

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TİCARİ SATIŞTA SATICININ TEMERRÜDÜ

Elif Merve YILMAZ

2501151019

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ELİF MERVE YILMAZ Numarası : 2501151019
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. BAKİ İLKAY ENGİN
Tez Savunma Tarihi : 04.07.2019 Saati : 11.30
GTez Başlığı : TİCARİ SATIŞTA SATICININ TEMERRÜDÜ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞU~~LA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. BAKİ İLKAY ENGİN		KABUL
2-PROF. DR. TUFAN ÖĞÜZ		Kabul
3-DR. ÖĞR. ÜYESİ IŞIK ÖNAY		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. BURAK ÖZEN		
2-DR. ÖĞR. ÜYESİ TULAY AYDIN ÜNVER		

ÖZ

TİCARİ SATIŞTA SATICININ TEMERRÜDÜ

Elif Merve YILMAZ

Ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu m. 212’de ve alıcının olumlu zararının hesaplanmasına ilişkin düzenlemeye m. 213’te yer verilmiştir. Kanunda ticari satışa ilişkin bir tanıma yer verilmediğinden ticari satışın hangi sözleşmeleri ifade ettiği öğretide oldukça tartışmalıdır. Çalışmamızda öncelikle ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin özel düzenlemenin tarihi gelişimi ve günümüz hukuk sistemlerinde düzenleniş biçimi incelenmiştir. Akabinde – genel hükümlerden ayrıldığı ölçüde – ticari satışta satıcının temerrüdünün sonuçlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Son bölümde ise alıcının zararının hesaplanmasında soyut ve somut yöntemle ilişkin değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticari satış, borçlu temerrüdü, olumlu zarar, sözleşmeden dönme, aynen ifa talebi, soyut yöntem, somut yöntem, zararı azaltma külfeti, piyasa fiyatı, borsa fiyatı.

ABSTRACT

SELLER’S DEFAULT IN COMMERCIAL SALES

Elif Merve YILMAZ

Article 212 of the Turkish Code of Obligations sets forth seller’s default in commercial sales and Article 213 regulates methods to calculate buyer’s damage. Commercial sales are not defined by law; thus, the meaning thereof is highly controversial. This study, in its first chapter, examines the historical background of the special regulations regarding seller’s default in commercial sales and the regulations in today’s legal systems. The second chapter points out the results of the seller’s default in commercial sales to the extent that those differ from the results regulated under general provisions regarding obligor’s default. The purpose of the last chapter is to evaluate concrete and abstract methods to calculate buyer’s damage.

Keywords: Commercial sales, obligor’s default, positive damage, resolution of contract, specific performance, concrete method, abstract method, duty to mitigate, market price, stock exchange price.

ÖNSÖZ

Ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin çalışmamızda ticari satış kavramı, ticari satışta satıcının temerrüdü üzerine alıcının seçimlik hakları, alıcının bunlara nasıl başvurulabileceği ve olumlu zararının nasıl hesaplanacağına ilişkin değerlendirme yapılması amaçlanmıştır. Borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler ise yalnızca özel düzenlemeye verilen anlamın belirlenebilmesi amacıyla incelenmiştir.

Uygulama alanından sonuçlarına kadar neredeyse her meselenin tartışmalı olduğu ve daha önemlisi neredeyse yazar sayısı kadar görüşlerin olduğu bu konular üzerinde çalışmamın kendimi geliştirebilmem için büyük faydası olduğu yadsınamazdır. Bu sebeple, borçlar hukuku alanında kendimi geliştirmemi sağlayan yüksek lisans tez konumu öneren tez danışmanım Prof. Dr. Baki İlkay Engin'e, her daim yol gösterdiği ve tez yazım aşamasında da çalışmam ile sabırla ilgilendiği için teşekkürü borç bilirim. Ayrıca, tecrübelerini paylaştığı ve manevi desteğini esirgemediği için Dr. Işık Önay'a teşekkürlerimi sunarım.

Konunun araştırılması sırasında üç haftalık bir süre boyunca çalışma fırsatımı bulduğum ve araştırmalarım için önemli kaynakları temin edebildiğim Hamburg Üniversitesi Hukuk Kütüphanesine ve kapılarını her zaman açık tutan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesine ilgileri ve katkıları için teşekkür ederim. Son olarak çalışmalarımı tamamlayabilmem için gerekli ortamı sağlayan Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesine teşekkür ederim.

İSTANBUL, 2019

ELİF MERVE YILMAZ

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ VADELİ TİCARİ SATIŞTA SATICININ TEMERRÜDÜ

I. Genel Hükümlere Göre Satıcının Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları	4
A. Satıcının Temerrüdünün Şartları	4
1. Satıcının İfada Gecikmesi	4
2. Alıcının Temerrüt İhtarında Bulunması	6
a. Kural	6
b. İhtarsız Temerrüt Hâlleri	8
B. Satıcının Temerrüdü Üzerine Alıcının Seçimlik Hakları	9
1. Seçimlik Haklar	9
2. Satıcıya Ek Süre Verilmesi	11
3. Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Durumlar	17
a. Genel Bakış	17
b. Özel Olarak Kesin Vadeli İşlemler	21
(1) Belirli Bir Zamanın Kararlaştırılmış Olması	24
(2) Tarafların Anlaşması	29
II. Satıcının Temerrüdüne İlişkin Belirli Vadeli Ticari Satıştaki Özel Düzenleme	35
A. Ticari Satışa İlişkin Özel Düzenleme ve Genel Hükümlerle Karşılaştırılması	35
B. Tarihi Gelişimi	37

C.	Uygulama Alanı	45
III.	Belirli Vadeli Ticari Satış Kavramı.....	48
A.	Ticari Satış Kavramı	48
1.	Ticari Satışlarda Özel Düzenleme İhtiyacı	48
2.	Alman, İsviçre ve Türk Hukuk Sistemlerindeki Düzenleniş Biçimleri	49
a.	Alman Hukukunda	49
b.	İsviçre Hukukunda	58
c.	Türk Hukukunda	60
3.	Ticari Satış Kavramına Verilen Farklı Anlamlar	63
a.	Takip Eden Satış Yoluyla Kâr Elde Etmek Amacıyla Yapılan Satış.....	64
b.	Takip Eden Satışı Meslek Edinen Alıcı İle Yapılan Satış.....	69
c.	Alıcının Mesleki Faaliyetleri Kapsamında Yapılan Satış	71
d.	Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Satışlar.....	73
e.	Tacirler Arası Satış.....	75
f.	Diğer Ölçütlere Ek Olarak Kesin Vadeli Satışlar	76
g.	Değerlendirme.....	77
4.	Ticari Satışa İlişkin İspat Yükü.....	81
B.	Zilyetliğin Devri İçin Belirli Vadenin Kararlaştırılması.....	82
1.	Belirli Vade: İfa Zamanının Belirliliği Şartı	82
2.	Belirli Vadenin Teslim Borcu İçin Kararlaştırılması.....	86
C.	Teslim Borcunda Temerrüt	88
a.	Temerrüt İçin İhtara Gerek Olmaması	88
b.	Teslim Borcunda Gecikme.....	90

İKİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ VADELİ TİCARİ SATIŞTA SATICININ TEMERRÜDÜ ÜZERİNE ALICININ HAKLARI

I.	Aynen İfadan Vazgeçilip İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini	95
----	---	----

A.	Belirli Vadeli Ticari Satışta Vadenin İşlevi	96
1.	Kesin Vade ‘Karinesi’ ve Karine Kavramı	96
a.	Karine Kavramı Üzerine	96
b.	Kesin Vade ‘Karinesi’	101
(1)	Karine Yaklaşımı	101
(2)	Yorum Kuralı Yaklaşımı	104
(3)	Varsayım (Faraziye) Yaklaşımı	105
2.	Kesin Vade ‘Karinesinin’ Çürütülmesi	106
3.	Genel Hükümlere Göre Kesin Vadeli İşlemlerin Sonuçları ve Özel Düzenleme İle Karşılaştırma	109
a.	Genel Hükümlere Göre Kesin Vadeli İşlemlerde Temerrüdün Sonuçları	109
(1)	Borçluya Mehil Verme Gerekliliğinin Ortadan Kalkması	110
(2)	Hemen Bildirimin Gerekliliğine İlişkin Görüşler	111
(3)	Kesin Vadenin Kaçırılmasının Borcun ‘İfa Edilebilirliğine’ Etkisi	115
b.	Belirli Vadeli Ticari Satışa İlişkin Özel Düzenleme ile Karşılaştırma	120
B.	Satıcının Temerrüdü Üzerine İfadan Vazgeçilip Olumlu Zararın Tazminin Talep Edildiğine İlişkin Kural	121
1.	Bu Kuralın Bir Karineye Yer Verdiğine Dair Öğretideki Genel Yaklaşım ...	122
2.	Karine Yaklaşımının Değerlendirilmesi	125
3.	Hükmün Uygulama Alanını Sınırlama İhtiyacı	128
4.	Olumlu Zararın Tazmini	131
II.	Aynen İfa Talebi ve Gecikme Tazminatı	136
A.	Aynen İfadan Vazgeçilip İfa Yerine Olumlu Zararın Tazminin Talep Edildiğine İlişkin ‘Karine’nin Çürütülmesi	136
1.	Genel Olarak	136
2.	Alıcının Aynen İfa Talebi İçin Hemen Bildirimde Bulunması	137
B.	Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı	141
III.	Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zarar	144
A.	Ticari Satışta Sözleşmeden Dönme	144
B.	Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanması	147
1.	Ek Süreye İlişkin Görüşler	148
2.	Hemen Bildirim Şartına İlişkin Görüşler	149

3. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Görüşler	153
C. Olumsuz Zarar.....	154

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ SATIŞTA ALICININ OLUMLU ZARARIN HESAPLANMASI

I. Genel Olarak.....	160
A. Uygulama Alanı	160
B. Fark Teorisi	165
C. Alıcının Zararının Hesaplanmasına İlişkin Yöntemler	169
1. Genel Olarak Zararın Hesaplanmasında Somut ve Soyut Yöntemler.....	169
2. Alıcının Olumlu Zararının Hesaplanmasında Somut ve Soyut Yöntemler....	172
II. Zararın Genel Hükümlere Göre Hesaplanması	175
A. Alıcının Yoksun Kalınan Kârının Genel Hükümlere Göre Hesaplanması	176
1. İkame Mal Satın Alma Külfetinin Bulunması Hâlinde.....	178
a. İkame Mal Satın Alma Külfeti.....	178
b. İkame Mal Satın Alım Bedeline Göre Tazminatın Hesaplanması	181
2. İkame Mal Satın Alma Külfetinin Bulunmaması Hâlinde.....	182
a. İkame Mal Satın Alma Külfetinin Bulunmadığı Durumlar	182
b. Alıcının Yoksun Kalınan Kârının Hesaplanması.....	183
B. Ticari Olmayan Satışlarda Zararın Genel Hükümlere Göre Hesaplanması	187
III. Zararın Somut Yönteme Göre Hesaplanması	188
A. Genel Olarak	188
1. İkame Mal Satın Alınmasına İlişkin Sözleşmenin Kurulması	189
2. İspat Yüğü	190
3. Özel Durumlar.....	192
B. Üçüncü Kişiye Dürüstlük Kuralına Uygun Olarak Ödenen Bedel	193
1. Dikkate Alınması Gereken Tarih Bakımından.....	195
2. Dikkate Alınması Gereken Yer Bakımından	198
3. İkame Mal Satın Alımına İlişkin Sözleşmenin Şartları Bakımından.....	200

4.	İkame Mal Bedelinin Piyasa Fiyatı İle İlişkisi.....	202
5.	Bedelin Dürüstlük Kuralına Uygun Olmaması.....	203
IV.	Zararın Soyut Yönteme Göre Hesaplanması.....	206
A.	Genel Olarak	206
B.	Soyut Yönteme Verilen Anlamlar ve Soyut Yönteme İlişkin Görüşler.....	207
1.	Soyut Yönteme Verilen Anlamlar.....	207
a.	Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Soyut Yöntem Ayrımı.....	207
b.	Soyut Yöntem ile Hesaplanan Değere İlişkin Ayrım.....	212
2.	TBK m. 213 III'te Düzenlenen Soyut Yönteme İlişkin Görüşler	219
a.	Farazi İkame Mal Satın Alım Bedeli Görüşü.....	220
b.	Farazi Tekrar Satıştan Elde Edilecek Kâr Görüşü	222
c.	Karma Görüş	224
C.	Piyasa Fiyatı ve Borsa Fiyatı	226
1.	Piyasa Fiyatı.....	226
2.	Borsa Fiyatı	228
D.	Piyasa ve Borsa Fiyatının Tespit Edilmesi	229
1.	Dikkate Alınması Gereken Tarih Bakımından.....	230
2.	Dikkate Alınması Gereken Yer Bakımından	235
3.	Diğer Şartlar Bakımından	236
E.	Soyut Yönteme Başvurulup Başvurulamayacağı Tartışmalı Olan Durumlar	237
1.	Piyasa ve Borsa Fiyatının Bulunmaması veya İspat Edilememiş Olması	237
2.	İkame Mal Satın Alma Külfeti.....	239
3.	Alıcının Daha Az Zarara Uğradığına İlişkin Savunma	241
a.	Alıcı Daha Uygun Bir Bedel Karşılığında İkame Mal Satın Almışsa	242
b.	Alıcı Daha Uygun Bir Bedel Karşılığında Satılanı Üçüncü Bir Kişiye Satmışsa	244
4.	Hukuki Sorun ve Değerlendirme	246
SONUÇ		251
KAYNAKÇA		257

KISALTMALAR LİSTESİ

ADHGB	: 1861 tarihli Alman Genel Ticaret Kanunu (<i>Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch</i>).
a.e.	: Aynı eser/yer.
a.g.e.	: Adı geçen eser.
a.g.m	: Adı geçen makale.
Art.	: Madde.
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi.
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
BGB	: 18.08.1896 tarihli Alman Medeni Kanunu (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>).
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi Kararları (<i>Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes</i>).
BGer	: İsviçre Federal Mahkemesi (<i>Bundesgericht</i>).
Bkz.	: Bakınız.
C.	: Cilt.
CISG	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması.
Çev.	: Çeviren.
der.	: Derleyen.
dn.	: Dipnot.
E.	: Esas.
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu.
eİBK	: 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (<i>Obligationenrecht</i>).
eTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu.
Ed.	: Editör.
f.	: Fıkra.
HD.	: Hukuk Dairesi.
HGB	: 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu (<i>Handelsgesetzbuch</i>).
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.
İBK	: 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (<i>Obligationenrecht</i>).
Intro.	: Giriş (<i>Introduction</i>).
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
JURA	: <i>Juristische Ausbildung</i> .
K.	: Karar.
m.	: Madde.

N.	: Kenar Numarası.
ör.	: Örneğin.
PGB	: 1853/1855 tarihli Zürih Kantonu �zel Hukuk Kanunu (<i>Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich</i>).
s.	: Sayfa.
SJZ	: <i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i> .
T.	: Tarih.
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu.
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.
vd.	: ve devamı.
Vorbem.	: �nde�erlendirmeler (<i>Vorbemerkungen</i>).
Y.	: Yargıtay.
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
ZR	: <i>Die Bl�tter für Z�rcherische Rechtsprechung</i> .

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nda borçlu temerrüdüne ilişkin genel düzenlemelerin yanında ticari satışta satıcının temerrüdünün sonuçlarına ve alıcının olumlu zararının hesaplanmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere nazaran farklılıklar barındırmaktadır. TBK m. 212'ye göre belirli vadeli ticari satışta satıcının temerrüdü üzerine eğer alıcı aynen ifayı istediğini derhâl satıcıya bildirmemişse alıcının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini talep ettiği kabul edilir. Bu maddeyi takip eden TBK m. 213'te ise alıcının olumlu zararının nasıl hesaplanabileceği gösterilmiştir. TBK m. 213'e göre alıcının olumlu zararı hesaplanırken ikame mal satın almak için ödeyeceği bedelden veya satılanın piyasa fiyatından yararlanılabilir. Tezde, TBK m. 212 ve m. 213'ten yola çıkarak ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden ayrılan sonuçlar ve alıcının olumlu zararının hesaplanmasında kabul edilen ilkeler belirlenmeye çalışılmıştır. Ayrı bir çalışma konusu olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda¹ yer alan borca aykırılık ve zararın hesaplanmasına ilişkin hükümlerin araştırılması tezin kapsamı dışında tutulmuştur.

Tezin birinci bölümünde ticari satışta satıcının temerrüdünün sonuçlarına ilişkin özel düzenlemelere anlam verebilmek ve farklılıkları ortaya koyabilmek için gerekli olduğu ölçüde borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere dair kısa açıklamalara yer verilmiş ve tez için önem arz eden kesin vadeli işlemler ve kesin vadeli işlemlerin unsurları ele alınmıştır. Ayrıca çalışma konusunu oluşturan özel düzenlemenin tarihi gelişimine değinilmiştir. Tezin birinci bölümünün geri kalan kısmında bu özel düzenlemenin uygulama alanı belirlenmeye çalışılmıştır. Bunu yapabilmek için öğretide son derece tartışmalı olan ticari satış kavramına verilen anlam söz konusu düzenlemeye

¹ 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanun (14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmî Gazete) ve 11.03.2010 tarihli ve 2010/247 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmî Gazete).

duyulan ihtiyaç çerçevesinde incelenmiştir. Türk hukuku bakımından ticari satış kavramının aydınlatılması için önem arz eden – ayrı bir ticaret kanunu bulunmayan – İsviçre hukuku ve – ayrı bir ticaret kanunu bulunan – Alman hukuk sistemlerinde ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlerin kanunda düzenleniş biçimi araştırılmıştır. Ticari satışta satıcının temerrüdünün tarihi gelişimine ve Alman hukukundaki yerine tezde araştırılan konulara cevap olabileceği ölçüde sınırlı bir şekilde değinilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde ticari satışta satıcının temerrüdü üzerine alıcının seçimlik hakları ve bunların nasıl kullanılacağı incelenmiştir. İlk aşamada öğretide çoğunlukla varlığı kabul edilen kesin vade karinesine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu minvalde öncelikle karine kavramına genel olarak verilen anlam belirlenmeye çalışılmıştır. Bu aşamada mehil verme gerekliliğinin kalkması dışında kesin vadenin genel hükümlere göre başka bir sonucu olup olmadığı araştırılmıştır. Bu araştırma sürecinde TBK m. 212 hükmünün ticari olmayan kesin vadeli satışlardan ne kadar farklı bir düzenleme getirdiği sorusuna cevap aranmıştır. İkinci aşamada yine öğretide çoğunlukla kabul edilen alıcının aynen ifa talebinden vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini talep ettiğine dair karinenin anlamı değerlendirilmiştir. Son aşamada ise alıcının sözleşmeden dönme hakkını nasıl kullanması gerektiğine cevap aranmıştır.

Tezin üçüncü bölümünde ticari satışta satıcının temerrüdü sonucu alıcının aynen ifa talebinden vazgeçip olumlu zararının giderilmesini istediği durumda alıcının olumlu zararının nasıl hesaplanacağı araştırılmıştır. Bu amaçla, zararın somut ve soyut yönleme göre hesaplanmasını düzenleyen TBK m. 213 hükmüne ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. TBK m. 213'te bu yöntemler özel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte alıcının zararının genel hükümlere göre hesaplanması da mümkündür. Ancak, genel hükümlere göre alıcının zararının hesaplanması tezin bu bölümünün odağında yer almamaktadır; yalnızca somut ve soyut yöntemi anlamlandırabilmek için incelenmiştir.

Somit yöntemi düzenleyen TBK m. 213 II hükmüne göre alıcı; satış bedeli ile satılanın yerine başkasını satın almak için üçüncü kişiye dürüstlük kuralına uygun olarak ödediği ikame mal satın alım bedeli arasındaki farkın giderilmesini satıcıdan talep

edebilir. Tezin üçüncü bölümünde ikame mal satın alım işleminin dürüstlük kuralına uygun sayılıp sayılmayacağı durumlar ele alınmıştır.

Soyut yöntemi düzenleyen TBK m. 213 III hükmüne göre satılanın piyasa veya borsa fiyatı varsa, alıcı satış bedeli ile satılanın belirlenmiş ‘ifa günündeki’ piyasa/borsa fiyatı arasındaki farkın giderilmesini satıcıdan talep edebilir. Bu hükme göre hesaplamada dikkate alınacak piyasa/borsa fiyatının tespit edilebilmesi için bu yöntem ile alıcı için farazi ikame mal satın alım bedelinin mi hesaplandığı yoksa onun yoksun kalınan kârının mı hesaplandığı sorusuna cevap bulunmalıdır. Bu soruya verilecek cevap doğrultusunda piyasa fiyatının tespiti için dikkate alınacak yer, zaman ve diğer şartlar değişiklik gösterebilecektir. Ayrıca, bu yöntemle – özellikle – yoksun kalınan kârın hesaplandığını kabul ettiğimiz ihtimalde alacaklının zararı azaltma külfeti doğrultusunda piyasa fiyatından daha uygun bir bedel karşılığında ikame işlem yapmasının gerekip gerekmeyeceği sorusuna verilen cevapta da değişiklik olabilecektir. Her ne kadar öğretilerde genel hükümlere, somut yönteme veya soyut yönteme başvurmak konusunda seçimin alıcıda olduğu genel olarak kabul edilse de bazı durumlarda alıcının soyut yönteme göre zararının hesaplanmasını talep edip edemeyeceği son derece tartışmalıdır. Tezin üçüncü bölümünde ayrıca alıcının soyut yönteme başvurup başvuramayacağının tartışmalı olduğu bu durumlar değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ VADELİ TİCARİ SATIŞTA SATICININ TEMERRÜDÜ

I. Genel Hükümlere Göre Satıcının Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları

A. Satıcının Temerrüdünün Şartları

1. Satıcının İfada Gecikmesi

Satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcunun muaccel ve ifasının mümkün olmasına rağmen satıcı borcunu zamanında ifa etmemişse ve kural olarak alıcı temerrüt ihtarında bulunmuşsa satıcının temerrüdü söz konusu olmaktadır². Borcun gereği gibi ifa edilmeme hâllerinden birini oluşturan³ borçlu temerrüdünde, geciken borçlunun borcunu

² Andreas von Tuhr, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)**, 3. Bası, Zürih, Schulthess, 1984 (Anılış: von Tuhr, Escher, AT II), s. 135-136; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2657; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, Stämpfli, 2016 (Anılış: Schwenzer, OR AT), N. 65.01; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 (Anılış: Oğuzman, Öz, Borçlar Hukuku C.1) N. 1498, 1500, 1526 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 911; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2016 (Anılış: Eren, Borçlar Genel), s. 1115, 1116 vd.; Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt) İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016 (Anılış: Serozan, İfa), § 17, N. 1, 3, 4; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: III**, İstanbul, Legal, 2018, s. 408; Ali Naim İnan, Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 618.

³ Schwenzer, **OR AT**, N. 65.01; Serozan, **İfa**, § 17, N. 2; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1113. Borçlu temerrüdü ‘zamansal borca aykırılık’ olarak sınıflandırılmaktadır, Theo Guhl, Alfred Koller, **Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, (bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicholas Durrey) Zürih, Schulthess, 2000 (Anılış: Guhl/Yazar, Obligationenrecht), § 32, N. 1; Serozan, **İfa**, § 17, N. 2.

ifa etmesi hâlâ mümkündür⁴; eğer ifa mümkün değilse satıcının temerrüdü değil ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır. Satıcı temerrüde düştükten sonra eğer borcunun ifası imkânsızlaşırsa temerrüt sona erecektir⁵. Borcunun temerrüdünden söz edebilmek için, borcun ifa edilebilir olması yeterli değildir; ifasının talep edilebilir olması⁶ gerekmektedir⁷. Taraflar aksini kararlaştırmamışsa (ve hukuki ilişkinin özelliği aksini gerektirmiyorsa), satıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu doğumu anında

⁴ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 135; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2658; Schwenzer, **OR AT**, N. 65.02; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri Akdin Muhtelif Nev'ileri**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 100; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1526; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 912; Serozan, **İfa**, § 17, N. 1, 3; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1113; Antalya, **a.g.e.**, s. 411; İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 618.

Sübjektif ifa imkânsızlığına ilişkin farklı görüşler için bkz. Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung-und Kritik**, Freiburg, Universitätsverlag, 1988, N. 11 vd.

⁵ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2658; Schwenzer, **OR AT**, N. 65.02; Schenker, **a.g.e.**, N. 11; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1115; Tamer H. İnal, **Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 7. Bası, Ankara, Yetkin, 2018, s. 446; Halil Akkanat, "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 1-43, s. 16.

Böyle bir durumda imkânsızlık ortaya çıkana kadar temerrüde ilişkin hükümlerin, imkânsızlığın meydana gelmesinden sonra ise imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulama bulacağına dair bkz. Schwenzer, **OR AT**, N. 65.02; Akkanat, **a.g.m.**, 16. Temerrüt hükümlerinin uygulanmaya devam edeceğine dair bkz. Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 912.

⁶ Borcun muaccel olmasından önce borcunun edimini yerine getirmeyeceğini açık bir biçimde açıklaması durumunda (öncelenmiş borca aykırılık) alacaklının TBK m. 112 doğrultusunda akdin müspet ihlalini ileri sürerek tazminat talep edebileceği ve TBK m.125 II'deki seçimlik haklarından kıyasen yararlanabileceğine dair bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2651a, 2743; benzer yönde Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 32, N. 3; Serozan, **İfa**, § 18, N. 8; BGE 69 II 243; BGE 110 II 143-144; ayrıca bkz. BGer, 23.06.2004, 4C.58/2004. Bu konuda açıklamalar için ayrıca bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1118.

⁷ Schwenzer, **OR AT**, N. 65.06; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1116; Akkanat, **a.g.m.**, s. 8. Alıcı, alacaklı temerrüdüne düşmüşse satıcının borçlu temerrüdü söz konusu olmayacaktır, Schwenzer, **OR AT**, N. 65.03; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1121; Serozan, **İfa**, § 17, N. 2, 4; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 102.

hemen⁸ muaccel olacaktır (TBK m. 90)⁹. Ayrıca satıcının gecikmede kusurlu olması temerrüde düşmesi bakımından bir şart teşkil etmemektedir¹⁰. Fakat temerrüt sonucunda alacaklının bazı taleplerde bulunabilmesi için borçlunun kusuru aranacaktır¹¹.

2. Alıcının Temerrüt İhtarında Bulunması

a. Kural

Satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu muaccel olduğu hâlde¹² borcunu ifa etmeyen, yani ifada geciken satıcıyı temerrüde düşürmek için kural olarak genel

⁸ Burada hemen ile kast edilen zamanın, dürüstlük kuralı ışığında borçlunun borcu ifa edebilmesi için gereken süre dikkate alınarak belirleneceği kabul edilmektedir, Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2198.

⁹ Christoph Müller, **Contrats de droit suisse**, Bern, 2012 (Anıls: Contrats de droit suisse), N. 162.

¹⁰ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2661; Schwenger, **OR AT**, N. 65.04; Serozan, **İfa**, § 17, N. 3; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1113, 1122; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1533; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 919; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara, 2017, s. 875; İsviçre hukuku bakımından bu yönde: Henry Bovay, “Temerrüdün Esası” (Çeviren: Zahit İmre), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 12, S.2-3, 1946, s. 765-804, s. 803.

¹¹ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2661; Schwenger, **OR AT**, N. 65.04; Serozan, **İfa**, § 17, N. 3; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1113, 1122; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1533; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 919.

¹² Borçlunun (satıcı) borcu muaccel olmasına rağmen, var olan bir def'i hakkını ileri sürmesinin, borçlu temerrüdünü önleyeceği kabul edilmektedir, von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 136; Serozan, **İfa**, § 17, N. 3; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1121; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1505; benzer yönde: Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Murat H. Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki Levha, 2016, N. 1288; Antalya, **a.g.e.**, s. 429. Örneğin borçlunun (satıcı) alacaklıya (alıcı) karşı ödemezlik def'ini ileri sürmesi satıcının borçlu temerrüdüne düşmesini engelleyecektir, Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1505. Ayrıca, temerrüde düştükten sonra borçlunun def'i ileri sürmesine rağmen, eğer borçlu temerrüde düştüğü anda veya daha öncesinde def'inin şartları gerçekleşmişse, def'inin bu andan itibaren hükümlerini doğuracağı ve temerrüdü ortadan kaldıracağı belirtilmektedir, Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1505. Diğer bir görüşe göre ise satıcı temerrüde düştükten sonra ödemezlik def'ini ileri süremeyecektir, bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 1121. Başka bir görüşe göre ise ödemezlik def'i ileri sürülmemiş olsa bile, şartları gerçekleşmişse satıcının ödemezlik def'i hakkının varlığı kendiliğinden satıcının temerrüdünü engelleyecektir, bkz. Serozan, **İfa**, § 17, N. 4.

hükümlere göre alıcının ihtarı gerekmektedir (TBK m. 117). Temerrüt ihtarı, alıcının satıcıdan borcunun ifasını talep etmesine ilişkindir¹³. Hukuki işlem benzeri fiil niteliğindeki¹⁴ ihtarın hükümlerini doğurabilmesi için karşı tarafa yöneltilmesi gerekir¹⁵. Böylece temerrüt ihtarı ile birlikte gecikmesinin borca aykırılık teşkil edeceğinden borçlunun haberdar olması sağlanır¹⁶.

Temerrüt ihtarı kural olarak şekle tabi değildir¹⁷. Fakat, TTK m. 18 III hükmü uyarınca, “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye (...) ilişkin (...) ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”¹⁸.

¹³ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 136; Schwenger, **OR AT**, N. 65.08; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1116; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1509.

¹⁴ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 136; Schwenger, **OR AT**, N. 65.08; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem, Sözleşme** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt) İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, § 9, N. 6; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 914; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1117; Serozan, **İfa**, § 17, N. 5. Alıcının, satıcıyı ihtar etmesinin hukuki sonucu olan satıcının temerrüde düşmesi durumunu bilmesine veya bu durumu arzulamasına gerek yoktur, bkz. Serozan, **İfa**, § 17, N. 5; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1118; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1508; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 102.

¹⁵ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 137; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 32, N. 4; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1508. Temerrüt ihtarın hükümlerini doğurduğu ana ilişkin farklı görüşler için bkz. Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1508; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1117.

¹⁶ Pascal Pichonnaz, “The Evolving Function of Interpellatio in Case of Default”, **Fundamina: A Journal of Legal History**, Cilt: 16, Sayı: 1, Ocak 2010, s. 274 – 287 (Anılış: Pichonnaz, Interpellatio), s. 277, 279. Temerrüt ihtarının esas işlevlerinden birinin temerrüdün sonuçlarının (ör. Roma hukukunda risk paylaşımı, modern hukuklar bakımından alacaklının sözleşmeden dönme imkânı) ortaya çıkabilmesi için borçlunun borcundan (sübjektif olarak) haberdar olmasının sağlanması olduğu kabul edilmektedir: Pichonnaz, **Interpellatio**, s. 277 vd., 281, 287.

¹⁷ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 136; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 32, N. 4; Schwenger, **OR AT**, N. 65.08; Serozan, **İfa**, § 17, N. 5; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1118; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1512; Senai Olgaç, “Adi ve Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Malı verme Borcunu Yerine Getirmekte Direnmesi ve Bunun Sonuçları”, **BATİDER**, C. II, Sayı: 1, 1963, s. 247-251 (Anılış: Olgaç, Satıcının Temerrüdü), s. 249.

¹⁸ TTK m. 18(3)’te düzenlenen şekil şartının ispat şartı mı yoksa geçerlilik şartı mı olduğu öğretide tartışmalıdır. 6762 s. TK zamanında eTK m. 20 III’te “ihtarların muteber olması için” ifadesine yer

b. İhtarsız Temerrüt Hâlleri

TBK m. 117 II’de alacaklının ihtarının aranmadığı bazı durumlar düzenlenmiştir¹⁹. TBK m. 117 II’ye göre “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; (...) borçlu temerrüde düşmüş olur. (...)” Böylece eğer belirli vade kararlaştırılmışsa veya sözleşmede taraflardan birine

verildiğinden (bu ifadeye rağmen tartışmalı olmakla birlikte), tacirler arası temerrüt ihtarı ve sözleşmeden dönme beyanına ilişkin olarak düzenlenen bu şeklin, geçerlilik şekli olduğu kabul edilmekteydi, Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 156; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 105; aksi yönde Y. 11. HD., E. 2005/10582 K. 2006/11292 T. 06.11.2006.

6102 s. TTK m. 18 III hükmündeysen “ihtarların muteber olması için” ifadesine yer verilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gereklçelerinde (m. 18, s. 8) söz konusu ifade hükümden çıkarılarak şeklin geçerlilik şartından “ispat şartına dönüştürüldüğü” açıklaması yapılmıştır. Bu sebeple söz konusu şeklin bir ispat şekli olduğuna dair bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 157-158; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 863; Antalya, **a.g.e.**, s. 419; bu yönde ayrıca bkz. Nil Karabağ Bulut, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 231-252, s. 232; bu yönde YHGK, E. 2014/19-861, K. 2016/632, T. 25.05.2016; İstanbul BAM, 16. HD., E. 2017/936 K. 2018/2045 T. 4.10.2018. Olması gereken hukuk bakımından bu yönde Tülay Aydın Ünver, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlara İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 861-872, s. 871.

Ancak, kanunda düzenlenen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğundan (TBK m. 12 II) yola çıkan diğere bir görüşe göre ise, tacirler arası temerrüt ihtarı (ve sözleşmeden dönme beyanı) için TTK m. 18 III’te aranan şekil şartı geçerlilik şartıdır, Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 168-169; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1512; Aydın Ünver, **a.g.m.**, s. 871-872; benzer yönde Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 63; ayrıca bkz. Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, İstanbul, Beta, 2018 (Anılış: Nomer, Borçlar Genel), N. 200. Tartışmaya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Aydın Ünver, **a.g.m.**, s. 866.

¹⁹ Temerrüt ihtarının amacı ve dürüstlük kuralı dikkate alınarak TBK m. 117 II’de yer almayan bazı durumlarda da (ör. satıcının satılanı teslim etmeyeceğini açıklaması hâlinde) temerrüt ihtarına gerek olmayabileceğine dair bkz. von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 140 vd.; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 867 vd.; Antalya, **a.g.e.**, s. 427-428; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, 14. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 146; benzer yönde: İnan, Yücel, **a.g.e.**, s. 619-620.

muacceliyet bildiriminde bulunma yetkisi tanınmışsa bunun kullanılmasıyla (ve söz konusu tarihte borçlu borcunu ifa etmemişse) ihtara gerek kalmadan borçlu temerrüde düşecektir²⁰.

B. Satıcının Temerrüdü Üzerine Alıcının Seçimlik Hakları

1. Seçimlik Haklar

Borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklı kural olarak her zaman ifayı ve (borçlu temerrüde düşmede kusurlu ise) gecikme sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini borçludan talep edebilir (TBK m. 118). Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda ise alacaklı, TBK m. 125'te²¹ düzenlenen ek seçimlik haklara başvurabilir²². Satış sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir

²⁰ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 138-139; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 32, N. 5; Schwenger, **OR AT**, N. 65.10; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1519 vd. Kanundan doğan bir hakka dayanarak muacceliyet bildirimi yapılması durumunda da temerrüt ihtarına gerek kalmayacağına dair bkz. Schwenger, **OR AT**, N. 65.12; Halûk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961 (Anılış: Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 477; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 918; (kanundan doğan hakka dayanarak yapılan bildirimde gösterilen zaman yeterince açıksa bu yönde) von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 139. Aksi yönde bkz. Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1522.

²¹ Borçlu temerrüdünde alacaklının seçimlik haklarına ilişkin TBK m. 125 (İBK m. 107) emredici kural niteliğinde değildir, bu sebeple kural olarak taraflar farklı bir anlaşma yapabilirler, Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Bası, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015 (Anılış: Yazar adı, BSK OR), Art. 107, N. 22, Luc Thévenoz, **Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2012 (Anılış: Yazar adı, Commentaire Romand), Art. 107, N. 4. Ayrıca, genel olarak ifa engellerine ilişkin hükümlerin yedek hüküm niteliğinde olduğuna ve tarafların kural olarak farklı yönde anlaşmaması durumunda uygulanacağına dair bkz. Rolf H. Weber, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000 (Anılış: Weber, BK OR), Art. 97, N. 14; Hermann Becker, **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 2. Bası, Bern, Stämpfli, 1955 (Anılış: Becker, BK OR), Art. 97, N. 1; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1327-1328.

²² Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler dışında kalan sözleşmeler bakımından ve ayrıca karşılıklı içerisinde olmayan edimlerin yerine getirilmemesi durumunda da m. 123 vd. (İBK m. 107 vd.)

sözleşmedir²³. Bu doğrultuda, satıcının temerrüde düşmesi hâlinde, alıcı aşağıda yer verilen seçimlik haklardan birine²⁴ başvurabilecektir:

(i) satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrinin (aynen ifanın) ve gecikme tazminatının talep edilmesi veya

(ii) aynen ifadan vazgeçerek

(a) aynen ifa yerine uğranılan olumlu zararın tazmininin talep edilmesi ya da

(b) sözleşmeden dönme ve sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zararın tazmininin talep edilmesi.

hükümlerinin kıyasen (veya doğrudan) uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 43 vd.; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2733; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 4; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 6, 8-10.

²³ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 6; Leipold, **AT**, § 6, N. 17; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 11, N. 11; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 507; Serozan, **İfa**, § 17, N. 21; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1133; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 102; Halûk N. Nomer, Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, C. 1, Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül**, 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2018 (Anılış: Nomer/Engin, Satış Sözleşmesi), m. 212, N. 2; Turgut Akıntürk, Derya Ateş **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 28. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s. 229, Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 113; Erzan Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 8. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 71.

²⁴ Alıcı, bu haklardan birkaçına birden aynı anda başvuramayacaktır, Wilhelm Keppler, **Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis in der Schweiz**, Zürih, 1949, s. 33; BGE 41 II 679-680. Alıcı, aynı anda hem olumlu zararının hem de olumsuz zararının giderilmesini talep edemeyecektir, Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 41; BGE 44 II 506-507. Alıcı aynen ifada ısrar ederken, aynı zamanda borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı olumlu zararın (ifa yerine olumlu zararın) giderilmesini talep edemeyecektir, BGE 50 II 20-21. Gecikme tazminatı, ancak aynen ifa talebi ile birlikte istenebilecek olup alıcı borcun ifasından vazgeçerek uğradığı olumlu zararın giderilmesini talep etmişse, bu tazminatın yanında gecikme tazminatı talep edilemeyecektir, BGE 45 II 277 E.2.

2. Satıcıya Ek Süre Verilmesi

Alıcının aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde bulunması için satıcıya ek süre vermesine gerek yoktur²⁵. Ancak, alıcının ilave seçimlik haklarını kullanabilmesi için kural olarak satıcıya uygun bir süre vermesi (veya uygun bir süre verilmesini hâkimden istemesi) gerekmektedir (TBK m. 123)²⁶. Böylelikle alıcının ek seçimlik haklarından olan aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden dönüp sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi için satıcıya uygun bir ek süre tanınması²⁷ aranacaktır. Alacaklı, ek süreyi temerrüt ihtarı ile birlikte de verebilir²⁸.

²⁵ Schwenzer, **OR AT**, N. 66.15; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2759; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 154; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 946; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1647 dn. 609; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 104.

²⁶ Ek süre verilmesinin, seçimlik haklarının kullanılmasının ön koşulu olduğuna dair: Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 58; Schenker, **a.g.e.**, N.452; bunun bir külfet olduğuna dair bkz. Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 11.

²⁷ Ek süre verilmesine ilişkin beyanın içeriğine ilişkin açıklamalar için bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 453 vd.

²⁸ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 149; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Borçlar Hukuku II. Kısım, Madde 41-109** (Çeviren: Recai Seçkin), İkinci Bası, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1950 (Anılış: Oser, Schönenberger, Borçlar Hukuku), Art. 107, N. 13; Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 12; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 57, 100; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 11; Max Keller, Christian Schöbi, **Schweizerische Schuldrecht: Band 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Bası, Basel, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1988 (Anılış: Keller, Schöbi, I), s. 271; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.16; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürih, Schulthess Verlag, 2008 (Anılış: Furrer, Müller-Chen, OR AT), § 20, N. 36; Schenker, **a.g.e.**, N. 482; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1517 dn. 424, N. 1655; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1134; Serozan, **İfa**, §17, N. 13.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ek süre tanınmasını da içeren temerrüt ihtarının hükümlerini doğurabilmesi – temerrüdün gerçekleşmesi – için ek sürenin dolmasına gerek yoktur: Eren, **Borçlar Genel**, s. 1117. Borçluya ek süre verilmesi, ifa için yeni bir zamanın belirlenmesi, dolayısıyla temerrüt anının ötelenmesi anlamına kural olarak gelmez: Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 57; Schenker, **a.g.e.**, N. 455. Bu süre içerisinde de borçlu temerrüdü devam edecektir, Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 6; Halil Arslanlı, **Ticarî Bey' I. Cild Umumî Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa**, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955, s. 415. Ancak, söz konusu

Satıcıya ek süre tanınması²⁹ ile satıcıdan bu süre içerisinde borcunu ifa etmesi talep edilir³⁰. Kanun koyucu, borçluya ek süre verilerek ona son bir şans tanınmış olmasını aramış³¹ ve böylece borçlunun da menfaatini korumayı amaçlamıştır³².

Ayrıca belirtmek gerekir ki satıcıya verilen ek süre uygun olmalıdır. Uygun sürenin ne kadarlık bir zaman dilimine tekabül edeceği her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir³³. Satıcıya tanınan ek sürenin uygun olması için, satıcının dürüstlük kuralı doğrultusunda bu süre içerisinde satılanı teslim borcunu ifa edebilmesine olanak

iharda borçluya verilen ek sürenin ifa zamanının ertelenmesine ilişkin bir öneri de teşkil edebileceği, fakat uygulamada ihtar ile verilen ek sürenin TBK m. 125'teki seçimlik haklara başvurabilmek için verildiği öğretide belirtilmektedir, Eren, **Borçlar Genel**, s. 1117.

²⁹ Borçluya ek süre tanınmasının, hukuki işlem benzeri fiil niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 149; Oser, Schöenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 107, N. 10; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 58; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 7; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 11; Schwenger, **OR AT**, N. 66.16; Keller, Schöbi, **I**, s. 271; Serozan, **İfa**, § 17, N. 13; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 946; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 495; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1136; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 47; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)**, Zürich, Schulthess, 1988 (Anılış: Bucher, **OR AT**), s. 367; burada hukuki işlem olmadığına dair ayrıca bkz. Schenker, **a.g.e.**, N.452; Albert Comment, **De la demeure du debiteur dans les contrats bilatéraux, Art. 107-109 CO** (Tez), Courtelary, 1924, s. 69.

³⁰ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 148-149; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 7; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 11; Pierre Engel, **Traité des obligations en droit suisse**, 2. Bası, Bern, Stämpfli Editions SA, 1997 (Anılış: Engel, **Traité des obligations**), s. 728; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 36; Schwenger, **OR AT**, N. 66.15; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (Art. 184-551)**, Zürich, Schultess, 1972 (Anılış: von Büren, **OR BT**), s. 10; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 946; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1651, 1652; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1134; Serozan, **İfa**, §17, N. 13; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 248.

³¹ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 148; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 55; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 6; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 36; Comment, **a.g.e.**, s. 85; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 946; Antalya, **a.g.e.**, s. 470; Aybay, **a.g.e.**, s. 150.

³² Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 55; Antalya, **a.g.e.**, s. 470; benzer yönde: Schenker, **a.g.e.**, N. 450-451.

³³ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 12; Schenker, **a.g.e.**, N.466.

sağlanmış olması aranmaktadır³⁴. Ancak, ek süre tayininin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını belirlerken her iki tarafın da menfaatleri dikkate alınmaktadır³⁵.

İsviçre Federal Mahkemesine göre somut olayın koşulları dikkate alınarak özellikle edimin türü ve alacaklının hemen ifaya ilişkin menfaati hesaba katılmalıdır. Bu açıdan, alacaklının hemen ifaya olan menfaati ne kadar yüksekse ve edimin yerini getirilmesi ne kadar kolaysa ek sürenin de o kadar kısa olabileceği ifade edilmektedir³⁶. Bu noktada eklemek gerekir ki alacaklının ifaya olan menfaati sürenin belirlenmesinde ayrıca büyük bir önem taşıyabilecektir³⁷. Nitekim, aşağıda açıklanacağı üzere alacaklının ifaya olan çıkarının ortadan kalkması, zaten ek süre vermeye gerek olmayan durumlardan bir tanesidir³⁸.

³⁴ Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1656; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1135; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 947; benzer yönde Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1308; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.16.

³⁵ Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 2; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 67; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 36; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.17; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1656.

Ek sürenin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde tanınmış olması durumunda, bir görüşe göre bu ek süre hüküm ifade etmeyeceğinden alıcının yeniden satıcıya uygun ek süre tanınması gerekmektedir, Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1659. Diğer bir görüşe göre ise, tanınan süre eğer uygun değilse, alıcı seçimlik haklarını beyan ettiği sürenin bitiminde değil, ancak uygun olan sürenin bitiminde kullanabilecektir, Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 10; ayrıca bkz. Becker, **BK OR**, Art. 107; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 412; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1135-1136; N. 23; Serozan, **İfa**, § 17, N. 13. Fakat, bazı yazarlara göre ise eğer satıcı ek sürenin kısa olduğunu ileri sürerse, ancak bu durumda (uygun olmayan) ek süre verilmesi geçersiz sayılmalı ve alıcı yeniden süre tayin etmelidir, Serozan, **İfa**, § 17, N. 13; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 78; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.15; Schenker, **a.g.e.**, N. 476. Böylece, eğer borçlu itiraz etmemişse, süreyi kabul ettiği sonucuna varılmaktadır, Schwenzer, **OR AT**, N. 66.17, Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 25; benzer yönde Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 78; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 13; aksi yönde Arslanlı, **a.g.e.**, s. 412.

³⁶ BGE 105 II 33.

³⁷ Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 67; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 12; Schenker, **a.g.e.**, N.467.

³⁸ Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 67; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 12; Schenker, **a.g.e.**, N.467.

Alıcının tanıdığı ek sürenin ne kadarlık bir zaman dilimine tekabül ettiğinin anlaşılması gerekir³⁹. Bu sebeple, “en kısa zamanda” gibi muğlak ifadelerin, ek süre tanınması anlamına gelmeyeceği kabul edilir⁴⁰. Ayrıca eklenmelidir ki ek süre tanınmasına ilişkin beyan kural olarak bir şekil şartına tabi değildir⁴¹.

Satıcının temerrüdü, tanınan ek süre boyunca da devam eder⁴² ve böylelikle satıcı beklenmedik hâlden sorumlu olmaya devam eder (m. 119)⁴³. Satıcı, verilen süre içerisinde borcunu ifa ederse, alıcı (borca uygun olan) ifa teklifini kabul etmelidir⁴⁴. Bu durumda artık seçimlik haklarını kullanamayacaktır; ancak şartları varsa gecikme tazminatı talep edebilecektir⁴⁵. Böylece, satıcı gecikmiş olsa da alıcı kural olarak verdiği süre sonuna kadar ifayı beklemek durumundadır.

³⁹ Schenker, **a.g.e.**, N.453; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1660; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1134.

⁴⁰ Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1660.

⁴¹ Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht Band II bearbeitet von Jörg Schmid und Susan Emmenegger** 10. Bası, Zürih-Basel-Genf, Schulthess, 2014 (Anılış: Gauch, Schlupe, Emmenegger, OR AT II), N. 2735; Schwenger, **OR AT**, N. 66.16; Schenker, **a.g.e.**, N.464; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1134.

Fakat, bir görüşe göre TTK m. 18(3)’te öngörülen şekil şartı sadece tacirler arası temerrüt ihtarlarında değil aynı zamanda borçluya ek süre tanınmasına ilişkin beyanlar bakımından da uygulanmalıdır, Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1661; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1134 dn. 343.

⁴² Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1654; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1134; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 248; Dilşat A. Keskin, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, **Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık 2007, C.XI, Sayı: 1-2, s. 209-231, s. 218-219.

⁴³ Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1654; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1134; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 249.

⁴⁴ Alıcının bu ifayı kabul etmemesi durumunda satıcının borçlu temerrüdünün sona ereceği kabul edilmektedir, Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1662.

⁴⁵ Serozan, **İfa**, § 17, N. 13; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 2; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 249; ayrıca bkz. Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2016, s. 290.

Borçluya ek süre tanıyan alacaklı, bu süre içerisinde borçlu borcunu ifa etmemişse, (eğer ek seçimlik haklarına başvurmak istiyorsa) TBK m. 125 II'ye göre aynen ifadan vazgeçtiğini sürenin sonunda hemen borçluya bildirmelidir⁴⁶. Böylece, kanun koyucu alacaklının borçlu aleyhine spekülasyon yapma riskini bertaraf etmeyi amaçlamıştır⁴⁷.

Eğer alacaklı hemen bildirimde bulunmazsa, alacaklının aynen ifayı (ve gecikme tazminatını) talep ettiği kabul edilir⁴⁸. Ancak satıcıya (tekrar) ek süre vermişse ve bu süre içerisinde de satıcı borcunu ifa etmemişse (hemen bildirimde bulunarak) yeniden ilave

⁴⁶ İşlerin olağan akışına ve durumun özelliklerine göre alacaklıdan ne zaman bildirimde beklenebilirse, bildirimin o zaman yapılması gerekir: Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2760; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 14. Böylece alıcıya uygun bir düşünme ve karar süresi tanınmış olacaktır, Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 145. Ancak bildirimin ne zaman yapılması gerektiği tespit edilirken her iki tarafın da menfaatleri dikkate alınacaktır: Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 145; Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 36; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 14. İsviçre Federal Mahkemesinin İBK m. 214'teki (TBK m. 235) hemen ifadesinin benzer yönde değerlendirmesine ilişkin bkz. “*Sie mussten ihm aber den Rücktritt "sofort" anzeigen (Art. 214 Abs. 2), d.h. sobald es ihnen nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang und den besonderen Umständen des Falles zugemutet werden konnte*”, BGE 96 II 50.

⁴⁷ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 18; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 142; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2760; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 14; von Tuhr, Escher, **AT II**, s.153; Keller, Schöbi, **I**, s. 280; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.25; BGER, 23.06.2004, 4C.58/2004; BGE 69 II 245-246.

⁴⁸ Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 146; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 11; Max Keller, Kurt Siehr, **Kaufrecht: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht**, Zürich, Schultess, 1995 (Anılış: Keller, Siehr, Kaufrecht), s. 35; Keller, Schöbi, **I**, s. 280; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 26; Engel, **Traité des obligations**, s. 731; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 510; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1139; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Antalya, **a.g.e.**, s. 488; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 114; benzer yönde Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, **Le droit des obligations**, 5. Bası, Zürich, Schultess, 2012, N.1312; Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 2; Roger Bär, **Das Fixgeschäft**, Zürich, Schulthess, 1956, s. 63; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 250; Özer Seliçi, “Kesin Vadeli İşlemler” **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.2, Sayı: 3, 1968, s. 92-107, s.106; ayrıca bkz. Max Keller, Thomas Lörtscher, **Kaufrecht: eine systematische Darstellung**, Zürich, Schultess, 1980, s. 28; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR. Band I**, Bern, Stämpfli, 2012 (Anılış: Koller, OR BT), § 4, N. 20; Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 12.

seçimlik haklarına başvurabilecektir⁴⁹. Alacaklının aynen ifadan vazgeçmeye ilişkin beyanında⁵⁰ ilave seçimlik haklarından hangisine başvurduğunu belirtmesinin⁵¹ gerekip gerekmediği öğretide ayrıca tartışmalıdır⁵².

⁴⁹ Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 28; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1312; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 26; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 146; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 11; Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 34; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2759; Buz, Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2005 (Anılış: Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 468-469; von Tuhr, Escher, **AT II**, s.153; farklı yönde Keller, Schöbi, **I**, s. 280. Bu doğrultuda alacaklının birden çok defa ek süre verebileceği kabul edilmektedir, Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 11; Thvenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 26; benzer yönde von Büren, **OR BT**, s. 10, dn. 28. Ancak, alacaklının tekrar tekrar ek süre tanınmasının sınırları da dürüstlük kuralı ile çizilecektir, Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 34; Thvenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 26; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 11.

Ek süre verilmesine rağmen borçlunun bu süre içerisinde de edimini yerine getirmemesi durumunda, (aynen ifadan vazgeçtiğine dair hemen bildirimde bulunmamışsa) alacaklının aynen ifayı talep ettiğinin kabul edilmesinin, çoğunlukla alacaklının gerçek iradesini yansıtmayacağına ilişkin eleştiriler için de ayrıca bkz. Theo Guhl, “Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem Obligationenrecht”, **Festgabe für Karl Wieland**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1934, s. 134-148 (Anılış: Guhl, Rücktritt), s. 141-142; aksi ynde Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 2; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 3.

⁵⁰ Aynen ifadan vazgeçmeye ilişkin hakkın yenilik doğuran hak niteliğinde olduğuna dair bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2762; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 14; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 36; Herbert Schönle, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Teilband V 2a: Kaufund Schenkung, Erste Lieferung: Art.184-191 OR**, Ed. Peter Gauch, Zürich, 1993 (Anılış: Herbert, ZK, OR), Art. 190, N. 6.

⁵¹ Alacaklının seçimlik hakkını kullanmasına ilişkin bildirimini açık veya örtülü irade beyanı ile yapabileceğine dair bkz. Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 36. Bu bildirimin yorumlanmasında yoruma ilişkin genel ilkelerin uygulanacağına dair bkz. Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 37; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2766. Bu doğrultuda güven ilkesinden yararlanabileceğine dair bkz. Thvenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 22; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2766; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 15; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 118.

⁵² İkinci veya üçüncü seçimlik haklardan hangisini kullandığını da hemen bildirmesi gerektiğine dair bkz. Thvenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 21; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2765; Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 107, N. 32, 34; Schenker, **a.g.e.**, N. 559-560. Ancak, bu görüşteki bazı yazarlar alacaklının hangi seçimlik hakkını kullandığını belirtmemesi durumunda borçlunun alacaklıdan seçimlik hakkını hemen kullanmasını istemesi

3. Ek Süre Verilmesine Gerek Olmayan Durumlar

a. Genel Bakış

Borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere göre alacaklının ek seçimlik haklarına başvurabilmesi için kural olarak borçluya ek süre vermesi gerekmektedir. Ancak TBK m. 124'te düzenlenen durumlardan birisi⁵³ söz konusu ise alacaklının borçluya ek süre vermesine gerek yoktur⁵⁴.

TBK m.124/b.1'de borçlunun davranışları sebebiyle süre verilmesi 'etkisiz' olaksa alacaklının borçluya ek süre vermesine gerek olmadığı düzenlenmiştir. Böylece, TBK m. 124/b.1'de ek süre vermenin bir etki doğurmayacağı, anlamsız olacağı durumlarda – dürüstlük kuralının uzantısı olarak – ek süre verme gerekliliğinin kalkacağı düzenlenmiştir⁵⁵. TBK m. 124/b.1 bakımından verilen tipik örneklerden bir tanesi,

gerektiği, bunu ihmâl ederse alacaklının daha sonra da ilave seçimlik haklarından birini kullanabileceğine dair bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 564; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 152.

İkinci veya üçüncü seçimlik haklardan hangisini kullandığını da hemen bildirmesi gerek olmadığına dair bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 15.

Alacaklının hangi seçimlik hakkı kullandığına dair hemen bildirimle bulunmayarak edim değeri ve karşı edim değerindeki yükselme/düşüşler üzerinden spekülasyon yapma ihtimali söz konusu olabilse de menfaatler dengesinde alacaklıya hangi seçimlik hakkı kullanacağına uygun bir düşünme süresi (örneğin avukatına danışması) içerisinde karar verip daha sonra – dürüstlük kuralına uygun bir süre içerisinde – alacaklının bunu borçluya bildirmesinin yeterli olacağına dair bkz. Guhl, **Rücktritt**, s. 143.

⁵³ Olayların önemli kısmında İBK m. 108'de (TBK m. 124) düzenlenen durumların birlikte gerçekleşeceğine dair bkz. Comment, **a.g.e.**, s. 85-86.

⁵⁴ TBK m. 124 emredici hüküm niteliğinde değildir, taraflar m. 124'te düzenlenen durumlarda dahi ek süre verilmesinin gerekeceğini kararlaştırabilirler, Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 8; benzer yönde Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 9; BGer, 24.09.2002, 4C.133/2001.

⁵⁵ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 2; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 9; benzer yönde: Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 3; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 4; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.19; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2742; Schenker, **a.g.e.**, N. 503. Bu bağlamda, TBK m. 124/b.1 bakımından önemli olanın borçlunun şimdiki veya geçmiş davranışlarını göz önünde bulundurarak gelecekte nasıl davranacağını tahmin etmeye çalışmak olduğuna dair bkz.

borçlunun edimi yerine getirmeyeceğini (kesin bir şekilde) alacaklıya bildirmesidir⁵⁶. TBK m. 124/b.2’de ise borçlunun gecikmesi nedeniyle⁵⁷ alacaklının ifaya⁵⁸ olan menfaati kalmadıysa⁵⁹ alacaklının ek süre vermesine gerek olmadığı düzenlenmiştir⁶⁰. İfanın yararsız kalmasının borçlu tarafından bilinebilir olmasının aranıp aranmayacağı öğretide tartışmalıdır⁶¹.

Schenker, **a.g.e.**, N. 504; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 11; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 5.

⁵⁶ BGE 97 II 64; BGE 110 II 144; von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 150; Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 3; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 3; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 15; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 2; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2742; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 37; Schenker, **a.g.e.**, N.505; Bär, **a.g.e.**, s. 10; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 419-421; ayrıca bkz. BGE 116 II 440-441.

⁵⁷ Ancak, bu durumda ifanın alacaklı için yararsız hâle gelmesi ile borçlunun gecikmesi arasında nedensellik bağı olmalıdır. Başka bir deyişle, borçlunun gecikmesinden önce, ifanın başka bir sebepten yararsız kalması söz konusu ise bu durum bendin uygulanması için yeterli olmayacaktır. von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 151, dn. 60; Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 4; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 9; Weber, **BK OR**, Art. 108, N.27; Schenker, **a.g.e.**, N.509; Keppler, **a.g.e.**, s. 1; Bär, **a.g.e.**, s. 11; Comment, **a.g.e.**, s. 90.

⁵⁸ İBK m. 108/b.2’nin Almanca metninde alacaklının edime (*Leistung*) olan menfaatinden, Fransızca metninde ise borcun ifasına (*l'exécution de l'obligation*) olan menfaatten söz edilmiştir. Fransızca metindeki ifadenin daha uygun olduğuna dair bkz. Comment, **a.g.e.**, s. 88. Bu doğrultuda bu çalışmada TBK m. 124/b.2’nin ifadesi de dikkate alınarak ifaya olan menfaatten söz edilmiştir.

⁵⁹ İfanın alacaklı için yararsız hâle gelip gelmediği değerlendirilirken, alacaklının ifanın gecikeceğini bilseydi dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeyi kurup kurmayacağına bakılması gerektiğine dair bkz. Bär, **a.g.e.**, s. 12. İfanın alacaklı için yararsız kalıp kalmadığı tespit edilirken alacaklı ile aynı durumda olan bir kişi için ifanın hâlâ bir değeri olup olmadığı ve ifayı kabul etmesinin (karşı edimi de yerine getirmekle yükümlü olduğu da göz önüne alınarak) alacaklıdan makul olarak beklenip beklenemeyeceğine bakılması gerektiğine dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 23; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2745; benzer yönde. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 8; Schenker, **a.g.e.**, N. 510. İfanın yararsız kalıp kalmadığı değerlendirilirken objektif bir değerlendirme yapmaya gerek olmadığına dair bkz. Comment, **a.g.e.**, s. 89.

⁶⁰ Schwenzer, **OR AT**, N. 66.20; Keller, Schöbi, **I**, s. 272; Bär, **a.g.e.**, s. 11, 13; Keppler, **a.g.e.**, s. 1; Serozan, **İfa**, § 17, N. 13; bu konuda ayrıca bkz. Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 4; BGE 42 II 243.

⁶¹ Öğretide bir görüş, TBK m. 124/b.2’nin (İBK m. 108/b.2) uygulanabilmesi için, borçlunun ifada gecikmesi durumunda, ifanın alacaklı için yararsız kalabileceğinin borçlu tarafından bilinebilir olması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 8; Thévenoz, **Commentaire**

Süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan bir diğeri ise TBK m. 124/b.3'te düzenlendiği üzere “Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa” söz konusu olmaktadır. TBK m. 124/b.3'te yer alan bu düzenleme, kesin vadeli işlemleri (*Fixgeschäft*) ifade etmektedir⁶².

Bazı yazarlar, kesin vadeli işlemlere ilişkin TBK m. 124/b.3'te yer alan düzenlemenin, (borçlunun gecikmesi sebebiyle ifanın alacaklı için yararsız hâle gelmiş

Romand, Art. 108, N. 8; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.20; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2745; Schenker, **a.g.e.**, N.512; Bär, **a.g.e.**, s. 12; Bucher, **OR AT**, s. 370, dn. 163; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 423.

Ancak bu görüşteki bazı yazarlara göre alacaklının alışıl gelmiş bir amaç izlememesi durumunda borçluyu bilgilendirmesi gerekir: Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 9; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 8. Bu görüşe göre, TBK m. 124/b.2'nin uygulanabileceğini bilmeyen borçlu açısından, alacaklının ek süre vermeye gerek kalmadan derhâl aynen ifadan vazgeçmesi ağır bir sonuç doğuracaktır. Ayrıca, borçlu tarafından ifanın yararsız kalabileceğinin bilinebilir olması ile kesin vadeli işlemlerdeki tarafların m. 124/b.3 doğrultusunda anlaşmış olmalarının farklı anlamlara gelebileceği kabul edilmektedir, Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 8, dn. 11.

Borçlu tarafından ifanın yararsız kalınacağına bilinebilir olmasını aramayan görüş için bkz. von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 151; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 5, 28; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 4; Keller, Schöbi, **I**, s. 273; Comment, **a.g.e.**, s. 90. Bu görüşe göre, ifanın yararsız kalması sebebiyle alacaklının ek süre vermeden ek seçimlik haklarına kavuşabilmesine ilişkin menfaati, borçluyu koruma ihtiyacına nazaran daha ağır basmaktadır, von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 151. Alacaklının ifaya olan menfaatinin ortadan kalktığına borçlu tarafından bilinebilir olması şartını aramamakla birlikte, alacaklının edimden yararlanmaya ilişkin amacının alışıl gelmiş bir amaç olmaması durumunda, bu durumu borçluya bildirmemiş olmasının tazminatın belirlenmesi bakımından zarar görenin kusuru olarak rol oynayabileceğine dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 28.

⁶² Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 5; von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 151; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 12; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 4, 30; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 5; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2746; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 32, N. 18; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.21; Bucher, **OR AT**, s. 370; Engel, **Traité des obligations**, s. 730; Bär, **a.g.e.**, s. 2 vd.; Keppler, **a.g.e.**, s. 2 vd.; Comment, **a.g.e.**, s. 90; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 993; Melek Bilgin Yüce, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 96. TBK m. 124/b.3 anlamında bir vadenin kararlaştırılması hâlinde, söz konusu borcun “güne bağlı borç” olarak ifade edileceğine dair bkz. Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 249.

olmasına ilişkin) TBK m. 124/b.2'nin özel bir görünümünü teşkil ettiğini ifade etmektedirler⁶³. Çünkü bu yazarlara göre kesin vadeli işlemlerde, borçlunun temerrüde düşmesiyle, ifanın alacaklı için yararsız hâle geleceği varsayılmaktadır⁶⁴. Ancak bu görüş, kesin vadeli işlemlerde borçlunun temerrüdü sonucu alacaklının ifaya olan yararının ortadan kalkmasının sadece bir varsayım (*Fiktion*) niteliğinde olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁵. Nitekim TBK m. 124/b.2'nin aksine kesin vadeli işlemlerin tespit edilmesinde borçlu temerrüdü anında alacaklının ifaya olan yararının ortadan kalkmış olup olmadığı değerlendirilmeksizin⁶⁶, aşağıda da açıklanacağı üzere taraflarca ifa için belirli bir zamanının kararlaştırılması ve taraf iradelerinin ifanın kesinlikle bu tarihte yerine getirileceği yönünde olması aranmaktadır⁶⁷. Bu durumda, kesin vadeli işlemlerden söz edebilmek için tarafların buna dair anlaşması aranmış olup⁶⁸ ayrıca alacaklının ifaya olan menfaatinin devam edip etmediğine bakılmamaktadır.

⁶³ Keppler, **a.g.e.**, s. 2, 31; Seliçi, **a.g.m.**, s. 98. Bu durumda, ek süre vermeye gerek kalmadığını ispat etmek isteyen taraf, ya alacaklı için ifanın yararsız kaldığını ya da tarafların kesin vade kararlaştırmış olduğunu ispat edebilir. Bunlar arasında ispat açısından kolaylığı açısından tercihini yapabilecektir: Bär, **a.g.e.**, s. 14; ayrıca bkz. Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 6.

⁶⁴ Fritz Voser, **Der Schuldnerverzug im schweizer. Obligationenrecht**, Dissertation, Zürich, 1914, s. 92; Keppler, **a.g.e.**, s. 3, 31; Serozan, **İfa**, § 5, N. 9; Seliçi, **a.g.m.**, s. 98, 106-107; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 37.

⁶⁵ Bär, **a.g.e.**, s. 14; benzer yönde Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2747; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 5.

⁶⁶ Alacaklının ifaya olan menfaatinin ortadan kalkmadığı durumlarda da kesin vadeli işlemler söz konusu olabilir: Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 5; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2747.

⁶⁷ Keller, Schöbi, **I**, s. 273-274; Bär, **a.g.e.**, s. 14. Yazar, kesin vadeli işlemde söz edebilmek için sözleşmenin kurulması sırasında tarafların ifa zamanını kesin vade olarak kararlaştırılmış olması gerekliliğinden yola çıkarak, kesin vadeli işlemin tespiti bakımından sözleşmenin kurulması anına bakılacağı, ancak TBK m. 124/b.2 bakımından ifanın yararsız kalıp kalmadığının tespitinin ise borçlunun temerrüde düştüğü an bakımından değerlendirileceğini belirtmektedir: Bär, **a.g.e.**, s. 14.

⁶⁸ TBK m. 124/b.2 düzenlemesinin, kesin vadeli işlemlerden daha geniş kapsamlı olduğuna, nitekim ifanın yararsız kaldığından söz edebilmek için tarafların anlaşmasına ihtiyaç bulunmadığına,

b. Özel Olarak Kesin Vadeli İşlemler

Kesin vadeli işlemlerden söz edebilmek için, tarafların borcun mutlaka (*genau-exactement*) hangi tarihte veya hangi süre içerisinde ifa edileceğini kararlaştırmış olması gerekir⁶⁹. İfa zamanı olarak kesin vadenin (*Stichtag/Fixtermin/qualifizierter Verfalltag/terme fatal*)⁷⁰ kararlaştırıldığı bu işlemler, kesin vadeli işlem (*Fixgeschäft*) olarak adlandırılmaktadır⁷¹.

Öğretide kesin vadeli işlemler “tarafların, ifa zamanını kesin olarak tayin etmek suretiyle kararlaştırılan zamanda borçlunun (borcunu ifa etmeyerek) temerrüde düşmesi sonucunda alacaklının aynen ifadan vazgeçerek TBK m. 125/II ve III’te düzenlenen

edimden yararlanma amacından bu durumun anlaşılabilirliğine dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 5, 24; Schenker, **a.g.e.**, N. 530.

⁶⁹ Oser, Schöenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 5; von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 151; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 12; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 5; Keller, Schöbi, **I**, s. 273; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 34; Schwenger, **OR AT**, N. 66.21; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2746; Bucher, **OR AT**, s. 370; Keppler, **a.g.e.**, s. 2; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 806; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 993, 1728; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1137; Serozan, **İfa**, § 17, N. 13; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 424-425; Seliçi, **a.g.m.**, s. 95; Keskin, **a.g.m.**, s. 212-213; Havutçu, **a.g.e.**, s. 53. Alman hukuku bakımından benzer yönde Ingo Koller, **Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar** (herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack, Carsten Schäfer), De Gruyter, 2013 (Anılış: Yazar adı, Großkommentar HGB), § 376, N. 12-13; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 4; Oetker/Koch, Hartmut Oetker, **Handelsgesetzbuch**, 5. Bası, Münih, C.H. Beck, 2017 (Anılış: Oetker/Yazar adı, HGB), § 376, N. 1.

⁷⁰ Bär, **a.g.e.**, s. 15; Schenker, **a.g.e.**, N. 518. “*Stichtag*” ifadesinin edimin kararlaştırılan zamandan daha önce yerine getirilemeyeceği durumları anlatmak için kullanıldığına dair bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 519. “*qualifizierter Verfalltag*” ifadesi için bkz. Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 5. “*terme fatal*” ifadesi için bkz. Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N.1310.

⁷¹ Bkz. dn. 62.

seçimlik haklarına başvurabileceği” tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler⁷² olarak tanımlanmaktadır⁷³.

Kesin vadeli işlemlerin söz konusu olabilmesi için tarafların hem ifa zamanını kesin olarak belirlemiş olmaları hem de edimin mutlaka kararlaştırılan zamanda yerine getirileceği üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir⁷⁴. Söz konusu iki unsurdan bir tanesinin eksik olması durumunda kesin vadeli işlem den söz edilemeyecektir⁷⁵.

Kesin vade kararlaştırıldığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispat etme yükü altındadır⁷⁶. Bu sebeple kural olarak ek süre vermeye gerek olmadığını iddia eden alacaklı ispat yükünü taşıyacaktır⁷⁷. Bu durumda, tereddüt hâlinde kararlaştırılan ifa zamanının, belirli vade niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁸.

⁷² Kesin vadeli işlemlerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için söz konusu olabileceğine dair bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 2.; Seliçi, **a.g.m.**, s. 94; Bär, **a.g.e.**, s. 17.

⁷³ Bär, **a.g.e.**, s. 17.

⁷⁴ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2746; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 31-33; Schenker, **a.g.e.**, N. 517; Keppler, **a.g.e.**, s. 4, 7-8. Alman hukuku bakımından benzer yönde Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 12-13.

⁷⁵ Keppler, **a.g.e.**, s. 7-8.

⁷⁶ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 4, 61; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 3; Engel, **Traité des obligations**, s. 730 Schenker, **a.g.e.**, N. 531; Seliçi, **a.g.m.**, s. 101; BGE 49 II 228.

⁷⁷ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N.1, 10; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 4; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 1; Hans Peter Walter, **Art. 8 ZGB, Berner Kommentar Band/Nr. I/1Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht** (Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter), Bern, Stämpfli Verlag, 2012, N. 580 (Anılış: Walter, BK-ZGB). İki taraflı kesin vadeli işlemler bakımından borçlunun da kesin vadeli işlemi iddia etmesinin söz konusu olabileceğine dair bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 531. İki taraflı kesin vadeli işlemlere ilişkin açıklamalar için bkz. dn. 518.

⁷⁸ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 40; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 3; Seliçi, **a.g.m.**, s. 101; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 94; benzer yönde Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 10; ayrıca bkz. Keller, Schöbi, **I**, s. 216. Alman hukuku bakımından bkz. Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 13; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 13; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **Heymann-Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) Band 4: § 343-475h** (herausgegeben von Norbert Horn), 2. Bası, Berlin, De Gruyter Recht, 2005 (Anılış: Heymann/Yazar adı, HGB), § 376, N. 8; Adolf

Ayrıca belirtmelidir ki öğretide kesin vadeli işlemler de kendi içerisinde nispi kesin vadeli işlemler ve mutlak kesin vadeli işlemler olarak ikiye ayrılıp incelenmektedir⁷⁹. Mutlak kesin vadeli işlemlerin, borçlunun borcunu ifa edebileceği zaman diliminin kaçırılması hâlinde, artık borçlunun borcunu ifa etmesinin imkânsız olacağı⁸⁰ durumlarda söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁸¹. Böylelikle, mutlak kesin

Baumbach, Klaus J. Hopt, **Handelsgesetzbuch: HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)**, 38. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Anılış: Baumbach/Hopt/Yazar adı, HGB), § 376, N. 7; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 9.

Ancak, kesin vadeyi iddia eden kişinin bu iddiasını ispatlaması gerekeceğinden, genel ispat kurallarına nazaran daha ağır şartlar kabul edilmesine gerek olmadığına dair bkz. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 9.

⁷⁹ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 41; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 6; Furrer, Wey, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht -Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR** (herausgegeben von Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), 3.Bası, Schulthess, 2016 (Anılış: Yazar adı, CHK). OR Art. 108, N. 20; Schwenzer, **OR AT**, N. 7.18; 66.21; Bucher, **OR AT**, s. 376; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2018 (Anılış: Eren, Borçlar Özel), s. 70; Serozan, **İfa**, § 17, N. 13, § 5, N. 2; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 91 vd.; Keskin, **a.g.m.**, s. 214; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 103 vd.

Alman hukuku bakımından bkz. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, 21. Bası, Münih, C.H. Beck, 2015, § 34, N. 411 vd; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 2; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 2; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 1 vd.; Ingo Koller, Kindler Peter, Wulf-Henning Roth, Winfried Morck, **Handelsgesetzbuch: HGB**, 8. Bası, Münih, C.H. Beck, 2015 (Anılış: Koller/Kindler/Roth/Morck/Yazar adı, HGB), § 376, N. 1; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 11; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 8-9; Hans-Theodor Soergel, Walther Hadding, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB Band 2: Schuldrecht I §§ 241 – 432**, 12. Bası, Stuttgart/Berlin/Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1990 (Anılış: Soergel/Yazar adı, 12. Bası), **12. Bası**, BGB § 361, N. 1.

⁸⁰ Mutlak kesin vadeli işlemlerde edimin kendisinin (*Leistungssubtrat*) değil ama edimin biçiminin (*Leistungsmodalität*) imkânsız hâle geleceğine dair bkz. Roland Schwarze, „Steht und fällt“- Das Rätsel der relativen Fixschuld”, **Archiv für die civilistische Praxis**, Cilt: 207, Sayı: 4/5, Ekim 2007, s. 437-455, s. 440.

⁸¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N 34; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 35, 42; Claire Huguenin, **Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Bası, Zürih, Schultess, 2014, N. 2518; Schwenzer, **OR AT**, N. 7.18; 66.21; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 992, 1499; Serozan, **İfa**, § 17, N. 1, 13; Keskin, **a.g.m.**, s. 222-223. Alman hukuku bakımından bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 2; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 2; Medicus, Lorenz, **Schuldrecht I**,

vadenin kaçırılmasıyla birlikte ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulanacaktır⁸². TBK m. 124/b.3'te düzenlenen kesin vadenin ise nispi kesin vadeye tekabül ettiği kabul edilir⁸³. Taraflar nispi kesin vade kararlaştırmışlarsa, borçlunun nispi kesin vadeye uygun olarak borcunu ifa etmemesi durumunda, ifa imkânsızlığı söz konusu olmamakla birlikte⁸⁴, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanacaktır. Öğretide bazı yazarlarca eleştirilen⁸⁵ bu ayrıma göre kesin vade, bu çalışmada nispi kesin vadeyi ifade etmek için kullanılmıştır.

(1) Belirli Bir Zamanın Kararlaştırılmış Olması

Kesin vadeli işlemde söz edebilmek için her şeyden önce ifa zamanının kesin olarak belirlenmiş olması gerekmektedir⁸⁶. Temlik borcu doğuran sözleşmelerden olan

§ 34, N. 411; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 1; Grunewald, **MünchKomm**, **HGB** § 376, N. 11; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 9. Mutlak kesin vadeye ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Elena Dubovitskaya, "Absolute Fixgeschäfte", **Archiv für die civilistische Praxis**, Cilt: 215, 2015, s. 581-609, s. 581 vd.; Keskin, **a.g.m.**, s. 216 vd. Böylece, borcun ifa edilebilirliği ve talep edilebilirliği ortadan kalktığı ifade edilmektedir, Keskin, **a.g.m.**, s. 217, dn. 40.

Mutlak kesin vadeli işlemlerde, vadenin kaçırılmasıyla birlikte edimin hâlâ mümkün olduğu, ancak ifa olarak kabul edilemeyeceği ve bu sebeple ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasının daha yerinde olduğuna dair bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2749. İfa zamanının geçmesiyle birlikte ifa imkânsızlığının söz konusu olabileceğine dair bkz. Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, Sayı: 3, 2008, s.673-718, s. 690.

⁸² Furrer, Wey, **CHK**, OR Art. 108, N. 20; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 6; açıklamalar için bkz. Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1499; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N 34; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Bern, 2003 (Anlış: Honsell, OR BT); Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2518; Serozan, **İfa**, § 17, N. 1, 13. Alman hukuku bakımından bkz. Medicus, Lorenz, **Schuldrecht I**, § 34, N. 411; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 2; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 2; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 1.

⁸³ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 43; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.21; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Dural, **a.g.e.**, s. 103-104; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 96.

⁸⁴ Serozan, **İfa**, § 5, N. 9; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 94.

⁸⁵ Eleştiriler için bkz. Bär, **a.g.e.**, s. 19; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 14; Schenker, **a.g.e.**, N. 24 vd.

⁸⁶ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 32; Bär, **a.g.e.**, s. 42-43; Schenker, **a.g.e.**, N. 518; Keppler, **a.g.e.**, s. 4; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1137; Keskin, **a.g.m.**, s. 213; BGE 46 II 165-166. Alman hukuku bakımından benzer yönde Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 12;

satış sözleşmesinde⁸⁷ satıcının borcu bakımından kesin vadenin söz konusu olması için (kural olarak) teslim zamanının belirlenmiş olması gerekir⁸⁸.

TBK m.124/b.3'te belirli bir zamanın (veya belirli bir sürenin) ne anlama geleceği tanımlanmamıştır. Bu sebeple, TBK m. 117 II'deki belirli vadeli işlemlere ilişkin kabul edilen ilkelerin kesin vadeli işlemlerde belirlilik şartının tespiti bakımından uygulanabileceği kabul edilmektedir⁸⁹. Böylece, kesin vadeli işlemde söz edebilmek için öncelikle kararlaştırılan ifa zamanının belirli vade niteliğinde olması gerekir.

Kesin vadeli işlemlerde ifanın belirli bir tarihte gerçekleştirileceği kararlaştırılabileceği gibi belirli bir süre içerisinde gerçekleştirileceği de kararlaştırılabilir⁹⁰. Kesin vadenin hangi tarihi veya hangi süreyi ifade ettiği tarafların anlaşmasından kesin olarak tayin edilmelidir⁹¹. Bununla kastedilen, belirli bir tarih olarak kararlaştırılan vadenin hangi güne tekabül ettiğinin veya ifa zamanı olarak belirli bir

Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 5; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 6; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11.

⁸⁷ Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 51; Bär, **a.g.e.**, s. 42-43.

⁸⁸ Bär, **a.g.e.**, s. 42-43.

⁸⁹ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 7; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 9; Bär, **a.g.e.**, s. 13; Schenker, **a.g.e.**, N. 518; benzer yönde Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 7. Bazı yazarlar ise, belirli vadeye ilişkin düzenlemeden belirlilik şartının sağlanıp sağlanmadığının tespiti bakımından kıyasen yararlanılabileceğini kabul etmektedirler, Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 32.

⁹⁰ Rolf H. Weber, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band/Nr. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2005 (Anılış: Weber, BK OR), Art. 75, N. 49; Bär, **a.g.e.**, s. 43; Kepler, **a.g.e.**, s. 2.

⁹¹ Bär, **a.g.e.**, s. 43; Alman hukuku bakımından Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11.

zaman diliminin kararlaştırılması durumunda bu zaman diliminin sonunun hangi güne tekabül ettiğinin taraflarca şüpheye mahal verilmeksizin belirlenmiş olmasıdır⁹².

Örneğin, ifa zamanı için kararlaştırılmış olan “en kısa zamanda”, “süratle” gibi ifadelerin, belirli bir zamanı göstermemesi sebebiyle, kural olarak⁹³ kesin vade anlamına gelmeyecektir⁹⁴. İsviçre hukukunda çeşitli mahkeme kararlarında da “mümkün olduğunca erken”⁹⁵ “mümkün olduğunca çabuk”⁹⁶ “hemen teslim edilebilir”⁹⁷ gibi ifadelerin kesin vadeli işlemler için gereken belirlilik şartını sağlamayacağı kabul edilmiştir.

