsinteresse*) nedeniyle uğranılan olumlu zarar (*positive Schaden*) olarak iki kategoride incelenir. Daha önce açıklandığı gibi yan yükümlölüklerin ihlali halinde tazminat talebi çoğu olayda olumlu zararın tazminine (ifaya eklenen ya da ifa yerine zararın tazmini) yönelik olup somut olaydaki ihlal bakımından sözleşmeden dönme hakkı doğuyorsa olumsuz zararın tazmini de gündeme gelebilir.

Diğer yandan, koruma yükümlölükleri bakımından özellik arz eden bir maddi zarar grubu, salt malvarlığı zararlarının tazminidir. Kişinin malvarlığının korunması yönündeki menfaati, hukuk düzeni tarafından *erga omnes* korunan bir mutlak hak değildir. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğu bakımından hâkim görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre salt malvarlığı zararı, mevzuatta öngörülmüş bir özel koruma normu olmadıkça tazmin edilebilir bir zarar kalemi teşkil etmez. Malvarlığının muhtemel kayıp ve eksilmelerden korunması için, kural olarak bu korumanın bir koruma normuyla öngörülmesi gerekir. Buna karşılık, sözleşmeden doğan bir borca aykırılık halinde TBK m. 112'ye göre salt malvarlığı zararı da tazmin edilir⁸⁹⁹. Bir sözleşme tarafının malvarlığının korunması için bir özel koruma normu gerekmez; sözleşmenin ve sözleşmeden doğan bir koruma yükümlölüğünün varlığı yeterlidir.

⁸⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 855; Maddi zarar kavramı hakkında bkz. Murat Topuz, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 25 vd. Maddi zarar türleri ayrıntılı bilgi için bkz. Büyüksağış, Maddi Zarar, n. 38 vd.

⁸⁹⁹ Öz, TBK m. 112, n. 38; Huguenin, §8 n. 876; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 34; BK-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 186; Glättli, s. 8.

Klasik ayırım olumlu ve olumsuz zarar ayırımı olmakla beraber, öğretide bütünlük menfaatinin ihlalden doğan maddi zarar da ayrı bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin kabulüyle bütünlük menfaatinin uğradığı zarar, olumlu ve olumsuz zarar ile birlikte sözleşmesel sorumluluk kurallarına göre tazmin edilebilir kılınmıştır. Bir görüşe göre, sözleşmesel koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde bütünlük menfaatinin (*Erhaltung- und Integritätsinteresse*) uğradığı zarar, olumlu ve olumsuz zarardan ayrı bir zarar kalemidir⁹⁰⁰. Diğer bir görüşe göre ise bütünlük menfaatinin ihlalden doğan zarar, borca aykırı davranış teşkil eden olguya göre olumlu zarar veya olumsuz zarar olarak gündeme gelir⁹⁰¹.

Yan yükümlülüklerin ihlali açısından özel önem arz eden bir diğer mesele normatif zararın tazminidir. İsviçre hukukunda ve Türk hukukunda doğal zarar tanımının (*natürlicher Schadensbegriff*) temel alınması, Müşterek Hukuk'taki hâkim görüşün Avrupa'daki belli başlı hukuk sistemlerinin kodifikasyon süreçlerine olan etkisine dayanır⁹⁰². Ancak modern öğretide zararın fark teorisine göre hesaplanmasının, her olay için uygun ve adil bir hesap yöntemi olmayacağı kabul edilmektedir. Normatif zarar kavramı, klasik zarar tanımının ve fark teorisinin etkisi dışında yer alan diğer ekonomik kayıplara odaklanır⁹⁰³. Normatif zarar türlerinin tazmin edilebilirliğini ortaya koymanın arkasındaki temel kaygı, kullanma ve yararlanma imkânının malvarlığı içinde bir ekonomik değer (*Vermögenswert*) teşkil ettiği ve bunun kaybının giderilmesinin de bir mutlak hak üzerinde doğan zarar gibi

⁹⁰⁰ Wiegand, bütünlük menfaatinin uğradığı zararın tazminini; olumlu zarar ve olumsuz zarar yanında ortaya çıkan, zarara ilişkin bağımsız bir unsur (*als selbständiges Element des Schadens*) olarak nitelendirerek üçüncü bir grup olarak ele almaktadır, krş. BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 38. Glättli ve Erbek de bütünlük menfaatini OR 97 Abs. 1 kapsamında tazmin edilecek ayrı bir zarar kategorisi olarak incelemektedir, krş. Glättli, s. 26; Erbek, s. 31. Kavramı koruma menfaati olarak ve hem sözleşme hem sözleşme dışı sorumluluk bağlamında ele alan Topuz da koruma menfaatinin, hukuki işlemle ilişkilendirdiği olumlu ve olumsuz menfaatten ayrıldığını belirtmektedir, bkz. Topuz, Maddi Zarar, s. 187.

⁹⁰¹ CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 34a; BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 299. Schwenzer/Fountoulakis, §14 N. 14.32; Gauch/Schlupe/Emmenegger, OR AT II, n. 2643 ve n. 2904.

⁹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Koller, OR AT 2022, s. 743-744 n. 46.09.

⁹⁰³ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 206; Luterbacher, n. 72-73, n. 104; BSK OR-Wiegand, Art. 97 n. 38b; Huguenin, §24 n. 1876; Koller bu kaybı, finansal kayıp (*finanzieller Nachteil*) olarak nitelemektedir, bkz. Koller, OR AT 2022, s. 742 n. 46.07.

meşru görülebileceği düşüncesidir⁹⁰⁴. Kavramın konumuz bakımından önemi ise şu noktadır: Yan yükümlülüklerin ihlali halinde, piyasada fiyatlandırılabilen ve fark teorisinin uygulanmasına elverişli türde maddi zarar kalemleri yanında, spekülative nitelikte ya da bir tarafın sübjektif bir değer atfettiği ekonomik kayıplar da sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, sözleşme konusunun alacaklı için teşkil ettiği özel önem, yararlılık ve konforun hiç ya da istenilen düzeyde elde edilememesi ekonomik olarak ifade edilmesi güç olan türde zararlar (*Kommerzialisierungsschaden* veya *Frustrationsschaden*) olarak ortaya çıkabilir. Bu tür ekonomik kayıpların tazmin edilebilirliğini, yargı uygulamasının bu konuda çizdiği yol belirleyecektir⁹⁰⁵.

Maddi zararın yanında, özellikle koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde manevi tazminat da talep edilebilir. Sözleşme, esasen tarafların ekonomik beklenti içinde girdikleri bir hukuki ilişki olsa da bazı hallerde bir tarafın kişilik hakkı ihlal edilmiş ve bu nedenle manevi zarar doğmuş olabilir⁹⁰⁶. Bu durumda TBK m. 114/2 (OR 99 Abs. 3) hükmünün atfıyla⁹⁰⁷, m. 56 ve TBK m. 58’de öngörülen şartlar kapsamında manevi tazminat talep edilebilir⁹⁰⁸. Koruma yükümlülükleri ise

⁹⁰⁴ Schwenzer/Fountoulakis, §14 n. 14.06; Hugueunin, §24 n. 1878 vd.; Büyüksağış, Maddi Zarar, n. 317 vd. Normatif zarar kategorisine giren bir tür kaybın tazmin edilebilirliği, somut olayın şartları dikkate alınarak ekonomik kaybın telafi edilebilirlik düzeyi ve ölçülülük esasının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir, bkz. BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 206. Ev işleri zararı (*Haushaltsschaden*), bakım zararı (*Pflege- und Betreuungsschaden*) ve yardım zararı (*Mithilfeschaden*) gibi kategoriler maddi zarar kapsamında yorumlanarak tazmin edilebilir görülmektedir.

⁹⁰⁵ Örneğin; İsviçre Federal Mahkemesi günümüzde ev işleri zararı, bakım zararı gibi kategoriler açısından bir soyut bir ekonomik değer kaybı (*abstrakter wirtschaftlicher Wertverlust*) bulunduğundan hareketle, somut olayda ek bir masraf yapılmamış olsa bile tazminat talebini haklı gören yönde bir içtihat geliştirmiştir, bkz. Schwenzer/Fountoulakis, §14 n. 14.10. bkz. Diğer yandan, ticarileştirme zararı (*Kommerzialisierungsschaden*), kaçırılan fırsatlardan doğan kayıplar (*perte d’une chance*) ve varsayımsal tamir ya da iyileşme masrafları (*fiktive Reparatur- und Heilungskosten*) olarak kategorize edilen kayıpların giderilmesi, çok daha tartışmalıdır, bkz. Luterbacher; n. 72-73, n. 104.

⁹⁰⁶ Manevi zarar kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fulya Erlüle, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, Seçkin, 2015, s. 67 vd.

⁹⁰⁷ Atfın kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Glättli, s. 74-75.

⁹⁰⁸ Erlüle, s. 152; Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zarar, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008, s. 52; Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: 22 Sa: 3, 2016, ss. 221-250, s. 226 ve s. 242; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 857; Öz, TBK m. 112, n. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 857; CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 41; Huguenin, §8 n. 878. Yargıtay da sözleşmeye aykırılığın kişilik hakkını ihlal etmesi ve manevi zarara yol açması halinde

sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talebi meselesi açısından özel bir önem arz eder. Zira sözleşmenin ihlali halinde kişilik hakkının ihlal edilmesi ve manevi zarara uğranması, çoğu zaman bir koruma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde söz konusu olur. Bu ihlal tek başına gerçekleşebileceği gibi edim yükümlülüğünün ihlaline de eşlik edebilir. Örneğin; özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle sözleşme tarafının beden bütünlüğünün ihlal edilmiş olması, gizlilik ve sır saklama yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sözleşme tarafının bilinmesini istemediği bilgi ve olguların ifşa edilmesi nedeniyle ticari itibarının sarsılması⁹⁰⁹ hallerinde, bu yan yükümlülüklerin ihlali, kişilik hakkının ihlal edilmesine sebep olarak manevi tazminat talebine dayanak sağlar.

5. Ceza Koşulu, Götürü Tazminat veya Sorumsuzluk Anlaşmasına Yer Verilmesi

a. Sorumluluğun kapsamına yönelik anlaşmalar

Tazminat sorumluluğunun çerçevesinin çizilmesine yönelik anlaşmalar, genellikle edim yükümlülüğünün ifası bağlamında incelenmiştir; ancak sözleşmesel sorumluluk çatısı altındaki başka borca aykırılık hallerinde de bu tür anlaşmaların yapılmasının önünde teorik olarak hiçbir engel yoktur. Bu kapsamda bir yan yükümlülüğün ihlali halinde ceza koşuluna, götürü tazminat anlaşmasına ya da sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılmasına yönelik anlaşmalara yer verilebilir. Özellikle rekabet etmeme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü gibi yan

manevi tazminat talebi ileri sürülebileceğini kabul etmektedir, bkz. Yarg. 4. HD, T. 27.2.1978, E. 1978/5223, K. 1978/2443 (Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.III, Ankara, Seçkin, 2003, s.3207). Ayrıca örnek olaylar ve Yargıtay kararları için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 858 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de manevi zararın sözleşmesel sorumluluk kapsamında tazmin edilebilmesini kabul etmektedir. Bu yönde bazı kararlar için bkz. BGE 125 III 70; BGE 123 III 204; BGE 54 II 481.

⁹⁰⁹ Bu bağlamda, ticari yaşamın olağan rizikolarını aşan ve tacirin kendisi hakkında öznel değerlendirmelerini içermeyen, ticari faaliyetini sürdürdüğü sektör veya iş çevresinde ticari kişiliğinin objektif olarak ihlal edilmesi, ona duyulan güven ve itibarın sarsılmış olması gerekir, bkz. Genç Arıdemir, s. 150.

yükümlülükler açısından taraflar, muhtemel bir ihlalin sonuçlarını sözleşmede kararlaştırabilir.

Öğretide sözleşme cezasına, götürü tazminata ve sorumluluğun sınırlandırılmasına yönelik anlaşmaların; genel hükümlerde yer alan sınırlamalar dâhilinde ve tarafların irade serbestisi kapsamında, yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçlarını konu alacak şekilde düzenlenebileceği kabul edilmektedir⁹¹⁰. Nihayetinde bu anlaşmaların konusu, taraflarca doğması şarta bağlı bir ikincil (tali) yükümlülüğün kararlaştırılmasıdır. Ancak konu, kanunda düzenlenmiş bir kurum olmasının da etkisiyle daha ziyade ceza koşulu açısından ele alındığı için yan yükümlülüklerin ihlali halinde ceza koşulunun öngörülmesi özel olarak incelenmelidir.

b. Özel olarak ceza koşulunun incelenmesi

Taraflar ceza koşulu kapsamında, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde doğacak, fer'i nitelikte olmakla beraber doğduktan sonra asıl borçtan bağımsızlaşan bir sözleşme cezasının ifasını kararlaştırır⁹¹¹. Bir görüşe göre sözleşme cezası, yalnız edim yükümlülüğüne aykırılık için kararlaştırılır⁹¹². Başka bir görüşe göre ise sözleşmesel sorumluluk rejimi çatısı altında gündeme gelecek diğer borca aykırılık halleri ve bu kapsamda yan yükümlülüklerin ihlali için de ceza koşulu kararlaştırılabilir⁹¹³. Yine sözleşme benzeri borç ilişkilerinden doğan koruma

⁹¹⁰ Yan yükümlülüklerin ihlali hali öngörülerek götürü tazminat anlaşması yapılabileceğine ilişkin bkz. Tuba Birinci Uzun, Götürü Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 71. Sorumluluğun krş. Başalp, s. 122. Ceza koşulu açısından tartışmalı olmakla beraber bu imkânı kabul eden yazarların görüşleri için bkz. Vedat Buz, Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung, Aktuelle Juristische Praxis, 2017, ss. 490-504, s. 503; Mehmet Erdem, "TBK m. 179", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, n. 24; Işıl Yelkenci, Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 83.

⁹¹¹ CR CO I-Mooser, Art. 160 n. 1. Buna karşılık götürü tazminatta ise borca aykırılık halinde doğabilecek tazminat miktarının taraflarca kararlaştırılmaktadır, bkz. CR CO I-Mooser, Art. 160 n. 4.

⁹¹² Couchepin ceza koşulunun yalnızca asli yükümlülükler (*obligations principales*) için kararlaştırılabileceğini; her tür borca aykırılık halinde değil, asli edim yükümlülüklerin ifa edilmemesi ya da kötü ifası halinde muaccel olacağını belirtmektedir, bkz. Gaspard Couchepin, La clause pénale - Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess Juristische Medien AG, 2008, s. 137-138 n. 672 ve s. 138 n. 675.

⁹¹³ Buz, Konventionalstrafe, s. 503; Erdem, TBK m. 179, n. 24; Yelkenci, Ceza Koşulu, s. 83.

yükümlülüklerinin ihlali kapsamında *culpa in contrahendo* teşkil eden haller veya sözleşme görüşmelerinin kesilmesi nedeniyle de sözleşme cezası kararlaştırılabileceği belirtilmektedir⁹¹⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, dürüstlük kuralına ve sözleşmeye aykırı davranış halinde uygulanacak bir ceza koşulunu geçerli kabul etmiştir⁹¹⁵.

İfa engelleri hukukunun gelişimi dikkate alındığında ikinci görüşe üstünlük tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim TBK m. 179 hükmü, ceza koşulunun ‘*bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi*’ ihtimaline karşı düzenlenebileceğini öngörmekle TBK m. 112’ye atıf yapmaktadır. TBK m. 112 ise modern öğretide geniş anlamda borç ilişkisi olarak sözleşmeye aykırılık olarak anlaşılır⁹¹⁶.

Ancak her halükârda, bir ceza koşulunun yan yükümlülüklerin ihlalini kapsayıp kapsamadığının anlaşılması için -götürü tazminat ve sorumsuzluk anlaşmalarında olduğu gibi- somut olaydaki anlaşmanın yorumlanması gerekir. Tarafların kararlaştırdıkları ceza koşulu, sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ihlalini kapsayacak şekilde yorumlanabiliyorsa, ceza koşulunun yan yükümlülüklerin ihlali açısından da uygulanır. Tarafların, ‘*sözleşmenin gereği gibi ihlal edilmemesi*’ gibi genel ifadeler tercih etmesi halinde, iradelerinin gerçekten bütün ifa engellerini kapsayacak bir ceza koşulu kaleme almaya yönelik olup olmadığını araştırmak gerekir. Buz’a göre taraflar arasında ‘*borcun gereği gibi ihlal edilmemesi*’ hali için ceza koşulu öngörülmüşse, bu ceza koşulunun kural olarak ayıplı ifa için öngörüldüğü kabul edilir. Zira tarafların ceza koşulunu kararlaştırırken yan yükümlülüğün ihlalinden ziyade ayıplı ifa teşkil eden bir halin söz konusu olabileceğini düşünmüş olmaları çok daha olasıdır. Bu nedenle tereddüt halinde ‘*gereği gibi ifa etmeme*’ hali için kararlaştırılan ceza koşulunun, ayıplı ifa halini kastettiği kabul edilmelidir⁹¹⁷. Bu görüşün temelindeki yaklaşıma katılmakla beraber bir ekleme yapmayı önemli görüyoruz: Bir ifaya bağlı yan yükümlülük söz konusuysa veya taraflar arasındaki

⁹¹⁴ Krş. CR CO I-Mooser, Art. 160 n. 7.