Taraflar doğrudan belirli bir takvim gününü, kesin vade olarak kararlaştırmış olabilirler⁹⁸. Ancak, taraflar, doğrudan bir takvim gününü kararlaştırmamış olsalar bile kesin vadeli işlemlerden söz edebilmek için, ifa zamanının önceden “takvim günü olarak” sözleşmeden hesaplanabiliyor veya tespit edilebiliyor olması yeterlidir⁹⁹. Örneğin,

⁹² Bär, **a.g.e.**, s. 43; benzer yönde bkz. Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Zürih, Schultess, 1964 (von Büren, OR AT), s. 373, dn. 47. Alman hukuku bakımından benzer yönde Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 12; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11.

⁹³ Gıda sektöründe ayrıca bir tarihe yer vermeksizin “hemen teslimin (*Lieferung prompt*)” kararlaştırılmış olması durumunda kesin vadeli işlemin kabul edilebileceğine dair bkz. Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11.

⁹⁴ Seliçi, **a.g.m.**, s. 96. Alman hukuku bakımından benzer yönde Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 12; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 5; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 4.

⁹⁵ Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 16.

⁹⁶ Bu ifade için bkz. ZR, Cilt: 17, N. 99. Alman hukuku bakımından benzer yönde Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 12.

⁹⁷ ZR, Cilt: 20, N. 156.

⁹⁸ Keppler, **a.g.e.**, s. 4; Alman hukuku bakımından benzer yönde Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11. Örneğin, taraflar belirli bir takvim günü olarak 25 Ağustos 2018 tarihinde satılanın teslimini veya takvim günü olarak tespit edilmiş süre bakımından sözleşmenin kurulmasından itibaren 30 Kasım 2018 tarihine kadar satılanın teslimini kararlaştırmış olabilirler, örnekler için bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 4, dn. 15.

⁹⁹ Seliçi, **a.g.m.**, s. 95; Keskin, **a.g.m.**, s. 213. HGB § 376 anlamında nispi kesin vade bakımından belirli bir olayın meydana gelmesinden sonra tarih, takvim günü olarak tespit edilebiliyorsa

taraflar satılanın mutlaka sözleşmenin kurulmasını takip eden 10. günde teslim edilmesini kararlaştırmışlarsa, bu şart sağlanmış olacaktır. Bazı durumlarda ise örf ve adetlerden veya teamüllerden¹⁰⁰ (hatta tek başına taraflar arasında oluşan teamüllerden) söz konusu tarih takvim günü olarak tespit edilir¹⁰¹. Ayrıca, kesin vade tarihinin en geç ifa zamanından önce bilinebilir veya hesaplanabilir olması öğretide bazı yazarlarca yeterli bulunmakla birlikte¹⁰² ifa zamanının sözleşme kurulduktan sonra gelişen olaylara bağlı olarak tespit edilebilmesi durumunda kesin vadenin söz konusu olup olmayacağı öğretide ayrıca tartışmalıdır¹⁰³.

Tarafların belirli bir zamanı tayin etmiş olmalarının bir diğer anlamı ise, tarafların ifa zamanını belirsiz, müphem bir şekilde kararlaştırmamış olmasıdır¹⁰⁴. Bu sebeple,

belirlilik şartının yerine geleceğine dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 10; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 5; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 4; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11.

Borcun mayıs ayında ifa edilmesi kararlaştırılmışsa bu zaman diliminin son günü 31 Mayıs tarihine denk düşecektir, bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 12; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 4; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11. Son örnekte kesin vadeli işlemin olmayacağına dair bkz. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 5.

¹⁰⁰ Bu konuda bkz. dn. 129 ve 130.

¹⁰¹ Bär, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁰² Keppler, **a.g.e.**, s. 4-5. Yazara göre, kural olarak her ne kadar ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan olaylara bağlı olarak ifa zamanı kararlaştırılmışsa *ör.* deniz taşımacılığı başlayınca, kesin vade için aranan belirlilik şartı sağlanmamış olacaktır; ancak ifa zamanından önce söz konusu tarih bir takvim günü olarak tespit edilebiliyorsa, *ör.* deniz taşımacılığı başladıktan 10 gün sonra, bu belirlilik şartı için yeterli olacaktır, Keppler, **a.g.e.**, s. 4-5.

¹⁰³ Bu husustaki tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm: III.B.1.

¹⁰⁴ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 38; Bär, **a.g.e.**, s. 43. Alman hukuku bakımından bu yönde Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 4.

belirlenen tarih yaklaşık olarak öngörülmüşse, yine belirlilik şartı yerine gelmemiş olacaktır¹⁰⁵.

Gönderilecek borçlar bakımından, tarafların belirli bir gönderme tarihi üzerinde anlaşmış olmaları durumunda, söz konusu tarihin TBK m. 124/b. 3'ün şartlarını sağlanması bakımından yeterli olup olmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Satış sözleşmeleri bakımından satıcının satılanı göndermesi için tarafların belirli bir zamanı kararlaştırmış olması durumunda, söz konusu tarih alıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devralacağı zamanı işaret etmemektedir¹⁰⁶. Nitekim, ifa yeri kural olarak aynı zamanda edim sonucunun (*Leistungserfolg*) gerçekleşeceği yer olmakla birlikte¹⁰⁷, gönderilecek borçlarda, edim fiili (*Leistungshandlung*) ile edim sonucu (*Leistungserfolg*) aynı yerde gerçekleşmemektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 16; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N.5; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2746, dn. 113; Keppler, **a.g.e.**, s. 6; “yaklaşık 2 hafta içinde (*innert ca. zwei Wochen*)” ifadesinin belirlilik şartını sağlamayacağına dair bkz. BGE 121 III 453; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 5. Taraflar, ifa zamanını “Şubat sonu/Mart başı” olarak kararlaştırmışlarsa, belirlilik şartının yerine gelmeyeceğine dair bkz. Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 11.

¹⁰⁶ Bär, **a.g.e.**, s. 44; Özge A. Yenice, **Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu Hükümleri (CISG) Işığında Gönderme Satımı**, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2015, s. 7; ayrıca bkz. Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 207, N. 55, 208, N. 42.

¹⁰⁷ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2105; Schwenzer, **OR AT**, N. 7.06.

¹⁰⁸ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2105; Schwenzer, **OR AT**, N. 7.06; Serozan, **İfa**, § 4, N. 1, 9, ayrıca bkz. Keller, Schöbi, **I**, s. 226-227; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1046. Alman hukuku bakımından Claudia Bittner **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1)**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2014, BGB § 269, N. 2 (Anılış: “Staudinger/Yazar adı, 2014). Gönderilecek borçlar bakımından ifa yeri (*Erfüllungsort*), borçlu satılanı nereden gönderecekse o yer olup edim sonucu yeri (*Erfolgort*) varma yeridir (*Bestimmungsort*), Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2106, ayrıca bkz. Schwenzer, **OR AT**, N. 7.06. Öğretilde, bu ayrımı gösterebilmek için borçlu borç konusunu nereden gönderecekse (ör. borçlunun yerleşim yeri) bu yerin “edim yeri (*Leistungsort*)” olarak isimlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Çünkü bu yerin “ifa yeri” olarak adlandırılması durumunda, bunun edim sonucunun gerçekleşeceği yeri mi (ör. alıcının satılanı teslim alacağı yer) yoksa edim fiilinin

İsviçre Federal Mahkemesi ise bazı kararlarında taraflarca gönderme zamanının belirlenmiş olmasının, kesin vadeli işlemlerde aranan ifa için belirli bir zamanın tayin edilmiş olması şartının yerine gelmesi için yeterli olacağını kabul etmiştir¹⁰⁹. Öğretide de bazı yazarlarca gönderme tarihinin belirlenmesi durumunda kesin vadeli işlemin söz konusu olabileceğini kabul edilmektedir¹¹⁰. Ancak bu yazarların bir kısmı, gönderme tarihinin belirlenmiş olması durumunda teorik olarak kesin vadeli işlemlerin söz konusu olabileceğini kabul etmekle beraber, her ne kadar gönderme tarihi belirlenmiş olsa da pratikte lojistik belirsizlerden ötürü ifa sonucunun ne zaman gerçekleşeceğini genellikle kesin olarak tespit edilememesi sebebiyle, bu durumların çoğunda kesin vadeli işlemin söz konusu olamayacağını belirtmektedirler¹¹¹.

(2) Tarafların Anlaşması

Tarafların satılanın teslimi için belirli bir vade kararlaştırmış olması, kural olarak, tek başına kesin vadenin kararlaştırıldığı anlamına gelmez¹¹². Tarafların ayrıca, ifanın

gerçekleşeceği yeri mi ifade ettiği noktasında bir anlam karmaşası ortaya çıkmaktadır: Staudinger/Bittner, **2014**, BGB § 269, N.2.

¹⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, tarafların “(...) en geç 15 Kasım’da malların Cenova’dan gönderilmesi” üzerinde anlaşmış olması durumunda (tarafların satış konusu malların teslim tarihini kararlaştırmamış olmasına rağmen) edimin gereği gibi yerine getirilebilmesi için en geç söz konusu tarihte malların gönderilmesi gerektiğinden kesin vadeli işlemin söz konusu olabileceğine karar vermiştir: BGE 41 II 678-679.

¹¹⁰ Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 9; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 12; Bär, **a.g.e.**, s. 44-45.

¹¹¹ Bär, **a.g.e.**, s. 44-45. Ayrıca, borçlunun varış tarihini üstlenmemiş olmasının taşıma süresinin riskini üzerine almak istememesinden kaynaklanabileceğine dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 16.

¹¹² Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 8; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 16; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 40; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 5; Keppeler, **a.g.e.**, s. 5; Bär, **a.g.e.**, s. 15; Turgut Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü ile ilgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No.95, 1975 (Önen, Borçlu Temerrüdü), s. 65, 66; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 197.12; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 425; benzer yönde Keskin, **a.g.m.**, s. 214; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 94, BGE 46 II 165-166; BGE 45 II 439. Alman

mutlaka kararlaştırılan zamanda gerçekleşeceği konusunda anlaşmış olmaları gerekir¹¹³. Böylece tarafların ifa zamanına esaslı bir anlam¹¹⁴ attettikleri durumda kesin vadeli işlemin söz konusu olabileceği kabul edilir¹¹⁵. Taraflar, sözleşmenin kurulması sırasında bu yönde anlaşabilecekleri gibi sözleşme kurulduktan sonra da bu yönde anlaşabilirler¹¹⁶.

Taraflar, “en geç¹¹⁷” “mutlaka” “kesinlikle” gibi ifadeler kullanarak ifa zamanının önemini dile getirmişlerse, tarafların kullandıkları bu ifadeler dikkate alınarak sözleşmenin yorumundan tarafların kesin vade kararlaştırdıkları tespit edilebilir¹¹⁸. Bu

hukuku bakımından benzer yönde bkz. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 7; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 10; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 12.

¹¹³ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 13; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 33; Keppler, **a.g.e.**, s. 2, 4; Bär, **a.g.e.**, s. 45; Seliçi, **a.g.m.**, s. 97; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017, § 26, N. 87; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 877. “(...) genel olarak, kesin vadeli işlemde söz edebilmek için, sözleşmede ifanın gerçekleşeceği güne ilişkin bir göstergenin olması yeterli değildir; tarafların iradesi, yaklaşık bir tarihe ilişkin olmamalı; aksine kararlaştırılan zamana mutlaka uyulacağını göstermelidir. (...)” BGE 46 II 165-166, BGE 45 II 439. Ayrıca bkz. BGE 110 II 144.

eİBK m. 123'teki düzenlemenin bu şart konusunda daha açık bir ifadeyi benimsediğine dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 33. eİBK m. 123'teki düzenleme şu şekildeydi: “*Ergibt sich aus dem Verträge die Absicht der Parteien, dass die Leistung zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll (...)*”.

¹¹⁴ Öğretide kesin vadeli işlemlerde taraflarca ifa zamanının “sözleşmenin olmazsa olmaz unsuru” olarak kabul edildiği ifade edilmektedir, Serozan, **İfa**, § 17, N. 13.

¹¹⁵ Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 5; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 12; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 37; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 5; Keppler, **a.g.e.**, s. 2-5; Bär, **a.g.e.**, s. 13, 45; Antalya, **a.g.e.**, s. 480; benzer yönde Eren, **Borçlar Genel**, s. 1137, Seliçi, **a.g.m.**, s. 97. Bu yönde BGE 49 II 227-228; BGE 41 II 677-678; BGE 42 II 243. Bu kriterin belirsiz olduğuna dair eleştiriler için bkz. Schenker, **a.g.e.**, N.520 vd.

¹¹⁶ Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 12; Bär, **a.g.e.**, s. 42; Keppler, **a.g.e.**, s. 8.

¹¹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların “en geç 15 Kasım’da (*spätestens am 15. November*) malların Cenova’dan gönderilmesi” üzerinde anlaşılmış olması örneğinde “en geç” ifadesini, aksini gösteren bir durum olmadığından, kesin vadeli işlemlerin unsurları bakımından yeterince açık bulmuştur, BGE 41 II 678, 679. Ayrıca “En geç 1 Ekim 1959 tarihine kadar” ifadesi için aynı yönde bkz. BGE 96 II 50.

¹¹⁸ Örnekler için bkz. Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 8; von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 151- 152; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 14,16; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 39; Wiegand,

ifadeler, tarafların kesin vade kararlaştırdığı konusunda önemli bir belirti teşkil eder¹¹⁹. Benzer bir şekilde kararlaştırılan tarihte teslim gerçekleşmezse, alıcının ifayı kabul etme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı¹²⁰ veya borç ilişkisinin sona ereceği¹²¹ gibi sonlandırıcı etki yaratan anlaşmaların (*kassatorische Klausel*) bulunması durumunda da kesin vadeli işlemin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹²².

Tarafların kesin vadeye ilişkin iradesi açık olabileceği gibi örtülü de olabilir¹²³. Tarafların anlaşmasının tespit edilmesi bakımından irade beyanlarının yorumlanmasına

BSK OR, Art. 108, N. 5; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.21; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2746; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 37; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 38; Keller, Schöbi, **I**, s. 273; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 34; Keppler, **a.g.e.**, s. 5; Bär, **a.g.e.**, s. 47; Comment, **a.g.e.**, s. 91; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 92; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 953, dn. 24a; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1138, Serozan, **İfa**, § 17, N. 13; Seliçi, **a.g.m.**, s. 99.

Alman hukuku bakımından da benzer örnekler için bkz. Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 15; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 7; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 8; **Leistungsstörungen II**, s. 153, dn. 51 (§35 III 3); Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 14; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 9; Söz konusu ifadelerin tarafların kesin vadeli işlem düzenlediklerine güçlü (ancak aksi ispat edilebilir) bir karine teşkil ettiklerine dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 14.

¹¹⁹ Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 4; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 10; benzer yönde Ulrich Huber, **Leistungsstörungen, Band II: Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit** (herausgegeben von Joachim Gernhuber), Tübingen, Mohr Siebeck, 1999 (Anlış: Huber **Leistungsstörungen II**), s. 153 (§35 III 3). CIF veya FOB şartlarının kullanılmış olmasının tek başına kesin vadenin kararlaştırıldığı anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir, Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 14; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 15.

¹²⁰ Bu örnek için bkz. Bär, **a.g.e.**, s. 47.

¹²¹ Bu örnek için bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 5, dn. 21; Seliçi, **a.g.m.**, s. 99.

¹²² Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 8; Keppler, **a.g.e.**, s. 5; Bär, **a.g.e.**, s. 47; Seliçi, **a.g.m.**, s. 99.

¹²³ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 37; Keller, Schöbi, **I**, s. 273; Bär, **a.g.e.**, s. 45 vd., benzer yönde. Keppler, **a.g.e.**, s. 5, 6; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1137; Eren, **Borçlar Özel**, s. 70; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 1310; Keskin, **a.g.m.**, s. 212, dn. 16, s. 214; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 93; Mustafa Göktürk Yıldız, “**Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları**” (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, 2017, s. 180.

ilişkin genel kurallar uygulanacaktır¹²⁴. Böylelikle, taraflardan birisinin irade beyanına verilen anlamın yorumlanması bakımından güven ilkesinden yararlanılabilecektir¹²⁵. Bu doğrultuda, muhataptan kendisine yapılan beyanı, ifa zamanı bakımından, tüm durum ve koşulları dürüstlük kuralına uygun bir şekilde değerlendirerek – güven ilkesine göre – kesin vade olarak anlaması beklenebiliyorsa, kesin vadeli işlemin söz konusu olduğu kabul edilecektir¹²⁶.

Tarafların kesin vadeye ilişkin iradelerinin, aynı zamanda durumun ve koşulların özelliğinden¹²⁷ veya işin niteliğinden de anlaşılabilirliği kabul edilmektedir¹²⁸. Ayrıca

¹²⁴ Bär, **a.g.e.**, s. 15; benzer yönde. Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 10. Alman hukuku bakımından benzer yönde. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 9; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 13. Taraflardan birinin ifa zamanına tek taraflı olarak verdiği anlamın başı başına işlemi kesin vadeli işlem yapmaya yeterli olmadığı kabul edilmektedir: Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 12. Alıcı, zamanında ifaya olan menfaatinin önemli olduğunu satıcının açıkça öğrenmesini sağlamışsa, bu durumun kesin vade kararlaştırıldığına dair belirti teşkil edebileceğine, ancak kesin vadeli işlemde söz edebilmek için her hâlükârda satıcının alıcının bu menfaatini dikkate almayı kabul etmiş olması gerektiğine dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 17; benzer yönde Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 7; von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 152.

¹²⁵ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 37. Sözleşmenin yorumunda güven ilkesinin uygulanabilirliğine ilişkin açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 32, N.12; Akyol, **a.g.e.**, s. 91 vd.

¹²⁶ Benzer yönde: Seliçi, **a.g.m.**, s. 99. İrade beyanının yorumunda güven ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 32, N.12; Schwenger, **OR AT**, N. 27.40 vd.

¹²⁷ Oser, Schönerberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 9; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 14; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 39; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 5; Keller, Schöbi, **I**, s. 273; Keppler, **a.g.e.**, s. 6; Bär, **a.g.e.**, s. 48-50; Önen, **Borçlu Temerrüdü**, s. 65; benzer yönde. Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 10; Keskin, **a.g.m.**, s. 212, dn. 16; Seliçi, **a.g.m.**, s. 99-100. Alman hukuku bakımından benzer yönde Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 13; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 5; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 13; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 9. Ceza koşulu kararlaştırılmasının kesin vadeli işlemler için belirti teşkil edeceğine dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 18; benzer yönde Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 7. 17.

¹²⁸ Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 14; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 5; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 10. “Oyunların tamamının 1989 Aralık ayı ortasında depo alanında teslim edilmesi (*sämtliches Holz bis Mitte Dezember 1989 auf die Lagerplätze zu liefern*)” ifadesi

taraflar arasındaki sözleşmenin yorumu için örf ve adetlerden¹²⁹ veya teamüllerden¹³⁰ (dolayısıyla taraflar arasında oluşan teamüllerden) de yararlanılabilir¹³¹. Örneğin taraflar arasındaki sözleşmenin özelliği dikkate alındığında, edimin mutlaka belirli bir zamanda yerine getirilmesi gerektiği anlaşılıyorsa, mesela borsada yapılan bir satış söz konusuysa

yorumlanırken satış konusunun özellikleri dikkate alınarak sözleşmenin kesin vadeli işlem niteliğinde olmadığının değerlendirilmesine dair bkz. BGE 32 II 334.

¹²⁹ TTK m. 1 II hükmü doğrultusunda, ticari hükümlerden sonra, ticari örf ve adetler, eğer ticari örf ve adet yoksa genel hükümler uygulanır. Bu noktada, Türk Borçlar Kanunu’ndaki hükümlerin genel hüküm teşkil ettiği kabul edilmektedir, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsun Nomer Ertan, Hüseyin Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015 (Anılış: Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Yazar adı, Ticari İşletme Hukuku), N. 197. Ancak yazarlara göre TBK m. 212 II, ticari iş niteliğindeki satış sözleşmeleri için uygulanacağından bir ticari hükümdür. Dolayısıyla, ticari örf ve adetlerden önce uygulanacaktır, bkz. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**, N. 191; (eTK ve eBK ilişkisi bakımından) Volf Çernis, “Ticari Satışlarda Teslim Müddeti ve Satıcının Temerrüdü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1958/5- 8, s. 111-125, s. 125, dn. 314. Adi örf ve adetler ise TMK 1 II hükmü doğrultusunda “kanunda uygulanacak bir hüküm” bulunmaması durumunda dikkâ alınacaktır.

¹³⁰ Örf ve adetlerin ve teamüllerin irade beyanlarının (dolayısıyla sözleşmelerin) yorumlanmasında kullanılabileceğine dair bkz. İbrahim Kaplan, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uyarlanması**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 61; benzer yönde bkz. Sanem Aksoy Dursun, **Borçlar Hukukun Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, On İki Levha, 2008, s. 11-13, 98-99 benzer yönde. Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 107 vd.; Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011 (Anılış: Serozan, Medeni Hukuk), § 4, N. 18. TTK m. 2 I, zaten ticari teamüllerin irade beyanlarının yorumlanmasında dikkate alınacağını düzenlemiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki teamüllerin, örf ve adetlerden bağlayıcılık düşüncesi unsuru bakımından ayrıldığı kabul edilmektedir, Serozan, **Medeni Hukuk**, § 4, N. 18; Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 98.

¹³¹ Özellikle bu doğrultuda ticari teamüllerden yararlanılabileceği kabul edilmektedir, Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 8; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 13; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 9; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 5; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. Örneğin fiyat dalgalanmasının olduğu toplu satışlarda malların boşaltılma tarihi kararlaştırılmışsa ticari teamüller doğrultusunda, kesin vadenin kararlaştırıldığı kabul edilebileceğine, fakat toplu satış yerine makine gibi endüstriyel ürünlerin alınmış olması durumunda aynı yorumun yapılamayacağına dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 15; bu konuda ayrıca bkz. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 10; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 14.

kısa zaman aralıklarında önemli değer değişimlerinin yaşanabileceği göz önüne alınarak, kesin vadeli işlemin kararlaştırıldığı kabul edilebileceği belirtilmektedir¹³².

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, döviz satışına ilişkin bir sözleşmede yer alan “8 ila 10 gün içinde teslim (*livrables dans 8 à 10 jours*)” ifadesinin lafzının (kesin vadeye elverişli olmayacak şekilde) 8 veya 10 gün içerisinde teslimi işaret edebilmesi ihtimaline rağmen, bankacılık işlerindeki teamülleri göz önüne alınınca tarafların iradesinin (kesin vadeye elverişli olacak şekilde) “en erken 8 gün, en geç 10 gün içerisinde teslim (*livrables au plus tôt dans huit jours et au plus tard dans dix jours*)” olarak yorumlanabileceğine kanaat getirmiştir¹³³.

Yine, tarafların sözleşme kurulduktan sonraki bazı davranışları kesin vadeye ilişkin tarafların iradesinin tespit edilmesinde yorum aracı olarak kullanılabilecektir¹³⁴.

¹³² Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 9; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 14; Keppler, **a.g.e.**, s. 6; Seliçi, **a.g.m.**, s. 100; benzer örnekler için bkz Serozan, **İfa**, §5, N.9. Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz. Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 5. Satılanın fiyatının dalgalanmasının ve spekülasyon işlemlerinin kesin vadeli işlemi işaret edebileceğine dair bkz. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 9. Fiyat dalgalanmasının tek başına işlemi kesin vadeli hâle getirmeyeceğine, ancak niteliği itibarı borsada yapılan işlemlerin kural olarak kesin vadeli işlem olduklarına dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 18; benzer yönde Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 7; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 16. Nitekim, borsada yapılan satışlarda değer düşmesine ilişkin riskin olabildiğince bertaraf edilmesi amacıyla tarafların ifa zamanını kesin vade olarak kararlaştırmayı istemiş olabileceği kabul edilmektedir, Keppler, **a.g.e.**, s. 6. Özellikle, borcun ifası için belirli bir saatin kararlaştırılmış olmasının kesin vadeye işaret edebileceğine dair bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 7; Seliçi, **a.g.m.**, s. 100. Sezon ürünlerinin satışı bakımından ifa için kararlaştırılan zamanın ticari teamüller doğrultusunda genellikle kesin vade teşkil edeceği yönünde bkz. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 9; benzer yönde Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 7; aksi yönde Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 17; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 9. Bu durumda TBK m. 124/b.2 doğrultusunda alacaklı için yararsız kalabileceğine dair bkz. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 8; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 25; Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 3; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.20; benzer yönde Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 6; Arslanlı, **a.g.e.**, s.422.

¹³³ BGE 45 II 439-440. Belirli vadeli döviz satışlarının ve banka işlemlerinin kural olarak kesin vadeli işlemler olduklarına dair bkz. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 7.

¹³⁴ Bär, **a.g.e.**, s. 48 vd. Sözleşme kurulduktan sonra tarafların davranışlarının sözleşmenin yorumlanması bakımından bir yorum aracı olabileceğine dair ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu,

Ancak, taraflar başlangıçta kesin vade olarak kararlaştırdıkları ifa zamanını daha sonra uzatmışlarsa, daha sonradan belirlenmiş tarihin kesin vade teşkil edebilmesi için yine tarafların söz konusu yeni ifa zamanına kesin vadeli işlemler için aranan anlamı atfetmiş olması gerekir¹³⁵. Başka bir deyişle, başlangıçta kesin vade olarak kararlaştırılan ifa zamanının uzatılması tek başına yeni ifa zamanının kesin vade niteliğinde olduğu anlamına gelmez¹³⁶.

II. Satıcının Temerrüdüne İlişkin Belirli Vadeli Ticari Satıştaki Özel Düzenleme

A. Ticari Satışa İlişkin Özel Düzenleme ve Genel Hükümlerle Karşılaştırılması

TBK m. 212 II ve III'te satılanın zilyetliğinin devri için belirli vade öngörülmüş olan ticari satış sözleşmelerinde satıcının temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden ayrılan düzenlemeler yapılmıştır¹³⁷. TBK m. 212 II ve III'te belirli vadeli ticari satışta satıcı temerrüde düşerse alıcının aynen ifa talebinden vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep ettiğinin kabul edileceği, eğer aynen ifa talebinde ısrar edecekse bu durumu hemen satıcıya bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Öyleyse alıcının seçimlik haklarından ifa yerine olumlu zararın giderilmesini talep edebilmesi için genel hükümlerden farklı olarak belirli vadeli ticari satışlarda satıcıya ek süre vermesi aranmadığı gibi buna ilişkin olarak bir irade beyanında bulunmamasına rağmen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep

Borçlar Hukuku, § 32, N. 9. Bu noktada, tarafların sonraki davranışlarından yorum aracılığıyla kesin vade kararlaştırdıkları veya kararlaştırmadıkları saptanabilir. Aynı zamanda taraflar daha sonra sözleşmenin tadili yoluyla önce kesin vade olarak kararlaştırdıkları ifa zamanı daha sonra belirli vade olarak değiştirilmesi yönünde anlaşmış da olabilirler, bu yönde Bär, **a.g.e.**, s. 48-49.

¹³⁵ Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 18; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 9.

¹³⁶ Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 18.

¹³⁷ Yargıtay, ticari satışta satıcının temerrüdünün sonuçlarına ilişkin TBK m. 212'nin (eBK m. 187) uygulanmadığı yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir, 11. HD., E. 1982/1719 K. 1982/2236 T. 11.05.1982 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

ettiği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir¹³⁸. Böylelikle satıcının temerrüdünün sonucu bakımından odak noktası aynen ifa talebinden olumlu zararın tazmini talebine kaydırılmıştır¹³⁹.

Belirli vadeli ticari satışlarda genel hükümlerden farklı olarak alıcının, (ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep edebilmesi için değil) aynen ifa talebinde ısrar edebilmesi için satıcıya hemen bildirimde bulunması aranmıştır. Aşağıda inceleneceği üzere¹⁴⁰ genel hükümler ile özel düzenleme arasındaki bu farklılıklar açıklanırken öğretide yazarlar, kanun koyucunun belirli vadeli ticari satışta (i) kesin vadeye ilişkin bir karineye ve (ii) aynen ifa yerine olumlu zararın tazmininin talep edildiğine ilişkin bir karineye yer verdiğini genellikle kabul etmektedirler.

Bu özel hükümlerin uygulanabilmesi için bir ticari satışın söz konusu olması ve bu sözleşmede satılanın zilyetliğinin devri borcu için belirli vade kararlaştırılmış olması gerekmektedir¹⁴¹. Bu sebeple, ticari olmayan satışlarda ve zilyetliğinin devri için belirli bir vadenin kararlaştırılmadığı ticari satışlarda satıcının temerrüdü TBK m. 117 vd. düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere tabidir.

¹³⁸ Çernis, **a.g.m.**, s. 117.

¹³⁹ Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012,s.108.

¹⁴⁰ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm: I.

¹⁴¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 3; Andreas Knoepfel, **Die Sonderordnung des kaufmaennischen Verkehrs im Kaufrecht (Handelskauf)**, Zürih, Schultess, 1988, s. 60; Honsell, **OR BT**, s. 56-57; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 507; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Ankara, Yargıtay Yayınları-19, 1987, **a.g.e.**, s. 385; Necip Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971, s. 50-51; Eren, **Borçlar Özel**, s. 67; Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul, 2013, s. 45; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2016, s. 161; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 249.

Satıcının temerrüdüne dair bu hükümlerde, esasen satıcının temerrüde düşmesine ilişkin şartlar özel olarak düzenlenmiş değildir¹⁴². Söz konusu düzenlemeler, satıcının temerrüdünün bazı sonuçlarına ilişkindir¹⁴³. Bu sebeple, ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin olarak özel hükümlerde düzenlenmemiş konular genel hükümlere tabi olmaya devam etmektedir¹⁴⁴.

B. Tarihi Gelişimi

Özellikle 19. yüzyılda borsada yapılan işlemlerin etkisiyle ticari satışlarda satıcının kararlaştırılan tarihte satılanı teslim etmemesi durumunda alıcının kanuni bir

¹⁴² Keller, Siehr, **a.g.e.**, s. 30; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 23; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁴³ Keller, Siehr, **a.g.e.**, s. 30; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁴⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 2; Keller, Siehr, **a.g.e.**, s. 31; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 24. Öğretide bazı yazarlar, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler (TBK m. 123 vd. – İBK m. 107 vd.) ile TBK m. 212 hükmü arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisi olmadığı başka bir deyişle, TBK m. 212 hükmüne rağmen alıcının genel hükümlere başvurabileceğini ileri sürmektedirler. Bär, **a.g.e.**, s. 25, dn. 6, s. 53; benzer yönde: Hans Giger, **Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Kauf und Tausch – Die Schenkung. 1. Teilband, 1. Abschnitt (Gesamtband): Art. 184-215**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1980 (BK OR, Art. 190, N. 10; genel olarak borçlu temerrüdüne ilişkin borçlunun koşullarını zorlaştıran (özel) hükümlerin bulunması durumunda alacaklının dilerse genel hükümlere dilerse bu özel hükümlere başvurabileceğine dair bkz: Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 14. Ancak, bu görüş sıkı bir şekilde kabul edilirse, belirli vadeli ticari satışta satıcının vadeyi kaçırması üzerine alıcı aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmamışsa dilerse TBK m. 212’ye dayanarak olumlu zararının giderilmesini ileri sürebilir dilerse genel hükümlere göre aynen ifada direnebilir (çünkü belirli vadeli sözleşmelerde alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmemişse her zaman aynen ifa talebinde bulunabilir) ki bu durum satıcıyı belirsizlik içinde bırakacaktır. Ayrıca öğretide kabul edilen aynen ifa yerine olumlu zararın tazmini ‘karinesini’ alıcının – sonraki – tercihlerine göre uygulanamaz kılacaktır. Fakat bu görüş şu şekilde yorumlanırsa daha makul sonuçlar verebilir: alıcı özel düzenlemede kendisine tanınan imkâna rağmen, satıcının vadeyi kaçırması üzerine hemen bir bildirimde bulunarak satıcıdan satılanın teslimini isteyebilir ve bunun için ek süre tayin edebilir. Bu aşamada artık alıcının seçimlik haklarının akıbeti genel hükümlere tabi olacaktır. Öyleyse, özel düzenlemeye uygun olarak alıcının aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunması durumunda genel hükümler uygulama bulabilecektir. Bu durumda genel hükümlere başvurulabilmesinin yolu da (aksine bir anlaşma yoksa) özel düzenlemeden geçmektedir.

dönme hakkı¹⁴⁵ olması gerektiğine dair bir görüşün ortaya çıktığı tespit edilmektedir¹⁴⁶. Bu doğrultuda ortaya çıkmış olan ticari teamülleri yasalaştıran ilk düzenlemelerden birinin (içerisinde ticaret hukukuna ilişkin özel düzenlemeleri de barındıran¹⁴⁷) 1853-1855 tarihli Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu'nun (PGB) ticari satışa ilişkin 1401. paragrafı olduğu belirtilmektedir¹⁴⁸. PGB § 1401'e¹⁴⁹ göre ticari satışta¹⁵⁰ satılanın teslimi için bir belirli

¹⁴⁵ Esasen PGB ve aşağıda açıklanacağı üzere ADHGB düzenlemelerinden daha önce 1794 tarihli Prusya Memleket Kanunu'nda (*Allgemeines Landrecht*) dönme hakkına ilişkin düzenlemeye yer verilmeyle birlikte dönme hakkının kullanımının sınırlı olduğuna ilişkin bkz. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998 (Anılış: Buz, *Sözleşmeden Dönme*), s. 48-49. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nda (m. 1184 vd.) da dönme hakkına yer verilmeyle birlikte sözleşmeden dönme ancak hâkim kararıyla mümkün olacağı düzenlenmişti, Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Anılış: Serozan, *Sözleşmeden Dönme*), s. 27; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s 53.

¹⁴⁶ Detaylı açıklamalar için bkz. Christian Hattenhauer, **Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, s. 116 vd.

¹⁴⁷ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁴⁸ Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 122. PGB § 1401'deki düzenlemeye benzer hükümler aşağıda da açıklanacağı üzere 1881 tarihli önceki İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. 1881 tarihli önceki İsviçre Borçlar Kanunu'nun oluşması sırasında hazırlanan taslaklara ilişkin gerekçelere de ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin yapılan düzenlemelerde PGB § 1401'nin etkisinin olduğu kabul edilmektedir, bkz. Walther Munzinger, **Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes: im Auftrage des Tit. schweiz. Justiz- und Polizeidepartements verfasst von dem Redaktor des Entwurfes**, Bern, Stämpflische Buchdruckerei, 1865, s. 245.

¹⁴⁹ PGB § 1401'e göre “*Die Waare soll rechtzeitig übergeben werden. Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungsstermin verabredet worden, und wird derselbe von dem Verkäufer nicht eingehalten, so hat der Käufer die Wahl, ob er die nachträgliche Lieferung der Waare fordern, beziehungsweise die verspätete Lieferung annehmen oder von dem Kaufgeschäft zurücktreten und die Waare dem Verkäufer zur Disposition stellen wolle. In beiden Fällen kann er Vergütung der Preisdifferenz als Entschädigung fordern, und zwar im erstern Falle die Differenz zwischen dem höhern Marktpreise des Lieferungsstermins an dem Lieferungsorte und dem niedrigeren Marktpreise zur Zeit der vollzogenen Lieferung, im letzteren dagegen die Differenz zwischen dem festgesetzten Kaufpreise und dem höhern Marktpreise des Lieferungsstermins. Will der Käufer eine größere Entschädigungsforderung geltend machen, so liegt ihm der Beweis des erlittenen größeren Schadens ob.*”

¹⁵⁰ Söz konusu düzenleme ile genellikle satılanı yeniden elden çıkararak kâr elde etmeyi amaçlayan tacir alıcının zamanında teslimi verdiği önemin dikkâte alındığı açıklaması yapılmıştır, Johann

vade kararlaştırılmışsa ve satıcı bu tarihte satılanı teslim etmemişse alıcının iki seçimlik hakkı olacağı düzenlenmişti. Alıcı ya gecikmeye rağmen satılanın teslimini talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilirdi¹⁵¹. Her iki durumda da alıcının tazminat talep edebileceği düzenlenmişti. Eğer alıcı aynen ifayı talep etmişse (i) vade tarihindeki daha yüksek piyasa fiyatı ile (ii) teslim tarihindeki düşük piyasa fiyatı arasındaki farkı uğradığı zararın giderilmesi için talep edebilirdi. Eğer alıcı sözleşmeden dönmüşse¹⁵² (i) vade tarihindeki daha yüksek piyasa fiyatı ile (ii) kararlaştırılan satış bedeli arasındaki farkı uğradığı zararının giderilmesi için talep edebilirdi. Ancak, alıcı bu şekilde hesaplanan tutarın üzerinde bir zarara uğradığını iddia ediyorsa, bunu ispat etmesi durumunda daha yüksek

Caspar Bluntschli, **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich: mit Erläuterungen, Bd. III: Das zürcherische Obligationenrecht**, Zürich, 1855, PGB § 1401, N.1, s. 376. Bu hükümde düzenlenen ticari satışın tacirler arasında yapılan satışı ifade ettiğine dair yorum için bkz. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁵¹ Ticari olmayan satışlarda alıcının sözleşmeden dönebilmesi için PGB § 1402'ye göre satıcıya hâkim aracılığıyla sözleşmeden dönme uyarısı da içeren ek süre vermesi gerekmekteydi, Eugen Bucher, "MORA früher und heute oder auch die Verdienste der Römer um ein menschgemässes, und der Redaktoren des Obligationenrechts um ein neuzeitliches Vertragsrecht", **"Pacte, Convention, Contrat", Mélanges en l'honneur du Bruno Schmidlin** (ed. Alfred Dufour et al.), Basel etc., Helbing & Lichtenhahn, 1998, s. 407-432 (Anılış: Bucher, Mora), s.419. Böylece PGB § 1402'nin ticari olmayan satışlar bakımından dönme hakkı düşüncesini kodifiye ettiği saptanmaktadır, Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 123. Daha sonra bu düzenleme revize edilmiş ve genel hükümlerde eİBK m. 122 ile birlikte alacaklının ek süre vererek sözleşmeden dönebilmesi borçlu temerrüdünün sonuçları arasında yerini almıştır. Bucher, **Mora**, s.419; Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 137; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 2. Ayrıca, eİBK m. 123'de de kesin vadeli işlemler bakımından alıcının sözleşmeden dönebilmek için ek süre vermesine gerek olmadığı düzenlenmiştir, Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 137-138.

Ayrıca, alıcının satış bedelini ödememesi durumunda satıcının dönme hakkını saklı tutması durumuna ilişkin düzenlemeye PGB § 1452-1453'te; peşin satışta satıcının dönme hakkına ilişkin düzenlemeye ise PGB § 1432'de yer verilmiştir, Esther Suter, **Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug**, Zürich, Schulthess, 1991, s. 9. Son olarak eİBK öncesi diğer kantonlardaki kodifikasyon çalışmalarında dönme hakkına ilişkin bkz. Suter, **a.g.e.**, s. 7-8.

¹⁵² Belirtmek gerekir ki dönme hakkının kullanılması durumunda zararın hesaplanmasına ilişkin olarak PGB'de kabul edilen bu yöntem günümüz bakımından – henüz satılan da teslim edilmediğinden – alıcının aynen ifadan vazgeçerek fark teorisine göre uğradığı olumlu zararın giderilmesine ilişkin soyut yöntemi andırmaktadır.

tutardaki zararının giderilmesini talep edebilirdi. Bu yeni kuralın getirilmesindeki amacın ticari hayatın ihtiyaçlarının yansıtılması olduğu dile getirilmiştir.

Benzer bir düzenlemeye daha sonra 1861 tarihli Alman Genel Ticaret Kanunu (ADHGB) m. 355'te¹⁵³ yer verilmişti¹⁵⁴. Bu maddeye göre, ticari satışta satıcı teslim borcunda temerrüde düşerse alıcının (i) aynen ifa ile birlikte gecikme zararının giderilmesini veya (ii) aynen ifadan vazgeçip ifa etmeme sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep edebileceği ya da (iii) sözleşmeden dönebileceği¹⁵⁵ düzenlenmişti. Böylece, alıcının aynen ifadan vazgeçip tazminat talep edebilmesi hakkı ile sözleşmeden dönme hakkı birbirinden ayrılmıştı¹⁵⁶. Ancak, alıcının sözleşmeden dönebilmesi için kural olarak satıcıya ek süre vermesi gerekmekteydi (ADHGB m. 356), meğerki taraflar satılanın mutlaka belirli bir tarihte ya da süre içerisinde teslim edeceğini kararlaştırmış

¹⁵³ ADHGB m. 355 “*Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.*”

¹⁵⁴ Eugen Bucher, “Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz Zugleich Besprechung der Materialien-Edition zum schweiz. Handels- und Obligationenrecht von Urs Fasel”, **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, Sayı: 2, 2003, s. 353-374 (Anılış: Bucher, Entwicklung). s. 368.

¹⁵⁵ Dönemin diğer kanunlarından olan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'ndan farklı olarak satış sözleşmesi bakımından alacaklıya hâkime gitmeden sözleşmenin kaderini hızlı ve açık bir şekilde belirleme imkânı sağlayarak söz konusu hükümlerin tacirin hızlılık ihtiyacını gidermeye yönelik olduğunda dair bkz. Leser, Hans G. Leser, **Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen**, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, s. 221.

¹⁵⁶ Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 132. ADHGB'deki bu düzenlemenin etkilerinin daha sonra ifa engellerinde dönme hakkına ilişkin Reform öncesi BGB § 325-326'da, kesin vadeli işlemlerde dönme hakkına ilişkin BGB § 361'de ve HGB'deki kesin vadeli ticari satışa ilişkin düzenlemeler üzerinde görüldüğü belirtilmektedir, Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 133.

olsunlar (ADHGB m. 357 I¹⁵⁷)¹⁵⁸. Ayrıca, ifa zamanının kesin bir şekilde belirlenmiş olduğu¹⁵⁹ ticari satışta alıcı, satıcının gecikmesine rağmen aynen ifada ısrar edecekse alıcının bu durumu derhâl satıcıya bildirmesi gerektiği, aksi hâlde artık aynen ifayı talep edemeyeceği düzenlenmişti (ADHGB m. 357 I). Hemen bildirimde bulunmayan alıcı bu sebeple aynen ifa talebine ilişkin hakkını kendiliğinden kaybetmekteydi¹⁶⁰. Alıcının aynen ifa yerine uğradığı zararın giderilmesini talep etmesi hâlinde ise (alıcının daha fazla zarara uğradığı ispat etme imkânına halel getirmeksizin) teslim yeri ve tarihindeki piyasa/borsa fiyatı ile satış bedeli arasındaki fark olarak hesaplanan zararının giderilmesini talep edebileceği kabul edilmiştir (ADHGB m. 357 III).

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun (eİBK) kabul edilmesinden önce Munzinger ve Fick taslaklarında da ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlere

¹⁵⁷ ADHGB m. 357 “Ist bedungen, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll, so kommt der Artikel 356. nicht zur Anwendung. Der Käufer sowie der Verkäufer kann die Rechte, welche ihm gemäß Artikel 354. oder 355. zustehen, nach seiner Wahl ausüben. Es muß jedoch derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem anderen Kontrahenten anzeigen; unterläßt er dies, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen. Will der Verkäufer statt der Erfüllung für Rechnung des säumigen Käufers verkaufen, so muß er, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, den Verkauf unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist vornehmen. Ein späterer Verkauf gilt nicht als für Rechnung des Käufers geschehen. Eine vorgängige Androhung ist nicht erforderlich, dagegen hat der Verkäufer auch in diesem Falle den bewirkten Verkauf dem Käufer ungesäumt anzuzeigen. Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadensersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen.”

¹⁵⁸ Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 132-133.

¹⁵⁹ Bu satış sözleşmelerinin kesin vadeli işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir: Hattenhauer, **a.g.e.**, s. 132; Eva Lein, **Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 305.

¹⁶⁰ Jan Dirk Harke, **Schuldnerverzögung: Eine Dogmengeschichtliche Untersuchung**, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, s. 112-113.

yer verildiği görülmektedir¹⁶¹. 1879 tarihli taslaktan ve 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak 1871 tarihli Munzinger taslağında ve 1875 ile 1877 tarihli taslaklarda alıcının (sessiz kalması durumunda) hangi seçimlik hakka başvurduğuna ilişkin 'karineye' yer verilmemişti¹⁶². Bu taslaklarda satılanın teslimi için belirli bir tarihin kararlaştırıldığı ticari satışlarda, satıcının temerrüde düşmesi sonucunda alıcının ilave bir şey yapmasına gerek kalkmaksızın iki seçimlik hakka (aynen ifa veya sözleşmeden dönme) sahip olacağı düzenlenmişti¹⁶³. Ancak 1879 tarihli taslakta (m. 250) ve 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda (m. 234¹⁶⁴) belirli vadeli ticari satışta satıcı borcunu zamanında ifa etmemişse alıcının başka bir şey yapmasına gerek olmaksızın sözleşmeden dönebileceği ve eğer aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmamışsa yalnızca

¹⁶¹ Martin Bloch, **Kaufmann und kaufmännischer Verkehr im schweizerischen Obligationenrecht**, St. Gallen, 1896, s. 15.

Dönme hakkının tarihi gelişimi bakımından da söz konusu taslaklarda borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının sözleşmeden dönmeye ilişkin seçimlik hakka sahip olacağı öngörülmüştü, Suter, **a.g.e.**, s. 10-11; Felix R Ehrat, **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR**, Zürih, Schulthess Verlag, 1990, N. 112, 115. Böylece bu taslaklarda borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının kural olarak hâkim aracılığı ile borçlu ek süre vererek bu sürenin sonunda borçlu hâlâ borcunu ifa etmemişse alacaklının tazminat talebi ile birlikte sözleşmeden dönebileceği kabul edilmişti, Suter, **a.g.e.**, s. 10-11; Bucher, **Entwicklung**, s. 370.

¹⁶² Knoepfel, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁶³ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 4. Munzinger, gerekçesinde ADHGB'den farklı olarak üç seçimlik hak yerine iki seçimlik hakka yer vermesinin sebebini, sözleşmeden dönme ve tazminat talebi ile aynen ifa yerine tazminat talebinin aynı olduğu düşüncesine ve dolayısıyla ADHGB'de üçüncü seçimlik olan aynen ifa yerine tazminat imkânının gereksiz olduğu düşüncesine bağlamaktadır, Munzinger, **a.g.e.**, s. 245-246.

¹⁶⁴ eİBK m. 234 “*Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet, so wird vermuthet, daß der Käufer berechtigt sein solle, bei dem Verzüge des Verkäufers ohne Weiteres von dem Vertrage zurückzutreten.*
Zieht jedoch der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er dieses dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Termines anzuzeigen, widrigenfalls er nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages, sondern nur auf allfälligen Schadenersatz klagen kann.”

tazminat talep edebileceği düzenlenmişti¹⁶⁵. Öğretide bu hüküm, alıcının sözleşmeden döndüğüne ilişkin bir karine düzenlendiği şeklinde yorumlanmaktadır¹⁶⁶. Ayrıca, belirtmek gerekir ki eİBK döneminde sözleşmeden dönen alacaklının, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı tüm zararın tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁶⁷.

İsviçre’de 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun kabulünden sonra Almanya’da 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) borçlu temerrüdüne ilişkin genel düzenlemelere ve dönme hakkına ilişkin detaylı düzenlemelere yer verilmiş olup 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu’nda (HGB) yine ticari satışta temerrüdün sonuçlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Daha sonra İsviçre’de 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu kabul edilmiş ve 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun yerini almıştır. Borçlu temerrüdüne ilişkin düzenlemelere İBK m. 102 vd. hükümlerinde, (ticari satışta) satıcının temerrüdünün sonuçlarına ilişkin düzenlemelere ise İBK m. 190-191¹⁶⁸ hükümlerinde yer verilmiştir.

¹⁶⁵ Alıcının aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin PGB’de yer almayan karinenin ADHGB etkisiyle kabul edildiği belirtilmektedir, Knoepfel, **a.g.e.**, s. 5. Belirtmek gerekir ki ADHGB’deki düzenlemenin üzerinde de PGB § 1401’in etkisi olduğu kabul edilmektedir, Bucher, **Mora**, s. 419.

¹⁶⁶ Pierre Cavin, **Traité de droit privé suisse: Vente - Echange – Donation**, C. VII, 1, Fribourg, 1978, s. 47; BGE 13 I 68. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m. 190’da ise (aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere) alıcının sözleşmeden döndüğüne ilişkin değil aynen ifadan vazgeçip uğradığı olumlu zararın giderilmesini talep ettiğine dair bir karine düzenlendiği kabul edilmektedir.

¹⁶⁷ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 2, Art. 109, N. 15; Cavin, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁶⁸ İBK m. 190: “*Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet und kommt der Verkäufer in Verzug, so wird vermutet, dass der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche.*
Zieht der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er es dem Verkäufer nach Ablauf des Termins unverzüglich anzuzeigen.”

İBK m. 191: “*Kommt der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht nach, so hat er den Schaden, der dem Käufer hieraus entsteht, zu ersetzen.*

Der Käufer kann als seinen Schaden im kaufmännischen Verkehr die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preise, um den er sich einen Ersatz für die nicht gelieferte Sache in guten Treuen erworben hat, geltend machen.

İsviçre’de ayrı bir ticaret kanunu olmaması sebebiyle ticaret hukukuna ilişkin düzenlemelere İsviçre Borçlar Kanunu’nda da rastlanmaktadır. Bunun neticesinde ticari satışta satıcının temerrüdünün sonucuna ilişkin bu tarihsel gelişimde kabul edilen düzenlemelere İBK hükümleri arasında (m. 190-191) yer verilmiştir. İBK, BGB ve HGB düzenlemelerine ilişkin açıklamalar aşağıda yer almaktadır.

Türk hukuku bakımından ise ticari satışa ilişkin düzenlemeler, İBK m. 190-191 hükümlerine benzer şekilde 1926 tarihli Borçlar Kanunu m. 187 ve m. 188’de yer almıştır. Bu düzenlemenin yanında ayrıca 1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda da ticari satış sözleşmesinde¹⁶⁹ satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlere yer verilmişti¹⁷⁰. 1926 tarihli Ticaret Kanunu’nda yer alan m. 714 – 715 hükümleri¹⁷¹ daha sonra (Ticaret Kanunu ile

Bei Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, kann er, ohne sich den Ersatz anzuschaffen, die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Preise zur Erfüllungszeit als Schadenersatz verlangen.”

¹⁶⁹ Ticari satışa ilişkin 865 s. Ticaret Kanunu’nda yer alan bu hükümlerin aynı kanun bakımından ticari iş sayılan satış sözleşmelerine uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi, Arslanlı, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁷⁰ Hem 818 s. Borçlar Kanunu’nda hem de 865 s. Ticaret Kanunu’nda ticari satışa ve ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin düzenlemelere yer verilmişti. Her iki kanunun yürürlük tarihlerinin de aynı olması sebebiyle ticari satışta hangi hükümlerin uygulanacağı konusu tartışmalıydı. Tartışmalar için bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 1-7.

¹⁷¹ 865 sayılı Ticaret Kanunu m. 714: “Bayi mebi mukavele veya örf ile muayyen zamanda teslim etmediği surette müşteri resmî bir ihtarname veya taahhütlü bir mektupla bayii münasip bir mehil zarfında mebi teslimine davet eder. Bu mehilin inkizasında bayi mebi teslim etmeyecek olursa müşteri mahkemeye müracaatla aktin feshi ve bu yüzden duçar olduğu zarar ile mahrum kaldığı kârı bayiden talep ve dava edebilir. Maahaza müşteri dilerse ya doğrudan doğruya yahut mahkeme marifetile emtiayı şahsı salisten mubayaa ederek hüsnüniyetle tediye ettiği bedel, semeni mebi den ziyade ise bu ziyadeyi isteyebilir.

Mebiin borsa veya piyasada rayici olduğu surette müşteri mebi hariçten iştirat etmeksizin dahi mezkûr rayiç ile semeni mebi beynindeki farkı bayiden isteyebilir. Gerek bu surette, gerek hariçten mubayaa halinde müşterinin duçar olduğu fazla zarar ve ziyayı 645 nci madde mucibince talep etmek hakkı mahfuzdur.”

865 sayılı Ticaret Kanunu m. 715: “Beyi ticaride mukaveledeki sarahate veya mebiin cins ve mahiyetile maksadı iştiraya nazaran müşteri veya bayi mutlaka muayyen bir vakitte veya muayyen bir müddet zarfında ifayı taahhüde mecbur ise muayyen müddetin hitamında ifayı taahhüt etmediği

Borçlar Kanunu’nu uyumlulaştırma hedefleri ile birlikte) 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu’nun kabulü ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. 818 s. Borçlar Kanunu m. 187 ve m. 188’in yerini ise 6098 s. Türk Borçlar Kanunu’nun 212. ve 213. maddeleri almıştır.

C. Uygulama Alanı

TBK m. 212, belirli vadeli ticari satışlarda satıcının teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda temerrüdün sonuçlarına ilişkin düzenleme getirmektedir. Bu sebeple, bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle (i) bir ticari satışın söz konusu olması, (ii) tarafların satıcının borcu için belirli vade kararlaştırmış olmaları ve son olarak (iii) satıcının teslim borcunda temerrüde düşmüş olması gerekmektedir.

surette diğer taraf ihtar vukuuna lüzum kalmaksızın taahhüdün ademi ifasından dolayı 713 ve 714 ncü maddeler ahkâmına tevfikân akti fesih zarar ve ziya talep edebilir.

Şu kadar ki akti feshe salâhiyettar olan taraf taahhüdün aynen ifasını arzu ettiği takdirde muayyen vaktin hululünde veya muayyen müddetin inkizasında taahhüdün ifasını derhal talep etmeğe mecburdur. Aksi halde taahhüdün aynen ifasını talep hakkı sakıt olur.”

865 s. Ticaret Kanunu m. 714, belirli vadeli ticari satışlar için uygulama bulurken; m. 715 kesin vadeli ticari satışlar bakımından uygulama bulmaktadır: Arslanlı, **a.g.e.**, s. 334, 356; Çernis, **a.g.m.**, s. 112. Eğer kesin vadeli ticari satışta, borçlunun gecikmesi üzerine alıcı aynen ifa talep edecekse bunu derhal satıcıya bildirmelidir. Aksi hâlde aynen ifa talebinin düşeceği düzenlenmiştir. Öğretide alıcının hemen bildirimde bulunmamış olması durumunda sözleşmenin kendiliğinden ortadan kalkmış sayılacağı ifade edilmiştir: Arslanlı, **a.g.e.**, s. 367. Böylece 818 s. Borçlar Kanunu m. 187’ye göre, ticari satışta taraflar belirli vade kararlaştırmış olduklarında kesin vadeli işlem gibi kabul edilecekken, 865 s. Ticaret Kanunu m. 715’in uygulanabilmesi için tarafların kesin vade kararlaştırmış olması gerekmektedir: Arslanlı, **a.g.e.**, s. 426, dn. 157, s. 432-433.

Belirtmek gerekir ki bu hükümlerin yanında 865 s. Ticaret Kanunu’nda borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere de yer verilmiştir: Arslanlı, **a.g.e.**, s. 335 vd.

Öğretide, TBK m. 212’de belirli vadeli ticari satışlara özgü düzenlemenin sadece taşınır satışlarında¹⁷² uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁷³. Böylece, TBK m. 212’nin uygulama alanı içerisinde taşınmaz satışları bulunmamaktadır¹⁷⁴. Kanun koyucunun ticari satışlarda hızlılığı sağlama amacıyla hareket ederek özel düzenlemeler yaptığından yola çıkılarak taşınmaz satışlarında söz konusu hızlılığın bir gereklilik olmadığı belirtilmekte ve bu durum taşınmaz satışlarının uygulama alanı içerisinde bulunmamasına gerekçe olarak gösterilmektedir¹⁷⁵. Satıcının borcunun bir çeşit borcu veya parça borcu olarak kararlaştırılmış olması kural olarak satışın ticari nitelikte olup olmamasına etki etmeyecektir¹⁷⁶.

¹⁷² TMK m. 762’ye göre “edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler” taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Böylece, enerji satışının (kural olarak) taşınır satışı hükmünde olacağı kabul edilmektedir: Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Yetkin, 2017, s. 488; farklı gerekçeyle bunların taşınır satışı hükümlerine tabi olacağına dair bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 19. Bası, İstanbul, Filiz, 2016, N. 2577. Bu doğrultuda enerji satışına ilişkin sözleşme (şartları sağlanırsa) ticari satış teşkil edebilecektir: Knoepfel, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁷³ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 6; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 19; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 1; Gümüş, **a.g.e.**, s. 42; Emine Özdamar, Ticari Satışlarda Temerrüde ilişkin Özel Durumlar, **Terazi Hukuk Dergisi**, Kasım 2013, s. 14-24, s. 16. Bankalar arası döviz satışlarında söz konusu hükmün kıyasen uygulanabileceğine ilişkin bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 18.

¹⁷⁴ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 6; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 19; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 1; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 17-18; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 3; Eren, **Borçlar Özel**, s. 68; Gümüş, **a.g.e.**, s. 42. TBK m. 212’nin ilgili hükümlerinin taşınmaz satışlarında kıyasen bile uygulanamayacağına dair bkz. Gümüş, **a.g.e.**, s. 42. Aksi yönde bkz. Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 31; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁷⁵ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁷⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 22; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 19. Bu noktada parça ve çeşit borcu ayrımının sübjektif bir ayrım olduğu, misli şeylerin de tarafların iradesi doğrultusunda parça borcunun konusunu teşkil edebileceği de ifade edilmektedir, Knoepfel, **a.g.e.**, s. 19. Cavin ise ticari satışın, satıcının borcunun çeşit borcu olduğu durumlar ile sınırlı olduğunu savunmaktadır, Cavin, **a.g.e.**, s. 10.

TBK m. 212'nin uygulama bulabilmesi için satılanın zilyetliğinin devri borcu bakımından belirli vadenin kararlaştırılması arandığından doktrinde hak satışına ilişkin sözleşmelerde (zilyetliği devir borcu olmaması sebebiyle) bu hükmün uygulanmayacağı kabul edilmektedir¹⁷⁷. Ancak bazı yazarlara göre ise alacak hakkı dahil olmak üzere, diğer hak satışları bakımından da ticari satışa özgü düzenlemeler uygulanmalıdır¹⁷⁸. Böylece bu yazarlara göre kıymetli evrak satışı hâlinde de TBK m. 212 anlamında bir ticari satış söz konusu olabilecektir¹⁷⁹. Belirtmek gerekir ki sadece satış sözleşmelerinde değil aynı zamanda satış hükümlerinin kıyasen uygulandığı sözleşmelerde (ör. satış unsuru ağırlıkta olan isimsiz sözleşmelerde satış hükümlerinin kıyasen uygulanacağı sonucuna varılmışsa) niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁸⁰.

TBK m. 212 II hükmü emredici hukuk kuralı niteliği taşımamaktadır¹⁸¹. Bu sebeple, belirli vadeli ticari satışlarda satıcının temerrüdüne ilişkin olarak taraflar söz konusu hükmün aksine anlaşma yapabilirler¹⁸². Ayrıca, taraflar arasındaki satış ticari satış niteliğinde olmasa bile, taraflar bu sözleşmenin m. 212'ye tabi olacağını kararlaştırabilirler¹⁸³.

¹⁷⁷ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 3.

¹⁷⁸ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁷⁹ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 18-19.

¹⁸⁰ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 14. Ayrıca, ticari trampalarda da TBK m. 212'nin uygulanabileceğine dair bkz. Seliçi, **a.g.m.**, s. 101; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 953, dn. 25.

¹⁸¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 3; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 66; Bär, **a.g.e.**, s. 62; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 4. HGB § 376 bakımından benzer yönde Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 15.

¹⁸² Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 3; Bär, **a.g.e.**, s. 62; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 66; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 4.

¹⁸³ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 509; Halûk Tandoğan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Cilt I/1**, İstanbul, 2008 (Anılış: Tandoğan, C.I/1), s. 132; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2014, s. 102.

III. Belirli Vadeli Ticari Satış Kavramı

A. Ticari Satış Kavramı

1. Ticari Satışlarda Özel Düzenleme İhtiyacı

Ticari satışa ilişkin özel düzenlemenin ilk kaynaklarından olan PGB taslağını hazırlayan Bluntschli'nin açıklamalarına göre ¹⁸⁴ ticari satışlarda satıcının gecikmesine rağmen alıcının (dönme hakkı olmaksızın) yalnızca aynen ifayı ve uğradığı zararın giderilmesini talep edebilmesi her zaman elverişli sonuçlar doğurmayabilir, çünkü alıcının bu sonuca ulaşması uzun sürebilir ve zor bir süreç gerektirebilir. Zaten belirli vadenin kararlaştırıldığı ticari satışlarda alıcının asıl amacı satılanı yeniden üçüncü bir kişiye satmak ve böylece fiyat üzerinden yapacağı bu spekülasyon sonucunda (vade tarihinde oluşacak piyasa durumuna göre) kazanç elde etmektir. Alıcı, söz konusu kazancı elde edebilmek için satıcının borcunu zamanında ifa edeceğine güvenmektedir, çünkü sözleşmede teslim tarihi kararlaştırılmıştır. Bu sebeple, satıcının gecikmesi durumunda aynen ifanın yanında alıcıya sözleşmeden dönme ve uğradığı zararın giderilmesini talep hakkı tanınmalıdır.

Bluntschli'ye göre, ticari satışlardan farklı olarak ticari olmayan satışlarda ise alıcının menfaati genellikle teslim edilecek satılanın kendisinde kalmasına yöneliktir; ancak ticari satışıktaki benzer sebepler ile bazı durumlarda sözleşmeden dönmesi gerekebilir. Fakat bu sonucu elde etmesi için alıcının ticari satışıktaki alıcı kadar acelesi yoktur ve bu nedenle hâkim aracılığıyla satıcıya vereceği ek süre sonunda sözleşmeden dönebilmesi mümkün kılınmıştır¹⁸⁵.

Böylece, ticari satışa ilişkin özel düzenlemenin çıkış noktasının belirli vadenin kararlaştırıldığı ticari satış sözleşmesinde satılanı elinden çıkararak kâr elde etmeyi amaçlayan alıcının sözleşmeden dönüp (günümüzde kabul edilen olumlu) zararının

¹⁸⁴ Bluntschli, **a.g.e.**, PGB § 1401, N.1, s. 376-377.

¹⁸⁵ Bluntschli, **a.g.e.**, PGB § 1402, N.1-2, s. 378.

giderilmesi talep edebilmesi için (adi satışlardan farklı olarak) onu mehil külfetinden kurtarmak ve onun spekülasyon yaparak kâr elde etme beklentisini¹⁸⁶ de bu yolla sağlamak olduğu söylenebilir.

Bu düzenleme daha sonra değişiklikler geçirerek – farklı şekillerde - HGB § 376, İBK m. 190-191 ve TBK m. 212-213'te yerini almıştır.

2. Alman, İsviçre ve Türk Hukuk Sistemlerindeki Düzenleniş Biçimleri

Ticari satışın tanımına ilişkin tartışmaları aktarabilmek için İsviçre hukukundaki ve Alman hukukundaki düzenlemelere ve kanun sistematığına kısaca değinmek faydalı olacaktır.

a. Alman Hukukunda

Alman hukukunda kesin vadeli ticari satışa ilişkin HGB § 376, temerrüde ilişkin özel düzenlemeler getirmektedir¹⁸⁷. HGB § 345 doğrultusunda, satış sözleşmesi taraflardan (en az) biri bakımından ticari iş (*Handelsgeschäft*) niteliğindeyse HGB § 376 uygulama alanı bulmaktadır¹⁸⁸. Bir sonraki adımda ticari iş, HGB § 343'e göre belirlenmektedir. HGB § 343'e göre ticari iş tacirin ticari işletmesine ilişkin tüm işlemleri

¹⁸⁶ PGB § 1401'de sözleşmeden dönme üzerine talep edilen zarara verilen anlam için bkz. dn. 152.

¹⁸⁷ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 149 (§35 II 3); Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 1; Reform Kanunu sonrası HGB § 376'nı özel hüküm teşkil etmediğine dair bkz. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 4, ayrıca bkz. Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 48-51.

¹⁸⁸ Hans Brox, Martin Henssler, **Handelsrecht**, 22. Bası, C.H. Beck, 2016, N. 384; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 152 (§35 III 3); Stelios Tonikidi, Das Zusammentreffen von Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I BGB) und Handelskauf (§§ 373 ff. HGB), **JURA**, C. 40, 2018/6, s. 556–560, s. 556. Bir taraf bakımından ticari iş teşkil eden satış sözleşmesi ticari satış olarak kabul edildiğinden bu hukuki işlemin aynı zamanda tüketici işlemi olması da Alman hukuku bakımından söz konusu olabilmektedir. Satıcının tacir (aynı zamanda BGB § 14 bakımından teşebbüs (“*Unternehmer*”) olduğu; alıcının ise tüketici olduğu durumların önemli bir kısmında HGB § 376 bakımından söz konusu satış sözleşmesi ticari satış olarak nitelendirilebilir. Bu sebeple ortaya çıkabilecek uygulama sorununa ilişkin açıklamalar için bkz. Tonikidi, **a.g.m.**, s. 556 vd.

ifade etmektedir¹⁸⁹. Bu doğrultuda, taraflardan biri tacirse ve satış sözleşmesi onun ticari işletmesine ilişkin bir işlem ise HGB § 376 uygulanacaktır (HGB § 343)¹⁹⁰. Ayrıca, Alman ticaret hukuku bakımından tacirin gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin, tereddüt hâlinde, tacirin ticari işletmesine ilişkin olduğu kabul edilmektedir (HGB § 344 I)¹⁹¹.

HGB § 376¹⁹²'nin uygulama alanına ilişkin bir diğer sınırlama ise satış konusuna ilişkindir. Satış konusunun taşınır eşya veya HGB § 381 I doğrultusunda bir kıymetli evrak

¹⁸⁹ Brox, Henssler, **a.g.e.**, § 15, N. 280a.

¹⁹⁰ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 152 (§35 III 3). Bu minvalde Alman ticaret hukuku bakımından tacirin merkeze alındığı bir sistemin benimsendiği öğretide ifade edilmektedir, Knoepfel, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁹¹ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 152 (§35 III 3). HGB § 344 I “Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig”.

¹⁹² HGB § 376 “(1) Ist bedungen, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Teil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrage zurücktreten oder, falls der Schuldne im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. (2) Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden. (3) Das Ergebnis eines anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufes kann, falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur zugrunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablaufe der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist. Der Verkauf oder Kauf muß, wenn er nicht in öffentlicher Versteigerung geschieht, durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise erfolgen. (4) Auf den Verkauf mittels öffentlicher Versteigerung findet die Vorschrift des § 373 Abs. 4 Anwendung. Von dem Verkauf oder Kaufe hat der Gläubiger den Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatz verpflichtet.”

olması durumunda¹⁹³ ve eser teslim sözleşmelerinde¹⁹⁴ HGB § 376'nın uygulanabileceği kabul edilmektedir.

HGB § 376 I'de nispi kesin vadeli ticari satışlarda, alacaklının¹⁹⁵ borçluya ek süre vermesine gerek olmaksızın sözleşmeden dönme hakkı ve borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep hakkı olduğu düzenlenmiştir¹⁹⁶. Söz konusu satış sözleşmesinin kesin vadeli işlem olarak kabul edilebilmesi için HGB §376 I'e göre, taraflar edimin (satılanın teslimi veya satış bedelinin ödenmesi için veya her ikisi için de) mutlaka belirli bir tarihte veya belirli zaman dilimi içerisinde yerine getirileceği konusunda anlaşmış olmalıdırlar¹⁹⁷. HGB § 376'da (İBK m. 190 ve TBK m. 212'den farklı olarak) ticari satışta kesin vadeli işlem bulunduğu dair bir karine düzenlenmemiştir¹⁹⁸. Bu sebeple, söz konusu satış sözleşmesinin kesin vadeli işlem niteliğinde olduğunu bu hükme başvuran tarafın ispat etmesi gerekmektedir¹⁹⁹.

HGB § 376'ya göre söz konusu ticari satış sözleşmesi, (nispi) kesin vadeli işlem niteliğinde ise, kararlaştırılan ifa zamanının geçmesiyle birlikte alacaklı aynen ifayı

¹⁹³ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 152 (§35 III 3); Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 1; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 9; Brox, Henssler, **a.g.e.**, N. 384; Tonikidi, **a.g.m.**, s. 556.

¹⁹⁴ Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 1; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 9.

¹⁹⁵ Belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm hem satıcının borcu bakımından kesin vadenin kararlaştırıldığı durumlarda hem de alıcının borcu kesin vadenin kararlaştırıldığı durumlarda uygulanacaktır.

¹⁹⁶ Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 47; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 30 vd.; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 1. Ayrıca bkz. dn. 208, 209.

¹⁹⁷ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 152 (§35 III 3); Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 4; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 12 vd.; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 6; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 6.

¹⁹⁸ Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 23.

¹⁹⁹ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 9; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 23; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 8.

istediğine dair hemen bildirimde bulunmamışsa aynen ifayı talep hakkı düşecektir²⁰⁰. BGB hükümlerinden farklı olarak²⁰¹ alacaklının aynen ifayı talep hakkı kendiliğinden düşecektir²⁰². Bu sebeple, aynen ifayı isteyen alıcı hemen satıcıya bildirimde bulunmalıdır²⁰³. Böylelikle bu düzenleme nispi kesin vadeli ticari satışlarda hızlı ve kolay tasfiye süreci amaçlanmıştır²⁰⁴. Ancak, teslim borcu bakımından kesin vadenin

²⁰⁰ Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 7; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 5, 25, 27; Ulrich Huber, **Leistungsstörungen, Band I: Die allgemeinen Grundlagen - Der Tatbestand des Schuldnerverzuges - Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände** (herausgegeben von Joachim Gernhuber), Tübingen, Mohr Siebeck, 1999 (Anlış: Huber **Leistungsstörungen I**), s. 501 (§21 I 3); Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 149 (§35 II 3); Soergel/Hadding, **12. Bası**, BGB § 361, N. 3.

²⁰¹ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 5; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 4; Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 48; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 1. Aynen ifa talebi BGB'ye göre alacaklının ifa yerine zararının giderilmesini talep etmesi durumunda veya sözleşmeden dönmesi durumunda ortadan kalkmaktadır, Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 5. Belirtmek gerekir ki alacaklının reform öncesi BGB § 326'ya göre, alacaklının sözleşmeden dönebilmesi (veya tazminat talep edebilmesi) için ek süre verirken süren sona erdiğinde ifadan vazgeçeceği konusunda borçluyu uyarması gerekmektedir. Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 47; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 153, dn. 52 (§35 III 3); Huber, **Leistungsstörungen I**, s. 499 (§21 I 2). Söz konusu uyarı olmadan verilen ek sürenin, alacaklıya BGB § 326'taki imkânları sağlamadığına dair bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 153, dn. 52 (§35 III 3). Bu sebeple, ek süre sonunda borçlu borcunu hâlâ ifa etmemişse, bu durumda alacaklının aynen ifa talebi kendiliğinden ortadan kalkmaktaydı, bkz. Huber, **Leistungsstörungen I**, s. 499 (§21 I 2).

Reform sonrası BGB § 323'e göre ise alacaklının ek süre verirken aynen ifadan vazgeçeceğine dair borçluyu uyarmasının artık aranmamaktadır, Hans-Theodor Soergel, Beate Gsell, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB Band 5/2: Schuldrecht 3/2 §§ 320 - 327 BGB**, 13. Bası, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2005 (Anlış: Soergel/Yazar adı, 13. Bası), BGB § 323, N. 5.

²⁰² Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 149 (§35 I 3); Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 22.

²⁰³ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 2; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 3; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 27; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 1; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9. Alıcının, satıcının geciktiğini ne zaman öğrendiğinin bu noktada belirleyici olmayacağına dair bkz. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 28.

²⁰⁴ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 2.

kararlaştırıldığı satış sözleşmelerinde hükmün alıcının menfaatine aykırı sonuçlar doğurabileceği de kabul edilmektedir²⁰⁵. Çünkü aynen ifayı talep ettiğine dair hemen bildirimde bulunmayan alıcının bu hakkı sona ermektedir. Aynen ifayı talep edemeyen alacaklı ise ya borcun yerine getirilmemesi sebebiyle uğradığı zararı talep edebilecek ya da sözleşmeden dnebilecektir²⁰⁶. Buna karşılık BGB hükümlerine göre ise nispi kesin vadeli işlemlerde sözleşmeden dönmediği veya aynen ifa yerine uğradığı zararının tazminini talep etmediği sürece ifa talebi varlığını srdrmektedir²⁰⁷.

Alıcının, HGB § 376 I doğrultusunda ifa yerine uğradığı zararın giderilmesini talep edebilmesi için satıcıya ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır²⁰⁸. Yine, HGB § 376 I hükmü doğrultusunda sözleşmeden dönebilmesi için borcun yerine getirilmemesinde sorumlu olmasına veya satıcıya ek süre vermesine gerek yoktur²⁰⁹. Ancak aynen ifa talebi düşen alıcının ek seçimlik haklarına ilişkin tercihini hangi süre içerisinde bildirmesi (r. sözleşmeden dönme beyanında bulunması) gerektiği HGB § 376'da dzenlenmemiřtir²¹⁰.

²⁰⁵ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 3. Bu gibi durumlarda yorum yoluyla tarafların hükmün uygulanmamasını kararlaştırıldıklarının tespit edilerek sorunun çözülebileceğine dair bkz. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 3-4.

²⁰⁶ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 154 (§35 III 3).

²⁰⁷ Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 48.

²⁰⁸ Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 37; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 3, 9; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 33; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 1, 15; Huber, **Leistungsstörungen I**, s. 501 (§21 I 3); Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 11; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 21. Ancak, satıcının bu durumda gecikmeden sorumlu olması gerekecektir, Huber, **Leistungsstörungen I**, s. 501 (§21 I 3); Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 11; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 9; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 21.

²⁰⁹ Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 28; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 8; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 10; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 30; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 13.

²¹⁰ Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 32; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 8; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 14.

Bu sebeple, alıcının (örneğin sözleşmeden dönecekse) derhâl dönme beyanında bulunmasına gerek olmadığı öğretide bazı yazarlarca kabul edilmektedir²¹¹.

Bazı yazarlar ise satıcının, alıcının sözleşmeden mi döneceği²¹² yoksa ifa yerine uğradığı zararının giderilmesini mi talep edeceğini bilmemesi sebebiyle elverişsiz bir durumda kalmaması için, (BGB § 350 kıyasen uygulanarak) satıcının alıcıya sözleşmeden dönme hakkına başvurusu için uygun bir süre tayin edebileceğini kabul etmektedirler²¹³. Ancak, bu görüş söz konusu hükmün sözleşmesel dönme hakkına uygulanacağı, dolayısıyla kanuni dönme hakkına kıyasen dahi uygulanmayacağı²¹⁴ ve bu sebeple burada bir kanun boşluğu olmadığı²¹⁵ gerekçesiyle eleştirilmektedir.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Reform Kanunu (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) ile karşılıklı sözleşmelerde alacaklının hem sözleşmeden dönüp hem de tazminat talep edebilmesine imkân tanınmıştır (BGB § 325)²¹⁶. Reform Kanunu ile birlikte HGB § 376’da bir değişiklik yapılmadığından, HGB § 376’da yer alan sözleşmeden dönme “veya” ifa etmeme sebebiyle uğranılan zararın

²¹¹ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 17; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 14; görüşler için ayıca bkz. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 10.

²¹² Bazı yazarlara göre alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının sınırını somut olayın koşulları doğrultusunda dürüstlük kuralı oluşturabilecektir Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 34. Ancak, borçlunun kendi edimini yerine getirmediği ve yerine getirmesinin istenmediği göz önüne alındığında borçlunun menfaatinin her zaman alıcının alacaklının sözleşmeden dönüp dönmeyeceğini bilmesini gerektirmeyebileceğine dair bkz. Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 34.

²¹³ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 18; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 32. HGB § 376’da alacaklıya kanuni dönme hakkı tanındığına dair bkz. Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 3.

²¹⁴ Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 14, dn. 73; benzer yönde Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 33.

²¹⁵ Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 33.

²¹⁶ Roland Schwarze, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 315 - 326 (Leistungsstörungenrecht 2)**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2015 (Anlış: Staudinger/Yazar adı, 2015), BGB § 325, N.11; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 15.

giderilmesi ifadesinin Reform Kanunu öncesi dönemdeki anlayışı yansıttığı, buna karşılık HGB § 376'nın uygulanacağı durumlarda da alacaklının sözleşmeden dönme ile birlikte tazminat talep edebileceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²¹⁷. Bu çerçevede, ayrıca zaten alacaklının sözleşmeden dönüp tazminat talep edebilmesine imkân veren BGB § 325 hükmünün *lex posterior* olarak ticari satışlar bakımından da uygulama bulacağı ifade edilmektedir²¹⁸.

Eğer, alacaklı kesin vadenin geçmesiyle birlikte aynen ifayı derhâl talep etmişse, HGB § 376 I'deki diğer haklara başvuramayacaktır²¹⁹. Ancak, alacaklı genel hükümlere göre, borçluya tekrar süre vererek, sürenin sonunda borçlu edimini yerine getirmezse tazminat talep etme hakkına tekrar kavuşacaktır²²⁰.

Reform Kanunu ile BGB hükümlerinde yapılan değişiklikler sonrası (dönme hakkı bakımından) ticari satış ve adi satış arasındaki farklılıkların azaldığı ifade edilmektedir²²¹. Şöyle ki Alman hukuku bakımından Reform Kanunu öncesi BGB § 285'e göre borçlunun edimini yerine getirmemesi kendisinin sorumlu olmadığı bir durumdan kaynaklanıyorsa, borçlu temerrüdü söz konusu olmamaktaydı. Bu sebeple, Türk (ve İsviçre) hukukunun

²¹⁷ Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 8; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 15; Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 44; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 10-11; benzer sonuç için Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 27; Peter Jung, **Handelsrecht**, 11. Bası, C.H. Beck, 2016, § 37, N. 7; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 32; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 36.

²¹⁸ Jung, **a.g.e.**, § 37, N. 7.

²¹⁹ Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 29; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 149 (§35 II 3) Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 7; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 30; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 26.

²²⁰ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 149 (§35 II 3); Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 12; karş. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 7; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 30; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 26.

²²¹ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 2.

aksine²²² - Reform Kanunu öncesi - Alman hukukunda alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için gecikmesinden sorumlu olması aranmaktaydı²²³. Ancak, alacaklının bu kanuni dönme hakkına başvurabilmesi için borçlunun temerrüde düşmesinde sorumlu olması aranmakta idiye de (nispi) kesin vadeli işlemler bakımından alacaklının (sözleşmesel dönme hakkını düzenleyen) BGB § 361'e dayanarak sözleşmeden dönmesinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi. Şöyle ki, reform öncesi BGB § 361'e göre, karşılıklı sözleşmelerde tarafların edimin mutlak belirli bir tarihte veya belirli bir zaman dilimi içerisinde yerine getirileceği üzerinde anlaşmış olmaları durumunda (nispi kesin vade), "tereddüt hâlinde", edim söz konusu tarihte veya zaman dilimi içerisinde yerine getirilmezse, diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkı olduğu kabul edilmekteydi²²⁴. Böylece, borçlu borcunu zamanında ifa etmediğinde sözleşmeden dönebilmesi için alacaklıya ek süre vermesine gerek olmadığı gibi borçlunun temerrüdüne (dolayısıyla sorumlu olmasında da) gerek bulunmamaktaydı²²⁵. Ancak nispi kesin vadeli işlemlere ilişkin olduğu kabul edilen bu hükmün aslında bir yorum kuralı niteliğinde olduğu belirtilmektedir²²⁶. Başka bir deyişle, bu hüküm doğrultusunda ancak tereddüt hâlinde alacaklıya bir dönme hakkının tanındığı yorumu yapılacaktır. Nispi kesin vadenin kararlaştırıldığı ticari satışlar bakımından ise HGB § 376'da alacaklıya (alıcı veya satıcı)

²²² Aşağıda da açıklanacağı üzere Türk (ve İsviçre) hukuku bakımından alacaklının sözleşmeden dönebilmesi borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmasına bağlı değildir, bkz. İkinci Bölüm: III.B. Türk hukuku bakımından alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için kusur şartı aranması gerektiği; ancak tarafların arasındaki sözleşmenin kesin vadeli işlem niteliğinde olması durumunda borçlunun temerrüde düşmesiyle artık borçlunun kusurundan bağımsız olarak alacaklının sözleşmeden dönebileceğine dair bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 242-243.

²²³ Emmerich, **a.g.e.**, s. 305 (§19 N. 1); Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 14; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 59.

²²⁴ Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 47; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 3.

²²⁵ Soergel/Hadding, **12. Bası**, BGB § 361, N. 3.

²²⁶ Soergel/Hadding, **12. Bası**, BGB § 361, N. 1, 3, 4; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 3. Bu durumda sözleşmesel dönme hakkının karine olarak kabul edileceği yönünde bkz. Emmerich, **a.g.e.**, s. 305 (§19 N. 13). Alacaklının hemen sözleşmeden dönmezse dönme hakkının ortadan kalkacağına dair bkz. Soergel/Hadding, **12. Bası**, BGB § 361, N. 3.

kararlaştırılan zamanda edimin yerine getirilmemesi durumunda sözleşmeden dönme hakkının kanunda tanındığı kabul edilmektedir.

Özetle, Reform öncesi BGB § 361'e göre nispi kesin vadeli işlemlerde alacaklıya şüphe hâlinde, sözleşmeden dönme hakkı tanındığı yönünde yorum yapılacak iken; HGB § 376'da doğrudan kanun koyucunun borçlunun kusuruyla temerrüde düşmesini aramaksızın alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanımış olduğu ifade edilmektedir²²⁷. Bu sebeple, HGB § 376'nın alacaklıyı reform öncesi BGB'ye nazaran güçlendirmeyi hedeflediği belirtilmektedir²²⁸. Borcun ifa edilmemesi veya kötü ifası durumunda alacaklının sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen reform sonrası BGB § 323 II (2) ile ise nispi kesin vadeli işlemlerde borçlunun ifa zamanını kaçırmasıyla birlikte alacaklının kanuni dönme hakkı olacağı düzenlenmiştir²²⁹. Ayrıca, sözleşmeden dönebilmesi için borcun ifa edilmemesinden sorumlu olması artık BGB'de aranmamaktadır²³⁰. Bu sebeple, (nispi) kesin vadenin kararlaştırıldığı adi satış satışlar ve ticari satışlar bakımından HGB § 376 I hükmü ile yaratılan farkın ticari satışta aynen ifa talebinde ısrar eden alacaklının hemen bildirimde bulunması gerektiği noktasında toplanmakta olduğu ifade edilmektedir²³¹.

²²⁷ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 153 (§35 III 3).

²²⁸ Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 3; benzer yönde: Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 47. Sözleşmeden dönmeye ilişkin reform sonrası BGB § 323 II (2) hükmü ile HGB § 376'nın örtüştüğüne dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 3; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 5; karş. Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 47.

²²⁹ Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 3.

²³⁰ Emmerich, **a.g.e.**, s. 305 (§19 N. 1); Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 13; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 8; Soergel/Gsell, **13. Bası**, BGB § 323, N. 5; karş. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 1, 10; Harke, **a.g.e.**, s. 135.

²³¹ Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 2, 5.

Söz konusu maddede ticari satışta zararın hesaplanmasına ilişkin de özel hükümler (HGB § 376 II-IV) düzenlenmiştir²³². HGB § 376 II'ye göre, alıcı (veya satıcı) ifa yerine uğradığı zararın giderilmesini talep ederse, satış konusunun piyasa veya borsa fiyatı bulunuyorsa, alıcı satış bedeli ile ifa yeri ve zamanındaki piyasa/borsa fiyatı arasındaki farkı talep edebilir. HGB § 376 II'de düzenlenen bu yöntem zararın (dar anlamda) soyut yönteme göre hesaplanmasını teşkil etmektedir²³³. Alıcı bu farktan daha fazla zarara uğramışsa bunu ispat edebilecektir²³⁴. Ancak, alıcı ikame mal satın almışsa ve zararının buna göre (somut yöntem doğrultusunda) hesaplanmasını talep ediyorsa, bunun için HGB § 376 III'te öngörülen şartları yerine getirmelidir²³⁵.

b. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda ticaret hukuku ayrıca bir kanunla düzenlenmemiştir²³⁶. Bu doğrultuda, İsviçre hukukunda monist bir yapının kabul edildiği ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun medeni hukuka ilişkin hükümlerle ticaret hukukuna ilişkin hükümleri kapsadığı ifade edilmektedir²³⁷. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ticari işler ile adi işler arasında genel bir ayırım yapılmamıştır²³⁸. Hatta, Alman hukukunda yer alan “ticari iş”in

²³² Roth, Weller, Prütting, **a.g.e.**, § 35, N. 936; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 42; Jung, **a.g.e.**, § 37, N. 7.

²³³ Bkz. dn. 977'deki yazarlar.

²³⁴ Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil**, 14. Bası, Münih, Verlag C.H. Beck, 1987, s. 513.

²³⁵ Bkz. dn. 985'teki yazarlar.

²³⁶ Karl Oftinger, **Handelsrecht und Zivilrecht**, SJZ, 1954, 50. Yıl, Sayı: 10, s. 153-163, s. 153; Weber, **BK OR**, Art. 104, N. 76; Schwenger, **OR AT**, N. 2.06; Keppler, **a.g.e.**, s. 20; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 1.

²³⁷ Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, 3. Bası, Schultess, 1984, § 1, V, s. 5; Schwenger, **OR AT**, N. 2.06; Oftinger, **a.g.m.**, s. 155; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 4. İsviçre'de kabul edilmiş olan bu sistemin gerekçelerine ilişkin bkz. Oftinger, **a.g.m.**, s. 155 vd.

²³⁸ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 25.

(*Handelsgeschäfte*) İsviçre hukuku bakımından bilinmeyen bir kavram olduğu ifade edilmektedir²³⁹. Böylece, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki hükümlerin kural olarak adi işlere uygulanacağı gibi ticari işlere de uygulanacağı kabul edilmektedir²⁴⁰.

Monist bir yapı kabul edilmekle beraber İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki bazı hükümler ticaretin gereklilikleri dikkate alınarak düzenlenmiştir²⁴¹. Bu düzenlemelerde kimi zaman ticari işlemlere (*der kaufmännische Verkehr*) atıf yapılmış kimi zaman tacirler arası ifadesine yer verilmiştir. Örneğin tüketim ödünçüne ilişkin İBK m. 313 II’de²⁴²; satış sözleşmesinde satıcının temerrüdüne ilişkin İBK m. 190 ve m. 191 II’de ve alıcının temerrüdüne ilişkin İBK m. 212 III ve m. 215’te ticari işlem (*der kaufmännische Verkehr*) ifadesi yer almaktadır. Temerrüt faizine ilişkin İBK m. 104 III hükmünde ise “tacirler arasında (*unter Kaufleuten*)” ifadesi bulunmaktadır²⁴³.

Ticari işlem ise İsviçre kanunlarında tanımlanmamıştır²⁴⁴. Bu sebeple, İsviçre hukuku öğretisinde ticari işleme farklı anlamlar verilmektedir. Öğretide ticari işleme verilen anlamın temel olarak sübjektif ve objektif teori olarak isimlendirilen iki farklı

²³⁹ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 39.

²⁴⁰ Schwenzer, **OR AT**, N. 2.06.

²⁴¹ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 1; Schwenzer, **OR AT**, N. 2.06.

²⁴² Tüketim ödünçü bakımından ticari işlemin, (işlemin taraflarının niteliğini dikkate alan) sübjektif unsur ve (işlemin niteliğini dikkate alan) objektif unsura göre tespit edileceğine dair bkz.: Rolf H. Weber, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Darlehen, Art. 312-318 OR, mit Anhang zu Bankverträgen Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2013, Art. 313, N. 45; **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht: Die Leihe, Art. 305-318 OR, Band/Nr. V/2b**, (Herausgeber: Peter Gauch, Jörg Schmid) 3. Bası, Zürich, 2003, Art. 313, N. 11.

²⁴³ İBK m. 104 III’te tacirler arasında ifadesine yer verilmekle birlikte öğretide bu ifadenin kanun koyucunun bilinçli tercihini yansıtmayabileceği ve söz konusu hükmün ticari işlemlere uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir, Weber, **BK OR**, Art. 104, N. 76; Weber, **BK OR**, Art. 313, dn. 66; benzer yönde. BGE 122 III 55-56.

²⁴⁴ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 2. Ticari işlemin, İsviçre hukukundaki tarihi gelişimi için bkz. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 3 vd.

teoriye göre açıklanabileceği belirtilmektedir. Sübjektif teori olarak adlandırılan yaklaşıma göre ticari işlem (veya ticari iş), tacirin merkez alınması suretiyle tespit edilmektedir²⁴⁵. Sübjektif teorinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde ticari işlemin (ör. ticari satış) kural olarak tacirler arasında yapılan işlemi ifade edeceği söylenmektedir²⁴⁶. Objektif teoriye göre ise tarafların tacir olup olmadığından bağımsız olarak işlemin niteliği dikkate alınmak suretiyle bir tespit yapılmaktadır²⁴⁷. Objektif teorinin kabul edilmesi durumunda ise ticari işlem tespit edilirken kullanılacak kriter tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın yapılan işlemin niteliği itibarıyla ticari bir amaç izleyip izlemediğine ilişkin olacaktır²⁴⁸.

c. Türk Hukukunda

Ticari satış kavramı Türk Borçlar Kanunu'nda ²⁴⁹ veya Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamıştır²⁵⁰. Bu sebeple ticari satış kavramının ne ifade ettiği doktrinde oldukça tartışmalıdır. TBK m. 212'de düzenlenen ticari satış kavramına bir anlam verebilmek için öncelikle konu ile ilişkili olabilecek bazı kavramlara değinilecektir.

TTK m. 3'e göre "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.". Bu doğrultuda, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan "hususlar" – ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına

²⁴⁵ Açıklamalar için bkz. Munzinger, **a.g.e.**, s. 3; Bär, **a.g.e.**, s. 54; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 15; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 7.

²⁴⁶ Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 7. Bu doğrultuda Munzinger'in Ticaret Kanunu taslağında sübjektif sistemin esas alındığı belirtilmektedir, Bloch, **a.g.e.**, s. 5. Ancak bu taslakta kimi hükümler bakımından objektif sistem de kabul edilmiştir, Munzinger, **a.g.e.**, s. 3.

²⁴⁷ Açıklamalar için bkz. Munzinger, **a.g.e.**, s. 3.

²⁴⁸ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 15; Pierre Tercier, Pascal G.Favre, Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, Zürih, Schulthess, 2009 (Anıls: Tercier/Favre/Yazar, Les contrats spéciaux), N. 524; Bär, **a.g.e.**, s. 54; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 7; Keppler, **a.g.e.**, s. 21.

²⁴⁹ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 97; Gümüş, **a.g.e.**, s. 42.

²⁵⁰ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 97.

bakılmaksızın – ticari iş sayılmaktadır²⁵¹. Ayrıca, bunlar dışında “ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller” de ticari iş niteliği taşımaktadır²⁵². Sözleşmeler bakımından önem arz eden TTK m. 19 II’ye göre “Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır”.

Ticari işe gösterilen örneklerden bir tanesi tacirin “ticari işletmesinde kullanmak” amacıyla bir makine satın almasıdır²⁵³. Bu satış sözleşmesi TTK m. 3 doğrultusunda ticari iş niteliğindedir. Aynı zamanda, alıcının hammadde satın alınmasına ilişkin sözleşmeler ve üretilen malın satılmasına ilişkin sözleşmeler de ticari işe örnek olarak gösterilmektedir²⁵⁴.

“Ticari satış ve mal değişimi” başlıklı TTK m. 23. maddesinde²⁵⁵ “tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerin[e]” ilişkin özel hükümler düzenlenmiştir. TTK m. 23 I/a’da kısmi ifaya, m. 23 I/b’de alıcının temerrüdüne ve m. 23 I/c’de ayıplı ifaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. TTK m. 23’te “tacirler arasındaki satış ve mal değişimleri” ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte TTK m. 23’ün uygulanabilmesi için öğretide

²⁵¹ Arkan, **a.g.e.**, s. 72; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**, N. 88; Bahtiyar, Biçer, Mehmet Bahtiyar, Levent Biçer, “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 395-436, s. 413-414.

²⁵² Arkan, **a.g.e.**, s. 73; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**, N. 89; Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 414

²⁵³ Arkan, **a.g.e.**, s. 73; benzer örnek için bkz. Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 414.

²⁵⁴ Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 414.

²⁵⁵ TTK m. 23- “(1) Bu maddedeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerinde de Türk Borçlar Kanununun satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır. (...)”

tarafların tacir olmasının yanında satış sözleşmesinin her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi de bazı yazarlarca aranmaktadır²⁵⁶.

Son olarak Türk Ticaret Kanunu'nda satış sözleşmelerinde temerrüde ilişkin bir diğer düzenleme ise TTK m. 1530 II²⁵⁷ ve devamında yer almaktadır. Para alacaklısının korunmasını amaçlayan²⁵⁸ bu hükümlerde “ticari işletmeler arası”²⁵⁹ yapılan satış sözleşmelerinde para borçlusunun (satış sözleşmesi bakımından alıcının) temerrüdüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır²⁶⁰.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu hükümlerde (ile ilgili hükmün amacı doğrultusunda) ‘ticari’ satış düzenlemelerine yer verilmiştir. Buna karşılık, TBK m. 212’de ise bu maddelerde olduğu gibi hükmün kapsamındaki ticari satışa ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bu sebeple, bazı yazarlar Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu hükümlerle bağlantılı olarak; bazı yazarlar ise bu hükümlerden bağımsız olarak ticari satışa farklı anlamlar yüklemektedir. TBK m. 212’ye göre ticari satışa verilmesi gereken anlam öğretideki görüşler çerçevesinde aşağıda incelenmiştir.

²⁵⁶ Arkan, **a.g.e.**, s. 172; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**, N. 581; Salih Şahiniz, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 21-22.

²⁵⁷ TTK m. 1530 “(2) Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklı, kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşer.”

²⁵⁸ Yeşim M. Atamer, Gül Okutan Nilsson, “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, **BATİDER**, Cilt: 39, Sayı: 3 Eylül 2013 s. 31-82, s. 32 vd.

²⁵⁹ Söz konusu düzenlemenin esnaf işletmeleri için uygulanması gerektiğine dair bkz. Atamer, Okutan Nilsson, **a.g.m.**, s. 65. Söz konusu maddenin 5. fıkrası ve 8. fıkrası ise küçük orta büyük işletmelere ilişkin düzenleme yapmaktadır, Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 168; Atamer, Okutan Nilsson, **a.g.m.**, s. 65.

²⁶⁰ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 167.

3. Ticari Satış Kavramına Verilen Farklı Anlamlar

TBK m. 212 anlamında ticari satış sözleşmesinin hangi kriterlerin kullanarak belirleneceği öğretide oldukça tartışmalıdır. Özellikle İsviçre hukuku bakımından ticari işlemin tanımına ilişkin olarak yukarıda aktarılan (objektif ve sübjektif teorilere ilişkin) genel tartışma ticari satışın belirlenmesi noktasında da mevcuttur. Ancak bunun da ötesinde ticari satışın tespiti bakımından önerilen kriterler birçok alt başlığa ayrılmaktadır. Öğretide ticari satışın belirlenmesi noktasında yazarlar farklı kriterleri dikkate almaktadırlar. Her ne kadar bu önerilen bu kriterler aşağıda belirli gruplar hâlinde sınıflandırılmış olsa da her bir kriter önerisi altında da neredeyse yazar sayısı kadar farklı alt kriter önerileri tespit edilebilmektedir.

Bu amaçla, Türk ve İsviçre hukuklarındaki önerilen bu temel kriterleri (görüşleri) ilk aşamada kısaca özetleyecek olursak, bir görüşe göre kâr elde etmek amacıyla takip eden satış yapma gayesiyle yapılan satış sözleşmelerinin ticari satış olarak kabul edildiği söylenebilir. İkinci görüşe göre takip eden satışı meslek edinen alıcı ile yapılan satış sözleşmeleri ticari satış olarak kabul edilmelidir. Ticari satışı daha geniş ele alan diğer bir görüşe göre ise mesleki faaliyetler kapsamında yapılan satış, ticari satış olarak tanımlanmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise sadece tacirler arası satışlar ticari satış olarak kabul edilmelidir. Türk hukuku öğretisinde de bu görüşler savunulmakla birlikte bu görüşlere ek olarak ticari satışın Türk Ticaret Kanunu'ndan yola çıkarak tanımlanabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Son olarak bazı yazarlar ek bir kriter olarak 'ticari satış' olarak kabul edilecek sözleşmede aynı zamanda tarafların özel olarak kesin vade kararlaştırmış olmalarını aramaktadırlar.

a. Takip Eden Satış Yoluyla Kâr Elde Etmek Amacıyla Yapılan Satış

İsviçre hukukunda²⁶¹ ve Türk hukukunda²⁶² kabul edilen ve objektif görüş olarak da adlandırılan görüşe göre TBK m. 212 (İBK m. 190) anlamında ticari satış, alıcının (kâr elde etmesi için) takip eden satış yapması²⁶³ amacıyla kurulan satış sözleşmelerini ifade

²⁶¹ İsviçre hukuku bakımından bu yönde von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, § 1, V, s. 5; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 7; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 15; Stephanie Hrubesch-Millauer, **Art. 190-191 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184–318 OR)** (Herausgeber: Markus Müller-Chen, Claire Huguenin), 3. Bası, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2016 (Anılış: Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**), Art. 190, N. 3; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2; Pierre Tercier, **La partie spéciale du Code des obligations**, Zürich, Schulthess, 1988 (Anılış: Tercier, **La partie spéciale**), N. 142-143; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 523-524; Cavin, **a.g.e.**, s. 9; Pierre Engel, **Contrats de droit suisse**, Bern, Stämpfli, 2000, s. 24; Jörg Schmid, Hubert Stöckli, Frédéric Krauskopf, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich, Schulthess, 2016 (Anılış: Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**), N. 237; Müller-Chen, Girsberger, Furrer, **OR BT**, Kapitel 2, N. 14; Guy Stanislas, **Le droit de résolution dans le contrat de vente: sanction de l'inexécution des obligations contractuelles**, Tez N. 630, Cenevre, 1979, s. 82; Keppler, **a.g.e.**, s. 21; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 8 vd.; Bär, **a.g.e.**, s. 54; Schenker, **a.g.e.**, N. 416; Claude Ramoni, **Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Etude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations**, Zürich, Schulthess, 2002, N. 108; Oftinger, **a.g.m.**, s. 159; benzer yönde Hans Rudolf Barth, **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung**, Aarau, Verlag Sauerländer, 1958, s. 162-164.

²⁶² Türk hukuku bakımından bu yönde Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 385; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, (Yayına hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı) İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019 (Anılış: Serozan, **Borçlar Özel**), N. 595; Serozan, **İfa**, § 17, N. 21; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017, s. 78; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 10; Gümüş, **a.g.e.**, s. 43-44; benzer yönde bkz. Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 102.

²⁶³ Satılanı elden çıkarmaya ilişkin işlemin şeklinin önemli olmadığına dair bkz. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 12.

etmektedir²⁶⁴. Böylece, alıcının bu satış sözleşmesini kurmasının amacı satış konusunu tekrar satmak suretiyle kâr elde etmektir²⁶⁵.

Bu görüşe göre yapılan satışın TTK bakımından ticari iş sayılmasına gerek yoktur²⁶⁶. Ayrıca tacir olmayan kişilerin yaptıkları satış sözleşmesi de ticari satış teşkil edebilir²⁶⁷. Hatta tacirler arasında yapılan her satış sözleşmesi de ticari satış olmayacaktır²⁶⁸. Örneğin tacir olmayan bir alıcının, tekrar satmak amacıyla borsa üzerinden hisse satın alması hâlinde ticari satış söz konusu iken²⁶⁹, (alıcı) tacirin kişisel

²⁶⁴ Bu yönde bkz. BGE 120 II 299; (ticari satışta alıcının temerrüdüne ilişkin İBK m. 215 bakımından) BGE 65 II 173.

²⁶⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 523; Cavin, **a.g.e.**, s. 9; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 24; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 237; Stanislas, **a.g.e.**, s. 82.

²⁶⁶ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 5; Gümüş, **a.g.e.**, s. 43-44; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 102.

²⁶⁷ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 15; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 190, N. 3; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 24; Tercier, **La partie spéciale**, N. 143; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 524; Cavin, **a.g.e.**, s. 9; Müller-Chen, Girsberger, Furrer, **OR BT**, Kapitel 2, N. 14; Keppler, **a.g.e.**, s. 21; Stanislas, **a.g.e.**, s. 82; Schenker, **a.g.e.**, N. 416. Türk hukuku bakımından bu yönde Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 385; Gümüş, **a.g.e.**, s. 43-44; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 5; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 102. Koller'e, göre kesin vade karinesinin tacir olmayan kişilerin genellikle iradesine uygun olmayacağından yola çıkarak uygulamada kural olarak ticari satışın tacirlerin arasında yapılan satışı ifade edebileceğine dikkat çekmektedir, Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 14

²⁶⁸ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 18; Tercier, **La partie spéciale**, N. 143; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 524; Stanislas, **a.g.e.**, s. 82; Cavin, **a.g.e.**, s. 9.

²⁶⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 8. Belirtmek gerekir ki alıcının amacının ne olduğunun hâkim tarafından tespit edilmesinin zorluğu ve bu durumun yaratacağı belirsizlik sebebiyle salt objektif bir kriterin kabul ediliyor olması Munzinger tarafından Ticaret Kanunu Taslağını hazırladığı dönemde eleştirilmiştir, Munzinger, **a.g.e.**, s. 6-7.

ihtiyaçlarını²⁷⁰ veya işletmesinin ihtiyaçlarını karşılamak için yapmış olduğu satış sözleşmesi ticari satış olarak değerlendirilmeyecektir²⁷¹.

Bu görüş gerekçelendirilirken yazarların bir kısmı kanun sistematğine dayanmaktadırlar. Şöyle ki İsviçre hukuku bakımından kanun koyucu İsviçre Borçlar Kanunu'nun bazı maddelerinden “tacirler arasında” ifadesine yer vermiş bazı maddelerinde ise “ticari işlem” ifadesine yer vermiştir. Benzer bir şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun bazı hükümlerinde (ör. TBK m. 236 IV) tarafların tacir olması kriter alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Objektif teoriyi savunan yazarlara göre, kanun koyucu İBK m. 190 (ve TBK m. 212'de) “tacirler arasında” ifadesine yer vermeyerek bilinçli bir tercih yapmış ve söz konusu ticari satışın tacir olmayan kişiler arasında da uygulanmasını benimsemiştir²⁷².

Hükmün amacından yola çıkan bu görüşe göre, bu düzenleme ticari satışlardaki çabukluğu korumak²⁷³, belirsizliği önlemek amacıyla²⁷⁴ ve “pratik ve sade bir çözüm” sağlamak²⁷⁵ amacıyla getirilmiştir. Bu görüşteki yazarlara göre kanun koyucu alıcının uğrayabileceği bazı riskleri dikkate alarak söz konusu düzenlemeleri yapmıştır. Bu doğrultuda, yeniden satış yapabilmek için teslimi bekleyen alıcının satıcının gecikmesi sebebiyle daha elverişsiz koşullarda satış yapma riski veya tekrar satışı gerçekleştirmişse satılan kendisine teslim edilmediğinden gecikmesi sebebiyle kendi alıcısının sözleşmeden

²⁷⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2

²⁷¹ Cavin, **a.g.e.**, s. 9.

²⁷² Cavin, **a.g.e.**, s. 9; Keppler, **a.g.e.**, s. 21; benzer yönde bkz. Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 15; Ramoni, **a.g.e.**, N. 110. İsviçre Borçlar Kanunu'nun bazı hükümlerinde yer alan “tacirler arasında” ifadesi ile “ticari işlem” ifadesinin kanun koyucunun bilinçli tercihini yansıtmayabileceği yönünde bkz. Weber, **BK OR**, Art. 104, N. 76.

²⁷³ Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 26; Serozan, **İfa**, § 17, N. 21; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 595.

²⁷⁴ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 10; Gümüş, **a.g.e.**, s. 45 vd.; benzer yönde Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 26.

²⁷⁵ Serozan, **İfa**, § 17, N. 21; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 595.

döndüğü durumda ifanın hâlâ alıcı tarafından kabulünün gerekmesi tehlikesi meydana gelebilir²⁷⁶. Bu ihtimallerde ise alıcının uygun şartlarda satış yapamaması söz konusu olabilecek ya da kendi alıcısının sözleşmeden dönmesi sebebiyle artık satılanı tekrar satamaması durumu ortaya çıkabilecektir. Bu durumda, alıcının ortaya çıkan sonuç itibariyle geciken ifaya olan çıkarı artık ortadan kalkmaktadır²⁷⁷. Böylece, kanun koyucu ticari satışa ilişkin özel düzenleme getirerek alıcının zamanında teslim olan menfaatini göz önünde bulundurmuş ve alıcının fiyat dalgalanmalarının yaratabileceği olumsuz koşullardan ve kendi alıcısı olan üçüncü kişiye karşı teslim borcunu ifa edememesinin sonuçlarından korunması amaçlanmıştır²⁷⁸. Bu görüşe göre ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin söz konusu hüküm, esas itibariyle alıcı tarafından satılanın kâr etme amacıyla yeniden satışı ihtimali göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir²⁷⁹.

Objektif teoriyi savunan bazı yazarlar alıcının satılanı yeniden satmak amacıyla satın almış olduğunun satıcı tarafından bilinebilir olmasını aramaktadırlar²⁸⁰. Ancak, satış sözleşmesinin kurulduğu anda takip eden satış sözleşmesinin kurulmuş olması gerekmemektedir²⁸¹.

²⁷⁶ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 7.

²⁷⁷ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 7. Ancak, uygulamada, alıcıların genellikle, ifa zamanı geçmesine rağmen, yine de satılanın teslimini talep ettikleri de öğretilde ifade edilmektedir, Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 7; Alman hukuku bakımından benzer yönde bir tespit için bkz. dn. 205.

²⁷⁸ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 17.

²⁷⁹ Serozan, **Borçlar Özel**, N. 595.

²⁸⁰ Bär, **a.g.e.**, s. 54; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 11; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 9; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2; Cavin, **a.g.e.**, s.9; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 7, 9; Gümüş, **a.g.e.**, s. 43-44. İspat yükü bakımından alıcının satıcının bu hususu bildiğini ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir, Gümüş, **a.g.e.**, s. 43-44.

²⁸¹ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 12.

Bu görüşe göre satılanın kişisel kullanım amacıyla satın alınması durumunda ticari satıştan söz edilemeyecektir²⁸². Hatta, alıcı satılanı kişisel kullanımı amacıyla almışsa, fakat daha sonra bunu satmışsa bu durumda dahi ticari satışın söz konusu olmayacağı belirtilmektedir²⁸³. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu görüşe göre, satış sözleşmesi ticari iş teşkil etse bile alıcı satılanı yeniden satmak için satın almadıysa ticari satış söz konusu değildir. Bu sebeple, alıcı işletmesinin bir ihtiyacını gidermek için satılanı satın almış olsa bile ticari satıştan söz edilemeyecektir²⁸⁴. Örneğin yeniden satış amacı olmaksızın, alıcının ticari işletmesinde kullanmak üzere makina satın alması hâlinde önerilen bu kritere göre TBK m. 212 anlamında ticari satış söz konusu değildir²⁸⁵.

Alıcı satılanı işledikten sonra üçüncü bir kişiye satmayı amaçlıyorsa söz konusu satış sözleşmesinin ticari satış oluşturup oluşturmayacağı öğretide ayrıca tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, alıcı satılanı işledikten sonra yeniden satmayı amaçlamaktaysa yine ticari satış söz konusu olacaktır²⁸⁶. Bu yazarlara göre bu son durumda da alıcının zamanında teslim olan menfaati önem arz etmektedir²⁸⁷ ve alıcı yine işlenmeksizin

²⁸² Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 8; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 190, N. 3; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 524; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2; Comment, **a.g.e.**, s. 110; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 14; benzer yönde Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 18. Yazara göre alıcı satılanın bir kısmını yeniden satmak bir kısmını kişisel kullanım amacıyla satın almışsa, ağırlıklı olan kısma göre satışın ticari olup olmadığına karar verilmelidir, Knoepfel, **a.g.e.**, s. 14.

²⁸³ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 12.

²⁸⁴ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 8; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 17; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 24; Tercier, **La partie spéciale**, N. 143Cavin, **a.g.e.**, s. 9. Bir restoranın faaliyetleri için kahve makinesi alınması durumunda ticari satışın söz konusu olmayacağı örnek olarak gösterilmektedir, Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 8.

²⁸⁵ Cavin, **a.g.e.**, s.9; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 8.

²⁸⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2; Bär, **a.g.e.**, s. 54; Ramoni, **a.g.e.**, N. 108; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 10; benzer yönde Knoepfel, **a.g.e.**, s. 12 vd.

²⁸⁷ Bär, **a.g.e.**, s. 54.

yeniden satış ile aynı riskler ile karşı karşıyadır²⁸⁸. Ancak öğretide satılanın işlenerek tekrar satılmasının amaçlandığı her durumda ticari satışın söz konusu olamayabileceğine dikkat çekilmektedir. Bu noktada eğer işleme faaliyeti satış konusu hammaddeden daha değerliyse dar anlamda bir yeniden satış işleminden söz edilemeyeceği dolayısıyla bu durumda ticari satışın söz konusu olmayacağı; ancak basit değişiklikler veya değer artışlarının satış sözleşmesinin ticari satış sayılmasına engel olmayacağı bazı yazarlarca savunulmaktadır²⁸⁹.

Diğer bir görüşe göre ise alıcının satılanı işledikten sonra yeniden satmayı amaçlaması durumunda ticari satış söz konusu olmayacaktır²⁹⁰. Bu görüşe göre, doğrudan ve hızlıca satışa kıyasla, bu son ihtimalde, alıcının ifa zamanının geçmesine rağmen, ifaya olan menfaati daha fazladır²⁹¹.

b. Takip Eden Satış Meslek Edinen Alıcı İle Yapılan Satış

Öğretideki diğer bir görüşe göre²⁹², kendi mesleki faaliyetleri çerçevesinde alıcının takip eden satış yaparak kâr elde etmeyi amaçladığı satışlar ticari satış niteliğindedir. Bu görüşe göre alıcının yalnızca mesleki faaliyetleri çerçevesinde

²⁸⁸ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 2.

²⁸⁹ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 13. Yazar taş satın alındıktan sonra heykel yapılarak tekrar satılmasını veya odun satın alındıktan sonra dolap yapılarak satılmasını ticari satış olmayan satış sözleşmelerine örnek olarak göstermektedir, Knoepfel, **a.g.e.**, s. 13, dn. 16. Yazar bu doğrultuda işlemeyi ikiye ayırıp incelemektedir. Satılarda yapılan şekli değişikliklerinin “değiştirerek işleme” (*Bearbeitung*) teşkil ettiğini; ancak kullanılan hammaddeden yeni bir şey üretilmesi durumunda ise “dönüştürerek/üretmek işleme” (*Verarbeitung*) söz konusu olduğunu belirtmektedir. Ancak satılardan yeni bir şey üretilmediği, yalnızca şekli değişiklikler yapılarak satılanın yeniden satılması durumunda ticari satışın söz konusu olabileceğini savunmaktadır, bkz. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 13-14.

²⁹⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 10. Ancak bu ihtimalde dahi taraflar satılanın teslimi için kesin vade kararlaştırmış olabileceğinin de gözden kaçırılmaması gerektiği hatırlatılmaktadır, Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 10.

²⁹¹ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 10.

²⁹² Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 25; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.97.

gerçekleştirdiği satışlar ticari satış olabilmektedir. Böylelikle bu görüş, herhangi bir kişinin satın alınan kâr elde etmek amacıyla tekrar satmasını yeterli bulmamakta ve kıstas olarak alıcının kâr elde etmek amacıyla tekrar satışı meslek edinmesini aramaktadır²⁹³. Ancak bu görüşe göre, alıcının tacir sıfatını taşımasına gerek yoktur²⁹⁴. Fakat belirtmek gerekir ki, bu görüşteki bazı yazarlar ise ticari satıştan söz edebilmek için alıcının tacir olması ve bu sıfatıyla yeniden satış yapmak amacıyla bir satış sözleşmesi yapması gerektiğini ifade etmektedirler²⁹⁵. Tacirler arasında yapılan her satış sözleşmesi de ticari satış değildir²⁹⁶. Böylece bu görüşe göre alıcının kendi ihtiyaçlarını (veya ticari işletmesinin ihtiyaçlarını) gidermek amacıyla yaptığı satış sözleşmesi ticari satış oluşturmamaktadır²⁹⁷.

Bu görüşe göre TBK m. 212'nin gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır:

(i) Satıcının teslim borcunu vadesinde yerine getirmemesinin sonucu meydana gelen belirsiz durum ticari satışlardaki “çabukluk ve güvenlik” esaslarına uygun olmayacağından, tarafların durumlarının ne olacağını hemen açık olarak bilmeleri gerekmektedir. Bu sebeple belirsizlik hâli hemen ortadan kalkmalıdır²⁹⁸. Ayrıca, ticari satışlarda malın tekrar satılması söz konusu olacağı için satıcı borcunu yerine getirmediği takdirde alıcının uygun bir süre vermeden ikame mal alabilmesi gerekmektedir²⁹⁹.

²⁹³ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 97.

²⁹⁴ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98.

²⁹⁵ Koller, **OR BT**, § 3, N. 60.

²⁹⁶ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 25; Honsell, **OR BT**, s. 56-57.

²⁹⁷ Koller, **OR BT**, § 3, N. 60.

²⁹⁸ Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi** (Çeviren: Kemal Fikret Arık), Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1966 (Anılış: Oser, Schönenberger, ZK), Art.190, N. 5; benzer yönde bkz. Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 26; Tandoğan, **C.1/I** s. 135-136.

²⁹⁹ Benzer yönde bkz. Tandoğan, **C.1/I** s. 135-136.

(ii) Meydana gelen durum, satıcı bakımından da fiyat dalgalanması, spekülasyon riski yaratmaktadır. Çünkü alıcının seçimlik hakkını fiyatın düşmesine veya yükselmesine göre karar vermesi söz konusu olabilir. Bu sebeple alıcının aynen ifayı talep edecekse bunu hemen satıcıya bildirmesi satıcı bakımından da spekülasyon riskinin ortadan kaldırılması için beklenebilir³⁰⁰.

(iii) Ticari satışlarda (genellikle satıcının borcunun çeşit borcu olarak kararlaştırdığı da göz önünde tutulduğunda) alıcı için satılanın teslim alınmasından ziyade satılanın tekrar satışından elde edilecek kâr önemli olduğundan alıcıdan (aynen ifa yerine) olumlu zararının giderilmesini istemesi beklenir³⁰¹.

Ticari satışın belirlenmesinde farklı kriterleri esas alan birinci görüş ve ikinci görüşün her ikisi de bir işletmenin ihtiyaçları veya alıcının kişisel ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yapılan satışları ticari satış olarak görmemektedir³⁰².

c. Alıcının Mesleki Faaliyetleri Kapsamında Yapılan Satış

Bazı yazarlara göre ise satılanın yeniden satılarak kâr elde etmesinin amaçlandığı satış sözleşmeleri ticari satış teşkil etmekle beraber, ticari satış yalnızca bu amaçla yapılan sözleşmelerden ibaret değildir³⁰³. Satışın, tacirinin ticari işletmesini (*Handelsgewerbe*) ilgilendirmesi durumunda da ticari satış söz konusudur³⁰⁴. Böylece bu görüşe göre hem

³⁰⁰ Benzer yönde bkz. Tandoğan, **C.1/I** s. 136; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 26.

³⁰¹ Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.190, N. 5; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 26; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; ayrıca bkz. Tandoğan, **C.1/I** s. 136.

³⁰² Tandoğan, **C.1/I** s. 132; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98.

³⁰³ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 19; Honsell, **OR BT**, s.56; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2382; Eren, **Borçlar Özel**, s. 68-69. Bu kapsamda alıcının satılanı yeniden satılarak kâr elde etmeyi amaçlandığı sözleşmelerin ticari satış sayılabilmesi için bunun alıcının mesleki faaliyetleri kapsamında yapılması gerektiğine dair bkz. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2381; Eren, **Borçlar Özel**, s. 40.

³⁰⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 19; benzer değerlendirmeler için bkz. Honsell, **OR BT**, s. 56; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2382 .

satılanın (işlendikten sonra veya işlenmeden) tekrar satılmasının söz konusu olduğu satış sözleşmeleri³⁰⁵ hem de alıcının işletmesinin bir ihtiyacını gidermek için yapmış olduğu satışlar ticari satış olarak kabul edilmelidir³⁰⁶. Böylece bu yazarlara göre alıcının mesleki faaliyetlerine ilişkin bir ihtiyacın giderilmesi için yapılan satış ticari satış teşkil edebilecektir. Bu görüşe göre TBK m. 212 anlamında ticari satış, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticari iş kavramını içine almakla birlikte bunlardan daha geniştir³⁰⁷. Böylelikle görüşe göre en az bir tarafın ticari işletmesini ilgilendiren satışlar da TBK m. 212 anlamında ticari satışır³⁰⁸. Şüphesiz yine bu görüşe göre de tacirin kendi kişisel ihtiyaçları için satış sözleşmesi yapması durumunda ticari satış söz konusu olmayacaktır³⁰⁹.

Ancak bazı yazarların ticari satışa ilişkin önerdikleri kriterde alıcının ihtiyacına göre ayırım yaptıkları tespit edilebilir. Örneğin bazı yazarlara göre ambalajlama makinesi satışı ile uğraşan alıcının bu işletmesi için kahve makinesi alması durumunda ticari satış söz konusu değilken, müşterilerine kahve servisi yapılan bir restoran için alıcının kahve makinesi alması durumunda ticari satış söz konusu olacaktır³¹⁰.

Schönle'ye göre ticari satışta alıcı, hızlı karar verip hareket eden ve beklemeye tahammülü olmayan bir kişi, bir tacir olarak düşünülmüştür ve bu alıcının m. 107'deki uzun süreçlere tabi olmaksızın fiyat dalgalanmasından etkilenmeden işlerini yürütebilmesi amaçlanmıştır³¹¹. Ancak, yukarıda tacir örnekleri verilmekle birlikte bu

³⁰⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 19.

³⁰⁶ Honsell, **OR BT**, s.56; işletmenin ihtiyacına göre ayırım yapılabileceğine dair bkz. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2382.

³⁰⁷ Eren, **Borçlar Özel**, s. 69.

³⁰⁸ **A.e.**

³⁰⁹ Honsell, **OR BT**, s.56-57.

³¹⁰ Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2382.

³¹¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 22.

görüŖe göre de tarafların tacir olmalarına gerek yoktur. Her iki tarafın da tacir olmadığı durumlarda da ticari satıştan söz edilebilecektir³¹². Tarafların tacir olması durumunda ise ticari satışın varlığı karine olarak kabul edilmelidir³¹³.

d. Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Satışlar

Diğer bir görüşe göre, taraflar arasındaki satış sözleşmesinin ticari satış teşkil edip etmeyeceği tespit edilirken Türk Ticaret Kanunu’ndaki düzenlemeler kriter olarak kabul edilmelidir. Ancak, aşağıda da aktarılacağı üzere kimi yazarlar Türk Ticaret Kanunu’na (veya eTK) ticari iş kavramından yararlanmak için başvururken kimi yazarlar tacirler arası ticari satışa ilişkin TTK m. 23 hükmüne başvurumaktadırlar.

Öncelikle bazı yazarlara göre TBK m. 212 hükmü “ticari işlemlerin nitelik ve özellikleri dikkate alınarak” düzenlenmiştir ve uygulama alanı Türk Ticaret Kanunu’na göre ticari iş niteliğinde olan satış sözleşmelerini kapsamaktadır³¹⁴. Bu görüşe göre bir hukuki işlemin ticari nitelik taşıyıp taşımayacağı TTK m. 3’e göre tespit edilir, satış sözleşmesinin ticari satış sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı da bu doğrultuda TTK m. 3

³¹² Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 21.

³¹³ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 20.

³¹⁴ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**, N. 580; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, C.1., İstanbul, 1980, s. 242, dn. 353; benzer yönde bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 105-106; Erden Kuntalp, **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 81.

hükmüne göre tespit edilmelidir³¹⁵. Bu doğrultuda, TTK m. 19’da (eTK m. 21) öngörülen ticari iş karinesi satış sözleşmeleri bakımından da uygulanacaktır³¹⁶.

Bazı yazarlar ise TTK m. 23 (eTK m. 25) bakımından ticari satış teşkil eden “tacirler arasındaki” satışların TBK m. 212 bakımından da ticari satış teşkil edeceğini belirtmektedirler³¹⁷. Ayrıca, bu yazarlara göre TTK m. 23’ün uygulama alanına giren

³¹⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Ülgen, **Ticari İşletme Hukuku**, N. 580. Tarafların sıfatı ve işin mahiyeti karar metninden tespit edilememekle birlikte “üç adet makine” satışının ticari satış olarak değerlendirildiği bir karar için bkz. 19. HD., T. 18.4.2016, E. 2015/15653, K. 2016/6696 (Lexpera, Erişim Tarihi: 14.05.2019); tek bir otomobil satışının ticari satış olarak değerlendirildiği bir karar için bkz. Y. 13. HD., E. 28.03.1991, E. 275, K. 3589 (Turgut Uygur, **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Dördüncü Cilt (Madde 109-213)**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 4642-4643).

³¹⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 105-106; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 81.

³¹⁷ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 105-106; Bilge, **a.g.e.**, s. 50; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 115; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163. Yargıtay bir kararında tacirler arası satış sözleşmesini ticari satış olarak nitelendirmiş ve 818 s. Borçlar Kanununda ticari satışlara uygulanması öngörülen eBK m. 188 dikkate alınmamasını bozma sebebi saymıştır. Ancak, kararda aynı zamanda bir ticari iş de söz konusu olmakla birlikte Yargıtay gerekçesinde yalnızca tarafların sıfatlarına göndermede bulunmuştur. “Davalılar inşaat malzemesi satıcısı olarak tacirdirler. Dosya münderecatından davacının da arsa ofisi sahibi olduğu; yazlık site ve bina inşaatı ile uğraştığı ve tacir olduğu anlaşılmaktadır. Olayda tacirler arasında ticari satım söz konusudur. (...) Borçlar Kanununun 188. maddesi gereğince borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmeyen satıcı, alıcının bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür.” 13. HD., E. 1987/3550 K. 1987/4999 T. 20.10.1987 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

Yargıtay, yine başka bir kararında da inşaat malzemesi satışını ticari satış olarak değerlendirip eBK m. 187-188’in uygulanması gerektiğine karar vermiştir: Y. 11 HD., E. 1988/5608, K. 1989/2721, T. 1.5.1989 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.12.2017).

Tarafların tacir olmasına vurgu yapılarak TBK m. 212-213 (eBK m. 187-188) hükümlerinin uygulandığı kararlar için bkz. Y. 13. HD., T. 07.03.1988, E. 6842, K. 1252 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4640-4641); Y. 11. HD., T. 01.11.1983, E. 4595, K. 4691 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4598-4600); ayrıca bkz.. 19. HD., T. 17.1.2017, E. 2016/10612, K. 2017/217 (Lexpera, Erişim Tarihi: 14.05.2019); 11. HD., E. 1984/65 K. 1984/827 T. 17.02.1984 (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.05.2019). Ancak, bu son dört kararda satılanların konusunu sırasıyla “270.000 adet tuğla”; “4.000 sandık limon”; “6700 ton mısır”; “10.000 koyun” oluşturmaktadır. Bu kararlardan tam olarak tespit edilememekle birlikte satılanların miktarı düşünüldüğünde somut olay bakımından alıcının satılanları yeniden satması ihtimal dahilinde olabilir. Ancak, kararlarda bu duruma veya bu kritere ilişkin değerlendirmeler yer almamaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki Yargıtay başka kararlarında ise tarafların sıfatına veya işin ticari iş niteliğinde olup olmadığına değinmeksizin satılanın büyük sayılar ile

ticari satışlar dışında, satış işlemlerini mesleki faaliyet çerçevesinde gerçekleştiren alıcı ve satıcı arasındaki satışlar³¹⁸ ile alıcının satılanı kâr elde etmek gayesiyle yeniden satışı veya kiralanmasını amaçladığı satışlar³¹⁹ da “geniş anlamda ticari satış”³²⁰ teşkil edeceğinden³²¹, TBK m. 212’nin uygulama alanına girecektir.

e. Tacirler Arası Satış

Bu görüşe göre (ek olarak aranan nispi kesin vadenin kararlaştırılmış olması durumunda) ise satış sözleşmesinin ticari satış teşkil ettiğini söyleyebilmek için hem alıcının hem de satıcının tacir olması³²² ve ayrıca bu satışın ikisinin de ticari faaliyetleri

belirlendiği (çeşit) satışlarını ticari satış olarak değerlendirmiştir. 1300 ton demir satışının ticari satış olarak değerlendirildiği karar için bkz. Y. 11 HD, T. 08.05.1980, E. 179, K. 246 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4600-4601); 300 ton odun satışına ilişkin sözleşmenin ticari satış olarak değerlendirildiği karar için bkz. Y. 11. HD., T. 14.12.1983, E. 5289, K. 5686 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4642). Verilen son örneklerin önemli bir kısmında alıcının satılanı takip eden işlem ile yeniden satma amacı gütmesi ve aynı zamanda satış sözleşmesinin tacirler arasında yapılmasının ve satış sözleşmesinin aynı zamanda ticari iş de teşkil etmesinin ihtimal dahilinde olması nedeniyle Yargıtay tarafından esas alınan kriterin tespiti zorlaşmaktadır.

³¹⁸ Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 115; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; benzer yönde Pelin Işıntan, “Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi” **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı**, 2013/1, s. 161-181, s. 170.

³¹⁹ Bilge, **a.g.e.**, s. 50; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 115; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; benzer yönde Işıntan, **a.g.e.**, s. 170.

³²⁰ 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nda boşaltma yerinde teslim şartıyla satış (eTK m. 1134-1137); Fob satış (eTK m. 1138) ve Sif satışa (eTK m. 1139-1158) ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktaydı. Bu görüşteki yazarlara göre 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nda düzenlenen satış sözleşmesinin bu “çeşitleri” ticari satış teşkil etmektedir, Kuntalp, **a.g.e.**, s. 81; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 115; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163. Ancak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ise “boşaltma yerinde teslim şartıyla satış (eTK m. 1132-1137), FOB satış (eTK m. 1138) ve SİF satışa (eTK m. 1139-1158)” ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

³²¹ Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

³²² Ammann’a göre ise, tacirler arasında yapılan satış sözleşmesi şu durumlarda ticari satış teşkil etmektedir: (i) alıcı satılanı tekrar satmak için satın alıyorsa; (ii) satıcının ticari faaliyetleri kapsamında olan bir malın satışı söz konusu ise veya (iii) alıcı satılanı ticari işletmesinde

çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir³²³. Böylece bu önerilen bu ölçüte göre tarafların sıfatı önem arz edecektir. Ancak tacirler arasında yapılan tüm işlemler değil, onların faaliyet alanı içerisinde kalan satış sözleşmeleri ticari satış teşkil edecektir. Böylece bu ölçüt Türk hukuku bakımından aslında ticari satışın tespiti konusunda TTK m. 23'ü kriter alan görüşe³²⁴ benzemektedir³²⁵.

f. Diğer Ölçütlere Ek Olarak Kesin Vadeli Satışlar

HGB § 376'dan yola çıkan diğer bir görüşe göre³²⁶ ise, ancak nispi kesin vadenin kararlaştırıldığı satış sözleşmeleri TBK m. 212 II anlamında ticari satış sözleşmesi sayılacaktır. Fakat bu ölçüt yazarlarca ek olarak aranmaktadır, başka bir deyişle kesin vadenin kararlaştırılmış olmasını arayan yazarlar, ticari satışın tanımı bakımından farklı kriterler önermektedirler.

Aşağıda açıklanacağı üzere alıcının aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesini talep ettiğine ilişkin karine ancak (aksi ispat edilmemiş) “kesin vadeli” satışlar bakımından uygulama bulacağından, bu görüş bakımından önem arz edecek husus söz konusu yazarların “kesin vade karinesini” kabul edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

kullanmayı amaçlıyorsa: bkz. Ammann, Jean Ammann, **Détermination de la vente commerciale**, Fribourg, Fragnière Frères, 1929, s. 52-57. eİBK zamanında verilmiş bir kararda İsviçre Federal Mahkemesi tarafların tacir olması sebebiyle ticari satışın söz konusu olduğu sonucuna varmıştır: BGE 24 II 396.

³²³ Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Zürih, Schulthess, 1988 (Anılış: Bucher, OR BT), s. 71, 67. Alıcının temerrüdüne ilişkin İBK m. 215'te de ticari işlem ifadesine yer verilmiştir. Bucher'e göre, İBK m. 215 anlamında ticari işlem niteliğindeki satış sözleşmesinden tacirler arasında onların faaliyet alanı içinde kalan satış sözleşmelerinin anlaşılması gerekmektedir, Bucher, **OR BT**, s. 67.

³²⁴ Karş. dn. 317'deki yazarlar (ancak belirtmek gerekir ki buradaki yazarların bir kısmı ticari satış daha geniş tanımlamaktadırlar).

³²⁵ TTK m. 23'ün uygulanabilmesi için satışın tarafların ticari işletmesini ilgilendirmesi gerektiği de öğretide dile getirilmektedir, bkz. dn. 256.

³²⁶ Bucher, **OR BT**, s. 71; Honsell, **OR BT**, s.58; Müller-Chen, Girsberger, Furrer, **OR BT**, Kapitel 2, N. 15; Cavin, **a.g.e.**, s. 48; açıklamalar için bkz.. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2518.

Nitekim, bu yazarlar ticari satışa ilişkin özel düzenlemenin uygulanabilmesi için tarafların belirli vade kararlaştırmasını yeterli bulmamakta, özel olarak kesin vade kararlaştırmış olmasını aramaktadırlar. Böylece, tarafların kararlaştırmış oldukları belirli vade ‘karine olarak’ kesin vadeye denk düşmeyecek ve söz konusu hüküm uygulanmayacaktır³²⁷.

g. Değerlendirme

Ticari satışta satıcının temerrüdü sonucunda alıcının seçimlik haklarına ve zararın hesaplanmasına ilişkin hükümler birlikte göz önünde bulundurulduğunda, hükmün çıkış noktasının belirli vadeli ticari satışta alıcının (ve satıcının) vade tarihindeki piyasa durumu üzerinden spekülasyon yaparak kâr elde etmeyi amaçladığı satışlarda, satıcının gecikmesi hâlinde alıcının bu kâr amacını (onu tazmin ederek) gerçekleştirmesini sağlamak ve bunun için alıcıyı ek süre vermek gibi külfetlerden kurtarmak olduğu gözlemlenmektedir. Bu açıdan ifa zamanına verilen önemin korunmasının hükmün asli amaçlarından olduğu söylenebilir.

Ticari satışta satıcının temerrüdünün sonuçlarına ve bununla birlikte zararın hesaplanmasına ilişkin bu hükümleri bir arada düşündüğümüzde çıkış noktası itibariyle bu hükümlerle düzenlenmek istenen meselenin, tarafların belirli bir vade kararlaştırarak bu vade tarihine kadar piyasada meydana gelebilecek gelişmeler üzerinden spekülasyon yaparak vade tarihinde ortaya çıkacak piyasa fiyatına göre kâr elde etme gayesiyle kurdukları satış sözleşmesinde satıcının borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır³²⁸. Bu nedenle esas itibariyle alıcının satılanı elden çıkarmayı amaçladığı sözleşmeler bakımından hükmün uygulanması öncelikle düşünülmektedir. Ancak bu değerlendirmeyi yapmadan önce Türk hukukunda ticarete

³²⁷ Bu konuda ayrıca bkz. İkinci Bölüm: I.B.3.

³²⁸ Soyut yöntemin tarihi gelişimi bakımından bu yönde bkz. Yeşim M. Atamer, “Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi” **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/1 , s. 137-160, s. 146.

ilişkin “tacir” ve “ticari iş” kavramlarının da zaman içerisinde geliştiği göz önünde tutulduğunda ticari satışların tespiti bakımından Türk Ticaret Kanunu’ndaki düzenlemelerden yararlanılması ilk önce akla gelebilir. İsviçre hukukundan farklı olarak Türk ticaret hukukunda “ticari iş” kurumunun kanunda tanımlanmış olması da göz önüne alındığında ticari iş niteliğinde olan satış sözleşmelerinin (TBK m. 212 anlamında) ticari satış teşkil edip etmeyeceği özel olarak değerlendirilmelidir.

Ticari iş niteliğinde olan tüm satış sözleşmelerinin TBK m. 212 anlamında ticari satış teşkil edeceğini kabul edersek işin niteliğine ilişkin bu değerlendirme ile birlikte hükmün kapsamı nispeten genişlemektedir. Şöyle ki bir ticari işletme işleten tacirin, bu ticari işletmesinde üretim faaliyetlerini gerçekleştirmek için bir makine satın alması ticari iş niteliğindedir (TTK m. 3, m. 19 II). O halde, ticari iş kriteri olarak kabul edilirse bu satış sözleşmesi bakımından TBK m. 212 hükmü uygulama bulacaktır. Ancak alıcının, bu işlem bakımından satılanı elden çıkarma amacı bulunmamaktadır. TBK m. 212’nin temel sonucu (satıcının temerrüdü üzerine aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmayan) alıcının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının giderilmesini talep ettiğinin kabul edilmesidir. Söz konusu örnekteki sözleşmenin TBK m. 212’nin kapsamında olduğu kabul edilirse alıcı aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmamışsa aynen ifayı talep hakkını kaybedecektir. Bu sonuç itibarıyla hemen bildirimde bulunmayan alıcının aynen ifayı talep hakkı düşmektedir. Ancak alıcının satılan ile ticari işletmesinin ihtiyacını gidermeyi ve dolayısıyla satılanı elinde bulundurmaya amaçladığı bu gibi örnekler bakımından – hemen bildirimde bulunmayan – alıcının artık aynen ifayı talep edemeyeceğinin kabul edilmesi hükmün amacını aşabilecektir. Bu nedenle tüm ticari iş niteliğinde olan satış sözleşmeleri bakımından bu sonucun uygulanacağını³²⁹

³²⁹

Belirli vadeli ticari satışta ‘karine olarak’ belirli vadenin kesin vadeye denk düştüğü kabul edilmektedir. Kesin vade karinesi bakımından bu tutum bu örnek için önemli farklılık yaratmayabilir. Şöyle ki yukarıda da açıklandığı üzere tarafların kararlaştırdığı ifa zamanının sözleşmenin yorumundan kesin vade niteliğinde olduğu genel hükümler doğrultusunda zaten tespit edilebilir: Birinci Bölüm: I.B.3(2).

kabul etmek her zaman hükmün amacına uygun olmayabilir. Benzer sonuçlar alıcının mesleki faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilen tüm satışların veya (TTK m. 23 doğrultusunda) tacirler arası tüm satışların TBK m. 212 bakımından ticari satış teşkil ettiğine dair görüş kabul edilirse de ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla, alıcının satılanı (teslimden sonra) elinde tutmayı amaçladığı sözleşmelerin TBK m. 212 anlamında ticari satış sayılmaması gerektiği söylenebilir. O hâlde, TBK m. 212 hükmünün esas itibarıyla alıcının satılanı elden çıkarmayı amaçladığı sözleşmeler bakımından uygulanması gündeme gelecektir. Fakat söz konusu hükmün alıcının satılanı elinde tutmak yerine satılanı takip eden bir işlemle elden çıkararak kâr elde etme gayesini taşıdığı tüm durumları düzenleme amacını taşıyıp taşımadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

TBK m. 212 hükmü satıcının vadeyi kaırması üzerine artık alıcının – aksini hemen bildirmemişse – satılanın teslimini istemeyeceğı; bunun yerine olumlu zararının giderilmesini talep edeceğı düşüncesine dayanmaktadır. Kanun koyucu böylece, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının giderilmesini talep edebilmesi için alıcıyı mehil verme gerekliliğinden kurtardığı gibi aynen ifadan vazgeçtiğine dair bildirim gerekliliğinden de kurtarmaktadır.

Bu sebeple, ilk bakışta bu hükmün alıcının menfaatini koruyan bir hüküm olduğu düşünülse de aynı zamanda bu hüküm ile aynen ifada ısrar etmek isteyen alıcının derhâl bildirimde bulunması aranmaktadır. Aksi durumda alıcının aynen ifa talebi düşmektedir. Öyleyse, TBK m. 212 hükmü alıcının ifa zamanına olan menfaatinin korunmasına hizmet etmekle birlikte diğeryandan da satıcının asli borcunun akıbetinin belirsizliğinin önlenmesi amacını taşımaktadır. Bu sebeple, hükmün kapsamının geniş tutulması somut olayın koşullarına göre hemen bildirimde bulunmayı ihmal eden alıcının aleyhine sonuçlar doğurabilir. Örneğın alıcının yalnızca satıcıyla yaptığı sözleşme ile sınırlı ve ona özel olarak satılanı üçüncü bir kişiye satmayı planladığı durumlarda – satıcının gecikmesi üzerine – satılanın teslimini talep ettiğini derhâl bildirmemişse aynen ifayı talep hakkının düşmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır.

Bu sebeplerle aynen ifayı talep hakkının varlığını sürdürebilmesi için kendisinden hemen bildirimde bulunmasını bekleyebileceğimiz alıcı çevresi bakımından hükmün uygulama alanını sınırlandırmak çözüm olarak ileri sürülebilir. Bu nedenle, alıcının ticari işletmesine ilişkin faaliyetleri kapsamında veya tacir olmayan kişiler bakımından mesleki faaliyetleri ya da süreklilik içerisinde gerçekleştirdikleri ticari faaliyetleri kapsamında takip eden bir satış yaparak, bundan kâr elde etmek gayesiyle hareket ettiği ve bu amaçla satıcı ile sözleşme kurduğu durumlarda ticari satışa ilişkin hükmün uygulanması hükmün amacına uygun olacaktır. Böylece, alıcının yalnızca satıcıyla yaptığı sözleşme ile sınırlı ve ona özel olarak satılanı üçüncü bir kişiye satmayı planladığı durumlarda hüküm uygulanmayacağından, alıcının aynen ifa talebi (buna ilişkin) hemen bildirimde bulunmamışsa düşmeyecektir.

Şüphesiz bu sınırlandırmaya rağmen ticari satış olmayan sözleşmeler bakımından genel hükümler doğrultusunda alıcı ve satıcı arasındaki sözleşmenin yorumundan tarafların, satıcının borcu bakımından kesin vade kararlaştırdıkları veya ifa zamanının geçmesiyle edimin alıcı için yararsız hâle geldiği, dolayısıyla alıcının ek seçimlik haklarına başvurması için ek süre vermesine gerek olmadığı somut olayın koşulları doğrultusunda zaten değerlendirilebilecektir³³⁰.

Son olarak eğer TBK m. 212'nin uygulama alanının geniş tutulması gerektiği kabul edilirse, bu durumda – ikinci aşamada – alıcının aynen ifaya olan menfaatini de muhafaza edebilmek için – bir yandan da satıcıyı spekülasyon riskine karşı koruyarak – aynen ifa talebine dair bildirimin ne zaman “hemen” yapılmış sayılıp sayılmayacağına

330

Bu noktada özel olarak belirtilmelidir ki tarafların ifa zamanına özel önem vererek kesin vade kararlaştırdığı (ticari satış olmayan) sözleşmelerde borçlunun gecikmesi üzerine alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğine dair bir bildirimde bulunmasının (genel hükümlerde) aranmasının yerinde olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Bkz. İkinci Bölüm:I.A.3(2). Her hâlükarda sözleşme serbestisi doğrultusunda tarafların kesin vade kararlaştırılmasında ve zamanında teslim gerçekleşmezse alıcının aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep etmiş kabul edileceğine dair anlaşmaları mümkündür ve bu husus sözleşmenin yorumuna ilişkin genel ilkelerden faydalanılarak tespit edilebilir.

ilişkin genel bir süre belirlemek yerine (örneğin vadeyi takip eden gün) bu durumun somut olayın koşulları doğrultusunda değerlendirilmesi önerilebilir³³¹.

4. Ticari Satışa İlişkin İspat Yükü

Satış sözleşmesinin ticari satış niteliğinde olduğuna dair ispat yükü, genel hükümler doğrultusunda (TMK m. 6, HMK m. 190) söz konusu hükme dayanmak isteyen taraf (genellikle alıcı) üzerindedir³³². Bu noktada, özel düzenlemenin uygulanması gerektiğini iddia eden taraf satış sözleşmesinin ticari satış teşkil ettiğini ortaya koyacaktır³³³. Özellikle satıcının borcunun çeşit borcu olarak kararlaştırıldığı sözleşmelerde satılanın

³³¹ Hemen bildirimle ilişkin olarak bkz. İkinci Bölüm: II.A.2.

³³² Keppler, **a.g.e.**, s. 23; benzer yönde bkz. Bär, **a.g.e.**, s. 54.

³³³ Öğretilde satış sözleşmesinin taraflarının tacir olması durumunda ticari satışın varlığının karine olarak kabul edileceği savunulmaktadır: Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 18; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 20, 35; Cavin, **a.g.e.**, s. 9; Keppler, **a.g.e.**, s. 22; Stanislas, **a.g.e.**, s. 82; Comment, **a.g.e.**, s. 110; Ramoni, **a.g.e.**, N. 109; Barth, **a.g.e.**, s. 164; Gümü, **a.g.e.**, s. 43-44. Bu durumda, ticari satışa ilişkin hükümlerin uygulanmasını istemeyen taraf, söz konusu işlemin ticari satış niteliğinde olmadığını ispat edecektir: Keppler, **a.g.e.**, s. 22; Barth, **a.g.e.**, s. 164

Yazara göre söz konusu karinenin uygulanabilmesi için satış sözleşmesinin tarafların işletmelerinin faaliyetlerine ilişkin olduğunun ispatına gerek yoktur, zaten bu husus da tacirler arasındaki işlemler bakımından karine olarak kabul edilebilecektir. Ayrıca, satış sözleşmesi tacir olan tarafın ticari işletmesine ilişkin ise tacir olan kişi ile tacir olmayan karşı taraf arasındaki satış sözleşmesi de karine olarak ticari satış teşkil etmektedir, Knoepfel, **a.g.e.**, s. 20, 33, 35. Tacir olmayanlar arasında yapılan satışlar bakımından ticari satışa ilişkin bir karine bulunmadığından, söz konusu işlemin ticari satış niteliğinde olduğunun ispat edilmesi gerekecektir, Knoepfel, **a.g.e.**, s. 34. Ayrıca bkz. Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 20.

Ayrıca kimi yazarlara göre eğer alıcı tacirse ve satış sözleşmesi kendi işletmesinin faaliyeti ile ilgiliyse, bu durumda satıcı tacir olmasa bile ticari satış karine olarak kabul edilmelidir: Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 19; Ramoni, **a.g.e.**, N. 109.

Bazı yazarlara göre ise tarafların tacir olması her durumda söz konusu satış sözleşmesinin karine olarak ticari satış sayılması için yeterli değildir. Objektif teoriyi savunan bu yazarlara göre aksi durumda sübjektif teorinin kabulü sonucu ortaya çıkabilecektir: Bär, **a.g.e.**, s. 54-55.

miktarının fazlalığı ticari satışın ispatı bakımından için belirti teşkil edebileceği ifade edilmektedir³³⁴.

B. Zilyetliğin Devri İçin Belirli Vadenin Kararlaştırılması

TBK m. 212 II'nin uygulanabilmesi için³³⁵ ticari satışta satılanın zilyetliğini devir borcu için belirli bir sürenin taraflarca öngörülmesi gerekmektedir. TBK m. 212'de ifade edilen “belirli süre”, TBK m. 117 II'de (eBK m. 101 II – İBK m. 102 II) düzenlenen belirli vadeyi (*Verfalltag*) ifade etmektedir³³⁶.

1. Belirli Vade: İfa Zamanının Belirliliği Şartı

Taraflar, satıcının borcunu belirli bir tarihte ifa edeceğini belirleyebilecekleri gibi, belirli bir tarihe kadar ifa etmesi gerektiğini de kararlaştırabilirler³³⁷. Satılanın zilyetliğini devir borcu için kararlaştırılan günün veya sürenin belirli olması gerekmektedir³³⁸. Ancak, bununla kastedilen taraflarca ifa zamanının mutlaka doğrudan bir takvim günü olarak

³³⁴ Bär, **a.g.e.**, s. 54-55; benzer yönde bkz. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 11, dn. 10; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 16.

³³⁵ Yukarıda açıklanan bir görüşe göre ise belirli vadenin taraflarca öngörülmesi yeterli olmayıp, TBK m. 124/b.3 anlamında nispi kesin vadenin kararlaştırılması gerekmektedir, bkz. Birinci Bölüm: III.A.3.f.

³³⁶ Hermann Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551**, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993 (Anılış: Becker, **BK OR**), Art. 190, N. 4; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 118; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 29; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 12; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 21; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 6; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 34; Bär, **a.g.e.**, s. 56; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 60; Guhl, **Rücktritt**, s. 135; Schenker, **a.g.e.**, N. 417; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 509; Seliçi, **a.g.m.**, s. 101; Eren, **Borçlar Özel**, s. 69.

³³⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 23; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 6.

³³⁸ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 24; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 21; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 24.

belirlenmesi değildir. Yorum yoluyla veya TBK m. 91 vd. hükümlerine başvurarak söz konusu takvim gününün belirlenebilir olması yeterlidir³³⁹.

TBK m. 212 II anlamında belirli süreye örnek olarak belirli bir takvim gününün (1 Şubat 2018 tarihinde) kararlaştırılması³⁴⁰ ya da Eylül ayına kadar³⁴¹, Eylül ayının ortasına/sonuna kadar³⁴², sözleşme kurulduktan sonra on gün içerisinde³⁴³ veya Ocak-Haziran arası her ay³⁴⁴, en geç belirli bir tarihe kadar³⁴⁵ teslim yapılmasının kararlaştırılması gösterilmektedir. Zaten, bu örneklerde vadenin ne zaman olduğu ve sürenin hangi zaman dilimini ifade ettiği TBK m. 91 vd. hükümlerine göre tespit edilebilmektedir³⁴⁶. Ancak, tarafların belirli bir takvim gününü kararlaştırmadıkları bir durumda vadenin hangi zamana tekabül ettiği borçlu olan satıcı tarafından anlaşılamıyorsa, belirli vadenin olmadığı kabul edilmektedir³⁴⁷. Örneğin, satıcının satılanı “birkaç hafta içerisinde”³⁴⁸, “hemen”³⁴⁹, “gemi limana indiğinde”³⁵⁰, “Haziran ayının

³³⁹ Benzer şekilde: Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 24; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 22.

³⁴⁰ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 34; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 27; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 24; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509.

³⁴¹ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 4; Tandoğan, **C.1/I** s. 132; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 11.

³⁴² Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 24; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509.

³⁴³ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 4; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107.

³⁴⁴ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 4; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509; Tandoğan, **C.1/I** s. 132; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107.

³⁴⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 24.

³⁴⁶ Benzer yönde, Seliçi, **a.g.m.**, s. 102.

³⁴⁷ Seliçi, **a.g.m.**, s. 102.

³⁴⁸ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 4; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107.

³⁴⁹ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 4; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 24; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107; genel hükümler bakımından aynı örnek için bkz. von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 139.

³⁵⁰ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 4; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107; genel hükümler bakımından aynı örnek için bkz. von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 139.

ilk günlerinde”³⁵¹ teslim etmesi kararlaştırılmışsa belirli vadenin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. Yine, teslim tarihinin yaklaşık 8-10 hafta olarak kararlaştırılmasının belirlilik şartını sağlamadığı Yargıtay tarafından kabul edilmiştir³⁵².

Belirli vadeden söz edebilmek için ifa zamanının belirlenebilir bir şekilde kararlaştırılmış olması belirlilik şartı bakımından yeterli olacaktır³⁵³. Ancak ifa zamanının takvim günü olarak hangi anda belirlenebilir olması gerektiği konusu öğretide oldukça tartışmalıdır³⁵⁴. Öğretide savunulan bir görüşe göre belirli vadeden söz edebilmek için vadenin hangi güne tekabül ettiği sözleşmenin kurulduğu anda belirlenebilir olmalıdır³⁵⁵. Böylece borçlu sözleşmenin içeriğinden borcunu hangi anda yerine getirmesi gerektiğini tespit edebilmelidir³⁵⁶. Bu görüş takip edilirse vadenin ileride ne zaman gerçekleşeceği

³⁵¹ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 509.

³⁵² “(...) Mahkemece (...) makinelerin teslim süresinin siparişi takiben yaklaşık 8-10 hafta olarak belirlendiği (...) Davalı tarafça düzenlenip davacı tarafça onaylanan 24/08/2009 tarihli "Teklif ve Sipariş" başlıklı belgede, malın teslim süresi olarak yaklaşık süre belirtilmiş olup, kesin bir teslim tarihi belirlenmemiştir. 818 sayılı BK'nun 187.(6098 sayılı TBK'nun 212.) maddesi uyarınca ticari satış sözleşmelerinde malın teslim süresi belli değilse satıcının temerrüde düşürülmesi gerekir” 19. HD., E. 2015/15653 K. 2016/6696 T. 18.4.2016 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

³⁵³ von Tuhr, Escher, **AT II**, § 72 II s. 138; Becker, **BK OR**, Art. 102, N. 28; Weber, **BK OR**, Art. 102, N. 110; Furrer, Wey, **CHK**, OR Art. 102, N. 37; Suat Sarı, “Belirli Vâdenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1575-1584, s. 1580 vd.; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 121 vd.; Bilgin Yüce, **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt – 1, Genel Hükümler** (Ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 (Anılış: Yazar adı, İstanbul Şerhi), TBK m. 90, N. 35 vd.

³⁵⁴ Tartışmaya ilişkin açıklamalar için bkz. Sarı, **a.g.m.**, s. 1580 vd.; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 121 vd.

³⁵⁵ Weber, **BK OR**, Art. 102, N. 112; Furrer, Wey, **CHK**, OR Art. 102, N. 37; Seliçi, **a.g.m.**, s. 102; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 57; benzer yönde bkz. von Tuhr, Escher, **AT II**, § 72 II, s. 138.

³⁵⁶ von Tuhr, Escher, **AT II**, § 72 II, s. 138; Weber, **BK OR**, Art. 102, N. 112.

belirli olmayan olaya bağı olarak kararlaştırılması durumunda belirli vadeden söz edilemeyecektir³⁵⁷.

Diğer görüşe göre ise TBK m. 117 II anlamında vadenin söz konusu olması için ifa zamanının sözleşmenin kurulduğu anda belirlenebilir olması aranmamalıdır³⁵⁸. Bu görüşe göre, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan bir olay sonucunda eğer ifa zamanı belirli hâle gelecekse bu durumda da temerrüt ihtarını gerektirmeyen vadeden söz edilecektir³⁵⁹. Böylece, taraflarca kararlaştırılan vade borçlu tarafından önceden bilinebilir ise ihtar aranmamalıdır, dolayısıyla vadenin hangi güne veya sürenin sonuna tekabül edeceğinin sözleşmenin kurulduğu sırada belirli olmasına gerek yoktur³⁶⁰. Eğer ifa zamanı söz konusu olaydan başlamak üzere belirli bir süre olarak tayin edilmiş ve borçlu böylece ifa zamanını tayin edebiliyorsa belirli vadeden söz edilebilecektir³⁶¹. Bu doğrultuda bu görüşteki bazı yazarlar, kararlaştırılan ifa zamanının sözleşmenin kurulduğu andan sonra belirlenebilir hâle gelmesi durumunda da TBK m. 212 II anlamında vadenin söz konusu olabileceğini kabul etmektedirler³⁶². Genel hükümler çerçevesinde yapılan bu tartışmada eğer bu son görüş kabul edilecek olursa, yani vade tarihinin önceden borçlu tarafından biliniyor (veya bilinebilir) olması yeterli görülürse belirli vadeden söz edileceğinden ilk aşamada bunun aynı zamanda TBK m. 212 anlamında da belirli vade şartını sağlayacağı düşünülebilir. Ancak bu görüş çerçevesinde esas itibariyle borçlunun vade tarihini

³⁵⁷ Weber, **BK OR**, Art. 102, N. 114; Furrer, Wey, **CHK**, OR Art. 102, N. 37.

³⁵⁸ Sarı, **a.g.m.**, s. 1582 vd.; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 121 vd.; Atamer, Okutan Nilsson, **a.g.m.**, s. 36.

³⁵⁹ Sarı, **a.g.m.**, s. 1582 vd.

³⁶⁰ Sarı, **a.g.m.**, s. 1583. Ancak, yazara göre ifa zamanının belirlenmesi bakımından kararlaştırılan olayın hangi tarihte meydana geldiğinin kural olarak objektif olarak tespit edilebilmesi gerekmektedir: Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 129.

³⁶¹ Sarı, **a.g.m.**, s. 1584; benzer yönde Bilgin Yüce, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 90, N. 35. Yazara göre, kararlaştırılan zamanın “son gününün” belirli olması gerekmektedir: Bilgin Yüce, **İstanbul Şerhi**, TBK m. 90, N. 35.

³⁶² Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 117.

önceden bilip bilmemesine (veya daha geniş olarak bilinebilir olmasına) bakılmaktadır, nitekim belirli vadenin kabulü hâlinde borçlunun menfaatini koruyan temerrüt ihtarı artık aranmayacaktır. Fakat, ticari satışta vadenin hangi güne tekabül ettiğinin alıcı tarafından bilinmesi özel bir önem içermektedir. Çünkü alıcının aynen ifa talebinde direnebilmesi için satıcının vadeyi kaçırmaması üzerine derhal bildirim yapması gerekmektedir. Bu nedenle, bu görüş kabul edilirse alıcının da önceden vade tarihini biliyor olması (veya somut olayın tüm durum ve koşulları göz önüne alındığında bilebilir olması) aranmalıdır.

Son olarak eklenmelidir ki tarafların, vadeyi sözleşme kurulması sırasında veya daha sonra kararlaştırmış olması bir fark arz etmez³⁶³. Tarafların sonraki anlaşmaları bakımından önemli olan kararlaştırıldıkları vadenin hüküm ifade etmemesi konusunda sonradan anlaşmamış olmasıdır³⁶⁴.

2. Belirli Vadenin Teslim Borcu İçin Kararlaştırılması

TBK m. 212 II’de zilyetliğinin devri için belirli vadenin kararlaştırılması gerektiği düzenlenmiştir. Mevzuatın 190’da ise belirli vadenin satılanın teslimi (Almanca metninde ‘*Lieferungstermin*’, Fransızca metninde ‘*un terme pour la livraison*’) için kararlaştırılması gerektiği düzenlenmiştir³⁶⁵. Doktrinde, İBK m. 190’da düzenlenen teslimin, satıcının aslî borcu olan zilyetliğin ve mülkiyetin devrini ifade ettiği kabul edilmektedir³⁶⁶.

Satıcının yan borçları (*obligation accessoire*) için vade kararlaştırılmış olması kural olarak TBK m. 212 II anlamında belirli vade teşkil etmeyecektir³⁶⁷. Ancak, kararlaştırılan zamanın satılanın zilyetliğinin devrine ilişkin olmamasına rağmen bazı

³⁶³ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 27; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 6.

³⁶⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 25.

³⁶⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 7. eBK m. 187’de ise “teslim için belirli bir zaman tayin edilmesi” gerektiği düzenlenmiştir.

³⁶⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 25; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 26.

³⁶⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 7.

durumlarda yan borçlar için kararlaştırılmış zamanın da TBK m. 212 II doğrultusunda belirli vade şartını sağlayacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, satılanın zilyetliğinin devri için gerekli olan bir hazırlık işlemi için bir tarih veya süre kararlaştırılmışsa TBK m. 212 II'nin uygulama bulması gerektiği savunulmaktadır³⁶⁸.

Tartışmanın önemi özellikle gönderilecek borçlar³⁶⁹ bakımından ortaya çıkmaktadır. Gönderilecek borçlarda kararlaştırılan zaman satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri tarihine denk gelmediğinden gönderilecek borçlarda (yalnızca) gönderme tarihinin kararlaştırılması hâlinde TBK m. 212 II doğrultusunda belirli bir vadenin söz konusu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Ancak yukarıda aktarılan görüşe göre³⁷⁰, belirli vadenin satılanın teslimine ilişkin hazırlık işlemleri bakımından kararlaştırılmış olması hâlinde de TBK m. 212 II uygulama bulacaktır³⁷¹. Böylece, bu görüşe göre gönderilecek borçlarda, gönderme tarihinin belirlenmesi hâlinde TBK m. 212 II anlamında belirli vade söz konusu olacaktır³⁷².

Bu görüş benzer gerekçelerle şu şekilde de açıklanabilir. Satıcının borcu satılanı bağımsız taşıyıcıya teslim etmesi ile sona ermez, çünkü satıcının borcu satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devretmektir³⁷³. Ancak, satıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devredebilmesi için esas itibarıyla yapması gereken, satılanı bağımsız

³⁶⁸ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 7.

³⁶⁹ Gönderilecek borçlarda, sözleşme konusunun ifa yerinden alacaklıya gönderilmesinin yan borç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir: Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2120.

³⁷⁰ Bkz. dn. 368.

³⁷¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 7; benzer yönde bkz. Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 11; Seliçi, **a.g.m.**, s. 97.

³⁷² Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.190, N.10; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 25; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 7; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 61; Bär, **a.g.e.**, s. 55-56; Keppler, s. 26-27; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107; Tandoğan, **C.1/I** s. 133; Eren, **Borçlar Özel**, s. 71; Seliçi, **a.g.m.**, s. 102. Incoterms'ün "F" ve "C" klotlarının belirli vade anlamına geldiği ifade edilmektedir, Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 24.

³⁷³ Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1046.

taşıyıcıya teslim etmektir. Tarafların satıcının satılanı göndermesi için belirli bir süre veya tarih kararlaştırmış olmaları durumunda, aslında son edim fiili için bir zamanın kararlaştırılması söz konusudur³⁷⁴. Bu sebeple, özellikle son edim fiili için kararlaştırılmış süre veya tarih, TBK m. 212’de aranan belirli süre şartını sağlamalıdır.

Benzer bir şekilde bu görüşe göre akreditif ile satışta da belgelerin sunulması için bir tarih kararlaştırılması durumunda da TBK m. 212 II anlamında belirli vade söz konusu olacaktır³⁷⁵.

C. Teslim Borcunda Temerrüt

a. Temerrüt İçin İhtara Gerek Olmaması

TBK m. 212 II hükmü doğrultusunda kararlaştırılan ifa zamanı TBK m. 90 ve TBK m. 117 I bakımından borcun muaccel olduğu tarihi işaret etmektedir³⁷⁶. Ayrıca TBK m. 117 II bakımından ihtarsız temerrüde düşülen tarihi göstermektedir³⁷⁷. Şöyle ki borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere göre TBK m. 117 II’de yer alan durumlardan birisi söz konusu değilse borç muaccel olduğu hâlde³⁷⁸ ifa etmeyen borçluyu temerrüde düşürmek için kural olarak alıcının ihtarı gerekecektir (TBK m. 117). TBK m. 117 II’de ise alacaklının temerrüt ihtarında bulunmasının aranmadığı bazı durumlar düzenlenmiştir.

Temerrüt ihtarına gerek olmayan durumlardan bir tanesi de tarafların ifa için belirli bir vade kararlaştırmış olmalarıdır. Belirli vade, borcun muaccel olacağı zamanı gösterdiği

³⁷⁴ Seliçi, **a.g.m.**, s. 97.

³⁷⁵ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 11; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 25; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 7.

³⁷⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 23, 28.

³⁷⁷ Bkz. dn. 336.

³⁷⁸ Alacaklının borç muaccel olmadan önce de borçluya ihtarda bulunabileceği bazı yazarlarca kabul edilmektedir, bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2704; Bucher, **OR AT**, s. 357; Schenker, **a.g.e.**, N. 161; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1118. Aksi yönde von Tuhr, Escher, **AT II**, § 72 II, s. 136, dn. 10.

gibi, taraflarca belirli vadenin kararlaştırılmış olması durumunda, vadesinde borcunu ifa etmeyen satıcı, alıcının ihtarına gerek kalmaksızın, temerrüde düşmüş olur³⁷⁹. Böylece, kararlaştırılan zamanın gelmesiyle birlikte, borç muaccel olacaktır. Söz konusu tarihte satıcı borcunu ifa etmezse temerrüde düşecektir (m. 117 II)³⁸⁰.

Böylece, ifa zamanı, takvim günü olarak kararlaştırılmışsa borcunu ifa etmeyen borçlu söz konusu gün, belirli bir süre olarak kararlaştırılmışsa bu sürenin son günü borçlunun temerrüde düştüğü tarih olacaktır³⁸¹. Öyleyse, satıcının borcunu ifa etmesi için belirli bir tarihin kararlaştırılmış olması durumunda, TBK m. 117 II doğrultusunda, vadenin geçmesine rağmen borcunu ifa etmeyen satıcı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir³⁸². Aynı şekilde, satılanın teslimi için belirli bir zaman dilimi kararlaştırılmış olması durumunda da bu sürenin son gününde borcunu ifa etmeyen satıcı, ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir.