⁹¹⁵ BGE 135 III 433, n. 4.1-4.3.

⁹¹⁶ §3.II.A.1.

⁹¹⁷ Eser sözleşmesi bağlamında yapılan bu değerlendirme için bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 503.

sözleşmede kararlaştırılan bir yan yükümlülük mevcutsa, bu takdirde ilgili yan yükümlülüğün ifası, edim yükümlülüğünün gereği gibi ifasıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle gereği gibi ifa etmeme hali için kararlaştırılan ceza koşulu, bu tür yan yükümlülüklerin ihlalinin kapsar. Buna karşılık, koruma yükümlülüklerinin ihlali, açıkça öngörülmedikçe ceza koşulu anlaşmasının içeriğine dâhil değildir.

E. Karşı Edimin Uyarlanması

İsviçre ve Türk hukuklarında, borca aykırılık halinde ihlalin muhatabı olan sözleşme tarafının kendi ifa edeceği edimin uyarlanmasına yönelik imkân, sadece ayıp sorumluluğu bakımından öngörülmüştür⁹¹⁸. Örneğin; kira sözleşmesinde ayıp halinde kira bedelinin, satış sözleşmesinde ayıp halinde satış bedelinin, eser sözleşmesinde ise iş sahibinin ödeyeceği bedelin ayıplı ifanın karşılığı olmak üzere uygun şekilde uyarlanması talep edilebilir. Kanımızca özel hükümlerde yer alan bu düzenlemelerin kıyasen uygulanmasıyla, yan yükümlülüklerin ihlali bakımından da, ihlalin muhatabı tarafa kendi edimi uyarlama imkânı tanınmalıdır.

İsviçre öğretisinde, borca aykırılık halinde karşı edimin (özellikle para borcuna uygulanabilir şekilde) uyarlanarak değerinin azaltılmasının bir hukuki imkân olarak kabul edilmesi önerilmektedir⁹¹⁹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, buna imkân veren açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, vekâlet sözleşmesinin vekil tarafından kötü ifa edilmesi halinde, ihlalin ağırlığına göre vekilin ücret alacağının (*Honoraranspruch*) azaltılmasına veya hiç ifa edilmemesine yönelik içtihat geliştirmiştir⁹²⁰. Bu kapsamda vekilin ücret alacağının azaltılması veya kaldırılması, ancak vekilin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ve kusurunun bulunması halinde mümkündür⁹²¹. Werro, bu yaptırımın altındaki mantığı, yapılan işi başarıya ulaşıp ulaşmadığından bağımsız olarak, boşa çaba (*un effort inutile*) (*unnötiger*

⁹¹⁸ Ayrıca geniş anlamda ifa engelleri hukukuna dâhil kabul edilebilecek aşırı güçlüğü (TBK m. 138) ve irade sakatlığı hallerinden yanılma (TBK m. 34/2) ile aşırı yararlanma (TBK m. 28/1) için de edimlerin uyarlanması imkânı kabul edilmiştir.

⁹¹⁹ Krş. CR CO I-Thévenoz, Art. 97 n. 4e; Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 159 vd.

⁹²⁰ Bu yönde bazı kararlar için bkz. BGE 124 III 423; BGE 108 II 198; Bger 4A_89/2012; BGE 87 II 290; BGE 119 II 456; BGE 110 II 375.

⁹²¹ Werro, n. 1067.

Mehraufwand) harcayan bir kimsenin bu iş karşılığında ücrete hak kazanamaması gerekliliği olarak açıklamaktadır⁹²². Örneğin; hastanın karın boşluğunda makas unutan cerrah hem vekâlet ücretine hak kazanamaz hem de hastanın bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür⁹²³. Bu sözleşmesel yaptırım ilk bakışta fark teorisiyle zararın hesaplanması metodunu ya da basit bir mahsup işlemini hatırlatsa da esasen vekâlet ücretinin zarardan fazla olduğu hallerde önem kazanır.

Sonuç itibariyle vekilin vekâlet ücretinin azaltılması, temelde vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğünü kötü ifa etmesi hali için İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarıyla gelişmiş bir hukuki imkândır⁹²⁴. Kanımızca bu yaptırım, yan yükümlülüklerin ihlali halinde bozulan sözleşme adaletini tekrar dengeye getirmek için başvurulabilecek bir hukuki imkândır⁹²⁵. Yasalaşmamış da olsa OR 2020 Taslağının 118. Maddesinin ilk fıkrasının d bendinde, ‘*kendi edimini azaltma*’ imkânının borca aykırılık üzerine tanınacak hukuki imkânlar arasında sayılmış olması, bu sözleşmesel imkânın belirli ölçüde benimsenmiş olduğunu ortaya koyar⁹²⁶. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, iş görme ediminin özenli ifası hali dışında, vekilin bilgilendirme yükümlülüğünü ihlali halinde de vekâlet ücretinin ödenmemesine karar vermiştir. Karara konu olayda alanında uzman cerrahın, gastropласти ameliyatı yaptığı hastasına yapılan işlemlerin sağlık sigortası tarafından karşılanmadığı konusunda açıklama yapmamıştır. Mahkeme, İsviçre’de sağlık sigortasının yaygın olarak uygulandığını ve doktorların da bu sistemle bağlantılı olduğunu belirtmiş; bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal eden doktorun vekâlet ücretine hak kazanamayacağına hükmetmiştir⁹²⁷. Bu karar, vekilin asli edim yükümlülüğü yanında, bir yan yükümlülüğünün ihlali halinde de uyarılma imkânını kabul etmesi bakımından konumuz açısından önem arz eder.

⁹²² Werro, n. 1071.

⁹²³ Örnek için bkz. Werro, n. 1070.

⁹²⁴ BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 97 n. 446.

⁹²⁵ Aynı görüşte Chapuis, Devoirs Accessoires, s. 161-162.

⁹²⁶ OR 2020 açısından edimi azaltma imkânı (*Herabsetzung der Gegenleistung*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faust, s. 178-179.

⁹²⁷ BGE 119 II 456, n. 2d.

F. Zamanaşımı

Sözleşmeden doğan her müstakil borç için zamanaşımı süresi ayrı ayrı değerlendirilir⁹²⁸. TBK m. 149/1'e göre zamanaşımı süresinin başlangıç anı, alacağın muaccel olduğu andır. Kural olarak her borç, doğduğu anda muaccel olur (TBK m. 90). Zamanaşımının işlemeye başlaması için alacağın muaccel olduğunun bilinmesi gerekli değildir⁹²⁹. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu haller için ise TBK m. 149/2 gereği zamanaşımı, bildirim fiilen yapıldığı andan itibaren değil, bildirim yapılabilceği andan itibaren işlemeye başlar. Yan yükümlülüklerin ihlalden doğan tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı süresi de bu esaslar çerçevesinde belirlenir.

Yan yükümlülüklerin ihlali halinde gündeme gelebilecek ve genel sözleşmesel zamanaşımı süresine tabi olan talepler;

- bu talebe elverişliyse borcun aynen ifasına yönelik talepler,
- borca aykırılık nedeniyle doğan tazminat alacağının tabi olduğu talepler
- sözleşmeden dönme halinde tasfiye ilişkisi nedeniyle doğabilecek iade talepleri ile tazminat talepleridir⁹³⁰.

1. Aynen İfa Talebine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Hususlar

Yan yükümlülüğün aynen ifası mümkünse, buna ilişkin aynen ifa talebi, kural olarak doğduğu andan itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir⁹³¹. İstisnaen

⁹²⁸ BK OR-Wildhaber/Dede, Art. 127 n. 30; Melanie Catalina Gottini, Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 2019 s. 14; Oğuzman/Öz, BH GH C. I, n. 1921.

⁹²⁹ Von Tuhr/Escher, s. 221; Oğuzman/Öz, Cilt I, n. 1933; Eren, n. 4064.

⁹³⁰ Pascal Pichonnaz, Art. 127, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 21-21a-21b-21c; Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 42.

⁹³¹ CR CO I-Pichonnaz, Art. 127 n. 21a; Erdem, Zamanaşımı, s. 43; Mehmet Erdem, "TBK m. 146", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, n. 47.

sözleşmeden doğan bütün borçların tek bir zamanaşımı süresine tabi tutulması halinde ise bu süre uygulanır⁹³².

Edim yükümlülüklerinin aynen ifası için kural olarak doğdukları andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlarken, zamanaşımı kurumunun yan yükümlülükler bakımından uygulanması konusunda bir genelleme yapmak her zaman mümkün değildir. Bağımsız bir aynen ifa talebine konu olmaya elverişli olan ifaya bağlı yan yükümlülükleri, talep edilebildikleri andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Koruma yükümlülükleri için ise çoğu zaman bir tali yükümlülük olan tazminat talepleri açısından zamanaşımı gündeme gelir.

2. Sözleşmeden Dönme Halinde İade Talebine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Hususlar

Sözleşmeden dönme halinde ifa edilen edimlere (veya iadesi mümkün değilse bu edimlerin değerine) yönelik iade taleplerinin hangi zamanaşımı süresine tabi olduğu, sözleşmeden dönmenin etkisi bağlamında kabul edilen görüşe ve tasfiye rejiminin hukuki niteliğine göre tespit edilir. İade talepleri, sözleşmeden dönme beyanında bulunulmasıyla muaccel olur ve zamanaşımı işlemeye başlar⁹³³. Klasik teoriyi kabul eden yazarlar arasında, sebebe bağlı olmayan tasarruf işlemi ile devredilen şeylerin iadesinde uygulanacak zamanaşımı süresi konusunda farklı görüşler savunulmaktadır. Bazı yazarlar, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallara yapılan atıf nedeniyle burada düzenlenen zamanaşımı süresi uygulanmasını, bazı yazarlar ise iade sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi olmakla beraber zamanaşımı süresi açısından on yıllık genel zamanaşımı süresinin kabul edilmesini kabul etmektedir. Dönüşüm teorisine göre ise gerek iade talepleri gerek tazminat taleplerinin

⁹³² Erdem, Zamanaşımı, s. 46.

⁹³³ Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 235. Sözleşmeden dönme halinde olumsuz zararın tazminine yönelik talepler de dahil olmak üzere bütün talepler için bildirim tarihinden itibaren zamanaşımı süresinin işleyeceğine ilişkin krş. Mehmet Erdem, “TBK m. 149”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, n. 6.

kaynağı sözleşme ilişkisi olduğundan kural olarak on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır⁹³⁴.

İhlal edilen yan yükümlülüğün sözleşmeden dönmeye imkân tanınması halinde, konusu verme borcu olan yan yükümlülüklerle ilişkin iade taleplerine uygulanacak zamanaşımı bakımından yukarıdaki açıklamalar geçerlidir.

3. Tazminat Talebine Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Hususlar

a. Zamanaşımı süresi

Bir yan yükümlülüğün ihlalinden doğan tazminat talebi kural olarak⁹³⁵ on yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁹³⁶. İstisnaen sözleşmeden doğan bütün borçların tek bir zamanaşımı süresine tabi tutulması halinde ise bu süre uygulanır⁹³⁷. Örneğin; vekalet

⁹³⁴ Dönüşüm teorisi bakımından uygulanacak zamanaşımı süresi hakkında bkz. BK OR-Wildhaber/Dede, Art. 127 n. 156 vd; Glatthard, s. 171 n. 601; Erdem, Zamanaşımı, s. 47-49; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 235-237.

⁹³⁵ Erdem, bağımlı yan borçların edim borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olduğunu belirtmektedir, bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 46. Kanımızca bu durum yalnızca edim yükümlülüğü ile sıkı ilişki içinde olan ve birlikte ifa edilen ifaya bağlı yan yükümlülükler bakımından geçerli kabul edilebilir.

⁹³⁶ CR CO I-Pichonnaz, Art. 127 n. 21b; Berti, ZK, art. 127; n.34; BK OR-Wildhaber/Dede, Art. 127 n. 127; Ivo Schwander, Art. 127, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht – OFK Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, n. 5; Laurent Killias / Matthias Wiget, Art. 127, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Baskı, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, n. 10; Huguenin §26 n. 2235; Erdem, TBK m. 149, n. 6. Örneğin; eser sözleşmesinde yüklenicinin özen yükümlülüğünün ihlali halinde bundan doğan tazminat talebinin on yıllık sözleşmesel zamanaşımı süresine tabi olduğuna ilişkin bkz. BGE 111 II 172 n. 2; Satış sözleşmesi ile satılanların kötü paketlenmesi nedeniyle muhafaza ve paketlenme yükümlülüğünün (*Verpackungspflicht*) gereği gibi ifa edilmemesi hali için bkz. BGE 96 II 115 n. 2.

Geçmişte aksi görüşte olan Koller'e göre ise yan yükümlülüklerden koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde alacaklının taleplerinin tabi olması gereken zamanaşımı süresi olarak genel zamanaşımı süresinin uygulanması uygun olmaz. Yazara göre gerek sözleşmeden gerekse sözleşme benzeri borç ilişkisinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde zarar görenin talepleri bakımından haksız fiil zamanaşımı uygulanmalıdır, bkz. Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1496. Bununla birlikte yazar, yalnızca zamanaşımı bakımından sözleşmese sorumluluk rejiminin kurallarından ayrık bir yaklaşım benimsemektedir. Örneğin; bir tarafın ifa yardımcısının, diğer tarafın bütünlük menfaatlerini ihlal ettiği bir koruma yükümlülüğü ihlali halinde ifa yardımcısının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere başvurulacaktır, krş. Koller, positive Vertragsverletzungen, s. 1498. Yazar oldukça yeni tarihli bir eserinde ise koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde sözleşmesel sorumluluk rejiminin kurallarının uygulanacağını kabul etmektedir, bkz. Koller, OR AT 2022, s. 787 n. 48.27-48.28.

⁹³⁷ Erdem, Zamanaşımı, s. 46; Erdem, TBK m. 146, n. 52.

sözleşmesinde vekilin yan yükümlülüklerinden hesap verme yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi halinde bundan doğan tazminat borcu, TBK m. 147/1-b.5 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenerek 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren OR 128a hükmü, bütünlük menfaatini koruyan koruma yükümlülüklerinin ihlaliinden doğan ve geç ortaya çıkan zararlar halinde gündeme gelecek tazminat talebine uygulanacak zamanaşımı süresi ve başlangıç anı tartışmasına kısmen bir nokta koymuştur⁹³⁸. OR 128a'ya göre, *“sözleşmeye aykırılık nedeniyle meydana gelen bedensel zarar ve ölüm halinde doğan maddi ve manevi zarar talepleri, zarar görenin zararı öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halükârda zarar veren olayın gerçekleştiği tarihten itibaren yirmi yıl sonra zamanaşımına uğrar.”* 2020 Borçlar Kanunu Revizyonu Projesinin hayata geçebilmiş az sayıda parçasından biri olan OR 128a, esas olarak sonradan ortaya çıkan zararların (*Spätschaden*) tazmininde zamanaşımına ilişkin meseleleri çözmeyi amaçlasa da anılan hüküm, doğduğu an dikkate alınmaksızın bütün zararlarının tazminini düzenlemektedir⁹³⁹. Bu düzenlemeye paralel olarak OR 60 Abs. 1bis de haksız fiil nedeniyle meydana gelen bedensel zarar ile ölüm halinde doğan maddi ve manevi zarar taleplerini aynı zamanaşımı sürelerine tabi tutmaktadır⁹⁴⁰. Her iki düzenlemede de zamanaşımının başlangıç anı olarak kabul edilen zarar görenin zararı öğrenme anı, genel kurallardan ayrılmaktadır⁹⁴¹. Bu düzenlemelerle birlikte, İsviçre hukuku bakımından bütünlük menfaati kapsamında bedensel bütünlüğe yönelik zararları açısından sözleşme ve haksız fiil açısından ikili yapı ortadan kalkmıştır. Ancak OR 127 ve OR 130 hükümleri uyarınca tazminat talepleri, zararın ortaya çıkmasından itibaren on yıl sonra

⁹³⁸ Walter Fellmann, ‘‘Entstehung des neuen Verjährungsrechts und Überblick’’, Das neue Verjährungsrecht, Stämpfli Verlag AG, 2019, s. 3 vd; BK OR-Wildhaber/Dede, Art. 127 n. 129.