TBK m. 95 doğrultusunda sürenin taraflarca uzatılmış olması hâlinde, taraflarca daha önce kararlaştırılan tarihte satıcı temerrüde düşmeyecektir³⁸³. Ayrıca, taraflar sözleşme serbestisi gereği satıcının borcunun muaccel olması için belirli bir tarih

³⁷⁹ von Tuhr, Escher, **AT II**, § 72 III, s. 138; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2711; Keller, Siehr, **a.g.e.**, s. 30, 34; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 23, 27; Eren, **Borçlar Genel**, s. 972; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1519; Keskin, **a.g.m.**, s. 211.

³⁸⁰ Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.190, N. 10; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 23; Seliçi, **a.g.m.**, s. 101. “(...) Taraflar arasındaki sözleşme ile eki teklifte, teslim tarihi kesin olarak belirlenmiştir. Temerrüt için ayrıca ihtar gerektiğine dair sözleşmede bir hüküm de bulunmamasına göre ticari işlerde teslim süresinin geçmesiyle temerrüt gerçekleşir. TTK'nın 19. ve BK'nın 212'ye uyan kesin vadeli ticari satış işlemlerinde BK'nın 124 b.3'deki şartların gerçekleşmesi aranmayacaktır., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İst. 2014, s.101) Mahkemece bu kabulün aksine BK'nın 117. maddesi yanlış yorumlanarak temerrüt için ayrıca ihtar aranması doğru değildir (...)” 23. HD., E. 2015/5981 K. 2016/5294 T. 6.12.2016 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

³⁸¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 29.

³⁸² Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 31, 41; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 5; benzer yönde Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 510.

³⁸³ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 41.

kararlaştırmalarına rağmen satıcının alıcının ihtarıyla temerrüde düşeceği konusunda anlaşabilirler. Bu son durumda, tarafların anlaşması ve TBK m. 212'nin amacı da göz önünde bulundurulduğunda artık TBK m. 212 II hükmü uygulanmayacaktır³⁸⁴.

b. Teslim Borcunda Gecikme

İBK m. 190 metnine göre (eBK m. 187 ile benzer şekilde) söz konusu hüküm satıcının teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda uygulanacaktır³⁸⁵. Ancak, öğretide hükümde yer alan teslim ifadesinin satıcının asli borcu olan satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri olarak anlaşılması gerektiği, dolayısıyla hükmün satıcının satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri borcunda temerrüde düşmesi durumunda uygulanacağı kabul edilmektedir³⁸⁶. Benzer bir şekilde TBK m. 212 II hükmünün niteliği gereği satıcının satılanın zilyetliğinin devri (ya da teslimi) ve mülkiyetinin devri borcunda temerrüde düşmesi hâlinde uygulanacağı kabul edilmektedir³⁸⁷.

Bu noktada belirtilmelidir ki ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin eBK m. 187 hükmünün satıcının teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda uygulanacağı düzenlenmiřti³⁸⁸. TBK m. 207'deki değişikliğe paralel olarak TBK m. 212 II'de "zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse (...)" hükmüne yer verilmiştir. Böylece, TBK m. 212 II ve III hükmü satıcının

³⁸⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 43.

³⁸⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 18, 35 vd.; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 7.

³⁸⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 36; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spćiaux**, N. 609. Her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Almanca metninde) kenar başlığında teslimde (*Übergabe*) temerrüt ifadesine yer verilmiş olsa da sadece satılanın tesliminde temerrüt hâlinde değil satıcının mülkiyeti devir borcunda temerrüt hâlinde de söz konusu hükümler uygulama alanı bulacağına dair bkz. Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 4.

³⁸⁷ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 105; Bilge, **a.g.e.**, s. 48; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 113.

³⁸⁸ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 507.

satılanın zilyetliğini devir borcunda temerrüde düşmesinde uygulanacaktır³⁸⁹. Buna karşılık, öğretide bazı yazarlar zilyetliğin devrinin kural olarak alıcının başka türlü rızası yoksa ancak teslim ile gerçekleşeceğini kabul etmektedirler³⁹⁰. Dolayısıyla, her ne kadar TBK m. 212'nin lafzında satılanın zilyetliğinin devri borcunda temerrüde işaret edilmekteyse de kural bu maddedeki temerrüdün de teslimde temerrüt olarak anlaşılması gerektiğini kabul etmektedirler³⁹¹. Şöyle ki eBK m. 182 I'de satıcının borcunun satılanın teslimi ve mülkiyetinin devri olduğu ifadesine yer verilmişti. Hem TBK m. 207 I'de hem de TBK m. 210'da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nundan daha geniş bir şekilde satıcının borcunun satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devretmek olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, öğretide taraflar dolaylı zilyetliğin devri üzerinde anlaşmamışlarsa kural olarak alıcının ancak doğrudan zilyet kılınması yoluyla bu borcun yerine getirilebileceği kabul edilmektedir³⁹². Bu doğrultuda TBK m. 212 (ve dolayısıyla TBK m. 213) kural olarak satıcının teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda uygulama bulacaktır. Ancak, taraflar zilyetliğin başka bir şekilde devredilmesi konusunda anlaşmışlarsa, satıcının kararlaştırılan şekilde zilyetliğin devrinde temerrüde düşmesi hâlinde de TBK m. 212 hükmü uygulanacaktır.

TBK m. 212 hükmü kural olarak satıcının asli borcunu yerine getirmemesi durumunda uygulanmaktadır³⁹³. Bu doğrultuda satıcının asli borcunu ifa etmesini

³⁸⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 67.

³⁹⁰ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 94; benzer yönde Gümüş, **a.g.e.**, s.41.

³⁹¹ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 94; benzer yönde Gümüş, **a.g.e.**, s.41.

³⁹² Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 89; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 210, N. 2.

³⁹³ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, “sinallagmatik edimler” dışında kalan “yan borçlar” bakımından TBK m. 123 vd. hükümlerinin uygulanmayacağına dair bkz. Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1641, dn. 608; Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 13.

Söz konusu hükmün uygulanması bakımından borçlunun esaslı bir borcunu yerine getirip getirmediğine bakılması gerektiğine dair: Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N.4. Söz konusu hükmün yan borçlar bakımından kural olarak uygulanmayacağına, ancak yan borçların yerine getirilmemesi durumunda, alıcının satılandan faydalanamaması söz konusu olacaksa, temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair bkz. Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 609.

engellemeyen yan borçlarını yerine getirmede gecikmesi durumunda söz konusu hüküm uygulama bulmayacaktır³⁹⁴. Ancak, satıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devri borcunu ifa etmesi için gereken bazı hazırlıkları veya işlemleri yerine getirmede gecikirse TBK m. 212'deki özel düzenlemelerin uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁹⁵. Örneğin, satıcının teslim ve gönderme masraflarını ödememesi, esasen satıcının zilyetliğin devri borcunun ifasında gecikmeye sebep olacağından, TBK m. 212'de özel düzenlemelerin uygulanacağı kabul edilmektedir³⁹⁶.

Ayrıca, satıcının ayıplı ifası hâlinde de TBK m. 212 uygulanmayacaktır. Satıcının sorumluluğu kural olarak TBK m. 219 vd. düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır³⁹⁷. Böylece satıcı ayıplı bir mal teslim etmişse TBK m. 219 vd. düzenlenen satıcının ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilir, ancak TBK m. 212 uygulanmayacaktır³⁹⁸.

Satıcı, kararlaştırılan satılandan farklı bir mal (*aliud*)³⁹⁹ teslim ederse, oldukça tartışmalı olmakla beraber öğretide kabul edilen bir görüşe göre vade tarihinde satılanı

Yan borçların da sinallagmatik ilişki içerisinde yer aldığı, zaten yan borçların da hesaba katılarak karşılıklı edimler belirlendiği, dolayısıyla yan borçların ayrıca talep edilebileceğine ve yan borçların ihlali hâlinde de alacaklının tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde sahip olduğu seçimlik haklardan yararlanabileceğine dair bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 34, 1115; benzer yönde bkz. Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 6.

Bağımlı yan borçların temerrüde konu olmayacağı; ancak bağımlı yan borçlardan ayrışabilen ve ayrı bir talebe konu olabilen yan borçlar bakımından ise temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanabileceğine dair bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 43-44. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. dn.22'deki yazarlar.

³⁹⁴ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 609; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 36.

³⁹⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 36. Benzer yönde Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 609. Gönderilecek borçlar bakımından ayrıca bkz. Birinci Bölüm: III.B.2.

³⁹⁶ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 507.

³⁹⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 36.

³⁹⁸ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 37.

³⁹⁹ Bu durumda, satılandan farklı bir malın teslim edilip edilmediği değerlendirilirken güven ilkesine başvurulması gerektiği ve satılanın ne olduğu anlayabilmek için satılanın özelliklerinin neler

teslim etmemiş olduğundan, ayıptan sorumluluk hükümleri değil temerrüt hükümleri uygulanmalıdır⁴⁰⁰. *Aliud* ifa hâlinde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul edersek (*aliud* ifanın vade tarihinde yapılmış olduğu varsayımıyla) satıcı vade tarihinde satılanı teslim etmemiş olacağından temerrüde düşecektir. Bu durumda, TBK m. 212 hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁰¹. Bu sebeple aynen ifayı talep eden alıcının hemen bildirimde bulunması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰². Bu durumda ikinci aşamada değerlendirilmesi gereken mesele hemen bildirim ne zaman yapılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Satıcının vadeyi kaçırmaması üzerine alıcıdan hemen bildirimde (örneğin ertesi gün) bulunulması beklenilirse, *aliud* ifayı fark etmeyen alıcı aynen ifayı talep hakkını (hemen bildirimde bulunmadığı için) kaybedecektir. Bu nedenle, durumun özelliği sebebiyle alıcıdan, *aliud* ifayı fark ettikten

olduğu, satılanın hangi özelliklere sahip olması gerektiğinin taraflarca kararlaştırıldığına bakılması gerekeceği ifade edilmektedir, Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 38. Ancak, satıcının satılandan başka bir malı teslim etmesinin, güven ilkesine göre, sözleşmenin değiştirilmesine yönelik icap olarak, alıcının ise bu öneriyi iradeyi gösteren davranışlarıyla kabul edip etmediğinin de değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 38.

Çeşit borcunda taraflarca kararlaştırılan karakteristik özellikleri haiz olmayan malın teslim edilmesi halinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin değil temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair bkz. BGE 121 III 456 vd.

⁴⁰⁰ Marius Schraner, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Band/Nr. V/1e**, 3. Bası, Zürich, 2000 (Anılış: Marius, ZK OR), OR Art. 71, N. 61; Weber, **BK OR**, Art. 71, N. 92; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 38; Bucher, **OR BT**, s. 115; Tandoğan, **C.I/1**, s. 172; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 155.1; Gümüş, **a.g.e.**, s. 71-72; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 125; Berki, Şakir Berki, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s. 11; İsmail Doğanay, **Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2003, s.136-137; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 32.

Alıcının *aliud* teslimde alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerine de dayanabileceğine dair bkz. Serozan, **İfa**, § 7, N. 6. Eğer somut olayda alıcının bu ayrımı yapması zor görünüyorsa, alıcının ayıptan sorumluluk hükümlerine de başvurabilmesi gerektiğine dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 71, N. 93-94.

⁴⁰¹ Schraner, **ZK**, OR Art. 71, N. 61; Bucher, **OR BT**, s. 115; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 38.

⁴⁰² Bucher, **OR BT**, s. 115; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 38.

sonra (veya somut olayın tüm durum ve koşulları göz önüne alındığında bu durumun alıcı tarafından bilinebilir olduğu andan itibaren) hemen bildirimde bulunması beklenmelidir.

Bu konuya ilişkin olarak ayrıca belirtilmelidir ki satıcının satılardan başka bir malı teslim etmesinin, güven ilkesine göre, sözleşmenin değiştirilmesine yönelik icap olarak kabul edilip edilmeyeceği ve alıcının da bu öneriyi iradeyi gösteren davranışlarıyla kabul edip etmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁰³. Eğer sözleşmenin değiştirildiği sonucuna varılırsa, borç gereği gibi ifa edilmiş olacak ve temerrüt söz konusu olmayacaktır.

Satıcının borcunun bir çeşit borcu olması durumunda satıcı, ortalama nitelikleri haiz olmayan ve ayıplı olan bir mal teslim etmişse alıcı ifayı reddedebilir; çünkü satıcı, TBK m. 86 doğrultusunda, ortalama nitelikleri haiz satılanı teslim etmemiştir⁴⁰⁴, bir başka deyişle onun yerine getirmeyi teklif ettiği edim sözleşmeye uygun ifa teşkil etmemektedir. Satıcı, bu doğrultuda vade tarihinde teslim borcunu ifa etmemiş olduğu için temerrüde düşmüştür. TBK m. 212 II vd. hükümlerinin uygulanacağı bu ihtimalde, alıcı aynen ifayı talep ediyorsa satıcıya bunu derhâl bildirmesi gerekecektir⁴⁰⁵. Aksi durumda, aşağıda açıklanacağı üzere alıcının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ettiği kabul edilecektir. Ancak, borca uygun olmayan bu malı alıcı teslim alırsa, bu durumda ilgili şartları sağlanırsa satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilecektir⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 38.

⁴⁰⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 39.

⁴⁰⁵ **A.e.**

⁴⁰⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 40; Eren, **Borçlar Genel**, s. 938.

İKİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ VADELİ TİCARİ SATIŞTA SATICININ TEMERRÜDÜ ÜZERİNE ALICININ HAKLARI

I. Aynen İfadan Vazgeçilip İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini

TBK m. 212’ye göre belirli vadeli ticari satışta satıcının gecikmesi üzerine – aynen ifayı istediğine ilişkin hemen bildirimde bulunmamışsa - alıcının aynen ifa yerine uğradığı olumlu zararın tazminini talep ettiği kabul edilmektedir. Alıcının seçimlik haklarından olan aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep edebilmesi için kural olarak satıcıya ek süre vermesi ve akabinde satıcıya bir bildirimde bulunması gerekirken TBK m. 212’de bunlar aranmaksızın alıcının aynen ifadan vazgeçtiği ve ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep etmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Böylece alıcının ek süre vermesine gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmesine imkân tanındığı gibi alıcının aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep ettiğine dair bir irade beyanında bulunması da aranmamıştır.

Bu doğrultuda belirli vadeli ticari satışlarda satıcının temerrüdüne ilişkin düzenleme getiren TBK m. 212 hükmü öğretideki genel kabule göre iki temel ‘karineyi’ içermektedir. Buna göre ilk olarak belirli vadeli ticari satışta vade ‘karine olarak’ kesin vadeye denk düşmektedir⁴⁰⁷; çünkü alıcının – genel hükümlerdeki gibi – satıcıya ek süre vermesi aranmamıştır. İkinci olarak satıcının vadeyi kaçırması üzerine – eğer alıcı aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmamışsa – ‘karine olarak’ alıcı aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep etmiş sayılmaktadır⁴⁰⁸. TBK m. 212 hükmüne ilişkin öğretideki bu yaklaşım esas alınarak söz konusu hüküm varlığı genellikle kabul edilen bu iki karine üzerinden incelenecektir.

⁴⁰⁷ Bkz. İkinci Bölüm: I.A.1.b.

⁴⁰⁸ Bkz. İkinci Bölüm: I.B.1.

A. Belirli Vadeli Ticari Satışta Vadenin İşlevi

Belirli vadeli ticari satışlarda, satıcının borcu için kararlaştırılan vadenin ‘karine olarak’ kesin vade niteliğinde, dolayısıyla belirli vadeli ticari satışların ‘karine olarak’ kesin vadeli işlem niteliğinde olduğu öğretide genellikle kabul edilmektedir⁴⁰⁹. Bu bölümde, TBK m. 212’de söz konusu karinenin mevcut olup olmadığı ve mevcutsa bunun nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin anlaşılabilmesi için öncelikle karine kavramına verilen genel anlam belirlenmeye çalışılmıştır⁴¹⁰. Akabinde bu kavram üzerinden kesin vade karinesi yaklaşımı⁴¹¹ ve karinenin nasıl çürütülebileceği⁴¹² incelenmiştir. Daha sonra belirli vadeli ticari satışlara ilişkin rejimle karşılaştırma yapabilmek amacıyla – kesin vadenin sonuçlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir⁴¹³.

1. Kesin Vade ‘Karinesi’ ve Karine Kavramı

a. Karine Kavramı Üzerine

Karine (*Vermutung/présomption*), fiili karine (*tatsächliche -natürliche-Vermutung*) ve yasal karine (*gesetzliche Vermutung*) olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁴¹⁴. Yasal karineler, bir hukuk kuralıyla, bilinen bir olgudan (karine

⁴⁰⁹ Bkz. dn.440’deki yazarlar.

⁴¹⁰ Bkz. İkinci Bölüm: I.A.1.a.

⁴¹¹ Bkz. İkinci Bölüm: I.A.1.b.

⁴¹² Bkz. İkinci Bölüm: I.A.2.

⁴¹³ Bkz. İkinci Bölüm: I.A.3.

⁴¹⁴ Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 396; Heinz Hausheer, Manuel Jaun, **Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB (Stämpfli Handkommentar)**, Stämpfli Verlag AG, 2003 (Anılış: Hausheer, Jaun, SHK-ZGB), Art. 10, N. 64; Tarkan Göksu, **Art. 8 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz (Art. 1-456 ZGB)**, 3. Bası, Zürich/Basel/Genf, Schultess, 2016 (Anılış: Göksu, CHK-ZGB), N. 18; Bilge Umar, Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, (Yayına Hazırlayan: Ejder Yılmaz), 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1980, s. 165 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**

temeli) hareket ederek – varlığı bilinmeyen – başka bir olguya veya hakka ya da hukuki ilişkiye (karine sonucu) dair sonuç çıkarılması durumunda söz konusu olurlar⁴¹⁵. Yasal karineler de öğretilerde kendi içerisinde adi karine ve kesin karine olarak ikiye

Ders Kitabı, Ankara, Yetkin, 2013, s. 371-372; Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar**, 21. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 1041; ayrıca bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N.18; Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S.3, 2013, s.729-759, s. 736, dn. 16. Fiili karineler, hayat tecrübelerine dayanırken, yasal karineler hukuk kuralına dayanırlar; Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 371-372; benzer yönde Ivo Schwander, **Art. 8 ZGB, Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. Bası, Zürih, Orell Füssli Verlag, 2016, N. 4 (Anılış: Schwander, OFK-ZGB); Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N.18.

Fiili karinelerin ispat yüküne ilişkin olmayıp hâkimin delil (veya iddianın) değerlendirmesinde göz önünde tutabileceğine dair bkz. Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 371-372; ayrıca bkz. Lardelli, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB**, 5. Bası, Ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 (Anılış: Yazar adı, BSK ZGB), Art. 8, N. 86; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 64, 75; Göksu, **CHK-ZGB**, Art. 8, N. 18; Karakaş, **a.g.m.**, s. 744; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 165-166.

Yasal karinelerin ise ispat yüküne ilişkin hukuk kuralı olduğuna dair bkz. Schwander, **OFK-ZGB**, Art. 8, N. 5; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 65; Göksu, **CHK-ZGB**, Art. 8, N. 18; Karakaş, **a.g.m.**, s.743. Ancak, yasal karineler ispat yüküne ilişkin hukuk kuralı oldukları kadar aynı zamanda ispatın içeriğine ilişkindirler, çünkü örneğin kimin neyi nasıl ispat edeceğini (ör. karine temeli) de düzenlerler, Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 391. Diğer bir görüşe göre ise, yasal karineler ispat yüküne ilişkin değildir, çünkü karine sonucuna ilişkin ispat yükünü kim taşıyorsa, karine temelini de o ispat edecektir. Böylece, ispat yükü yer değiştirmemiş olacaktır, bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 176-177; benzer yönde Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 371.

⁴¹⁵ Lardelli, **BSK ZGB**, Art. 8, N. 67; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 387, 404; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 62; Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 372-372; Karakaş, **a.g.m.**, s. 740-741; karşı. August Egger, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 1: Einleitung und Personenrecht: Art. 1-89 ZGB**, 1930 tarihli 2. Basıdan Tıpkı Bası, Zürich, Schulthess, 1978 (Anılış: Egger, ZK, ZGB), Art. 8, N. 23.

Türkçe sözlük anlamı itibarıyla Türk hukukunda karinenin, esasen sonuca değil, sonuca varmayı sağlayan “belirtiye” ilişkin olduğuna dair bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 731 vd. Yasal karineler, ayrıca olgu karineler (olay karineleri) ve hak karineleri (hukuki karineler) olarak ayrı bir ayrıma daha tabi tutulmaktadır, bkz. Egger, **ZK, ZGB** Art. 8, N. 24; Lardelli, **BSK ZGB**, Art. 8, N. 67-8; Schwander, **OFK-ZGB**, Art. 8, N. 5; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 70-71; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 400 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 373; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 167 vd.; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N. 18.

ayrılmaktadır⁴¹⁶. Bu ayrıma göre adi karinelerin aksi ispat edilebilirken, kesin karinelerin aksi ispat edilememektedir⁴¹⁷.

Karine temelinin (*Vermutungsbasis*) karineyi iddia eden kişi tarafından ispat edilmesi durumunda, karşı taraf aksini ortaya koymamışsa, karine sonucu (*Vermutungsfolge*) uygulama bulacaktır⁴¹⁸. Böylece, karineyi iddia eden tarafın karine sonucunu ispat etmesine gerek kalmayacaktır⁴¹⁹. Bu doğrultuda yasal karinelerin, esasen ispat kolaylığı sağlamaya yönelik olduğu belirtilmektedir⁴²⁰. Ancak, (adi yasal karineler

⁴¹⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 372; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 168 vd.; Karakaş, **a.g.m.**, s. 736 vd, Alman hukuku bakımından bkz. Karl Larenz, Manfred Wolf, Jörg Neuner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Bası, Münih, C.H. Beck, 2016 (Anılış: Larenz, Wolf, Neuner, Allgemeiner Teil), § 7, N. 37.

⁴¹⁷ Gökçen Topuz, **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Ankara, Yetkin, 2012 (Anılış: Topuz, Karinelerle İspat), s. 113; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 372; Karakaş, **a.g.m.**, s. 736 vd. Alman hukuku bakımından bkz. Larenz, Wolf, Neuner, **Allgemeiner Teil**, § 7, N. 37. Kesin karine, aksi ispat edilemez karine (*unwiderlegbare Vermutung*) olarak da adlandırılmaktadır, bkz. Larenz, Wolf, Neuner, **Allgemeiner Teil**, § 7, N. 37; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 168.

⁴¹⁸ Schwander, **OFK-ZGB**, Art. 8, N. 5; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N.389; ayrıca bkz. Leo Rosenberg, **Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung**, 5. Bası, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münih, 1965, s. 203; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 65 vd.; karş. Lardelli, **BSK ZGB**, Art. 8, N. 67; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 371.

Nitekim, HMK m. 190'a göre "(1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. (2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakiya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir."

⁴¹⁹ Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 409; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 371; Karakaş, **a.g.m.**, s. 739.

⁴²⁰ Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 62; Karakaş, **a.g.m.**, s. 738. Detaylı tartışmalar için bkz. Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 105 vd., 114 vd.

bakımından) karşı taraf karine temeline karşı çıkabilecek veya karine sonucunun aksini ispat edebilecektir⁴²¹.

Faraziye olarak da adlandırılan⁴²² varsayımlar⁴²³, kanun koyucunun belirli bir olgu için öngördüğü hukuki sonucun, bu olguyla eşit olmayan – ancak eşitliği varsayılan – başka bir olgu bakımından da tatbik edilmesi durumunda söz konusu olmaktadır⁴²⁴. Kesin karinelerin, varsayımdan⁴²⁵ (*Fiktion*) ayırt edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴²⁶. Böylece, kesin karinelerin gerçekte örtüşmesine olası gözle bakılırken, varsayımların gerçekte örtüşmediği kabul edilir⁴²⁷. Varsayımların da (kesin karineler gibi) aksinin ispat

⁴²¹ Göksu, **CHK-ZGB**, Art. 8, N. 18; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 415 vd.; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 65, 67 vd.; Schwander, **OFK-ZGB**, Art. 8, N. 5; Karakaş, **a.g.m.**, s. 739; karşı Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174; Egger, **ZK**, ZGB Art. 8, N. 28-29.

⁴²² Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, İstanbul, Filiz, 2018, N. 1306; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 1036. Ancak, yazarlar kesin karine – varsayım ayrımı yapmamaktadırlar, bkz. dn. 429.

⁴²³ Varsayımların, doğrudan ispat yüküne ilişkin kurallar olmadığına dair bkz. Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N.73; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 438; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 373; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 117. Çünkü, varsayımlarda kanun koyucu ispat yüküne ilişkin bir düzenleme getirmeyip ispatın içeriğine ilişkin bir düzenleme yaparak, belirsizliği elimine etmekte ve bunun aksinin ispatına izin vermemektedir, Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 438. Bu doğrultuda, varsayımların ispata ilişkin bir düzenlemeden ziyade maddi hukuka ilişkin düzenleme teşkil ettiğine dair bkz. Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 117.

⁴²⁴ Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N. 16; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 374; Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 63; karşı. Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 73.

⁴²⁵ Varsayımların atıf kuralından ayırt edilmesine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Larenz, Wolf, Neuner, **Allgemeiner Teil**, § 7, N. 38-39 Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N. 13 vd. Varsayımların, örtülü atıf kuralı olduğu yönünde bkz. Larenz, Wolf, Neuner, **Allgemeiner Teil**, § 7, N. 38; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N. 16.

⁴²⁶ Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N. 17; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Karakaş, **a.g.m.**, s. 737, 753 vd.; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 373 vd. Bu ayırmada, “amaç ve içerik” bakımından farklılık olmakla birlikte pratik bir farklılığın bulunmadığına dair Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 374.

⁴²⁷ Larenz, Wolf, Neuner, **Allgemeiner Teil**, § 7, N. 37-38; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N. 17; Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 64; Karakaş, **a.g.m.**, s. 753-754.

edilemeyeceği kabul edilmektedir⁴²⁸. Ancak, öğretide bazı yazarlar, kesin karine ve varsayımı birlikte ele alarak, adi karine – kesin karine ayrımını yapmamaktadır⁴²⁹.

Bir başka ayrım ise yorum kuralları ile karineler arasındadır⁴³⁰. Yorum kurallarının karine kurallarına benzediği kabul edilmekle birlikte bunların karineden farklı olduğu ortaya konmaktadır⁴³¹. Yorum kurallarının ispat yüküne ilişkin olmadığı⁴³²; irade beyanın içeriğinin belirlenmesine ilişkin olduğu kabul edilmektedir⁴³³. Karineler ile yorum kurallarını ayıran görüşe göre tarafların iradelerinin farklı olduğunun ispatı, “aksini ispat” teşkil etmemektedir, yalnızca söz konusu yorum kurallarının somut olayda uygulanamaz olduğunu ortaya çıkarmaktadır⁴³⁴. Ancak, yorum kurallarının bir davranışa belirli bir anlam yüklediğinden yola çıkan öğretide bazı yazarlar bunların yasal karinelerin bir alt türü olduğunu kabul etmektedirler⁴³⁵. Bu yazarlara göre, söz konusu yorumun somut

⁴²⁸ Larenz, Wolf, Neuner, **Allgemeiner Teil**, § 7, N. 37, 38; Lardelli, **BSK ZGB**, Art. 8, N. 70; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 63; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 438; Göksu, **CHK-ZGB**, Art. 8, N. 18; Dural, Sarı, N. 1306; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 1, N. 16 vd.; Karakaş, **a.g.m.**, s. 749, 752. Kesin karinelerde, karine temelinin aksi ispat edilebilecektir, Karakaş, **a.g.m.**, s. 748; karş. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174.

Varsayımlarda da varsayım temelinin (*Fiktionsbasis*) mevcut olmadığı diğer tarafça ispat edilebilecektir: Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 438; Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 73.

⁴²⁹ Hausheer, Jaun, **SHK-ZGB**, Art. 10, N. 64; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 455; Schwander, **OFK-ZGB**, Art. 8, N. 5; benzer yönde: Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 1042, dn. 619; Dural, Sarı, **a.g.e.**, N. 1306.

⁴³⁰ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 211.

⁴³¹ Markus Guggenbühl, **Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess**, Zürih, Schultess, 1990, s. 20; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 190; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 4, N. 13; Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 117-118; Karakaş, **a.g.m.**, s. 746.

⁴³² Serozan, **Medeni Hukuk**, § 4, N. 13.

⁴³³ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 211-212; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 19, dn. 66, s. 20; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 190; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 4, N. 13; Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 66; Karakaş, **a.g.m.**, s. 746.

⁴³⁴ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 213; Topuz, **Karinelerle İspat**, s. 65.

⁴³⁵ Egger, **ZK**, ZGB Art. 8, N. 25. Ancak, yorum kurallarının beyanın anlamını veya belirli bir iradeyi karine olarak kabul etmediğini, yorum kurallarının karineden farklı olduğu da dile getirilmektedir, Rosenberg, **a.g.e.**, s. 212-213; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 19, dn. 66.

olayda gerçeği yansıtmadığı ortaya konularak tıpkı yasal karinelerde olduğu gibi yorum kuralının aksi ispat edilebilecektir⁴³⁶.

İlgili hukuk kuralının bir karine düzenleyip düzenlemediğinin bir yorum sorunu olduğu amaçsal ve sistematik yorumla değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴³⁷. Benzer bir şekilde söz konusu hukuk kuralında karine mi yoksa varsayım mı düzenlediği de ayrıca bir yorum sorunudur⁴³⁸. Çalışmamızın devamında karine ifadesi, aksi belirtilmediği durumda yukarıdaki ayrımlara göre adi yasal karineyi ifade etmek için kullanılmaktadır.

b. Kesin Vade ‘Karinesi’

(1) Karine Yaklaşımı

TBK m. 212 II’nin metninde belirli vadeli ticari satışların karine olarak kesin vadeli işlem niteliğinde olduğu doğrudan açık bir şekilde görülmemektedir⁴³⁹. Ancak doktrindeki hâkim görüşe göre⁴⁴⁰ belirli vadenin kararlaştırıldığı ticari satışlarda, satıcının

⁴³⁶ Egger, **ZK**, ZGB Art. 8, N. 25.

⁴³⁷ Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N.392; lafzi yorum yerine amaçsal yorum yapılması gerektiğine dair. Karakaş, **a.g.m.**, s. 751.

⁴³⁸ Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 443. Bu noktada lafzi yorumun her zaman ikna edici olmayabilir, Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 443; Serozan, **Medeni Hukuk**, § 4, N. 20; Karakaş, **a.g.m.**, s. 750. Kanunda düzenlenen karinenin adi karine mi yoksa kesin karine mi olduğu yönünde tereddüt olması durumunda, karşı ispata izin verilmesinin esas olması itibarıyla, söz konusu hukuk kuralının adi karine düzenlendiğinin kabul edilmesi gerektiğine dair bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172.

⁴³⁹ Bär, **a.g.e.**, s. 60; Seliçi, **a.g.m.**, s. 103.

⁴⁴⁰ Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.190, N. 11.; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 18; Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 1, 6; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 4; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 26, 30; Keller, Schöbi, **I**, s. 274; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 10, Art. 107, N. 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 1, 4; von Büren, **OR AT**, s. 373, dn. 45; von Büren, **OR BT**, s. 9; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 34; Honsell, **OR BT**, s. 57; Tercier, **La partie spéciale**, N. 215; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 618; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 25; Keppler, **a.g.e.**, s. 11; Guhl, **Rücktritt**, s. 135; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 107 -108; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 385; Bilge, **a.g.e.**, s. 51; Tandoğan, **C.1/I** s. 133; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 510; Serozan, **İfa**, § 5, N. 9, § 17, N. 21; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 596; Serozan,

borcuna ilişkin bu vade, karine olarak, nispi kesin vadeye denk düşmektedir. Böylece ticari satışta kararlaştırılan ifa zamanının kesin vadeli işlemlerde olduğu gibi, esaslı bir anlam taşıdığını kanun koyucunun karine olarak kabul ettiği belirtilmektedir⁴⁴¹. İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında İBK m. 190'da (TBK m. 212) kesin vade karinesi düzenlendiğine hükmetmiştir⁴⁴².

Böylelikle kesin vadeli işlem söz konusu olduğu için artık alıcının seçimlik haklarına başvurabilmesi için satıcıya borcunu ifa etmesi için uygun bir ek süre vermesine gerek yoktur⁴⁴³. Satıcıya uygun bir mehil vermesine gerek olmadan alıcı, aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep edebilecek veya sözleşmeden dönebilecektir. Ancak, bazı yazarlara göre ise alıcının ek süre vermesine gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmesine TBK m. 212 imkân tanımıştır, fakat alıcının diğer seçimlik hakkı olan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için satıcıya ek süre vermesi gerekmektedir⁴⁴⁴.

Öğretide Alman hukukunun da etkisiyle⁴⁴⁵, TBK m. 212'de (İBK m. 190) düzenlenen kesin vadeli işlemleri ifade etmek üzere “ticari kesin vadeli işlemler

Sözleşmeden Dönme, s. 249; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 953; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, § 26, N. 91; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 78; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98; Eren, **Borçlar Özel**, s. 69; Gümüş, **a.g.e.**, s. 45; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 103; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 162; Seliçi, **a.g.m.**, s. 101-104; Mehmet Remzi, Sezer Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, İkinci Sayfa, 2016, s. 108; Kadir Berk Kapancı, “Art Arda Teslimli Satış Sözleşmelerinde Satıcının (Borçlu) Temerrüdüne Bağlı Olarak Doğabilecek Sonuçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, Sayı 161, 2016, s. 2363-2391, s. 2376; Özdamar, **a.g.m.**, s. 17.

⁴⁴¹ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 4.

⁴⁴² BGer, 09.10.2003, 4C.204/2002; BGE 116 II 438; BGE 49 II 228; BGE 46 II 165-166; BGE 45 II 439.

⁴⁴³ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 32; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 612, 618; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 24; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 510; Tandoğan, **C.1/I** s. 133; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 103; ayrıca bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 534.

⁴⁴⁴ Bu konuya aşağıda ayrıca değinilmektedir. İkinci Bölüm: III.B.1.

⁴⁴⁵ Bär, **a.g.e.**, s. 18.

(*kaufmännisches Fixgeschäft*)” terimi de kullanılmaktadır⁴⁴⁶. Bu doğrultuda, TBK m. 212 anlamında kesin vadeli işlemler ile m. 124/b.3 anlamında kesin vadeli işlemler arasındaki temel fark kesin vadeli işlemin ispatına ilişkindir⁴⁴⁷. TBK m. 124/b.3 doğrultusunda sözleşmenin kesin vadeli işlem niteliğinde olduğunu, bunu iddia eden taraf (genellikle alıcı) ispat edecektir. Ancak, ticari satışlar bakımından, alıcıya bir ispat kolaylığı sağlamak için kararlaştırılan belirli vadenin kesin vade niteliğinde olduğunun karine olarak kabul edilmesi imkânı getirilmiştir⁴⁴⁸. Böylece, TBK m. 212 doğrultusunda alıcının (karine temelini) satış sözleşmesinin ticari satış teşkil ettiğini ve satılanın teslimi için belirli bir süre kararlaştırıldığını ispat etmesi yeterli olacaktır. Söz konusu düzenlemenin *ratio legis*’i ticari satışlar bakımından hızlı ve pratik bir çözüm getirmektir⁴⁴⁹. Bu sebeple, kanun koyucunun, alıcıyı kesin vadeye ilişkin ispat yükünden kurtardığı ifade edilmektedir⁴⁵⁰.

Böylece, TBK m. 212’de kesin vade karinesinin düzenlendiği kabul edilirse karine temeli satış sözleşmesinin ticari satış niteliğinde olması ve satılanın teslimi için belirli vadenin kararlaştırılmış olması; karine sonucu ise kesin vadeli işlemlere ilişkin düzenlemelerin uygulanması olacaktır. Alıcının karine temelini ispat etmesinin neticesinde karine sonucu olan kesin vadeli işleme ilişkin düzenlemeler uygulama bulacaktır. Bu noktada, TBK m. 124/b.3 bakımından alıcının söz konusu sözleşmenin kesin vadeli işlem niteliğinde olduğunu ispatlayabilmesi için, tarafların bu yöndeki iradesini ispatlaması gerekirken; TBK m. 212 bakımından kesin vade karinesini çürütmek

⁴⁴⁶ Keppler, **a.g.e.**, s. 9 vd.; Bär, **a.g.e.**, s. 18, 59 vd. Ticari kesin vadeli işlemler (*kaufmännisches Fixgeschäft*) dışında kalan kesin vadeli işlemleri belirtmek için ise bu yazarlar medenî kesin vadeli işlemler (*bürgerliches Fixgeschäft*) ifadesini kullanmaktadırlar, bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 1 vd.; bazı yazarlar ise adi kesin vadeli işlemler (*allgemeines Fixgeschäft*) ifadesini kullanmaktadırlar, bkz. Bär, **a.g.e.**, s. 18, 42 vd.

⁴⁴⁷ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 62; Bär, **a.g.e.**, s. 61.

⁴⁴⁸ Cavin, **a.g.e.**, s. 46.

⁴⁴⁹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 249-250; Cavin, **a.g.e.**, s. 46

⁴⁵⁰ Cavin, **a.g.e.**, s. 46.

isteyen satıcı tarafların iradesinin bu yönde olmadığını (yani kesin vade kararlaştırmamak yönünde olduğunu) ispatlayacaktır⁴⁵¹.

(2) Yorum Kuralı Yaklaşımı

Öğretide bir diğer görüş ise burada bir karinenin düzenlenmediğini, kanunun tarafların iradesine ilişkin bir yorum kuralı getirdiğini savunmaktadır⁴⁵². Yine de bu görüşü savunanlar yorum kuralı ve karine içeren hukuk kuralı arasındaki benzerliği göz önünde alarak bu ayrımın esaslı bir anlamı olmadığını ifade etmektedirler⁴⁵³.

Belirtmek gerekir ki kesin vade karinesi veya kesin vade lehine yorum kuralını kabul eden yazarların belirli vadeli ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin düzenlemeleri genel hükümlerde borçlu temerrüdü için öngörülen rejim çerçevesinde açıklamak istedikleri söylenebilir. Şöyle ki alıcının ek süre vermeden – aksi yönde hemen bildirimde bulunmadıysa – aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının giderilmesini talep ettiği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Burada – genel hükümlerdeki düzenlemeler çerçevesinde – adeta bir kesin vadeli işlem varmış gibi kabul edilerek buna bir sonuç bağlandığı gözlemlenmektedir. Başka bir deyişle belirli vadeli ticari satışlarda alıcının ek süre vermesine gerek olmaksızın ek seçimlik haklarından aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep edilmiş sayılması sonucuna varabilmek için öğreti – genel hükümlerden uzaklaşmadan – bir basamak geliştirmektedir.

Bu noktada aslında kanun koyucunun ‘belirli vadeli’ ticari işlemlerde tarafların iradesini kesin vadenin kararlaştırıldığı yönünde yorumladığı söylenebilir. Ancak,

⁴⁵¹ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 64; benzer değerlendirmeler için bkz. Bär, **a.g.e.**, s. 63.

⁴⁵² Bär, **a.g.e.**, s. 59-60, benzer yönde bkz. Arthur Meier-Hayoz, **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag**, Zürich, Buckdruckerei Stampfenbach, 1948, s. 135, dn. 2.

⁴⁵³ Bär, **a.g.e.**, s. 60.

yukarıda da açıklandığı üzere⁴⁵⁴ karineler ile yorum kuralları birbirlerine oldukça benzemektedirler. Ayrıca bunların ayrımı ile sonuçları arasındaki farklılıklar üzerinde de öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Her hâlükârda iki durumda da kesin vadenin tarafların iradesine uygun olmadığı ortaya konulabilecektir. Nitekim, burada kesin vadeye dair bir karine düzenlendiğini kabul eden yazarlar da bu karinenin aksinin ispatının mümkün olduğunu kabul etmektedirler. Aşağıda da açıklandığı üzere⁴⁵⁵ aslında tarafların iradesinin kesin vade kararlaştırmak olmadığı (genellikle satıcı tarafından) ortaya konulması ifa zamanı geçse de alıcının satılanın teslimini beklediğinin taraflarca kabul edildiği durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu durum da esasen sözleşmenin yorumundan tarafların TBK m. 212’de yer bulan aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesinin talep edildiğine dair düzenlemenin uygulanmasının dışlandığı anlamına gelmektedir.

(3) Varsayım (Faraziye) Yaklaşımı

Diğer bir görüşe göre⁴⁵⁶ ise, belirli vadeli ticari satışların kesin vadeli işlem niteliğinde olduğuna dair bir karine bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, kanun koyucu belirli vadeli ticari satışların, kesin vadeli işlemlere ilişkin hükümlere tabi olacağını düzenlemiştir⁴⁵⁷. Bu görüşteki bazı yazarlara göre ise TBK m. 212 (İBK m. 190) ile ticari satışlarda alıcının ek süre vermesine ilişkin genel hükümlere (TBK m. 123 - İBK m. 107) bir istisna getirilmiştir ve sözleşme kesin vadeli işlem niteliğinde olmasa bile alıcının ek

⁴⁵⁴ İkinci Bölüm:I.A.1.a.

⁴⁵⁵ İkinci Bölüm: I.A.2.

⁴⁵⁶ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 4, 10, 11, 13, 28, 31; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 27; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 34; Comment, **a.g.e.**, s. 93.

⁴⁵⁷ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 13; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 34; karşı. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 61-62; von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 152; Comment, **a.g.e.**, s. 93; Schenker, **a.g.e.**, N. 417. Yazarlara göre, taraflar kesin vade kararlaştırmamış olsa bile ek süre vermeye gerek yoktur, von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 152; Comment, **a.g.e.**, s. 93; benzer yönde bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 417.

süre vermesine gerek yoktur⁴⁵⁸. Bu görüşteki diğer bazı yazarlar ise bu görüşü şu şekilde açıklamaktadırlar: Burada kanun koyucu bir karineye yer vermemiş ve bir varsayım kuralı (*Fiktion*) düzenlemiştir⁴⁵⁹. Böylelikle, bu görüşe göre satıcı kararlaştırılan vadenin kesin vade teşkil etmediğini ispatlayamayacaktır⁴⁶⁰. Ancak, bu görüş TBK m. 212'nin bir yedek hukuk kuralı düzenlemiş olması sebebiyle eleştirilmektedir⁴⁶¹.

2. Kesin Vade 'Karinesinin' Çürütülmesi

Öğretideki hâkim görüş doğrultusunda TBK m. 212 doğrultusunda belirli vadeli ticari satışların karine olarak kesin vadeli işlem niteliğinde olduğu kabul edilirse, bu karinenin – niteliği gereği – aksini ispat⁴⁶² (veya yorum kuralı olduğu kabul edilirse bu yorumun tarafların iradesine uygun olmadığına ispatı) mümkün olacaktır. Bu noktada karinelerin aksinin ispat edilmesine ilişkin genel ilkeler burada da uygulama bulacaktır⁴⁶³. Yukarıda da açıklandığı⁴⁶⁴ üzere karine sonucuna varmak isteyen taraf karine temelini ispat etmelidir. Karinenin aksini ispat etmek isteyen taraf ise karine temelinin mevcut olmadığını ortaya koyabilir veya karine sonucunun aksini ispat edebilir. Öyleyse, kesin

⁴⁵⁸ Comment, **a.g.e.**, s. 93.

⁴⁵⁹ Belirtmek gerekir ki bu görüşün savunucuları karine ve varsayım tartışmalarının pratik sonuçlarının büyük ölçüde aynı olacağı kanısındadır Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 28.

⁴⁶⁰ Comment'e göre ise sözleşme kesin vadeli işlem niteliğinde olmasa bile İBK m. 190 uygulama bulacaktır, Comment, **a.g.e.**, s. 93.

⁴⁶¹ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 99. Bu görüşe ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 6.

⁴⁶² Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.190, N. 11; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 18; Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 4; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 4; Cavin, **a.g.e.**, s. 46-47; Vosser, **a.g.e.**, s. 98; Bär, **a.g.e.**, s. 61; Keppler, **a.g.e.**, s.12; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 64, 65; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 108; Bilge, **a.g.e.**, s. 52; Tandoğan, **C.1/I** s. 133; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98; benzer yönde von Büren, **OR BT**, s. 9; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 385; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 250; Seliçi, **a.g.m.**, s. 103-104; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 103.

⁴⁶³ Bär, **a.g.e.**, s. 61.

⁴⁶⁴ İkinci Bölüm: I.A.1.a.

vadeli işlem karinesinin aksini ispat etmek isteyen taraf (genellikle satıcı), ya karine temelinin mevcut olmadığını ortaya koyacak ya da karine sonucunun aksini ispat edecektir. Karine temelinin mevcut olmadığını ispat etmek isteyen taraf, satış sözleşmesinin ticari satış teşkil etmediğini veya satılanın teslimi için belirli vade kararlaştırılmadığını ispatlayacaktır. Karine sonucunun aksinin ispatı ise, tarafların iradesinin kesin vade kararlaştırmamak yönünde olduğunun ortaya konulması yoluyla yerine getirilecektir.

TBK m. 212’de kesin vadeli işlemin şartlarına ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır⁴⁶⁵. TBK m. 212 emredici bir düzenleme de getirmediği için taraflar kararlaştırdıkları belirli vadenin, kesin vade niteliğinde olmadığı hususunda anlaşabilirler⁴⁶⁶. Böylece, TBK m. 212 aslında tarafların kesin vade kararlaştırmadıklarının ispat edilmediği durumda uygulanacaktır⁴⁶⁷. Bu doğrultuda, taraflar açıkça aksi yönde anlaşmışlarsa ya da durumun özelliklerinden kesin vadenin tarafların iradesine uygun olmadığı anlaşılıyorsa, söz konusu karinenin uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmektedir⁴⁶⁸.

Kesin vadeli işlemlerin unsurlarından yola çıkacak olursak, kararlaştırılan ifa zamanına tarafların esaslı bir anlam atfetmediğinin ispatlanması ile birlikte, kesin vade karinesini çürütülmesi söz konusu olabilecektir⁴⁶⁹. Örneğin, gecikmeye rağmen satıcının

⁴⁶⁵ Bär, **a.g.e.**, s. 61.

⁴⁶⁶ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 13; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 8; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 4; Gümüş, **a.g.e.**, s. 45.

⁴⁶⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 8, benzer yönde Bär, **a.g.e.**, s. 61.

⁴⁶⁸ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 13; karşı. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 18; Oser, Schönenberger, **ZK**, Art. 190, N.11; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 618; Cavin, **a.g.e.**, s. 47.

⁴⁶⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 4, 8; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 250; Seliçi, **a.g.m.**, s. 104. Benzer bir şekilde, satıcı kararlaştırılan vadenin, söz konusu tarihten

satılanı teslim edeceğine dair taraflar anlaşmışlarsa bu durumda artık kesin vade tarafların iradesini yansıtmayacaktır⁴⁷⁰. Başka bir örnek vermek gerekirse ifa zamanının geçmesine rağmen satıcıdan satılanı yine de teslim etmesinin bekleneceğine dair bir ticari teamül varsa (ve bu ticari teamül tarafların iradesine uygunsa) sözleşmenin yorumundan kararlaştırılan vadenin kesin vade niteliğinde olmadığı ortaya koyulabilecektir⁴⁷¹. Eğer söz konusu sektörde kesin vadenin işlerin olağan akışına aykırı olduğu söylenebiliyorsa, tereddüt hâlinde, tarafların kararlaştırdıkları ifa zamanının kesin vade niteliğinde olmadığı kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁴⁷². Özellikle alıcının tacir olmadığı ticari satışlarda, kesin vade karinesinin, durumun özelliğini yansıtmayabileceği, dolayısıyla tarafların iradesine uygun olmayabileceği ifade edilmektedir⁴⁷³. Tarafların

sonraki ifanın ortadan kaldırılması anlamını taşımadığını ispat ederek karinenin aksinin ispat edilebileceğine dair bkz. Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 4; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98.

⁴⁷⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 13; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 8; Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 108; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 385; Tandoğan, **C.1/I** s. 133.

⁴⁷¹ Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.190, N. 11; Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 13; Bär, **a.g.e.**, s. 61-62; Tandoğan, **C.1/I** s. 133; karşı. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 66; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 108.

Sezonluk mallarda, tarafların kararlaştırdığı vadenin kesin vade niteliğinde olmadığı, nitekim “sezon başında” satılanın teslim edilmesinin yeterli olacağı (ticari teamüllere uygun olacağı) bazı yazarlarca kabul edilmektedir, Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7. Aksi yönde Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 9; (Alman hukuku bakımından) Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 17. Bu konuda ayrıca bkz. dn. 132.

⁴⁷² Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 18; Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 13; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 618. Kesin vadenin kararlaştırılmış olması ticari örf ve adetlerle uyumuyorsa, karinenin uygulanmayacağına dair bkz. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 18.

⁴⁷³ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 14; benzer yönde Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 618. Yazara göre, olayların olağan akışına göre kesin vadenin, taraflardan birinin veya ikisinin de tacir olmadığı ticari satışların niteliğini yansıtmamaktadır. Bu sebeple tereddüt hâlinde kesin vadenin kararlaştırılmadığı kanısına varılmalıdır. Ancak, bu durumda maddenin uygulama alanı esas olarak tacirler arası satışlara indirgenmektedir, Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 8.

sonraki davranışları da sözleşmenin yorumunda dikkate alınabileceğinden, alıcının satıcının temerrüde düşmesinden sonraki davranışları da bu noktada önem arz edebilecektir⁴⁷⁴.

Kesin vade karinesinin çürütülmesi hâlinde, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanacaktır⁴⁷⁵. Çünkü kesin vade karinesinin çürütülmesi aynı zamanda TBK m. 212’de yer alan gecikme üzerine alıcının aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesi talep ettiğinin kabul edilmesine ilişkin düzenlemenin de tarafların iradesine uygun olmadığını göstermektedir. Bu sebeple, TBK m. 212 uygulanmayacak ve belirli vadeli sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler devreye girecektir. Öyleyse alıcının TBK m. 125’teki seçimlik haklarını kullanabilmesi için kural olarak satıcıya ek süre vermesi gerekecektir⁴⁷⁶. Bu noktada özetlemek gerekir ki aşağıda incelenecek olan alıcının aynen ifa yerine olumlu zararın tazminin talep edildiğine ilişkin ‘karine’ aslında tarafların kesin vade kararlaştırdıkları veya kesin vade kararlaştırmadıklarının ispat edilmediği durumlarda uygulanacaktır.

3. Genel Hükümlere Göre Kesin Vadeli İşlemlerin Sonuçları ve Özel Düzenleme İle Karşılaştırma

a. Genel Hükümlere Göre Kesin Vadeli İşlemlerde Temerrüdün Sonuçları

Alacaklının ek seçimlik haklarına başvurabilmesi için TBK m. 124/b.3 doğrultusunda kesin vadeli işlemlerde borçluya ek süre vermesine gerek yoktur. Öğretide bazı yazarlar alacaklıyı ek süre verme gerekliliğinden kurtarmasının dışında kesin vadeli işlemlerin başkaca sonuçları olabileceğini tespit etmektedirler. Bu bölümde borçlu

⁴⁷⁴ Bär, **a.g.e.**, s. 61; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 65.

⁴⁷⁵ Bär, **a.g.e.**, s. 61; von Büren, **OR BT**, s. 9; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 250; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 4; Seliçi, **a.g.m.**, s. 104.

⁴⁷⁶ von Büren, **OR BT**, s. 9, dn. 21.

temerrüdüne ilişkin genel hükümler doğrultusunda kesin vadeli işlemlere başka sonuçlar bağlanıp bağlanamayacağı meselesi – belirli vadeli ticari satışlara ilişkin rejimle karşılaştırma yapabilmek amacıyla – incelenmektedir.

(1) Borçluya Mehil Verme Gerekliliğinin Ortadan Kalkması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kesin vadeli işlemlerde, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının temerrüt ihtarında bulunmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁷⁷. Kesin vade niteliği gereği zaten aynı zamanda bir belirli vadeyi içermektedir⁴⁷⁸. Böylece, kesin vadeli işlemlerde, borçlu borcunu ifa zamanında yerine getirmezse, alacaklının temerrüt ihtarına gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşecektir⁴⁷⁹.

Karşılıklı borç doğuran sözleşmeler bakımından kesin vadeli işlemlerde alacaklı, borçluya ek süre tayin etmesine gerek kalmaksızın ek seçimlik haklarını kullanabilecektir⁴⁸⁰. Ancak, alacaklı yine de kesin vadeli işlemlerde de borçluya TBK m. 125 II doğrultusunda ek süre tanıyabilir⁴⁸¹. Bu durumda, alacaklı ancak borçluya tanıdığı

⁴⁷⁷ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 7; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 40; Bär, **a.g.e.**, s. 13.

⁴⁷⁸ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 7; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 40; Bär, **a.g.e.**, s. 13; Schenker, **a.g.e.**, N. 518; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 9. Bu konuda ayrıca bkz. Birinci Bölüm: I.B.3(1).

⁴⁷⁹ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 9; Bär, **a.g.e.**, s. 13; Seliçi, **a.g.m.**, s. 104; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1137-1138; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 806; Serozan, **İfa**, § 5, N. 9; Keskin, **a.g.m.**, s. 211, 215, 219. Alman hukuku bakımından bkz. Canaris, **Schuldrechtsmodernisierung**, s. 47.

⁴⁸⁰ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N.7, 8; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 40, 47; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 9; Schwenger, **OR AT**, N. 7.18; 66.18; Bucher, **OR AT**, s. 371; Schenker, **a.g.e.**, N. 527; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 806; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1137-1138; Serozan, **İfa**, § 5, N. 9; Seliçi, **a.g.m.**, s. 104; Keskin, **a.g.m.**, s. 211, 215, 219.

⁴⁸¹ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N.1; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 55, 59, Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 2; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 960; BGE 103 II 106; BGE 76 II 303. TBK m. 124/b.1 ve TBK m. 124/b.2 düzenlemeleri bakımından ayrıca bkz. Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 57-58. TBK m. 124/b.2 bakımından ifanın baştan yararsız olmayıp verilen ek süre içerisinde yararsız hâle gelmesi durumunda, alacaklıdan süre sonuna kadar ifayı kabul etmesinin beklenmeyeceğine dair bkz. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 10.

ek süre içerisinde borçlu borcunu ifa etmezse seçimlik haklarına başvurabilecek, bu sebeple alacaklının tanıdığı bu sürenin sona ermesini beklemesi gerekecektir⁴⁸².

(2) Hemen Bildirimin Gerekliliğine İlişkin Görüşler

Yukarıda da açıklandığı üzere⁴⁸³ TBK m. 125 II'ye göre, borçluya ek süre tanıyan alacaklı, bu süre içerisinde borçlu borcunu ifa etmemişse, aynen ifadan vazgeçtiğini sürenin sonunda hemen borçluya bildirmelidir. Ancak, kesin vadeli işlemlerde⁴⁸⁴ alacaklının, aynen ifa talebinden vazgeçip diğer seçimlik haklarına başvurabilmesi için, kesin vadenin geçmesiyle birlikte, TBK m. 125 II doğrultusunda borçluya hemen bildirimde bulunmasının aranıp aranmayacağı öğretide tartışmalıdır⁴⁸⁵.

⁴⁸² Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 2; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 960.

⁴⁸³ Birinci Bölüm: I.B.2.

⁴⁸⁴ TBK m. 124/b.1 ve TBK m. 124/b.2'nin uygulandığı durumlarda hemen bildirim şartının aranıp aranmayacağına ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 566 vd.; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 52-53; Keppler, **a.g.e.**, s. 34 vd. Borçlunun davranışları sebebiyle süre vermenin gereksiz olduğu durumlarda (İBK m. 108/b.1 – TBK m. 124/b.1 aynen ifadan vazgeçmek için hemen bildirimde bulunulması gerektiği yönünde bkz. BGer, 23.06.2004, 4C.58/2004, aksi yönde BGE 76 II 304-305.

⁴⁸⁵ Esasen İBK m. 107 II (ve İBK m. 108'de) ve eBK m. 106 II'de mehil verilmesine gerek olmayan durumlarda hemen bildirimle ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır: Schenker, **a.g.e.**, N. 565; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 49; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 960. Şöyle ki madde metninde mehil sonunda hemen bildirim şartından söz edilmiştir. Bu sebeple, esasen mehil verilmesi gereken durumlar dikkâte alarak 'hemen bildirim gerekliliğinin' kaleme alınmış olduğu savunulmaktaydı, bu yönde bkz. Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 960.

Ancak 6098 s. Türk Borçlar Kanunu ile m. 125 metninde bazı değişiklikler yapılmıştır. 818 s. BK m. 106'dan farklı olarak maddenin aynen ifa talebine ilişkin birinci fıkrasında hem mehil verilmesi gereken durumlara hem de mehil verilmesine gerek olmayan durumlara göndermede bulunulmuştur. Hemen bildirim arayan ilave seçimlik haklara ilişkin ikinci fıkrada ise iki duruma da atıfta bulunulmamıştır. Bu sebeple kanun koyucunun bilinçli bir tercih yaparak seçimlik haklar konusunda mehil verilmesine gerek olan ve olmayan hâller arasında bir ayrım yapmak istemediği düşünülebilir. Ancak Adalet Komisyonu Raporunda maddede düzeltme/arılaştırma dışında bir değişiklik yapılmadığına dair açıklamalar ve kesin vadeli işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda söz konusu tartışmanın hâlâ önem arz ettiği söylenebilir.

Bir görüşe göre, kesin vadeli işlemlerde de alacaklının ek seçimlik haklarını kullanabilmesi için m. 125 II'ye uygun olarak borçluya hemen bildirimde bulunması gerekmektedir⁴⁸⁶. Ancak, hemen bildirimin ne zamana kadar yapılması gerektiği konusunda somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır⁴⁸⁷. Bu görüşteki bazı yazarlar tarafından, alacaklı hemen bildirimde bulunmazsa bu durumda, kesin vadenin “belirli vadeye dönüşeceği” kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Böylece, hemen bildirimde bulunmayan alacaklının aynen ifa talebinden vazgeçip olumlu zararını talep edebilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi için yeniden süre vermesi gerekecektir⁴⁸⁹. Başka bir deyişle, bu görüşe göre, borçlu kesin vadeye uygun olarak borcunu ifa etmediği zaman,– hemen bildirimde bulunmazsa – alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği kabul edilmeyecektir⁴⁹⁰. Aksine hemen bildirimde bulunmayan alacaklının aynen ifayı talep ettiği kabul edilecektir⁴⁹¹. Alacaklı, kesin vadenin kaçırılmasına rağmen, borçluya borcunu ifa etmesi için ek süre tanıdıysa, yine kesin vadenin adi belirli vadeye dönüşeceği kabul

⁴⁸⁶ Oser, Schöenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 2, 12; Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 1; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Koller, **OR BT**, § 4, N. 21; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2748, 2761; Engel, **Traité des obligations**, s. 732; Bär, **a.g.e.**, s. 13; Voser, **a.g.e.**, s. 89; BGE 96 II 46-47; BGE 54 II 31 vd.

Yine de taraflar, kesin vadenin geçmesiyle birlikte alacaklının aynen ifadan vazgeçmiş sayılacağını kararlaştırabilirler, Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2748.

⁴⁸⁷ BGE 54 II 34. TBK m. 124/b.1'in uygulandığı durumlarda “hemen”in sıkı bir şekilde değerlendirilmemesi gerektiğine dair bkz. BGE 54 II 34.

⁴⁸⁸ Oser, Schöenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N.12; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Bär, **a.g.e.**, s. 14; Önen, **Borçlu Temerrüdü**, s. 66-67; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 426.

⁴⁸⁹ Önen, **Borçlu Temerrüdü**, s. 67; karşı. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 426.

⁴⁹⁰ Oser, Schöenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 12; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 4.

⁴⁹¹ Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 97. Ancak, yazara göre bazı durumlarda “ifa zamanının objektivitesi” bulunuyorsa, alacaklı seçimlik haklarına ilişkin hemen borçluya bildirimde bulunmadan bu haklarından birinden “fiilî olarak” yararlanabilecektir: bkz. Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 101-102.

edilmektedir⁴⁹². Ayrıca alacaklı ifayı talep ettiğini borçluya bildirmişse bu durumda da kesin vadenin adi belirli vadeye dönüşeceği kabul edilmektedir⁴⁹³.

Öğretideki diğer bir görüşe göre, kesin vadenin niteliği göz önüne alındığında, borçlunun kesin vadeye uygun olarak edimini yerine getirmemesi durumunda, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğine dair hemen bildirimde bulunması aranmamalıdır⁴⁹⁴. Ancak hemen bildirim şartını aramayan bu görüş içerisinde yazarlar farklı sonuçlara varmaktadır.

Bu görüşteki bazı yazarlara göre, bildirim gerekmele birlikte bildirimin hemen yapılmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁹⁵. Bu görüşe göre, seçimlik hakların yenilik doğuran hak niteliğinde olması sebebiyle ancak karşı tarafa varması gereken irade beyanlarıyla kullanılabileceğinden, alacaklının kesin vadeli işlemlerde de bu ilkenin ışığında borçluya (ek seçimlik haklarından birine başvurduğuna ilişkin) bildirimde bulunması gerekmektedir. Fakat, kesin vadeli işlemlerde borçlunun hemen bildirimde olan menfaatini korumaya ihtiyaç olmadığını, bu sebeple bildirimin hemen yapılmasının aranmayacağını

⁴⁹² Oser, Schönerberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 14; Arslanlı, **a.g.e.**, s.426; Önen, **Borçlu Temerrüdü**, s. 66-67; karşı. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 15.

Alıcının satıcıya ek süre verdiği durumlarda satış sözleşmesinin kesin vadeli işlem niteliğinin ortadan kalkıp kalkmadığının somut olayda yorumlanması gerektiğine ve bunun başlangıçta kesin vadeli işlem olarak kararlaştırılan sözleşmenin değiştirilmesi anlamına geleceğinden borçlunun da bunu kabul etmesi gerektiğine dair bkz. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 16. Fakat yazara göre, alıcının HGB § 376 I doğrultusunda, (belirli bir süre tayin etmeden) aynen ifayı talep etmesi durumunda, satıcının borcunun kesin vadeli olma niteliği, borçlunun rızası aranmaksızın, ortadan kalkacaktır, Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 30.

⁴⁹³ Önen, **Borçlu Temerrüdü**, s. 66-67; karşı. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 15. Bär'e göre alacaklının aynen ifa talebinde bulunmuş olması kendiliğinden kesin vadenin, belirli vadeye dönüştüğü anlamına gelmemektedir, Bär, **a.g.e.**, s. 13-14.

⁴⁹⁴ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 54; Schenker, **a.g.e.**, N. 572; Bucher, **OR AT**, s. 375; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 960; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1733; Keskin, **a.g.m.**, s. 219-220; Leyla Müjde Kurt, **(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 251; benzer yönde Comment, **a.g.e.**, s. 84.

⁴⁹⁵ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 20, Art. 108, N. 13; Kurt, **a.g.e.**, s. 252.

kabul etmektedirler⁴⁹⁶. Ancak (aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine olumlu zararın tazminine veya sözleşmeden dönmeye ilişkin) bildirim yapılmamışsa borçlu borcunu hâlâ ifa edebilecektir⁴⁹⁷.

Hemen bildirim şartını aramayan bazı yazarlar ise tarafların sonraki ifayı bertaraf etmek amacıyla kesin vade kararlaştırdığından yola çıkmaktadırlar. Bu yazarlara göre, kesin vadeli işlemlerde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklının hemen bildirimde bulunmasına gerek olmaksızın ifadan vazgeçtiği kabul edilmelidir⁴⁹⁸. Ancak, alacaklı aynen ifa yerine olumlu zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek uğradığı zararın giderilmesini talep etmelidir⁴⁹⁹. Aslında bu görüşteki yazarlar TBK m. 212 II'de ticari satışlar için getirilen düzenlemenin genel olarak kesin vadeli sözleşmeler bakımından kıyasen uygulanması sonucuna varmaktadırlar⁵⁰⁰. Bu yazarlara göre kesin vadeli işlemlerde borçlunun temerrüdü üzerine eğer alacaklı aynen ifayı istediğine ilişkin hemen bildirimde bulunmamışsa TBK m. 212 II'de öngörüldüğü gibi aynen ifadan vazgeçmiş kabul edilmelidir⁵⁰¹. Ancak, ikinci veya üçüncü seçimlik hakkını kullanması için alacaklının bir bildirimde bulunması gerekecektir. Bu noktada, aynen ifadan

⁴⁹⁶ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 20, Art. 108, N. 13.

⁴⁹⁷ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 13.

⁴⁹⁸ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 54; Schenker, **a.g.e.**, N. 572; Antalya, **a.g.e.**, s. 493 (ancak karş. s.480); Seliçi, **a.g.m.**, s. 106-107; Keskin, **a.g.m.**, s. 219-220. İki taraflı kesin vadeli işlemler (vadenin kaçırılmasıyla borçlunun borcunu yerine getirmeyeceği ve alacaklının ifayı talep etmeyeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmeler) bakımından, zaten taraflar sözleşme kurulması sırasında, ifa zamanından sonra alacaklının ifayı talep edemeyeceği düzenlemiş oldukları için bu durumda zaten alacaklının ifadan vazgeçtiğini bildirmesine gerek olmayacaktır: Schenker, **a.g.e.**, N. 571; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 54.

⁴⁹⁹ Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 54; Schenker, **a.g.e.**, N. 572; Keskin, **a.g.m.**, s. 220; Seliçi, **a.g.m.**, s. 106-107.

⁵⁰⁰ Schenker, **a.g.e.**, N. 572.

⁵⁰¹ Schenker, **a.g.e.**, N. 572.

vazgeçmeye ilişkin bildirimden farklı olarak ikinci veya üçüncü seçimlik hakkın ne zaman kullanılması gerektiğine dair sorun yeniden ortaya çıkmaktadır⁵⁰².

Hemen bildirim şartını aramayan diğer bazı yazarlara göre ise, kesin vadeli işlemlerde, borçlu temerrüde düşmüşse alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı kabul edilmelidir⁵⁰³. Bu yazarlara göre, eğer alacaklı aynen ifa talebi yerine olumlu zararının giderilmesini talep edecekse, borçlu temerrüde düşmesinden sonra hemen bu durumu borçluya bildirmelidir⁵⁰⁴.

Özetle, öğretide bazı yazarlar kesin vadeli işlemlerde de alacaklının aynen ifadan vazgeçip ikinci ve üçüncü seçimlik haklarını kullanabilmesi için hemen bildirim şartını ararken bazı yazarlar yenilik doğuran hakkın kullanılması için karşı tarafa varması gereken irade beyanına ihtiyaç bulunduğundan yola çıkarak bildirimi ararken bu bildirimin hemen yapılmasını aramamaktadırlar. Öğretideki bir diğer görüş ise alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğine dair bir bildirim yapmasına gerek olmadığını kabul etmektedirler. Bu görüşteki bazı yazarlar bir adım daha atarak alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullandığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

(3) Kesin Vadenin Kaçırılmasının Borcun ‘İfa Edilebilirliğine’ Etkisi

İfa zamanının bir görünümü olan muacceliyet, edimin yerine getirilmesinin borçludan istenebilir olmasını ifade eder⁵⁰⁵. Böylece, alacak hakkı, borcun muaccel olduğu tarihten itibaren talep edilebilir hâle gelir⁵⁰⁶. İfa zamanının bir diğer görünümü ise,

⁵⁰² Bu tartışmaya ilişkin bkz. dn. 52.

⁵⁰³ Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1733.

⁵⁰⁴ **A.e.**

⁵⁰⁵ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2154, 2156 vd.; Weber, **BK OR**, Art. 75, N. 40; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 32, N. 3; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 547; Keller, Schöbi, **I**, s. 214; Serozan, **İfa**, § 5, N. 1; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 4, N. 8.

⁵⁰⁶ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 45, 46 vd.; Weber, **BK OR**, Art. 75, N. 41; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 804; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 994; Eren, **Borçlar Genel**, s. 969; Serozan, **İfa**, § 5, N. 1. Muaccel olmayan

borçlunun borcunu ifa etme (edimi yerine getirme) yetkisine, başka bir deyişle borcun ifa edilebilirliğine ilişkindir⁵⁰⁷. Borç ifa edilebilir olduğu zaman, alacaklı, kural olarak, ifa teklifini kabul etmelidir⁵⁰⁸.

Öğretide bazı yazarlar, kesin vadenin geçmesiyle birlikte borçlunun (alacaklının iradesi hilafına) borcunu ifa edemeyeceği bir durumun söz konusu olacağını belirtmektedirler⁵⁰⁹. Başka bir deyişle, kesin vadenin kararlaştırılması hâlinde söz konusu vadenin geçmesinden sonra alacaklının artık ifayı kabul etmeye zorlanamayacağını kabul

alacak hakkı ile talep hakkının karşılaştırılmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 4, N. 8.

⁵⁰⁷ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 45, 51 vd.; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2155, 2165; Weber, **BK OR**, Art. 75, N. 40; Keller, Schöbi, **I**, s. 218; Max Keller, Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht: Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung** (Anıls: Keller, Schöbi, IV), s. 106; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 800; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 999; Eren, **Borçlar Genel**, s. 967; Antalya, **a.g.e.**, s. 412; Keskin, **a.g.m.**, s. 210.

⁵⁰⁸ Keller, Schöbi, **IV**, s. 106. Alacaklının, ifayı kabul etmesinin hukuki ödev niteliğinde olduğuna dair bkz. Serozan, **İfa**, § 5, N. 13; ayrıca bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N 2165.

⁵⁰⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Koller, **OR BT**, § 4, N. 21; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2517; Schenker, **a.g.e.**, N. 521, 524; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 197.12. Bu yönde: “(...) *soit un contrat qui, selon la volonté exprimée par les contractants, ne pouvait être exécuté que dans un délai déterminé*”, BGE 110 II 144.

Yazarlara göre, ifa zamanına taraflar o kadar esaslı bir önem atfetmişlerdir ki, ifa zamanında işlem ya kalacak ya da düşecektir (*das Geschäft mit der Erfüllungszeit stehen oder fallen*), Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 12; Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 30; Giger, **BK OR**, Art. 190, N 12.; Engel, **Traité des obligations**, s. 730. Bu yönde BGE 49 II 227-228.

Öğretide, bazı yazarlar ise, kesin vadeli işlemlerde, borçlunun borcunu ifa edebileceği tek zaman diliminin tarafların iradesinden anlaşılabileceğini belirtmektedirler, Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 7; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98; Eren, **Borçlar Özel**, s. 70; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 16. Benzer yönde “*Ein solches liegt dann vor, wenn hinsichtlich einer vertraglichen Leistung die Zeit zu einem wesentlichen Vertragsbestandteil erhoben wird, wenn also der Vertrag nur durch die Vornahme der Leistung zur bedungenen Zeit wirklich erfüllt werden kann*” BGE 41 II 677; “(...) *Soit un contrat qui, selon la volonté exprimée par les contractants, ne pouvait être exécuté que dans un délai déterminé*”, BGE 110 II 144.

etmektedirler⁵¹⁰. Böylece, bu yazarlara göre borçlunun kesin vadeye uygun bir şekilde borcunu ifa etmemesi durumunda alacağın talep edilebilirliği varlığını sürdürecektir⁵¹¹. Ancak, borcun ifa edilebilirliği ortadan kalkmış olacaktır⁵¹².

Kesin vadenin kaçırılmasıyla borcun ifa edilebilirliğinin ortadan kalktığını kabul edebilmemiz için, borçlunun zamanında ifa etmemesi üzerine artık alıcının herhangi bir bildirimde bulunmaksızın aynen ifa talebinden vazgeçtiğini öncelikle kabul etmemiz gerekir. TBK m. 125 II doğrultusunda kesin vadeli işlemlerde de alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğine dair bildirimini hemen yapmasını arayacaksak, bu durumda alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini hemen bildirmemişse yukarıda da açıklandığı üzere aynen ifada ısrar ettiği kabul edilecektir. Bu sebeple, esasen borcun ifa edilebilirliği de ortadan kalkmamış olacaktır⁵¹³. Öyleyse, kesin vadeli işlemlerde borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi durumunda borcun ifa edilebilirliğinin ortadan kalktığı sonucuna varılıp varılamayacağı yine kesin vadeli işlemlerde aynen ifadan vazgeçilmesine ilişkin (hemen) bildirim şartının aranıp aranmamasına bağlı olacaktır⁵¹⁴.

Bu noktada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabul edilmesiyle birlikte kesin vadeli işlemlere ilişkin eBK m. 107/b.3'te yapılan değişiklik ayrıca değerlendirilebilir.

⁵¹⁰ Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 6; Weber, **BK OR**, Art. 75, N. 48; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 5; Keller, Schöbi, **I**, s. 273; Bucher, **OR AT**, s. 370; Keppler, **a.g.e.**, s. 2; karşı. Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2.

Borçlunun ifa zamanını kaçırmaması hâlinde, alacaklının ifayı kabul etmeyeceğinin kararlaştırılmış olması durumunda kesin vadeli işlemin söz konusu olacağına dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 108, N. 30; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 952-953; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1728; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1137; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 197.12; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 98; Seliçi, **a.g.m.**, s. 98; Keskin, **a.g.m.**, s. 213.

⁵¹¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 28, 31, 32; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1138.

⁵¹² Wiegand, **BSK OR**, Art. 108, N. 6; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 28, 31, 32; Schenker, **a.g.e.**, N. 521; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1138; karşı. Koller, **OR BT**, § 4, N. 21.

⁵¹³ Benzer değerlendirmeler için bkz. Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 108, N. 13.

⁵¹⁴ Benzer değerlendirmeler için bkz. Bucher, **OR AT**, s. 375; Yıldız, **a.g.e.**, s. 181.

Yukarıda da bahsedildiği üzere kesin vadeli işlemlere ilişkin TBK m. 124/b.3'te "Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa" ifadesi yer almaktadır. 818 s. eBK m. 107/b.3'te ise "akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa" borçluya ek süre verilmesine gerek olmadığı düzenlenmişti. eBK m. 107/b.3'te yalnızca "tayin ve tesbit edilen zaman" ve "muayyen mehil" ifadesine yer verilmişti, ancak mehzaz hükümden farklı olarak mutlaka (*genau – exactement*) ifadesi yer almamaktaydı⁵¹⁵. Yine de söz konusu hükmün (belirli vadeli işlemleri değil) kesin vadeli işlemleri kastettiği kabul edilmekteydi⁵¹⁶. Ancak TBK m. 124/b.3'te yapılan değişiklik ile "ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa" ifadesine yer verilmiştir.

Söz konusu maddede yapılan değişiklik bakımından Adalet Komisyon Raporu'nda "(...) *Tasarıda kullanılan "...ifanın artık kabul edilmeyeceği" şeklindeki ibare, 818 sayılı Borçlar Kanununun 107 nci maddesinin (3) numaralı bendinde bulunmamakla birlikte, bu durumda kesin vadeli sözleşme söz konusu olduğu için, borçlunun ifa imkânsızlığıyla karşı karşıya kalacağı göz önünde tutulursa, alacaklının ifayı kabul etmesinden de söz edilemez. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur*" açıklaması yer almaktadır.

Adalet Komisyonu Raporunda, maddede esasa ilişkin bir değişiklik yapılmadığı belirtilmiştir. Diğer bir yandan ise madde metninde sadeleştirme yapılırken TBK m. 124'te kesin vadeli işlemlerde ifa imkânsızlığının göz önünde bulundurulduğu açıklaması yapılmıştır. Ancak, Adalet Komisyonu Raporunda da belirtildiği üzere söz konusu maddede esasa ilişkin bir değişiklik yapılmadığı ve bu doğrultuda borçlu temerrüdüne

⁵¹⁵ Bilge, **a.g.e.**, s. 50-51.

⁵¹⁶ **A.e.**, s. 51.

ilişkin genel hükümler arasında yer alan TBK m. 124'e ifa imkânsızlığına bir uygulama alanı tanımak gibi bir değişikliğin amaçlanmadığı kabul edilmelidir.

Kesin vadeli işlemlerde hemen bildirimin gerekliliğine ve borcun ifa edilebilirliğine ilişkin son olarak belirtilmelidir ki kesin vadeli işlemler birçok farklı şekilde düzenlenebilirler⁵¹⁷. Bu sebeple tarafların kesin vade kararlaştırmış olmaları durumunda taraflar aynı zamanda alacaklının seçimlik haklarını nasıl kullanacağını ve borçlunun borcunun akıbetinin ne olacağını kararlaştırmış olabilir⁵¹⁸. Örneğin, vadenin kaçırılması ile birlikte artık borçlunun edimini yerine getirmeyeceği ve alacaklının da bunun yerine getirilmesini istemeyeceği kararlaştırılmış olabilir⁵¹⁹. Bu durumda, zaten taraflar arasındaki sözleşmede borçlunun vadeyi kaçırması üzerine alacaklının aynen ifadan vazgeçeceği ve artık borcun ifa edilebilirliğinin ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Öyleyse, tüm kesin vadeli işlemler bakımından genel bir kabul ortaya koymak yerine sözleşmenin yorumundan tarafların iradesi tespit edilmeye çalışılması makul olabilir. Nitekim, ifa zamanına verilen esaslı önem her zaman tek başına alacaklının aynen ifa talebinin bertaraf edildiği anlamına da gelmeyebilir. Örneğin taraflar yalnızca alıcının seçimlik haklarına ek süre vermeden başvurabilmesi için de kesin vade kararlaştırmış olabilirler. Bu noktada öncelikle sözleşmenin yorumuna ilişkin ilkelerden de

⁵¹⁷ Bucher, **OR AT**, s. 375.

⁵¹⁸ Bu minvalde öğretide kesin vadeli işlemler de tek taraflı kesin vadeli işlem (*einseitiges Fixgeschäft*) ve iki taraflı kesin vadeli işlemler (*beidseitiges Fixgeschäft*) olarak ikiye ayrılmaktadır. İki taraflı kesin vadeli işlemler, tarafların vadenin kaçırılmasıyla birlikte borçlunun borcunu ifa edemeyeceği, alacaklının da edimin yerine getirilmesini talep edemeyeceğini kararlaştırmış olmaları durumunda söz konusu olmaktadır, Schenker, **a.g.e.**, N. 522 vd.; Furrer, Wey, **CHK**, OR Art. 108, N. 21. Bu sebeple, önceden alacaklının geç ifayı kabul etmeyeceğinin yorum yoluyla anlaşılması (örneğin taraflar ifa zamanının geçmesiyle işlemin ya devam edeceği ya da düşeceği noktasında anlaşmışlarsa) durumunda iki taraflı kesin vadeli işlemlerin söz konusu olduğu ifade edilmektedir., Schenker, **a.g.e.**, N. 526.

⁵¹⁹ Taraflar sözleşme serbestisi sonucu bu şekilde bir düzenleme yapabileceklerdir: Schenker, **a.g.e.**, N. 526.

yararlanılarak tarafların bu konudaki anlaşmasını tespit etmeye çalışmanın yerinde olacağı söylenebilir.

b. Belirli Vadeli Ticari Satışa İlişkin Özel Düzenleme ile Karşılaştırma

Kesin vadeli işlemlerde genel hükümler bakımından kesin vadenin niteliği göz önünde bulundurularak alacaklının aynen ifadan vazgeçerek ilave seçimlik haklarına daha kolay bir şekilde ulaşabilmesi için öğretide - ek seçimlik hakları kullanabilmek için gereken – hemen bildirim şartına ilişkin eleştiriler yapılmaktadır. Bu eleştiriye bağlı olarak (ancak çoğu zaman bundan bağımsız bir şekilde ele alındığı üzere) kesin vadenin kaçırılması ile birlikte borcun ‘ifa edilebilirliğinin’ ortadan kalkacağına dair öğretide açıklamalar yapılmaktadır. Böylece, kesin vadeli işlemlerde borçlunun vadeyi kaçırmayı üzerine alacaklı hâlâ aynen ifayı istediğini bildirmemişse kural olarak borçlunun borcunu ifa edemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği öğretide bazı yazarlarca belirtilmektedir⁵²⁰. Buna karşılık bu görüş kabul edilmezse aksi durumda, (yani alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin hemen borçluya bir bildirimde bulunmazsa), alacaklının ilave seçimlik haklarına başvurabilmesi için – kesin vadenin kararlaştırılmış olmasına rağmen – borçluya ek süre vermesi gerekecektir.

Esasen kesin vadeli işlemlere ilişkin bu eleştirel bakış, sonucu itibariyle kanun koyucunun ‘belirli vadeli’ ticari satışlar için öngördüğü rejime yaklaşmaktadır. Hatta kimi yazarlar tarafından belirli vadeli ticari satışa ilişkin bu düzenlemenin kıyasen kesin vadeli (adi) işlemler bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁵²¹. Borçlu temerrüdü sonucu alacaklının seçimlik haklarının tarihi gelişiminde rol oynayan ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin bu hükme, bu seferde kesin vadeli (adi) işlemlerde alacaklının aynen ifa talebinden daha kolay bir şekilde vazgeçilebilmesi için bir kez daha

⁵²⁰ Bkz. dn. 510’deki yazarlar.

⁵²¹ Bkz. dn. 500’deki yazarlar.

başvurulduğu gözlemlenmektedir. Ancak hükmün kıyasen uygulanması düşünülürken (alıcının aynen ifa talebinin düşmesine ilişkin) hükme yöneltilebilecek eleştiriler de göz önünde bulundurulmalıdır⁵²².

B. Satıcının Temerrüdü Üzerine İfadan Vazgeçilip Olumlu Zararın Tazminin Talep Edildiğine İlişkin Kural

TBK m. 212 II hükmüne göre belirli vadeli ticari satışta satıcının temerrüde düşmesi üzerine alıcının aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine uğradığı olumlu zararın giderilmesini talep ettiği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda kural olarak aynen ifa yerine olumlu zararın tazminini talep edilebilmesi için genel hükümlerde olduğu gibi burada alıcının hemen bildirimde bulunması aranmamıştır. Aksine alıcı eğer aynen ifada direnecekse buna ilişkin olarak satıcıya hemen bir bildirimde bulunmalıdır.

Genel hükümlerden ayrılan bu düzenlemede, alıcının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini talep ettiğine dair bir karineye yer verildiği öğretide genellikle kabul edilmektedir⁵²³. Bu kısımda söz konusu karine yaklaşımı⁵²⁴ ve bunun değerlendirmesine⁵²⁵ yer verilmiştir. Daha sonra hükme yöneltilecek eleştiriler ele alınmıştır⁵²⁶. Son olarak alıcının aynen ifa yerine olumlu zararının tazminini talep etmesine ilişkin seçimlik hakkına dair açıklamalara yer verilmiştir⁵²⁷.

⁵²² Bu konuda bkz. İkinci Bölüm: I.B.3 ve Birinci Bölüm: III.A.3.g.

⁵²³ Bkz. dn. 528'daki yazarlar.

⁵²⁴ Bkz. İkinci Bölüm: I.B.1.

⁵²⁵ Bkz. İkinci Bölüm: I.B.2.

⁵²⁶ Bkz. İkinci Bölüm: I.B.3.

⁵²⁷ Bkz. İkinci Bölüm: I.B.4.

1. Bu Kuralın Bir Karineye Yer Verdiğine Dair Öğretideki Genel Yaklaşım

TBK m. 212 II hükmüyle kanun koyucunun, satıcının temerrüde düşmesi hâlinde alıcının aynen ifadan vazgeçerek uğradığı olumlu zararın tazminini talep ettiğine dair bir karine düzenlediği öğretide neredeyse oybirliği ile kabul edilmektedir⁵²⁸.

Bu düzenlemenin, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden ayrılarak⁵²⁹ “alacaklının susması sonucuna aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının giderilmesini talep ettiğine ilişkin” bir karine bağladığı ifade edilmektedir⁵³⁰. Böylelikle genel hükümlerde, ek sürenin sonunda satıcıya hemen bildirimde bulunmayan alıcının aynen

⁵²⁸ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 1, 8; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 17, 153; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 4; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 3, 6 vd.; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 10, 36; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 27; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 1; Jolanta Kren Kostkiewicz, **Orell Füssli Kommentar - OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. Bası, Zürih, Orell Füssli Verlag AG, 2016 (Anılış: Kren Kostkiewicz, OFK), Art. 191, N. 2; Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 444; Guhl, **Rücktritt**, s.135-136; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2514, 2516, 2521; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 38; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 41, N. 136; Bucher, **OR BT**, s. 71; von Büren, **OR BT**, s. 9; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 238; Honsell, **OR BT**, s. 57; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 36; Tercier, **La partie spéciale**, N. 216; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 619; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 24; Schenker, **a.g.e.**, N. 419; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 5-6; Bär, **a.g.e.**, s. 52; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 955; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 510; Tandoğan, **C.I/1**, 134; Serozan, **İfa**, § 17, N. 21; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 597; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 249; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 108-109; Bilge, **a.g.e.**, s. 52; Eren, **Borçlar Özel**, s. 71; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 13; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 99; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 103; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 242; karşı. Koller, **OR BT**, § 4, N. 22, 30; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 115; Seliçi, **a.g.m.**, s. 103, 107; Bilgin Yüce, **İfa Zamanı**, s. 100-101; Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.190, N. 11. BGE 116 II 438; BGE 49 II 228; BGE 49 II 33, 34; BGE 43 II 172.

⁵²⁹ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 36; Cavin, **a.g.e.**, s. 47; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 250; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 242.

⁵³⁰ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 36; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 99; Eren, **Borçlar Özel**, s. 71; Şenyüz, **a.g.e.**, s. 291; Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 109-110.

ifayı talep ettiği kabul edilirken⁵³¹, belirli vadenin kararlaştırıldığı ticari satışlarda bunun tersi bir karine kabul edilmiştir⁵³². Burada aslında alıcının aynen ifa yerine olumlu zararının tazminini talep edebilmesi için irade beyanında bulunması aranmamış; tersine alıcının aynen ifada ısrar edebilmesi için irade beyanında bulunması aranmıştır⁵³³.

Kanun koyucunun bir karineye yer verdiğini kabul eden yazarlar, bu karinenin aksini ispat etmenin mümkün olduğu kabul etmektedirler⁵³⁴. Alıcının aynen ifa talebinden vazgeçip olumlu zararının giderilmesini istediği yönündeki karinenin aksinin ispat edilebilmesi için alıcının, belirlenen sürenin bitiminde aynen ifayı talep ettiğini hemen satıcıya bildirmesi gerektiğini belirtmektedirler⁵³⁵. Buna karşılık TBK m. 212 III'e göre alıcı eğer hemen bildirimde bulunmazsa alıcının aynen ifa talebinin kalkacağı⁵³⁶ ve artık

⁵³¹ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 35; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 28; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 510; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1139; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 242; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 114-115; benzer yönde Oser, Schönerberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 2; Bär, **a.g.e.**, s. 63; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 250. Bu kuralın eleştirisi için bkz. Guhl, **Rücktritt**, s. 142; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 955.

⁵³² Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 36; Guhl, **Rücktritt**, s. 142; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 510; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 242; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 115; Oser, Schönerberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 2; benzer yönde Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 28; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 250; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1730; Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.190, N. 12. Alıcı, yine satıcıya ek süre tanıyabilir, Giger, **BK OR**, Art. 190, N 10; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 28.

⁵³³ von Büren, **OR BT**, s. 9-10; karşı. Çernis, **a.g.m.**, s. 117.

⁵³⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 5, 8; Giger, **BK OR**, Art. 190, N 39; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 27; Schenker, **a.g.e.**, N. 419; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.36; Bilge, **a.g.e.**, s. 52; Eren, **Borçlar Özel**, s. 71, karşı. Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7. Berki'ye göre, eBK m. 187 I'de "cevaz vardır" ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle hâkim, somut olayda alıcının aynen ifa yerine uğradığı zararın giderilmesini talep ettiğinin kabul edilebilir olup olmadığını takdir edebilecektir, Berki, **a.g.e.**, s. 12.

⁵³⁵ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 8, 44; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 39; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 153; Schenker, **a.g.e.**, N. 419; Eren, **Borçlar Özel**, s. 71; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 103. Sözleşmeden dönmeye ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. İkinci Bölüm: III.B.2.

⁵³⁶ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 7; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15, 16; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 9; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2522; Keller, Siehr,

karinenin aksinin ispat edilemeyeceği kabul edilmektedir⁵³⁷. Başka deyişle, ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmininin istendiğine ilişkin karinenin kesin, aksi ispat edilemez hâle geldiği kabul edilmektedir⁵³⁸. Böylece, aynı zamanda TBK m. 232’de düzenlenen alıcının da satılanı devralma külfetinin (bazı yazarlara göre borcunun⁵³⁹) ortadan kalkacağı ifade edilmektedir⁵⁴⁰.

Ancak daha sonra tarafların satılanın teslimi hususunda anlaşması durumunda aynen ifa talebinin yeniden gündeme geleceği belirtilmektedir⁵⁴¹. Ayrıca, alıcı hemen aynen ifa talebinde bulunmasa dahi, satıcının sonraki ifa talebini kabul edebilir⁵⁴², böylece bu yazarlar tarafların sonraki davranışlarından yola çıkarak söz konusu karinenin “tarafların iradesine uygun olmadığı” sonucuna varmaktadır⁵⁴³. Bu durumlarda karine uygulanmayacağından alıcının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını talep edebilmesi

Kaufrecht, s. 36-37; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 17; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46; karş. Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 47.

⁵³⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 9.

⁵³⁸ Paul Lemp, **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, Verlag von Stämpfli & Cie., 1939, s. 127; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 17.

⁵³⁹ Alıcının satılanı devralmasına ilişkin bir borcu mu yoksa bir külfeti mi bulunduğu öğretide tartışmalıdır. Tartışma için bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 168 vd.

⁵⁴⁰ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 9, 32.

⁵⁴¹ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 8; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 9; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 20; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 9; Cavin, **a.g.e.**, s. 48; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Tandoğan, **C.1/I** s. 134; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 17; karş. Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 103; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 40.

Belirli vadeli ticari satışta satıcının vadeyi kaçırmayı üzerine (alıcı aynen ifayı hemen istediğine dair bildirimde bulunmamasına rağmen) satıcının kısmi ifa teklifini alıcının kabul etmesi durumunda artık özel düzenlemenin uygulanmadığı bir karar için bkz. 11.HD, 01.11.1983, E.4595, K.4691 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4598-4600); bu karar için ayrıca bkz. dn. 544.

⁵⁴² Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 16; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 9; Cavin, **a.g.e.**, s. 48; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 21.

⁵⁴³ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 21. Satıcının ifa teklifini alıcının kabul etmesi durumunda, tarafların “aynen ifa talebi”nin yeniden tesis edilmesine dair örtülü olarak anlaşmış olacaklarına dair bkz. Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 16, 20.

için satıcıya TBK m. 123'e göre uygun bir süre vermesi gerekecektir⁵⁴⁴. Ayrıca, vadeden sonraki ifanın kabul edileceği ticari örf-adetlere göre söylenebiliyorsa, bu durumda da alıcının hemen bildirimde bulunmamasına rağmen aynen ifayı talep edebileceği belirtilmektedir⁵⁴⁵. Böylece, alıcı daha sonra sözleşmeden dönebilmesi veya aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep edebilmesi için ek süre tanınması ve sürenin sonunda hemen bildirimde bulunması gerekmektedir⁵⁴⁶.

Özetle, burada kanun koyucunun bir karineye yer verdiğini kabul eden yazarlara göre, bu 'karinenin aksinin ispat edilebilmesi için', alıcının hemen bildirimde bulunması gerekir. Eğer hemen bildirim yapmamışsa bu durumda sözleşmenin yorumundan (örneğin ticari teamüllerden yararlanılarak veya tarafların sonraki davranışlarından yararlanılarak) tarafların iradesinin bu hükmün uygulanmasını dışlamak yönünde olduğu ispat edilmelidir. Ayrıca şüphesiz bu hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflar ifa zamanından sonra da bu hükme rağmen satılanın teslimi konusunda anlaşabilirler. Eğer bu doğrultuda 'karinenin aksini' ispat edilirse, bu durumda ilave seçimlik haklarının kaderi genel hükümlere tabi olacaktır.

2. Karine Yaklaşımının Değerlendirilmesi

Belirli vadeli ticari satışta satıcının temerrüdüne ilişkin düzenleme (kesin vade karinesine ilişkin öğretideki yaklaşımda olduğu gibi) öğretide genel hükümler çerçevesinde açıklanmaktadır. Şöyle ki borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere göre olumlu zararının tazminini isteyen alacaklının hem aynen ifadan vazgeçtiğine hem de aynen ifa yerine olumlu zararının tazminini talep ettiğine ilişkin irade beyanında

⁵⁴⁴ Satıcının temerrüdü üzerine kısmi ifa teklifini alıcının kabul etmesi durumunda artık sözleşmenin 'belirsiz vadeli' sözleşme haline geleceğine dair bir karar için: 11.HD, 01.11.1983, E.4595, K.4691 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4598-4600). Kararın eleştirisi için bkz. Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 21.

⁵⁴⁵ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 104.

⁵⁴⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 13.

bulunması aranmaktadır⁵⁴⁷. Oysa, TBK m. 212 II doğrultusunda alacaklı aynen ifa yerine olumlu zararın giderilmesini istediğine dair bir irade beyanında bulunmamış olsa bile kanun koyucu alıcının aynen ifadan vazgeçtiğini ve ayrıca olumlu zararının giderilmesini talep ettiğini kabul etmiştir.

Öğretide, bu nedenlerle, TBK m. 212’de hem alıcının aynen ifadan vazgeçtiğine hem de aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep ettiğine dair karine getirildiği kabul edilmektedir. Söz konusu “karine/ler” esasen alıcı aynen ifayı istediğine (veya tartışmalı olmakla birlikte sözleşmeden döndüğüne) ilişkin hemen bildirimde bulunmadığı zaman uygulanmaktadır. Bu sebeple, aslında alıcının “susması” hâlinde aynen ifadan vazgeçtiği ve olumlu zararının giderilmesini talep ettiği kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir.

Bu noktada genel ilkeler çerçevesinde belirtmek gerekir ki susma, kural olarak irade beyanı olarak kabul edilmez⁵⁴⁸. Öğretide bazı yazarlar tarafından, kanun koyucu tarafından susmaya sanki bir beyan varmış gibi sonuç bağlanması durumunda beyan varsayımından (*Erklärungsfiktion*) söz edilebileceği belirtilmektedir⁵⁴⁹. Bu noktada kanun koyucu tarafından alıcının susmasına aynen ifadan vazgeçtiği sonucunun bağlanmasının aslında bir beyan varsayımı teşkil edebileceği akla gelebilecektir. Çünkü burada bir karine düzenlendiği kabul edilirse, karine temelini (tarafarca aksi kararlaştırılmamış olan) belirli vadeli ticari satışta satıcının temerrüdü üzerine alıcının susması; karine sonucunu ise

⁵⁴⁷ Kesin vadeli işlemlerde ise yukarıda da değinildiği üzere alacaklının aynen ifadan vazgeçmesine ilişkin (hemen) bildirimin aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bkz. İkinci Bölüm:a. I.A.3(2).

⁵⁴⁸ Claus-Wilhelm Canaris, “Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund”, **Festschrift für Willburg zu 70. Geburtstag**, Graz, Leykam-Verlag, 1975, s. 77-99 (Anılış: Canaris, Schweigen), s. 77; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 14, N. 6. Ancak istisnai olarak bazı özel durumlarda susmanın iradeyi gösteren davranış (*konkludentes Verhalten*) olabileceği öğretilde belirtilmektedir, Canaris, **Schweigen**, s.77.

⁵⁴⁹ Thomas Nickel, **Die Erklärungsfiktion im Bürgerlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung des § 10 Nr. 5 AGBG**, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, Peter Lang, 1997, s. 56 vd.

alıcının aynen ifadan vazgeçmesi (ve buna ek olarak olumlu zararının giderilmesini talep etmesi) oluşturmaktadır. Burada alıcı karine temelini ispat ettikten sonra, satıcının karine sonucunun aksini ispat etmesi olası görünmemektedir. Bu noktada aslında satıcının yapabileceği ‘karine’ temelini mevcut olmadığını ispat etmek olabilir. Zaten öğretide yazarların önemli bir kısmı alıcının bu ‘karinenin aksini ispat’ etmek için satıcıya aynen ifayı istediğine dair hemen bir bildirimde bulunmasını aramaktadırlar⁵⁵⁰. Bu doğrultuda aynen ifayı istediğine dair alıcı hemen bildirimde bulunmamışsa artık aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin karinenin aksi ispat edilemez hâle geleceği bu yazarlarca kabul edilmektedir⁵⁵¹.

Bu sebeplerle, alıcının aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmaması durumunda alıcının aynen ifa talebinin düşeceğinin düzenlendiği ifade edilebilir⁵⁵². Şüphesiz TBK m. 212’de yer alan hüküm emredici hüküm niteliğinde değildir. Bu sebeple taraflar bu hükmünde yer alan düzenlemenin aksini kararlaştırmış olabilirler⁵⁵³. Taraflar, esasen maddenin uygulanmamasını kararlaştırmışlarsa, bu durumun – sözleşmenin yorumuna ilişkin genel ilkeler çerçevesinde – ispatı aslında ‘karinenin aksini ispat’ faaliyeti değil; maddenin (tarafların aksini kararlaştırmış olmaları nedeniyle) uygulanmamasını teşkil etmektedir.

Öyleyse, (i) belirli vadeli ticari satış söz konusu değilse⁵⁵⁴; (ii) taraflar düzenlemenin uygulanmamasını kararlaştırmışsa (ör. tarafların ifa zamanının kesin vade

⁵⁵⁰ Bkz. dn. 535’deki yazarlar.

⁵⁵¹ Bkz. dn. 536 ve 537’deki yazarlar.

⁵⁵² Benzer yönde “(...) bu hâlde de davacının BK m. 187/2 maddesi hükmü gereğince müddetin hitamında davacının aynen ifa hakkındaki istediğini hemen davalıya bildirmesi gerekirdi. Bunu yapmamakla da davacı aynen ifayı talep hakkını zayi etmiş bulunmaktadır. (...)” Y. 11. HD., T. 08.05.1980, E.. 1709, K. 2467 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4600-4601).

⁵⁵³ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 67.

⁵⁵⁴ Bu konuda bkz. Birinci Bölüm: III.

niteliğinde olmadığı yönünde anlaştıkları ispat edilmişse⁵⁵⁵) veya (iii) alıcı aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmuşsa⁵⁵⁶ alıcının aynen ifa talebinin ortadan kalkmayacağı kabul edilebilecektir. Gerçekten de öğretide yazarların aslında bu noktada benzer sonuçlara, farklı açıklamalarla, vardıkları söylenebilir.

Son olarak öğretide kabul edilen karinenin ikinci ayağı olan aynen ifa yerine olumlu zararın tazmin edilmesinin talep edildiğine ilişkin “karine” bakımından alıcının sözleşmeden dönme hakkı bağlamında ayrıca bir inceleme yapmak gerekebilir. Şöyle ki açıklandığı üzere aynen ifadan vazgeçen alacaklının genel hükümler doğrultusunda sözleşmeden dönmeye ilişkin seçimlik hakkına kullanabilmek için borçluya hemen bildirimde bulunmasının gerekli olup olmadığı son derece tartışmalı bir konudur⁵⁵⁷. Ancak TBK m. 212 düzenlemesi karşısında bu tartışma ek bir önemi haizdir. Çünkü TBK m. 212 II’ye göre alıcının aynen ifa yerine olumlu zararını istediği kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir. Bu noktada aşağıda inceleneceği üzere⁵⁵⁸ alıcının olumlu zararının giderilmesi yerine sözleşmeden dönmeyi ileri sürebilmesi için de ‘hemen bildirim’de bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır ve öğretide bu ‘karine’nin aksini ispat bakımından farklı sonuçlara varıldığı görülmektedir.

3. Hükümün Uygulama Alanını Sınırlama İhtiyacı

Yukarıda da açıklandığı üzere bu kuralın düzenleme amacının bir yandan alıcıyı beklemekten kurtarmak, diğer yandan da satıcı nezdinde belirsiz bir durum yaratmasını önlemek olduğu söylenebilir⁵⁵⁹. Ayrıca, kanun koyucu tarafından satıcının zamanında satılanı teslim etmediği durumların daha ziyade satılanın değerinin arttığı hâllere tekabül edeceği, böyle bir durumda da alıcının genellikle aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının

⁵⁵⁵ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm: I.A.2.

⁵⁵⁶ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm: II.A.2.

⁵⁵⁷ Tartışma için bkz. dn. 52.

⁵⁵⁸ Bkz. İkinci Bölüm: III.B.2

⁵⁵⁹ Bu konuda daha detaylı olarak bkz. Birinci Bölüm: III.A.1 ve III.A.3.g.

tazminini talep edeceği göz önüne alınarak aynen ifa yerine olumlu zararın tazminini talep edildiğine ilişkin bir kural düzenlediği de öğretide belirtilmektedir⁵⁶⁰. Bu noktada zaten zararın hesaplanması da aşağıda bahsedileceği üzere TBK m. 213 hükmü ile kolaylaştırılmıştır. Böylelikle, kanun koyucunun çoğu durumda tarafların iradesiyle örtüşen bir kural düzenlediği kabul edilmektedir⁵⁶¹.

Ancak, alıcının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep ettiğinin kabul edilmesine ilişkin hüküm, alıcının menfaatine her durumda uygun olamayacağı gerekçesiyle öğretide bazı yazarlarca eleştirilmektedir⁵⁶². Bu yazarlara göre, söz konusu hükmün uygulama alanı sınırlandırılmalı ve yalnızca ifa zamanının taraflarca bilinebilir olduğu ve satıcının borcunu zamanında ifa edip etmemesine göre sözleşmenin “devam edeceği veya düşeceği” durumlarda uygulama bulmalıdır⁵⁶³. Başka bir deyişle, (HGB § 376’da olduğu gibi⁵⁶⁴) ancak kesin vadenin taraflarca kararlaştırıldığı (ve dolayısıyla bunun varlığının ispat edildiği) sözleşmeler bakımından söz konusu hüküm uygulama bulmalıdır⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ Guhl, **Rücktritt**, s. 136; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 252.

⁵⁶¹ Guhl, **Rücktritt**, s. 136. Kesin vade karinesinin de taraf iradelerine çoğu zaman uygun olacağı yönünde ayrıca bkz. Guhl, **Rücktritt**, s. 135.

⁵⁶² Bucher, **OR BT**, s. 71; Honsell, **OR BT**, s. 57-58.; benzer yönde Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 618. HGB § 376 bakımından da bazı durumlarda söz konusu hükmün alıcının menfaatine uygun olmayabileceğine dair bkz. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 3.

⁵⁶³ Bucher, **OR BT**, s. 71.

⁵⁶⁴ Bu konuda bkz. III.A.2.a.

⁵⁶⁵ Honsell, **OR BT**, s. 58; Cavin, **a.g.e.**, s. 48; Müller-Chen, Girsberger, Furrer, **OR BT**, Kapitel 2, N. 15-16. Yazarlar, kesin vade karinesi kabul etmekle birlikte kararlaştırılan vadenin (özellikle taraflar tacir değilse) kesin vade niteliğinde olması hayatın olağan akışına uygun olmadığından tereddüt hâlinde kararlaştırılan vadenin kesin vade niteliğinde olmadığı kabul edilmesi gerektiğini öne sürmektedirler: bkz. Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 618.

Özellikle, gecikmesine rağmen alıcının edime olan menfaati satıcı tarafından bilinebiliyorsa, bu görüşe göre söz konusu kural uygulanmamalıdır⁵⁶⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, alıcının aynen ifadan vazgeçerek uğradığı olumlu zararın tazminini talep ettiğinin kabul edilmesine dair kural ticari satışın esasen kesin vadeli işlem olması durumunda uygulama bulacaktır⁵⁶⁷. Başka bir deyişle, yukarıda açıklandığı üzere belirli vadenin kararlaştırıldığı ticari satışın, kesin vadeli işlem olmadığının ispat edilmesi durumunda, alıcının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmesi genel hükümlere tabi olacaktır⁵⁶⁸.

Esasen bu yazarların, TBK m. 212 II'nin (İBK m. 190 I) lafzının açıklığı karşısında hükmün uygulama alanını 'amacına uygun' olarak sınırlandırmayı önerdikleri söylenebilir⁵⁶⁹. Ancak, belirtilmelidir ki hükmün yerindeliğine ilişkin tartışma aslında doğrudan ticari satışın tanımı ile bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Bu noktada 'alıcının aynen ifadan vazgeçilmiş sayılmasına' dair kuralı, hükmün amacı doğrultusunda yorumlanırken bununla eş zamanlı olarak hükmün uygulama alanı, başka deyişle ticari satış kavramına verilen anlam değerlendirmelidir⁵⁷⁰. Bu noktada, kanunda açıkça düzenlenen 'belirli vadeli satışları', 'kesin vadeli satışlar' olarak daraltıp kanunda öngörülen (aynen ifa talebinin düşmesine ilişkin) sonucun uygulama alanının sınırlandırılması düşünülmeden önce kanunda tanımlanmamış olan 'ticari satış' kavramına başvurulmalı ve hükmün amacı ile uyumlu bir ticari satış tanımı benimsenmelidir.

⁵⁶⁶ Bucher, **OR BT**, s. 71.

⁵⁶⁷ Bucher, **OR BT**, s. 71; Cavin, **a.g.e.**, s. 46. Alıcının ifa zamanına esaslı bir önem atfetmediği zaman özel düzenlemenin uygulanmayacağı, ancak genel hükümlerin uygulanacağına dair bkz. BGE 116 II 438-439.

⁵⁶⁸ Bucher, **OR BT**, s. 71; ayrıca bu konuda bkz. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2518.

⁵⁶⁹ Bu yönde değerlendirme için bkz. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2518.

⁵⁷⁰ Bu değerlendirmeler için bkz. Birinci Bölüm: III.A.3.g.

4. Olumlu Zararın Tazmini

Alicının, aynen ifadan vazgeçmiş olmasıyla birlikte, satıcının asli edim yükümlülüğü ortadan kalkar ve yerini tazminata ilişkin tali edim yükümlülüğüne bırakır⁵⁷¹. Olumlu (müspet) zarar, “borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğranılan” zarardır⁵⁷². Yapılan klasik ayrıma göre⁵⁷³ olumlu zarar, fiili zararları içerdiği gibi yoksun kalınan kârı da içerir⁵⁷⁴.

Olumlu zararın tazmini ile alıcının malvarlığının “satıcı borcunu gereği gibi ifa etmiş olsaydı alıcının malvarlığının alacağı duruma” getirilmesinin talep edildiği kabul

⁵⁷¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1139, 1140-1141; Havutçu, **a.g.e.**, s. 67; karşı. Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 40; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 17; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2767; Schwenger, **OR AT**, N. 66.25; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1317; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2514; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 44; Brigitte Keuk, **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, Ludwig Röhrschein Verlag, 1972, s. 109; Barbara Grunewald, **Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium** (begründet von Joachim Gernhuber), 9. Bası, Münih, C.H. Beck, 2014, §33, N. 12; Jauernig/Stadler, **Bürgerliches Gesetzbuch BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO Kommentar** (herausgegeben von Rolf Stürner), 17. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Metin içerisinde “Jauernig/Yazar adı, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).§ 281, N. 16; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 962.

⁵⁷² Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N.1214; Keller, Schöbi, **I**, s. 275; Lemp, **a.g.e.**, s. 147; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 426; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1141; Senai Olgaç, “Ticari Satışlarda Satıcının Malı Teslim Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonucu Tazminatla Sorumluluğu ve Zararın Hesabındaki Usuller”, **BATİDER**, C. II, Sayı: 3, 1963, s. 349-361 (Anlış: Olgaç, Zarar), s. 352. Borçlunun tazminat yükümlülüğünün sınırını, ifa etmeme ile alacaklının malvarlığındaki azalma veya artma imkânın ortadan kalkması arasındaki illiyet bağı çizecektir, Lemp, **a.g.e.**, s. 147. Alacaklının ifa menfaati ve bütünlük menfaatine ilişkin açıklamalar için bkz. Niklaus Lüchinger, **Schadenersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung**, Freiburg, Universitätsverlag, 1999, N. 117- 118, 344 vd.

⁵⁷³ Söz konusu ayrımın sözleşme dışı sorumluluk bakımından önem arz ettiği, sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından aslî bir rolü olmadığına dair bkz. Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1211.

⁵⁷⁴ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 36, Art. 191, N. 13; Weber, **BK OR**, Art. 99, N. 166; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2902; Keller, Schöbi, **I**, s. 275; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 25; Engel, **Traité des obligations**, s. 717 Keppler, **a.g.e.**, s. 55; Lüchinger, **a.g.e.**, N. 136 vd., 444; Comment, **a.g.e.**, s. 112; Lemp, **a.g.e.**, s. 147; Bilge, **a.g.e.**, s. 49; Eren, **Borçlar Özel**, s. 73; Serozan, **İfa**, § 16, N. 5a; Olgaç, **Zarar**, s. 352.

edilmektedir⁵⁷⁵. Bu doğrultuda, olumlu zarar, “borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının alacağı durum ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan malvarlığı arasındaki farka” denk düşmektedir⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Oser, Schönnenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 107, N. 23; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 17; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 3; Hans Giger, **Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (herausgegeben von: Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, Dike Verlag AG, 2016 (Anılış: Yazar adı, Haftpflichtkommentar) OR Art. 97, N. 27; Giger, **BK OR**, Art. 190, N 36; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 97, N. 33; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2898; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2528; Schwenger, **OR AT**, N. 66.27, 14.30; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 45; Keller, Schöbi, **I**, s. 275; Lemp, **a.g.e.**, s. 146-147; Comment, **a.g.e.**, s.111-112; Schenker, **a.g.e.**, N. 623, 651; Lüchinger, **a.g.e.**, N. 117, 444; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 240; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1141; karş. von Büren, **OR BT**, s. 10-11. Alman hukuku bakımından bu yönde Bardo, Ulrike Bardo, **Die «abstrakte» Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag**, Berlin, Duncker&Humblot, 1989, s. 93, 95; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 40. BGB § 249 I’e göre, “tazminat yükümlüsü, tazminatla yükümlü olmasını doğuran olay meydana gelmeseydi oluşacak durumu sağlamalıdır (*Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.*)”. Söz konusu maddenin menfaat teorisi etkisiyle kabul edildiğine dair bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 11. BGB § 249 I, olumlu zararın tespiti bakımından da uygulama bulmaktadır, Christoph Hirsch, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 11. Bası, Baden-Baden, Nomos, 2018 (AT), § 39, N. 993.

⁵⁷⁶ Weber, **BK OR**, Art. 99, N. 166; Giger, **BK OR**, Art. 190, N 36, Art. 191, N. 13; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 10, N. 48; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 30; Lemp, **a.g.e.**, s. 146; Barth, **a.g.e.**, s. 144; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 426; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1141; Serozan, **İfa**, § 16; N. 5; Nomer, **Borçlar Genel**, N. 182a; Olgaç, **Zarar**, s. 352. Alman hukuku bakımından bkz. Josef Esser, Eike Schmidt, **Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2, urchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis**, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000, s. 129; Erman/Westermann, **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 14. Bası, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014 (Anılış: Erman/Yazar adı, Handkommentar), BGB § 281, N. 23; Palandt/Danckelmann, **Bürgerliches Gesetzbuch** 25. Bası, Münih/Berlin, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1966 (Anılış: Palandt/Yazar adı, 25. Bası), BGB § 326, N. 8; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 22; karş. Keuk, **a.g.e.**, s. 109 vd.; Hirsch, **AT**, § 39, N. 980, 993. Söz konusu farkın, zararın somut yönetime göre hesaplanmasını ifade ettiğine dair bkz. Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 281, N. 25; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB Vorbem §§ 249-255, N. 4; § 325, N. 4. Alacaklının aynen tazmin ile ilgilenmemesi sebebi ile söz konusu farkın para ile tazmin edilmesi gerektiğine dair Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 326, N. 8; karş.

Böylece, olumlu zararının konusunu alıcının (alacaklı) ifaya olan menfaati oluşturmaktadır⁵⁷⁷. Bu doğrultuda zarar hesaplanırken alıcının ifaya olan menfaatinin dikkate alınacağı ifade edilmektedir⁵⁷⁸. Bu doğrultuda, alıcının teslim edilmemiş satılana olan menfaatinin onun zararını ifade ettiği belirtilmektedir⁵⁷⁹. Öğretide bazı yazarlar, alacaklının olumlu zararının, yerine getirilmemiş edimin değeri ile bunun dışında ayrıca gecikme sebebiyle uğradığı diğer zararlardan oluştuğunu kabul etmektedirler⁵⁸⁰. Böylece, alacaklı karşı edimi başka bir kişiden elde etmek için ikame bir işlem yapmamış olsa bile karşı edimin piyasa değerinin olumlu zararın konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir⁵⁸¹.

Aynen ifa talebi yerine olumlu zararın tazminine ilişkin olarak genel hükümlerde yer alan TBK m. 125 II'de (İBK m. 107 II) alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu

Erman/Westermann, **Handkommentar**, BGB § 281, N. 23; eleştiriler için Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 7.

Menfaat teorisine ve somut zarar teorisine ilişkin açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. Halûk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi**, İstanbul, 1996 (Anılış: Nomer: Maddi Tazminatın Belirlenmesi, s. 6 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta, 2008, s. 14 vd.; Heinrich Honsell, "Differenztheorie und normativer Schadensbegriff", **Festschrift 50 Jahre Schweiz. Ges. F. Haftpflicht- und Versicherungsrecht**, 2010, s. 255-271 (Anılış: Honsell, Differenztheorie), s. 260 vd.; bkz. Keuk, **a.g.e.**, s. 11 vd.; 109 vd.

⁵⁷⁷ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 154; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1214; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 426; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 855. Nitekim olumlu zarar, alacaklının ifaya olan menfaati (*Erfüllungsinteresse*) olarak adlandırılmaktadır, Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 3; Giger, **Haftpflichtkommentar**, OR Art. 97, N. 27; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 97, N. 33; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2898; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 10, N. 48; Schwenger, **OR AT**, N. 14.29; Comment, **a.g.e.**, s.111.

⁵⁷⁸ Lemp, **a.g.e.**, s. 167; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 10, N. 40; Comment, **a.g.e.**, s. 111; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1078; karşı. Engel, **Traité des obligations**, s. 717.

⁵⁷⁹ BGE 120 II 299. Ancak, alıcının zararının yalnızca karşı edim değerinden ibaret olmadığı belirtilmektedir, Engel, **Traité des obligations**, s. 717.

⁵⁸⁰ Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 201; Schenker, **a.g.e.**, N. 651; benzer yönde Lemp, **a.g.e.**, s. 151. Alman hukuku bakımından karşı. Bardo, **a.g.e.**, s. 94.

⁵⁸¹ Serozan, **İfa**, § 16, N. 5a. Alıcı, satılanı üçüncü bir kişiye satmayacak olsa bile satılanın değerinin alıcının olumlu zararının konusu olduğuna dair bkz. Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 427.

zararını talep etmesi için borçlunun temerrüde düşmesinde kusuru olması gerektiğinden açıkça söz edilmemiştir⁵⁸². Ancak, TBK m. 112 (İBK m. 97), m. 119 II (İBK m. 103 II), 122 I (İBK m. 106 I) ve 125 III (İBK m. 108 II) hükümleri göz önüne alındığında satıcının, alıcının uğradığı olumlu zarardan sorumlu olması için kural olarak kusurlu olması aranacaktır⁵⁸³. Yine, TBK m. 112 ve m. 119 II doğrultusunda satıcı sorumluluktan kurtulmak için, kural olarak, kusurlu olmadığını ispatlamalıdır⁵⁸⁴. Başka bir deyişle, söz konusu hükümlerde borçlunun kusur karinesi düzenlendiği için, alıcının zararının giderilmesini istemesi hâlinde, satıcının tazminat talebinden kurtulabilmesi için kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekecektir⁵⁸⁵.

Satıcı, kusursuz olduğunu ispat edip sorumluluktan kurtulursa, alıcı aynen ifadan vazgeçmiş olduğundan, ancak sözleşmeden dönerek satış bedelinin iadesini talep

⁵⁸² Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 40; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 16; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 168; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2768; Voser, **a.g.e.**, s. 75; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 502.

⁵⁸³ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2768; bu yönde ayrıca bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 630; von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 154; Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 40; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 168; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 16; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 10; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 10; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N.31; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 8; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 1; Koller, **OR BT**, § 4, N. 30; Bucher, **OR AT**, s. 379-380; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 502. Aksi yönde Keller, Schöbi, **I**, s. 276. Yazara göre, aynen ifa talebinin yerini alan olumlu zararın tazmini için tıpkı aynen ifayı talep etmekte olduğu gibi kusur şartı aranmamalıdır, kaldı ki söz konusu seçimlik hakkın kullanılması için borçlunun kusurlu olması aranmadığına göre, bu seçimlik hakkın doğal uzantısı olan olumlu zararın tazmini için de kusur aranmamalıdır; ancak (edimin değeri dışında kalan) gecikme zararları bakımından kusur şartının aranması düşünülebilir, bu görüş için bkz. Keller, Schöbi, **I**, s. 276. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 638 vd.

⁵⁸⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 10, 12; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 37; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.26; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1677; Eren, **Borçlar Özel**, s. 73.

⁵⁸⁵ Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 1; Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 4; Bucher, **OR AT**, s. 379-380; Keller, Schöbi, **I**, s. 276; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 104, 110-112; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 502; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1142-1143; Eren, **Borçlar Özel**, s. 73; Olgaç, **Zarar**, s. 351, 356; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 249.

edebilecektir⁵⁸⁶. Ayrıca, satıcının alıcının uğradığı olumlu zararından sorumlu olması için ifa etmeme ile zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır⁵⁸⁷. Bu noktada esasen TBK m. 112 (İBK m. 97 I) sözleşmesel sorumluluk bakımından genel hüküm niteliğindedir⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 12; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 278; Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 462 vd. Kural olarak, yenilik doğuran haklar kullanıldıktan sonra geri alınmazlar, Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2784; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 75, 305; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 15; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 23. Ancak, alacaklının yenilik doğuran hak niteliğinde olan aynen ifadan vazgeçmeye ilişkin hakkını kullandıktan sonra, borçlunun kusurlu olmadığını ispat etmesi durumunda bu hakkını kullanamayacak olan alacaklının korunması için çeşitli argümanlar öğretide kabul edilmektedir, detaylı açıklamalar için bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2783 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 306 vd.

Borçlunun kusursuzluğu ispatlaması durumunda, alacaklının olumlu zararının tazmini yerine sözleşmeden dönebilmesinin *ius variandi* meselesi çerçevesinde değerlendirilip muhatabın (borçlu) hukuken korunmaya layık bir yararı olmadığı sürece, alacaklının olumlu zararının tazmini ile sözleşmeden dönmeye ilişkin hakları arasında geçiş yapabileceğine, ancak aynen ifadan vazgeçtiyse artık aynen ifayı talep edemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 462 vd. Mevcut olmayan bir haktan mevcut olan bir hakka dönülebileceğine ve bunun gerçek olmayan *ius variandi* teşkil edileceğine dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 114; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 15. Bu sebeple, yazarlara göre mevcut olmayan bir hak kullanıldığından, bu görünen hak etki doğurmayacak ve alacaklı sözleşmeden dönebileceği gibi aynen ifa talebinde de bulunabilecektir, Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 170; Schenker, **a.g.e.**, N. 647. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda TBK m. 136 (İBK m. 119)'un uygulanacağına dair bkz. Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 23.

⁵⁸⁷ Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 160; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 10.

⁵⁸⁸ Lüchinger, **a.g.e.**, N. 116.

II. Aynen İfa Talebi ve Gecikme Tazminatı

A. Aynen İfadan Vazgeçilip İfa Yerine Olumlu Zararın Tazminin Talep Edildiğine İlişkin ‘Karine’nin Çürütülmesi

1. Genel Olarak

TBK m. 212 III’e ve İBK m. 190 II’ye göre alıcı eğer satılanın devredilmesini istiyorsa, bu durumu belirlenen sürenin bitiminde hemen satıcıya bildirmelidir. “Hemen” ifadesine 818 s. Borçlar Kanunu’nda yer verilmemişti. Ancak eBK zamanında da İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki hüküm de göz önünde bulundurularak⁵⁸⁹, alıcının satıcıya hemen bildirimde bulunması aranmaktaydı⁵⁹⁰. Çünkü alıcının derhâl aynen ifa talebinde bulunmaması, satılanın fiyat değişimine göre aynen ifayı talep etmesi tehlikesini doğuracak ve bu durum satıcının menfaatlerinin korunmamasına neden olacaktı⁵⁹¹.

TBK m. 212 III doğrultusunda alıcı aynen ifayı talep ettiğini satıcıya hemen bildirirse artık ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmini seçtiği yönündeki ‘karineyi’ çürütmüş olacağı öğretide ifade edilmektedir⁵⁹². Aynı zamanda bu durumda, kesin vade karinesinin de çürütülmüş olacağı kabul edilmektedir⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Tandoğan, **C.1/I** s. 134; Bilge, **a.g.e.**, s. 52-53.

⁵⁹⁰ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 510; Tandoğan, **C.1/I** s. 134; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 386; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Bilge, **a.g.e.**, s. 52-53; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 251.

⁵⁹¹ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 512; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 251.

⁵⁹² Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 17; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 8; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 17; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 103.

⁵⁹³ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 13, 14; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46; Seliçi, **a.g.m.**, s. 104. Alıcının satıcıya ek süre vermesinin çoğu zaman aynen ifayı talep etmesi anlamına geleceğinden HGB § 376 I’deki sözleşmeden dönme ve aynen ifa yerine uğradığı zararın giderilmesini talep etme hakkından vazgeçtiği anlamına geleceğine dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 21.

Aslında bu durumda alıcı, kendisine özel imkân tanıyan TBK m. 212 düzenlemesine dayanmak yerine aynen ifa talebinde bulunmakta ve dolayısıyla genel hükümlere başvurmaktadır. Böylece, aynen ifaya ilişkin hemen bildirimde bulunduğundan artık alıcının aynen ifa yerine olumlu zararı talep ettiği kabul edilmeyecek ve alıcının aynen ifa hakkı düşmemiş olacaktır. Bu durumda, aynen ifa talebine rağmen satıcı satılanı yine de teslim etmezse⁵⁹⁴, – genel hükümler uygulanacağından – alıcının ilave seçimlik haklarına başvurabilmesi için satıcıya (genel hükümler doğrultusunda) uygun bir ek süre vermesi gerekecektir.

2. Alıcının Aynen İfa Talebi İçin Hemen Bildirimde Bulunması

Alıcının aynen ifayı talep ettiğine ilişkin bildirimde bulunmasının külfet niteliğinde olduğu kabul edilir⁵⁹⁵. Alıcının hemen bildirimde bulunmasının aranmasındaki amaç alıcının satıcıya karşı spekülasyon yapmasını önlemektir⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Taşınırın teslim edilmesi borcu bakımından aynen ifa talebine ve İcra ve İflas Kanunu m. 24'e ilişkin açıklamalar ayrıca bkz. Başoğlu, **a.g.e.**, s. 73-75.

⁵⁹⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 48; Gümü, **a.g.e.**, s. 46.

⁵⁹⁶ Cavin, **a.g.e.**, s. 48; Tercier, **La partie spéciale**, N. 216.
Benzer şekilde HGB § 376'nın amacının hukuk güvenliğin sağlanması ve tasfiye ilişkisinin hızlandırılması olduğu kabul edilmektedir; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 1; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N.2; karş. Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 2; Günter H. Roth, Marc-Philippe Weller, Jens Prütting, **Handels- und Gesellschaftsrecht**, 9. Bası, Münih, Verlag Franz Vahlen, 2016, **a.g.e.**, § 35, N. 932; karş. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 1; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 4; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 3. Tasfiye ilişkisinin hızlandırılması ile kanun koyucunun alacaklının durumunu iyileştirmeyi hedeflediğine dair bkz. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 1. Ayrıca, söz konusu düzenleme ile alacaklının borçlu aleyhine spekülasyon yapmasını önlenmesinin amaçlandığına bkz. Claus-Wilhelm Canaris, **Handelsrecht**, 24. Bası, Münih, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2006 (Anılış: Canaris, **Handelsrecht**), § 29, N. 34; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 1; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 19; Roth, Weller, Prütting, **a.g.e.**, § 35, N. 932; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 3; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 1. Nitekim, böylece satıcı kısa bir süre içerisinde satılanı teslim etmesi gerekip gerekmediğini öğrenecektir, Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 27.

Hemen bildirimin ne zamana kadar yapılması gerektiği somut olayın şartlarını göz önünde bulundurularak özellikle “ticari hayatın gereklilikleri” de hesaba katılarak yorumlanmalıdır⁵⁹⁷. Öğretide, genellikle satıcının ve alıcının menfaatleri göz önüne alınarak, aynen ifa talebinin ifa günü ile aynı gün veya ertesi günü yapılması gerektiği, istisnai hâllerde (iletişim aracı da göz önünde bulundurularak) daha sonra yapılabileceği belirtilmektedir⁵⁹⁸. Bazı “özel veya istisnai durumların gecikmeyi haklı kıldığının” ispatlanması hâlinde daha sonra bildirimde bulunmanın yeterli olacağı kabul edilmektedir⁵⁹⁹. Ancak, alıcının bildirimde bulunmasının gecikmesi satıcı aleyhine spekülasyon yaratma ihtimalini ortaya çıkarıyorsa, bu durumlarda bildirimin daha kısa süre içerisinde yapılması gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁰⁰.

Bu bildirimde, alıcı gecikmeye rağmen aynen ifayı talep ettiğini beyan etmelidir⁶⁰¹. Aynen ifa talebinin açık olması, bu talepte satıcıyı tereddüde düşürecek ifadelere yer verilmemesi gerekir⁶⁰². Başka bir deyişle, söz konusu bildirimde alıcının

⁵⁹⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 48; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 18.

⁵⁹⁸ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 8; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 13; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 67; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.99; Eren, **Borçlar Özel**, s. 71; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46. Kural olarak vade tarihinde aynen ifa talebinde bulunulması gerektiğine dair bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 48; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1730; benzer yönde: Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 39.

⁵⁹⁹ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 8; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 67; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 99; Eren, **Borçlar Özel**, s. 71-72; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46. Benzer yönde Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 13.

⁶⁰⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46, benzer yönde bkz. Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 13; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109. İBK m. 190 II’de yer alan hemen ifadesinin İBK m. 107 II’deki hemen ifadesiyle aynı anlama geldiğinde dair bkz. von Büren, **OR BT**, s. 10.

⁶⁰¹ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15. TBK m. 212 III doğrultusunda yapılacak bildirimin açık veya örtülü irade beyanıyla yapılabileceği kabul edilmektedir: Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.190, N. 13; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 47; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 99. Alman hukuku bakımından karşı. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 29.

⁶⁰² Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.190, N. 13; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 386; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 251; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72.

aynen ifayı talep ettiğinin açık ve kesin bir şekilde satıcı tarafından anlaşılabilir olması gerekir⁶⁰³. Bu noktada alıcının satıcıya geciktiğini hatırlatması ya da gecikme sebebiyle haklarının saklı olduğunu bildirmesi yeterli değildir⁶⁰⁴. Buna karşılık, alıcının satıcıya ek süre vermesi, aynı zamanda aynen ifanın talep edildiği anlamına geleceğinden, bu beyanın içeriği aynen ifa talebi için yeterli olacaktır⁶⁰⁵.

Alıcının TBK m. 212 III doğrultusunda yapacağı bildirim, tek taraflı karşı tarafa varması gereken bir irade beyanı ile yapılır⁶⁰⁶. Bazı yazarlara bu bildirimin yapılması, karşı tarafa varması gereken irade beyanı ile yenilik doğuran hakkın kullanılması anlamına gelmektedir⁶⁰⁷. Ayrıca eklenmelidir ki aynen ifanın talep edilmesine ilişkin, bildirimin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır⁶⁰⁸.

⁶⁰³ Eren, **Borçlar Özel**, s. 72; genel hükümler bakımından Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 118. Alman hukuku bakımından bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 26; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 11; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 24.

⁶⁰⁴ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72. Satıcıya aynen ifaya ilişkin hakkını saklı tuttuğunu beyan etmesinin, aynen ifa talebinde bulunmak anlamına gelmeyeceğine dair bkz. Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.190, N. 13; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72. HGB § 376 bakımından benzer yönde bkz. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 11; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 28; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 24.

⁶⁰⁵ HGB § 376 bakımından bu yönde bkz. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 11; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 21; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 28.

⁶⁰⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 8, 47; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 13; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 99; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 19; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46. Alman hukuku bakımından bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 26; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 11; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 7; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 29; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 24.

⁶⁰⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 8, 47; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 99; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 19; benzer yönde Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 40. Alman hukuku bakımından aynı yönde Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 24. Aksi yönde Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 469.

⁶⁰⁸ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Gümüş, **a.g.e.**, s. 46; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72. Tacirler arası bazı bildirimlerin şeklini düzenleyen TTK m. 18 III hükmünün aynen ifa talebine ilişkin

Belirlenen tarihinin gelmesinden önce (veya belirlenen sürenin sona ermesinden önce) alıcı satıcının gecikmesine rağmen ifayı talep edeceğine dair satıcıya bir bildirimde bulunmuşsa artık sürenin sonunda hemen bir bildirimde bulunması aranmayacaktır⁶⁰⁹. Nitekim, alıcı önceden aynen ifayı istemeyeceğini zaten bildirmiştir. Ayrıca böyle bu durumda taraflar arasında kararlaştırılan vadenin kesin vade niteliğinde olup olmadığı da sorgulanabilecektir⁶¹⁰.

Bazı yazarlarca, alıcının aynen ifa talebinde bulunmasının kesin vade karinesini çürüteceği kabul edilmektedir⁶¹¹. Bazı yazarlar tarafından ise alıcının, aynen ifa talebinde bulunmasıyla birlikte kesin vadenin artık belirli vadeye dönüşeceği⁶¹² kabul

bildirimlerde de uygulanıp uygulanmayacağı konusunun tartışılabilmesine dair bkz. Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 19.

⁶⁰⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 13; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 15; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72. Ancak, alıcının kesin bir şekilde ifayı talep edeceğini bildirmiş olması durumunda süre sonunda tekrar bildirimde bulunmasının aranmayacağına dair bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 27. HGB § 376 bakımından, alıcının aynen ifayı talep edeceği açıkça hemen bildirimde gerek olmadığına dair bkz. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9.

⁶¹⁰ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 47.

⁶¹¹ Gümüş, **a.g.e.**, s. 46, benzer yönde Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 46; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 21; Seliçi, **a.g.m.**, s. 104.

⁶¹² Bazı yazarlara göre, satıcının kesin vade tarihinde borcunu ifa etmemesine rağmen, alıcının aynen ifa talebinde ısrar etmesi durumunda, kesin vadeli işlem temerrüt ihtarına bağlı işleme (*Mahn-geschäft*) dönüşecektir, bkz. von Büren, **OR BT**, s. 10; Cavin, **a.g.e.**, s. 48; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 25; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 620; karş. Becker, **BK OR**, Art. 108, N. 15.

Ancak, kesin vadeli işlemin (*Fix-geschäft*), karşıt anlamının ek seçimlik hakları kullanabilmek için ek süre vermeyi gerektiren belirli vadeli işleme (*Nachfrist-geschäft*) denk düşmesi gerekirken, hatalı bir şekilde temerrüt ihtarına bağlı işlem (*Mahn-geschäft*) olarak gösterilmektedir. Buna dair eleştiriler için bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 8; karş. Bär, **a.g.e.**, s. 7; Oser, Schönerberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 108, N. 5. Bu sebeple, kesin vade tarihinin geçmesine rağmen alacaklının aynen ifa talebinde bulunması durumunda, kesin vadeli işlem, temerrüt ihtarına bağlı işleme değil; seçimlik hakları kullanabilmek için ek süre vermeyi gerektiren belirli vadeli işlemler gibi etki doğuracaktır, Keppler, **a.g.e.**, s. 8.

edilmektedir⁶¹³. Her hâlükârda, alıcının aynen ifa talebinde bulunması ile zaten TBK m. 212’de öngörülen özel sonuçlar uygulanmayacaktır. Aynen ifa talebinden sonraki süreçte alıcının seçimlik haklarının akıbeti genel hükümlere tabi olacaktır.

Aynen ifa talebine rağmen satıcı ifada bulunmazsa, alıcının diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi genel hükümlere tabi olacağından TBK m. 125’e göre satıcıya uygun bir süre vermesi gerekecektir⁶¹⁴. Borçlu ek süre sonunda hâlâ borcunu ifa etmemişse, bu sefer alıcının aynen ifadan vazgeçip diğer seçimlik haklarına başvurabilmesi için satıcıya bildirimde bulunması gerekecektir⁶¹⁵.

B. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı

TBK m. 118’e göre aynen ifa talebi ile birlikte alıcı eğer şartları varsa gecikme sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir⁶¹⁶. Böylece aynen ifayı talep eden alıcı, aynen ifa ile birlikte gecikme zararının giderilmesini de isteyebilir⁶¹⁷.

Gecikme zararının, satıcı borcunu zamanında ifa etseydi alıcının malvarlığının olacağı durum ile gecikme sebebiyle alıcının malvarlığının aldığı durum arasındaki farka

⁶¹³ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 21; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 46; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 240; BGE 116 II 438; karşı. Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 36. Alman hukuku bakımından karşı. Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 12; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 7. Ancak taraflar anlaşarak sözleşmeyi yeniden kesin vadeli işlem hâline getirebileceklerdir, Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9.

⁶¹⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 46; von Büren, **OR BT**, s. 10; Koller, **OR BT**, § 4, N. 23; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 241; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 36; Cavin, **a.g.e.**, s. 48; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 620; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 20. Alman hukuku bakımından benzer yönde Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 29; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 12; Huber, **Leistungsstörungen I**, s. 501 (§21 I 3); Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 9; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 7.

⁶¹⁵ von Büren, **OR BT**, s. 10.

⁶¹⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 45; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 20.

⁶¹⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 4; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 42; von Büren, **OR BT**, s. 10.

denk düştüğü kabul edilmektedir⁶¹⁸. Böylece, gecikme zararının tazmini ile alacaklının malvarlığı, borç zamanında ifa edilmiş olsaydı, alacağı duruma getirilmeye çalışılmaktadır⁶¹⁹. Bu açıdan gecikme zararı, olumlu zararın bir görünümüdür⁶²⁰.

Satıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcu, satış sözleşmesinde, satıcının asli edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır⁶²¹. Satıcının gecikme zararının tazminine ilişkin borcu ise, “asli edim yükümlülüğüne eklenen bir tali edim yükümlülüğü” teşkil etmektedir⁶²². Gecikme zararını ve miktarını ispat yükü alacaklıdadır⁶²³.

Gecikme zararı, fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşabilir⁶²⁴. Gecikme zararı kalemlerine örnek olarak, satıcının ihtar edilmesi, takip edilmesi için yapılan masraflar⁶²⁵, satılanın geç teslim edilmesi sebebiyle aradaki süre diliminde başka bir malın üçüncü kişiden kiralanması için yapılan masraflar⁶²⁶, alıcının satılanı yeniden satmış olduğu üçüncü kişiye satılanı geç teslim etmesi sebebiyle ödemek zorunda kaldığı sözleşme cezası veya tazminatlar⁶²⁷ veya geç ifa sebebiyle üçüncü kişiye satılanın yeniden satışı

⁶¹⁸ Wiegand, **BSK OR**, Art. 103, N. 5; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 24; Schenker, **a.g.e.**, N. 255; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1126.

⁶¹⁹ Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 23; Bucher, **OR AT**, s. 360-361.

⁶²⁰ Bucher, **OR AT**, s. 361; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1127.

⁶²¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 2, N. 7; Serozan, **İfa**, § 1, N. 14.

⁶²² Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 2, N. 7; karşı. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2522; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 23; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 1.

⁶²³ Wiegand, **BSK OR**, Art. 103, N. 14; Schenker, **a.g.e.**, N. 256; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1127.

⁶²⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 4; BGE 116 II 444-445.

⁶²⁵ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1127. Alman hukuku bakımından karşı. Jauernig/Stadler, **BGB** § 280, N. 51.

⁶²⁶ Keller, Schöbi, **I**, s. 269; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 24; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 24. Kural olarak yalnızca geçici ikame işlemlerin ifa yanında talep edilen gecikme zararının konusunu oluşturabileceğine dair bkz. Jauernig/Stadler, **BGB** § 280, N. 51.

⁶²⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 3, 4; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 24; Keller, Schöbi, **I**, s. 269; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1127. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. BGE 116 II 444 vd. Alman hukuku bakımından bkz. Jauernig/Stadler, **BGB** § 280, N. 51.

suretiyle elde edilecek kârdan mahrum kalınması durumunda söz konusu yoksun kalınan kâr gösterilmektedir⁶²⁸. Satıcı temerrüde düştükten sonra satılanın değeri düşmüşse, bu değer kaybının⁶²⁹ da gecikme zararı olarak tazmin edilebileceği kabul edilmektedir⁶³⁰.

Alıcının gerçekleştirdiği takip eden satışta kendi alıcısına karşı gecikmemek için ikame alım yapması durumunda, bu sebeple ortaya çıkan ilave masrafların da gecikme zararı olarak talep edilebileceği bazı yazarlarca belirtilmektedir⁶³¹.

Yukarıdaki örnekler ışığında belirtilmelidir ki esas itibariyle alıcı, ifanın zamanında gerçekleşmemesi ile nedensellik bağı içerisinde olan zararının giderilmesini talep edebilecektir⁶³². Ayrıca, aynen ifa talebinde bulunabilmek için kusur şartı aranmaz⁶³³, fakat gecikme tazminatı talep edebilmek için kural olarak satıcının temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmektedir⁶³⁴. Bununla birlikte, TBK m. 118 doğrultusunda satıcı temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmediği sürece alıcının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür⁶³⁵.

⁶²⁸ Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 25; Keller, Schöbi, **I**, s. 269; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1127; Alman hukuku bakımından bkz. Jauernig/Stadler, **BGB** § 280, N. 52. Aksi yönde görüş için bkz. dn. 631.

⁶²⁹ Alman hukukunda bazı yazarlar, söz konusu gecikme zararının en azından malın satıcının temerrüde düştüğü tarihteki piyasa fiyatı ile satıcının malı teslim ettiği tarihteki piyasa fiyatı arasındaki farka denk düşeceğini savunmaktadırlar: Alman hukuku bakımından bkz. Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 27; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 29.

⁶³⁰ Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 25. Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz. Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 29.

⁶³¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 4. İkame mal satın alınmasına ilişkin masrafların ifa yerine ödenecek tazminatın konusunu oluşturduğuna dair bkz. Hirsch, Christoph Hirsch, “Schadensersatz statt oder neben der Leistung-Aktuelle Fragen der Abgrenzung”, **Juristische Schulung (JuS)**, 2014, 54. Cilt, 2. Sayı, s. 97-101, s. 97 vd.; benzer yönde Jauernig/Stadler, **BGB** § 280, N. 51.

⁶³² Keller, Schöbi, **I**, s. 268; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1126.

⁶³³ Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 39; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 155.

⁶³⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 4; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1126; Olgaç, **Zarar**, s.250.

⁶³⁵ Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 39; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 45; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 24; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 25; Keller, Schöbi, **I**, s. 268.

III. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zarar

A. Ticari Satışta Sözleşmeden Dönme

Borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarından birini oluşturan dönme hakkından TBK m. 212’de söz edilmemiştir.

Bu sebeple bazı yazarlar, TBK m. 212’nin alıcının seçimlik haklarının sınırlandırıldığını ve alıcının belirli vadeli ticari satışlarda satıcının temerrüdü hâlinde dönme hakkının olmadığını kabul etmektedirler⁶³⁶. Bu görüşe göre, alıcı olumlu zararının giderilmesini talep edebildiği için ve çoğu zaman olumlu zarar miktar olarak olumsuz zarardan daha fazla olduğu için, alıcının dönme hakkı olmadığını kabul etmek alıcıyı elverişsiz bir duruma düşürmeyecektir⁶³⁷. Bu görüşe göre TBK m. 212’nin amacı temerrüdün sonuçlarına ilişkin karmaşık yapıyı ticari satışlar bakımından basitleştirmektir⁶³⁸. Söz konusu düzenleme aynı zamanda alıcının menfaati ile birlikte satıcının menfaatinin de korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır⁶³⁹.

Ancak hâkim görüş⁶⁴⁰ belirli vadeli ticari satışlarda da satıcının temerrüdü hâlinde alıcının dönme hakkının olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, TBK m. 212 satıcının

⁶³⁶ Becker, **BK OR**, Art. 190, N. 10; Cavin, **a.g.e.**, s. 48; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 385.

⁶³⁷ Cavin, **a.g.e.**, s. 48.

⁶³⁸ Cavin, **a.g.e.**, s. 48.

⁶³⁹ eBK m. 187 bakımından bkz. Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 385.

⁶⁴⁰ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 35; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 18; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 14; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 12; Koller, **OR BT**, § 4, N. 29; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 41, N. 136; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 35; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 27; Tercier, **La partie spéciale**, N. 215, 216; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 619; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 24; Eduard Honneger, **Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, 1926, s. 61; Stanislas, **a.g.e.**, s. 85-86; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 66; Bär, **a.g.e.**, s. 52-53; Schenker, **a.g.e.**, N. 420, 534; Tandoğan, **C.1/I** s. 135; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 511; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 243; Bilge, **a.g.e.**, s. 53; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1730; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 252; Serozan, **İfa**, §

temerrüdünün sonuçlarına ticari satışlardaki özellikleri yansıtmak⁶⁴¹ ve genel hükümlere göre alıcıya daha elverişli bir durum kazandırmak için⁶⁴² düzenlenmiştir. Bu sebeple dönme hakkının alıcıya tanınmaması hükmün amacına aykırı olacak ve alıcıyı daha elverişsiz bir durumda bırakacaktır⁶⁴³. Bu görüşteki bazı yazarlara göre, İBK m. 190'nın Almanca ve İtalyanca metninin kenar başlığında sözleşmeden dönme ('*Rücktritt im kaufmännischen Verkehr*' – '*Recesso nelle vendite commerciali*') ifadesinin kullanılması⁶⁴⁴ da kanun koyucunun bu seçimlik hakkı kaldırmak niyetinin olmadığını göstermektedir⁶⁴⁵.

Esas itibariyle bazı durumlarda alıcı aynen ifa yerine olumlu zararının tazmini yerine, sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı tercih edebilir. Olumsuz zararın, olumlu zarardan daha fazla olduğu hâllerde alıcı dönme hakkını kullanmayı seçebilir⁶⁴⁶. Ayrıca,

17, N. 21; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 104; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 162; Berki, **a.g.e.**, s. 12; Kapancı, **a.g.m.**, s. 2376; Seliçi, **a.g.m.**, s. 107; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 116. Bu yönde Y.11 HD., T. 19.01.1982, E. 5484, K. 139 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4597-4598). eBK m. 187'de alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmamasının kural olarak alıcının menfaatine aykırı bir durum doğurmayacağı, ancak satılanın değerinin daha sonradan düşmesi gibi bazı istisnai hâllerde alıcıya genel hükümlerde tanınmış olan dönme hakkının tanınmamasının elverişsiz bir sonuç yaratacağına ve bu sebeple alıcıya dönme hakkının tanınması gerektiğine ilişkin bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 109.

⁶⁴¹ Tandoğan, **C.1/I** s. 135; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 51. Sözleşmeden dönme hakkından bahsedilmeme sebebinin belirsizliğin azaltılması amacına yönelik olmadığı; bilakis burada kanun yazım tekniği açısından bir dikkatsizliğin söz konusu olduğuna dair bkz. Schenker, **a.g.e.**, N. 420.

⁶⁴² Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 35; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 35; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 27; Schenker, **a.g.e.**, N. 420; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 66; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 598; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 252; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 100; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 104.

⁶⁴³ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 35; Bilge, **a.g.e.**, s. 53; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 243.

⁶⁴⁴ Kanun koyucunun Almanca ve İtalyanca metinlerde hatalı olarak bu kenar başlıklarını kabul ettiğine dair bkz. Schönle, **ZK, OR** Art. 190, N. 3, 14; karşı. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 66.

⁶⁴⁵ Bilge, **a.g.e.**, s. 53; karşı. Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 239; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 35; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 27.

⁶⁴⁶ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 35; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 27; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 35; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 100.

satıcı temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat ederse, alıcı olumlu zararının tazminini isteyemeyecektir. Bu nedenle, satış bedelinin iade edilmesi için alıcının sözleşmeden dönmesi gerekecektir⁶⁴⁷. Böylece, sorumlu olmayan satıcı tazminattan kurtulabilecekken alıcının sözleşmeden dönme hakkı devreye girebilecektir⁶⁴⁸. Buna ek olarak satılanın değerinin düşmesi sebebiyle⁶⁴⁹ veya alıcının kendi ediminin değerinin karşı edime nazaran yükselmiş olması durumunda⁶⁵⁰ alıcının olumlu zararını talep etmesinde menfaatin daha az olabilir. Bu durumlarda alıcıya dönme hakkı tanınmaması alıcıyı genel hükümlere nazaran daha olumsuz bir durumda bırakacaktır⁶⁵¹. Sözleşmeden dönme, satılanın tesliminin alıcı için yararsız kaldığı ve satıcı tarafından alıcının uğradığı olumlu zararın tazmin edilebilirliğinin şüpheli olduğu durumlarda da önem kazanacaktır⁶⁵².

Hükmün tarihi gelişimi⁶⁵³ de göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun amacı, alıcıyı sözleşmeden dönme hakkından mahrum bırakmak değildir⁶⁵⁴. Sonuç olarak, TBK m. 212’de sözleşmeden dönme hakkının zikredilmemesi, kanun koyucunun genel hükümlere alacaklıya tanınan bu hakkı belirli vadeli ticari satışlarda alıcıya tanımadığı şeklinde anlaşılmalıdır ve alıcı bu haktan yararlanabilmelidir.

⁶⁴⁷ Fark teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. I.B.

⁶⁴⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 41.

⁶⁴⁹ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 35; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 22; benzer yönde bkz. Serozan, **Borçlar Özel**, N. 598; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 252. Sözleşmeden dönmeye ilişkin açıklamalar için bkz. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 65 vd.

⁶⁵⁰ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 35; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 12.

⁶⁵¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 252; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 212, N. 20; benzer yönde Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 239.

⁶⁵² Eren, **Borçlar Genel**, s. 1143.

⁶⁵³ Bkz. Birinci Bölüm: II.B.

⁶⁵⁴ Benzer yönde: Giger, **BK OR**, Art. 190, N.35.

B. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanması

Yenilik doğuran hak niteliğinde olan dönme hakkı⁶⁵⁵, tek taraflı varması gereken irade beyanıyla kullanılacaktır⁶⁵⁶. Alıcının sözleşmeden dönebilmesi için satıcının kusurlu olması aranmamaktadır⁶⁵⁷. Böylelikle, satıcının kusurlu olmadığı durumlarda aynen ifa

⁶⁵⁵ Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 15; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 14; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N.2795; Schwenger, **OR AT**, N. 66.31; Ehrat, **a.g.e.**, N. 10; Stanislas, **a.g.e.**, s. 14; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 964; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 58-59; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 75. Sözleşmeden dönmeye ilişkin teoriler doğrultusunda söz konusu yenilik doğuran hakkın bozucu veya değiştirici yenilik hak olarak nitelendirilmesinde değişiklik olduğuna dair tespitler için bkz. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 74.

⁶⁵⁶ Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 20; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 14, Art. 191, N. 5; Stanislas, **a.g.e.**, s. 14; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 58-59; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 75. Alman hukuku bakımından bkz. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 10; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 32; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 8; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 32. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 71 vd. Alıcı, sözleşmeden dönme beyanını, açık irade beyanıyla yapabileceği gibi örtülü irade beyanıyla da yapabilir, Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 488.

Alıcının seçimlik hakkını kullanmasına ilişkin beyanı genel yorum ilkeleri çerçevesinde yorumlanacaktır, karşı. Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 118; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2766. Bu doğrultuda güven ilkesi ışığında irade beyanının yorumlanacağı kabul edilmektedir, Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 22; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 15; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 118; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 298; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 487 vd.;

Bazı durumlarda, alıcı sözleşmeden dönme ifadesini kullansa da esasen aynen ifa yerine olumlu zararının tazminini talep etmiş olabilir. Bu durumda, yine güven ilkesi ışığında irade beyanının yorumlanacağına dair bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 491; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 15 (Yazara göre güven ilkesi doğrultusunda irade tespit edilemezse sözleşmeden dönme ve uğranılan olumlu zararın tazmini ifadesi, aynen ifadan vazgeçme beyanı olarak kabul edilmelidir, Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 15, karşı. Bucher, **OR AT**, s. 373-374; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 22). Böyle bir durumda talep edilen zararın niteliği de göz önünde bulundurularak alıcının farazi iradesinin esas alınacağına dair bkz. Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 119; ayrıca karşı. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 297. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. Christa Kissling, “Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung des Gläubigers im Schuldnerverzug”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 1997, s. 1287-1296, s. 1287 vd.

⁶⁵⁷ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2808; Schwenger, **OR AT**, N. 66.30; Keller, Schöbi, **I**, s. 276-277; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 962; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 407; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 110. Aksi yönde değerlendirmeler için bkz.: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 239.

yerine olumlu zararın tazminini talep edemeyecek olan alıcı sözleşmeden dönmeyi tercih edebilecektir⁶⁵⁸. TTK m. 18 III doğrultusunda, alıcı ve satıcının tacir olması durumunda, alıcı sözleşmeden dönme beyanını “noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi” ile yapmalıdır⁶⁵⁹.

TBK m. 212 hükmünde sözleşmeden dönmeye ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden alıcının sözleşmeden dönme hakkını nasıl kullanacağı öğretide tartışmalıdır. Bu noktada, alıcının sözleşmeden dönmek için satıcıya ek süre vermesinin gerekip gerekmediği; (olumlu zararın tazmini yerine) sözleşmeden dönme hakkına başvurduğuna ilişkin hemen bir bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Ayrıca sözleşmeden dönme hukuki sonuçlarına ilişkin genel hükümler çerçevesinde yapılan tartışmalar alıcının sözleşmeden dönmesi bakımından da söz konusu olmaktadır.

1. Ek Süreye İlişkin Görüşler

Dönme hakkının genel hükümlere göre kullanılabileceği kabul edilirse, bu durumda alıcının satıcıya uygun bir süre vermesi gerekecek ve alıcı bu süre sona erdikten sonra satıcıya bildirimde bulunarak sözleşmeden dönecektir. Doktrinde bazı yazarlarca, m. 212’de kesin vade karinesi düzenlenmekle birlikte, alıcının sözleşmeden dönme hakkını ancak genel hükümler doğrultusunda kullanabileceği ifade edilmektedir⁶⁶⁰. Bu görüşe göre karşı edimin iadesine sebep olan sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının daha ağır sonuçlar doğurması sebebiyle (TBK m. 124’teki durumlar saklı kalmak kaydıyla) alıcının sözleşmeden dönebilmek için – olumlu zararının giderilmesi talebinden farklı olarak – satıcıya uygun bir mehil vermesi gerekmektedir⁶⁶¹. Yine, benzer

⁶⁵⁸ Schwenzer, **OR AT**, N. 66.30.

⁶⁵⁹ Söz konusu şeklin geçerlilik şartı mı ispat şartı mı olduğu tartışmalıdır, tartışmalar için bkz. dn. 18.

⁶⁶⁰ Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1730; Serozan, **İfa**, §17, N. 21; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 599.

⁶⁶¹ Serozan, **İfa**, § 17, N. 21; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 599.

bir görüşe göre ise⁶⁶² TBK m. 212’de alıcının aynen ifa yerine olumlu zararın tazminini talep etmesi için ek süre vermesinin aranmayacağı düzenlenmiştir. Böylece, kanun koyucu alıcının aynen ifa yerine olumlu zararın tazminini talep edebilmesi için kesin vadenin şartlarının yerine gelmesini aramamıştır. Ancak, alıcı aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmini yerine eğer sözleşmeden dönmek istiyorsa bu durumda onun satıcıya ek süre vermesi gerekmektedir.

Ancak, hâkim görüşe göre⁶⁶³, alıcı TBK m. 212’nin amacına uygun olarak ek süre vermeden de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Yukarıda da açıklandığı üzere⁶⁶⁴ öğretideki hâkim görüşe göre, belirli vadeli ticari satış sözleşmeleri, karine olarak kesin vadeli işlem niteliğindedir. Dolayısıyla kesin vadeli işlemlerde olduğu gibi, alıcının seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için satıcıya ek süre vermesine gerek yoktur. Bu noktada kanun koyucunun alıcının ek seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme ile aynen ifa yerine olumlu zararının tazminini talep etmesi bakımından farklı bir rejim getirmeyi amaçlamamaktadır, dolayısıyla alıcının sözleşmeden dönebilmek için satıcıya ek süre vermesine gerek yoktur.

2. Hemen Bildirim Şartına İlişkin Görüşler

TBK m. 212 doğrultusunda olumlu zararın tazminini talep etmek yerine alıcının sözleşmeden dönebilmesi için hemen bildirimde bulunmasının aranıp aranmayacağı öğretide oldukça tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alıcı sözleşmeden döneceğini hemen satıcıya bildirmelidir⁶⁶⁵. Çünkü alıcının aynen ifa yerine olumlu zararın tazminini talep

⁶⁶² Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1730

⁶⁶³ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 14; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2523; Schenker, **a.g.e.**, N. 534-535; Engel **Contrats de droit suisse**, s. 24; Tercier, **La partie spéciale**, N. 215; Tandoğan, **C.1/I** s. 135; karş. Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 43; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 28.

⁶⁶⁴ Bkz. İkinci Bölüm: I.A.1(1).

⁶⁶⁵ Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 41, N. 136; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 36; Schenker, **a.g.e.**, N. 534, 576; Tandoğan, **C.1/I** s. 135; Bilge, **a.g.e.**, s. 53; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 79;

ettiğine ilişkin ‘karinenin’ ancak bu yolla çürütülebileceği ifade edilmektedir⁶⁶⁶. Ayrıca, alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapmasının önlenmesinin kanunun amacına da uygun olacağı belirtilmektedir⁶⁶⁷.

Diğer görüşe göre ise alıcının dönme hakkını kullanacağını satıcıya hemen bildirmesine gerek yoktur⁶⁶⁸. Bu görüşe göre bu hâllerde satıcı bakımından bir spekülasyon riski bulunmamaktadır⁶⁶⁹. Bu sebeple, alıcı “uygun düşünme süresi” sonunda bu hakkını kullanabilir⁶⁷⁰. Bazı yazarlara göre ise, alıcı dönme hakkının zamanaşımı süresi içinde kullanması yeterlidir⁶⁷¹. Ancak, alıcının bu hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁷². Örneğin eğer satıcı alıcıya seçimde bulunması için makul bir süre tanıdıysa ve alıcı bu süre boyunca hareketsiz kalmışsa, artık sözleşmeden dönme hakkını kaybedeceği, yalnızca olumlu zararın tazminini talep edebileceği savunulmaktadır⁶⁷³.

Kanun koyucu alıcının susması üzerine onun aynen ifadan vazgeçmiş sayılacağını kabul etmiştir. Bu sebeple, alıcının sözleşmeden dönebilmesi için hemen bildirimde

Serozan, **Borçlar Özel**, N. 598; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 511; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 104; Uygur, **a.g.e.**, s. 4592; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 249; Kapancı, **a.g.m.**, s. 2376.

⁶⁶⁶ Serozan, **Borçlar Özel**, N. 598.

⁶⁶⁷ Schenker, **a.g.e.**, N. 576.

⁶⁶⁸ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 43; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2523; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 15; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 19; Honneger, **a.g.e.**, s. 61; Stanislas, **a.g.e.**, s. 86; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 100, benzer yönde Knoepfel, **a.g.e.**, s. 68.

⁶⁶⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 19.

⁶⁷⁰ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 43; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 68, Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 100; Eren, **Borçlar Özel**, s. 72.

⁶⁷¹ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 19; karşı. Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 16. İBK m. 99 III (TBK m. 114 II) atfıyla (aynen ifadan vazgeçmeye ilişkin bildirimden itibaren işlemeye başlayacak) haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresi içinde (İBK m. 60 I- TBK m. 72 I) alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğine dair bkz. Stanislas, **a.g.e.**, s. 79, 86.

⁶⁷² Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 12.

⁶⁷³ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 12.

bulunmasına gerek olmadığı kabul edilirse, alıcı seçimini beyan edene kadar, satıcı alıcının sözleşmeden dönüp olumsuz zararını mı yoksa aynen ifa yerine olumlu zararını mı talep edeceğini bilemeyecektir. Ancak satıcı satılanı teslim etmeyeceğini bilmektedir. Alıcının borcunun para borcu olduğu da düşünüldüğünde satıcı bu aşamada daha çok alıcının olumlu zararını mı yoksa olumsuz zararını mı talep edeceği noktasında belirsizlik içinde olacaktır. Örneğin alıcının aylar sonra sözleşmeden dönme beyanında bulunarak (yoksun kalınan kâr olarak sınıflandırılan) olumsuz zararı olarak (önceki) kaçırılan fırsat olarak nitelendirilen sözleşme önerisindeki bedel ile sözleşmeden dönmesi üzerine üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmedeki satış bedeli arasındaki farkı talep etmesi söz konusu olabilir. Ancak alıcının olumsuz zararının hesaplanması noktasında Yargıtay dürüstlük kuralının uzantısı olarak zararı azaltma külfeti kapsamında tazminat hesaplanırken (alıcının piyasa durumuna göre spekülasyon yapmasını da önlemek için) alıcının sözleşmeden dönebileceği tarihi dikkate almaktadır⁶⁷⁴. Başka bir deyişle, sözleşmeden dönme için uzun süre bekleyip piyasa fiyatı yükseldikten sonra satılan ile eşdeğer bir mal satın almışsa, bu durumda olumsuz zarar giderilirken tazminattan indirim yapılabilmektedir. Esasen buradaki mesele daha çok (zararın hesaplanmasının akabinde) tazminatın belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu noktada spekülasyon ihtimalinin tazminatın

⁶⁷⁴ “(...) davacının sözleşmeden dönmeyi yeğlemesine karşın uzun süre beklemesi, MK m. 2 ile bağdaşmayacağı gibi, BK m. 44 anlamında birlikte kusur sayılmalıdır. O nedenle davacının olumsuz zararını belirlemek için mahkemece yapılacak iş şu olmalıdır: Uzman bilirkişi aracılığı ile somut olaydaki durum ve koşulların özelliğine, olayların normal akışına, dürüstlük ve doğruluk kurallarına, tecimsel yaşamın isteklerine göre, davacının en geç hangi günde sözleşmeden dönmesi gerektiği saptanıp dava konusunda geçen otonun kararlaştırılan teslim günündeki fiyatı (satış parası) ile sözleşmeden dönülmesi gereken gündeki aynı nitelikteki otonun fiyatı (satış parası) arasındaki fark bulunmalı ve istemle bağlı kalınarak böylece belirlenecek fark tutarının davacı yararına ödetilmesine karar verilmelidir (...)” Y. 13. HD., 22.[09].19821, E. 5738, K. 6690 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4610) Yargıtay’ın kaçırılan fırsat olarak dikkate aldığı bedel tam olarak anlaşılmamakla birlikte, kararda Yargıtay alıcının olumsuz zararını (buna bağlı olarak tazminatı) hesaplamayı amaçlamaktadır.

belirlenmesine ilişkin ilkeler ışığında büyük ölçüde azaltılabileceği söylenebilir⁶⁷⁵. Aynı şekilde alıcının olumlu zararının genel hükümlere göre hesaplanması bakımından da benzer ilkeler söz konusu olacaktır, kaldı ki olumlu zararının hesaplanmasında somut ve soyut yöntemler bunlar esas alınarak düzenlenmiştir.

Ayrıca, genel olarak alıcının sözleşmeden dönme hakkını (hemen bildirimde bulunmasa bile) dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerektiği kabul edilirse her iki tarafın da menfaati (alıcı bakımından uygun süre tanınması, satıcı bakımından alıcının kendisi aleyhine spekülasyon yapmasının önlenmesi) korunabilecektir. Böylelikle (hemen bu hakkına başvurmayan ancak) sözleşmeden dönmek isteyen alıcının dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmesi gerekecektir. Örneğin satıcının alıcıya tercihini bildirmesi için uygun süre tanınmasına rağmen alıcının uzun süre sessiz kaldıktan sonra sözleşmeden dönmesi durumunda (somut olayın koşulları da bunu gerektiriyorsa⁶⁷⁶) dürüstlük kuralına aykırılık söz edilebilecektir⁶⁷⁷. Öyleyse alıcının hemen bildirimde bulunması aranmasa bile dürüstlük kuralı ile her iki tarafından da menfaatinin korunabileceği söylenebilir.

⁶⁷⁵ Olumsuz zarara ilişkin tazminatın belirlenmesi aşamasında hâkiminin TBK m. 51 ve 52 hükümlerinden yararlanabileceğine, özel olarak zararı azaltma külfetinin tazminatta indirim sebebi olabileceğine ve ayrıca (başka bir bağlamda ele alınmış olmakla birlikte) alacaklının genel olarak borçlu aleyhine spekülasyon yapmasının dürüstlük kuralı ile engellenebileceğine dair bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 364-365, 359.