⁹³⁹ Isabelle Wildhaber / Sevda Dede, Art. 128a OR, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2021, n. 1. Revizyondan önce koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmaktadı, bkz. BGE 137 III 16 n. 2.2; 136 II 187n. 7.5; 106 II 134 n. 2d; Bununla birlikte zamanaşımı süresinin başlangıç anı tartışmalıydı, bkz. BK OR-Wildhaber/Dede, Art. 128a, n. 7.

⁹⁴⁰ Her iki düzenlemede de zamanaşımının başlangıç anı olarak ifade edilen zarar görenin zararı öğrenme anı, genel kural olan zararı tazmin borcunun muaccel olduğu anından ayrılmaktadır, krş. BK OR- Brehm, OR 60 n. 20.

⁹⁴¹ BK OR- Brehm, OR 60 n. 20.

zamanaşımına uğrayacağı şeklinde yorumlanır iken daha kısa olan üç yıllık zamanaşımının getirilmesi eleştiri konusu olmuştur⁹⁴². Revizyona yönelik bir diğer eleştiri ise sözleşmesel sorumluluk rejimi altında bedensel bütünlüğe verilen zararın, malvarlığındaki mutlak hakların uğradığı zarar ve salt malvarlığı zararından farklı bir zamanaşımına tabi tutulmasıdır⁹⁴³. Buna karşılık, esasen Revizyon tasarı aşamasındayken zarar türleri arasında böyle bir ayırım yapılmadığı, özellikle inşaat hatalarından (*Baumangel*) kaynaklanan ve uzun süre sonra ortaya çıkabilen zararlar bakımından da bu değişikliğin gündemde olduğu belirtilmektedir⁹⁴⁴.

Benzer bir hukuki gelişim Türk hukukunda da yine sonradan ortaya çıkan zararlar kapsamında, Gölcük depreminde yıkılan binalar sonucu hem haksız fiil hem sözleşmeye dayanan taleplerle açılan hukuk davalarında Yargıtay içtihatlarıyla yaşanmıştır. Yargıtay bu dönemde oluşturduğu içtihatlarında, haksız fiil için öngörülen on yıllık üst süre açısından zamanaşımının başlangıç anını, zarar görenin zararı öğrendiği tarihten başlayacağını kabul etmiştir. *Büyüksağış*, esasen bu yaklaşımın mülga BK hükümleri kapsamında yasanın lafzından ayrıldığı için teknik açıdan problemli görünse de, gerek zamanaşımı meselesine ilişkin güncel yaklaşımlar⁹⁴⁵ gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla uyumlu olduğunu belirtmektedir⁹⁴⁶. Yazar, bu içtihatların yasal zemini olarak, sonradan ortaya çıkan zararların zamanaşımı def'ine takılmaması için zamanaşımının durması

⁹⁴² Frederic Krauskopf, “Die Verjährung der Delikts- und der Vertragshaftung”, Das neue Verjährungsrecht, Stämpfli Verlag AG, 2019, s. 13-14; Moser, s. 55.

⁹⁴³ Bu yeni sistemde maddi zarar ve salt malvarlığı zararı OR 127’ye göre on yıllık zamanaşımı süresine tabiyken bedensel bütünlüğe yönelik zararlar OR 128’da düzenlenen zamanaşımı sürelerine tabidir. Bu da sözleşmesel sorumluluk çatısı altında iki farklı zamanaşımı rejimine sebep olduğu için eleştirilmektedir, bkz. CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109 n. 25; CR CO I-Pichonnaz, Art. 128a n. 9; Krauskopf, Verjährung, s. 14-15.

⁹⁴⁴ Krauskopf, Verjährung, s. 14.

⁹⁴⁵ Alman ve İsviçre hukuklarındaki güncel yaklaşımlar ile makalenin yayın tarihinde gündemde olan yasa tasarıları hakkında bkz. Ayça Akkaya Yıldırım, “Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2016, C. 74, Sa. 1, ss. 185-219. , s. 202 vd.

⁹⁴⁶ Erdem Büyüksağış, “Sonradan Ortaya Çıkan Zarar’ Davalarında Zamanaşımının Durması (TBK m. 153/1 b. 6)”, Yargıtay Dergisi 3/2017, ss. 491-550, s. 497-498. Nitekim bu yaklaşımın uygulanmadığı bir ceza mahkemesi kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınmış; Yargıtay’ın on yıllık üst süre açısından zamanaşımının başlangıç anını depremde yıkılan bina inşaatının tamamlanmasından itibaren hesaplanacağına yönelik tespiti, yaşam hakkı ihlali sayılmıştır, bkz. ECHR, M. Özel and Others v. Turkey, 17 Kasım 2015, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160412> [E.T. 12.02.2023].

kurumuna başvurulmasını önermektedir⁹⁴⁷. Sarıkaya ise kanunun lafzına aykırı bir yorumun benimsenmesi yerine İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi bir değişikliğe gidilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁴⁸.

Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu, sonradan ortaya çıkan zararlarda zamanaşımına ilişkin kendi reformunu deprem nedeniyle doğan davaların vesilesiyle sadece eser sözleşmesinde ayıptan doğan zamanaşımı süresi bakımından yapmıştır. Buna ilişkin TBK m. 478'e göre *“Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”* Eser sözleşmesinde ayıp sorumluluğuna özgü bir hüküm olan TBK m. 478 ile OR 128a karşılaştırıldığında birkaç nokta göze çarpmaktadır. İlki, yirmi yıllık uzun zamanaşımı süresinin yalnızca belli bir sözleşme türünde ve sadece bir tür borca aykırılık haline özgülenmiş olmasıdır. Koruma yükümlülüklerinin bütünlük menfaatinin korumayı hedeflemesi karşısında, zamanaşımına ilişkin TBK m. 146 vd. hükümleri arasında yapılacak bir düzenlemenin daha makul ve kapsayıcı olduğu kanaatindeyiz. İkinci olarak OR 128a'nın aksine malvarlığı değerinin uğradığı zarar, bütünlük menfaatinin uğradığı zarar ve salt malvarlığı zararı arasında ayırım yapılmamıştır. Maddi zarar türleri arasında bir ayırım gözetilmemesi, bir hukuk politikası tercihidir. Son husus ise esasen bir yasal garanti sorumluluğu rejimi sevk eden ayıp hükümlerinde zamanaşımının üst süresinin kusur olgusuna bağlı tutulmuş olmasıdır. Sözleşmesel sorumluluk rejiminde alacaklı konumundaki iş sahibi, borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamakla mükellef değildir; borçlu olan yüklenici kusurlu olmadığını ispatlamalıdır. Sonuç itibarıyla bu tür bir özel hüküm yerine, koruma yükümlülüklerinin ihlali sonucu sonradan ortaya çıkan zararlar için ek bir kusur şartından bağımsız ve genel hükümlerde düzenlenen bir kural getirilmesinin daha kapsayıcı olacağı kanaatindeyiz.

⁹⁴⁷ Büyüksağış, Sonradan Ortaya Çıkan Zarar , s. 528 vd.

⁹⁴⁸ Murat Sarıkaya, “İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 1203-1219, s. 1215-1216.

b. Zamanaşımı süresinin başlangıç anı

Bir yan yükümlülüğün ihlali nedeniyle uğranılan zarar, TBK m. 112 veya TBK m. 125/1-2'nin kıyasen uygulanmasıyla, ifa talebine ek olarak veya ifa yerine talep edilebilir.

Hâkim görüşe göre asli edim yükümlülüğüne aykırılık halinde zarar gören tarafın olumlu zararının giderilmesine yönelik tazminat alacağı, esas borcun (edim yükümlülüğünün) yerine geçer ve bu nedenle onun muaccel olduğu anda işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin devam eder⁹⁴⁹. Asli edim yükümlülüğü ile sıkı ilişki içinde olan ifaya bağlı yan yükümlülükler açısından zamanaşımı süresinin başlangıç anı ve süresi, asli edim yükümlülüğü ile aynıdır⁹⁵⁰. Ancak asli edim yükümlülüğünün ifa edildiği ancak onunla sıkı ilişki içinde olmayan yan yükümlülüklerin ihlal edildiği hallerde, bu ihlalden kaynaklanan zarar bakımından uygulanacak zamanaşımı süresi ve başlangıç anı, asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak tespit edilir.

Sözleşmenin müspet ihlali kapsamına giren borca aykırılık hallerinde tazminat talebine uygulanacak zamanaşımının, TBK m. 149 kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁹⁵¹. Ancak TBK m. 149, zamanaşımının başlangıç anı bakımından sözleşmenin müspet ihlali teşkil eden borca aykırılık hallerinde uygun bir düzenleme getirmemektedir⁹⁵². Bu nedenle hâkim tarafından tamamlanması gereken bir '*gerçek boşluk*' bulunduğu belirtilmektedir⁹⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı

⁹⁴⁹ Pascal Pichonnaz, Art. 130, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 5i; Isabelle Wildhaber / Sevda Dede, Art. 130 OR, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2021, n. 44; Erdem, Zamanaşımı, s. 163-164; Erdem, TBK m. 146, n. 49; Eren, n. 4065. Aksi görüşte olan Oğuzman/Öz ise özellikle TBK m. 112'nin uygulandığı borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı halinde tazminat alacağının doğduğu tarihten itibaren zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını kabul etmektedir, Oğuzman/Öz, n. 1479 vd. ve Öz, TBK m. 112, n. 47.

⁹⁵⁰ Erdem, Zamanaşımı, s. 46; Erdem, TBK m. 146, n. 52.

⁹⁵¹ Nicola Moser, Art. 160, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, s. 29; CR CO I-Pichonnaz, Art. 130 n. 5j; Robert K. Däppen, Art. 130, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 130 n. 11a; Erdem, Zamanaşımı, s. 46; Erdem, TBK m. 146, n. 52.

⁹⁵² Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n 3322.

⁹⁵³ Frederic Krauskopf, "Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2009 vom 27. April 2009", Haftung und Versicherung 2009 Heft 3, Dike Verlag AG, ss. 273-277, s. 276.

kararlarında⁹⁵⁴ da benimsediği bir görüşe göre, bu tür borca aykırılık hallerinde zamanaşımının başlangıç anının ihlal anı olduğu kabul edilmiştir⁹⁵⁵. Bu yaklaşımının temelinde, zamanaşımının başlangıç anının zararın ortaya çıktığı an olarak kabul edilmesi halinde borçlunun çok uzun bir süre risk altında olacağı ve bunun hukuk güvenliğiyle bağdaşmayacağı düşüncesi yatar⁹⁵⁶. Ancak bu yaklaşım, öğretilerde bazı yazarların eleştirisiyle karşılaşmıştır. Bu görüşe göre zamanaşımı süresinin başlangıcı, zararın doğma anıdır⁹⁵⁷. Bu görüşte olan *Chappuis*, zamanaşımının başlangıç anı olarak zararın doğmasını takiben buna yönelik tazminat talebinin muaccel olduğu anın esas alınmasını savunmaktadır⁹⁵⁸. *Erdem*'e göre de yan yükümlülüklerin ihlali halinde bundan doğan zararın tazminine yönelik alacak hakkı, zararın gerçekleşmesiyle muaccel olur ve zamanaşımı süresi bu andan itibaren işlemeye başlar⁹⁵⁹. Kanımızca da tazminat sorumluluğunun doğması için kurucu unsurlardan birinin zararın varlığı olduğu düşünülürse, tazminat alacağı için zamanaşımı süresinin başlaması için zararın doğması gerekir. Ayrıca ilk görüş benimsenirse, özellikle sonradan vuku bulan zararlar (*dommage tardif* ya da *dommage differé*) (*Spätschaden*)⁹⁶⁰ bakımından henüz doğmamış bir tazminat alacağının zamanaşımına uğraması tehlikesi bulunmaktadır⁹⁶¹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özellikle geç ortaya çıkan zararlar

⁹⁵⁴ BGE 137 III 16, n. 2; BGE 140 II 7 E. 3.3; BGE 137 III 16 E. 2.3; BGE 106 II 134 E. 2.b; BGE 199 II 216 n. 4a; BGE 106 II 134, n. 2d; BGE 87 II 155, n. 3; BGer 4A_103/2009 E. 2.2.2.

⁹⁵⁵ Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT II, n. 3322; Huguenin, § 26 n. 2251.

⁹⁵⁶ BGE 137 III 16 n. 2.4 vd.

⁹⁵⁷ BK OR-Wildhaber/Dede, Art. 127 n. 127; Huguenin §26 n. 2235; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 52; Berger, AG, §26 n. 1752 ve n. 1759; BK OR Wildhaber/Dede, Art. 130 n. 45; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 52; Stephen V. Berti, Art. 130, Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2002, n. 129. Pichonnaz da zararın doğduğunun objektif olarak algılanmasını aramaktadır, bu nedenle zamanaşımının işlemeye başlaması için zararın doğmuş olması koşuluyla zarar görenin bundan haberdar olması gerekli değildir, bkz. CR CO I-Pichonnaz, Art. 130 n. 5f.

⁹⁵⁸ Benoît Chappuis, Le Moment du Dommage, Fribourg, Schulthess Juristische Medien AG, 2007, s. 382. Benzer görüşte olan Seiler de sözleşmenin müspet ihlalden doğan tazminat talebinin başlangıç anının, talebin ilk olarak ileri sürülebildiği an olarak belirtmektedir, bkz. Philippe Seiler, Die Verjährung von Schadensersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung, Dike, 2011, s. 29.

⁹⁵⁹ Erdem, Zamanaşımı, s. 164.

⁹⁶⁰ İsviçre öğretisinde bu durum özellikle asbest nedeniyle sağlığı bozulan işçiler bakımından gündeme gelmiştir, krş. Pascal Pichonnaz, Art. 128a, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021, n. 4; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 52.

⁹⁶¹ CR CO I-Pichonnaz, Art. 130 n. 5j; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 n. 52.

bakımından talep hakkı henüz doğmadan zamanaşımının işlemeye başlaması sonucunu doğuran bu yaklaşım doğrultusunda verilen mahkeme kararlarının, adalete erişim hakkını (AİHS m. 6/1) ihlal ettiğine hükmetmektedir⁹⁶². Özellikle AİHM kararlarının etkisiyle İsviçre hukukunda, geç ortaya çıkan zararlara ilişkin zamanaşımı süresi ve başlangıç anına ilişkin üst başlıkta incelenen yeni düzenlemeler sevk edilmiştir.



⁹⁶² ECHR, Howald Moor and Others v. Switzerland, 11 Mart 2014, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-169034%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-169034%22]}) [E.T. 12.02.2023]. AİHM'in bu kararı; İsviçre Federal Mahkemesinin, sözleşmeye aykırılıktan doğan ve sonradan ortaya çıkan zararlara ilişkin olarak, zamanaşımının ihlal tarihinden itibaren başladığını kabul eden BGE 136 II 187 und BGE 137 III 16 kararlarına karşı verilmiştir.