⁶⁷⁶ Yukarıda da açıklandığı üzere özellikle tazminatın belirlenmesi noktasında alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapması önemli ölçüde sınırlandırıldığı ve karşı edimin de para borcu olduğu düşünüldüğünde gerçekten de alıcının sözleşmeden dönmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceği noktasında somut olayın koşullarına bakmak gerekebilir. Örneğin alıcı satış bedelini ödemişse, ancak satılanın piyasa fiyatı düşmekteyse alıcının piyasanın gidişatına göre tercihinin belirlemesi (yani dönme üzerine satış bedelinin iadesini talep etmesi) ihtimali söz konusu olabilir ve bu durumda alıcıdan, satıcının verdiği uygun süre içerisinde bir tercihte bulunması beklenebilir.

⁶⁷⁷ Benzer yönde bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 12.

3. Sözleşmeden Dönmenin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Görüşler

Sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları öğretide tartışmalıdır. Klasik dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme geriye etkili olarak hüküm doğuracak ve taraflar arasındaki borç ilişkisi “geçmişe etkili olarak” ortadan kalkacaktır⁶⁷⁸. Böylece, alıcının satış bedelini ödeme borcu ve satıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcu sona erecektir⁶⁷⁹. Yerine getirilmiş edimler bakımından taraflar arasındaki iade talepleri ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır⁶⁸⁰.

Aynı etkili dönme görüşüne göre, sözleşmeden dönme ile birlikte yine taraflar arasındaki borç ilişkisi “geçmişe etkili olarak” ortadan kalkacak, fakat bu sözleşmeden doğan borcun ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemlerinin durumu, söz konusu işlemin sebebe bağlı veya sebepten soyut olmasına göre değişiklik arz edebilecektir⁶⁸¹.

Yasal borç ilişkisi teorisine göre ise, sözleşmeden dönme ile birlikte taraflar arasındaki borç ilişkisi baştan itibaren sona ermekle birlikte, yerine getirilmiş edimlerin iadesine ilişkin olarak kanundan doğan borç söz konusu olacak ve bu alacak hakkı 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁶⁸².

⁶⁷⁸ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 155; Oser, Schönerberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 109, N. 2; Engel, **Traité des obligations**, s. 734; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1686, 1699; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 504; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 920; karş. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 241. Sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarına ilişkin görüşlere dair detaylı açıklamalar için bkz. Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 117 vd.

⁶⁷⁹ Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1687; Keller, Schöbi, **I**, s. 278.

⁶⁸⁰ von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 156; Engel, **Traité des obligations**, s. 734; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 505; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1699; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 921.

⁶⁸¹ Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 133 vd.; Turgut Öz, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi Ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1996, C. 13, Sayı: 16, s. 131-172, s. 142 vd.

⁶⁸² Becker, **BK OR**, Art. 109, N. 2, 4; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 967-968.

Yeni dönme görüşüne (*Umwandlungstheorie*) göre ise, alacaklı dönme beyanında bulunmakla birlikte sözleşmesel ilişki, bir “tasfiye ilişkisine” dönüşecektir⁶⁸³. Henüz ifa edilmemiş borçlar ise sona erecek⁶⁸⁴, yerine getirilmiş edimler bakımından ise, tarafların iadeye ilişkin sözleşmesel bir alacak hakkı söz konusu olacaktır⁶⁸⁵. Böylece, iadeye ilişkin sözleşmeden doğan alacak hakkı 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır (TBK m. 147 – İBK m. 127)⁶⁸⁶.

Alıcının borcunun para borcu olduğu dikkate alındığında, sözleşmeden dönmenin hukuki sonucuna ilişkin ileri sürülen görüşler, temel olarak (alıcı tarafından yerine getirilmiş edimin iadesi noktasında) satıcının iade borcuna uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından farklı sonuçlar doğurabilecektir.

C. Olumsuz Zarar

TBK m. 125 III’te sözleşmeden dönen alacaklının “sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini” talep edebileceği düzenlenmiştir. Öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre alacaklı (alıcı) sözleşmeden dönme ile birlikte uğradığı olumsuz zararın giderilmesini talep edebilir⁶⁸⁷.

⁶⁸³ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 36; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2793; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 42; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.73 vd.; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, § 26, N. 92; Kurt, **a.g.e.**, s. 302. Açıklamalar için bkz. Schwenzler, **OR AT**, N. 66.33 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 123 vd.

⁶⁸⁴ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2805; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43.

⁶⁸⁵ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2806; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 83 vd. Sözleşmeden doğan alacak hakkı ile sebepsiz zenginleşme taleplerinin yarışacağına dair bkz Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, § 26, N. 92.

⁶⁸⁶ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2806. Zamanaşımı bakımından bkz. BGE 132 III 233; BGE 60 II 20 vd.

⁶⁸⁷ Sözleşmeden dönülmesi hâlinde olumsuz zararın giderilmesinin talep edileceği yönünde bkz. von Tuhr, Escher, **AT II**, s. 156; Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 109, N. 7; Becker, **BK OR**, Art. 107, N. 32; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.5; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 43, Art. 191, N. 25; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 1, 36; Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 10; Wiegand, **BSK OR**, Art. 107, N. 4;

Olumsuz zararının tazmini ile alıcının malvarlığı, satış sözleşmesini hiç yapmamış olsaydı olacağı duruma getirilmektedir⁶⁸⁸. Diğer bir ifade ile olumsuz zarar, alıcı satış

Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2808; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43; Keller, Schöbi, **I**, s. 279; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 33; Cavin, **a.g.e.**, s. 45; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1322; Honneger, **a.g.e.**, s. 62; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1705; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 505; Bilge, **a.g.e.**, s. 49; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 444; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1147; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1143, 1147; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 916-917; Antalya, **a.g.e.**, s. 523; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 161; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 116; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 249; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Bursa, Dora, 2017, s. 173; Olgaç, **Satıcının Temerrüdü**, s. 251; Kapancı, **a.g.m.**, s. 2376. Bu yönde bkz. 11. HD., E. 2006/8368 K. 2007/671 T. 23.01.2007 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

Sözleşmeden dönen alacaklının tazminini talep edebileceği zararın olumsuz zarar ile sınırlı olmasına ilişkin görüşe yönelik eleştiriler için bkz. Elisabeth Glättli, **Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung**, Zürih, Schultess, 1998, s. 73 vd.; Elisabeth Glättli, “Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt -- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, C. 93, 2017, s. 233-243, s. 239 vd.; Koller, **OR BT**, § 4, N. 26, 30; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 660-671; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 582, Serozan, **İfa**, § 17, N. 19; Ergüne, **a.g.e.**, s. 260. Ayrıca alıcının sözleşmeden dönmesi bakımından bkz.: Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 253. 1911 tarihli İBK ile getirilen bu düzenlemeye ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 15-16. Olması gereken hukuk bakımından sözleşmeden dönen alacaklıya olumlu veya olumsuz zararının giderilmesine ilişkin bir seçimlik hak tanımının yerinde olacağına dair bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 267.

Yargıtay bir kararında sözleşmeden dönen alıcının zararını, olumlu zararın belirlenmesine ilişkin somut yöntemi kullanarak hesaplamıştır. “(...) Ancak alıcının, akdın feshinden sonra makul bir süre içerisinde sonraki alım satımı yapması gerekir. Bunun sonucu olarak alıcı davacının talep edebileceği miktar, makul süre içerisinde yapacağı 2. alım fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki fark olacaktır. (...)” Y. 11 HD., E. 1988/5608, K. 1989/2721, T. 1.5.1989 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.12.2017). Yargıtay bir kararında ise sözleşmeden dönen alıcının olumsuz zararını, olumlu zararın olumlu zararın belirlenmesine ilişkin soyut yöntemi kullanarak hesaplamıştır: “(...) Sözleşmeden dönen davacı, olumsuz (menfi) zarar için giderim isteyebilir. Kural olarak, eğer davalı sözleşmede belirlenen günde otoyu teslim etseydi davacının ödeyeceği satış parası ile davacının [davalıya] ödeyeceği satış parası ile davalının temerrüdü üzerine davacının sözleşmeden döndüğü günde aynı nitelikteki otoyu satın alması için ödemesi gereken satış parası arasındaki fark kadar davalının mal varlığı azalacağından, anılan bu fark tutarı davacının uğradığı olumsuz zararı oluşturur.” Y. 13. HD. T. 22.[0]9.1981, E. 5738, K. 6690 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4609-4610).

Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 43; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N.2899; Schwenzer, **OR AT**, N. 66.34; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43; Keller, Schöbi, **I**, s. 279; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1147; karşı. Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 427; Olgaç, **Zarar**, s. 353. Zararın

sözleşmesi yapmamış olsaydı malvarlığının alacağı (farazi) durum ile satıcının temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmesi sonucu malvarlığının alacağı durum arasındaki farktır⁶⁸⁹. Alıcı, uğradığı olumsuz zarar kapsamında fiili zararının ve yoksun kalınan kârının giderilmesini talep edebilecektir⁶⁹⁰.

Alıcının, uğramış olabileceği olumsuz zarar kalemlerine bazı başlıca örnekler gösterilmektedir⁶⁹¹. Bu doğrultuda, noter harçları, damga vergisi gibi sözleşmenin kurulması ile ilgili masraflar⁶⁹²; satış bedelini ödeyebilmek için yaptığı kredi masrafları⁶⁹³ gibi alıcının kendi edimini yerine getirmek için yaptığı masraflar⁶⁹⁴; satılanın teslim edileceği düşüncesiyle satılanı muhafaza etmek için depo kiralaması hâlinde yaptığı

hesaplanması bakımından dikkate alınması gereken tarih bir görüşe göre “hüküm tarihidir” Eren, **Borçlar Genel**, s. 1149. Diğer bir görüşe göre, aynen ifadan vazgeçildiği tarih ile hüküm tarihi arasında seçim yapılabilirdir Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2812.

⁶⁸⁹ Giger, **BK OR**, Art. 190, N 43, Art. 191, N. 25; Keller, Schöbi, **I**, s. 279; Engel, **Traité des obligations**, s. 734-735; Bucher, **OR AT**, s. 342; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 240-241, 246.

⁶⁹⁰ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2811; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43; Engel, **Traité des obligations**, s. 735; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148 Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 243; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288.

⁶⁹¹ Bu konuda detaylı örnekler için bkz. Bucher, **OR AT**, s. 342-343; Ergüne, **a.g.e.**, s. 288 vd.; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 243 vd.

⁶⁹² Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 44; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43; Keller, Schöbi, **I**, s. 279; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 427; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Ergüne, **a.g.e.**, s. 289; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 243-244; Olgaç, **Zarar**, s. 353; benzer yönde Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2811, dn. 197; Engel, **Traité des obligations**, s. 735; Bucher, **OR AT**, s. 342.

⁶⁹³ Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 44; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 244.

⁶⁹⁴ Bucher, **OR AT**, s. 342; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43; Keller, Schöbi, **I**, s. 279; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 428; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 244; Olgaç, **Zarar**, s. 353.

masraflar⁶⁹⁵ gibi satıcının edimini kabul etmek için yaptığı masraflar⁶⁹⁶; ihtar⁶⁹⁷ ve yargılama giderleri⁶⁹⁸ gibi alıcının satıcıyı temerrüde düşürmek ve sözleşmeden dönebilmek için yaptığı masraflar⁶⁹⁹ fiili zarar kalemlerine örnek olarak gösterilmektedir. Alıcı satış bedelini ödemişse, satış bedeline işleyecek olan ana para faizinin de fiili zarar kapsamında olduğu ifade edilmektedir⁷⁰⁰.

Sözleşmenin “hüküm ifade etmeye devam edeceğine” güvenerek⁷⁰¹ başka bir sözleşme yapma imkânının kaçırılması nedeniyle yoksun kalınan kâr olumsuz zarar kalemine örnek olarak gösterilmektedir⁷⁰². Bu zarar kalemini şu örnek ile açıklanabilir⁷⁰³: Satıcının satılanı 1.000 TL bedel karşılığında alıcıya teslim edeceği kararlaştırılmıştır. Bunun üzerine satılan ile aynı çeşit ve kalitedeki malın 1.100 TL bedel karşılığında satışına ilişkin üçüncü bir kişi (başka bir satıcı) alıcıya bir öneride bulunmuş; ancak alıcı satıcı ile yaptığı sözleşmenin “hüküm ifade etmeye devam edeceğine” güvenerek bu

⁶⁹⁵ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Bilge, **a.g.e.**, s. 49.

⁶⁹⁶ Bucher, **OR AT**, s. 343; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 244.

⁶⁹⁷ Gauch, Schlupe, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2811; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245.

⁶⁹⁸ Keller, Schöbi, **I**, s. 279; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1148; Olgaç, **Zarar**, s. 353; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245.

⁶⁹⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 296; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245.

⁷⁰⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1149; Ergüne, **a.g.e.**, s. 294. Olumsuz zararın tazmini kapsamında yerine getirilen edimin iadesinin istenebileceğine dair bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 292.

⁷⁰¹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 256.

⁷⁰² Oser, Schönenberger, **Borçlar Hukuku**, Art. 107, N. 7; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 43; Gauch, Schlupe, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2811; Keller, Schöbi, **I**, s. 279-280; Bucher, **OR AT**, s. 343; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 428; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 855-856; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1149; Olgaç, **Zarar**, s. 353; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 246; ayrıca bkz. Schwenzer, **OR AT**, N. 14.31. Ayrıca, alıcının sözleşmeden dönmesi sebebiyle üçüncü kişilere tazminat ödemesi gerekmesi durumunda da bunların da olumsuz zarar kalemi teşkil edeceğine dair bkz. Bucher, **OR AT**, s. 342; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 245.

⁷⁰³ Yoksun kalınan kârının hesaplanmasına ilişkin bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 298 vd; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 249 vd.

öneriyi kabul etmemiştir. Fakat satıcının temerrüdü üzerine alıcı sözleşmeden dönmüş ve satılan ile aynı çeşit ve kalitedeki bir malı bu sefer başka bir kişiden 1.500 TL karşılığında satın almak durumunda kalmıştır. Bu durumda alıcının olumsuz zararı, bu bilgilere göre sözleşmeden dönme üzerine üçüncü bir kişi ile yaptığı sözleşme bedeli (1.500 TL) ile sözleşmenin “hüküm ifade etmeye devam edeceğine” güvenerek kaçırdığı sözleşme önerisindeki bedel (1.100 TL) arasındaki fark olan 400 TL’ye denk düşecektir⁷⁰⁴. Bununla birlikte belirtilmelidir ki kaçırılan fırsat hesap edilirken, alıcının söz konusu yoksun kaldığı kârı elde edebilmek için yapacağı masraflar indirilecektir⁷⁰⁵.

Bir görüşe göre, olumsuz zarar miktarı olumlu zarar miktarının üzerinde olmamalıdır; aksi hâlde bu görüşe göre alacaklıya tanınan aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazminini talep etmeye ilişkin seçimlik hakkın bir anlamı kalmayacaktır⁷⁰⁶. Ancak, olumsuz zararın, olumlu zarar ile sınırlı olmadığı genel kabul görmektedir⁷⁰⁷. Olumsuz zararı sınırlamaya yönelik görüş olumlu zarar ve olumsuz zararın birbirinden bağımsız olması ve bu yorumun kanun koyucunun iradesine aykırı olması sebebiyle eleştirilmektedir⁷⁰⁸.

Olumsuz zarardan satıcının sorumlu olması için kural olarak kusurlu olması gerekmektedir. Ancak, TBK m. 125 III doğrultusunda olumsuz zarar bakımından da satıcı temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlamak suretiyle sorumluluktan

⁷⁰⁴ Bu ihtimalde alıcı sözleşmeden dönmeyi tercih etmeyip aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep etseydi, bu veriler ışığında alıcının (somut yönteme göre) olumlu zararı fark teorisi doğrultusunda ikame mal alım bedeli (1.500 TL) ile satış bedeli (1.000 TL) arasındaki fark olan 500 TL’ye tekabül edecekti.

⁷⁰⁵ Schenker, **a.g.e.**, N. 754; Ergüne, **a.g.e.**, s. 306; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1149.

⁷⁰⁶ Olguç, **Zarar**, s. 353; karş. Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.190, N. 14.

⁷⁰⁷ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2812; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 14; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 29; Schenker, **a.g.e.**, N. 761; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1150; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 278-279.

⁷⁰⁸ Schenker, **a.g.e.**, N. 761; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1150; Ergüne, **a.g.e.**, s. 357 vd.

kurtulabilecektir⁷⁰⁹. Son olarak belirtilmelidir ki tazminatın belirlenmesi bakımından ise hâkim, TBK m. 114 II atfıyla TBK m. 51 vd. hükümlerini uygulayacaktır⁷¹⁰.



⁷⁰⁹ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2808; Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 12, Art. 191, N. 5; Giger, **BK OR**, Art. 190, N. 44; Furrer, Müller-Chen, **OR AT**, § 20, N. 43; Keller, Schöbi, **I**, s. 279; Arslanlı, **a.g.e.**, s.407; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1150. Aksi yönde bkz. Schwenger, **OR AT**, N. 66.34.

⁷¹⁰ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 14, bu konuda bkz. BGE 61 II 257-258; BGE 60 II 27 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ SATIŞTA ALICININ OLUMLU ZARARIN HESAPLANMASI

I. Genel Olarak

A. Uygulama Alanı

TBK m. 213 II ve III satıcının temerrüde düşmesi hâlinde alıcının aynen ifa talebinden vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda olumlu zararın nasıl hesaplanacağını düzenlemektedir⁷¹¹. TBK m. 213 II somut yönetime göre olumlu zararın hesaplanmasını gösterirken TBK m. 213 III ise soyut yönetime göre olumlu zararın hesaplanmasını göstermektedir⁷¹².

TBK m. 213, belirli vadeli ticari satışta TBK m. 212 doğrultusunda alıcının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ettiğinin kabul edildiği durumlarda uygulanacağı gibi belirli vadeli ticari satışlar dışında kalan satışlarda alıcının TBK m. 125

⁷¹¹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 5; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 1; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 69; Keppler, **a.g.e.**, s. 55; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 1; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

⁷¹² Andreas von Tuhr, “Streifzüge im revidierten Obligationenrecht”, **SJZ**, 1921-1922, 18. Yıl, Sayı: 23, s. 365-371, s. 367; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 7, 16; Schönle, **ZK, OR** Art. 191, N. 2, 12, 22; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 30, 41 vd.; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 2; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 3, 5; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 10, N. 52; Koller, **OR BT**, § 4, N. 32; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529-2530; Bucher, **OR BT**, s. 71 Müller, **Contrats de droit suisse**, N. 220-221; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 26; Cavin, **a.g.e.**, s. 50-51; Keppler, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Tandoğan, **C.1/I** s. 140-141; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1680; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; Eren, **Borçlar Özel**, s. 73-74; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 600; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 14, 19; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 120; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 105; Gümüş, **a.g.e.**, s. 42, 47; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 162; Havutçu, **a.g.e.**, s. 76. BGE 120 II 299. 865 sayılı Ticaret Kanunu m. 715’te de zararın hesaplanmasında soyut ve somut yöntemler düzenlendiğine ilişkin açıklamalar için bkz. Olgaç, **Zarar**, s.357.

II doğrultusunda aynen ifa talebinden vazgeçip olumlu zararının tazmini istemesi durumunda da uygulanmaktadır⁷¹³.

Bununla birlikte, eBK döneminde söz konusu hükmün ticari olmayan satışlarda da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıydı. Şöyle ki eBK m. 188 II hükmünde “ticari muamelesinde” ifadesine yer verilmişti⁷¹⁴. Bu sebeple zararın hesaplanmasına ilişkin bu

⁷¹³ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 102; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 1; Gümüş, **a.g.e.**, s. 47; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163.

⁷¹⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki İBK m. 191’in somut yönteme ilişkin ikinci fıkrasında ticari satış ifadesine yer verilmiş olup soyut yönteme ilişkin İBK m. 191 III’te ise ticari satış ifadesine yer verilmemiştir. Bu sebeple somut ve soyut yöntemlerin ticari satış dışında kalan satış sözleşmeleri bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı İsviçre hukuku öğretisinde hâlâ tartışmalıdır.

Somut yöntemin ticari olmayan satışlarda uygulama bulacağı; ancak soyut yöntemin alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanmasına ilişkin olması sebebiyle yalnızca ticari satışlarda (nitekim ticari satışta alıcının satılanı tekrar satması olası olduğundan) uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Barth, **a.g.e.**, s. 155, 162-164; von Tuhr, **a.g.m.**, s. 367; Honneger, **a.g.e.**, s. 61-62; karşı. Koller, **OR BT**, § 4, N. 33; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 25.

Hem somut hem de soyut yöntemin ticari satışlar dışında kalan satış sözleşmeleri bakımından da uygulanacağı görüşü için bkz. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 6, 31, 43; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 9, 37-38; Honsell, **OR BT**, s. 61; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2532 Lemp, **a.g.e.**, s. 171, 176; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 69, 71; (bunların kıyasen uygulanacağına dair bkz. Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 2; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 9).

İBK m. 191 II’de yer verilen ticari satış ifadesinin hem ikinci fıkrada hem de üçüncü fıkrada öngörülen hesaplama yöntemlerinin uygulama alanını belirlediğine, dolayısıyla somut ve soyut yöntemin ticari satışlar için düzenlendiğine dair ise bkz. Cavin, **a.g.e.**, s. 49; Comment, **a.g.e.**, s. 121-122; karşı. Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 30; Tercier, **La partie spéciale**, N. 220. Ancak, bu görüşteki bazı yazarlar da hâkimin genel hükümlere göre zararın ve tazminatın belirlenmesinde İBK m. 191 II ve III’teki kriterlere dayanabileceğini kabul etmektedirler, Cavin, **a.g.e.**, s. 49; benzer şekilde: Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.37; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 30. Kaldı ki bu yazarlara göre somut ve soyut yöntemin İBK m 191’de fark teorisine dayanıyor olması da pratik bir farklılık yaratmayacaktır, çünkü ticari olmayan satışlarda fark teorisinin uygulanmayacağı kabul edilse bile alıcının takas imkânı da göz önünde bulundurulduğunda tartışmanın pratik önemi olmayacaktır, bkz. Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s.29; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 37; ayrıca bkz. Honsell, **OR BT**, s. 61.

İBK m. 190 II ve III’ün ticari satış dışında kalan satışlar bakımından uygulama bulup bulmayacağını açık bırakan ancak her hâlûkârda söz konusu yöntemlerin genel hükümler doğrultusunda kıyasen uygulanabileceğine dair İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 120 II 299 vd.; BGE 104 II 198 vd.; karşı. BGE 105 II 89-90.

yöntemlerin sadece ticari satışlarda uygulanacağı kabul edilmekteydi⁷¹⁵. Bu doğrultuda bazı yazarlara ve Yargıtay kararlarına göre zararın hesaplanmasına ilişkin eBK m. 188’de düzenlenen yöntemlerin, sadece ticari satış için uygulanması gerekmekteydi⁷¹⁶. Diğer bir görüş ise, bu yöntemlerin sadece ticari satışlarda değil adi satışlarda da uygulanması gerektiğini savunuyordu⁷¹⁷. Türk Borçlar Kanunu Tasarısına ilişkin Adalet Komisyonu Raporu’nda doktrindeki görüşlerin dikkate alınarak hesaplama yönteminin ticari satışların yanı sıra adi satışlarda da uygulanmasını sağlamak üzere maddedeki “ticarî muamelesinde” ifadesinin kaldırıldığına dair açıklama yer almaktadır. Böylece, TBK m. 213 II ve III hükümleri ticari satışlarda uygulanacağı gibi adi satışlarda da uygulama bulacaktır⁷¹⁸.

Diğer yandan öğretide TBK m. 213 II ve III kurallarının, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı⁷¹⁹ gibi aynen ifa talebinin ortadan kalktığı diğer hâllerde de

⁷¹⁵ Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 244; Olgaç, **Zarar**, s.357-358; açıklamalar için bkz. Bilge, **a.g.e.**, s. 54; Gümüş, **a.g.e.**, s. 47.

⁷¹⁶ Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387. eBK m. 188 III’te düzenlenen soyut yöntemin sadece yeniden satış veya işledikten sonra yeniden satış için yapılan satışlarda uygulanacağına ilişkin bkz. YHGK, T. 12.12.1962, E. 89, K. 42 (Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 388-389).

⁷¹⁷ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863, 865; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 110; Tandoğan, **C.1/I** s. 146; fark teorisi bakımından bkz. Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 519. TBK m. 213’te öngörülen zararı hesaplama yöntemlerin ticari olmayan satışlarda da uygulanmasının “yerinde” olduğuna ilişkin bkz. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 118.

⁷¹⁸ Her ne kadar söz konusu hükmün taslağına ilişkin Adalet Komisyonu raporunda yalnızca somut yönetime ilişkin açıklama yapılmış olsa da soyut yönetime ilişkin üçüncü fıkrada da ticari satış ibaresine zaten yer verilmediğinden kanun koyucunun amacının her iki yöntemi de ticari olmayan satışlarda uygulamak olduğu anlaşılmaktadır.

⁷¹⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 4; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 2; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 633; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 3; Müller-Chen, Girsberger, Furrer, **OR BT**, Kapitel 2, N. 18; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 102; Eren, **Borçlar Özel**, s. 74. Kısmi zapt hâlinde de uygulama bulacağına dair bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 74; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 102.

uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁷²⁰. Ancak, alıcının sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep etmesi hâlinde TBK m. 213 uygulama alanı bulmamaktadır⁷²¹.

Somut veya soyut yöneme ilişkin TBK m. 213 II ve III kurallarının altında yatan amacın zararın hesaplanması bakımından alıcıya ispat kolaylığı⁷²² sağlamak olduğu belirtilmektedir⁷²³. TBK m. 213 hükmü emredici hukuk kuralı olmadığından taraflar temerrüdün sonucuna ilişkin ayrık bir düzenlemeyi kural olarak yapabilirler⁷²⁴.

Ayrıca eklemek gerekir ki TBK m. 213 ile sorumluluğun kurulmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple, alıcının tazminat talep edebilmesi için satıcının sorumluluğunun şartlarının genel hükümlere göre yerine gelmiş olması gerekir⁷²⁵. Başka

⁷²⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 4; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 633; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 3; benzer yönde: Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 1; Eren, **Borçlar Özel**, s. 74; Gümüş, **a.g.e.**, s. 47. Eser sözleşmesinde zararın hesaplanması bakımından da somut ve soyut yöntemden yararlanılabileceğine ilişkin bkz.: Kurt, **a.g.e.**, s.270-271.

⁷²¹ Cavin, **a.g.e.**, s. 50; Comment, **a.g.e.**, s. 154; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 1, 8; m. 212, N. 24; bu yönde Y.11 HD., T. 19.01.1982, E. 5484, K. 139 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4597-4598). Aksi yönde Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 253.

⁷²² Zararını ispat etmesi için alıcıya bir kolaylık sağlanarak alıcının “bilançosunun ve ticari sırlarını” açıklamaktan kurtarıldığına dair bkz. Serozan, **Borçlar Özel**, N. 600; benzer yönde Ilse Kollpack, **Die abstrakte Schadensberechnung** (Tez), Köln, Köln Üniversitesi, 1960, s. 87-88

⁷²³ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 626; Tercier, **La partie spéciale**, N. 220; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 1; Cavin, **a.g.e.**, s. 49; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 2; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 242; Kollpack, **a.g.e.**, s. 87-88; Serozan, **Borçlar Özel**, N. 600; Gümüş, **a.g.e.**, s. 47; karşı. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 22. BGE 120 II 299; BGE 105 II 88-89; YHGK, T. 12.12.1962, E. 89, K. 42 (Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 389). TBK m. 213’ün (İBK m. 190) hâkim tarafından re’sen uygulanacağına dair bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 4.

⁷²⁴ Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 27.

⁷²⁵ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 68.

bir deyişle kanun koyucu, satıcının temerrüdü hâlinde alıcının uğradığı zararların giderilmesi bakımından bir garanti sorumluluğu düzenlememiştir⁷²⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi farklı anlamları ifade etmektedir⁷²⁷. Zararın belirlenmesi ile zararın miktarı sayısal olarak tespit edilmektedir⁷²⁸. Böylece hesaplanan zarar, tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır⁷²⁹. Tazminatın belirlenmesi ile ise hesaplanmış olan zararın ne kadarının (tamamının veya bir kısmının) tazmin edileceği saptanmaktadır⁷³⁰. Bu doğrultuda TBK m. 213 zararın belirlenmesine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Tazminatın belirlenmesi ise TBK m. 114 II atfıyla TBK m. 51 vd. hükümlerine göre gerçekleşecektir⁷³¹.

⁷²⁶ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 9; karş. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.8.

⁷²⁷ Heinrich Honsell, Bernhard Isenring, Martin A. Kessler, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 5. Bası, Zürich, Schultess Verlag, 2013, § 8, N. 1; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1252 vd.; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 1851.

⁷²⁸ Honsell, Isenring, Kessler, **a.g.e.**, § 8, N. 1; Walter Fellmann, Andrea Kottmann, **Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I. Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG**, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, N. 1332; Heinz Rey, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 4. Bası, Zürich/Basel/Genf, Schulthess 2008, N. 196.

⁷²⁹ Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1336; Rey, **a.g.e.**, N. 395; Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N. 1253; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 1852.

⁷³⁰ Honsell, Isenring, Kessler, **a.g.e.**, § 8, N. 1; Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1336.

⁷³¹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 11; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 5; Cavin, **a.g.e.**, s. 53; Keppler, **a.g.e.**, s. 66; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 68-69; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 2; karş. von Büren, **OR BT**, s. 11, dn. 35; Gümüş, **a.g.e.**, s.47; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1142. Tazminatın hesaplanması bakımından indirim sebeplerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 66-67. Satıcının hafif kusurlu olması durumunda İBK m. 99 III atfıyla m. 42 doğrultusunda tazminatın belirlenmesi aşamasında (soyut yöntemden farklı olarak) somut yöntemle göre hesaplanmış zararın aşağısında bir tazminata hükmedilemeyeceğine ilişkin bkz. BGE 46 II 145 vd., 150; Keppler, **a.g.e.**, s. 67. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 4.

B. Fark Teorisi

TBK m. 213 II ve III'te zararın hesaplanmasına ilişkin düzenlenmiş olan yöntemler fark teorisinin uygulanması anlamına gelmektedir⁷³². Alacaklının, aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesi talep etmesi durumunda (veya talep etmiş sayıldığı durumda) alacaklının kendi edimini yerine getirmek zorunda olup olmadığı sorusuna fark teorisi ve mübadele teorisi farklı cevap vermektedir⁷³³.

Mübadele teorisine göre, aynen ifadan vazgeçen ve olumlu zararının giderilmesini talep eden alacaklı (alıcı) kendi borcunu ifa etmelidir⁷³⁴. Alacaklı aynen ifadan vazgeçmiş olsa da “sözleşme ilişkisi” hâlâ ayakta olduğundan, karşı edimi yerine getirmekle yükümlü olmaya devam etmektedir⁷³⁵. Alıcı bir yandan tazminat talep ederken diğer yandan kendi edimini yerine getirme borcu altındadır. Bununla birlikte satış sözleşmesinde alıcının olumlu zararının giderilmesini talep etmesi durumunda bu tartışmanın önemi oldukça azalmaktadır. Çünkü, satış sözleşmesinde alıcının satış bedelini ödeme borcu bir para borcu olduğundan, mübadele teorisi uygulansa bile alıcı takas beyanında bulunabilir⁷³⁶.

⁷³² Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 3; Koller, **OR BT**, § 4, N. 32; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 18; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 2, 6; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 2; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 190, N. 9; Engel, **Traité des obligations**, s. 733; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 41, N. 133; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 2; Keppler, **a.g.e.**, s. 55; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1680; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 869; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1142; Tandoğan, **C.1/I** s. 140-141; Bilge, **a.g.e.**, s. 54; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 244-245; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; Eren, **Borçlar Özel**, s. 73-74; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 14, 19; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 118; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 96; Gümüş, **a.g.e.**, s. 42, 47; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 110-111; Olgaç, **Zarar**, s. 355.

⁷³³ Wiegand, **BSK OR**, Art. 97, N. 54; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 17.

⁷³⁴ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Keller, Schöbi, **I**, s. 275; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 29-30; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 240; Bilge, **a.g.e.**, s. 49. Açıklamalar için bkz. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 17; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 2; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1141-1142; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; Bilge, **a.g.e.**, s. 56.

⁷³⁵ Keller, Schöbi, **I**, s. 275; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 240; Bilge, **a.g.e.**, s. 49; karş. BGE 123 III 22.

⁷³⁶ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 29, 30; Açıklamalar için bkz. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 18; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 869; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; Yavuz, Acar,

Fark teorisine göre ise, zararını talep eden alacaklı (alıcı) kendi borcunu aynen ifa etmeyecek, bunun karşılığında kendi ediminin değeri, talep ettiği olumlu zarar miktarından düşülecektir⁷³⁷. Böylece, alacaklı “kendi edimini yerine getirmekten kurtulacaktır”⁷³⁸. Aslında bu durumda (sözleşmeden dönmeden farklı olarak) alacaklının kendi edimini “aynen” değil, değeri üzerinden yerine getireceği öğretide ifade edilmektedir⁷³⁹.

Öğretide tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde alacaklının uğradığı olumlu zararın tazminini talep etmesi durumunda fark teorisinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁴⁰. Bazı yazarlar bu görüşü desteklerken TBK m. 213 hükmünden yararlanmaktadırlar. Bu yazarlara göre TBK m. 213’te düzenlenmiş olan fark teorisi genel olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde kıyasen uygulanabilir⁷⁴¹.

Özen, **a.g.e.**, s. 96. Karşı edimin para borcuna ilişkin olması durumunda artık her iki teorisinin de aynı sonuca varacağına dair bkz. Wiegand, **BSK OR**, Art. 97, N. 55; von Büren, **OR AT**, s. 377; Schwenger, **OR AT**, N. 64.26; karşı. Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 869.

Ancak, takasın mümkün olmadığı durumlarda hâlâ TBK m. 191’de düzenlenen fark teorisinin anlam ifade edebileceğine dair bkz. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 18; karşı. Lemp, **a.g.e.**, s. 57-58. Eğer, alıcı satış bedeline ilişkin borcu bakımından takas hakkından önceden feragat etmişse, tereddüt halinde, güven ilkesi doğrultusunda satıcının borcunu yerine getirmemesi hâlinde zararının hesaplanmasında fark teorisinin uygulanmasından vazgeçmiş sayılmayacağının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir, bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 16.

⁷³⁷ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 869. Açıklamalar için bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.6; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 17; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1141-1142; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 163; Bilge, **a.g.e.**, s. 56.

⁷³⁸ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 962.

⁷³⁹ Guhl, **Rücktritt**, s. 145.

⁷⁴⁰ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 20; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2781; Guhl, **Rücktritt**, s. 145; Engel, **Traité des obligations**, s. 733; von Büren, **OR AT**, s. 377; Bucher, **OR AT**, s. 381; Comment, **a.g.e.**, s. 113; Tandoğan, **C.1/I** s. 145-146; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 520; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 869; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1091, 1142.

⁷⁴¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 1142; benzer yönde Tandoğan, **C.1/I** s. 146. karşı, Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 21.

Buna mukabil, fark teorisini savunan bazı yazarlara göre, alacaklıya fark teorisine veya mübadele teorisine başvurmak konusunda seçimlik hak tanımak gerekmektedir⁷⁴². Bu doğrultuda, TBK m. 213 II ve III'ün şartları sağlanmış olsa da alıcının fark teorisi yerine mübadele teorisinin uygulanmasını talep edebileceği de kabul edilmektedir⁷⁴³. Böylece, alıcı satış bedelini ödeyecek, satıcının borcunu ifa etmemesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep edebilecektir⁷⁴⁴.

Alıcının kendi borcunu yerine getirmiş olması hâlinde uğradığı zararın hesaplanmasında fark teorisinden yararlanıp yararlanamayacağı doktrinde oldukça tartışmalıdır⁷⁴⁵. Katı fark teorisi (*strikte/strenge Differenztheorie*) olarak adlandırılan bir görüşe göre, alıcı satış bedelini ödemiş olsa bile satış bedelinin iade edilmesini ve zararının fark teorisine göre somut veya soyut yöntemlerle hesaplanmasını isteyebilir⁷⁴⁶. Diğer görüşe göre ise satış bedelinin ödenmiş olması durumunda, yalnızca mübadele

⁷⁴² Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 5; Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2781; Tandoğan, **C.1/I** s. 146; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 870; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1091; Serozan, **İfa**, § 17, N. 13; karşı. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 7; von Büren, **OR AT**, s. 377. Alman hukuku bakımından bkz. Jauernig/Stadler, **BGB** § 281, N. 18.

⁷⁴³ Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 3; Koller, **OR BT**, § 4, N. 30; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 31; Eren, **Borçlar Özel**, s. 74. Somut yöntem için karşı. Barth, **a.g.e.**, s. 155. Ancak alıcının olumlu zararının giderilmesine ilişkin karinenin uygulanmasıyla birlikte aynı zamanda karine olarak alıcının zararının hesaplanmasında da fark teorisine başvurduğunun kabul edileceğine dair bkz. Koller, **OR BT**, § 4, N. 30.

⁷⁴⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 31. Satıcının ifa etmemesi sebebiyle alıcının uğradığı zarar için “büyük zarar (*grosse Nichterfüllungsschaden*)” bununla satış bedeli arasındaki fark için “küçük zarar (*kleine Nichterfüllungsschaden*)” ifadesi de kullanılmaktadır, Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 6.

⁷⁴⁵ Tartışmalar için ayrıca bkz. Koller, **OR BT**, § 4, N. 35; Eren, **Borçlar Özel**, s. 73; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 6.

⁷⁴⁶ Weber, **BK OR**, Art. 107, N. 200; Eren, **Borçlar Özel**, s. 73; karşı. Koller, **OR BT**, § 4, N. 38; ayrıca bkz. Glättli, **a.g.m.**, s. 239 vd. Ancak, yazara göre alıcı bu durumda fark teorisi yerine mübadele teorisinin uygulanmasını da talep edebilecektir, Eren, **Borçlar Özel**, s. 73. Bu görüşün çoğunlukla reddedildiğine dair Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2782.

teorisi uygulama alanı bulacaktır⁷⁴⁷. Bu görüşe göre fark teorisinin mutlak bir şekilde uygulanması durumunda edimini yerine getirmiş alacaklının sözleşmeden dönme hakkına başvurmadağı hâlde, edimin iadesini isteyerek hem alacaklı sözleşmeden dönmüş gibi bir hukuki sonuç ortaya çıkacak, diğer yandan da alacaklı olumlu zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir⁷⁴⁸. Bu görüş doğrultusunda mübadele teorisinin uygulanacağını kabul edersek, bu ihtimalde alıcı ödediğı bedelin iadesini veya zarardan indirilmesini isteyemeyecektir⁷⁴⁹.

Son olarak her ne kadar TBK m. 213'ün ikinci ve üçüncü fıkraları fark teorisinin uygulanmasına ilişkin olsa da mübadele teorisinin uygulandığı durumlarda da alıcının zararının hesaplanması noktasında karşı edimin değerin (veya soyut yöntem bakımından tartışmalı olarak yoksun kalınan kârının⁷⁵⁰) belirlenmesi bakımından somut ve soyut yöntemden yararlanabileceğı öğretide kabul edilmektedir⁷⁵¹. Böylece alıcının, mübadele teorisinin uygulandığı bir durumda, zararının somut yöneme göre hesaplanmasını talep etmesi hâlinde, ikame alım bedeli (bununla satış bedeli arasındaki farkı değil) zarar olarak talep edilebilecektir⁷⁵². Alıcı soyut yöneme dayanarak – mübadele teorisinin uygulandığı bir durumda – satılanın piyasa veya borsa fiyatını (bununla satış bedeli arasındaki farkı değil) zararı olarak talep edebilecektir⁷⁵³.

⁷⁴⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 9, Art. 191, N. 3; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 22; Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 34; Barth, **a.g.e.**, s. 165, 201; Comment, **a.g.e.**, s. 113; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 870.

⁷⁴⁸ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 107, N. 34, açıklamalar için bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N. 2782.

⁷⁴⁹ Schönle, **ZK**, OR Art. 190, N. 3, 9.

⁷⁵⁰ Soyut yöneme verilen anlam bakımından tartışmalar için bkz. Üçüncü Bölüm: IV.B.2.

⁷⁵¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 7; Kurt, **a.g.e.**, s. 270-271. Somut yöntemden yararlanılmasının mümkün olduğuna dair bkz. Barth, **a.g.e.**, s. 155; Havutçu, **a.g.e.**, s. 115. Soyut yöntemden yararlanılmasının mümkün olduğuna dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 176.

⁷⁵² Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 33.

⁷⁵³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 32.

C. Alıcının Zararının Hesaplanmasına İlişkin Yöntemler

1. Genel Olarak Zararın Hesaplanmasında Somut ve Soyut Yöntemler

Sorumluluk hukukuna ilişkin genel hükümler çerçevesinde zararın hesaplanması bakımından da objektif (soyut) yöntem ile sübjektif (somut) yöntem ayrımı yapılmaktadır. Zararın objektif (soyut) yönteme göre hesaplanması durumunda, zarar görenin söz konusu malvarlığı değeri üzerinde somut olarak nasıl bir tutum sergileyeceği ile ilgilenilmezken⁷⁵⁴, sübjektif (somut) yöntemde ise zarar görenin nasıl davranacağı dikkate alınarak zarar belirlenmektedir⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ Barth, **a.g.e.**, s. 144; Bamberger/Roth/Unberath, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: §§ 1-610 CISG**, 3. Bası, Münih, C.H. Beck, 2012 (Anılış: Bamberger/Roth/Yazar adı, BGB), § 281, N. 42; Ernst von Caemmerer, **Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht**, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962, s. 7; ayrıca bkz. Werro, **Commentaire Romand**, Art. 42, N. 4; Volker Emmerich, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht - Allgemeiner Teil** BGB § 241-432, 3. Bası, Münih, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994 (Anılış: Yazar adı, MünchKomm 3. Bası), BGB § 325, N. 87; Volker Emmerich, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht - Allgemeiner Teil** BGB § 241-432, 7. Bası, Münih, C.H. Beck 2016 (Anılış: Yazar adı, MünchKomm), BGB Vorbem. § 281, N. 24; Peter Kindler, **Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht**, 8. Bası, C.H. Beck, 2016, § 9, N. 50; Gottfried Schiemann, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 249 – 254 (Schadensersatzrecht)**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2017 (Anılış: Staudinger/Yazar adı, 2017), BGB § 252 N. 21. Normatif zarar kavramına ilişkin olarak bkz. Rona Serozan, "Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung", **Verantwortlichkeit im Recht: türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Band 2**, Zürich, Schulthess Verlag, 1981, s. 447-497, s. 462 vd.

⁷⁵⁵ Barth, **a.g.e.**, s. 144; Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1343; Magnus, **AnwaltKommentar BGB**, (bearbeitet von Thomas Heidel, Gerhard Ring, Barbara Dauner-Lieb), Bonn, DeutscherAnwaltVerlag, 2005 (Anılış: Yazar adı, AnwaltKommentar, BGB §), BGB Vorbem. §§ 249-255, s. 91; Engel, **Traité des obligations**, s. 730; karşı. Murat Topuz, **Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011 (Anılış: Topuz, Zarar), s. 119-120. Ayrıca, zararın tespit edilmesi bakımından zararın objektif (soyut) ve sübjektif (somut) yönteme dair ayrıma ilişkin açıklamalar için bkz. Roland Brehm, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR**

Zararın sübjektif (somut) yöneme göre hesaplanması ile somut olayda zarar görenin malvarlığında gerçekten (*tatsächlich/effectivement*) meydana gelen zarar tespit edilmektedir⁷⁵⁶ ve zarar görenin menfaati dikkate alınmaktadır⁷⁵⁷. Böylece, zarara konu olan ve hukuken korunan menfaatin değeri zarar görenin malvarlığı ile bağlantılı olarak ölçülmektedir⁷⁵⁸.

Objektif (soyut) yöntem, zararı soyut olarak hesaplamak suretiyle gerçek zararın belirlenmesinin önüne geçtiği gerekçesiyle öğretilde eleştirilmiştir⁷⁵⁹. Ancak, sübjektif (somut) yöntemin ise ispat yükünü taşıyan zarar gören açısından elverişsizlik yaratabileceği dile getirilmiştir⁷⁶⁰.

Türk-İsviçre hukukunda kanun koyucu özel olarak objektif (soyut) yönteminin uygulanmasını kabul etmediyse, kural olarak sübjektif (somut) yöntemin uygulanması gerektiği öğretilde kabul edilmektedir⁷⁶¹. Bu ilkenin, olumlu zararın hesaplanması

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht (Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter), Bern, Stämpfli Verlag AG 2013 (Brehm, BK OR- Unerlaubte Handlungen), Art. 42, N. 12 vd; Eren **Borçlar Genel**, s. 761.

⁷⁵⁶ Larenz, **a.g.e.**, s. 511; Hermann Lange, Gottfried Schiemann, **Schadenersatz**, 3. Bası, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, s. 353; Werro, **Commentaire Romand**, Art. 42, N. 3; Rey, **a.g.e.**, N. 205; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-255, N. 4.

⁷⁵⁷ Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1343.

⁷⁵⁸ Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1343; Franz Werro, **La responsabilité civile**, 2. Bası, Bern, 2011, N. 982.

⁷⁵⁹ Barth, **a.g.e.**, s. 144; Brehm, **BK OR**, Art. 42, N. 13. Sübjektif yöntemin zararın denkleştirme amacına daha uygun düştüğüne dair bkz. Magnus, **AnwaltKommentar**, BGB Vorbem. §§ 249-255, s. 91. Çoğu zaman iki yöneme göre elde edilen sonucun benzer olacağı, özellikle zarara konu malın piyasa fiyatının aynı zamanda zarar görenin malvarlığındaki somut menfaati de ifade edeceği saptanmaktadır, Werro, **Commentaire Romand**, Art. 42, N. 9; karş. Rey, **a.g.e.**, N. 320; Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1358.

⁷⁶⁰ Werro, **Commentaire Romand**, Art. 42, N. 8; Brehm, **BK OR**, Art. 42, N. 14a; Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1355.

⁷⁶¹ Gauch, Schluep, Emmenegger, **OR AT II**, N.2866; Engel, **Traité des obligations**, s. 737; Eren, **Borçlar Genel**, s.761-762; Serozan, **İfa**, § 16, N. 10; benzer yönde Rey, **a.g.e.**, N. 205; Giger, **Haftpflichtkommentar**, OR Art. 97, N. 39; Barth, **a.g.e.**, s. 144; Brehm, **BK OR**, Art. 42, N 14;

bakımından da uygulama bulacağı kabul edilmektedir⁷⁶². Böylece, örneğin alacaklının yoksun kalınan kârı da bu doğrultuda kural olarak somut yönleme göre hesaplanacaktır⁷⁶³. Ancak, alacaklının yoksun kalınan kârının somut yönleme göre hesaplanmasının mümkün olmadığı ya da makul olmadığı bazı durumlarda soyut yönleme göre hesaplanabileceği kabul edilmektedir⁷⁶⁴.

Objektif (somut) ve sübjektif (somut) yöntem, özellikle eşyaya gelen zarar bakımından tartışılmaktadır⁷⁶⁵. Objektif (soyut) yönleme göre, zarara uğrayan eşyanın objektif değeri, satılan ile aynı cinsten, nitelikte ve nicelikteki bir malın objektif ortalama değeri (özellikle piyasa fiyatı aracılığıyla) dikkate alınmak suretiyle tespit edilmektedir⁷⁶⁶. Bu değer, zarar gören malın piyasadan yeniden tedarik edilmesi için gerekli bedeli ifade ettiği belirtilmektedir⁷⁶⁷. Bazı yazarlar, eşyaya gelen zarar bakımından kural olarak malın objektif değerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler⁷⁶⁸. Ancak, zarar objektif

Werro, **a.g.e.**, N. 978, 982, 1034; karşı. Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1343, 1349. Alman hukuku bakımından karşı. Palandt/Heinrichs, **Bürgerliches Gesetzbuch BGB mit Nebengesetzen**, 64. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Anılış: Palandt/Yazar adı, 64. Bası), BGB Vorbem. §§ 249-253; N. 50, § 281, N. 30; Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 249, N. 14-15; Grunewald, **a.g.e.**, §33, N. 20; Jauernig/Teichmann, **BGB** Vorbem. §§ 249-253, N. 50; Magnus, **AnwaltKommentar**, BGB Vorbem. §§ 249-255, s. 91; Dauner-Lieb, **AnwaltKommentar**, BGB § 281, N. 59; Palandt/Grüneberg, **Bürgerliches Gesetzbuch BGB mit Nebengesetzen**, 77. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Anılış: Palandt/Yazar adı, 77. Bası), BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 21. Bu doğrultuda zarar hesaplanırken zarar görenin menfaatinin dikkate alınmasının, hesaplamanın önemli ölçüde çeşitli standartlara dayanmasına engel teşkil etmediği ifade edilmektedir, Werro, **a.g.e.**, N. 984, 1040.

⁷⁶² Barth, **a.g.e.**, s. 144.

⁷⁶³ **A.e.**, s. 145.

⁷⁶⁴ Barth, **a.g.e.**, s. 145, Hans Meyer-Wild, “Ueber die abstrakte Schadensberechnung beim Kauf”, **SJZ**, Cilt: 15, 1918-1919, s. 339-345, s. 341, 342. Ayrıca bkz. s. Üçüncü Bölüm: II.A.

⁷⁶⁵ Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1352.

⁷⁶⁶ Rey, **a.g.e.**, N. 206, 325; Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1344, 1346; karşı. Werro, **a.g.e.**, N. 1041.

⁷⁶⁷ Honsell, Isenring, Kessler, **a.g.e.**, § 8, N. 45; Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1347.

⁷⁶⁸ Fellmann, Kottmann, **a.g.e.**, N. 1349.

(soyut) yönteme göre hesaplansa bile, zarar gören zarara uğrayan malın kendisi için daha yüksek bir kullanım değeri ifade ettiğini, başka bir deyişle somut olarak daha fazla zarara uğradığını ispatlayarak, yine sübjektif (somut) yönteme başvurabilecektir⁷⁶⁹.

2. Alıcının Olumlu Zararının Hesaplanmasında Somut ve Soyut Yöntemler

Sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında zararın hesaplanması bakımından da zararın somut yönteme göre hesaplanması ile soyut yönteme göre hesaplanmasına ilişkin ayırım yapılmaktadır⁷⁷⁰. Zararın (geniş anlamda) somut yönteme göre hesaplanması ile somut olayda alacaklının (alıcının) uğramış olduğu zarar tespit edilmektedir⁷⁷¹. Zararın somut yönteme göre hesaplanmasının geniş anlamı bu doğrultuda, alacaklının somut olarak uğramış olduğu zarar kalemlerinin toplamını ifade etmektedir⁷⁷². Zararın (geniş anlamda) soyut yönteme göre hesaplanması ise bazı ortalama değerler göz önüne alınarak yapılmaktadır⁷⁷³. Soyut yönteme ilişkin açıklamalara aşağıda⁷⁷⁴ yer verilmiştir.

Alıcının uğradığı olumlu zararın (geniş anlamda) somut yönteme göre hesaplanması da iki farklı şekilde karşımıza çıkabilir⁷⁷⁵. İlk ihtimal olarak alıcı, aynı nitelikte bir malı, satılanın yerine geçmesi için üçüncü kişiden satın alabilir, bu durumda alıcının üçüncü kişiye ödemiş olduğu satış bedeli, – alıcı için – satılanın değerini ifade

⁷⁶⁹ A.e.

⁷⁷⁰ Philipp Heck, **Grundriß des Schuldrechts**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1929, s. 58; Erman/Westermann, **Handkommentar**, BGB § 281, N. 28; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 232 (§38 I 1); Jauernig/Stadler, **BGB** § 281, N. 19; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863.

⁷⁷¹ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 232 (§38 I 1).

⁷⁷² Barth, **a.g.e.**, s. 144; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863; karşı. Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 25.

⁷⁷³ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 232 (§38 I 1).

⁷⁷⁴ Üçüncü Bölüm: IV.

⁷⁷⁵ Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 39İ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 233 (§38 I 2); Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 325, N. 20.

eder⁷⁷⁶. Yerine getirilmeyen edimin değeri, karşı edimi elde etmek için yapılan masraflara göre ölçülür⁷⁷⁷. Daha açık ifade etmek gerekirse, bu ihtimalde zararın dar anlamda somut yönetime göre hesaplanması ile (TBK m. 213 II’de de düzenlendiği gibi) borçlunun yerine getirmediği edim için alacaklının üçüncü bir kişiyle yaptığı sözleşme doğrultusunda ödemek ile yükümlü olduğu bedel dikkate alınmaktadır⁷⁷⁸. Böylelikle, ikame mal bedeline dayanarak yapılan bu hesaplama, zararın somut olarak hesaplanmasının bir görünümünü teşkil eder⁷⁷⁹. Özetle, bu yöntemle alıcı için satılanın değeri tespit edilmiş olur⁷⁸⁰. TBK m. 213 II’de düzenlenen yöntem, alıcının ikame mal satın almasından yola çıkarak zararının hesaplanmasına ilişkindir. Esasen bu yöntemin zararın hesaplanmasındaki en doğal yollardan biri olduğu söylenebilir⁷⁸¹. Bu sebeple, bu yöntemin sadece satış sözleşmelerinde değil diğer sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir⁷⁸². Alıcının ikame mal satın alması doğrultusunda uğradığı zararın hesaplanmasına ilişkin açıklamalar TBK m. 213 II’ye ilişkin açıklamalar altında yer almaktadır⁷⁸³.

⁷⁷⁶ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 97, N.34; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 233 (§38 I 2); Bardo, **a.g.e.**, s. 104; karşı. Heck, **a.g.e.**, s. 58.

⁷⁷⁷ Thévenoz, **Commentaire Romand**, Art. 97, N. 34. İkame mal satın almak için yapılan masrafların alıcının fiili olumlu zararını ifade ettiğine dair bkz. Comment, **a.g.e.**, s. 112.

⁷⁷⁸ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863; Barth, **a.g.e.**, s. 154.

⁷⁷⁹ Barth, **a.g.e.**, s. 154; Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 39; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 325, N. 20; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 26; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 325, N. 5a; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 45; Jauernig/Stadler, **BGB** § 281, N. 19.

⁷⁸⁰ Bardo, **a.g.e.**, s. 104.

⁷⁸¹ Barth, **a.g.e.**, s. 155.

⁷⁸² Barth, **a.g.e.**, s. 155. Fark teorisinin uygulama alanına ilişkin tartışmalar için bkz. Üçüncü Bölüm: I.B.

⁷⁸³ Bkz. Üçüncü Bölüm: III.

Alicının uğradığı olumlu zararın (geniş anlamda) somut yönetime göre hesaplanması bakımından ikinci ihtimal alıcının gerçekleştiremediği takip eden satış sebebiyle kârdan yoksun kalmış olması durumunda ortaya çıkmaktadır⁷⁸⁴. Bu doğrultuda alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanması genel hükümlere göre yapılacaktır⁷⁸⁵. Böylece, alıcının zararının (geniş anlamda) somut yönetime göre hesaplanması bakımından – ilk imkân – ikame mal satın alarak ödediği satış bedelinin dikkate alınması veya – ikinci imkân – (zararı azaltma külfetine ilişkin açıklamalar saklı kalmak kaydıyla) yoksun kalınan kârının hesaplanabilmesi için gerçekleştirip devam ettiremediği/kaçırdığı takip eden satış sözleşmesindeki satış bedelinin dikkate alınması yoluyla olmak üzere iki temel imkâna sahip olduğu ifade edilebilir⁷⁸⁶.

Alicının uğradığı zararın (geniş anlamda) soyut yönetime göre hesaplanması da iki farklı anlamı içerebilmektedir⁷⁸⁷. İlk ihtimal olarak alıcının fiktif olarak ikame mal satın almasına dayanarak, alıcının piyasadan bu ikame malı satın alabileceği fiyat, satılanın değeri olarak kabul edilebilir⁷⁸⁸. İkinci ihtimalde, satıcı satılanı zamanında teslim etseydi, alıcının muhtemelen satılanı üçüncü bir kişiye satarak kâr elde edebileceğinden yola çıkarak, söz konusu ‘fiktif’ kârın malın satılabileceği fiyat dikkate alınarak hesaplanması noktasında yine soyut yöntem söz konusu olabilir⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 42; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 233 (§38 I 2); Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 26; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 325, N. 4; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 325, N. 20; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 45.

⁷⁸⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm: II.A.

⁷⁸⁶ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 243 (§38 III 2).

⁷⁸⁷ Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 89; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 233 (§38 I 2). Bu konuda daha detaylı olarak bkz. IV.B.1.b.

⁷⁸⁸ Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 89; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 233 (§38 I 2).

⁷⁸⁹ Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 89; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 233 (§38 I 2). Böylece, alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanmasında hem somut yöntem hem de soyut yöntem söz konusu olabilecektir, Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 325, N. 16-20;

II. Zararın Genel Hükümlere Göre Hesaplanması

TBK m. 213 I (İBK m 191 I) hükmünde satıcının alıcının uğradığı zararları gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm alıcının ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep edebileceğinin tekrarı niteliğindedir⁷⁹⁰. Ancak bu hükümden yola çıkarak alıcının uğradığı zararın hesaplanmasında TBK m. 112 vd. hükümlerine de başvurabileceği kabul edilmektedir⁷⁹¹. Böylece, alıcı TBK m. 213 II'deki somut yöntem ve m. 213 III'teki soyut yöntem yerine genel hükümlere göre zararının hesaplanmasını isteyebilir⁷⁹². Bu noktada uygulamada olayların önemli bir kısmında alıcının, genel

Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.b; Manfred Wandt, **Gesetzliche Schuldverhältnisse Deliktsrecht, Schadensrecht Bereicherungsrecht, GoA**, 8. Bası, Münih, Vahlen, 2017, § 24, N. 35; Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 32; eleştiri için bkz. Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 11; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 45. Alman hukuku bakımından zarar görenin yoksun kalınan kârının hesaplanması bakımından iki yöntemden birini seçebileceğine dair bkz. Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 32.

⁷⁹⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 1; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 3; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 1; Tercier, **La partie spéciale**, N. 217; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 621; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 242; karşı. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2526; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 1; Honsell, **OR BT**, s. 58; BGE 120 II 299. TBK m. 112'nin tekrarı niteliğinde olduğu dair bkz. Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 2; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 68; Bucher, **OR BT**, s. 71; Keppler, **a.g.e.**, s. 56; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 386; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 110; Olgaç, **Zarar**, s.249; Honneger, **a.g.e.**, s. 61; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 4; karşı. Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 1.

⁷⁹¹ Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 2; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 1; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 5; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 3; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 1; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2528; Bilge, **a.g.e.**, s. 56; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 3, 9; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 105.

⁷⁹² Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 2; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 1; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 5, 15; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 17; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 3; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 1, 7; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2528; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 244, 246; Cavin, **a.g.e.**, s. 50; Comment, **a.g.e.**, s. 123; Müller, **Contrats de droit suisse**, N. 223; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 110; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 386; Bilge, **a.g.e.**, s. 56; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 3, 9; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 105; Olgaç, **Zarar**, s. 353,

hükümler doğrultusunda satılanı (somut olarak) yeniden sattığı üçüncü kişiden alacağı satış bedeli ile satıcıya ödemesi gereken satış bedeli arasındaki farkı (yani yoksun kalınan kârını) talep ettiği belirtilmektedir⁷⁹³.

Alıcının zararının somut yöntemle veya soyut yöntemle göre hesaplanması hâlinde dahi ilave zararları genel hükümlere göre hesaplanabilecektir⁷⁹⁴. Bu durumda, TBK m. 114 II atfıyla m. 50 I doğrultusunda kural olarak alıcı zararını ispat etmekle yükümlüdür⁷⁹⁵.

A. Alıcının Yoksun Kalınan Kârının Genel Hükümlere Göre Hesaplanması

Alıcı öncelikle satış konusunu üçüncü kişiye tekrar satmak için üçüncü kişi ile yaptığı veya yapacağı sözleşmeden (satılanın zamanında teslim edilmemiş olması sonucunda) kazanç elde edememesi sebebiyle uğradığı “kâr kaybının” giderilmesini isteyebilir⁷⁹⁶. Yoksun kalınan kâr, zarara sebep olan olay olmasaydı, zarar görenin malvarlığında yer alabilecek kazanç/artış (*Vermögensvorteile*) olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁷. Yoksun kalınan kâr ile kural olarak zarar görenin net kârının tazmin

358; karşı. Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 3; Tandoğan, **C.1/I** s. 142. Bu yönde BGE 105 II 88-89; BGE 81 II 55.

⁷⁹³ Gümüş, **a.g.e.**, s. 49.

⁷⁹⁴ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 13, 17, 18.

⁷⁹⁵ Tercier, Pichonnaz, **a.g.e.**, N.1251, 1253; Tercier, **La partie spéciale**, N. 220; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 626; Cavin, **a.g.e.**, s. 53; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 25; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; BGE 120 II 299; ayrıca bkz. Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 580.

⁷⁹⁶ Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 2; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 13; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2, Art. 191, N. 27; Koller, **OR BT**, § 4, N. 34; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 17; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 3; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2528; Keppler, **a.g.e.**, s. 60; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Comment, **a.g.e.**, s. 123; Tandoğan, **C.1/I** s. 147; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 521.

⁷⁹⁷ Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 3; Engel, **Traité des obligations**, s.717; Eren, **Borçlar Genel**, s. 548, 1079; karşı. Schwenzer, **OR AT**, N. 14.13; Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 252

edileceği kabul edilmektedir⁷⁹⁸. Böylece denkleştirme esası gereği zarar görenin yapmaktan kurtulduğu masraflar, hesaplanan tutardan düşülecektir⁷⁹⁹.

Örneğin, satılanın alıcı tarafından üçüncü bir kişiye satılması durumunda alıcının elde edeceği kârdan (satılan zamanında teslim edilmediği için) yoksun kalması, olumlu zarar kapsamında yoksun kalınan kâra örnektir⁸⁰⁰. Alıcının, bu doğrultuda genel hükümlere göre yoksun kalınan kârı, soyut yönteme göre hesaplanacak tutardan yüksek olsa bile, alıcı zararının genel hükümlere göre hesaplanmasını talep edebilir⁸⁰¹. Başka bir deyişle, alıcı satılanı piyasa fiyatının üzerinde bir bedel karşılığında üçüncü kişiye satarak elde edeceği kârdan yoksun kalmışsa zararının genel hükümlere göre piyasa bedelinin üzerindeki bedel dikkate alınarak hesaplanmasını kural talep edebilecektir⁸⁰². Konuyu örnek vererek açıklamak gerekirse satılanın piyasa fiyatının 1.000 TL olduğu bir durumda alıcı somut olarak satılanı üçüncü kişiye 1.100 TL bedel karşılığında sattığı ve gecikme sebebiyle üçüncü kişinin sözleşmeden döndüğü ihtimalde alıcının yoksun kalınan kârının genel hükümlere göre hesaplanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda kural olarak

N. 1; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 4; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 252, N. 1; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 252, N.1.

⁷⁹⁸ Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 8; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 6; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 12.

⁷⁹⁹ Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 8; karşı Comment, **a.g.e.**, s. 113; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 12; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 6; Spallino, **AnwaltKommentar**, BGB § 252, s. 128-129; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 281, N. 26. Ancak, zarar görenin bu sebeple ödemiş olduğu vergilerin tazmin edilebileceğine dair bkz. Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 8, bu konuda ilgili vergiler için yapılan ayrımlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 6 vd.

⁸⁰⁰ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 17; Tandoğan, **C.1/I** s. 147; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1684; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 120; Olgaç, **Zarar**, s. 352, Berki, **a.g.e.**, s. 12. Berki'ye göre alıcının üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin, satıcı ile yaptığı sözleşmeden önce kurulması gerekmektedir, nitekim yazara göre yoksun kalınan kârın söz konusu olması olasılığa bağlı olmamalı, başka bir deyişle farazi bir satışa göre hesaplanmamalıdır, bkz. Berki, **a.g.e.**, s. 12.

⁸⁰¹ Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.191, N. 2; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 120.

⁸⁰² Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.191, N. 2.

zararın belirlenmesinde takip eden satış sözleşmesindeki bedel (örnek bakımından 1.100 TL) dikkate alınacaktır. Fakat aşağıda⁸⁰³ açıklanacağı üzere tazminatın belirlenmesi aşamasında alıcının ikame mal satın alma külfetinin olup olmadığı önem teşkil edecektir.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi ile uygun illiyet bağı içerisinde alıcının uğradığı diğer zarar kalemlerinin de tazmini söz konusu olabilir. Örneğin, alıcının satılanın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle, üçüncü kişiyle yaptığı tekrar satışta satılanı zamanında veya gereği gibi üçüncü kişiye teslim edememesi nedeniyle sözleşme cezası (veya tazminat) ödemesi gerekiyorsa, bu durumda uğranılan zarar da alıcının olumlu zararının kapsamındadır⁸⁰⁴. Çünkü satıcı borcunu gereği gibi ifa etmiş olsaydı, alıcının söz konusu sözleşme cezasını ödemesi gerekmeyecekti.

1. İkame Mal Satın Alma Külfetinin Bulunması Hâlinde

a. İkame Mal Satın Alma Külfeti

Zararın somut yönetime göre hesaplanmasına ilişkin TBK m. 213 II (İBK m. 191 II) hükmünün varlığı alıcıya başlı başına genel bir ikame alım külfeti yüklememektedir⁸⁰⁵. Ancak, TBK m. 114 II atfıyla m. 52 I⁸⁰⁶ doğrultusunda alıcının zararı

⁸⁰³ Bkz. II.A.1 ve II.A.2.

⁸⁰⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 3; benzer yönde Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2528. Alman hukuku bakımından, Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 39.

⁸⁰⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 13; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70; karşı. Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 4; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 6; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4.

⁸⁰⁶ TBK m. 52 I “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

azaltma külfeti vardır⁸⁰⁷. Bu doğrultuda alıcının (yoksun kalınan kârı tazmin edilirken) ikame mal satın alarak zararı azaltabileceği satıcı tarafından öne sürülebilir⁸⁰⁸.

Zararı azaltma külfetinin kapsamı dürüstlük kuralı doğrultusunda tespit edilmektedir⁸⁰⁹. Eğer alıcının ikame mal satın alması mümkün, makul ve anlamlıysa alıcıdan ikame mal satın almasının beklenebilir olduğu kabul edilmektedir⁸¹⁰. Böylece, somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak alıcıdan ikame mal satın almasının beklenebilir olup olmadığı değerlendirilecektir⁸¹¹. Özellikle alıcının, satılanı üçüncü bir kişiye sattığı durumda kazanç kaybına uğramamak için ikame mal satın alması beklenebilir⁸¹². Bu doğrultuda, örneğin alıcının üçüncü kişiye satılanı yeniden sattığı bedelden daha düşük bir bedel karşılığında ikame mal satın alabilmesi imkân dahilindeyse

⁸⁰⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.13; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 14; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2, Art. 191, N. 30; Koller, **OR BT**, § 4, N. 36; Keppler, **a.g.e.**, s. 60; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70; Tandoğan, **C.1/I** s. 139-140; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 101; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 10. Karş. Barth, **a.g.e.**, s. 159; Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 4; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 6; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 105; Olgaç, **Zarar**, s. 351.

⁸⁰⁸ Oser, Schönenberger, **ZK**, Art.191, N. 4; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 14; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2, Art. 191, N. 30; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70; Lemp, **a.g.e.**, s. 185; Tandoğan, **C.1/I** s. 139-140; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 10; karş. Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, 3. Bası, Schultess, 1984, (Anlış: von Tuhr, Escher, AT I), § 14, III-2 s.112; Comment, **a.g.e.**, s. 125. Bu yönde Y. 3. HD., T. 03.11.1986, E. 8796, K. 10040 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4639-4640).

Alıcının ikame mal satın alma külfetinin istisnai olarak söz konusu olacağına dair bkz. Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.13.

⁸⁰⁹ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s. 111.

⁸¹⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 30; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4; benzer yönde Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70; von Büren, **OR BT**, s. 12.

⁸¹¹ von Büren, **OR BT**, s. 12; Lemp, **a.g.e.**, s. 185.

⁸¹² Koller, **OR BT**, § 4, N. 36; Koller, **BSK OR**, Art. 190, N. 2; Lemp, **a.g.e.**, s. 186; benzer yönde: Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 342; Keppler, **a.g.e.**, s. 60; von Büren, **OR BT**, s. 12.

ve bunu alıcıdan beklemek makul ise alıcının ikame mal satın alma külfeti olduğu söylenebilir⁸¹³.

Alıcının zararı azaltma külfetine uygun davranabilmesi için dürüstlük kuralına uygun bir şekilde ikame mal satın alması gerekmektedir⁸¹⁴. Eğer alıcı buna aykırı davranırsa, hâkim tazminatı⁸¹⁵ indirebilecektir⁸¹⁶. Tartışmalı olmakla birlikte⁸¹⁷ öğretide, alıcı yoksun kalınan kârını ispat ettikten sonra alıcının ikame mal satın alma külfeti olduğuna ilişkin ispat yükünün satıcıya ait olduğu kabul edilmektedir⁸¹⁸.

Alman hukuku bakımından da alıcı, teslim edilmemiş olan satılanı üçüncü bir kişiye satmışsa, fakat satılanın teslim edilmemesi sebebiyle tekrar satış sözleşmesini devam ettirememişse (ör. üçüncü kişi sözleşmeden dönmüşse), BGB § 252 doğrultusunda yoksun kalınan kârının giderilmesini talep edebilecektir⁸¹⁹. Alıcı, (üçüncü kişi olan) kendi alıcısına karşı tazminat yükümlülüğü altına girmişse, bu sebeple uğramış olduğu zararın giderilmesini de ayrıca talep edebilecektir⁸²⁰. Eğer, tekrar satış sözleşmesindeki borcuna uygun davranmak için ikame mal satın almak suretiyle gerekli önlem ve özeni göstermesi

⁸¹³ Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 2; Keppler, **a.g.e.**, s. 61; Bekir Akıncı, **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Konya, Sayram, 2014, s. 182.

⁸¹⁴ Karş. Lemp, **a.g.e.**, s. 173

⁸¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. dn. 825'teki tartışma.

⁸¹⁶ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 30; Koller, **OR BT**, § 4, N. 36; Barth, **a.g.e.**, s. 159; Olgaç, **Zarar**, s. 351. Bu yönde Y. 3. HD., T. 03.11.1986, E. 8796, K. 10040 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4639-4640). Bazı hâllerde tamamen kaldırabileceğine dair: Olgaç, **Zarar**, s. 351.

⁸¹⁷ Farklı görüşlere ilişkin açıklamalar için bkz. Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 32.

⁸¹⁸ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 32; Lemp, **a.g.e.**, s. 185-186; Comment, **a.g.e.**, s. 125; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 10.

⁸¹⁹ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 243 (§38 III 1).

⁸²⁰ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 243 (§38 III 1). Burada yine BGB § 254 II hükmü doğrultusunda alıcının zararı azaltma külfeti, yani ikame mal satın alma külfeti devreye girmektedir Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 39; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 47; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 243 (§38 III 1); Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 13; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 48

alıcıdan makul olarak beklenebiliyorsa, ancak alıcı yine de ikame mal satın almamışsa, artık bu durumda alıcının zararı azaltma külfetine aykırı davrandığı kabul edilmektedir⁸²¹. Özellikle piyasası olan mallar bakımından, alıcının ikame mal satın alma külfeti olduğunun kural olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir⁸²².

b. Tazminatın İkame Mal Satın Alım Bedeline Göre Hesaplanması

Alıcı ikame mal satın almışsa, söz konusu malı satın almak için yapmış olduğu masraflar zararın hesaplanmasında dikkate alınacaktır⁸²³. Alıcının artık ikame mal satın almış olması durumunda, söz konusu masrafları dışında buna ek olarak yoksun kalınan kârını talep edemeyecektir⁸²⁴. Bu doğrultuda, alıcı somut olarak ikame mal satın almışsa, zararın hesaplanması yine TBK m. 213 II'deki somut yönteme göre yapılacaktır.

⁸²¹ Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 243 (§38 III 1). Alıcı ikame mal satın alarak söz konusu kârı elde edebileceğinden, bu külfete uygun davranmamışsa alıcının yoksun kalınan kârını talep edemeyeceği de ifade edilmektedir, Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 47. Ticari satışlar bakımından ikame mal satın alma külfeti olmadığına dair kararlara ilişkin açıklamalar için bkz. Spallino, **AnwaltKommentar**, BGB § 252, s. 132; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 12.

⁸²² Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 243 (§38 III 1); Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 13; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 48. Alıcının zararını piyasa fiyatı üzerinden hesaplaması imkânı olması durumunda, kural olarak, ikame mal satın alma külfeti olmadığına dair bkz. Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 281, N. 32 Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 32.

⁸²³ İkame mal satın alınmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm: I.C; ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm: III

⁸²⁴ Barth, **a.g.e.**, s. 162; Comment, **a.g.e.**, s. 126. Alıcının hem satılanın değerinin tazminini hem de yoksun kalınan kârının tazminini isteyemeyeceğine dair bkz. Bardo, **a.g.e.**, s. 123. Alıcının satılanı üçüncü bir kişiye sattığı durumda bu sözleşmedeki bedel ile (alıcı ve satıcı arasındaki sözleşmede kararlaştırılan) satış bedeli arasındaki fark, [ör. piyasa fiyatlarının yükselmesi sebebiyle] somut yönteme göre hesaplanan tutardan daha az olsa bile (yani somut yönteme göre hesaplanan tutar, alıcının 'yoksun kalınan kârından' daha fazla olsa bile) alıcının dürüstlük kuralına uygun olarak ikame mal satın almış olması durumunda, ikame mal satın alım bedelinin zararın hesaplanmasında dikkate alınacağına dair bkz. BGE 146 II 147-150.

İkame mal satın alarak zararı azaltabilecek olan alıcı, bu külfetine aykırı davranmışsa (örneğin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmedeki bedelin aşağında bir bedel karşılığında ikame mal satın alması beklenirken ikame mal satın almamışsa) tazminat belirlenirken indirim yapılabilecektir. Bu doğrultuda, tazminat (tartışmalı olarak zarar⁸²⁵) belirlenirken alıcının gerçekleştirebileceği ikame mal satın alım bedeli dikkate alınmalıdır. Fark teorisi uygulanacaksa, satış bedeli ile (gerçekleştirebileceği) ikame mal alımındaki bedel arasındaki farka göre; mübadele teorisi uygulanırsa, (gerçekleştirilebilecek) ikame mal alım bedeline göre tazminata hükmedilecektir⁸²⁶. Sonucu itibariyle bu durumlarda aslında alıcının zararı geniş anlamda soyut yönetime göre hesaplanmaktadır.

2. İkame Mal Satın Alma Külfetinin Bulunmaması Hâlinde

a. İkame Mal Satın Alma Külfetinin Bulunmadığı Durumlar

Alıcının ikame mal satın alması anlamsızsa veya imkânsızsa ya da alıcıdan ikame mal satın alması makul olarak beklenemiyorsa⁸²⁷ alıcının ikame mal satın alma külfetinin olmadığı kabul edilebilir⁸²⁸. Örneğin, alıcının ikame mal satın almasına rağmen söz konusu işlem zararı azaltmayacaksa, yani ikame mal satın alma işlemi anlamsızsa, bu

⁸²⁵ Zararı azaltma külfetine aykırı davranmanın sonucunda bu durumun zararın hesaplanmasında mı yoksa tazminatın hesaplanmasında mı dikkate alınacağına (veya karma bir etkisi mi olacağına) dair öğretilerdeki görüşler için bkz. Pınar Altınok Ormancı, **Zararı Azaltma Külfeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 107 vd.

⁸²⁶ Benzer yönde: Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 10; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 229-230.

⁸²⁷ Satılanın özel niteliklerinin esaslı önem teşkil etmesi ikame mal satın alınmasına imkân tanımıyorsa (örneğin kendine has özellikleri olan bir sanat eserinin satın alınmış olması durumunda), bu durumda alıcıdan ikame mal satın alması beklenemeyecektir, karşı. von Büren, **OR BT**, s. 12, dn. 43.

⁸²⁸ Benzer yönde: Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 10; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 6.

hâlde alıcının ikame mal satın alma külfetinden söz edilmeyecektir⁸²⁹. Bu duruma örnek olarak ikame mal bedelinin satılanın yeniden satışına ilişkin üçüncü kişi ile yapılan sözleşmedeki satış bedelinden fazla olması gösterilebilir. Gerçekten de bu durumda alıcının ikame mal satın alması zararı azaltmayacağından alıcının ikame mal satın alma külfeti bulunmayacaktır⁸³⁰.

İkame mal geç teslim edilecekse ve bu sebeple alıcı malı yine üçüncü kişiye teslim edemeyecekse – alıcıdan makul hareket etmesi beklendiğinden – bu durumda ikame mal satın alması ondan beklenemeyecektir⁸³¹. Aynı şekilde, satıcının satılanı tedarik etmede zorluk yaşaması durumunda, (somut olayın şartlarına göre değişmekle birlikte) kural olarak artık alıcıdan da makul olarak ikame mal satın almasının beklenemeyeceği söylenebilir⁸³². Ayrıca, alıcının tazminatın ödenmesi bakımından satıcının ödeme gücünün içinde olduğuna dair tereddüdü söz konusu ise bu durumda da alıcıdan ikame alım yapmasının beklenemeyeceği belirtilmektedir⁸³³. Nitekim bu son örnekte tazminatı fiilen elde edip edemeyeceğini bilmeyen alıcıdan (giderilip giderilemeyeceği belirsiz olduğundan) masraf yapmasının beklenemeyeceği söylenebilir.

b. Alıcının Yoksun Kalınan Kârının Hesaplanması

Alıcının genel hükümler çerçevesinde (TBK m. 50 I, İBK m. 42 I) kural olarak zararını ispat etmesi gerekmektedir⁸³⁴. Bu doğrultuda, kural olarak alıcının üçüncü kişiyle satılanın takip eden satışına ilişkin bir sözleşme yapmış olduğunu ispatlaması yeterli

⁸²⁹ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 6.

⁸³⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 30; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 10.

⁸³¹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 30; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 6.

⁸³² Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 2; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 111; Olgaç, **Zarar**, s. 351; Akıncı, **a.g.e.**, s.182-183; karşı. von Büren, **OR BT**, s. 12, dn. 44.

⁸³³ Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 2; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 111.

⁸³⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 18.

olacaktır⁸³⁵. Bu doğrultuda, fark teorisine göre⁸³⁶, alıcının olumlu zararı üçüncü kişi ile arasındaki sözleşmedeki bedel ile (temerrüde düşen) satıcıya ödeyeceği bedel arasındaki farka göre belirlenecektir⁸³⁷.

Alıcının uğradığı zarar “tam olarak ispat edilemiyorsa” TBK m. 114 II atfıyla TBK m. 50 II (İBK m. 42 II) doğrultusunda hâkim zararı “hakkaniyete uygun olarak” belirler⁸³⁸. TBK m. 50 II’ye göre “*uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.*” Böylelikle hâkim zararı belirlerken borçlunun borcunu ifa etmemesinin hayatın olağan akışına göre ortaya çıkarabileceği sonuçları dikkate alacaktır⁸³⁹.

Bu doğrultuda, (ikame mal satın alma külfeti olmayan⁸⁴⁰) alıcı henüz satılanı üçüncü bir kişiye satmamışsa, ancak hayatın olağan akışına göre satabileceği kabul ediliyorsa bu durumda, genel hükümlere göre (TBK m. 50 II) alıcının malı üçüncü kişiye satabileceği fiyatı ispatlaması hâlinde, alıcının zararının satılanı üçüncü kişiye satabileceği bedel ile satıcıya ödeyeceği bedel arasındaki farka göre (soyut bir şekilde)

⁸³⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 18.

⁸³⁶ Alıcı satış bedelini ödemişse, olumlu zararı mübadele teorisi doğrultusunda üçüncü kişiden elde edeceği satış bedeline göre belirleneceğine dair bkz. Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 9. Bu konuda tartışmalar için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm: I.B.

⁸³⁷ Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 3; Keppler, **a.g.e.**, s. 60-61; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 9; karşı. Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 27; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 17; Comment, **a.g.e.**, s. 123.

⁸³⁸ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 28; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 18; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1295; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 865-866; karşı. von Büren, **OR BT**, s. 14; Honsell, **OR BT**, s. 59. Söz konusu hükme hem zararın miktarı belirlenirken hem de zararın olup olmadığı belirlenirken başvurulabileceğine dair bkz. BGE 81 II 55.

⁸³⁹ Schwenzer, **OR AT**, N. 14.13; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 1850; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 866; Oğuzman, Öz, **C.1**, N. 1297.

⁸⁴⁰ Nitekim, alıcının ikame mal satın alma külfeti olduğunu söylenirse, bu durumda alıcının zararı farazi ikame mal satın alım bedeline göre hesaplanacaktır: bkz. Üçüncü Bölüm: II.A.1.b.

belirleneceği kabul edilmektedir⁸⁴¹. Bu durumda, (ikame mal satın alma külfeti olmayan) alıcının satılanı üçüncü bir kişiye satarak kâr elde etmesi hayatın olağan akışına göre olasıysa alıcının farazi bir tekrar satışa dayanarak yoksun kalınan kârının hesaplanması söz konusu olabilecektir⁸⁴². Bu durumda aslında alıcının zararı geniş anlamda soyut yönetime göre hesaplanmaktadır. Ticari satışlar bakımından satılanın alıcı tarafından kâr elde etmek için tekrar satılacağı düşünülürse ticari satışlarda alıcı genel hükümler

⁸⁴¹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 28; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 18; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 343; Honsell, **OR BT**, s. 59; Benoît Chappuis, **Le moment du dommage: Analyse du rôle du temps de la détermination et la réparation du dommage**, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2007, N. 777; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 223; ayrıca bkz. von Büren, **OR BT**, s. 14; BGE 105 II 89-90; BGE 120 II 300.

Genel hükümler doğrultusunda soyut yönetime başvurma ancak ispat güçlüğü durumunda mümkün olduğu, bu sebeple zararın somut yönetime göre ispatlanmasının mümkün olduğu durumlarda soyut yöntemin uygulanamayacağına dair bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 64. Alıcıların genellikle satılan teslim edildikten sonra satılanı yeniden üçüncü bir kişiye satmalarından yola çıkarak, fiilen satılan üçüncü bir kişiye satılmamış olsa da üçüncü bir kişiye satılmasının planlanmış olması durumunda alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanabileceğine dair bkz. von Büren, **OR BT**, s. 14. Olası tekrar satışın bedelinin de dikkate alınabileceği yönünde bkz. Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 3.

Alıcının olumsuz zarar kalemlerinden yoksun kalınan kârı hesaplanırken: alıcının (satış sözleşmesinin “hüküm etmeye devam edeceğine” güvenmesi sebebiyle) kaçırdığı önerideki satış bedeli ile sözleşmeden dönme üzerine üçüncü bir kişiyle yapabileceği sözleşme bedeli arasındaki farkın hesaplanacağı kabul edilir, Ergüne, **a.g.e.**, s. 304-305. Olumsuz zarar bakımından alıcının sözleşme yapma imkânı kaçırmasına ilişkin olağan ispat sorunları sebebiyle olumsuz zarar kalemi olarak yoksun kalınan kâr hesaplanırken de hâkimin TBK m. 50 II hükmüne başvurabileceğine dair bkz. Ergüne, **a.g.e.**, s. 323; Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 253. Olumsuz zarar bakımından özellik arz eden husus ise bu kapsamda yoksun kalınan kârın, kurulması imkânı kaçırılan sözleşmedeki bedele göre hesaplanması ve dolayısıyla alıcının satıcıyla sözleşme yaptığı için başka bir sözleşme yapma imkânının ortadan kalktığına ilişkin ispat güçlüğü olduğu kabul edilir: Buz, **Sözleşmeden Dönme**, s. 249 vd., 254 vd. Bu noktada TBK m. 50 II hükmü doğrultusunda kurulması imkânı kaçırıldığı kabul edilebilecek sözleşmedeki bedeli farazi olarak piyasaya göre tespit ederek hâkimin tazminatı belirleyebileceği ifade edilir. Ayrıca bazı durumlarda alıcı sözleşmeden dönme üzerine ikame mal satın almaya ilişkin bir sözleşme yapmamış olsa bile yoksun kalınan kârı hesaplanırken (ikame sözleşme bedelinin tespiti noktasında) – geniş anlamda - soyut yöntemden yararlanılabileceği de öğretide kabul edilmektedir, Ergüne, **a.g.e.**, s. 326.

⁸⁴² Honsell, **OR BT**, s.59; Keppler, **a.g.e.**, s. 65; Comment, **a.g.e.**, s. 124-125; Chappuis, **a.g.e.**, N. 777; ayrıca bkz. Schwenger, **OR AT**, N. 14.13.

doğrultusunda (geniş anlamda) soyut yönetime göre zararının hesaplanmasını talep edebilecektir⁸⁴³.

Bu noktada zarar hesaplanırken satılanın satılabilirlik değerinin bu hesap bakımından dikkate alınacaktır⁸⁴⁴. Bu doğrultuda, satılanın piyasa fiyatının ispatlanmasının bunun için yeterli olacağı kabul edilir⁸⁴⁵. Nitekim, satılanın üçüncü bir kişiye piyasa fiyatı üzerinden satılarak kâr elde edileceği kural olarak kabul edilebilecektir⁸⁴⁶. Bu açıdan, hayatın olağan akışına göre satılanın alıcı tarafından üçüncü bir kişiye satılabileceği tarihteki ve yerdeki fiyatın dikkate alınması gerektiği söylenebilir⁸⁴⁷. Ancak alıcı, zararının piyasa fiyatının üstünde bir bedel üzerinden hesaplanmasını talep ederse, bu durumda satılanı daha yüksek bir bedel karşılığında gerçekten (somut olarak) üçüncü bir kişiye satmış olduğunu ispat etmesi gerekir⁸⁴⁸.

Ancak son olarak belirtilmelidir ki, alıcı eğer satılanı piyasa fiyatının altında bir bedel karşılığında üçüncü kişiye satmışsa, bu durumda kural olarak alıcının (yoksun kalınan kârının hesabı için) piyasa fiyatına dayanamayacağı kabul edilir⁸⁴⁹.

⁸⁴³ Keppler, **a.g.e.**, s. 65. Yazara göre böylece İBK m. 191 III'ün uygulama alanına ilişkin tartışmadan bağımsız olarak İBK m. 42 II'nin kıyasen uygulanması yoluyla zararın soyut yönetime göre hesaplanması zaten mümkündür: Chappuis, **a.g.e.**, N. 777.

Hatta bazı yazarlarca, TBK m. 213 III (İBK m. 191 III) hükmüne başvurmaya gerek olmaksızın alıcının satılanı üçüncü bir kişiye satmış olmasına üstelik bu yönde bir düşüncesi olmasa bile zararının genel hükümler çerçevesinde soyut bir şekilde hesaplanabileceği kabul edilmektedir: Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 18; ticari olmayan satışlar bakımından ayrıca bu yönde bkz. Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 25.

⁸⁴⁴ Keppler, **a.g.e.**, s. 65; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 343; Comment, **a.g.e.**, s. 124-125; ayrıca bkz. von Büren, **OR BT**, s. 14. Bu yönde BGE 81 II 55.

⁸⁴⁵ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 28; Keppler, **a.g.e.**, s. 65; ayrıca bkz. von Büren, **OR BT**, s. 14.

⁸⁴⁶ Keppler, **a.g.e.**, s. 65.

⁸⁴⁷ Comment, **a.g.e.**, s. 125; Keppler, **a.g.e.**, s. 66; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 343.

⁸⁴⁸ Keppler, **a.g.e.**, s. 65.

⁸⁴⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 29; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 18. Ancak bu görüşteki bazı yazarlara göre, alıcı fiilen ikame bir mal satın almış olsa bile genel

B. Ticari Olmayan Satışlarda Zararın Genel Hükümlere Göre Hesaplanması

Ticari satışlarda olduğu gibi ticari satış dışında kalan satış sözleşmelerinde de alıcının zararı azaltma külfeti söz konusu olabilmektedir⁸⁵⁰. Bu külfet doğrultusunda örneğin alıcı ikame bir mal satın almak için zararı azaltma külfetine aykırı olacak şekilde yüksek bir bedel ödemişse, bu durumda tazminattan indirim yapılabilecektir. Böyle bir durumda, tazminat belirlenirken alıcının zararı azaltma külfetine uygun davransaydı ödeyeceği bedelin dikkate alınabileceği kabul edilmektedir⁸⁵¹. Alıcı ikame mal satın almışsa olumlu zararı, fark teorisinin uygulandığı durumda yine ikame malın satış bedeli ile satış bedeli arasındaki farka göre hesaplanacaktır⁸⁵².

Öğretide alıcının ikame mal alma külfeti bulunmuyorsa (ve ikame mal satın almadıysa) alıcının olumlu zararının satılanın malvarlığına katacağı değere göre belirleneceği savunulmaktadır⁸⁵³. Bu görüşe göre satılanın alıcının malvarlığına kazandırdığı değer, o malın piyasada satılabileceği değere göre belirleneceği bazı yazarlarca kabul edilmektedir⁸⁵⁴. Ancak, zararının tazmini ile alıcının malvarlığının borç

hükümler çerçevesinde zararının soyut yöntemle göre hesaplanmasını talep edebilecektir. Dolayısıyla bu yazarlara göre, satış bedeli ile yeniden satış bedeli arasındaki kârdan yoksun kalınması sebebiyle ortaya çıkan zarar, ikame mal satın alınmasına ilişkin işlemin yeniden satış işleminden daha avantajlı olduğu gerekçesiyle azaltmayacaktır, bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 19.

⁸⁵⁰ Koller, **OR BT**, § 4, N. 42.

⁸⁵¹ **A.e.**

⁸⁵² Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 12.

⁸⁵³ **A.e.**

⁸⁵⁴ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 12. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında, ticari satış dışında kalan satış sözleşmeleri bakımından genel hükümler doğrultusunda (somut veya soyut yöntemi uygulamaksızın) İBK m. 42 II uyarınca hayatın olağan akışına göre yapılacak değerlendirme doğrultusunda alıcının satılanı farazi olarak satabileceği fiyat tespit edilerek alıcının yoksun kalınan kâr şeklinde uğramış olduğu zararının belirlenebileceğini kabul etmiştir, bkz. BGE 105 89-90, benzer yönde BGE 120 II 299 vd. BGE 120 II 299 ve devamında tespit edilen zararın

gereği gibi ifa edilseydi olacağı duruma getirilmeye çalışıldığından yola çıkan diğer bir görüşe göre ise satılanın alıcının malvarlığına katacağı değer satılanın piyasadan tedarik edilebileceği fiyata denk düşmektedir⁸⁵⁵.

III. Zararın Somut Yönteme Göre Hesaplanması

A. Genel Olarak

TBK m. 213 II'ye göre⁸⁵⁶ “*Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.*” Fark teorisi doğrultusunda bu zarar üçüncü bir kişiye ödenen/ödenecek bedel ile alıcının satıcıya ödeyeceği satış bedeli arasındaki farka göre belirlenecektir. Böylece, alıcı satış bedelini satıcıya ödemekle yükümlü olmayacaktır⁸⁵⁷.

Alıcının gerçekleştirdiği ikame mal satın alımına ilişkin işlemdeki bedelin alıcı için satılanın değerini ifade ettiği kabul edilir⁸⁵⁸. Böylece zarar ikame mal satın alım bedeline göre belirlenecektir. Bununla birlikte, alıcının söz konusu farktan daha fazla zarara uğramış olması durumunda ise ilave zararları TBK m. 213 I atfıyla genel hükümlere göre giderilebilecektir⁸⁵⁹. Satış bedeli satıcıya ödendiye bu durumda mübadele teorisinin

alıcının yoksun kalınan kârını oluşturmadığı, satılanın objektif rayiç bedelinin tespit edildiğine dair değerlendirmeler için bkz. Honsell, **OR BT**, s. 59

⁸⁵⁵ Bkz. dn. 1009'daki yazarlar.

⁸⁵⁶ TBK m. 213 II doğrultusunda hesaplanan zararın somut (müşahhas) zarar olarak ifade edildiğine ilişkin bkz. Bilge, **a.g.e.**, s. 55, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 244; Comment, **a.g.e.**, s. 114; tazminatın da somut (müşahhas) tazminat olarak ifade edildiğine ilişkin bkz. Olgaç, **Zarar**, s. 354.

⁸⁵⁷ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.38; Tandoğan, **C.1/I** s. 142; Bilge, **a.g.e.**, s. 56; Olgaç, **Zarar**, s. 354.

⁸⁵⁸ Bardo, **a.g.e.**, s. 104 vd.; Akıncı, **a.g.e.**, s. 186. Alıcının bu doğrultuda ikame bir mal satın almak için yapmış olduğu masrafların karşılanmasını talep ettiğine ve bunun zararının tespiti bakımından sadece bir ipucu teşkil ettiğine dair bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 57.

⁸⁵⁹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 12, 14, 33; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 17; benzer yönde Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 14.

uygulanacağı; ancak üçüncü kişiye ödenen ikame mal satın alım bedeline göre olumlu zararın belirleneceği kabul edilmektedir⁸⁶⁰.

1. İkame Mal Satın Alınmasına İlişkin Sözleşmenin Kurulması

Bu ihtimalde, satıcının satılanı zamanında alıcıya devretmemesi nedeniyle alıcı ‘satılanın yerine’ başkasını satın almıştır⁸⁶¹. Alıcının, satılanın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle, satılanın yerine geçmesi için üçüncü bir kişiden ilgili malı satın alması durumunda ikame mal satın alınması söz konusudur⁸⁶². İkame mal satın alınmasından söz edebilmek için söz konusu işlemin satılanı telafi etme amacını taşıması gerekir⁸⁶³. Örneğin, alıcı söz konusu malı satıcı borcunu zamanında ifa etseydi dahi satın alacaksa idiyse, bu durumda ikame mal satın alınmasından söz edilemeyecektir⁸⁶⁴.

TBK m. 213 II’de alıcının üçüncü kişiye “ödediği bedel” ifadesine yer verilmiştir. İBK m. 191 II’nin Fransızca metninde yine alıcının üçüncü kişiye “ödediği bedel (*le prix qu’il a payé*)” ifadesi yer almaktadır. İBK m. 191 II’nin Almanca metninde ise alıcının teslim edilmeyen malın yerine geçmesi için yaptığı iktisap işleminin bedeli (*[d]em Preise, um den er sich einen Ersatz für die nicht gelieferte Sache in guten Treuen erworben hat*)

⁸⁶⁰ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 14. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Üçüncü Bölüm: I.B.

⁸⁶¹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 33; Schmid, Stöckli, Krauskopf, **OR BT**, N. 244; Eren, **Borçlar Özel**, s. 74; Berki, **a.g.e.**, s. 13; Olgaç, **Zarar**, s. 354. İkame mal satın almanın genellikle çeşit borcu öngörülen durumlarda söz konusu olsa da parça borcunun düzenlendiği durumlarda da ikame mal satın alınabileceği kabul edilir: von Büren, **OR BT**, s. 12, dn. 43; ayrıca bkz. Barth, **a.g.e.**, s. 158.

⁸⁶² Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 33; Cavin, **a.g.e.**, s. 50; Barth, **a.g.e.**, s. 156; karşı. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 165. İkame mal satın alınması bazı yazarlarca, “kapama alımı” olarak da isimlendirilmektedir, bkz. Olgaç, **Zarar**, s. 354.

⁸⁶³ Barth, **a.g.e.**, s. 156.

⁸⁶⁴ Lemp, **a.g.e.**, s. 172. Dolaylı olarak yapılan ikame alımların da yeterli olacağı yönünde bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 172; Barth, **a.g.e.**, s. 156. Böylece, özellikle borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle alıcının stoklarını doldurması gerektiği durumda alıcının mal satın alması, bu anlamda dolaylı telafi amacıyla ikame mal satın alınmasına örnek olarak gösterilmektedir, Barth, **a.g.e.**, s. 156; Lemp, **a.g.e.**, s. 172.

ifadesine yer verilmiştir. TBK m. 213 II'deki (ve İBK m. 191 II'nin Fransızca metnindeki) geçmiş zamanda kullanılan “ödediği bedel” ifadesine rağmen alıcının üçüncü kişi ile arasında ikame mal alımına ilişkin bir sözleşme kurmasının yeterli olduğu, bu durumda alıcının üçüncü kişiye ödeyeceği bedel ile satıcıya ödeyeceği satış bedeli arasındaki farka göre olumlu zararın hesaplanabileceği kabul edilir⁸⁶⁵. Nitekim kural olarak ikame mal alım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte söz konusu bedel borcuna ilişkin olarak alıcının malvarlığının pasifinde bir artış meydana gelmiştir. Böylelikle, alıcının ikame malın mülkiyetini devralmış olmasına⁸⁶⁶ veya ikame malın satış bedelini üçüncü kişiye ödemiş olmasına gerek yoktur⁸⁶⁷.

2. İspat Yükü

Alıcı, ikame bir mal satın alması gerektiğini ispat etmek zorunda değildir⁸⁶⁸. Ayrıca, alıcının somut yönetime başvurabilmesi için ikame malı ne amaçla (kendi ihtiyacı için veya tekrar satmak için gibi) satın aldığı da önem taşımamaktadır⁸⁶⁹. Ancak, satış bedelinden daha yüksek bir bedel karşılığında ikame mal satın (farazi olarak) alabileceğini ispatlaması somut yöntem bakımından yeterli olmamaktadır⁸⁷⁰.

⁸⁶⁵ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 39; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 17; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 5; Tercier, **La partie spéciale**, N. 223; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 629; Cavin, **a.g.e.**, s. 51; Barth, **a.g.e.**, s. 155; Tandoğan, **C.I/1**, s. 140; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 103; Eren, **Borçlar Özel**, s. 74, 75; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 15; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Olgaç, **Zarar**, s. 354. Bu yönde BGE 81 II 53.

⁸⁶⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 48.

⁸⁶⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 17; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4; Barth, **a.g.e.**, s. 155; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 106; Olgaç, **Zarar**, s. 354.

⁸⁶⁸ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 33.

⁸⁶⁹ Lemp, **a.g.e.**, s. 142.

⁸⁷⁰ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 17. Ancak, genel hükümler çerçevesinde istisnai olarak da olsa satılanı başka bir kişiye satabileceğine dair yeterli belirtiler göstermesi durumunda zararının bu bedele göre hesaplanabileceğine dair bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 17.

İkame mal satın alınmasına ilişkin üçüncü bir kişi ile sözleşme yapıldığına dair ispat yükü alıcıdadır⁸⁷¹. Bu doğrultuda satış sözleşmesinin geçersiz olduğuna dair ispat yükü ise satıcıda olacaktır⁸⁷².

Alıcının, ikame mal satın alımına ilişkin işlemi dürüstlük kuralına uygun olarak yapması gerekmektedir. Ancak buna ilişkin ispat yükünün alıcı da mı yoksa satıcı da mı olduğu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre ikame malın satış bedelinin dürüstlük kuralına uygun olduğuna dair ispat yükünün alıcıda olduğu kabul edilmektedir⁸⁷³. Böylece, bu görüşe ikame mal satın aldığı ispat eden alıcı bir yandan bedelin dürüstlük kuralına uygun olduğunu ispat etmelidir. Ancak, alıcı zararının somut yönetime göre hesaplanmasını talep ettikten sonra ikame mal satın alınmasına ilişkin işlemi ispatlayamamışsa, alıcının soyut yönetime⁸⁷⁴ veya genel hükümlere⁸⁷⁵ başvurma imkânının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

Diğer bir görüşe göre ise alıcının üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmedeki satış bedelinin dürüstlük kuralına uygun olmadığının ispat yükü satıcıdadır⁸⁷⁶. Örneğin satıcı,

⁸⁷¹ Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4; Barth, **a.g.e.**, s. 160; Cavin, **a.g.e.**, s. 51; Tandoğan, **C.1/I**, s. 140-14; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 103; Olgaç, **Zarar**, s. 354; bu yönde BGE 81 II 54.

⁸⁷² Tandoğan, **C.1/I** s. 140-141; Olgaç, **Zarar**, s. 354. Bu yönde BGE 81 II 54.

⁸⁷³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.18; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 112; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; benzer yönde Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4. İkame alımın dürüstlük kuralına uygun olarak yapıldığına ilişkin ispat yükünün alıcıda olmasına rağmen, bazı durumlarda ispat yükünün satıcıya ait olabileceğine dair bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 112.

⁸⁷⁴ Tandoğan, **C.1/I** s. 147; Bilge, **a.g.e.**, s. 56; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 165; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 245-246; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s.121; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 106; Olgaç, **Zarar**, s. 358; Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 112; benzer yönde Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 5; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 521.

⁸⁷⁵ Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 106; Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 112.

⁸⁷⁶ Barth, **a.g.e.**, s. 160; Cavin, **a.g.e.**, s. 51; Tandoğan, **C.1/I** s. 140; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 105-106; Berki, **a.g.e.**, s. 13. Bu yönde BGE 81 II 54. Alman hukuku bakımından alıcının zararı azaltma külfetine aykırı davrandığını iddia eden satıcının bu hususu ispat etmesi gerektiğine dair bkz.

alıcının daha uygun bir bedel karşılığında ikame mal satın alma imkânının olduğunu ispat ederek söz konusu ikame mal bedelinin dürüstlük kuralına uygun olmadığını ortaya koyabilir⁸⁷⁷. Bu görüşe göre, alıcının ikame mal satın almak için yaptığı sözleşmedeki bedelin – satıcı aksini ispat etmezse – dürüstlük kuralına uygun olduğu kabul edilecektir⁸⁷⁸.

3. Özel Durumlar

Alıcının olumlu zararının somut yönetime göre hesaplanması durumunda, alıcının uğradığı diğer zararların tazmininin dışlanması söz konusu değildir. Alıcı, somut yönetime göre hesaplanan zararı dışında kalan ilave zararlarının da giderilmesini genel hükümlere göre talep edebilir⁸⁷⁹. Nitekim, alıcı olumlu zararının giderilmesi ile satıcı borcunu gereği gibi ifa etmiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı durumun sağlanmasını talep etmektedir⁸⁸⁰. Ancak bu durumda, TBK m. 114 atfıyla m. 50 I doğrultusunda, alıcı uğradığı ilave zararları ispat etmelidir⁸⁸¹.

Alıcının gerçekleştirdiği (daha düşük kalitede olmayan bir mal için⁸⁸²) ikame alımda kararlaştırılan satış bedelinin, satıcıya ödemesi gereken bedelden düşük olması hâlinde, (tartışmalı olmakla beraber⁸⁸³) alıcının kural olarak bir zararı olmadığı kabul

Bardo, **a.g.e.**, s. 110. Daha uygun ikame mal satın alınmasına ilişkin imkânları hâkimin kendiliğinden araştırmasına gerek olmadığına dair bkz. von Büren, **OR BT**, s. 12.

⁸⁷⁷ Benzer yönde Bardo, **a.g.e.**, s. 111.

⁸⁷⁸ Barth, **a.g.e.**, s. 160; Cavin, **a.g.e.**, s. 51.

⁸⁷⁹ Bkz. dn. 859'daki yazarlar.

⁸⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm: I.B.4

⁸⁸¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 33.

⁸⁸² Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 112.

⁸⁸³ Bu durumda alıcının soyut yönetime göre zararının giderilmesini talep edip edemeyeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. Üçüncü Bölüm: IV.E.3.a.

edilmektedir⁸⁸⁴. Bu doğrultuda, fark teorisi uygulandığından alıcı zararı olmadığından tazminat istememekle birlikte satış bedelini de ödemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁸⁵. Ancak, bu durumda alıcı sözleşmeden dönerek, şartları varsa olumsuz zararını talep edebilecektir⁸⁸⁶.

Zararın hesaplanması için genel hükümlerin uygulanmış olması durumunda da esasen alıcının ikame mal satın almak için yapmış olduğu masrafların giderilmesini talep edebileceği kabul edilir⁸⁸⁷. Nitekim TBK m. 212 II'nin (İBK m. 190 II) zararın hesaplanması bakımından yalnızca bu yolu açıkça düzenlemiş olduğu söylenebilir⁸⁸⁸.

B. Üçüncü Kişiye Dürüstlük Kuralına Uygun Olarak Ödenen Bedel

TBK m. 213 II'de satış bedeli ile alıcının üçüncü kişiye dürüstlük kuralına uygun olarak ödeyeceği bedel arasındaki farka göre zararın hesaplanacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple, ikame mal satın alımının dürüstlük kuralına uygun olarak yapılması gerekmektedir⁸⁸⁹. İkame mal satın alınmasına ilişkin işlemin dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmasının aranması, esasen genel hükümler doğrultusunda zarar görenin zararı azaltma külfetinin bir uzantısını teşkil etmektedir⁸⁹⁰.

⁸⁸⁴ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 8; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 41, N. 135; Keppler, **a.g.e.**, s. 60; Tandoğan, **C.1/I** s. 141; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 165; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Olgaç, **Zarar**, s. 355; Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 112. Alıcıdan satış bedelinin aşağısında bir bedel karşılığında ikame mal satın almasının beklendiği durumlarda da tazminatın kaldırılacağına dair bkz. Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 41, N. 135.

⁸⁸⁵ Tandoğan, **C.1/I** s. 141. Alıcının bu sebeple elde ettiği kazancı kendisinde tutacağına dair bkz. Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.191, N. 9; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 8 Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4.

⁸⁸⁶ Benzer bir örnek bakımından bu yönde: Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 120.

⁸⁸⁷ Honsell, **OR BT**, s.59.

⁸⁸⁸ **A.e.**

⁸⁸⁹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 34.

⁸⁹⁰ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 181.

İkame mal alım bedelinin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını değerlendirilirken alıcının kendi menfaatinin yanı sıra bununla birlikte satıcının menfaatine de uygun olarak hareket etmesi aranır⁸⁹¹. Böylece, alıcıdan zararını mümkün olduğunca azaltması⁸⁹² ve dolayısıyla alıcıdan mümkün olduğunca uygun bir bedel karşılığında ikame mal satın alması beklenmektedir⁸⁹³. Bu doğrultuda, alıcının zararını azaltmak için gerekli önlemleri alması gerekir⁸⁹⁴. Bununla alıcının söz konusu işler bakımından gereken olağan özeni göstermesinin yeterli olacağı ifade edilmektedir⁸⁹⁵. Bu sebeple alıcıdan uzun ve kapsamlı araştırma yapması beklenmeyecek⁸⁹⁶; alıcının ikame mal satın almak için kendi iş ilişkileri ve tecrübesi çerçevesinde araştırma yapması yeterli olacaktır⁸⁹⁷. Ayrıca tacirler bakımından ikame mal satın alım bedelinin uygun olup olmadığı değerlendirmesinin daha kolay yapılabileceği ve bu değerlendirme bakımından

⁸⁹¹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 9; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 7; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 105; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 202; benzer yönde Tandoğan, **C.1/I**, s. 140; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 339; Olguç, **Zarar**, s. 354.

⁸⁹² Keppler, **a.g.e.**, s.58; Barth, **a.g.e.**, s. 157; Bilge, **a.g.e.**, s. 54; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 165; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 120; Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 111.

⁸⁹³ Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4; Bardo, **a.g.e.**, s. 108; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 16; karşı. Olguç, **Zarar**, s. 354.

⁸⁹⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 7; Tercier, **La partie spéciale**, N. 223; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 630; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 26; karşı. Cavin, **a.g.e.**, s. 50-51.

⁸⁹⁵ Barth, **a.g.e.**, s. 157; karşı. Bardo, **a.g.e.**, s. 109.

⁸⁹⁶ Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 29; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.38; Barth, **a.g.e.**, s. 157; Tandoğan, **C.1/I**, s. 140; Tandoğan, **C.1/I**, s. 140; Bilge, **a.g.e.**, s. 54; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 103; Olguç, **Zarar**, s. 355; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 212-213; karşı. von Büren, **OR BT**, s. 12; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 34. eBK zamanında, maddenin ticari satış için düzenlendiğinden bahisle ticari satışlardaki hızlılık ilkesi gereği alıcıdan uzun süreli bir piyasa araştırması yapmasının beklenemeyeceği de ifade edilmekteydi, Olguç, **Zarar**, s. 355.

⁸⁹⁷ Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4; Tandoğan, **C.1/I** s. 140; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 103.

tacirlerin iş ilişkilerindeki bağlantıları sayesinde uygun bedel karşılığında ikame mal satın alma imkânlarının dikkate alınması gerektiği de belirtilmektedir⁸⁹⁸.

Kanun koyucu ikame mal satın alımının dürüstlük kuralına uygun sayılabilmesi için söz konusu işlemin ne zaman, nerede ve hangi şartlar altında yapılması gerektiğini açıkça düzenlememiştir⁸⁹⁹. Öğretide alıcının ikame mal satın almak için üçüncü kişiye ödediği bedelin dürüstlük kuralına uygun sayılabilmesi için bazı kriterler⁹⁰⁰ benimsenmiştir.

1. Dikkate Alınması Gereken Tarih Bakımından

İkame alımın, dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış sayılabilmesi için borçlu temerrüdünde alıcının aynen ifadan vazgeçtiği tarihten (TBK m. 212 II'nin uygulama alanında ise belirli vade tarihinden) sonra derhâl yapılması gerektiği belirtilmektedir⁹⁰¹. Çünkü, alıcı ancak bu andan itibaren satılanın kendisine teslim edilmeyeceğini bilebiliyor olacaktır⁹⁰². Öğretide bazı yazarlar ise alıcının aynen ifa talebinden vazgeçtikten sonra uygun bir süre içerisinde ikame mal satın almasının yeterli olacağını kabul etmektedirler⁹⁰³. Bazı mahkeme kararlarında da alıcının aynen ifa talebi ortadan kalktıktan

⁸⁹⁸ Bardo, **a.g.e.**, s. 109.

⁸⁹⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 9; Keppler, **a.g.e.**, s. 57.

⁹⁰⁰ Ancak, belirtmek gerekir ki alıcının daha fazla zarara uğramamak için veya başka geçerli bir sebebi olması hâlinde aşağıda bahsedilen kriterlere uygun olmayan şekilde ikame bir mal satın almış olsa da bazı durumlarda söz konusu işlem dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış sayılabilecektir, Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 17; karşı. Bardo, **a.g.e.**, s. 116 vd., 122.

⁹⁰¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 19; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 10; karşı. Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4; Eren, **Borçlar Özel**, s. 75. İfa imkânsızlığı söz konusu ise alıcının imkânsızlığı öğrendikten sonra hemen ikame mal satın alması gerektiğine dair bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 19. Alman hukuku bakımından bkz. Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 26.

⁹⁰² von Büren, **OR BT**, s. 11, dn. 39.

⁹⁰³ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 36; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 9; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529; Barth, **a.g.e.**, s. 157-158; Lemp, **a.g.e.**, s. 173; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 16; Altınok

sonra makul süre içerisinde ikame mal satın alınabileceği (dolayısıyla bunun dürüstlük kuralına uygun olacağı) kabul edilmiştir⁹⁰⁴. Böylece, somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak alıcının ikame malı satın alabileceği uygun süre tespit edilebilir⁹⁰⁵. Nitekim alıcıdan uygun bedel üzerinden ikame mal satın alabilmesi için en azından kendi iş çevresi dahilinde bir araştırma yapması beklenmektedir. Ancak alıcının (makul olarak) hemen hareket etmesi aranarak diğer bir yandan da alıcının piyasa fiyatlarındaki hareketliliğe göre bir pozisyon alması önlenecektir. Böylece bu kriter bakımından alıcının makul süre içerisinde ikame mal satın almış olması dürüstlük kuralına ilişkin denetim için yeterli olacaktır.

Takip eden örneklerde alıcının makul süre içerisinde ikame mal satın almamış olması sebebiyle dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği kabul edilmektedir. Örneğin, alıcı satılanın fiyatının yükselmesini beklemişse⁹⁰⁶ veya fiyatlar yükselirken makul bir sebep⁹⁰⁷ olmaksızın ikame alımı geciktirmişse⁹⁰⁸ alıcı, bedeli dürüstlük kuralına uygun olarak ödediğini ileri süremeyecektir. Ancak, aksi bir durum söz konusuysa, yani satılanın değeri düşmekteyse, bu durumda alıcının derhâl ikame mal satın almış olması (yani piyasa fiyatının düşmesini beklememesi) TBK m. 52 anlamında zarar görenin kusuru teşkil

Ormanacı, **a.g.e.**, s. 206-207; karşı. Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.191, N. 7; von Büren, **OR BT**, s. 11, dn. 39; Kepler, **a.g.e.**, s. 58; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 112.

⁹⁰⁴ “BK.nun 187 ve 188. maddeleri gözönüne alındığında satıcının temerrüdü halinde alıcı, teslim edilmeyen şey yerine bir diğerini almak için iyi niyetle ödeyeceği semen ile sözleşmedeki semen arasındaki farkı isteyebilecektir. Ancak alıcının, akdın feshinden sonra makul bir süre içerisinde sonraki alım satımı yapması gerekir.” Y. 11 HD., E. 1988/5608, K. 1989/2721, T. 1.5.1989 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.12.2017). Bu karar için ayrıca bkz. dn. 687; 950.

⁹⁰⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 9.

⁹⁰⁶ Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.38; Tandoğan, **C.1/I** s. 140; Bilge, **a.g.e.**, s. 54; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 245; Olgaç, **Zarar**, s. 357.

⁹⁰⁷ Örneğin ikame malın tedarik edilmesinde yaşanan zorluklar nedeniyle alıcı gecikmişse, bu durumda somut olayın koşulları ışığında söz konusu işlem dürüstlük kuralına uygun sayılabilecektir, karşı. Bardo, **a.g.e.**, s. 117-118.

⁹⁰⁸ Cavin, **a.g.e.**, s. 50-51. Karşı. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.19; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70.

etmeyecektir⁹⁰⁹. Başka bir ifadeyle, satıcı, alıcının fiyatın daha da düşmesi için beklemesi gerektiğini kural olarak ileri süremeyecektir⁹¹⁰. Evleviyetle, alıcının aynen ifa talebi ortadan kalkmadan önce ikame mal satın alması gerektiğini de ileri süremeyecektir⁹¹¹.

Bununla birlikte bazı durumlarda alıcının ‘erken’ hareket etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyebilir. Şöyle ki alıcının daha fazla zarara uğramamak için aynen ifa talebi henüz ortadan kalkmamışken ikame mal satın almasının dürüstlük kuralına uygun olabileceği kabul edilmektedir⁹¹². Örneğin, alıcı aynen ifayı talep etmiş akabinde de satıcıya ek süre vermişse: fakat bu süre sonuna kadar satılanın fiyatının yükseleceğini ve daha sonra ikame alım yapmanın zorluklarını öngörebiliyorsa bu durumda, satıcıya verilen ek sürenin sona ermesini beklemeye gerek olmaksızın yapılan ikame alımın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir⁹¹³. Bazı yazarlar ise, satıcının borcunu zamanında ifa edeceğine ilişkin alıcının bir şüphesi bulunuyorsa, alıcının aynen ifa talebi kalkmadan önce ikame mal satın alabileceğini ve borçlunun söz konusu işlemin gerçek anlamda bir ikame mal satın alım işlemi olmadığını iddia edemeyeceğini savunmaktadırlar⁹¹⁴. Benzer bir şekilde, malın tedarik edilmesinin

⁹⁰⁹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N.19.

⁹¹⁰ von Büren, **OR BT**, s. 11, dn. 39.

⁹¹¹ Bardo, **a.g.e.**, s. 117.

⁹¹² Bardo, **a.g.e.**, s. 117.

⁹¹³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 19; benzer yönde Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 36; von Büren, **OR BT**, s. 11, dn. 39.

Satılanın ileride tedarik edilmesinin zorlaşacağı bekleniyorsa, bu ihtimalde alıcı ikame malı, satıcı ile arasındaki sözleşmede kararlaştırılan vade tarihinden önce dahi satın alsa, bu bedelin zararın hesaplanmasında dikkate alınabileceğine dair ayrıca bkz. Tandoğan, **C.1/I** s. 140. Eğer alıcının aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmeden önce ikame mal satın alması zararı azaltacaksa bu durumda söz konusu ikame alımın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceğine dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 174.

⁹¹⁴ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 10; Barth, **a.g.e.**, s. 158; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 36; Karl Schultz, “Ueber die Schadensberechnung beim Kauf”, **SJZ**, Cilt: 14, 1918, s. 201-203, s. 203. Öne alınmış borca aykırılık hâlinde alıcının (vade tarihinden önce) erken ikame mal satın alabileceğine dair bkz. Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191,

ileride zorlaşacağı öngörülüyorsa bu durumda da ikame malın daha erken satın alınabileceği kabul edilmektedir⁹¹⁵. Ancak, aynen ifa talebi ortadan kalkmadan önce alıcı, satıcının borcun ifası teklifini kabul etmesi gerekir. Bu sebeple, alıcı erken ikame mal satın alması durumunda tazminat talep edememe riskini kendisi taşımaktadır⁹¹⁶. Başka bir deyişle, aynen ifa talebi ortadan kalkmadan önce satıcı borcunu ifa ederse alıcı ikame mal satın almış olması sebebiyle uğradığı zararının giderilmesini kural olarak talep edemeyecektir⁹¹⁷. Çünkü bu durumda esasen borca aykırılık gerçekleşmemiş olacaktır.

2. Dikkate Alınması Gereken Yer Bakımından

İkame mal satın alınmasına ilişkin yapılan sözleşmedeki bedelin dürüstlük kuralına uygun olarak nitelendirilebilmesi için satıcının tazminat yükümlülüğünü en az artıracak yerde ikame alımın yapılmış olması gerekir⁹¹⁸. Başka bir deyişle, alıcıdan ikame malı en uygun bedel karşılığında alabileceği yerde bu işlemi yapması beklenir. Ancak, alıcının bu sebeple kapsamlı araştırma yapmasına gerek olmadığı kabul edilir; bu sebeple

N. 10; benzer yönde Barth, **a.g.e.**, s. 157. Ancak, yazara göre ancak zararı artmayacaksa alıcı erken ikame mal satın alabilecektir; bu sebeple erken alım zararı artıracaksa, (özellikle piyasada fiyatlar düşmekteyse), alıcının vade tarihine kadar beklemesi gerekmektedir, Barth, **a.g.e.**, s. 15

⁹¹⁵ Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.191, N. 4; Tandoğan, **C.I/1**, s. 140.

⁹¹⁶ Bardo, **a.g.e.**, s. 117.

⁹¹⁷ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N.11; benzer yönde Bardo, **a.g.e.**, s. 117. Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin öngörülebilir olduğu durumlarda, alıcının erken ikame mal satın alması zararı azalmasını sağlayacaksa bu durumda söz konusu malın ikame mal olarak kabul edilebileceğine, aksi durumda borçlunun savunma ileri sürebileceğine dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 173-174. Benzer şekilde, ikame alım ile satıcının temerrüde düştüğü tarih arasında piyasa fiyatları düşmemişse ve aynen ifa talebi ortadan kalkmadan önce hatta satıcı temerrüde düşmeden önce ikame mal satın alınmışsa, bu ikame mal satın alınmasına ilişkin bedelin bazı durumlarda dürüstlük kuralına uygun kabul edilebileceği de belirtilmektedir, Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 19.

⁹¹⁸ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 20; Lemp, **a.g.e.**, s. 173; Barth, **a.g.e.**, s. 157; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387; Olgaç, **Zarar**, s. 354. Alıcının ifa yerinde ikame alım yapmasının zorluk doğurması durumunda, alıcıdan ifa yerinde ikame alım yapmasını beklemenin dürüstlük kuralına uygun olmayacağına dair bkz. Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387.

farklı yerlerdeki olası bedellere ilişkin olarak kendi iş tecrübelerinden yararlanması yeterli olacaktır⁹¹⁹.

Bazı yazarlar, genel olarak satıcının malı alıcıya teslim edeceği yerde (veya ifa yerinde⁹²⁰) ya da buna en yakın yerde ikame mal satın alınmış olması hâlinde, söz konusu işlemin dürüstlük kuralına uygun kabul edileceğini belirtmektedirler⁹²¹. Böylece, alıcının ikame malı daha düşük bir bedel karşılığında bunlardan başka bir yerde satın alma imkânı olsa bile, satılanın teslim edileceği yerde veya ifa yerinde (ya da bunlara en yakın yerde) ikame mal satın almasının dürüstlük kuralına uygun sayılacağı kabul edilmektedir⁹²². Ancak, söz konusu teslim yerinde ikame mal satın almak mümkün değilse, bu durumda alıcının mümkün olan en uygun şartlarda başka bir yerde ikame mal satın alabileceği ifade edilmektedir⁹²³. Ayrıca, her ne kadar teslim yerinde ikame mal satın almak alıcı için mümkün olsa da alıcının (burada ödemesi gerekenden) daha düşük bir bedel karşılığında başka bir yerden ikame mal satın alması durumunda, yine söz konusu işlem dürüstlük kuralına uygun sayılacaktır⁹²⁴; nitekim bu son örnekte alıcı kendisinden beklenenden bile daha uygun şartlarda ikame mal satın almıştır.

⁹¹⁹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 35; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 20; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 29; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.38; Keppler, **a.g.e.**, s. 59; Barth, **a.g.e.**, s. 157.

⁹²⁰ Barth, **a.g.e.**, s. 157; Tandoğan, **C.I/I** s. 140; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 16.

⁹²¹ Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.191, N. 8; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 12; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 35; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 11; Keppler, **a.g.e.**, s. 59; Lemp, **a.g.e.**, s. 173; Barth, **a.g.e.**, s. 157; Tandoğan, **C.I/I**, s. 140. Satılanın teslim edileceği yerde ikame mal satın alınması gerektiğine dair bkz. Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529; Schultz, **a.g.m.**, s. 203. İkame alımın, mümkün olduğu ölçüde satılanın teslim edileceği yere yakın bir yerde gerçekleştirilmesi gerektiğine, ancak ikame alımda ikame satışı yapan satıcının borcunu ifa yerinin önem teşkil etmediğine dair bkz. Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 112.

⁹²² Barth, **a.g.e.**, s. 157.

⁹²³ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 35; karşı. Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 12; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 11.

⁹²⁴ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 35. Bazı yazarlar tarafından ise alıcının satılanı devralacağı yerde (*Abnahmeort*) ikame mal satın alınmasına ilişkin sözleşmenin yapılmış olması durumunda bu

3. İkame Mal Satın Alımına İlişkin Sözleşmenin Şartları Bakımından

İkame mal alım bedelinin dürüstlük kuralına uygun olabilmesi için, ikame alım sözleşmesinin alıcı ve satıcı arasındaki satış sözleşmesiyle (mümkün olduğunca⁹²⁵) aynı şartlar altında yapılmış olması gerektiği ifade edilmektedir⁹²⁶. Örneğin, devir, taşıma, gümrük ve bunun gibi giderlerin, ödeme şartlarının benzer olması gerektiği ifade edilmektedir⁹²⁷. Kural olarak, alıcı satıcının aleyhine olacak şekilde sözleşme şartlarındaki farklılıklardan faydalanamayacaktır⁹²⁸. Böyle bir durumda, tazminat indirilebilecektir⁹²⁹.

Bu çerçevede belirtilmelidir ki özellikle ikame malın, satış konusu mal ile (mümkün olduğunca⁹³⁰) aynı cinsten ve kalitede olması gerekir⁹³¹. Özellikle parça

bedelinin, kural olarak, dürüstlük kuralına uygun olacağı kabul edilmektedir, Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 20.

⁹²⁵ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 7; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 113; karşı. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 38.

⁹²⁶ Oser, Schönenberger, **ZK**, Art. 191, N. 9; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 13; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 21; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 38; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 7; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 38; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 29; Lemp, **a.g.e.**, s. 174; Keppler, **a.g.e.**, s. 59; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70; Barth, **a.g.e.**, s. 159; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 113; karşı. Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 4 Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 4.

⁹²⁷ Barth, **a.g.e.**, s. 159.

⁹²⁸ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 38; karşı. Barth, **a.g.e.**, s. 159.

⁹²⁹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 38.

⁹³⁰ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 37; karşı. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 21; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863; Comment, **a.g.e.**, s. 115.

⁹³¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 21; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 37; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 13; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 4; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 8; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 630; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 26; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529; von Büren, **OR BT**, s. 11, dn. 40; Keppler, **a.g.e.**, s. 59; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s. 38; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 29; Barth, **a.g.e.**, s. 158; Lemp, **a.g.e.**, s. 174; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 103; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 16; Olgaç, **Zarar**, s. 354. Bu yönde Y. 11. HD., T. 27.11.1985, E.

borcunun söz konusu olması durumunda satılan ile aynı değere sahip bir malın ikame olarak satın alınması gerektiği belirtilmektedir⁹³². Başka bir deyişle alıcı kural olarak daha kaliteli bir malı ikame mal olarak satın almamalıdır. Ancak, alıcının aynı kalitede ikame mal satın almasının mümkün olmaması durumunda⁹³³ veya aynı kalitede mal satın almasının alıcıdan makul olarak beklenemeyeceği durumlarda (örneğin malı acilen satın alması gerekmişse, aksi hâlde daha fazla zarara uğrayacaksa)⁹³⁴ satıcının daha iyi kalitedeki ikame mal bedeli ile satış bedeli arasındaki farkı tazmin etmesi gerekeceği ifade edilmektedir.

Ayrıca eklemek gerekir ki ikame alım sözleşmesi her zaman ilk satış sözleşmesi ile tamamen aynı koşulları içermeyebilir⁹³⁵. Başka bir deyişle, söz konusu işlem; bedel, ifa yeri, taşıma koşulları gibi hususlarda farklılık gösterebilir⁹³⁶. Bazı durumlarda (satıcı aleyhine) bu farklılıklara rağmen söz konusu işlem dürüstlük kuralına uygun olabilir.

5133, K. 6462 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4641). Benzer yönde: Comment, **a.g.e.**, s. 115; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387. Alman hukuku bakımından benzer yönde: Bardo, **a.g.e.**, s. 104-105.

⁹³² Barth, **a.g.e.**, s. 158. Alıcının daha fazla zarara uğramasını önleyecek olması durumunda farklı çeşit bir malın satın alınabileceğine dair bkz. Barth, **a.g.e.**, s. 158. Parça borcunun söz konusu olduğu durumda, alıcının aynı özellikleri taşıyan benzer bir mal satın almış olması durumunda, bunun bedelinin hesaba konu olabileceğine dair bkz. Comment, **a.g.e.**, s. 115.

⁹³³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 21; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 13; Barth, **a.g.e.**, s. 158-159. Örneğin, alıcının satılana acil bir şekilde ihtiyaç duyması ve aksi hâlde daha fazla zarara uğrayacak olması durumunda, alıcının daha iyi kalitede bir ikame mal satın alabileceği ifade edilmektedir, Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 13. Alıcının aynı kalitede mal tedarik etme imkânını olmaması durumunda ancak söz konusu daha kaliteli mal kendi malvarlığı için fazladan bir yarar teşkil etmiyorsa (örneği daha kaliteli malı üçüncü kişiye – aynı kalitedeki mal ile – aynı bedel karşılığında satmışsa), söz konusu ikame mal bedelinin tamamının zararın hesaplanmasında dikkate alınacağına dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 175; Barth, **a.g.e.**, s. 159, dn. 101.

⁹³⁴ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 630; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 8; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 205-206. Alıcının aynı kalitedeki ikame malı hemen teslim almasının mümkün olmadığı durumlarda, daha iyi kalitede bir ikame mal satın alabileceğine dair bkz. von Büren, **OR BT**, s. 11, dn. 40.

⁹³⁵ Cavin, **a.g.e.**, s. 50.

⁹³⁶ **A.e.**

Örneğin alıcının ikame mal satın alırken kaçınılmaz olarak ilave masraflar yapması gerekirse, söz konusu masrafların satıcı tarafından karşılanması gerektiği söylenebilir⁹³⁷. Dolayısıyla, şartlardaki (satıcı aleyhine) farklılık tek başına ikame alım işlemi dürüstlük kuralına aykırı hâle getirmeyebilir. Bu noktada yapılması gereken değerlendirme somut olayın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak, alıcının zararı azaltmak için gerekli özeni gösterip göstermediği üzerinde toplanmaktadır⁹³⁸.

4. İkame Mal Bedelinin Piyasa Fiyatı İle İlişkisi

Bazı yazarlar, alıcının zararı azaltma külfetine uygun davranabilmesi için ikame malı piyasa değerinin üzerinde bir bedel karşılığında almaması gerektiğini kabul etmektedirler⁹³⁹. Ancak bu görüş öğretilerde eleştirilmektedir ve ikame malın piyasa değerinin üzerinde bir bedel karşılığında satın alınmış olmasının tek başına zararı azaltma külfetine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir⁹⁴⁰.

Aşağıda da açıklandığı üzere piyasa fiyatı, piyasada gerçekleştirilen işlem fiyatların ortalamasına tekabül etmektedir. Bu nedenle, piyasa fiyatı aslında belirli bir aralıktaki fiyatların ortalamasını, dolayısıyla yapay bir değeri ifade etmektedir. Bu sebepten ötürü, alıcıdan her zaman bu yapay fiyat karşılığında ikame mal satın alması beklenmez⁹⁴¹. Alıcının, piyasa fiyatının üzerinden gerçekleştirdiği her ikame alım tek başına bu sebeple dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir.

Yukarıda bahsedilen dalgalanmaların haricinde alıcı piyasa fiyatının çok üzerinde bir bedel karşılığında ikame mal satın almışsa, söz konusu işlemin dürüstlük kuralına

⁹³⁷ Barth, **a.g.e.**, s. 159.

⁹³⁸ Cavin, **a.g.e.**, s. 51. Bu noktada, ikame malın üretildiği yerin (satış sözleşmesinde kararlaştırıldan) başka bir yer olmasının başlı başına dürüstlük kuralına aykırılık sebebi olmayacağı da belirtilmektedir Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 21.

⁹³⁹ Steindorff, **a.g.m.**, s. 461, dn. 100.

⁹⁴⁰ Bardo, **a.g.e.**, s. 106 vd.

⁹⁴¹ Bardo, **a.g.e.**, s. 106-107.

aykırı olduğu ilk bakışta akla gelebilir. Bu nedenle böyle bir durumda söz konusu ikame mal satın alım işleminin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edebilmek için somut olayın koşulları dikkate alınarak alıcının kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediğı değerlendirilmelidir. Örneğin, alıcının ikame mala acilen ihtiyaç duyması sebebiyle gerekli araştırmaları yapmasının ondan beklenemeyeceğı durumlarda piyasa fiyatının üzerinde bir bedel karşılığında ikame mal satın alması hâlinde, bu işlemin - somut olayın koşullarına göre (örneğin alıcının daha uygun bir bedel karşılığında ikame mal satın almasının mümkün olmaması durumunda) – dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyebileceğı söylenebilecektir⁹⁴². Ayrıca, ikame mal satın almadan önce alıcıdan uzun ve kapsamlı araştırma yapmasının beklenmeyeceğı kabul edilir⁹⁴³. Bu doğrultuda, piyasa fiyatının da yapılan tüm işlemlerin daha sonra karşılaştırılması sonucu tespit edildiğı göz önüne alındığında, alıcının kural olarak böyle kapsamlı bir araştırma yapması aranmadığından her zaman piyasa fiyatını tam olarak bilmesinin de ondan beklenemeyeceğı söylenebilir⁹⁴⁴. Özetle, somut olayın şartları değerlendirildiğinde alıcının piyasa fiyatının üzerinde bir bedel karşılığında ikame mal satın alması için haklı bir sebep olup olmadığı ve alıcının daha uygun bir bedel karşılığında ikame mal satın alma imkânının olup olmadığı (mümkün olsa bile bunun alıcıdan makul olarak beklenip beklenemeyeceğı) değerlendirilerek alıcının zararı azaltma külfetine uygun olarak hareket edip etmediğı tespit edilecektir⁹⁴⁵.

5. Bedelin Dürüstlük Kuralına Uygun Olmaması

İkame mal satın almak için ödenen bedelin dürüstlük kuralına uygun olmaması, söz konusu işlemi tamamen anlamsız hâle getirmeyecektir⁹⁴⁶. Ancak, dürüstlük kuralına

⁹⁴² Karş. Bardo, **a.g.e.**, s. 107 vd.

⁹⁴³ Bkz. dn. 896.

⁹⁴⁴ Bardo, **a.g.e.**, s. 107.

⁹⁴⁵ Bardo, **a.g.e.**, s. 109-110.

⁹⁴⁶ Barth, **a.g.e.**, s. 156.

uygun olarak bir ikame alım yapılmaması, zarar görenin kusuru teşkil edeceğinden (TBK m. 114 II atfıyla m. 52), hâkim tazminatı belirlerken tazminat miktarında indirim yapabilecektir⁹⁴⁷. Bu sebeple, alıcı dürüstlük kuralına uygun olarak ikame mal satın almamış olması hâlinde, hâkim tazminatı indirebilecektir⁹⁴⁸.

Bazı yazarlar, bedelin dürüstlük kuralına uygun olmaması durumunda, tazminatın dürüstlük kuralına uygun olarak sözleşme kurulmuş olsaydı üçüncü kişiye ödenecek bedel ile temerrüde düşen satıcıya ödenecek bedel arasındaki farka göre hesaplanması gerektiğini kabul etmektedirler⁹⁴⁹. Bu doğrultuda, örneğin, alıcı ikame malı makul bir süre içerisinde satın almamışsa tazminat belirlenirken alıcının ikame malı satın almasının beklendiği tarihteki piyasa fiyatı dikkate alınacaktır⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 4; Koller, **OR BT**, § 4, N. 36; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 18; Barth, **a.g.e.**, s. 156; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 112; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387; Olgaç, **Zarar**, s. 354; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 120.

⁹⁴⁸ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 7; Koller, **OR BT**, § 4, N. 36; Cavin, **a.g.e.**, s. 51; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387; Eren, **Borçlar Özel**, s. 75; Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.**, s. 120; Olgaç, **Zarar**, s. 354; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 165. Böyle bir durumda alıcının zararının genel hükümlere göre hesaplanacağına dair bkz. Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 3.

⁹⁴⁹ Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 4; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 103; karş. Tandoğan, **C.1/I** s. 141; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 16. Zararın, dürüstlük kuralına uygun olarak sözleşme kurulmuş olsaydı üçüncü kişiye ödenecek bedele göre hesaplanacağına dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 175; Barth, **a.g.e.**, s. 156; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 34; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.38; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 29.

Böyle bir durumda zararın soyut olarak hesaplanacağına dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 174.

⁹⁵⁰ “(...) Davanın halli için mahkemece akdin feshinden makul bir süre sonra malzemenin alınabileceği tarihteki rayiç değerler tesbit ettirilip, o fiyatla sözleşmedeki fiyat arasındaki farkın tahsiline karar vermek gerekirken, çok zaman sonra satın alınan ve fiyatları yükselen malzemenin fatura değerlerinin esas alınması doğru bulunmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir. (...)” Y. 11 HD., E. 1988/5608, K. 1989/2721, T. 1.5.1989 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.12.2017).

Yargıtay bir kararında sözleşmede kararlaştırılan kağıt gramajından farklı bir gramaj üzerinden ‘ikame’ mal satın alınmışsa bunun ikame mal olarak nitelendirilemeyeceğine, bu sebeple alıcının zararının soyut yönetime göre hesaplanması gerektiğine karar vermiştir: Y. 11. HD., T. 27.11.1985, E. 5133, K. 6462 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4641).

Doktrinde, alıcı satılardan daha kaliteli bir ikame mal satın aldıysa, tazminat belirlenirken indirim yapılması gerektiği savunulmaktadır⁹⁵¹. Bu doğrultuda, ikame malın kalitesine oranla tazminatta indirim yapılabileceği belirtilmektedir⁹⁵².

Bir görüşe göre eğer daha düşük kalitede bir ikame alım yapılmışsa, bu durumda zarar satılan ile aynı kalitede mal satın alınmış olsaydı ödenecek bedel ile satış bedeli arasındaki farka göre belirlenmelidir⁹⁵³. Alıcı daha düşük kalitede bir ikame mal satın almışsa, bu durumda zararının genel hükümlere göre hesaplanabileceği de kabul edilmektedir⁹⁵⁴. Aslında bu durumda, söz konusu malın satılanı ikame etme amacı ile alınıp alınmadığı da ayrıca sorgulanabilir.

Alıcı, üçüncü kişiyle yaptığı ikame mal satın alınmasına ilişkin sözleşmesindeki bedel, eğer satış bedelinden daha düşük ise (somut yonteme göre) tazminat talep edemeyecektir. Ancak, alıcı eğer genel hükümler doğrultusunda satıcının borcunu gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle başkaca zarara uğradığını ispat ederse, bunların giderilmesini talep edebilecektir⁹⁵⁵. Ayrıca, tartışmaya aşağıda yer verilmiş olmakla birlikte⁹⁵⁶ alıcının

⁹⁵¹ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 630; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 8; Tandoğan, **C.1/I** s. 141; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 103; Gümüş, **a.g.e.**, s. 56.

⁹⁵² Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2529. Aynı kalitede mal satın alınmış olsaydı ödenecek bedele göre indirim yapılması gerektiğine dair bkz. Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 111-112.

⁹⁵³ Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 111.

⁹⁵⁴ Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 631; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 8. Alıcı daha düşük bir kalitede ikame mal satın almışsa ve bu sebeple bir zarara uğramışsa, bu durumda bu zararının giderilmesini satıcıdan talep edebilecektir, Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 13; benzer yönde Barth, **a.g.e.**, s. 159. Böylece alıcı satış bedelleri arasındaki farka ek olarak uğradığı zararın giderilmesini isteyebilecektir, Barth, **a.g.e.**, s. 159.

⁹⁵⁵ Karş. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 21.

⁹⁵⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm: IV.E.3.

ikame mal satın almış olmasına rağmen soyut yönetime başvurabileceği kabul edilirse, bu durumda alıcının zararının soyut yönetime göre hesaplanması imkânı söz konusu olacaktır.

Alıcının dürüstlük kuralına uygun olarak ikame mal satın almış olması durumunda, alıcının zararı genel hükümlere göre (ör. yoksun kalınan kârı) daha az hesaplansa bile alıcı, ikinci fıkra çerçevesinde somut yönetime göre zararının hesaplanmasını talep edebilecektir⁹⁵⁷.

IV. Zararın Soyut Yönetime Göre Hesaplanması

A. Genel Olarak

TBK m. 213 III'e göre⁹⁵⁸ “*Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.*”. Bu fıkraya göre eğer söz konusu satılan⁹⁵⁹ borsada kayıtlıysa veya satılanın piyasa fiyatı bulunuyorsa alıcı ikame mal satın almasına gerek olmadan satış bedeli ile piyasa fiyatı arasındaki farka göre zararının hesaplanmasını talep edebilir.

Fark teorisi uygulandığı için alıcı satış bedelini ödmeden alıcının zararı satılanın satış bedeli ile piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacaktır⁹⁶⁰. Ayrıca, eğer satılanın

⁹⁵⁷ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 7.

⁹⁵⁸ TBK m. 213 III doğrultusunda hesaplanan zararın soyut (mücerret) zarar olarak ifade edildiğine ilişkin bkz. Comment, **a.g.e.**, s. 116; Bilge, **a.g.e.**, s. 55; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 245; karş. Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 863; tazminatın da soyut (mücerret) tazminat olarak ifade edildiğine ilişkin bkz. Olgaç, **Zarar**, s. 354. Ancak bu ifade, soyut yönetime verilen anlamlar bakımından karışıklık doğurabilir.

⁹⁵⁹ Kıymetli evrak ve döviz satışında da soyut yönetime başvurulabilecektir. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 40; karş. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 47. Kıymetli evrak ve döviz satışında soyut yönetime başvurulabileceği; fakat kıymetli evraka bağlanmamış (*unverbrieft*) alacak haklarının bu kapsamda değerlendirilmeyeceği kabul edilmektedir. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 40. Alman hukuku bakımından Schwarze, **Leistungstörungen**, § 25, N. 44.

⁹⁶⁰ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 22; Bilge, **a.g.e.**, s. 56; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 246; Tandoğan, **C.1/I** s. 142. Zararın soyut yönetime göre hesaplanmasına ilişkin bkz. YHGK, T. 12.12.1962, E. 89, K. 42 (Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 388-389)

piyasa fiyatı satış bedelinden düşükse, bu durumda alıcının (soyut yönleme göre) bir zararı olmayacağı belirtilmektedir⁹⁶¹.

B. Soyut Yönleme Verilen Anlamlar ve Soyut Yönleme İlişkin Görüşler

1. Alman Hukukunda Soyut Yönleme Verilen Anlamlar

a. Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Soyut Yöntem Ayrımı

Zararın soyut yönleme göre hesaplanması (*abstrakte Schadensberechnung*) farklı açılardan çeşitli anlamları ifade edebilmektedir⁹⁶². Özellikle Alman hukuku öğretisinde aksinin ispat edilip edilememesi bakımından soyut yönleme iki farklı anlam verilmektedir⁹⁶³.

Alman hukuku öğretisinde bazı yazarlar, zararın soyut yönleme göre hesaplanmasını, BGB § 252'nin ikinci cümlesinde öngörüldüğü gibi, zarar görenin (somut olarak) uğradığı zararı ispatlaması bakımından kolaylık sağlayan yöntemi ifade etmek için

⁹⁶¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 22; Eren, **Borçlar Özel**, s. 76-77.

⁹⁶² Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 87; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 24; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 16.

⁹⁶³ Larenz, **a.g.e.**, s. 511 vd.; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 353. Soyut yönleme dair zararın soyut tipikleştirilmiş yönleme göre hesaplanması (*abstrakt-typisierende Schadensberechnung*) ve zararın normatif soyut yönleme göre hesaplanması (*abstrakt-normative Schadensberechnung*) terminolojisiyle yapılan ayırım için bkz. Hans-Joachim Mertens, **Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht**, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1967, s. 76 dn. 76, s. 221-222; Jauernig/Teichmann, **BGB Vorbem.** §§ 249-253, N. 51 vd.; karşı. Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-253, N. 52; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 22-23.

kullanılmaktadırlar⁹⁶⁴. Böylece, zarar görenin söz konusu zarara uğramadığını ispatlamak zarar verene düşer⁹⁶⁵.

Diğer bir görüşe göre ise bu durumda zararın (dar anlamda) soyut yönetime göre hesaplanması söz konusu değildir⁹⁶⁶. Nitekim, bu yazarlara göre, söz konusu durumda kanun koyucu somut olarak meydana gelmiş zararın hesaplanması bakımından zarar gören için sadece bir ispat kolaylığı düzenlemiştir⁹⁶⁷. Bu görüşteki yazarlar, zararın (dar anlamda) soyut yönetime göre hesaplanmasının, yalnızca kanun koyucu tarafından zararın farazi olarak kabul edilmesi durumunda söz konusu olacağını ifade etmektedirler⁹⁶⁸. Soyut yöntemde, zarar görene ispat kolaylığı sağlamanın yanında⁹⁶⁹ zarar görenin daha az zarara uğradığının veya hiç zarara uğramadığının ileri sürülemeyeceği bir durum söz

⁹⁶⁴ Fikentscher, Heinemann, **a.g.e.**, N. 687; Caemmerer, **a.g.e.**, s. 9; Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 50; benzer şekilde Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-255, N. 4, § 325, N. 4; Grunewald, **a.g.e.**, §33, N. 20; Dauner-Lieb, **AnwaltKommentar**, BGB § 281, N. 59. Açıklamalar için bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 355; Larenz, **a.g.e.**, s. 511-512.

⁹⁶⁵ Fikentscher, Heinemann, **a.g.e.**, N. 687.

⁹⁶⁶ Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 252, N. 21; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 345, 355; Larenz, **a.g.e.**, s. 512, 513; Magnus, **AnwaltKommentar**, BGB Vorbem. §§ 249-255, s. 91; Spallino, **AnwaltKommentar**, BGB § 252, s. 131.

⁹⁶⁷ Larenz, **a.g.e.**, s. 512, 513; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 346, 355; Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 252 N. 21.

⁹⁶⁸ Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.); Larenz, **a.g.e.**, s. 513; benzer yönde Magnus, **AnwaltKommentar**, BGB Vorbem. §§ 249-255, s. 91; Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 249, N. 15; Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 42; Kindler, **a.g.e.**, § 9, N. 51; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 11; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 45; karş. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 355; Brox, Walker, **a.g.e.**, § 31, N. 20.

Söz konusu durumda, zararın soyut-normatif yönetime göre hesaplanacağına dair bkz. Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-253, N. 52; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 23. Burada esasen terminoloji sorunu olduğuna dair bkz. Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 45; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 11.

⁹⁶⁹ Larenz, **a.g.e.**, s. 513.

konusudur⁹⁷⁰. Böylece, zarar görenin aleyhine olmayacak şekilde⁹⁷¹ asgari zararın neye denk düştüğü bazı ortalama değerler göz önünde tutularak⁹⁷² götürü bir şekilde (*pauschal*) hesaplanacaktır⁹⁷³. Ancak zarar gören, daha fazla bir zarara uğramışsa, zarar görenin fiilen uğramış olduğu bu zararın giderilmesi yolu burada kural olarak hâlâ açıktır⁹⁷⁴. Yasal faiz oranına göre hesaplanan temerrüt faizi zararın dar anlamda soyut yönteme göre hesaplanmasına örnek olarak gösterilmektedir⁹⁷⁵. Böylece temerrüt faizinin - zarar görenin lehine olacak şekilde – asgari zarar teşkil ettiği ve zarar görenin somut yönteme göre ‘gerçekte’ uğradığı daha yüksek tutardaki zararının giderilmesine de izin verildiği kabul edilmektedir⁹⁷⁶.

Bu kapsamda, HGB § 376 II’de düzenlenen yöntemin de bu doğrultuda zararın dar anlamda soyut yönteme göre hesaplanmasına ilişkin olduğu kabul edilmektedir⁹⁷⁷.

⁹⁷⁰ Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 87; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 24; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 16; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 11; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 346, 353; Larenz, **a.g.e.**, s. 512-513; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.); Kindler, **a.g.e.**, § 9, N. 50; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 25, N. 49; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 23.

⁹⁷¹ Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.); Larenz, **a.g.e.**, s. 513; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 353.

⁹⁷² Larenz, **a.g.e.**, s. 512; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 23; karşı. Grunewald, **a.g.e.**, §33, N. 21.

⁹⁷³ Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.); karşı. Grunewald, **a.g.e.**, §33, N. 21. Söz konusu yöntemin zararın soyut yönteme göre hesaplanmasının bir alt başlığını oluşturduğuna dair bkz. Grunewald, **a.g.e.**, §33, N. 21.

⁹⁷⁴ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 353; Larenz, **a.g.e.**, s. 512-513; benzer yönde Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.).

⁹⁷⁵ Larenz, **a.g.e.**, s. 512; Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 325, N. 88; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 11; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.); Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 249, N. 15; karşı. Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-253, N. 52; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 22; Brox, Walker, **a.g.e.**, § 31, N. 20; Grunewald, **a.g.e.**, §33, N. 20.

⁹⁷⁶ Larenz, **a.g.e.**, s. 511-512; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.).

⁹⁷⁷ Larenz, **a.g.e.**, s. 513; Staudinger/Schiemann, **BGB § 252**, N. 21; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 353; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 17; Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB §

Böylece kanun koyucu, teslim edilmeyen malın piyasa fiyatının söz konusu malın değerini oluşturduğunu kabul etmektedir⁹⁷⁸. Bu çerçevede, HGB § 376 II doğrultusunda soyut yöntemle göre hesaplanan zarar, alacaklının asgari zararını (*Mindestschaden*) teşkil etmektedir⁹⁷⁹. Satıcı, alıcının bu zarara uğramadığını veya bu zarardan daha az bir zararı olduğunu ortaya koyamayacaktır⁹⁸⁰. Bu sebeple alıcı piyasa fiyatının altında bir ikame mal satın almışsa veya piyasa fiyatının altında ikame mal satın alması mümkünse, bu durumlara rağmen yine de alıcının zararı piyasa fiyatına göre hesaplanacaktır⁹⁸¹.

Ancak, zararın belirlenmesine ilişkin HGB § 376 II’de yer alan bu hüküm alıcının aleyhine bir durum teşkil etmeyecektir⁹⁸². Bu doğrultuda alacaklının bu yöntemle göre hesaplanan tutarı aşan bir zararı olması durumunda da bunları ispat etmek suretiyle söz konusu zararının giderilmesini kural olarak borçludan isteyebilecektir⁹⁸³.

325, N. 88; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 11; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.); Kindler, **a.g.e.**, § 9, N. 50; Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 252 N. 21; karşı. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 13; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 23; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-253, N. 52; Brox, Walker, **a.g.e.**, § 31, N. 20; Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 249, N. 15; Magnus, **AnwaltKommentar**, BGB Vorbem. §§ 249-255, s. 91.

⁹⁷⁸ Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 217 (§ 32 III-2.).

⁹⁷⁹ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 8; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 45; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 17; Larenz, **a.g.e.**, s. 513; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 35.

⁹⁸⁰ Larenz, **a.g.e.**, s. 513, Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 35; Brox, Walker, **a.g.e.**, § 31, N. 20; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-253, N. 52; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 13; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 25. Ticari satışta soyut yöntemin her zaman uygulanabilir olduğuna dair bkz. Heck, **a.g.e.**, s. 58.

⁹⁸¹ Keuk, **a.g.e.**, s. 115; Bardo, **a.g.e.**, s. 143.

⁹⁸² Larenz, **a.g.e.**, s. 512-513; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 353.

⁹⁸³ İBK m. 191 III bakımından benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 34.

Böylelikle, alıcı satış bedeli ile piyasa/borsa fiyatı arasındaki farktan daha fazla zarara uğradığını ispat edebilecektir⁹⁸⁴. Fakat, alıcının yaptığı ikame alıma dayanarak somut yönetime göre uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi HGB § 376 III'te öngörülen şartların yerine getirilmesine bağlıdır⁹⁸⁵. Bu hükme göre öncelikle alıcı, ikame malı hemen satın almış olmalıdır⁹⁸⁶. Ayrıca, alıcının ikame mal bedeline dayanabilmesi için ikame malı yetkili ticari komisyoncu veya açık artırma görevlisinin güncel fiyatı üzerinden satın almış olmalıdır⁹⁸⁷. Aksi durumda, alıcının zararı HGB § 376 II

⁹⁸⁴ Larenz, **a.g.e.**, s. 513.

⁹⁸⁵ Heck, **a.g.e.**, s. 58; Larenz, **a.g.e.**, s. 513; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 353; Adelbert Düringer, Max Hachenburg, Viktor Hoeniger, § 376, **Düringer- Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, V. Band / 1. Hälfte: Einleitung: Der Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und §§ 373 – 382**, 3. Bası, Mannheim/Berlin/Leipzig, J. Bensheimer, 1932, N. 21; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 37; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 9; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 19; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 12; Kindler, **a.g.e.**, § 9, N. 49; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 2; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 43.

⁹⁸⁶ Düringer, Hachenburg, Hoeniger, **a.g.e.**, HGB § 376, N. 21; Volker Röhrich, Friedrich Graf von Westphalen, Ulrich Haas, Claus Wagner, **Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht)**, 4. Bası, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014 (Anılış: Röhrich/Westphalen/Haas/Yazar adı, HGB), HGB § 376, N. 4; Canaris, Handelsrecht, § 29, N. 41; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 24; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 37; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 9; Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 149 (§35 II 3); Larenz, **a.g.e.**, s. 513; Brox, Henssler, **a.g.e.**, § 20, N. 397; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 12; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 43; Bardo, **a.g.e.**, s. 119. “Hemen” ile kastedilenin alıcının durumu göre mümkün olduğunca hızlı hareket etmesi olduğuna dair bkz. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 12; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 43.

⁹⁸⁷ Röhrich/Westphalen/Haas/Wagner, **HGB**, § 376, N. 4; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 37; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 19; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 12; ayrıca bkz. Brox, Henssler, **a.g.e.**, § 20, N. 397.

Kanunda açık artırmadan söz edilmiş olsa da açık artırmanın sadece ikame satış için (yani satıcının zararının hesaplanması bakımından) mümkün olduğu kabul edilir: bkz. Düringer, Hachenburg, Hoeniger, **a.g.e.**, HGB § 376, N. 21; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 43; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 19.

doğrultusunda soyut yönetime göre hesaplanacaktır⁹⁸⁸. Ayrıca, alıcı ikame mal satın aldığını HGB § 376 IV doğrultusunda satıcıya bildirmelidir⁹⁸⁹. Kanun koyucunun ikame mal satın alımının sınırlarına ilişkin getirdiği bu düzenleme ile amacının alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapmasını engellemek olduğu kabul edilmektedir⁹⁹⁰.

Bu noktada, zarar görene sağlanmış ispat kolaylığının yanı sıra, zarar görenin tazminat talebinin içeriğini belirleyebilecek bir maddi hukuk kuralı söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁹⁹¹. Böylece, alıcının söz konusu asgari zararı, zararın objektif hesaplanmasına dayanacak veya başka bir deyişle objektif zararını teşkil edecektir⁹⁹². Bazı yazarlar da burada zararın soyut olarak hesaplanmasından ziyade karşı edim değeri olarak satılanın değerinin soyut olarak belirlenmesinin söz konusu olduğunu ifade etmektedirler⁹⁹³; şöyle ki alıcı fiilen bir ikame mal satın almamış da olsa, satıcı edimini yerine getirmiş olsaydı, alıcının malvarlığında, en azından, satılanın değeri yer alacaktı⁹⁹⁴.

b. Soyut Yöntem ile Hesaplanan Değere İlişkin Ayrım

Aşağıda daha detaylı ele alınacağı üzere Türk-İsviçre öğretisinde olduğu gibi⁹⁹⁵ Alman hukuku öğretisinde de HGB § 376'da düzenlenen soyut yönetime verilen anlam

⁹⁸⁸ Düringer, Hachenburg, Hoeniger, **a.g.e.**, HGB § 376, N. 21; Röhrich/Westphalen/Haas/Wagner, **HGB**, § 376, N. 6; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 19; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 9.

⁹⁸⁹ Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 9; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 20. HGB § 376 IV doğrultusunda yalnızca alıcının bilgilendirileceğine dair bkz. Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 44.

⁹⁹⁰ Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 19; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 37; Brox, Henssler, **a.g.e.**, § 20, N. 397; Kindler, **a.g.e.**, § 9, N. 49; Oetker, **MünchKomm, BGB** § 252, N. 50; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 45.

⁹⁹¹ Larenz, **a.g.e.**, s. 513.

⁹⁹² Açıklamalar için bkz. Huber, **Leistungstörungen II**, s. 249 (§38 III 3).

⁹⁹³ Keuk, **a.g.e.**, s. 115; Huber, **Leistungstörungen II**, s. 243 (§38 III 2).

⁹⁹⁴ Keuk, **a.g.e.**, s. 117, 118.

⁹⁹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm: IV.B.2.

tartışmalıdır. Nitekim bir görüşe göre, HGB § 376’da öngörülen soyut yöntem alıcının, satılanı yeniden satmak suretiyle kâr elde edeceği düşüncesine dayanarak düzenlenmiştir⁹⁹⁶. Bu sebeple, piyasa fiyatı alıcının farazi olarak satılanı tekrar satabileceği bedeli ifade etmektedir⁹⁹⁷.

Alman hukukunda bazı yazarlara göre ise HGB § 376’da düzenlenen soyut yöntem ile alıcının ikame mal satın alması için ödemesi gereken bedel ile satış bedeli arasındaki fark, alıcının zararı olarak hesaplanmaktadır⁹⁹⁸. Bu görüşteki bazı yazarlar yoksun kalınan kârın hesaplanmasının niteliği gereği alacaklının sübjektif menfaatine ilişkin olması sebebiyle (dar anlamda) soyut yöntemin konusu oluşturamayacağını ifade etmektedirler⁹⁹⁹. Zararı azaltma külfetinden yola çıkan bu görüşteki diğer bazı yazarlar, alıcının yeniden satış yaparak kâr elde etmesinin olası olduğu durumlarda dahi ancak ikame mal satın alma külfeti bulunmuyorsa, tekrar satışı gerçekleştirebileceği piyasa fiyatına – genel hükümler doğrultusunda – dayanabileceğini kabul etmektedirler¹⁰⁰⁰.

Alman hukukunda da HGB § 376 düzenlenmesinden bağımsız olarak alıcının uğradığı zararın hesaplanması bakımından soyut yönteme verilen anlam öğretide farklı şekillerde ele alınmaktadır. BGB § 252’in ikinci cümlesinde, hayatın olağan akışına veya

⁹⁹⁶ Prölss, **a.g.e.**, s. 41; Kindler, **a.g.e.**, § 9, N. 51; benzer yönde Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 49.

⁹⁹⁷ Kindler, **a.g.e.**, § 9, N. 51; Wandt, **a.g.e.**, § 23, N. 49.

⁹⁹⁸ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 348; Caemmerer, **a.g.e.**, s. 8-9; Bardo, **a.g.e.**, s. 142; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 25, N. 47; karşı. Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 252 N. 23; Grunewald, **MünchKomm**, HGB § 376, N. 23; Koller, **Großkommentar HGB**, § 376, N. 35.

⁹⁹⁹ Caemmerer, **a.g.e.**, s. 7, 9.

¹⁰⁰⁰ Bardo, **a.g.e.**, s. 142-143. Alman hukuku bakımından bu görüşü savunan bazı yazarlara göre HGB § 376 II’de düzenlenen soyut yöntemin, tekrar satış suretiyle elde edilebilecekken yoksun kalınan kâr olarak ortaya çıkan zararın hesaplanmasına ilişkin olmadığına göre, sadece ticari satışlarda değil zararın hesaplanmasına ilişkin genel hüküm olarak da uygulanması mümkündür. Keuk, **a.g.e.**, s.114. Söz konusu düzenlemenin amacının ticari satışların niteliğini yansıtacak şekilde spekülasyonun önlenmesi olması sebebiyle, ticari olmayan satışlarda aynı anlamı ifade etmeyeceğine dair bkz. Oetker, **MünchKomm** BGB § 252, N. 50; eleştiriler için ayrıca bkz. Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 252 N. 23.

olayın özel koşullarına göre kâr elde edilmesi muhtemel idiyse, söz konusu kârın yoksun kalınan kâr olarak kabul edileceği düzenlenmiştir¹⁰⁰¹. Burada zarar gören açısından bir ispat kolaylığı getirdiği genellikle¹⁰⁰² kabul edilmektedir¹⁰⁰³. Böylelikle, zarar görenin

¹⁰⁰¹ Jürgen Prölss, **Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß**, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., 1966, s. 40; Bardo, **a.g.e.**, s. 125; Roland Schwarze, **Das Recht der Leistungsstörungen**, 2. Bası, Berlin/Boston/Hannover, De Gruyter, 2017, § 25, N. 46; Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 34; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.b; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 9; Spallino, **AnwaltKommentar**, BGB § 252, s. 131; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 31.

¹⁰⁰² Bu görüşün hâkim fikir olduğuna dair bkz. Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 252 N. 4; Prölss, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁰⁰³ Larenz, **a.g.e.**, s. 512; Lange, Schieman, **a.g.e.**, s. 345 vd., 355; Gottfried Baumgärtel, Heinz Helling, **BGB § 252, Handbuch der Beweislast, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil** (herausgegeben von Gottfried Baumgärtel), 3. Bası, Köln/München/Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2008, BGB § 252, N. 4 vd.; Prölss, **a.g.e.**, s. 40; Jauernig/Teichmann, **BGB § 252, N. 2**; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 25, N. 46; Grunewald, **a.g.e.**, §33, N. 6; Hirsch, **AT**, § 39, N. 994; Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 34; Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 249, N. 15, § 252, N. 32; Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 90, § 252 N. 18; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.a; Erman/Ebert, **Handkommentar**, 14. Bası, BGB § 252, N. 10; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 9; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 30; Magnus, **AnwaltKommentar**, BGB Vorbem. §§ 249-255, s. 91; Spallino, **AnwaltKommentar**, BGB § 252, s. 130; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 252, N.5; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 22, § 252, N. 4; benzer yönde Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 89; Kollpack, **a.g.e.**, s. 42; Dirk Looschelders, **Schuldrecht: Allgemeiner Teil**, 14. Bası, Vahlen 2016, § 47, N. 1048; Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, **Allgemeiner Teil des BGB**, 42. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018, § 31, N. 16; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 14; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 41. Bu görüşe göre, tazminat yükümlüsü, zarar görenin zarar uğramadığını veya daha az zarara uğradığını ispat edebilecektir, Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 41; Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 35; Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 34. Örneğin söz konusu zarar görenin söz konusu kârı elde edemeyeceğini ispatlayabilecektir, Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 90; § 252 N. 20; Jauernig/Teichmann, **BGB § 252, N. 2**; Brox, Walker, **a.g.e.**, § 31, N. 16; Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 34; Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 33; Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 44; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 9; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 45; Spallino, **AnwaltKommentar**, BGB § 252, s. 1321. BGB § 252’de maddi hukuk kuralı düzenlendiğine dair bkz. Ernst Steindorff, “Abstrakte und konkrete Schadensberechnung”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 1959/1960, Cilt 158, s. 431-469, s. 462.

hayatın olağan akışına göre kâr elde etmesinin muhtemel olduğunu ispatlaması durumunda, söz konusu kârdan yoksun kaldığı karine olarak kabul edilecektir¹⁰⁰⁴.