SONUÇ

Birinci Bölüm: Yan Yükümlülük Kavramı

- Sözleşmeden doğan yükümlülükler edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olmak üzere iki kategoriye ayrılır. Asli edim yükümlülükleri sözleşmenin kurulması bakımından objektif esaslı unsur teşkil eden yükümlülüklerdir. Kaynağı sözleşme olan ve edim yükümlülüğü niteliğinde olmayan diğer bütün yükümlülükler ise yan yükümlülük olarak adlandırılır.
- Sözleşme görüşmeleri döneminde tarafların temel odak noktası ve sözleşmeden esas beklentisi, sinallagma ilişkisi içinde birbirinin karşılığını oluşturan asli edim yükümlülükleridir. Bu nedenle hiçbir sözleşme, kapsamına girebilecek bütün konuları ve muhtemel uyuşmazlıkları öngörüp düzenleyecek şekilde kurulmaz. Ne taraflar sözleşmenin ömrü süresince gündeme gelecek bütün olguları öngörebilir, ne de bunu yapmaya çalışmak zamanı verimli kullanmak ve masraflardan kaçınmak adına makul bir çaba olur. Bu nedenle sözleşmedeki boşlukların doldurulması için sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması gerekir. Boşluğun tamamlanması için uygulanacak yasal hükümler ve dürüstlük kuralı yardımıyla varılacak sözleşmesel yükümlülükler de sözleşmenin içeriğine dâhildir. Bu bağlamda tarafların, kaynağı sözleşme olan ve edim yükümlülüğü niteliğinde olmayan bütün yükümlülükleri, yan yükümlülük (*Nebenpflicht*) (*devoir accessoire*) olarak adlandırılır.
- Yan yükümlülükler, ifa menfaatine hizmet eden ya da bütünlük menfaatini koruyan yükümlülüklerdir. İfa menfaatine hizmet eden yan yükümlülükler *ifaya bağlı yan yükümlülükler* (*leistungsbezogene Nebenpflichten*), bütünlük menfaatini korumayı amaçlayan yan yükümlülükler ise *koruma yükümlülükleri* (*Schutzpflichten*) olarak adlandırılır. Ancak öğretilerde yan yükümlülük türlerini ifade etmek için farklı terimler kullanılmaktadır; bu nedenle bir terminoloji birliğinden söz etmek mümkün değildir.
- Yan yükümlülüklerin kaynağı ekseriyetle dürüstlük kuralı olmakla beraber, yan yükümlülüğün bir kanun hükmü tarafından öngörülmesi veya tarafların sözleşmede düzenlemiş olması da mümkündür. Sözleşmede kararlaştırılan yan yükümlülükler kural olarak sinallagma ilişkisine dâhil olmamakla beraber, yan yükümlülüklere özel

bir önem atfedilerek bizzat taraflarca sinallagma ilişkisine dâhil edilmesi mümkündür. Bunun sonucu ise ilgili yan yükümlülüğün ihlali halinde borca aykırılığın esaslı ihlal olduğunun kabul edilmesi ve sözleşmeden dönme imkânına başvurulabilmesidir.

- Yan yükümlülükler her sözleşmeden doğar. Ancak her yan yükümlülüğün kapsamı, münferit sözleşme ilişkisinin özel koşulları ile tarafların objektif olarak tespit edilecek haklı ve makul beklentileri çerçevesinde belirlenir. Bu değerlendirmede dürüstlük kuralı ve dürüstlük kuralına uygun davranış temel kriterdir. Dürüstlük kuralı, bir yandan dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülüklerin varlığını, diğer yandan ise bütün yan yükümlülüklerin kapsamını tespitte önemli bir rol oynar.
- Borca aykırılık halinde uygulanacak kuralların tespiti açısından, yan yükümlülükler ile edim yükümlülükleri ve külfetler arasındaki farkın ortaya konması önemlidir. Temelde gerek yükümlülükler gerekse külfetler birer hukuki ödevdir. Ancak anılan kategorizasyonun arkasındaki neden, bilimsel ve teorik bir tasnif yapmanın ötesinde, bu ödevlerin ihlali halinde uygulanacak hukuki rejimin farklılık göstermesidir.
- BGB'nin aksine, OR ve TBK'nın ifa engelleri sistemi yalnızca asli edim yükümlülüğünün ihlali esas olarak tasarlanmıştır. Bu kuralların yan yükümlülüklerle kıyasen uygulanması ise farklılaşan bazı özellikler gösterir. Bu nedenle bir yükümlülüğün, hangi kategoriye girdiğinin tespiti önem arz eder. Edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükleri ayırt etmek açısından *a priori* ve kesin kriterler vermek zor olsa da bu yükümlülüklerin tanımı ve niteliğinden bazı çıkarımlar yapmak mümkündür. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin kurulması bakımından *essentiali negotii* (objektif esaslı unsur) teşkil eden ve isimli sözleşmelerde sözleşmenin türünü belirleyen yükümlülüklerdir. Sözleşme kurulduğu anda kapsamı itibariyle belirlenen asli edim yükümlülükleri, doğrudan doğruya ifa menfaatini ilgilendirir ve sözleşme türüne bağlı olmakla beraber kural olarak alacaklının malvarlığında bir artış yaratır. Yan yükümlülükler ise bağımsız birer ifa menfaati taşımaz. İfaya bağlı yan yükümlülükler, ifa menfaatine hizmet eder ya da ifa menfaatini güvence altına alırken; koruma yükümlülükleri, sözleşme vesilesiyle karşı tarafın etkisine açılan hukuki alanın ve bütünlük menfaatinin korunmasını amaçlar. Yan yükümlülükler ekseriyet dürüstlük kuralından doğduğu ve kapsamları da dürüstlük kuralına göre belirlendiği için sözleşmenin kurulduğu anda kapsamları belirli değildir. Somut olaydaki

uyuşmazlıkta dürüstlük kuralına göre kapsamın nasıl belirleneceği ise tarafların objektif, makul ve hukuk düzenin meşru gördüğü beklentileri doğrultusunda şekillenir.

- İkinci olarak hem asli edim yükümlölükleri hem yan edim yükümlölükleri genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimine tabi değılken yan yükümlölükler bu denetime tabidir. Ancak istisnai olarak edim yükümlölükleri saydamlık denetimine tabi olabilir.
- Yan edim yükümlölükleri ve ifaya bağı yan yükümlölükler arasındaki ayırım özel bir önem ve zorluk arz eder. Öğretide yan edim yükümlölükleri ve ifaya bağı yan yükümlölükler arasındaki ayırım için kriter olarak yükümlölüğün amacı, yükümlölüğün ifasının malvarlığına etkisi, aynen ifa talebine elverişlilik, ikinci bir talebe elverişlilik gibi kriterler önerilmektedir. Özellikle aynen ifa talebine elverişlilik, eski öğretide temel kriter olarak benimsenmekteyken modern öğreti, yan yükümlölüklerin aynen ifa talebine elverişli olmadığı yönündeki genellemeye karşı çıkmaktadır. Kanımızca bu kriterlerin hiçbirisi tek başına sonuca ulaşmaya elverişli değıldir; münferit yükümlölüğün somut olaydaki sözleşme bağlamındaki amacı, tarafların sözleşme yapma kararına etkisi ve yükümlölüğün ifasının koruduğı menfaat esas alınmalıdır.
- Yan edim yükümlölükleri ve ifaya bağı yan yükümlölükler ayırımında zorluk teşkil eden bir başka nokta ise yan yükümlölük kavramının kapsamının, yan edim yükümlölüğü aleyhine genişlemesidir. Nitekim öğreti, yan yükümlölükleri, koruma yükümlölükleri ile davranış yükümlölüklerine indirgeyen yaklaşımdan sıyrılarak ifa menfaatine hizmet eden yükümlölükleri kapsayacak şekilde genişletmektedir. Bu genişleme ışığında yan edim yükümlölüğü terimi giderek daha sınırlı bir alanda ele alınmakta; bazı yazarlar, yan edim yükümlölüğü terimini, ifaya bağı yan yükümlölük terimiyle eş anlamlı olarak kullanmaktadır. Bu yaklaşımlar ışığında Çalışmamızda ifaya bağı yan yükümlölükler, ifa menfaatini yani asli edim yükümlölüğünü destekleyen ve güvence altına alan yükümlölükler olarak kabul edilmiştir. Yan edim yükümlölükleri ise asli edim yükümlölüğüne nazaran sözleşmeyi akdetme niyetine etkisi bakımından ikincil nitelikte bulunan, asli edim yükümlölüğü üzerinde anlaşıldıktan sonra ve onun vesilesiyle sözleşmeye dâhil edilen, bağımsız bir ifa menfaati taşıyan ve kural olarak bir üçüncü kişiden başka bir sözleşmeyle temin edilebilecek ya da sözleşme tarafından başka bir kişiye ifa edilen yükümlölüklerdir.

- Külfetler ise yükümlölükler gibi temelde birer hukuki ödev olmakla beraber, doğası gereği bir ödevin ihlali halinde külfetin yüklendiği kişinin sahip olduğu bir hakkı ya da hukuki imkânı kullanmasını engeller. Külfet, yüklendiği kişi açısından dışarıdan gelen bir zorlama teşkil etmez; aksine hak sahibinin yararına olan bir davranıştır.
- Yan yükümlölük kavramı Alman hukukunda doğmuş, daha sonra İsviçre hukukuna ve müteakiben Türk hukukuna intikal etmiştir. Bu hukuk sistemlerinde yan yükümlölüklerin yasal dayanağı dürüstlük kuralıdır. Buna karşılık, dürüstlük kuralının işlevi konusunda iki farklı görüş savunulmaktadır. Alman hukukunda genel olarak kabul edilen *yeksesak yasal borç ilişkisi (einheitliches gesetzliches Rechtsverhältnis)* teorisine göre yan yükümlölükler, kaynağı dürüstlük kuralı olan ve doğrudan yasadan doğan bir borç ilişkisine dayanır. Diğer bir görüşe göre ise yan yükümlölükler, taraflar arasındaki sözleşmenin, dürüstlük kuralı yardımıyla *tamamlayıcı yoruma (ergänzende Auslegung)* tabi tutulmasına dayanır. İkinci görüşün düşünsel temeli, yan yükümlölüklerin kaynağını sözleşme ilişkisi ve taraf iradelerine dayandırmak istemesi, böylece tarafların irade özgürlüğüne (*Parteiautonomie*) önem atfetmesi itibarıyla önemlidir. Ancak sözleşme müzakereleri döneminde ve sözleşme sonrasında etkili olan yan yükümlölükleri açıklamakta yetersiz kalır. İlk görüş ise sözleşme müzakereleri dönemi ile sözleşme sonrasında etkili olan yan yükümlölükleri yasal borç ilişkisine dayandırmakta; sözleşmenin hüküm ifade ettiği dönemde ise sözleşme ve yasal borç ilişkisinin birleştini kabul etmektedir.
- Temelde Roma-germen hukuk sistemlerine özgü bir kavram olarak görünmekle beraber, Napoleonik medeni kanunlarda ve *common law* hukuk çevrelerinde de fonksiyonu itibarıyla yan yükümlölüklere müteakıl olan kavramlara rastlanmaktadır. Nitekim Fransız hukukunda *obligation de securié* kavramı ve İngiliz hukukunda *implied term* kavramı buna örnektir.
- Yan yükümlölük teşkil eden türden yükümlölükler, PICC ve PECL gibi akademik nitelikte uluslararası hukuk metinlerinde ve model kanunlarda da *implied obligation*, *implied term* gibi terimlerle ifade edilmektedir.

İkinci Bölüm: Yan Yükümlülüklerin Türleri

- Bilimsel incelemeyi kolaylaştırmak ve bazı ortak özellikleri tespit edebilmek adına yan yükümlülükler kimi kriterlere göre kategorize edilmektedir. Bu kapsamda Çalışmada yan yükümlülükler; doğduğu kaynağa göre, koruduğu menfaat türüne göre, etki anına göre ve konularına göre olmak üzere dört farklı kriter temelinde gruplandırılarak genel özellikleri itibariyle incelenmiştir.
- Doğduğu kaynağa ya da hukuki dayanağına göre yan yükümlülükler; dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükler, bir kanun hükmünden doğan yükümlülükler ve sözleşmede kararlaştırılan yan yükümlülükler olarak üç gruba ayrılır. Sözleşmede kararlaştırılan yan yükümlülükler, sözleşmenin kurulması bağlamında *accidentalia negotii (sübjektif esaslı unsur)* niteliğindedir. Bu husus, geçerlilik şekline tabi sözleşmeler bakımından yan yükümlülüklerle ilişkin anlaşmaların geçerlilik şekline tabi olup olmadığı sorusunu gündeme getirir. Bu tür yan yükümlülükler, sözleşmenin doğal çerçevesinde giriyorsa, yani sözleşme konusu asli edim yükümlülüğüyle doğrudan bağlantılıysa geçerlilik şeklinin kapsamındadır.
- Koruduğu menfaat türüne göre yan yükümlülükler; asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmesine yani ifa menfaatine hizmet eden yan yükümlülükler ve bütünlük menfaatine hizmet eden koruma yükümlülükleridir. İfaya bağlı yan yükümlülükler ancak bir sözleşme ilişkisi kapsamında doğar. Koruma yükümlülüklerinin doğması için taraflar arasında bir sözleşme benzeri hukuki ilişkinin ve buna dayanak olarak olağan düzeyi aşan özel bir güven bağının (*Sonderverbindung*) bulunması yeterlidir. Bu özel bağ, bir sözleşme olabileceği gibi, bir sözleşme benzeri borç ilişkisi, tek taraflı hukuki işlem, yasal borç ilişkisi veya hatır ilişkisi de olabilir. Bir sözleşme benzeri borç ilişkisinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlali, sözleşmesel sorumluluk rejimine tabi kabul edilir ve bu rejimin, kural olarak haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha avantajlı hükümlerinden yararlanır.
- Etki anına göre yan yükümlülükler; sözleşme görüşmeleri döneminde doğan yan yükümlülükler, sözleşmenin kurulmasından hüküm ifade ettiği son ana kadar etkili olan yan yükümlülükler ve sözleşmeden sonra etkisi devam eden yan yükümlülükler olarak üç gruba ayrılır.

- Yan yükümlülük kavramının esnek yapısı ve kapsamının somut olaya göre şekillenmesi karşısında, konularına göre yan yükümlülük türleri açısından sınırlı bir sayım yapmak mümkün değildir. Bu nedenle Çalışmada hukuk uygulamasında sıklıkla rastlanılan bazı yan yükümlülükler ele alınmıştır. Bu kapsamda hazırlama, sağlama ve muhafaza yükümlülükleri; açıklama, bilgilendirme, aydınlatma ve uyarma yükümlülükleri; iş birliği yapma yükümlülüğü, sözleşmenin amacına sadık davranma yükümlülüğü; özen yükümlülüğü, koruma ve gözetme yükümlülüğü; sözleşmeyi yeniden müzakere etme yükümlülüğü, rekabet etmeme yükümlülüğü; gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü incelenmiştir. Son olarak, son yıllarda ticari sözleşmelerde sıklıkla gündeme gelen sürdürülebilirlik klozları, sözleşmede kararlaştırılan yan yükümlülükler olarak ele alınmıştır.

Üçüncü Bölüm: Yan Yükümlülüklerin İhlalinin Borca Aykırılık Sistemi İçindeki Konumu ve İhlalin Sonuçları

- İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarının borca aykırılık sistemine ilişkin genel norm olan TBK m. 112 (OR 97), 1900 tarihli eski BGB'nin temel aldığı ifa engelleri sisteminin etkisiyle, sözleşme kurulduktan sonraki ifa imkânsızlığı ve temerrüt dikotomisi çerçevesinde kurgulanmıştır. Özel hükümlerde ise satış, kira ve eser sözleşmelerinde borçlunun kusuruna dayanmayan bir yasal garanti sorumluluğu olarak ayıp sorumluluğu ve zapttan doğan sorumluluk düzenlenmiştir. TBK m. 112 hükmü, *“borcun gereği gibi ifa edilmemesi”* ifadesi ile ilk bakışta kapsayıcı bir düzenleme olarak görünse de, objektif tarihi yorum metoduna göre imkânsızlık ve temerrüt dışındaki borca aykırılık türlerini değil, yalnızca kısmi imkânsızlığı içerir. Anılan düzenleme, objektif zamana göre yorum metoduna göre ise, *“gereği gibi ifa etmeme”* ifadesiyle daha ziyade edim yükümlülüğünün ifasındaki aksaklıkları ve kısmi imkânsızlığı kast etmesi, yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçlarını öngörmemesi ve ihlalin muhatabına yalnızca tazminat talebi tanınması itibariyle doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Bu gerekçelerle yan yükümlülüklerin ihlali bakımından, İsviçre ve Türk hukuklarının yasal ifa engelleri sisteminde bir kanun boşluğu vardır.

- Sonraki imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan borca aykırılık hallerini ifade etmek için öğretide “*borcun gereği gibi ifa edilmemesi (nicht gehörige Erfüllung)*”, “*kötü ifa (Schlechtleistung)*” ve “*sözleşmenin müspet ihlali (positive Vertragsverletzung)*” terimleri kullanılmaktadır. Bu nedenle Roma-germen hukuk öğretisinde bir terim birliğinden söz etmek mümkün değildir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi, kanunda da yer alan ve kapsayıcı nitelikte bir terim gibi görünse de ruhu itibarıyla edim yükümlülüğünü ilgilendiren borca aykırılık hallerini ifade eder ve ihlalin muhatabı tarafa tazminat ile sınırlı bir hukuki imkân sunar. Bu nedenle bir üst kavram olarak kabul edilmeye *de lege lata* elverişli değildir. Kötü ifa ise yaygın olarak özel hükümlerde öngörülen ayıp sorumluluğu ile edim fiilinin taahhüt edildiği sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün özenle yerine getirilmemesini ifade eder şekilde kullanılmaktadır. Terimdeki kelime seçimine yönelik eleştirilere rağmen, sözleşmenin müspet ihlali terimi kötü ifa teşkil eden haller ile yan yükümlülüklerin ihlalinin de kapsayan geniş bir üst kavram olarak Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle Çalışmada üst kavram olarak sözleşmenin müspet ihlali terimi benimsenmiştir.
- Sözleşmenin müspet ihlali kapsamına giren borca aykırılık halleri ve yan yükümlülüklerin ihlali, hâkim görüşüne göre TBK m. 112’nin amaca uygun yorumlanmasıyla bu hükmün kapsamına girer. Çalışmada benimsenen görüşüne göre ise Türk ve İsviçre hukuklarında yan yükümlülüklerin ihlalinin sonuçları bağlamında bir kanun boşluğu vardır. Bu nedenle yan yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanacak hükümler, TMK m. 1’e göre hâkimin hukuk yaratma yetkisi kapsamında tespit edilmelidir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuk çalışmaları da bilimsel yorum dâhilinde dikkate alınarak genel hükümlerde yer alan TBK m. 112 ve devamındaki hükümler ile borca aykırılığa ilişkin özel hükümlerde yer alan düzenlemeler kıyasen uygulanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta uygulanacak hükümler, ihlal edilen yan yükümlülüğün konusu ve ihlalin niteliği değerlendirilerek tespit edilir. Konuları yönünden inceleyecek olursak yan yükümlülükler; verme, yapma ya da yapmama davranışını konu alabilir. Diğer yandan, edim yükümlülükleri gibi yan yükümlülüklerin de imkânsızlık, temerrüt ve kötü ifaya konu olabileceği kabul edilir. Bu kapsamda ihlalin niteliğine göre TBK m. 112-113 ve TBK m. 117-125 hükümleri uygulama alanı bulur.

- Koruma yükümlölüklerinin ihlali halinde zarar gören sözleşme tarafı, taleplerin yarışması ilkesi gereği (*Anspruchskonkurrenz*) dilerse TBK m. 112 kapsamında sözleşmesel sorumluluğa, dilerse TBK m. 49 kapsamında haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir talepte bulunabilir. Sözleşmesel sorumluluğa başvurulması halinde kusurun ispatı, zamanaşımı, salt malvarlığı zararının tazmini ve ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk bakımından kural olarak daha avantajlı bir konum doğar. Ancak yasada sebep sorumluluğunun düzenlediği hallerde, kurtuluş imkânı öngörülmeven kusursuz sorumluluk hallerinde veya sözleşmesel sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunması ihtimalinde haksız fiil sorumluluğuna başvurmak daha avantajlı bir konum sağlar.
- Tipik bir yan yükümlölük türü olan özen yükümlölüğü ise edim fiilinin taahhüt edildiği iş görme sözleşmeleri bağlamında farklı bir özellik arz eder. Bu türün klasik bir örneği olan vekâlet sözleşmesinde vekilin asli edim yükümlölüğü, başarılı sonuç elde edilip edilmemesinden bağımsız olarak vekilin üstlendiği edimi özenle ifa etmesidir. Bu bağlamda özen yükümlölüğü bir yan yükümlölük olmayıp asli edim yükümlölüğünün bir parçasını oluşturur. Vekilin özen yükümlölüğünü ihlal etmesi de bir yan yükümlölük ihlali olmayıp asli edim yükümlölüğünün gereği gibi ifa edilmemesine dayanan bir kötü ifa halidir. Ancak her halükârda vekilin iş görme borcu bakımından kötü ifa ve yan yükümlölüklerin ihlali açısından uygulanacak hükümler arasında fark yoktur.
- Sözleşmenin ihlalinin öngörülebilmesi (*antizipierte Vertragsverletzung*), borçlunun vadeden önceki bir tarihte, kesin ve nihai şekilde borcunu ifa etmeyeceğini açıklamasıdır. Sözleşmenin ihlalinin öngörülebilmesi, hâkim görüşe göre alacaklıya, vadeyi beklemek zorunda olmaksızın hukuki imkânlarını kullanma yetkisi tanır. Ancak her halükârda ihlal edilen borcun tespit edilmesini gerektirir. Bu borca aykırılık hali, bir yan yükümlölük türü olan sözleşmenin amacına sadakat yükümlölüğünün ihlali niteliğindedir. Bu durumda alacaklı, vadeyi beklemesi gerekmeksizin TBK m. 125 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu bu hükümde öngörülen hukuki imkânlarla başvurabilir.
- Bazı hallerde, sözleşme müzakereleri döneminde ihlal edilen açıklama yükümlölüğü nedeniyle özel bir hukuki rejim öngörülmüş olabilir. Culpa in contrahendo sorumluluğunun yanısıra irade sakatlığı hallerinden aldatma nedeniyle aldatılana

sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınması, bildirilen niteliklerin bulunmamasından doğan ayıp sorumluluğu ve tüketici sözleşmelerinde bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin hükümler özel olarak düzenlenmiş hallere örnektir.

- Borca aykırılık halinde gündeme gelen hukuki imkânlar, kanunda asli edim yükümlülükleri ve sinallagma ilişkisi dikkate alınarak düzenlenmiştir. Özellikle ödemezlik def'inin kullanımı, dar anlamda olumlu zararın ifa menfaatinin gerçekleşmemesini temel alması, sözleşmeden dönme imkânının sinallagma ilişkisi içindeki yükümlülükler açısından tanınması buna örnektir.
- TBK m. 97'de düzenlenen ödemezlik def'i, esas olarak sinallagma ilişkisine dâhil olan asli edim yükümlülükleri için öngörülmüş bir imkândır. Ancak ödemezlik def'inin, yalnızca edim yükümlülüklerinin ifası ile sınırlanmadığı; edim yükümlülüğünün ifasını etkilediği takdirde bir yan yükümlülüğün ihlali halinde de ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Böylece edim yükümlülüğünü ifa etmiş olsa bile ifaya bağlı yan yükümlülüğünü ifa etmemiş sözleşme tarafı, karşı edimi talep ettiğinde ödemezlik def'iyile karşılaşabilir. Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde ise, bunların niteliği gereği edime etkisi bulunmadığından ödemezlik def'inin kullanılması söz konusu olmaz. Ancak bu durumda bir koruma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle doğan tazminat alacağı bakımından, öğretide şahsi hapis hakkı (*obligatorisches Retentionsrecht*) (*droit de rétention personel*) olarak adlandırılan ve ödemezlik def'ine ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasına dayanan bir imkân gündeme gelebilir. Bu sayede zarar gören sözleşme tarafı, kendisinin tazminat alacağı ifa edilmeden kendi edimini ifa etmekten kaçınabilir.
- Eski öğreti, yan yükümlülüklerin kural olarak aynen ifa talebine konu olamayacağını ancak ihlal halinde zarar gören tarafın tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmekteydi. Buna karşılık modern öğretide, yan yükümlülükler hakkında böyle bir genellemeye karşı çıkılmakta, niteliği gereği buna elverişli olan her borç için kural olarak aynen ifa talebinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, ifaya bağlı yan yükümlülükler genellikle aynen ifa talebine konu olabilirken, koruma yükümlülükleri yükümlülüğün konusu ve niteliği çoğu zaman bu talebe konu olmaya elverişli değildir.

- Yan yükümlölüklerin ihlali halinde sözleşmeden dönme, TBK'nın özel hükümlerinde bazı sözleşme türleri için getirilen özel düzenlemelerden kaynaklanabileceği gibi, borca aykırılığa ilişkin genel hükümler gereği de bu imkânın doğabileceği kabul edilmektedir.
- Genel hükümler kapsamında sözleşmeden dönme, bir görüşe göre TBK m. 112 kapsamında m. 125'in kıyasen uygulanmasıyla, diğer bir görüşe göre ise doğrudan TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasıyla gündeme gelir. Her iki görüşe göre de yan yükümlölüklerin ihlali açısından sözleşmeden dönme imkânının kullanılması sıkı şartlara bağlıdır. Bu kapsamda yan yükümlölüğe aykırılığın belirli bir ağırlığa erişmesi diğer bir deyişle esaslı ihlalin söz konusu olması, ihlalin muhatabı taraf açısından sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemez olması ve sözleşmenin sona erdirilmesi nedeniyle taraflar arasındaki menfaat dengesinin kabul edilemez (aşırı) ölçüde bozulmaması şartıyla sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Buna karşılık, TBK m. 123-125'in kıyasen uygulanmasıyla, ihlalde bulunan tarafa aynen ifa için süre verilmesi veya ihtarda bulunulması gerekip gerekmediği, ihlal edilen yan yükümlölüğün konusuna ve ihlalin somut olaydaki etkisine göre değerlendirilir.
- Yan yükümlölüklerin ihlali halinde geçmişten beri tartışmasız kabul edilen temel sözleşmesel yaptırım TBK m. 112'ye dayanan tazminat talebidir. Bu hüküm kapsamında talep edilecek zarar, geniş anlamda borç ilişkisi olan sözleşmenin (geniş anlamda borç ilişkisi olarak sözleşmeden doğan her bir yükümlölüğün) gereği gibi ifa edilmemesinden doğan olumlu zarardır. Diğer yandan, ifası mümkün bir yan yükümlölüğün ihlali halinde tazminat talebi, TBK m. 125'in kıyasen uygulanmasına dayanabilir. TBK m. 125/1-2'ye göre olumlu zararın ve sözleşmeden dönmeyle beraber TBK m. 125/3'e göre olumsuz zararın tazmini de talep edilebilir. Sözleşmeden dönmeyle beraber olumlu zararın tazmininin talep edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır.
- Özellikle koruma yükümlölüklerinin ihlali halinde, TBK m. 114'ün atfıyla TBK m. 56 ve m. 58'deki koşulların sağlanması üzerine manevi tazminat da talep edilebilir. Diğer yandan, koruma yükümlölüklerinin ihlali halinde taleplerin yarışması esas gereği zarar gören taraf, TBK m. 112'ye dayanırsa salt malvarlığı zararına ve bütünlük menfaatine dâhil olmakla beraber mutlak hak teşkil etmeyen menfaatlerinin kaybına

yönelik talepte bulunabilir. Haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir talep ileri sürmesi halinde ise anılan zarar kalemleri kural olarak tazmin edilebilir zarar olarak kabul edilmez.

- Öğretide diğer bir hukuki imkân olarak kabul edilen karşı edimin uyarlanması, bazı yan yükümlülüklerin ihlali açısından ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla hükmedilebilecek uygun bir sözleşmesel imkân teşkil edebilir.
- Yan yükümlülüklerin ihlali halinde aynen ifa talebine elverişliyse borcun aynen ifasına yönelik talepler, borca aykırılık nedeniyle doğan tazminat alacağının tabi olduğu talepler ve sözleşmeden dönme halinde tasfiye ilişkisi nedeniyle doğabilecek iade talepleri ile tazminat talepleri; on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.
- Bu kapsamda yan yükümlülüğün aynen ifası mümkünse, aynen ifa talebi, doğduğu andan itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Aynen ifa talebine konu olmaya elverişli olan ifaya bağlı yan yükümlülükleri, talep edilebildikleri andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar.
- Yan yükümlülüğün konusu bir verme borcu ise, sözleşmeden dönme halinde borç konusu şeye ilişkin bir iade talebi gündeme gelir. Sözleşmeden dönme halinde iade taleplerine işleyecek zamanaşımı, sözleşmeden dönmenin etkisi açısından kabul edilecek görüşe göre belirlenir.
- Yan yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan tazminat talepleri on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Zararın tazmini yan yükümlülüğün ifası talebiyle birlikte veya ifası yerine talep edilebilir. Asli edim yükümlülüğüyle bağlantılı yan yükümlülükler için zamanaşımı süresi, asli edim yükümlülüğünün ihlaliyle başlar. Bağlantılı olmayan yan yükümlülüklerin ihlalinden doğan zararın tazmini açısından ise zamanaşımı bağımsız işler. Çalışmada kabul edilen görüşe göre tazminat alacağı, zararın gerçekleşmesiyle muaccel olur ve zamanaşımı zararın doğduğu andan itibaren işler. Sözleşmeden dönme yanında bir yan yükümlülüğün ihlalinden doğan zararın tazmin edilmesine yönelik bir talep de ileri sürülebiliyorsa, bağımsız bir talep olarak bunun başlangıç anı da zararın doğduğu andır.

Lex Ferenda İçin Öneri

- Çalışma neticesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeden doğan bütün yükümlülükleri ve borca aykırılık teşkil eden bütün olguları kapsayıcı nitelikte bir hüküm kaleme alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu açıdan aynı hukuk geleneğini paylaştığımız Alman hukukunda BGB ve İsviçre hukukundaki görüşler yol gösterici niteliktedir. Ancak BGB'nin borca aykırılığa ilişkin düzenlemelerinin de oldukça dağınık ve fazlasıyla detaylı bir yapıda olması karşısında, İsviçre hukukunda günümüz uygulamasını kanuna yansıtmayı amaçlayan OR 2020 Tasarısı m. 118 ile PICC ve PECL'den hareketle bir düzenleme yapılması daha isabetlidir.

- Bu kapsamda aşağıdaki madde tasarısı kaleme alınmıştır.

“Sözleşme taraflarından birinin sözleşmeden doğan bir borcunu ihlal etmesi halinde, diğer taraf,

- a. ihlal edilen borcun aynen ifasını talep edebilir,*
- b. ihlal edilen borcun aynen ifasına yönelik talep yerine getirilmemişse ve yükümlülük buna elverişliyse, bu yükümlülüğün bizzat ya da üçüncü kişi vasıtasıyla ifasını sağlayabilir,*
- c. borca aykırılığın sözleşmeye yönelik makul ve haklı beklentilerini ağır derecede zedelemesi veya ortadan kaldırması halinde, taahhüt ettiği edim yükümlülüğünü ifa etmekten kaçınabilir,*
- d. borca aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir,*
- e. kendi ediminin, ihlalin sonuçları ölçüsünde uyarlanmasını talep edebilir,*
- f. ihlalin belirli bir ağırlığa erişmesi ve kendisi açısından sözleşmeye devam edilmesinin makul surette beklenemez olması halinde sözleşmeyi sona erdirebilir.*

Yukarıdaki imkânlar, borca aykırılığın niteliği ve taleplerin doğası elverdiği ölçüde birlikte talep edilebilir.

Borcunu ihlal eden taraf, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat ederse tazminat sorumluluğundan kurtulur.”

- Çalışmada vardığımız sonuçlar ışığında edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük kavramlarının, borca aykırılığın sonuçlarını düzenleyen bir kanun maddesine dâhil edilmesi kanımızca gerekli değildir. Zira bir hukuk düzeninde kabul gören bütün hukuki kavramların ve kurumların kanun maddelerine dahil edilmesi, kanunu

kazuistik ve hantal kılar. Bu kavram ve kurumlara zaten kanun maddelerinin bilimsel yorum ışığında uygulanmasında başvurulur. “*Sözleşmeden doğan bir borcunu ihlal etmesi*” ifadesi de bir üst kavram olarak Çalışma konusunu oluşturan yan yükümlülüklerin ihlalini kapsayacak şekilde yorumlanır. Diğer yandan, ihlalin muhatabı olan tarafa tanınan hukuki imkânlar ve borca aykırılığın ağırlığının somut olay temelinde değerlendirme yapılabilmesine izin veren lafzı itibarıyla önerilen hüküm, somut uyuşmazlığın adil şekilde çözülmesini sağlayacak bir dizi hukuki imkân sunmaktadır. Böylece Türk Borçlar Kanunu’nun yasal ifa engelleri sistemi, İsviçre ve Türk hukuklarında TBK m. 112 vd. hükümlerinin öğretisi ve uygulamadaki yorumu ile uyumlu ve yeknesak hale gelecektir. Diğer yandan, bu hüküm, OR 2020 Tasarısının aksine sözleşmede kusur sorumluluğu esas yerine garanti sorumluluğu öngören esaslı bir değişiklik öngörmediği⁹⁶³ için sözleşme hukukunda bir paradigma değişikliği de getirmemektedir.



⁹⁶³ OR 2020 Tasarısının borca aykırılık sistemini oluşturan Art. 118-134, borca aykırılığın sonuçlarını ve kusura dayanmayan bir garanti sorumluluğunu (ein rechtsfolgeorientiertes und garantieähnliches Modell) temel almaktadır, bkz. Markus Müller-Chen, Vorbemerkungen zu Art. 118–134, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, ed. Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Schulthess Juristische Medien AG, 2013; Faust, s. 173.

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat : Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, Beta, 2000.
- Akçaal, Mehmet : Sözleşme Sonrası Sorumluluk, Konya, Sayram, 2018. (Sözleşme Sonrası Sorumluluk)
- Akkaya Yıldırım, Ayça : “Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2016, C. 74, Sa. 1, ss. 185-219.
- Akyol, Şener : Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Sözleşmenin Yorumu)
- Akyol, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. (Dürüstlük Kuralı)
- Altaş, Hüseyin : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Altınok Ormancı, Pınar : Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016. (Zararı Azaltma Külfeti)
- Altınok Ormancı, Pınar : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011. (Sürekli Borç İlişkileri)
- Andrews, Neil / Tettenborn, Andrew / Virgo, Graham : Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, 3. Edition, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, Thomson Reuters, 2020.
- Antalya, Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019. (Antalya, BHGH Cilt 1)
- Antalya, Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019. (Antalya, BHGH Cilt 3)

- Antalya, Gökhan : Hukuk Metodolojisi, Ankara, Seçkin, 2021. (Hukuk Metodolojisi)
- Antalya, Gökhan : “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: 22 Sa: 3, 2016, ss. 221-250. (Manevi Tazminat)
- Antalya, Gökhan / Topuz, Murat : Medeni Hukuk, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021.
- Aral, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Yetkin, 2011.
- Atamer, Yeşim M. : “Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics”, The Modern Law Review, Volume 80, Issue 4, July 2017. (Insights from Behavioural Law and Economics)
- Atamer, Yeşim M. : “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- Tkhk M. 6 Ve Ttk M. 55, F. 1, (F) İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 2012, ss. 9-73. (GİK)
- Atamer, Yeşim M. : “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, ss. 217-260. (İfa Engelleri)
- Atamer, Yeşim M. : Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2006. (CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri)
- Atamer, Yeşim M. : Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, Yargıtay Dergisi, Cilt 22, Ocak-

Nisan 1996, sayı 1-2, ss. 99-132. (Üçüncü Kişinin Uğradığı Zarar)

- Atamer, Yeşim M. / Gerber, Patrick M. : “Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache?”, Aktuelle Juristische Praxis, 2022, ss. 1159-1175.
- Atiyah, P. S. : An Introduction to the Law of the Contract, New York, 5. Edition, ed. Peter Cane, Tony Honoré, and Jane Stapleton, Oxford University Press, 1995.
- Atlan, Hülya : “Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.2, ss. 267-294.
- Austen-Baker, Richard : Implied Terms in English Contract Law, 2. Edition, Edward Elgar Publishing, 2017.
- Austen-Baker, Richard / Juliet P. Kostritsky : “Part IV - Implied Terms and Interpretation”, Commercial Contract Law, Transatlantic Perspectives, ed. Larry A. DiMatteo, Qi Zhou, Severine Saintier, Keith Rowley, Cambridge University Press, 2013.
- Aydın, Sevgican : Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları, Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı, Ankara, 2018.
- Aydıncık, Şirin : Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Aydınlı, İbrahim : İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara, 2004.
- Ayoğlu, Tolga : Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex

Mercatoria, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

- Bachmann, Gregor : BGB § 241, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022. (MüKoBGB/Bachmann)
- Bachmann, Gregor/ Schirmer, Jan-Erik : “Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik: Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten”, Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Jens Petersen, Hans Christoph Grigoleit, De Gruyter, 2017.
- Ballerstedt, Kurt : “Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter”, Archiv für die civilistische Praxis , 1950/1951, 151. Bd., H. 6, ss. 501-531.
- Başalp, Nilgün : Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Baş Süzel, Ece : Mesafeli Sözleşmeler ve İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022. (Mesafeli Sözleşmeler)
- Baş Süzel, Ece : “Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2019, Cilt XXXV, Sayı 1, s. 119-167. (Finansal Hizmetler)
- Başoğlu, Başak : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012. (Aynen İfa)
- Başoğlu, Başak : “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S.2, 2008, ss. 287-310.
- Başpınar, Veysel : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2004.

- Battal, Ahmet : Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Baysal, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009. (Uyarlama)
- Baysal, Başak : “Yeniden Müzakere Ödevi”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2015, ss. 185-198. (Yeniden Müzakere Ödevi)
- Bärtschi, Harald : Verabsolutierte Relativität, Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- Bellican, Cüneyt : “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, Ankara, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ’a Armağan Cilt I, C. 16, Sa. 2 Temmuz 2017 (Özel Sayı), 2017.
- Belser, Eva Maria : Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2000.
- Benedict, Jörg : Culpa in Contrahendo Band I Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.
- Berger, Bernhard : Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung: dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Bern, Stämpfli Verlag, 2000. (Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung)
- Berger, Bernhard : Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2008. (AG)
- Berger Klaus Peter / Arntz Thomas : “Treu und Glauben als Rechtsprinzip im englischen Wirtschaftsvertragsrecht”, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 2016, ss. 167-199. (Treu und Glauben)

- Berger Klaus Peter / Arntz Thomas : “Die Anerkennung von Verhandlungsklauseln durch die englische Rechtsprechung”, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2015, ss. 25-32. (Anerkennung)
- Berti, Stephen V. : Art. 130, Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2002. (ZK OR-Berti)
- Binder, Jens-Hinrich : “Nachsorgende Vertragspflichten? Begründung und Reichweite fortdauernder Schutzpflichten nach Leistungsaustausch in Schuldverhältnissen”, Archiv für die civilistische Praxis , Oktober 2011, 211. Bd., H. 5 (Oktober 2011), ss. 587-625.
- Birinci Uzun, Tuba : Götürü Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Björklund, Andrea : Art. 25, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary, ed. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas, 2. Edition, CH Beck, 2018. (Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas CISG/Björklund)
- Brunner Christoph, Leisinger Benjamin : Art. 25, UN-Kaufrecht – CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980-Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, SHK - Stämpfli Handkommentar, 2., ergänzte und vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2014. (SHK CISG-Brunner/Leisinger)
- Böhringer Peter / Stettler Anita : § 12 Auftrag, Prinzipien des Vertragsrechts, ed. Peter Böhringer/ Roger Müller/Peter Münch/ Alex Waltenspühl, Schulthess, 2020.

- Bucher, Eugen : “Schuldverhältnis» des BGB: ein Terminus – drei Begriffe”, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, hrsg. von Eugen Bucher, C-W. Canaris et al., Bern (Stämpfli) / München (C.H. Beck) 2005, ss. 93-139. (Schuldverhältnis)
- Bucher, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich, 1988. (OR AT)
- Burrows, J. F. “Contractual Co-operation and the Implied Term”, The Modern Law Review, July 1968, Volume 31, Number 4 (July 1968), ss. 390-407.
- Burton, Steven J. : “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, Harvard Law Review, Dec., 1980, Vol. 94, No. 2 (Dec., 1980), ss. 369-404.
- Buz, Vedat : Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung, Aktuelle Juristische Praxis, 2017, ss. 490-504. (Konventionalstrafe)
- Buz, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin, 1998. (Sözleşmeden Dönme)
- Büscher, Andreas : Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Schulthess, 2015.
- Büyüksağış, Erdem : “‘Sonradan Ortaya Çıkan Zarar’ Davalarında Zamanaşımının Durması (TBK m. 153/1 b. 6)”, Yargıtay Dergisi 3/2017, ss. 491-550. (Sonradan Ortaya Çıkan Zarar)
- Büyüksağış, Erdem : Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (Maddi Zarar)
- Canaris, Claus- Wilhelm : “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, Juristen Zeitung, 18. Mai 2001, 56. Jahrg., Nr. 10, Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 30./31. März 2001 in Berlin (18. Mai 2001), pp. 499-524. (Leistungsstörungen)

- Canaris, Claus- : Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen
Wilhelm Vertragsrecht, München, Verlag der Bayerischen Akademie der
Wissenschaften, 1997. (iustitia distributiva)
- Canaris, Claus- : “Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten”,
Wilhelm Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, herausgegeben
von Claus-Wilhelm Canaris, C.H. Beck’sche
Verlagsbuchhandlung, 1983, ss. 27-110. (Schutzgesetze-
Verkehrspflichten-Schutzpflichten)
- Canaris, Claus- : Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische
Wilhelm Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen
Rechtsfortbildung paeter legem, 2. Überarbeitete Auflage,
Berlin, Duncker & Humblot, 1983. (Lücken)
- Canaris, Claus- : Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München,
Wilhelm Beck, 1971. (Vertrauenshaftung)
- Canaris, Claus- : “Ansprüche wegen ‘positiver Vertragsverletzung’ und
Wilhelm ‘Schutzwirkung für Dritte’ bei nichtigen Verträgen: Zugleich
ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die
Schutzpflichtverletzungen”, JuristenZeitung , 13. August 1965,
20. Jahrg., Nr. 15/16 (13. August 1965), pp. 475-482.
(Ansprüche)
- Chappuis, Christine : “La Responsabilité Pour l’Information Fournie À Titre
Professionnel: Vers Un Droit Subjectif Absolu À Être Informé
?”, Journée de la responsabilité civile 2008: La responsabilité
pour l’information fournie à titre professionnel, ed. Christine
Chappuis, Bénédicte Winiger, Collection Genevoise, Schulthess
Éditions Romandes, 2008. (Information)
- Chappuis, Christine : “Les Règles de la Bonne Foi entre Contrat et Délit”, InDufour,
Aldred, Rens, Pacte, convention, contrat: mélanges en l’honneur
du Professeur Bruno Schmidlin, ed. Ivo, Meyer-Pitzl, Rudolf,

- Winiger, Bénédict, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1998, ss. 227-248. (Chappuis, Bonne Foi)
- Chappuis, Benoît : Le Moment du Dommage, Fribourg, Schulthess Juristische Medien AG, 2007.
- Chapuis, Oliver : Responsabilité et Devoirs Accessoires Découlant d'un Contrat: le Régime de Responsabilité Applicable à la Violation des Devoirs Accessoires Découlant d'un Contrat et notamment à la Violation des Devoirs de Protection, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2005. (Devoirs Accessoires)
- Chapuis, Olivier : “Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel?”, Aktuelle Juristische Praxis, 2005, ss. 653-667. (Haftung)
- Civan, Orhan Ersun : İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta, 2021.
- Collins, Hugh : “Implied Duty to Give Information During Performance of Contracts”, The Modern Law Review 55:4 July 1992, s. 556-562.
- Couchepin, Gaspard : La clause pénale - Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess Juristische Medien AG, 2008.
- Cumalıoğlu, Emre : TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal (Anticipatory Breach – Antizipierter Vertragsbruch) Borcun Vadede İfa Edilmeyeceğinin Öngörülebilmesi ve Sonuçları, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Çağlayan Aksoy, Pınar : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.

- Çetiner, Bilgehan / : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Furrer, Andreas / Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022.
Müller-Chen, Markus
- Çetiner, Bilgehan : Hapis Hakkı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- Däppen, Robert K. : Art. 130, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Däppen)
- Dedek, Helge : Art. 6:102, Commentaries on European Contract Laws, ed. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, 2018.
- Demircioğlu, Huriye : Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Reyhan Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Demirsatan, Barış : Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021. (Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi)
- Demirsatan, Barış : “Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020, ss. 1053-1088. (Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanma)
- Develioğlu, H. Murat / : Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Kara, Doğan Mahkemesi Kararlarından Örnekler, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Dorn, Franz : BGB § 241, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007. (HKK/Dorn)
- Dölle, Hans : “Aussergesetzliche Schuldpflichten”, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 103, 1943, ss. 67-102.

- Dörner, Heinrich / : Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Nomos Kommentar, 1. Staudinger, Ansgar Baskı, 2002.
- Dural, Mustafa : Akitten Doğan Yapmama Borçları, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1970, Cilt 4, Sayı 6, s. 7-22.
- Düchs, Constantin : Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.
- Edis, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1993.
- Emmerich, Volker : Das Recht der Leistungsstörungen, München, 6. neu bearbeitete Auflage, Beck, 2005.
- Engel, Pierre : Traité des obligations en droit suisse, Stämpfli Verlag, 1997.
- Erbaş Açıklık, Aslıhan : Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. XXXV, S. 2, ss. 131-168.
- Erbek, Özge : Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü Ve İhlalinin Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2010.
- Erbek Odabaşı, Özge : “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2020, s. 61-155.
- Erdem, Mehmet : Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010. (Zamanaşımı)
- Erdem, Mehmet : “TBK m. 179”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. (Erdem, TBK m. 179)

- Erdem, Mehmet : “TBK m. 149”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. (Erdem, TBK m. 149)
- Erdem, Mehmet : “TBK m. 146”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. (Erdem, TBK m. 146)
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren, Fikret / Dönmez, Ünsal : “§6. Borç İlişkisinin İçerdiği Hak Ve Yükümlülükler”, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1 – 48, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022. (Eren/Dönmez, Borç İlişkisi)
- Eren, Fikret / Dönmez, Ünsal : “TBK m. 60”, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m. 1 – 48, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022. (Eren/Dönmez, TBK m. 60)
- Eren, Fikret / Dönmez, Ünsal : “TBK m. 112”, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m. 83 – 206, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022. (Eren/Dönmez, TBK m. 112)
- Ergüne, Mehmet : Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.
Serkan
- Erk, Nadja : “Vorschlag eines neuen Leistungsstörungenrechts im OR 2020”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2015, Schulthess Juristische Medien AG, ss. 329-336.
- Erlüle, Fulya : Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, Seçkin, 2015.
- Ernst, Wolfgang : BGB § 280, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022. (MüKoBGB/Ernst)

- Ernst, Wolfgang : BGB § 281, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022. (MüKoBGB/Ernst)
- Ernst, Wolfgang : BGB § 282, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022. (MüKoBGB/Ernst)
- Ernst, Wolfgang : BGB § 323, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022. (MüKoBGB/Ernst)
- Ernst, Wolfgang : BGB § 324, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022. (MüKoBGB/Ernst)
- Faust, Florian : “§ 7 Leistungsstörungen”, OR 2020 – Die schweizerische Schuldreform aus vergleichender Sicht, hrsg. Jan Dirk Harke, Karl Riesenhuber, Mohr Siebeck, 2016, ss. 169-194.
- Fänger, Julia : Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2012.
- Fellmann, Walter : “Entstehung des neuen Verjährungsrechts und Überblick”, Das neue Verjährungsrecht, Stämpfli Verlag AG, 2019. (Verjährungsrecht)
- Fellmann, Walter : “Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 1997, ss. 95-107. (Integration)
- Fellmann, Walter : Art. 394, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, 1992. (BK OR-Fellmann)

- Fellmann, Walter : Art. 398, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag, 1992. (BK OR-Fellmann)
- Ferrari, Franco : Art. 25, Internationales Vertragsrecht Rom-I-VO-CISG-CMR-FactÜ Kommentar, ed. Franco Ferrari, Eva Maria Kieninger, Peter Mankowski, Karsten Otte, Ingo Saenger, Götz Schulze, Ansgar Staudinger, 3. Auflage, CH Beck, 2018. (Ferrari IntVertragsR/Ferrari UN-Kaufrechts-Übereinkommen)
- Finkenauer, Thomas : BGB § 313, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H. BECK, 2022. (MüKo-Finkenauer)
- Fleischer, Holger : Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Rechtweite und Grezen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, München, Verlag C.H. Beck, 2001.
- Freitag, Oscar : Schlechterfüllung und Schlechterbringung Zur Systematik der ‘positiven Vertragsverletzung’, Breslau, M. & H. Marcus, 1932.
- Furrer, Andreas / Wey, Rainer : Art. 107, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, 2023. (CHK OR-Furrer/Wey)
- Furrer, Andreas / Wey, Rainer : Art. 97-98, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, 2023. (CHK OR-Furrer/Wey)
- Furrer, Andreas / Wey, Rainer : Art. 97, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016. (CHK OR-Furrer/Wey)
- Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus : Obligationenrecht, Schulthess Juristische Medien, 2018.

- Gauch, Peter : Der Werkvertrag, Zürich, 6. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien, 2019. (Werkvertrag)
- Gauch, Peter : “Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge”, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhunderts, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, ed. Peter Gauch/Jörg Schmid, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2001. (Auslegung)
- Gauch, Peter : System der Beendigung von Dauerverträgen, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968. (Beendigung von Dauerverträgen)
- Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid Jörg / Emmenegger, Susan : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil - Band I, Schulthess Juristische Medien, 2020. (Band I)
- Gauch, Peter / Schluep, Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger, Susan : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil - Band II, Schulthess Juristische Medien, 2020. (Band II)
- Gehrer Cordey, Carole L. / Giger, Gion : Art. 398, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016. (CHK OR-Gehrer Cordey/Giger, Art. 398)
- Geissbühler, Grégoire : Le droit des obligations, Schulthess Editions romandes, 2020.
- Genç Arıdemir, Arzu : Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zarar, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008.
- Giger, Hans : Art. 97 OR, Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, ed. Willi Fischer, Thierry Luterbacher, Dike Verlag AG, 2016. (HaKo-Giger)

- Giger, Hans : Art. 109 OR, Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, ed. Willi Fischer, Thierry Luterbacher, Dike Verlag AG, 2016. (HaKo-Giger)
- Glatthard, Melchior : Das Rücktrittsrecht, Stämpfli Verlag, 2020.
- Glättli, Elisabeth : Zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung, Schulthess, 1998.
- Gottini, Melanie : Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Schulthess Catalina Juristische Medien AG, 2019.
- Göka, Mehmet Emir : Borca Aykırı Davranılacağıın Önceden Belli Olması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.
- Grigoleit, Hans : “Leistungspflichten und Schutzpflichten”, Festschrift für Christoph Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, herausgegeben von Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Koller, Verlag C.H.Beck München, 2007. (Leistungspflichten und Schutzpflichten)
- Grigoleit, Hans : Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Christoph Rechtsfolgen, Schranken, München, C.H. Beck'sche, 1997. (Vorvertragliche Informationshaftung)
- Grobecker, Wolfgang : Implied terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive, Berlin, Duncker und Humblot, 1999.
- Gröschler, Peter : “Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht”, Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Peter Hommelhoff, Matthias Jacobs, Dagmar Kaiser, Christoph Weber, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, ss. 109-130.

- Guhl, Theo / Koller, Alfred : §§ 1-47, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2000.
- Gümüş, Mustafa Alper : Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m. 138), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022. (Uyarlama)
- Gümüş, Mustafa Alper : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, Beta, 2001. (Özen Borcu)
- Gündüz, Ş. Deren : Olumlu Zarar, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Hachem, Pascal : Art. 3, Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenzer, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022. (Hachem, CISG-Schwenzer/Schlechtriem)
- Hachem, Pascal : Art. 5, Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenzer, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022. (Hachem, CISG-Schwenzer/Schlechtriem)
- Hachem, Pascal : Art. 66, Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenzer, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022. (Hachem, CISG-Schwenzer/Schlechtriem)
- Hadžimanović, Nataša : Auslegung und Ergänzung von Verträgen: vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Schulthess, 2006.

- Hartmann, Stephan : Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung—Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht, Universitätsverlag Freiburg, 2001.
- Hattenhauer, Christian : BGB §§ 323-325, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- Havutçu, Ayşe : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995.
- Hähnchen, Susanne : Obliegenheiten und Nebenpflichten: eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- Henke, Sebastian : Die Obligation im deutschen und französischen Leistungsstörungenrecht, Mohr Siebeck, 2022.
- Hirschlehner, Anna : “Culpa in testando – Vertrauenshaftung des Erblassers”, Aktuelle Juristische Praxis, 2017, ss. 1174-1187.
- Hoffmans, Helmut : Nachwirkende Nebenpflichten von Schuldverhältnissen, Aachen, J. Mainz, 1986.
- Hohl, Fabienne : Art. 82, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Hohl)
- Honsell, Heinrich : “Kritische Bemerkungen zum OR 2020”, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 109/2013, ss. 457-461. (OR 2020)

- Honsell, Heinrich : Vorbemerkungen zu Art. 197-210, Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR, 5. Auflage, 2021. (BSK OR I-Honsell, Vorbem. Zu Art 197–210)
- Honsell, Heinrich / Isenring, Bernhard / Kessler, Martin A. : Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Juristische Medien, 2013.
- Hooley, Richard : “Implied Terms After Belize Telecom”, Cambridge Law Journal, 73(2), July 2014, pp. 315–349.
- Horn, Norbert : “Neuverhandlungspflicht”, Archiv für die civilistische Praxis, 1981, 181. Bd., H. 4 (1981), ss. 255-288.
- Huguenin, Claire : Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von Eva Maissen, Barbara Meise, Tina Huber-Purtschert, Zürich/Basel/Genf, Schulthess Juristische Medien, 2019.
- Işıқтаç, Yasemin : Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.
- İnal, Tamer : 6098 satılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- İnce, Nurten : “Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa in Testando)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, ss. 153-184. (Culpa in Testando)
- İnce, Nurten : “Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Külfeti Mi?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Sayı:33 2017, ss. 179-208. (Yeni Müzakere)
- İnce, Nurten : Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Berlin, Duncker & Humblot, 2015. (Wegfall der Geschäftsgrundlage)

- İnceoğlu, Murat / Baş : “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Süzeli, Ece Tüketiciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/f. 5)”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Mayıs-Haziran 2020, Cilt 15, Sayı 189-190, ss. 475-491.
- İpek, Eyüp : Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- Jäggi, Peter : Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung, Mélanges Wilhelm Schöenberger, Freiburg, 1968, ss. 181-197.
- Jäggi, Peter : Vorbemerkungen vor Art. 1-17, Obligationenrecht Art. 1-17, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar, Dritte, völlig neubearbeitete Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973. [ZK-Jäggi]
- Janda, Constanze : Störung der Geschäftsgrundlage und Anpassung des Vertrags, Neue Justiz, 1/2013, ss. 2-9.
- Jolls, Christine / : A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stanford Sunstein, Cass R. / Law Review 1471, 1998, s.1471-1550.
- Thaler, Richard
- Kahveci, Nalan : “TBK m. 115”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt – 2, 3 (madde 83-206), 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Kälin, Oliver : “Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR”, Aktuelle Juristische Praxis, 2007, ss. 1339 – 1346.
- Kamp, Florian N. : Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten: eine dogmatische und ökonomische Analyse von § 241 II BGB, Wiesbaden, Springer Gabler Open, 2020.

- Kaneti, Selim : Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, 1962.
- Kanışlı, Erhan : İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018.
- Kapancı, Kadir Berk : Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Kartal, Dilşah Büşra : Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Keskin, A. Dilşad : “TKHK Değişik M. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketiciye Karşı Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI. Y. 2022 Sa. 3, ss. 119-144.
- Kılıçoğlu, Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genişletilmiş 23. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2019.
- Killias, Laurent / Wiget, Matthias : Art. 127, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Baskı, Schulthess Juristische Medien AG, 2016. (CHK OR-Killias/Wiget)
- Klein, Peter : Anzeigepflicht im Schuldrecht, Berlin, Guttenberg, 1908.
- Klinke, Ulrich : Causa und genetisches Synallagma: zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014. (BHG Cilt I)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968. (Hata)
- Kock, Annette : Nebenpflichten im UN-Kaufrecht: dargestellt am Beispiel der Pflichten des Verkäufers, Regensburg, S. Roderer Verlag, 1995.

- Koller, Alfred : OR AT I Band I Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Auflage, Stämpfli, 2022. (OR AT 2022)
- Koller, Alfred : OR AT Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli, 2017. (OR AT 2017)
- Koller, Alfred : “Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen”, Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle, 12/1992, ss. 1483-1500. (positive Vertragsverletzungen)
- Koller, Alfred : Art. 363, Berner Kommentar Obligationenrecht Der Werkvertrag: Begriff und Wirkungen, Art. 363-366 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1998. (BK OR-Koller)
- Koller, Ingo : “Recht der Leistungsstörungen”, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, von Dr. Ingo Koller, Dr. Herbert Roth, Dr. Reinhard Zimmermann, LL.D., LL.D. (h.c.), München, Verlag C.H.Beck, 2002. (Koller, Leistungsstörungen)
- Koller-Tumler, Marlis : Art. 40f, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Koller-Tumler)
- Korch, Stefan : “Leistungs- und Schutzpflichten – Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung des § 241 Abs. 2 BGB, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft”, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2020 Heft 2, ss. 189 – 219.
- Köpcke, Günther : Typen der positiven Vertragsverletzung, Kohlhammer Verlag, 1965.
- Kramer Ernst A. / Schmidlin Bruno : Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, 1986. (BK OR-Kramer/Schmidlin, All. Einl. in das OR)

- Krauskopf, Frédéric : “Die Verjährung der Delikts- und der Vertragshaftung”, Das neue Verjährungsrecht, Stämpfli Verlag AG, 2019. (Verjährung)
- Krauskopf, Frédéric : “Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2009 vom 27. April 2009”, Haftung und Versicherung 2009 Heft 3, Dike Verlag AG, ss. 273-277. (Urteil)
- Krauskopf, Patrick : Der Vertrag zugunsten Dritter, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 2000. (Der Vertrag zugunsten Dritter)
- Krebs, Peter : Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, München, C.H. Beck, 2000.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta : Art. 97, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. überarbeitete Auflage 2016. (OFK OR-Kren Kostkiewicz)
- Kröger, Detlev : Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Stuttgart, Enke, 1935.
- Kuhlmann, Kai : Leistungspflichten und Schutzpflichten: Ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungsrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- Kuonen, Nikolas : La responsabilité précontractuelle, Schulthess Juristische, 2007.
- Kurt, L. Müjde : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara, Yetkin Yayınları, 2016. (İmkânsızlık)
- Kurt, L. Müjde : “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (3) 2015, ss. 775-814. (Zararı Azaltma Külfeti)
- Kürşat, Zekeriya : Borçlar Hukukunda Hile Kavramı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2003.

- Lange, Edlef : Vorbereitung und Gefährdung der Leistung: Zum vorbeugenden Rechtsschutz im Schuldverhältnis und zur Dogmatik der sogenannten unselbständigen Nebenpflichten, Fotodruck Präzis Barbara v. Spangenberg KG, 1971.
- Larenz, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts I Allgemeiner Teil, 14. neubearbeitete Auflage, München, Beck, 1987. (Larenz, AT)
- Larenz, Karl : “Bemerkungen zur Haftung für ‘culpa in contrahendo’”, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, herausgegeben von Wener Flume, Peter Raisch, Ernst Steindorf, Berlin, Duncker/Humblot, 1975, ss. 397-419. (Larenz, Bemerkungen zu CiC)
- Lehmann, Peter / Honsell, Honsell : Art. 2, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, ed. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018. (BSK ZGB I-Lehmann/Honsell)
- Lorenz, Stephan : BGB § 280, Beck’sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022. (BeckOK BGB/Lorenz)
- Lorenz, Stephan : BGB § 282, Beck’sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022. (BeckOK BGB/Lorenz)
- Loser, Peter : Vertrauenshaftung im Schweizerischer Recht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung, Bern, Stämpfli Verlag AG Bern, 2006.
- Luterbacher, Thierry : Die Schadenminderungspflicht - Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.
- Lüttringhaus, Jan D. : Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage: Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313

Abs. 1 BGB, Archiv für die civilistische Praxis 213., H. 2 (April 2013), ss. 266-298.

- Mansel, Heinz-Peter : BGB § 241, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, ed. 18. Auflage, C.H. Beck, 2021. (Jauernig/Mansel)
- Martens, Sebastian : BGB § 241, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023. (Erman/Martens)
- Martinek, Michael : “Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung”, AcP 1998, s. 329-240.
- Mccall-Smith, Kasey / Rühmkorf, Andreas : “From international law to national law: The opportunities and limits of contractual CSR supply chain governance”, Law and Responsible Supply Chain Managements – Contract and Tort Interplay and Overlap, ed. Vibe Ulfbeck, Alexandra Andhov, Katerina Mitkidis, Routledge, 2019, ss. 15–45.
- McKendrick, E. G. : “Implied Terms”, Chitty on Contracts Volume I General Principles, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2020.
- Mcmeel, Gerard : The Construction of Contracts, OUP, Oxford, 2007.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2015.
- Middendorf, Patrick : Nachwirkende Vertragspflichten, Universitätsverlag Freiburg, 2002.
- Miserre, Roman : Die “culpa in testando”: Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht, Verlag Ernst und Werner Giesekeing, Bielefeld, 2002.

- Mitkidis, Katerina : Sustainability Clauses in International Business Contracts, Peterkova Eleven International Publishing, 2015. (Sustainability Clauses)
- Mitkidis, Katerina : “Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements”, Nordic Journal of Commercial Law 1#2014. (Enforceability and Effects) Çevrimiçi erişim:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457586
- Mock, Christian : Die Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2006.
- Mooser, Michel : Art. 160, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Mooser)
- Morin, Ariane : Art. 1, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Morin)
- Moser, Nicola : “I. Block: Haftung / Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung / III. - V.”, Die Verjährung, ed. Frédéric Krauskopf, Schulthess Juristische Medien AG, 2018, ss. 28-63.
- Müller, Christoph : Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrech, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2018. (BK OR-Müller)
- Müller, Christoph : Art. 2 OR, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2018. (BK OR-Müller)
- Müller, Christoph : Art. 18 OR, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2018. (BK OR-Müller)
- Müller, Christoph : Contrats de droit suisse, Stämpfli Verlag AG, 2021. (Müller C., Contrats)

- Müller, Sebastian : Antizipierter Vertragsbruch, Schulthess Juristische Medien, 2021. (Müller S., Antizipierter Vertragsbruch)
- Müller-Chen, Markus : Vorbemerkungen zu Art. 118–134, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, ed. Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Schulthess Juristische Medien AG, 2013. (OR 2020-Müller-Chen)
- Müller-Chen, Markus : Art. 118, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, ed. Claire Huguenin, Reto M. Hilty, Schulthess Juristische Medien AG, 2013. (OR 2020-Müller-Chen)
- Müller-Chen, Markus : Folgen der Vertragsverletzung, Zürich, Schulthess, 1999.
- Müller, Markus / Hempel, Rolf : “Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung”, Archiv für die civilistische Praxis , 2005, 205. Bd., H. 2 (2005), ss. 246-274.
- Neuenschwander, Markus : Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Verlag Stämpfli & CIE AG, Bern, 1971.
- Neumann, Irmgard : Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, zur Durchsetzung sogenannter vertraglicher Nebenpflichten, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1988. (Neumann, leistungsbezogene Verhaltenspflichten)
- Neumann, Thomas : The Duty to Cooperate in International Sales, München, Sellier European Law Publishers, 2012. (Neumann, Duty to Cooperate)
- Nomer, Halûk N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Beta, 2021.

- Oser, David / Weber, : Art. 398 OR, Basler Kommentar Obligationenrecht I, ed, Rolf H. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR-Oser/Weber)
- O  uzman, M. Kemal / : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 6098 sayılı Yeni Türk   z, M. Turgut Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Geni  letilmi   19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Olzen, Dirk :    241 BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverh  ltnisse:     241-243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung, Berlin, Sellier / de Gruyter, 2019. (Staudinger/Olzen)
-   z, Turgut : ‘‘TBK m. 112’’, İstanbul   rhi Türk Borçlar Kanunu Cilt – 2, 3 (madde 83-206), 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019. (TBK m. 112)
-   z, Turgut :     Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi – Bayındırlık    leri   artnamesinin   gili Hükümleriyle Birlikte, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989. (Eser Sözleşmesinde Dönme)
-   zbilen, Arif Barış : Sözleşmelerin   ekli ve   ekil Yönünden H  k  ms  zl    , On   ki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
-   zdemir, Hayrunnisa : Türk Borçlar Kanunu’na Göre ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun   artları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013. (CISG)
-   zdemir, Hayrunnisa : ‘‘Hekimin Hukuki Sorumlulu  ’’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 1, 2016, ss. 33-81. (Hekimin Hukuki Sorumlulu  )
-   zen, Burak : Türk Medeni Hukukunda Eşya üzerinde   ntifa Hakkı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. (  ntifa Hakkı)

- Prange, Mattias : Schutzpflichtverletzungen – Eine Untersuchung am Beispiel der Haftung zwischen den Verbundpartnern beim Widerrufsdurchgriff, Nomos, 2020.
- Pekmez, Cüneyt : Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Pichonnaz, Pascal : “Le droit de résoudre le contrat en cas d’application de l’art. 97 CO: vers un régime de l’inexécution toujours plus unifié”, Baurecht, ed. Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht et al., Schulthess Juristische Medien, ss. 332-334.
- Pichonnaz, Pascal : Art. 130, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Pichonnaz)
- Pichonnaz, Pascal : Art. 128a, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Pichonnaz)
- Pichonnaz, Pascal : Art. 127, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Pichonnaz)
- Poncibò, Cristina : “The Contractualisation of Environmental Sustainability”, European Review of Contract Law, Volume 12 Issue 4, 2016.
- Poumarède Matthieu : Chapitre 3122, Droit de la responsabilité et des contrats /le Tourneau, Philippe : 2021/22, ed. Philippe le Tourneau, 12. Édition, Dalloz, 2020.
- Rey, Pascal : Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, Schulthess Juristische Medien AG, 2019. (P. Rey, Mitwirkung)
- Rey, Heinz : “Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Peter Forstmoser, Hans Giger, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1989. (H. Rey, Sonderverbindung)

- Reutlinger, Heinrich : Die Anzeigepflicht im Vertragsrecht, eine Nebenpflicht nach Treu und Glauben, Verlag Paul Haupt Bern, 1948.
- Richter, Anne-Catherine : L'après-contrat, Presses de l'Université Toulouse Capitol, Toulouse, 2023.
- Rieble, Volker : “Die Kodifikation der culpa in contrahendo”, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, ss. 137-157.
- Riske, Olivier : La Responsabilité Précontractuelle dans le Processus d'Uniformisation du Droit Privé Européen, Helbing Lichtenhahn, 2016.
- Rohlack, Tammo : Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmängelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997.
- Ruhig, Hubert : Die Nebenpflichten im Schuldrecht (Versuch einer Einordnung in das Schuldverhältnis), Hamburg, 1963.
- Sağlam, İpek : Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, Legal Yayınları, 2007.
- Sağlam, İpek / Akkışla, H. Sena : “Ürün Kira Sözleşmesinde Kiracının Kullanma ve İşletme Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 28, Sayı 2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 40. Yılı Özel Sayısı, ss. 1029-1064.
- Sarıkaya, Murat : “İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 1203-1219.

- Sanlı, Kerem Cem : Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Schenker, Urs : “Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag/V.Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und selbständigen Garantien”, Mergers & Acquisitions VI, Schulthess Juristische Medien, 2004, ss. 156-157.
- Schermaier, Martin : Vor BGB §§ 275, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Josef Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007. (HKK/Schermaier)
- Schermaier, Martin : BGB §§ 280–285, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Josef Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241 – 432, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007. (HKK/Schermaier)
- Schlechtriem, Peter/Schroeter, Ulrich : Internationales UN-Kaufrecht ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 7. neubearbeitete Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022.
- Schmid, Jörg : “Folgen der Nichterfüllung”, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrechts, ed. Dr. Peter Gauch, Dr. Jörg Schmid, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2001, ss. 301-322.
- Schmidt, Anke : Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz Plädoyer für ein methodisches Vorgehen auf Grundlage des

- Legitimitätsgedankens, Ducker & Humblot, Berlin, 2017.
(Rechtsfortbildung)
- Schmidt, Hubert : BGB § 323, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022. (BeckOK BGB/ Schmidt)
- Schmidt, Hubert : BGB § 324, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022. (BeckOK BGB/ Schmidt)
- Schmidt, Jan Peter : "Section 2: General Duties", Commentariew on European Contract Laws, ed. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann, New York, Oxford University Press, 2018. (General Duties)
- Schmidlin, Bruno / Campi, Arnaud : Art. 31, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Schmidlin/Campi)
- Schroeter, Ulrich G. : Art. 82 OR, Basler Kommentar Obligationenrecht I, ed, Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR-Schroeter)
- Schroeter, Ulrich G. : CISG Art. 25 [Wesentliche Vertragsverletzung], Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Auflage, Beck, 2019. (Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter)
- Schubert, Claudia : BGB § 242, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, München, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, 2022. (MüKo-Schubert)
- Schwander, Ivo : Art. 127, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht – OFK Kommentar, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016. (OFK OR-Schwander)
- Schwarze, Roland : Das Recht der Leistungsstörungen, 3. neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston, De Gruyter, 2022.

- Schwarze, Roland : BGB § 324, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315 - 326 (Leistungsstörungenrecht 2), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2020. (Staudinger/Schwarze)
- Schwarze, Roland : BGB § 282, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2019. (Staudinger/Schwarze)
- Schwarze, Roland : BGB § 281, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2019. (Staudinger/Schwarze)
- Schwarze, Roland : BGB § 280, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin, Sellier - de Gruyter, 2019. (Staudinger/Schwarze)
- Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2020.
- Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana : Art. 11, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis)
- Seiler, Philippe : Die Verjährung von Schadensersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung, Dike, 2011.
- Seliçi, Özer : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978. (Müteahhidin Sorumluluğu)

- Seliçi, Özer : Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977. (Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi)
- Serozan, Rona : Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt III, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014. (Borçlar Hukuku Cilt III)
- Serozan, Rona : Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2007. (Sözleşmeden Dönme)
- Serozan, Rona : “Yeni Alman İfa Engelleri (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, 231 – 248. (İfa Engelleri)
- Serozan, Rona : “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasından Giderek Önemi Artan Kavramlar: ‘Sözleşmenin müspet ihlali’ ve ‘culpa in contrahendo’”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 15, Sayı 18, 1990. (Sözleşmenin müspet ihlali ve culpa in contrahendo)
- Serozan, Rona : Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1969, Cilt 3, Sayı 5, ss. 211–238. (Parça Borcu-Çeşit Borcu)
- Serozan, Rona : "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 2, sayı. 3, 1968, ss. 108-129. (Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi)
- Sogo, Miguel : Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Schulthess Juristische Medien AG, 2015.

- Stadler, Astrid : BGB § 280, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Basim, C.H.Beck, 2021. (Jauernig/Stadler)
- Stadler, Astrid : BGB § 282, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Basim, C.H.Beck, 2021. (Jauernig/Stadler)
- Staub, Hermann : Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Auflage herausgegeben und ergänzt von Eberhard Müller, Berlin, 1913.
- Stäubli, Andrea : “Teil 5: Die Regelung über die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht”, Die Regelung über die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, Dike Verlag AG, 2019.
- Stoll, Heinrich : Die Lehre von den Leistungstörungen, Tübingen, Mohr, 1936. (Leistungstörungen)
- Stoll, Heinrich : Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, Archiv für die civilistische Praxis , 1932, 136. Bd., H. 3 (1932), ss. 257-320. (Abschied)
- Stöckli, Hubert : Das Synallagma im Vertragsrecht: Begründung - Abwicklung – Störung, Schulthess Juristische Medien AG, 2008.
- Stölting, Carsten : Vertragsergänzung und Implied Terms, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts, München, Sellier European Law Publishers, 2009.
- Stürner, Michael : Europäisches Vertragsrecht, Institutionelle und methodische Grundlagen, materielles Recht, Kollisionsrecht, de Gruyter, 2021. (Stürner M)

- Stürner, Rolf : Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, Juristen Zeitung , 1976, 31. Jahr., Nr. 13 (2. Juli 1976), pp. 384-392. (Stürner R)
- Sutschet, Holger : BGB § 241, Beck'sche Online-Kommentare, ed. Hau/Poseck, 64. Edition, 2022. (BeckOK BGB/ Sutschet)
- Şenocak, Zarife : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002. (Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesi)
- Şenocak, Zarife : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1995. (Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu)
- Tabachnik, E. : “Anticipatory Breach of Contract”, Current Legal Problems, Volume 25, Issue 1, 1972, ss. 149–178.
- Tandoğan, Haluk : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961. (Mes'uliyet Hukuku)
- Tandoğan, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 4. Tıpkıbasımdan 5. Tıpkıbasım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Özel Borç İlişkileri Cilt II)
- Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal : Le droit des obligations, Schulthess, 2019.
- Tekinay, Selahattin : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Sulhi /Akman, Servet / Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Burcuoğlu, Haluk / Kitabevi, 1993.
- Altop, Atilla
- Thévenoz, Luc : Introduction aux Articles 97-109, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Thévenoz, Intro. aux Art. 97-109)

- Thévenoz, Luc : Art. 97, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Thévenoz, Art. 97)
- Thévenoz, Luc : Art. 98, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Thévenoz)
- Thévenoz, Luc : Art. 100, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Thévenoz)
- Thévenoz, Luc : Art. 101, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Thévenoz)
- Thévenoz, Luc : Art. 107, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Thévenoz)
- Thévenoz, Luc : Art. 127, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Thévenoz)
- Thiele, Wolfgang : “Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung”, Juristen Zeitung 1967, ss. 649-657.
- Thier, Andreas : Art. 97 OR, Kurzkommentar Obligationenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014. (KUKO OR-Thier, Art. 97)
- Thole, Christoph : “Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?”, JuristenZeitung , 2. Mai 2014, 69. Jahr., Nr. 9 (2. Mai 2014), ss. 443-450.
- Topuz, Murat : İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın

- Belirlenmesi, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011. (Topuz, Maddi Zarar)
- Topuz, Seçkin : Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. (Topuz, İfa Güçlüğü)
- Treitel, G. H. : The Law of Contract, ed. Edward Peel, 15. Edition, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2020. (Law of Contract, 15. Edition)
- Treitel, G. H. : The Law of Contract, ed. Edward Peel, 14. Edition, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2015. (Law of Contract, 14. Edition)
- Treitel, G. H. : Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account, Oxford, Clarendon Press, 1988. (Remedies)
- Ulber, Daniel : BGB § 280, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023. (Erman/Ulber)
- Ulber, Daniel : BGB § 281, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023. (Erman/Ulber)
- Ulber, Daniel : BGB § 282, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023. (Erman/Ulber)

- Ulber, Daniel : BGB § 323, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023. (Erman/Ulber)
- Ulber, Daniel : BGB § 324, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023. (Erman/Ulber)
- Ulber, Daniel : BGB § 325, Erman BGB Kommentar Bürgerliches Recht Band I, hrsg. Prof. Em. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann, Prof. Em. Dr. Barbara Grunewald, Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, 17. Neu bearbeitete Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2023. (Erman/Ulber)
- Uçaryılmaz, Talya : Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara, Yetkin Yayınları, 2019. Şans
- Ulfbeck, Vibe / Halsen, Ole : “Sustainability Clauses in an unsustainable Contract Law?”, European Review of Contract Law, Volume 16 Issue 1 2020.
- Ulusan, İlhan : Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu – Bundan Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı, 1990.
- Uygur, Turgut : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.III, Ankara, Seçkin, 2003.
- Uzun Kazmacı, Özge : “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016,ss. 2791-2818.

- Ünan, Samim : Madde 1435, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt I Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Venturi, Silvio / Zen- : Introduction aux Articles 197-210, Commentaire Romand Code
Ruffinen, Marie- des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing
Noëlle Lichtenhahn, 2021. (CR CO I- Venturi/ Zen-Ruffinen, Intro aux Art. 197-210)
- Venturi–Zen-Ruffinen, : La Résiliation pour Justes Motifs des Contrats de Durée,
Marie-Noëlle Schulthess, 2007.
- Vogenauer, Stefan : “Art. 4.8 – Art. 5.1.1 – Art. 5.1.2”, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Edition, ed. Stefan Vogenauer, Oxford University Press, 2015.
- von Tuhr, Andreas / : Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrechts 2.
Escher, Arnold Band, 3. Auflage, Zürich, 1984.
- Waltenspühl, Alex : § 5 Leistungsstörungen, Prinzipien des Vertragsrechts, ed. Peter Böhlinger/ Roger Müller/ Peter Münch/ Alex Waltenspühl, Schulthess, 2020.
- Walter, Hans Peter : “Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d’information: 10 ans après”, Journée de la responsabilité civile 2008: La responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel, ed. Christine Chappuis, Bénédicte Winiger, Collection Genevoise, Schulthess Éditions Romandes, 2008. (Confiance et devoirs d’information)
- Walter, Hans Peter : “Auf dem Weg zum Schuldverhältnis - wo weiter? ”, recht 2005, ss. 71-75. (Schuldverhältnis)
- Walter, Hans Peter : “Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages”, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 132/1996, ss. 273–295. (Vertrauenshaftung im Vertrag)

- Wang, Nijie : Vertragliche Nebenpflichten in Kaufrecht: Eine rechtshistorische Untersuchung vom römischen über das deutsche zum chinesischen Recht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- Weber, Rolf H. : Art. 82, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020. (BK OR-Weber)
- Weber, Rolf H. : "Schutzpflichten - Ein Sozialstaatsgedanke?", "Freiheit und Zwang: rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Verlag Staempfli & Cie AG Bern, 1989, ss. 735-760.
- Weber, Rolf H. / Emmenegger Susan : Vorbemerkungen zu Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020. (BK OR-Weber/Emmenegger, Vorbem. Zu Art. 97-107)
- Weber, Rolf H. / Emmenegger Susan : Art. 97, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020. (BK OR-Weber/Emmenegger)
- Weber, Rolf H. / Emmenegger Susan : Art. 98, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020. (BK OR-Weber/Emmenegger)
- Weber, Rolf H. / Emmenegger Susan : Art. 101, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020. (BK OR-Weber/Emmenegger)
- Weber, Rolf H. / Emmenegger Susan : Art. 107, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, 2. Auflage, 2020. (BK OR-Weber/Emmenegger)
- Weller, Marc-Philippe : Die Vertragstreue: Vertragsbindung Naturalerfüllungsgrundsatz - Leistungstreue, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

- Werro, Franz : Le mandat et ses effets: une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations: analyse critique et comparative, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1993.
- Werro, Franz / Perritaz, Vincent : Art. 41, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 253-529 CO, Autres Contrats, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Werro/Perritaz)
- Whittaker, Simon / Zimmermann, Reinhard : “Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape”, Good Faith in European Contract Law, 2. Digitally Printed Version, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Widmer Lüchinger, Corinne : Art. 30, Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 5. Edition, ed. Ingeborg Schwenzer, Ulrich G. Schroeter, Oxford University Press, 2022. (Widmer Lüchinger, CISG-Schwenzer/Schlechtriem)
- Wiegand, Wolfgang : Art. 18, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Wiegand)
- Wiegand, Wolfgang : Einleitung zu Art. 97-109, Basler Kommentar Obligationenrecht Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Wiegand, Einl. zu Art. 97–109)
- Wiegand, Wolfgang : Art. 97, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Wiegand)
- Wiegand, Wolfgang : Art. 98, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Wiegand)

- Wiegand, Wolfgang : Art. 107, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, ed. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK OR I-Wiegand)
- Wiegand, Wolfgang : “Gratwanderungen”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht) 2010, Felix Bommer, Martina Caroni et al., Stämpfli Verlag AG, ss. 78-82. (Gratwanderungen)
- Wiegand, Wolfgang : “Von der Obligation zum Schuldverhältnis”, Teil 1, recht 1997/3, s. 85-94. (Schuldverhältnis)
- Wiegand, Wolfgang / Hurni, Christoph : Einleitung zu Art. 1-40g OR, Kurzkomentar Obligationenrecht, ed. Heinrich Honsell, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2014. (KUKO OR-Wiegand/Hurni, Einl. Art. 1-40g)
- Wildhaber, Isabelle / Dedé, Sevda : Art. 127 OR, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2021. (BK OR-Wildhaber/Dede)
- Wildhaber, Isabelle / Dedé, Sevda : Art. 128a OR, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2021. (BK OR-Wildhaber/Dede)
- Wildhaber, Isabelle / Dedé, Sevda : Art. 130 OR, Die Verjährung, Art. 127-142 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2021. (BK OR-Wildhaber/Dede)
- Wilmot-Smith, Frederick : “Express and Implied Terms”, Oxford Journal of Legal Studies 2023, Vol. 43, No. 1, ss. 54–75.
- Winiger, Bénédict : Art. 18, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Winiger)

- Xoudis, Julia : Art. 11, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, 2021. (CR CO I-Xoudis)
- Yakupoğlu, S. Derya : “Olumlu Miras Sözleşmesinin Bağlayıcılığı”, TBB Dergisi 2018(136), ss. 225-262.
- Yavuz, Cevdet : Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, Beta, 1989.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2022. (Cilt II)
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I Giriş – Geçirim (Temlik) Borcu Doğuran Sözleşmeler – Kullanma ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşmeler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2022. (Cilt I)
- Yelkenci, Işıl : Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, Oniki Levha, 2014. (Sözleşmeden Dönme)
- Yelkenci, Işıl : Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021. (Ceza Koşulu)
- Yıldırım, Mustafa / Fadıl : Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara, Nobel, 2002.
- Yücel, Özge : “Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin, 2018.
- Yünlü, Semih : Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2019.

- Zemp, Daniel : Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und Zivilprozessuale Zuständigkeit nach schweizer Recht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtslage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Zimmermann, Reinhard : Breach Of Contract And Remedies Under The New German Law Of Obligations, Roma, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 2002. (Breach of Contract)
- Zimmermann, Reinhard : The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co, Ltd, 1992. (Roman Foundations)
- Zitelmann, Ernst : “Nichterfüllung und Schlechterfüllung”, Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1911.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>

<https://www.turcademy.com/tr>

<https://www.swisslex.ch>

<https://www.legalis.ch/de/>

<https://www.bger.ch/de/index.htm>

<https://beck-online.beck.de>

<https://www.juris.de/>

<https://elibrary.duncker-humblot.com/>

<https://www.nomos-elibrary.de>

<https://digital.staatsbibliothek-berlin.de/>

<https://www.dalloz.fr/>

<https://hudoc.echr.coe.int/>

<https://cisg-online.org/search-for-cases>