Alman hukuku öğretisinde bazı yazarlar, alıcının zararının soyut yönetime göre hesaplanmasını BGB § 252 kapsamında ele almaktadırlar. Bu görüşe göre¹⁰⁰⁵, zararın soyut yönetime göre hesaplanması, BGB § 252 doğrultusunda, alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanmasına ilişkindir. Bu görüşün çıkış noktası ise şu şekildedir: Satıcı borcunu ifa etmiş olsaydı, alıcı satılanı piyasa fiyatı üzerinden satarak satış bedeli ile piyasa fiyatı arasındaki fark tutarında bir kâr elde edecekti¹⁰⁰⁶. Ancak, satılan teslim edilmediği için alıcı söz konusu kârı elde edememiştir¹⁰⁰⁷. Tacirlerin, satılanı tekrar satarak kâr elde etmesi, bu görüşe göre, BGB § 252 doğrultusunda hayatın olağan akışına

¹⁰⁰⁴ Baumgärtel, Helling, **a.g.e.**, BGB § 252, N. 5-6; Brox, Walker, **a.g.e.**, § 31, N. 16-17; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 30; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.a.; Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 34; Grunsky, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 252, N. 9, 9c.; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 31; karşı. Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB Vorbem. §§ 249 vd., N. 90; Oetker/Koch, **HGB**, § 376, N. 41; Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 9. Kanunda “olarak kabul edilmek (*gilt*)” ifadesi kullanılmış olsa da burada aksi ispat edilebilir bir karine olduğu kabul edilmektedir, Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.a.; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 30. Zararın Tespiti ve Talebin Miktarı (*Schadensermittlung; Höhe der Forderung*) başlıklı Alman Medenî Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung*) § 287 ile BGB § 252 arasındaki ilişkiye dair açıklamalar için bkz. Baumgärtel, Helling, **a.g.e.**, BGB § 252, N. 7 vd.; Oetker, **MünchKomm**, BGB § 252, N. 30.

¹⁰⁰⁵ Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, **Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil**, 11. Bası, Boston-Berlin, de Gruyter, 2017, N. 687; Heck, **a.g.e.**, s. 58; Prölss, **a.g.e.**, s. 39-41; karşı. Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB Vorbem. §§ 249-255, N. 4; Wandt, **a.g.e.**, § 24, N. 35; Hirsch, **AT**, § 39, N. 994 vd. Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz Bardo, **a.g.e.**, s. 35 vd.

¹⁰⁰⁶ Prölss, **a.g.e.**, s. 41; Fikentscher, Heinemann, **a.g.e.**, N. 687. Açıklamalar için bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 245 (§38 III 2 b); Bardo, **a.g.e.**, s. 35, 37-38

¹⁰⁰⁷ Fikentscher, Heinemann, **a.g.e.**, N. 687. Bu görüşe göre alıcı, somut bir şekilde kârdan yoksun kaldığını ortaya koyamasa bile soyut yönetime göre zararının hesaplanmasını isteyebilecektir, Fikentscher, Heinemann, **a.g.e.**, N. 687. Böylece yazarlara göre alıcının zararını somut yönetime göre veya soyut yönetime göre hesaplama konusunda seçimlik hakkı olacaktır, Fikentscher, Heinemann, **a.g.e.**, N. 687.

uygundur, bu sebeple tacirlerin satılanın yeniden satışı suretiyle kâr elde etmeyi amaçladıkları karine olarak kabul edilebilecektir¹⁰⁰⁸.

Alman hukuku öğretisindeki diğer bir görüşe göre¹⁰⁰⁹ ise soyut yöntemde alıcının zararı hesaplanırken alıcının farazi olarak ikame mal satın almasından yola çıkılabilecektir¹⁰¹⁰. Bu görüşteki yazarlar da alıcının zararının, satılanın elde edilmesi için ödenmesi gereken piyasa fiyatının¹⁰¹¹ dikkate alınarak hesaplanmasını farklı gerekçelere

¹⁰⁰⁸ Tacirler bakımından karinenin kabul edileceğine dair bkz. Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 30; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 325, N. 16; benzer yönde Prölss, **a.g.e.**, s. 41. Nitekim, tacirin satılanı piyasa fiyatı (veya satılabilirlik değeri) üzerinden satması hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilmektedir, Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.b; Erman/Ebert, **Handkommentar**, 14. Bası, BGB § 252, N. 13. Açıklamalar için bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 245 (§38 III 2 b); Bardo, **a.g.e.**, s. 38.

Ticari işler bakımından söz konusu karinenin kural olarak kabul edilebileceğine dair bkz. Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 42; Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.b; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 252, N. 6.

¹⁰⁰⁹ Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 89, 102; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 34; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 130; Steindorff, **a.g.m.**, s. 459 vd.; Keuk, **a.g.e.**, s. 112-113, 182; Kollpack, **a.g.e.**, s. 43; Bardo, **a.g.e.**, s. 94 vd.; Heymann/Emmerich/Hoffmann, **HGB**, § 376, N. 16; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 25, N. 49; Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 43; karşı. Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, **HGB**, § 376, N. 9; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 14; Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 281, N. 32.; Palandt/Grüneberg, **77. Bası**, BGB § 281, N. 32. Alıcının ikame mal satın alınmasına ilişkin işlemi gerçekleştirmemiş olmasına rağmen, ikame mal satın almak için gerekli masrafları, somut yönetime göre, talep edebileceğine dair bkz. Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 325, N. 5a.

¹⁰¹⁰ Bu görüşün hâkim fikir olduğuna dair bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 247; (§38 III 2 d), 248 (38 III 3).

¹⁰¹¹ Alıcının aynen ifadan vazgeçme imkanının olduğu tarihi takip eden ilk iş günündeki (satıcıya verdiği ek sürenin sona ermesini takip eden ilk iş günündeki) piyasa fiyatının kural olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 250 (§38 III 3 b); Ernst Rabel, **Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band 1**, Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1957, s. 464.

Ancak, reform öncesi Alman hukuku bakımından belirtmek gerekir ki BGB § 326 doğrultusunda borçluya verilen ek süre içerisinde borçlu hâlâ borcunu ifa etmemişse, alacaklının aynen ifa talebinden vazgeçmiş sayılmaktadır. Böylece, satıcının temerrüde düştüğü tarih ile verilen ek sürenin son tarihi arasında satılanın piyasa fiyatı yükselmişse alıcı, zararın yükselmiş olan fiyata göre hesaplanmasını talep edebilecektir. Nitekim, alıcının farazi ikame mal satın alacağı tarih, ek sürenin sonuna denk düşmektedir. Ancak, tam tersi bir durum söz konusu ise, eğer satılanın piyasa

dayandırmaktadırlar¹⁰¹². Örneğin bu görüşteki bazı yazarlara ise, alıcının ifa etmeme sebebiyle tazminat talebi, malvarlığı kaybı/azalmasının veya yoksun kalınan kârının giderilmesinden ibaret değildir¹⁰¹³. Bu noktada amaç alıcının malvarlığını borç gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirmektedir¹⁰¹⁴. Bu yüzden, satıcının borcunu ifa etmemesi sebebiyle alıcı aslında malvarlığında yer alacak artı bir değerden mahrum (*entgangener Mehrwert*) kalmıştır¹⁰¹⁵. Bu sebeple, alıcının ifaya olan menfaati en az karşı edimin değeri kadardır¹⁰¹⁶ ve satılanın değerini tespit ederken satılanın piyasadan elde edilebileceği fiyat dikkate alınmalıdır¹⁰¹⁷.

fiyatı satıcı temerrüde düştükten sonra düşmüşse, öğretide bir görüş, alıcı satılan zamanında kendisine teslim edilseydi hemen malı tekrar satacağını ortaya koyarak yoksun kalınan kârını talep ederse, bu durumda satıcının temerrüde düştüğü tarihteki piyasa fiyatının dikkate alınabileceğini savunmaktadır. Bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 250 (§38 III 3 b). Böylece bu görüşe göre alıcı zararını yoksun kalınan kârına göre veya farazi ikame mal satın almasına göre temellendirerek, zararın hesaplanmasında dikkate alınacak tarih konusunda seçimlik bir hakka sahip olacaktır. Piyasa fiyatı belirlenirken, alıcının makul bir şekilde ikame mal satın alabileceği piyasanın dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, piyasa fiyatı için dikkate alınması gereken yerin, satıcının malı alıcıya teslim edeceği yer olması gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 251 (§38 III 3 b). Ayrıca, alıcının piyasa fiyatı üzerinden zararını soyut yönleme göre hesaplama imkânı bulunuyorsa, bu durumda artık alıcının zararı azaltma külfeti kapsamında (BGB § 254) ikame mal satın almasına gerek olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 256 (§38 III 5). Böylece, alıcının piyasa fiyatının aşağısında bir bedel karşılığında ikame mal satın alabileceğinin, alıcıya karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 251 (§38 III 3 b). Hatta, bazı yazarlar alıcı piyasa fiyatının aşağısında bir bedel karşılığında ikame mal satın almış olsa dahi, alıcının zararının soyut yönleme göre hesaplanabileceğini kabul etmektedirler. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 251-252 (§38 III 3 b). .

¹⁰¹² Açıklamalar için bkz. Bardo, **a.g.e.**, s. 40 vd.

¹⁰¹³ Bardo, **a.g.e.**, s. 77 vd.

¹⁰¹⁴ Keuk, **a.g.e.**, s. 109; benzer yönde Bardo, **a.g.e.**, s. 93, 123.

¹⁰¹⁵ Bardo, **a.g.e.**, s. 77 vd., benzer yönde Keuk, **a.g.e.**, s. 110.

¹⁰¹⁶ Keuk, **a.g.e.**, s. 110, Bardo, **a.g.e.**, s. 77 vd.

¹⁰¹⁷ Bardo, **a.g.e.**, s. 97-98.

Bu görüşteki yazarlara göre, alıcının satılanı elde edebileceği piyasa değeri, satılanın objektif değerini oluşturmaktadır¹⁰¹⁸. Bu objektif değer, kimi yazarlara göre, alıcının asgarî zararını oluşturmaktadır¹⁰¹⁹. Kimi yazarlara göre ise satıcı, alıcının daha az zarara uğradığını, örneğin alıcının ikame malı piyasa değerinin altında bir bedel karşılığında satın aldığını ispat edebilecektir¹⁰²⁰.

Satılan teslim edilmediğinde alıcının elinde ikame mal satın alma ve ikame mal satın alım bedeli ile satış bedeli arasındaki farkı, zararı olarak satıcıdan talep etmek imkânı mevcuttur¹⁰²¹. Şöyle ki teslim edilmeyen malın alıcı için değeri en az onun yerine başka bir mal satın almak için ödemesi gereken bedele denk düşmektedir. Aynı zamanda alıcının satılan teslim edilmediğinde, (zararı talep etmek imkânı doğduğunda) derhâl bir ikame mal satın alması onun zararı azaltma külfetine de uygun olacaktır. O hâlde alıcı piyasa fiyatı üzerinden farazi olarak ikame mal satın almış gibi düşünülerek, bu piyasa fiyatı üzerinden zararı hesaplanabilir¹⁰²². Ancak bu görüşteki yazarlar da alıcının hâlâ BGB § 252'ye dayanarak yoksun kalınan kârının giderilmesini talep hakkının varlığını

¹⁰¹⁸ Robert Neuner, "Interesse und Vermögensschaden", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1931, Cilt: 133, Sayı: 3, s.277-314, s. 302, 307; Kollpack, **a.g.e.**, s. 43; karş. Honsell, **Differenztheorie**, s. 263.

¹⁰¹⁹ Kollpack, **a.g.e.**, s. 43; karş. Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 25, N. 49. Aksi yönde Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 43; eleştiriler için ayrıca bkz. Staudinger/Schiemann, **2017**, BGB § 249, N. 132.

¹⁰²⁰ Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 44; karş. Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 34; Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 14. Benzer bir durumun alıcının ikame mal satın alma külfeti olması durumunda da geçerli olabileceğine dair bkz. Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 34.

¹⁰²¹ Palandt/Heinrichs, **64. Bası**, BGB § 281, N. 32; açıklamalar için bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 244 (§38 III 2 a).

¹⁰²² Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 43; açıklamalar için bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 244 (§38 III 2 a).

sürdürdüğünü kabul etmektedirler¹⁰²³. Çünkü, alıcı satılanı üçüncü bir kişiye satarak kâr elde edecek idiyse, bu durumda satıcı borcunu gereği gibi ifa etmiş olsaydı alıcının malvarlığında satılanın değerinden daha fazla bir değer yer alabilecekti¹⁰²⁴. Fakat alıcı ancak ondan zararı azaltma külfeti çerçevesinde ikame mal satın alması beklenmiyorsa BGB § 252'ye dayanarak yoksun kalınan kârının soyut olarak hesaplanmasını talep edebilecektir¹⁰²⁵.

2. TBK m. 213 III'te Düzenlenen Soyut Yönteme İlişkin Görüşler

TBK m. 213 III'e göre satılanın bir piyasa fiyatı veya borsa fiyatı varsa, alıcı soyut yönteme göre zararını satış bedeli ile satılanın piyasa/borsa fiyatı arasındaki fark olarak hesaplayabilir. TBK m. 213 III hükmü ile hesaplanan değer bakımından piyasa fiyatı veya borsa fiyatı olarak, söz konusu malın piyasada veya borsadaki satış fiyatının mı yoksa alış fiyatının mı dikkate alınacağı Türk-İsviçre öğretisinde de oldukça tartışmalıdır. Bu konuda bir karara varabilmek için soyut yöntem doğrultusunda zararın neye göre hesaplandığını tayin etmek gerekecektir.

Eğer, zarar soyut yönteme göre, alıcının farazi olarak gerçekleştireceği ikame alım düşünülerek, alıcının piyasada bu alımı gerçekleştirebileceği değer dikkate alınarak hesaplanıyorsa, bu durumda piyasada malın – söz konusu alıcı bakımından – satın alınabileceği fiyat dikkate alınacaktır. Ancak, zarar soyut yönteme göre, alıcının satılanı

¹⁰²³ Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 98; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 36; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, s. 130; Keuk, **a.g.e.**, s. 182 vd.; Bardo, **a.g.e.**, s. 123 vd.; karş. Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 25, N. 50; karş. Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 43.

¹⁰²⁴ Bardo, **a.g.e.**, s.125.

¹⁰²⁵ Steindorff, **a.g.m.**, s. 460-461; Keuk, **a.g.e.**, s. 182 vd.; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, s. 347; Emmerich, **MünchKomm 3. Bası**, BGB § 325, N. 102; Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 36; Bardo, **a.g.e.**, s. 123 vd., 133 vd.; karş. Bamberger/Roth/Schubert, **BGB**, § 252, N. 35; Bamberger/Roth/Unberath, **BGB**, § 281, N. 43; karş. Baumbach/Hopt/Hopt, **HGB**, § 376, N. 14. Ancak böyle bir durumda alıcının ikame mal satın almak için ödemesi gereken piyasa fiyatı üzerinden zararını hesaplayabileceğine dair bkz. Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 36.

piyasada tekrar satmak suretiyle elde edeceği kârdan yoksun kaldığı düşünülerek, alıcının piyasada tekrar satışı gerçekleştirebileceği değer dikkate alınarak hesaplanıyorsa, bu durumda (kural olarak) piyasada malın – söz konusu alıcı bakımından - satılabileceği fiyat dikkate alınacaktır. Fakat, TBK m. 213 III’te düzenlenen zararın soyut yöneme göre hesaplanmasının, alıcının ikame malı satın alabileceği piyasa fiyatına mı yoksa satılanı tekrar satabileceği piyasa fiyatına mı dayandığı öğretide oldukça tartışmalıdır. Burada kabul edilecek görüşe göre piyasa fiyatının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlarda da (yer, zaman ve diğer şartlar gibi) değişiklik olabilmektedir.

Her hâlükârda belirtmek gerekir ki, alıcı satıcıdan hem satılanın değerinin kendisine ödenmesini hem de tüm yoksun kalınan kârının giderilmesini kümülatif bir şekilde talep edemeyecektir¹⁰²⁶.

a. Farazi İkame Mal Satın Alım Bedeli Görüşü

Türk-İsviçre öğretisindeki bir görüşe göre, alıcının zararı soyut yöneme göre hesaplanırken, piyasa fiyatı olarak alıcının fiilen gerçekleştirdiği ikame alım bedeli yerine, alıcı ikame bir mal satın almış olsaydı ödemesi gereken olan bedel dikkate alınmaktadır¹⁰²⁷. TBK m. 213 III’te alıcının piyasa fiyatı üzerinden kural olarak ikame mal satın alabileceği düşünülerek alıcının ikame mal satın almasına gerek olmadığı ifadesine yer verilmiştir¹⁰²⁸. Alıcı, ikame bir mal satın almasına gerek olmaksızın, satış bedeli ile farazi ikame mal satın alım bedeli arasındaki farkın tazmin edilmesini talep

¹⁰²⁶ Bardo, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁰²⁷ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 16; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 12; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 631; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.38-39; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 30; Comment, **a.g.e.**, s. 116-117; Lemp, **a.g.e.**, s. 175; Chappuis, **a.g.e.**, N. 772; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 340; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 864; Serozan, **İfa**, § 16, N. 10; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 78; Akıncı, **a.g.e.**, s. 196; karşı. Müller, **Contrats de droit suisse**, N. 221; von Büren, **OR BT**, s. 13.

¹⁰²⁸ Honsell, **OR BT**, s. 59.

edebilecektir¹⁰²⁹. Böylece, piyasa fiyatı, ikame malın piyasada – söz konusu alıcı bakımından – satın alınabilir olduğu fiyatı ifade edecektir¹⁰³⁰. Ayrıca, bu görüşteki bazı yazarlara göre alıcının satılanı yeniden satacak olması veya elinde tutacak olması bir önem arz etmemektedir¹⁰³¹.

İsviçre öğretisinde bu görüşteki bazı yazarlar aynı sonuca farklı gerekçe ile varmaktadırlar. Şöyle ki bu yazarlara göre, İBK m. 191 III (TBK m. 213 III) hükmü sadece ticari satışlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır¹⁰³² ve bu sebeple satılanın teslim edilmemesiyle birlikte alıcının malı tekrar üçüncü bir kişiye satarak elde edeceği kârdan yoksun kalacağı düşüncesine dayanmaktadır¹⁰³³. Ancak, söz konusu hükümde alıcının zararı, satış bedeli ile farazi ikame mal satın alım bedeli arasındaki farka göre belirlenmelidir. Çünkü bu görüşe göre, kanun koyucu alıcının farazi olarak ikame mal satın alacağından ve böylece tekrar satış işlemini – ikame mal üzerinden – gerçekleştirebileceğinden yola çıkmaktadır ve zararın satış bedeli ile ikame mal satın alım bedeli arasındaki farka indirilmiş olduğunu kabul etmektedir¹⁰³⁴. Ancak, alıcının genel hükümler çerçevesinde kural olarak yoksun kalınan kârının hesaplanması imkânın kapalı olmadığı da ifade edilmektedir. Böylece, kanun koyucunun alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanmasında basit bir yöntem kabul etmiş olduğu belirtilmektedir¹⁰³⁵.

¹⁰²⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 16; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 12; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 30; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 864.

¹⁰³⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 16; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2530.

¹⁰³¹ Chappuis, **a.g.e.**, N.772.

¹⁰³² Bu konuda tartışmalar için bkz. Üçüncü Bölüm: I.A, dn. 714.

¹⁰³³ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 17; Koller, **OR BT**, § 4, N. 32-33.

¹⁰³⁴ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 17; Koller, **OR BT**, § 4, N. 32.

¹⁰³⁵ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 17.

b. Farazi Tekrar Satıştan Elde Edilecek Kâr Görüşü

Türk-İsviçre öğretisinde diğer bir görüşe göre ise¹⁰³⁶, TBK m. 213 III (İBK m. 191 III) ile öngörülen soyut yöntem, alıcının yoksun kaldığı kârın hesaplanmasına ilişkindir. Bu sebeple bu görüşe göre, soyut yöntem, – alıcı bakımından – takip eden satışta elde edebileceği fiyatı ifade etmektedir¹⁰³⁷.

Burada, bu yazarlara göre kanun koyucu zararın hesaplanması bakımından alıcıya bir ispat kolaylığı sağlamıştır¹⁰³⁸. Çünkü TBK m. 213 III hükmünde alıcının malı tekrar satmak için satın aldığı ve satılan zamanında teslim edilmediği için alıcının elde edeceği kârdan yoksun kaldığı düşüncesinden hareket edilmiştir¹⁰³⁹. Bu doğrultuda, yoksun kalan kârın hesaplanmasını kolaylaştıracak bir yöntem düzenlenmiştir¹⁰⁴⁰. Bu sebeple, alıcının soyut yöntemle başvurması için hâlihazırda satılanı üçüncü bir kişiye satmış olduğunu ispatlamasına gerek yoktur¹⁰⁴¹.

Ancak, soyut yöntemle göre hesaplanan tutardan daha fazla zarara uğradığını iddia ediyorsa, genel hükümler ve TBK m. 213 II hükmü çerçevesinde bunun giderilmesini talep edebilir¹⁰⁴². Örneğin, eğer – alıcı tarafından – satın alınabilirliğe ilişkin piyasa fiyatı, satılabilirliğe ilişkin piyasa fiyatından yüksekse, bu durumda alıcı hâlâ

¹⁰³⁶ von Tuhr, **a.g.m.**, s. 367; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 23; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 5; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 5; Barth, **a.g.e.**, s. 162-163; Eren, **Borçlar Özel**, s. 76; karşı. Becker, **BK OR**, Art. 99, N. 61; Honneger, **a.g.e.**, 62; Tandoğan, **C.1/I** s. 147; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 20; Yıldız, **a.g.e.**, s. 217 . Bu yönde BGE 81 II 55.

¹⁰³⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 23; benzer yönde bkz. Cavin, **a.g.e.**, s. 52; Tercier, **La partie spéciale**, N. 224.

¹⁰³⁸ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 43; benzer yönde bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 76.

¹⁰³⁹ Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 5; benzer yönde bkz. von Tuhr, **a.g.m.**, s. 367.

¹⁰⁴⁰ Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 5.

¹⁰⁴¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 23; Cavin, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁰⁴² Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 24.

somut yönteme göre veya genel hükümlere göre zararının giderilmesini talep edebilecektir¹⁰⁴³.

Yukarıda da bahsedildiği üzere İBK m. 191 III'te düzenlenen soyut yöntemin ticari satışlar dışında uygulanıp uygulanmayacağı oldukça tartıřmalıdır¹⁰⁴⁴. İsviçre öğretisinde bazı yazarlara göre, soyut yöntem ticari satışlar için düzenlenerek kanun koyucu tarafından alıcının satılanı üçüncü bir kişiye satarak k r elde etmeyi amaçladığı dikkate alınmıřtır¹⁰⁴⁵. Böylece, bu görüşe göre yoksun kalınan kârın hesaplanmasına ilişkin İBK m. 191 III yalnızca ticari satışlar bakımından uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁴⁶. Ancak, diğer bazı yazarlara göre, soyut yönteme başvurulabilmesi için söz konusu satış sözleşmesinin ticari satış niteliğinde olmasına gerek yoktur¹⁰⁴⁷. Başka bir deyişle, alıcının satılanı yeniden satmak veya kullanmak için satın alması da bir değişiklik yaratmamaktadır.

Türk hukukunda ise TBK m. 213'te öngörülen yöntemler hem ticari satış sözleşmeleri hem de ticari satış dışında kalan diğer satış sözleşmeleri için uygulanacağından söz konusu satış türleri bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiği de belirtilmektedir; bu görüşe göre ticari satışlar bakımından soyut yöntem kural olarak alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanmasına iliřkindir¹⁰⁴⁸. Bu görüşe göre ticari olmayan satışlar bakımından soyut yöntem için dikkate alınması gereken piyasa fiyatı alıcının satılanı piyasada satabileceği fiyatı ifade etmektedir¹⁰⁴⁹.

Soyut yöntem ile ticari satışta alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanacağını kabul eden bu görüşteki yazarlar, ikinci aşamada alıcının ikame mal satın alma külfetinin

¹⁰⁴³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 24; benzer yönde Honneger, **a.g.e.**, s. 62.

¹⁰⁴⁴ Bkz. dn. 714.

¹⁰⁴⁵ von Tuhr, **a.g.m.**, s. 367-368; Barth, **a.g.e.**, s. 162.

¹⁰⁴⁶ von Tuhr, **a.g.m.**, s. 367-368; Barth, **a.g.e.**, s. 163-164.

¹⁰⁴⁷ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 38.

¹⁰⁴⁸ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 20.

¹⁰⁴⁹ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 21.

bulunup bulunmadığı konusunda aynı fikirde değillerdir. Bu konu aşağıda¹⁰⁵⁰ açıklanmış olmakla birlikte konuya kısaca burada da değinilecektir. Bu görüşteki bazı yazarlara göre zarar soyut yöntemle göre hesaplanırken alıcının ikame mal satın alma külfeti göz önünde bulundurulmalı ve alıcının ikame mal satın alma külfeti olduğu durumlarda¹⁰⁵¹ alıcının yoksun kalınan kârı farazi ikame mal satın alım bedeli üzerinden, böylelikle satılanın piyasadaki satın alınabilirlik bedeli üzerinden, hesaplanmalıdır¹⁰⁵². Bu görüşe göre ancak böyle bir külfetin bulunmadığı durumlarda¹⁰⁵³ satılanın piyasada tekrar satılabileceği bedel dikkate alınmalıdır¹⁰⁵⁴.

Bazı yazarlara göre ise TBK m. 213 III hükmü alıcıyı ikame mal satın alma külfetinden de kurtarmıştır¹⁰⁵⁵. Böylelikle, piyasa fiyatı burada alıcının ikame mal satın alabileceği fiyat olarak değil, alıcının malı yeniden satabileceği fiyat olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁵⁶.

c. Karma Görüş

Türk-İsviçre öğretisindeki bir görüşe göre, TBK m. 213 III'te düzenlenen soyut yöntem hem alıcının farazi ikame mal satın alması sonucunda uğrayacağı zararların hem de yoksun kalınan kârının hesaplanmasına ilişkin olabilir. Başka bir deyişle, piyasa fiyatı alıcının satılanı piyasadan temin edilebileceği fiyatı ifade etmekle birlikte¹⁰⁵⁷ TBK m. 213

¹⁰⁵⁰ Üçüncü Bölüm: IV.E.2

¹⁰⁵¹ İkame mal satın alma külfetine ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm: II.A.1.a.

¹⁰⁵² Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 20. Böylece, alıcının ikame mal satın alma külfetinin olduğu durumlarda bu görüş, farazi ikame mal satın alım bedeli görüşü ile örtüşmektedir, bu görüş için bkz. Üçüncü Bölüm: IV.B.2. a.

¹⁰⁵³ İkame mal satın alma külfetinin olmadığı durumlara ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm: II.A.2.a.

¹⁰⁵⁴ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 20.

¹⁰⁵⁵ Barth, **a.g.e.**, s. 162; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26.

¹⁰⁵⁶ Honneger, **a.g.e.**, s. 62, açıklamalar için bkz. Huber, **Leistungsstörungen II**, s. 245 (§38 III 2 a).

¹⁰⁵⁷ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 44; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 70-71; Lemp, **a.g.e.**, s. 175 vd.

III (İBK m. 191 III) doğrultusunda aynı zamanda alıcının yoksun kalınan kârının da soyut yönteme göre hesaplanması da mümkündür¹⁰⁵⁸.

Yoksun kalınan kârın hesaplandığına dair imkân bakımından TBK m. 213 III hükmünün teslim edilmeyen satılanın piyasa fiyatı üzerinden tekrar satılacağı düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir¹⁰⁵⁹. Bu görüşteki bazı yazarlara göre alıcının yoksun kalınan kârının soyut yönteme göre hesaplanması ancak ticari satışlarda uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁶⁰. Ticari satışlar dışında kalan satışlar bakımından ise soyut yöntem alıcının farazi ikame mal alım bedeline dayanacaktır¹⁰⁶¹. Ancak diğer bir görüşe göre ise İBK m. 191 III'ün (TBK m. 213 III) uygulama alanı ticari satışlar ile sınırlandırılmamıştır¹⁰⁶². Bu sebeple, ticari satış dışındaki satışlar bakımından da eğer satılanın piyasa veya borsa fiyatı mevcutsa, söz konusu soyut yöntem uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁶³. Böyle bir durumda, piyasa fiyatı olarak satılanın satılabileceği fiyat dikkate alınacaktır¹⁰⁶⁴. Ayrıca, bu bakımından belirleyici olanın alıcının kendi işlerinde olağan olan ödeme ve devir şartları altında (farazi üçüncü kişiden) elde edebileceği fiyat olduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁶⁵.

Bu görüşteki bazı yazarlara göre alıcının yoksun kalınan kârının soyut yönteme göre hesaplanması durumunda da alıcının ikame mal alım külfeti karşımıza

¹⁰⁵⁸ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 52; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 72; Lemp, **a.g.e.**, s. 182.

¹⁰⁵⁹ Lemp, **a.g.e.**, s. 182

¹⁰⁶⁰ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 52.

¹⁰⁶¹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 41 vd.

¹⁰⁶² Lemp, **a.g.e.**, s. 176, 182.

¹⁰⁶³ **A.e.**, s. 182.

¹⁰⁶⁴ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 52-53; Lemp, **a.g.e.**, s. 182. Alıcının, malı kendi alıcısına daha yüksek bir fiyattan satabiliyor olmasının alıcının bu fiyat üzerinden soyut yönteme göre zararının hesaplanması için yeterli olmayacağına dair bkz. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 52.

¹⁰⁶⁵ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 56; Lemp, **a.g.e.**, s. 183.

çıkabilecektir¹⁰⁶⁶. Böylece, satıcı, alıcının ikame mal satın alarak zararı azaltabileceğine dair savunmada bulunabilecektir¹⁰⁶⁷. Bu görüşteki diğer yazarlara göre ise yoksun kalınan kârın soyut yönetime göre hesaplandığı durumlarda alıcının ikame mal satın alma külfeti bulunmamaktadır¹⁰⁶⁸.

C. Piyasa Fiyatı ve Borsa Fiyatı

TBK m. 213 III doğrultusunda soyut yöntemin uygulanabilmesi için kural olarak satılanın piyasa fiyatı bulunmalıdır veya satılan borsada kayıtlı olmalıdır¹⁰⁶⁹. Alıcı genel olarak zararı ispat yükünü taşıdığı (TBK m. 114 II atfıyla m. 50) için piyasa ve borsa fiyatını da kendisinin ispat etmesi gerektiği kabul edilir¹⁰⁷⁰.

1. Piyasa Fiyatı

Piyasa, öğretide “mal ve hizmete ilişkin arz ve talebin düzen içerisinde buluşması”¹⁰⁷¹, piyasa fiyatı ise ilgili piyasadaki ilgili mala yönetilen arz ve talepler

¹⁰⁶⁶ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 73; Lemp, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁰⁶⁷ Knoepfel, **a.g.e.**, s. 73; Lemp, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁰⁶⁸ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 54.

¹⁰⁶⁹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 44; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 632; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 72; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387; Tandoğan, **C.1/I** s. 142; Bilge, **a.g.e.**, s. 55; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 245; Eren, **Borçlar Özel**, s. 75, 76; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 19; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 107; karşı. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 22; Barth, **a.g.e.**, s. 165. Bu konuda ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm: IV.E.1.

¹⁰⁷⁰ Barth, **a.g.e.**, s. 168.

¹⁰⁷¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 41; Honsell, **OR BT**, s. 59; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 23.

neticesinde ¹⁰⁷² söz konusu mala yönelik olarak ortaya çıkan ortalama fiyat¹⁰⁷³ olarak tanımlanmaktadır. Böylece, piyasa fiyatı suni bir ortalama değeri ifade etmektedir¹⁰⁷⁴.

Öğretide piyasa fiyatının dar yorumlanmaması gerektiği belirli bir tarihte ve belirli bir yerde¹⁰⁷⁵ satış konusuna ilişkin objektif bir şekilde tespit edilebilen belirli bir fiyatın olması durumunda, söz konusu fiyatın piyasa fiyatı olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁷⁶.

Piyasa fiyatının, resmî makamlar tarafından tespit edilmesi aranmamaktadır¹⁰⁷⁷. Bu noktada fiili alışverişlerinin ispatına gerek bulunmadığı kabul edilmekte ve satılanın ifa zamanında arz taleplerinin doğrultusunda bir fiyatının olmasının piyasa fiyatına işaret edeceği belirtilmektedir¹⁰⁷⁸.

Farazi ikame mal satın alım bedeline ilişkin görüş kabul edilecek olursa bu durumda belirli cinsten ve kalitede belirli bir mal için belirli bir yerde belirli bir zamanda gerçekleştirilen düzenli işlemler sonucu malın satın alınabileceği fiyatın piyasa fiyatını

¹⁰⁷² Piyasa fiyatından söz edebilmek için çok sayıda arz-talep ilişkisinin olması gerektiği kabul edilmektedir, Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 6.

¹⁰⁷³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 41; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 114; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 23; karşı. Lemp, **a.g.e.**, s. 176; Bilge, **a.g.e.**, s. 55; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 165; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Olgaç, **Zarar**, s.356.

¹⁰⁷⁴ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 19; Bardo, **a.g.e.**, s. 106-107.

¹⁰⁷⁵ İfa zamanı ve ifa yerindeki “objektif mutad fiyata” bakılması gerektiğine dair bkz. Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 23; Olgaç, **Zarar**, s.357.

¹⁰⁷⁶ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 23; karşı. Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 14; Eren, **Borçlar Özel**, s. 76.

¹⁰⁷⁷ Olgaç, **Zarar**, s.356. Soyut yöntemle başvurabilmek için kapanış fiyatına (*Abschlusskurs*) ihtiyaç olmadığına dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 177; karşı. Barth, **a.g.e.**, s. 166. Piyasa fiyatı için dikkate alınacak tarihte kapanış fiyatının olmamış olması durumunda takip eden fiyatın dikkate alınacağına dair bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 28.

¹⁰⁷⁸ BGE 81 II 54-55.

edeceği söylenebilecektir¹⁰⁷⁹. Yoksun kalınan kârın hesaplandığı kabul edilirse bu durumda bu işlemler sonucu kural olarak malın satılabileceği fiyatın piyasa fiyatını oluşturacağı söylenebilir.

Alıcının veya satıcının kişisel durumunun malın fiyatını özel olarak etkiliyor olması hâlinde piyasa fiyatının söz konusu olamayacağı belirtilmektedir¹⁰⁸⁰; çünkü piyasa fiyatı objektif olarak belirlenmelidir¹⁰⁸¹. Piyasanın, yapılan her işlemle fiyatın değişebileceği kadar dar olması durumunda, soyut yöneme başvurulamayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁸². Benzer bir şekilde, malın piyasada zor bulunabilir olması, dolayısıyla spekülasyon konusu hâline gelmesi ve fiyatının tesadüfi bir çizgide ilerlemesi durumunda da TBK m. 213 III anlamında piyasa fiyatından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁸³.

2. Borsa Fiyatı

Borsa, belirli malların alışverişi için çeşitli kurallara göre örgütlenmiş pazar olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁸⁴. Borsanın, “ne zaman, nerede kurulacağının” ve borsada hangi şeylerin alışverişinin yapılacağının kanun ile düzenleneceği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁵. Bu

¹⁰⁷⁹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 19; Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2530; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 30; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 72; benzer yönde Bardo, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁰⁸⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 20; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 45; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 14; Keller, Siehr, **Kaufrecht**, s.39; Keller, Lörtscher, **a.g.e.**, s. 30; Barth, **a.g.e.**, s. 166; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 72; Cavin, **a.g.e.**, s. 52; Tandoğan, **C.1/I** s. 142; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁰⁸¹ Barth, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁰⁸² Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 25; benzer yönde Lemp, **a.g.e.**, s. 177. Fiyatın sun’i bir şekilde etkilenebilmesi durumunda da piyasa fiyatından söz edilmeyeceğine dair bkz. Barth, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁰⁸³ Lemp, **a.g.e.**, s. 177; Barth, **a.g.e.**, s. 166. Azami fiyatının idare tarafından belirlendiği durumlarda ortaya çıkan fiyatın dikkate alınabileceğine dair bkz. Barth, **a.g.e.**, s. 166.

¹⁰⁸⁴ Tandoğan, **C.1/I** s. 142; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 23.

¹⁰⁸⁵ Bilge, **a.g.e.**, s. 55.

doğrultuda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹⁰⁸⁶ m. 3 / I (ç)’ye göre borsa “anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, bu Kanuna uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerlerini” ifade etmektedir.

Piyasa fiyatının bir “alt türü” olduğu tespit edilen borsa fiyatı¹⁰⁸⁷ ise “borsada satışı yapılan bir şeyin arz ve talebe göre ulaştığı ortalama fiyat”¹⁰⁸⁸ olarak tanımlanmaktadır. Bu ortalama fiyatının tespit edilebilmesi için söz konusu borsaya ilişkin öngörülmüş olan kurallardan yararlanılması gerekmektedir¹⁰⁸⁹.

D. Piyasa ve Borsa Fiyatının Tespit Edilmesi

Satılanın, piyasa ve borsa fiyatı, zamana, yere ve satış konusuna ilişkin diğer şartlara göre değişiklik arz edebileceğinden, tazminata esas alınacak zararın belirlenmesi bakımından hangi tarihteki, hangi yerdeki ve hangi koşullar altında oluşmuş olan piyasa fiyatının dikkate alınması gerektiği tespit edilmelidir. Bu doğrultuda dikkate alınması gereken bu unsurlar yukarıda açıklandığı¹⁰⁹⁰ üzere soyut yönteme verilen anlama göre değişiklik gösterebilmektedir.

¹⁰⁸⁶ Resmi Gazete Tarihi: 30/12/2012, sayı: 28513.

¹⁰⁸⁷ Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 7; von Büren, **OR BT**, s. 13, dn. 52. Eren, **Borçlar Özel**, s. 76; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Olgaç, **Zarar**, s.356.

¹⁰⁸⁸ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 23.

¹⁰⁸⁹ Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 7.

¹⁰⁹⁰ Üçüncü Bölüm: IV.B.2.

1. Dikkate Alınması Gereken Tarih Bakımından

TBK m. 213 III'te "belirlenmiş ifa günündeki" piyasa fiyatının dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Böylece zararın hesaplanmasında dikkate alınması gereken zaman bakımından referans olarak alınacak değerin tespiti anının kanun koyucu tarafından özel bir şekilde düzenlenmiştir¹⁰⁹¹. Ancak TBK m. 213 III'te yer alan "belirlenmiş ifa günü" ifadesini, bazı yazarlar aynen ifa talebinin ortadan kalktığı gün olarak yorumlarken bazı yazarlar ise alıcının satılanın teslimini satıcıdan isteyebileceği gün olarak yorumlamaktadırlar. Belirli vadeli ticari satışlar bakımından, (satıcının vadeyi kaçırmaması üzerine) alıcı aynen ifa talebinde bulunmamışsa, kararlaştırılan ifa zamanında hem satıcının borcu muaccel hâle gelmektedir, diğer yandan da – hemen bildirimde bulunmamışsa – alıcının aynen ifa talebi ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple, TBK m. 212 II'nin uygulama alanı bulduğu satışlar bakımından, aynen ifa talebinin ortadan kalktığı tarih ile borcun muaccel olduğu tarih örtüştüğü için kural olarak bu tarih esas alınabilecektir¹⁰⁹². Ancak, bunun dışında kalan durumlar bakımından hangi tarihteki piyasa fiyatının dikkate alınması gerektiği değerlendirilmelidir.

Doktrinde bazı yazarlara göre piyasa fiyatının tespitinde dikkate alınacak tarih, alıcının aynen ifa talebinin ortadan kalktığı tarihtir¹⁰⁹³. Bu görüşe göre, belirli vadeli ticari satışta satılanın vade tarihindeki (ifa zamanı süre olarak belirlenmişse sürenin son

¹⁰⁹¹ Chappuis, **a.g.e.**, N. 774.

¹⁰⁹² HGB § 376 bakımından benzer yönde bkz. Bardo, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰⁹³ Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 5; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 21; Lemp, **a.g.e.**, s. 178; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 340; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 24; Gümüş, **a.g.e.**, s. 49; Akıncı, **a.g.e.**, s. 198; karşı. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 72; Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 6; Comment, **a.g.e.**, s. 119.
İfa günü olarak, alıcın nihai olarak aynen ifa talebinde bulunduğu tarihin dikkate alınması gerektiği, duruma göre bu tarihin ek sürenin sonuna veya kesin vade tarihine denk gelebileceğine dair bkz. von Büren, **OR BT**, s. 13, dn. 49. Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz. Bardo, **a.g.e.**, s.102.

günündeki) piyasa fiyatı dikkate alınacaktır¹⁰⁹⁴; çünkü bu tarihte alıcı aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmamışsa, aynen ifadan vazgeçtiği kabul edilmektedir. Yine, bu görüşe göre belirli vadeli ticari satış dışında kalan satışlarda ise, alıcının aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdiği tarih hesaplama tarihi olarak dikkate alınacaktır¹⁰⁹⁵.

Eğer soyut yöntem ile alıcının farazi ikame mal satın alım bedelinin hesaplanacağı kabul edilirse, bu farazi bedelin belirlenmesi noktasında alıcının aynen ifa talebinin kalktığı tarihin dikkate alınmasının daha tutarlı olduğu söylenebilir. Çünkü alıcıdan ancak bu tarihte (yani aynen ifa talebinin kalktığı tarihte) ikame mal satın alması beklenir. Nitekim TBK m. 213 III'te yer alan ifa günü ifadesini aynen ifa talebinin ortadan kalktığı gün olarak yorumlayan yazarların önemli bir kısmı¹⁰⁹⁶, soyut yöntem ile alıcının farazi ikame mal satın alım bedelinin dikkate alındığını savunmaktadırlar. Böylece, aslında

¹⁰⁹⁴ Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 340; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 24.

¹⁰⁹⁵ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 25; Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 6. Bazı yazarlar ise, satıcıya verilen ek sürenin sona ermesini takip eden ilk piyasa/borsada işlem yapılan günün, söz konusu madde doğrultusunda ifa gününü ifade ettiğini belirtmektedirler, Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 48.

¹⁰⁹⁶ Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 15; Lemp, **a.g.e.**, s. 178; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 340; benzer yönde Knoepfel, **a.g.e.**, s. 72. Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz. Bardo, **a.g.e.**, s. 102.

Soyut yöntemin yoksun kalınan kârın hesaplanmasına ilişkin kabul edip ifa günü olarak aynen ifadan vazgeçilen tarihin dikkate alınması gerektiğine dair bkz. Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 5; benzer yönde Lemp, **a.g.e.**, s. 183. Ancak Lemp'e göre bu durumun istisnaları da vardır. Örneğin, eğer borçlu borcunu ifa etmeyi önceden reddetmekteyse, (ve piyasa fiyatı düşmekteyse) alıcı, ifadan vazgeçtiğine ilişkin bildirimde bulunduğu (sonraki) tarihteki piyasa fiyatına dayanmaya zorlanamayacaktır: Lemp, **a.g.e.**, s. 179. Buna karşılık satılanın piyasa fiyatının yükseldiği ve borçlunun edimi yerine getirmeyeceğini bildirdiği bazı durumlarda (örneğin alacaklının aynen ifadan vazgeçmiş olmasına rağmen bunu henüz borçluya bildirmemiş olması) bu sefer de alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdiği tarihteki piyasa fiyatını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir: Lemp, **a.g.e.**, s. 179. Fakat, bu son ihtimalde dahi alacaklı borçluya süre vererek veya ihtarda bulunarak borcun ifa edilmesini talep ettiğini bildirmişse, dürüstlük kuralına aykırılıktan söz edilemeyeceği de ifade edilmektedir, Lemp, **a.g.e.**, s. 179.

alıcının makul olarak ikame mal satın alabileceği gün dikkate alınmış olmaktadır¹⁰⁹⁷. Çünkü, alıcıdan ancak satıcının ifa teklifini kabul etmek zorunda olmadığı tarihte ikame mal satın alması beklenir. Aynen ifa talebi ortadan kalkmadığı sürece, alıcı kural olarak kendisine teklif edilen ifayı kabul etmelidir¹⁰⁹⁸. Bu sebeple, alıcının ancak ifadan vazgeçtiği anda ikame mal satın alabileceği kural olarak kabul edilmelidir¹⁰⁹⁹.

Alıcının verdiği ek süre sonunda aynen ifa talebinden vazgeçtiği durumlarda, bu görüş kabul edilirse, aynen ifadan vazgeçme tarihi dikkate alınacağından, alıcının bu tarihe göre ek süreyi tayin ederek satıcı aleyhine spekülasyon yapma riski söz konusu olabilir¹¹⁰⁰. Ancak, satıcının bu süre içerisinde borcunu ifa ederek temerrüde son verme imkânı olduğundan yola çıkarak, satıcının aleyhine bir durum ortaya çıkmayacağı ileri sürülebilir¹¹⁰¹.

Diğer bir görüşe göre ise hükümde yer alan “belirlenmiş ifa günü”, alıcının satıcıdan borcunu ifa etmesini talep edebileceği günü ifade etmektedir¹¹⁰². Böylece, ifa

¹⁰⁹⁷ Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 340; Bardo, **a.g.e.**, s. 102.

¹⁰⁹⁸ Bardo, **a.g.e.**, s. 102.

¹⁰⁹⁹ Lemp, **a.g.e.**, s. 179-180.

¹¹⁰⁰ Bardo, **a.g.e.**, s. 103.

¹¹⁰¹ Bardo, **a.g.e.**, s. 103. Ayrıca, yazara göre Alman hukuku bakımından uygun sürenin üzerinde bir ek süre tayin edilmesi durumunda alıcının aynen ifa talebi “uygun” olarak kabul edilen sürenin sonunda ortadan kalkacağı için borçlu açısından elverişsiz bir durum ortaya çıkmayacaktır, Bardo, **a.g.e.**, s. 103.

¹¹⁰² Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.191, N. 12; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 27; Keppler, **a.g.e.**, s. 63; Chappuis, **a.g.e.**, N. 772; Altınok Ormancı, **a.g.e.**, s. 208. Teslim günündeki piyasa fiyatının dikkate alınması gerektiğine dair bkz. 11. HD., E. 2016/2188 K. 2017/6838 T. 4.12.2017; 19. HD., E. 2016/10612 K. 2017/217 T. 17.1.2017; 13. HD., E. 1987/3550 K. 1987/4999 T. 20.10.1987 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

Aynen ifa talebinin ortadan kalktığı gün ile teslim tarihi farklı olmasına rağmen Yargıtay bir kararında satılanın piyasa değerinin teslim tarihine göre hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. Nitekim karar metninden davacının teslim tarihini takip eden gün aynen ifa talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır, bu doğrultuda artık alıcının aynen ifa yerine olumlu zararının giderilmesini talep etmesi için satıcıya ek süre vermesi gerektiği akla gelmektedir. “Sözleşmede son teslim tarihi

için belirli bir tarih kararlaştırılmışsa bu tarih, belirli bir süre kararlaştırılmışsa bu sürenin son gününde oluşan piyasa fiyatı dikkate alınacaktır¹¹⁰³. Eğer, satıcı satılanı teslim etmeyeceğini ciddi bir şekilde bildirmişse, bu durumda alıcının bu tarihteki veya vade tarihindeki piyasa fiyatına göre zararının hesaplanması konusunda seçim yapabileceği de ifade edilmektedir¹¹⁰⁴.

İkinci görüşteki yazarlar esas itibariyle soyut yöntemle alıcının yoksun kalınan kârının hesaplandığı durumda, piyasa fiyatı için dikkate alınması gereken zamanın ifanın satıcıdan talep edilebileceği zaman olduğu tespit etmektedirler¹¹⁰⁵. Çünkü alıcının yoksun

15/08/2010 tarihi olarak belirlenmiştir. Davacı 16/08/2010 tarihinde ihtarname çekmiş, edimlerini yerine getirdiğini teslim halinde kalan bedeli de ödeyeceklerini bildirmiştir. Bu aşamada satıcının temerrütü gerçekleşmiş olup, davacı alıcı 818 sayılı BK'nın 188/3 maddesi uyarınca zararını davalılardan isteyebilir (...) Yeniden konusunda uzman bilirkişi kurulu oluşturularak 818 sayılı BK'nın 188/3 maddesi uyarınca teslim edilmeyen malın teslim için muayyen gün olan 15/08/2010 tarihi itibariyle borsa fiyatı belirlenip davacının zararı tespit edildikten sonra kazanılmış haklarda gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.“ 19. HD., E. 2016/10612 K. 2017/217 T. 17.1.2017 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

¹¹⁰³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 27; Chappuis, **a.g.e.**, N. 772. Bu durumda kesin vade tarihini takip eden piyasa/borsa günündeki fiyatın dikkate alınması gerektiğine dair bkz. Keppler, **a.g.e.**, s. 63. Bununla kastedilenin ise bazı yazarlara göre satılanın teslim alınacağı (*Abnahme*) tarih değil ifa yerinde satıcının satılanı göndereceği tarihtir, Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 27.

¹¹⁰⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 27. Borçlunun önceden borcunu yerine getirmekten “ciddi bir şekilde” kaçınması durumunda, bu andaki piyasa fiyatının dikkate alınabileceğine dair bkz. Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.191, N. 12.

¹¹⁰⁵ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 55; farklı yönde Lemp, **a.g.e.**, s. 183; Barth, **a.g.e.**, s. 167. Bazı yazarlara göre, soyut yöntemle alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanması durumunda piyasa fiyatı olarak kural olarak alıcının aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdiği tarih dikkate alınmalıdır; Lemp, **a.g.e.**, s. 183; Barth, **a.g.e.**, s. 167. Ancak, satıcı satılanı zamanında teslim etmiş olsaydı alıcı aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin bildirimde bulunmadan önceki tarihteki piyasa fiyatı üzerinden tekrar satışı gerçekleştirmiş olacağını ispatlarsa söz konusu fiyata dayanabilecektir. Ayrıca satıcı, borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı alıcının vazgeçme bildirimden önce daha düşük bir piyasa fiyatı üzerinden satılanı satmış olacağını ispatlayabilecektir. Lemp, **a.g.e.**, s. 183. Öne alınmış borca aykırılık durumunda ilişkin açıklamalar için bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 183; Barth, **a.g.e.**, s. 167-168.

kalınan kârının soyut yöntem ile hesaplanması aslında alıcının vade tarihinde satılanı üçüncü bir kişiye satarak kâr elde edeceği düşüncesine dayanmaktadır. Ancak, bu ihtimalde eğer alıcı satılanı satıcının borcunun muaccel olduğu tarihte değil daha sonra fiyat yükseldiğinde üçüncü bir kişiye satacağını ‘somut olarak’ ispatlarsa, bu durumda söz konusu tarihteki daha yüksek olan piyasa fiyatına da başvurabileceği kabul edilmektedir¹¹⁰⁶. Hatta bazı yazarlara göre (satıcı, borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bu tarihte alıcının malı üçüncü bir kişiye daha düşük bedel üzerinden satacağını ispatlayamazsa), alıcının aynen ifadan vazgeçtiği tarihteki piyasa fiyatına da dayanabilecekti¹¹⁰⁷. Ancak, öğretide alıcıya hangi tarihe dayanacağı konusunda seçim imkânı vermenin satıcı aleyhine spekülasyon yapma riskini taşıyabileceği de hatırlatılmaktadır¹¹⁰⁸. Bu sebeple (somut olarak daha yüksek zararını ortaya koymamış olan) alıcıya baştan genel bir şekilde vade tarihindeki ya da aynen ifadan vazgeçtiği tarihteki piyasa fiyatına dayanma konusunda bir seçim tanınmaması gerektiği söylenebilir¹¹⁰⁹.

BGB § 252’nin ikinci cümlesi doğrultusunda (geniş anlamda) soyut yönleme göre alacaklının yoksun kalınan kârını tespit edilmesi durumunda, alacaklının borçlunun temerrüde düştüğü tarihteki piyasa fiyatı ile ek süre sonundaki tarihteki piyasa fiyatına dayanma konusun alacaklının seçim yapabileceğine dair bkz. Palandt/Danckelmann, **25. Bası**, BGB § 252, N. 3.b. Genel hükümlere göre alıcının yoksun kalınan kârının soyut olarak hesaplandığı durumda, hayatın olağan akışına göre alıcının tekrar satışı gerçekleştireceği tarihteki fiyatın dikkate alınması gerektiğine dair bkz. dn. 847’deki yazarlar.

¹¹⁰⁶ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 55; benzer yönde Lemp, **a.g.e.**, s. 183-184.

¹¹⁰⁷ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 55.

¹¹⁰⁸ Bardo, **a.g.e.**, s.101.

¹¹⁰⁹ Lemp, **a.g.e.**, s. 178. Nitekim, alıcının kural olarak aynen ifa talebinden vazgeçtiği tarihteki (farazi ikame alım görüşünden yola çıkarak) piyasa fiyatına dayanabileceği, (daha yüksekse) satıcının temerrüde düştüğü andaki fiyata ancak zararını ispatlarsa başvurabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, eğer satıcı borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı, alıcı söz konusu tarihte satılanı üçüncü bir kişiye satacak idiyse bu durumda daha yüksek olan piyasa fiyatına dayanabilecektir, Lemp, **a.g.e.**, s. 178. Bir başka örnek ise, alıcı kendi alıcısına karşı (borcunu ifa edemediği için) aynen

Son olarak belirtmek gerekir ki eğer söz konusu tarihte bir piyasa veya borsa fiyatı bulunmuyorsa, bir sonraki piyasa veya borsa günündeki fiyatın dikkate alınabilir¹¹¹⁰.

2. Dikkate Alınması Gereken Yer Bakımından

Soyut yöntemle alıcının farazi ikame mal satın alım bedeline dayananlar, alıcının ikame mal satın alabileceği yerdeki piyasa fiyatının esas alınması gerektiğini savunmaktadırlar¹¹¹¹. Bu doğrultuda alıcının dürüstlük kuralına uygun olarak ikame mal satın alması beklenen yerin tespit edileceği belirtilmektedir¹¹¹². Böylece kural olarak satılanın teslim yerindeki¹¹¹³ piyasa fiyatının hesaplanabileceği kabul edilmektedir¹¹¹⁴.

Öğretide diğer bir görüşe göre – soyut yöntem yoksun kalınan kârın hesaplanmasına ilişkin olduğundan – alıcının tekrar satışı gerçekleştirebileceği yerdeki piyasa fiyatı dikkate alınmalıdır¹¹¹⁵. Böylece, soyut yöntem ile alıcının yoksun kaldığı kârın hesaplanacağı kabul edildiği takdirde, piyasa fiyatını tespit ederken alıcının satılanı

ifadan vazgeçtiği tarihten önce bir tazminat sorumluluğu altına girmişse, bu durumda da söz konusu tarihten önceki piyasa fiyatına dayanabilecektir, Lemp, **a.g.e.**, s. 178.

¹¹¹⁰ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 27.

¹¹¹¹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 21; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 15; Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 340-341; Lemp, **a.g.e.**, s. 177. Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz. Bardo, **a.g.e.**, s. 103.

¹¹¹² Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 340-341; Lemp, **a.g.e.**, s. 177.

¹¹¹³ Bazı yazarlar ise, satılanın gönderildiği veya teslim edildiği yere en yakın piyasadaki/borsadaki fiyatın dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler: Oser, Schönerberger, **ZK**, Art.191, N. 13, 8. Alıcıya, kural olarak ifa yeri ve kendi yerleşim yeri arasında, gönderilecek borçlar bakımından ise ifa yeri ve teslim yeri arasında seçim imkânı verilmesi gerektiğine dair bkz. Emmerich, **MünchKomm**, BGB Vorbem. § 281, N. 37.

¹¹¹⁴ Meyer-Wild, **a.g.m.**, s. 341; Bardo, **a.g.e.**, s. 103-104. Bu noktada, ifa yerinden ziyade alıcının satılanı teslim alacağı yerin (veya buna en yakın piyasa yerinin) dikkate alınması gerektiği, nitekim borç gereği gibi ifa edilseydi satılanın alıcının malvarlığına burada dahil olacağına dair bkz. Bardo, **a.g.e.**, s. 103-104. Bu konuda ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm: III.B.2.

¹¹¹⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 30. Soyut yöntemin yoksun kalınan kârın hesaplanmasına ilişkin kabul edip satılanın alıcıya teslim edileceği yerdeki (ya da ona en yakın yerdeki) piyasa fiyatının dikkate alınması gerektiğine dair bkz. Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 5.

üçüncü bir kişiye satmasının olası olduğu yerdeki piyasa dikkate alınabilir¹¹¹⁶. Örneğin alıcı satılanı toptan ticaret yapılan bir yerden satın almışsa, ancak perakende bir şekilde üçüncü bir kişiye satacak ise perakende ticaretindeki piyasa fiyatının zararının hesaplanmasında dikkate alınacaktır¹¹¹⁷. Ancak, böyle bir yer tespit edilemiyorsa, kural olarak satılanın alıcıya teslim edileceği yerdeki piyasa fiyatının dikkate alınabileceği kabul edilmektedir¹¹¹⁸. Eğer burada bir piyasa fiyatı oluşmamışsa, buna en yakın yerdeki piyasa fiyatının dikkate alınacağı kabul edilmektedir¹¹¹⁹. Ayrıca, alıcının, malı üçüncü bir kişiye satabilmek için yapması gereken masraflar da zarar hesaplanırken düşülecektir¹¹²⁰.

3. Diğer Şartlar Bakımından

Piyasa ve borsa fiyatı tespit edilirken, satılan ile aynı cins ve kalitedeki malın fiyatının dikkate alınması gerekir¹¹²¹.

Bazı yazarlara göre söz konusu piyasa fiyatının alıcı ve satıcı arasındaki sözleşmedeki şartları yansıtmaması gerekmektedir¹¹²². Böylece, söz konusu piyasa fiyatına, - farazi ikame mal bedelini ifade ediyorsa – alıcının farazi olarak gerçekleştireceği ikame mal satın alımında ödemesi gereken taşıma giderleri gibi giderler dahil değilse, bu

¹¹¹⁶ Lemp, **a.g.e.**, s. 183; Barth, **a.g.e.**, s. 167.

¹¹¹⁷ Lemp, **a.g.e.**, s. 183.

¹¹¹⁸ Lemp, **a.g.e.**, s. 183; karşı Barth, **a.g.e.**, s. 167.

¹¹¹⁹ Barth, **a.g.e.**, s. 167. Ancak bu durumda ortaya çıkabilecek navlun masrafının da dikkate alınacağı belirtilmektedir, Barth, **a.g.e.**, s. 167.

¹¹²⁰ Lemp, **a.g.e.**, s. 183, dn. 2. Böylece, alıcının yapmaktan kurtulduğu masraflara ilişkin yararı da dikkate alınacaktır, Lemp, **a.g.e.**, s. 154 vd.

¹¹²¹ Barth, **a.g.e.**, s. 168; benzer yönde 11. HD., E. 2016/2188 K. 2017/6838 T. 4.12.2017 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019).

¹¹²² Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 22; Keppler, **a.g.e.**, s. 63-63; Lemp, **a.g.e.**, s. 177; karşı Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 16.

masrafların da fiyat farkına ilave edilebileceği kabul edilir¹¹²³. Bu doğrultuda, alıcının zararının TBK m. 213 III doğrultusunda soyut yönteme göre hesaplanması durumunda, esasen piyasa-borsa fiyatı, alıcı ile satıcı arasındaki sözleşme şartlarını sağladığı durumda alıcının zararı, satış bedeli ile piyasa-borsa fiyatı arasındaki farka denk düşecek, aksi hâlde navlun, paketleme, gümrük ve devir giderleri ve benzerleri de hesaplamada dikkate alınacaktır¹¹²⁴.

Soyut yöntemin alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanmasına ilişkin olduğu kabul edilirse, bu durumda da piyasa fiyatının alıcının gerçekleştireceği yeniden satışıdaki olağan olan şartları yansıtması gerektiği ifade edilmektedir¹¹²⁵. Ayrıca, alıcının tekrar satışı gerçekleştirebilmek için satılan zamanında teslim edilseydi dahi yapması gereken masraflar da fiyattan düşülecektir¹¹²⁶. Böylece, farklı şartları içeren piyasa fiyatının tespit edilebilmesi durumunda, söz konusu farklılıklar hesaplamada dikkate alınacaktır¹¹²⁷.

E. Soyut Yönteme Başvurulup Başvurulamayacağı Tartışmalı Olan Durumlar

1. Piyasa ve Borsa Fiyatının Bulunmaması veya İspat Edilememiş Olması

TBK m. 213 III’te “borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mal” ifadesine yer verilmiştir. Öğretide satılanın piyasa fiyatı veya borsa fiyatı bulunmaması durumunda

¹¹²³ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 22; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 16; Keppler, **a.g.e.**, s. 63-64; karşı. Knoepfel, **a.g.e.**, s. 72.

¹¹²⁴ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 51.

¹¹²⁵ Barth, **a.g.e.**, s. 168. Bu noktada, alıcının kendi işlerinde gerçekleştirdiği satışlarda elde edebileceği şartların dikkate alınması gerektiğine dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 183.

¹¹²⁶ Barth, **a.g.e.**, s. 168.

¹¹²⁷ Comment, **a.g.e.**, s. 121; Barth, **a.g.e.**, s. 168.

soyut yönteme başvurulamayacağı bazı yazarlarca ifade edilmektedir¹¹²⁸. Örneğin sanat eserlerinin¹¹²⁹ veya tařınmazların¹¹³⁰ piyasa fiyatının bulunmadığı, bu sebeple bunlara ilişkin satış sözleşmelerinde zararın soyut yönteme göre hesaplanamayacağı belirtilmektedir. Eğer, alıcı soyut yönteme başvuramıyorsa, ya ikinci fıkraya göre ikame mal satın almışsa zararının somut yönteme göre giderilmesini ya da zararının genel hükümlere göre tazmin edilmesini talep edebilecektir¹¹³¹.

Satılanın piyasa veya borsa fiyatı bulunmasa bile öğretide (soyut yöntemle alıcının yoksun kalınan kârının hesaplandığını kabul eden) bazı yazarlar satılanın “satılabilirlik (*Verk uflichkeit*)” değerinin belirli olmasının soyut yöntemin uygulanması için yeterli olduğu g r ř ndedirler¹¹³². Bu doğrultuda, alıcı eğer soyut yönteme başvurmuş ancak piyasa fiyatını ispat edememişse, bu durumda alıcının olumlu zararının, o malın piyasada satılabileceği değere göre belirleneceği kabul edilmektedir¹¹³³.

¹¹²⁸ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 16; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 14; Keppler, **a.g.e.**, s. 63; Yavuz, Acar,  zen, **a.g.e.**, s. 107, Remzi, Aydın, **a.g.e.**, s. 112.

¹¹²⁹ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 45; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 19; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 14; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48.

¹¹³⁰ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 19; Kren Kostkiewicz, **OFK OR**, Art. 191, N. 8; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 14; Gümüş, **a.g.e.**, s. 48; Honsell, **OR BT**, s. 60. Taşınmazlarda hâkimin soyut yöntemi kıyasen uygulayabileceği yönünde bkz. Engel, **Trait  des obligations**, s. 737. Arsa payının piyasa fiyatı olduğuna dair bkz. Kurt, **a.g.e.**, s. 276. Taşınmazlar bakımından ayrıca değerlendirmeler için BGE 104 II 199-201; Y. 13. HD., T. 13.12.1985, E. 6971, K. 7665 (Uygur, **a.g.e.**, s. 4635-4636); Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 40.

¹¹³¹ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 16; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 13; Yavuz, Acar,  zen, **a.g.e.**, s. 108; benzer yönde Huguenin, **Obligationenrecht**, N. 2530

¹¹³² Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 23, 42; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, § 10, N. 52; Barth, **a.g.e.**, s. 165; Tandoğan, **C.1/I** s. 147; karş. Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 6; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 114; Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 6. Satılabilirlik fiyatının da tespit edilememesi durumunda soyut bir şekilde belirlenecek ikame mal satın alım bedeline başvurulabileceğine dair bkz. Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 28.

¹¹³³ Tandoğan, **C.1/I** s. 147; Lemp, **a.g.e.**, s. 184.

Soyut yöntemin farazi ikame mal satın alım bedeline ilişkin olduğu görüşündeki bazı yazarlar da satılanın piyasa fiyatı olmaması durumunda dahi genel hükümlere göre zararın soyut olarak hesaplanabileceğini kabul etmektedirler¹¹³⁴. Bu yazarlara göre böyle bir durumda, alıcının ikame bir mal satın alsaydı ödemesi gereken bedel dikkate alınarak, soyut yönleme göre zararının hesaplanabilecektir. Ancak bu durumda söz konusu bedeli alıcı ispat edecektir¹¹³⁵. Böylece aslında alıcı satılanın ‘satın alınabilirlik’ değerinin ödenmesini talep etmektedir. Bu görüşteki bazı yazarlarca ise (alıcıdan ikame mal satın almasının beklenmediği durumlarda) alıcının yine soyut yönleme başvurma mümkün olduğu, ancak bu durumda satılanın değerinin hâkim tarafından TBK m. 50 II (İBK m. 42 II) doğrultusunda belirleneceği ifade edilmektedir¹¹³⁶.

2. İkame Mal Satın Alma Külfeti

Alıcıdan ikame bir malı piyasa fiyatının aşağısında bir bedel karşılığında (örneğin kendi iş ilişkilerinden yararlanarak) satın almasının beklenebilir olduğu durumlarda alıcı eğer soyut yönleme başvurmuşsa tazminat belirlenirken bu durumun hesaba katılıp katılamayacağı öğretide bir başka tartışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Bazı yazarlar, zararı azaltma külfetinden yola çıkarak piyasa fiyatından daha uygun bir fiyatla ikame mal satın almasının alıcıdan beklenebilir olduğunu satıcının ileri sürülebileceğini kabul etmektedirler¹¹³⁷. Böylece, alıcının zararı soyut yönleme göre

¹¹³⁴ Lemp, **a.g.e.**, s. 180.

¹¹³⁵ Lemp, **a.g.e.**, s. 180.

¹¹³⁶ Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 16.

¹¹³⁷ Lemp, **a.g.e.**, s. 181, 185; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 22; benzer yönde Barth, **a.g.e.**, s. 146; Altınok Ormancı, **a.g.e.** 227-228, ancak karşı, s. 202. Soyut yöntem ile alıcının farazi ikame alım bedeline dayanması durumunda satıcının, alıcının ikame mal satın alma külfetini ileri sürülebileceğine dair bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 246.

hesaplanmış olsa bile zararı azaltma külfeti doğrultusunda hâkim tazminattan indirim yapabilecektir¹¹³⁸.

Diğer görüşe göre ise, satıcı alıcının piyasa fiyatından daha uygun bir bedelle ikame mal satın alabileceğini ileri süremez¹¹³⁹. Bu görüşteki yazarlara göre, alıcının kural olarak ikame mal satın almaya ilişkin bir külfeti bulunmadığı kabul edilmelidir¹¹⁴⁰. Dolayısıyla bu görüşe göre, satıcı alıcının piyasa fiyatı altında ikame mal alabileceğini ortaya koysa bile zarar soyut yöntem doğrultusunda yine piyasa fiyatına göre hesaplanacaktır¹¹⁴¹. Nitekim TBK m. 213 III'te (İBK m. 191 III) alıcı “onun [satılanın] yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın” soyut yönteme göre zararının giderilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, söz konusu hüküm alıcıyı TBK m. 114 II atfıyla m. 52 I bakımından ikame mal satın alma külfetinden kurtarmıştır¹¹⁴². Böylece, soyut yöntemin uygulanması için gerekli şartlar sağlanmışsa satıcı, alıcının daha düşük bir bedel üzerinden ikame mal satın alabileceğini ileri süremeyecektir¹¹⁴³.

¹¹³⁸ Cavin, **a.g.e.**, s. 53. Yine bu görüşteki bazı yazarlar, tazminat hesaplanırken ikame malın farazi olarak satın alınabileceği piyasa fiyatının dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir: Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 21.

¹¹³⁹ Oser, Schöenberger, **ZK**, Art. 191, N. 15; Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 5; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 42, 54; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 632; Keppler, **a.g.e.**, s. 64; Comment, **a.g.e.**, s. 122; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 517; Tandoğan, **C.1/I** s. 142; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 114; Eren, **Borçlar Özel**, s. 76; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 104; karşı Barth, **a.g.e.**, s. 162.

Yazara göre, alıcının hem farazi ikame mal satın alım bedeli için hem de yoksun kalınan kârı bakımından soyut yönteme başvurması durumunda da satıcı alıcının ikame mal satın alma külfetini ileri süremeyecektir, bkz. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 42, 54.

¹¹⁴⁰ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 32.

¹¹⁴¹ Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 5; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 54. Ancak, piyasa fiyatının satış bedelinden daha az olması durumunda alıcının zararı bulunmadığına dair bkz. Eren, **Borçlar Özel**, s. 76.

¹¹⁴² Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26; karşı Barth, **a.g.e.**, s. 162.

¹¹⁴³ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 32.

3. Alıcının Daha Az Zarara Uğradığına İlişkin Savunma

Soyut yönteme başvurulup başvurulamayacağı tartışmalı olan bir başka konu ise alıcının ‘somut’ olarak soyut yönteme göre hesaplanan tutardan daha az zarara uğradığının satıcı tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Öğretide kabul edilen bir görüşe göre satıcı, alıcının soyut yönteme göre hesaplanan tutardan daha az bir zarara uğradığını ya da hiç zarara uğramadığını ispat edebilecektir¹¹⁴⁴. Çünkü TBK m. 213’te öngörülen soyut yöntem, alıcı için yalnızca bir ispat kolaylığı sağlamak amacıyla düzenlenmiştir¹¹⁴⁵. Bu yazarlara göre, sorumluluk hukukuna ilişkin ilkeler de dikkate alındığında, borçlunun sorumluluğunun üst sınırı ortaya çıkmış olan zarardır; tazminat alacaklının zenginleşmesine sebep olmamalıdır¹¹⁴⁶. Başka bir deyişle bu yazarlar bütüncül bir yaklaşımla alıcının ‘somut olarak’ uğradığı zararı onun gerçek zararı olarak nitelendirmekte ve eğer bu tutar piyasa fiyatına göre hesaplanacak tutardan daha azsa alıcının piyasa fiyatına dayanamayacağını kabul etmektedirler.

Ancak, bu yaklaşım öğretide eleştirilmektedir. Bu noktada, satıcının alıcının ‘somut olarak’ uğradığı zararının daha az olduğunu iddia edip edemeyeceğinin tartışmalı

Belirtmek gerekir ki TBK m. 213 III hükmü ile alıcının farazi ikame mal satın alım bedelinin hesaplandığı kabul edilirse zararı azaltma külfetinden kural olarak söz edilmemelidir. Ancak, alıcının yoksun kalınan karı, dolayısıyla alıcının sübjektif menfaati ispat zorluğu sebebiyle genel hükümler doğrultusunda (geniş anlamda) soyut yönteme göre hesaplanacaksa bu durumda ikame mal satın alma külfeti devreye girebilecektir, bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm: II.A.

¹¹⁴⁴ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 51, N. 57; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 24; Hrubesch-Millauer, **CHK-OR**, Art. 191, N. 5; Knoepfel, **a.g.e.**, s. 71; Lemp, **a.g.e.**, s. 180-181, 184-185; Barth, **a.g.e.**, s. 145; Velidedeoğlu, Özdemir, **a.g.e.**, s. 387; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 865; benzer yönde Keppler, **a.g.e.**, s. 64; Engel, **Contrats de droit suisse**, s. 27. Karş. von Büren, **OR BT**, s. 15.

Bu görüştekiler, her ne kadar somut yöntem ve soyut yöntem arasındaki seçimin alacaklıda olduğunu kabul etseler de satıcıya, alıcının zararının daha az olduğunu ispatlama imkânı verileceğini belirtmektedirler: Lemp, **a.g.e.**, s. 180-181; Barth, **a.g.e.**, s. 145.

¹¹⁴⁵ Barth, **a.g.e.**, s. 145-146. Zararın hesaplanmasına ilişkin düzenlenen yöntemlerin gerçekleşmemiş zararın hesaplanmasını öngörmediğine, başka bir deyişle alıcının zenginleşmesine hizmet etmediğine dair bkz. von Büren, **OR BT**, s. 11-12.

¹¹⁴⁶ Barth, **a.g.e.**, s. 146.

olduğu temel kurgular karşımıza alıcının piyasa fiyatının altında bir bedel karşılığında (i) ikame mal satın almış olması veya (ii) devam eden bir satışla satılanı üçüncü kişiye satmış olması durumunda çıkmaktadır. Bu örnekler üzerinden öğretildeki görüşler aşağıda açıklanmaktadır.

a. Alıcı Daha Uygun Bir Bedel Karşılığında İkame Mal Satın Almışsa

Öğretilde, alıcının soyut yöntemle göre hesaplanan tutardan daha az zarara uğradığının ileri sürülebileceğini kabul eden yazarların bu duruma örnek olarak gösterdikleri ilk olasılık alıcının ikame mal satın almış olmasıdır. Bu yazarlara göre alıcı eğer piyasa fiyatının aşağısında bir bedel karşılığında ikame mal satın almışsa, artık zararının soyut yöntemle göre hesaplanamayacağı kabul edilmelidir¹¹⁴⁷. Dolayısıyla, bu görüşe göre piyasa fiyatının aşağısında bir bedel karşılığında ikame mal almış olan alıcı zararının piyasa fiyatına göre hesaplanmasını isteyemeyecektir¹¹⁴⁸. Eğer alıcı, satıcı ile arasındaki satış sözleşmesinde kararlaştırılan satış bedelinin de aşağısındaki bir bedel karşılığında ikame malı üçüncü bir kişiden satın aldıysa artık somut yöntemle göre de bir tazminat talep edemeyecektir¹¹⁴⁹. Ancak alıcı sadece satılanın bir kısmına ilişkin ikame alımı gerçekleştirdiyse bu ihtimalde alıcı, tedarik edilen kısma ilişkin olarak somut yöntemle, kalan kısım için ise soyut yöntemle başvurabilecektir¹¹⁵⁰. Böylece, zararın sadece bir kısmı için somut yöntemle başvurmak mümkün ve beklenebilirse, bu durumda

¹¹⁴⁷ Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 51; Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 24; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 27; Keppler, **a.g.e.**, s. 64. Ancak, satıcının söz konusu malın satılanın yerine geçmesi için alıcı tarafından satın alınmış olduğunu ispatlaması gerekeceğine dair bkz. Koller, **BSK OR**, Art. 191, N. 24.

¹¹⁴⁸ Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 30; benzer yönde: Tandoğan, **C.1/I** s. 141; Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 51.

¹¹⁴⁹ Tandoğan, **C.1/I** s. 142; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 106.

¹¹⁵⁰ Lemp, **a.g.e.**, s. 181, 185; Barth, **a.g.e.**, s. 147; Tandoğan, **C.1/I** s. 147; Nomer, Engin, **Satış Sözleşmesi**, m. 213, N. 29; Olgaç, **Zarar**, s. 358. Benzer yönde bkz. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 165.

kalan kısmı bakımından soyut yönetime başvurulabileceği kabul edilmektedir¹¹⁵¹. Şüphesiz, zararının bir kısmının somut yönetime, diğer kısmının soyut yönetime göre hesaplanması aynı zararın iki kere hesaplanması anlamına gelmemektedir¹¹⁵².

Diğer bir görüşe göre ise¹¹⁵³, alıcı ikame alım gerçekleştirmiş olmasına rağmen zararının somut yönetime göre değil soyut yönetime göre hesaplanmasını talep edebilir. Böylece, satıcı alıcının ‘somut olarak’ daha az zarara uğramış olduğunu ileri süremeyecektir. Buna göre, şartları sağlandığında zararının somut yönetime veya soyut yönetime göre hesaplanması konusunda seçim alıcıdadır¹¹⁵⁴. Böylece bu görüşe göre, alıcı ikame alım gerçekleştirmiş olmasına rağmen zararının TBK m. 213 III doğrultusunda soyut yönetime göre hesaplanmasını talep edebilmelidir¹¹⁵⁵. O hâlde somut yönetime göre hesaplanan tutar daha az olsa bile, alıcının zararı soyut yönetime göre hesaplanabilir¹¹⁵⁶. Hatta, usul hukuku kuralları saklı kalmak kaydıyla, alıcının zararının bir yönetime göre hesaplanmasını talep ettikten sonra bile, zararının başka bir yöntemle hesaplanmasını talep edebileceği ifade edilmektedir¹¹⁵⁷.

¹¹⁵¹ Barth, **a.g.e.**, s. 147.

¹¹⁵² **A.e.**

¹¹⁵³ Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.191, N. 15; Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 13; Tercier, **La partie spéciale**, N. 225; Chappuis, **a.g.e.**, N. 779; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 106; Akıncı, **a.g.e.**, s. 200-201.

¹¹⁵⁴ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 13, 17; Tercier, **La partie spéciale**, N. 225; Tercier/Favre/Zen-Ruffinen, **Les contrats spéciaux**, N. 632; Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 106; Olgaç, **Zarar**, s. 358. Ancak, yazarlara göre alıcının satış bedelinin aşağısında bir bedel karşılığında bir ikame alım gerçekleştirmesi hâlinde artık tazminat talebinde bulunamayacaktır, Yavuz, Acar, Özen, **a.g.e.**, s. 106.

¹¹⁵⁵ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 7, 14.

¹¹⁵⁶ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 26.

¹¹⁵⁷ Cavin, **a.g.e.**, s. 50; Olgaç, **Zarar**, s. 353; alıcının başvurduğu yöntemde değişiklik yapmasına ilişkin karış. Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 16; Venturi, Zen-Ruffinen, **Commentaire Romand**, Art. 191, N. 4; Becker, **BK OR**, Art. 191, N. 5; Oser, Schöenberger, **ZK**, Art.191, N. 2; von Büren, **OR BT**, s. 15. Satıcının zararın daha az olduğuna dair ispat hakkı saklı kalmakla birlikte genel

b. Alıcı Daha Uygun Bir Bedel Karşılığında Satılanı Üçüncü Bir Kişiyeye Satmışsa

Bu ihtimalde soru alıcının satılanı piyasa fiyatının aşağısında bir bedel karşılığında somut olarak üçüncü bir kişiyeye satmışsa alıcının zararının soyut yöntemle göre hesaplanıp hesaplanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu durum takip eden şu örneklerle açıklanabilir. Alıcı satılanı 1.000 TL bedel karşılığında (temerrüde düşmüş olan) satıcıdan satın almıştır; daha sonra takip eden bir satış sözleşmesi ile satılanı 1.200 TL karşılığında üçüncü bir kişiyeye satmıştır. Ancak vade tarihine kadar satılanın piyasa fiyatı 1.500 TL'ye kadar yükselmiştir. Bu durumda alıcının somut olarak satılanı üçüncü kişiyeye satmasına rağmen zararının soyut yöntemle göre (1.500 TL – 1.000 TL) hesaplanıp hesaplanamayacağı değerlendirilmelidir.

Alıcı, satış konusunu piyasa fiyatının altında bir bedel karşılığında üçüncü bir kişiyeye satmışsa bir görüşe göre satıcı alıcının satılanı piyasa fiyatının altında bir bedel karşılığında üçüncü bir kişiyeye sattığını, dolayısıyla 'gerçekte' soyut yöntemle göre hesaplanan tutarın altında (yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan) bir zarara uğradığını ileri sürebilecektir¹¹⁵⁸. Başka bir deyişle bu görüşe göre, satıcı satılanı teslim etseydi bile alıcı onu üçüncü kişiyeye teslim edecek ve yalnızca üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmedeki bedel ile satış bedeli arasındaki fark kadar kâr elde edecekti.

Bu duruma ilişkin olarak eklemek gerekir ki, bu ihtimalde satıcı zamanında borcunu ifa etmediği için alıcı da (kendi alıcısı olan) üçüncü kişiyeye malı zamanında teslim edememiş ve bu sebeple üçüncü kişi alıcı sözleşmeden dönmüş ve olumsuz zararının giderilmesini talep etmiş olabilir. Bu durumda alıcı tazminat sorumluluğu altına

olarak usul hukuku kurallarına uygun olmak kaydıyla, alıcının başvurduğu yöntemi değiştirebileceğine dair ayrıca bkz. Barth, **a.g.e.**, s. 146.

¹¹⁵⁸

Giger, **BK OR**, Art. 191, N. 51; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 865.

girdiğinden, alıcının bu sebeple uğradığı zararlar da onun olumlu zararının kapsamı altındadır¹¹⁵⁹.

Diğer bir görüşe göre ise alıcı satılanı, piyasa fiyatının daha aşağısında bir bedel karşılığında üçüncü bir kişiye satmış olsa da yine de zararının soyut yönetime göre hesaplanmasını talep edebilir¹¹⁶⁰.

Ancak bu konuda değerlendirme yapabilmek için önce burada soyut yönetime verilen anlam bakımından ayrıma gidilmesi gerekir. Aslında soyut yöntemi satılanın farazi ikame mal satın almasından yola çıkarak piyasa fiyatının satılanın değerini ifade ettiğini kabul edilirse, bu durumda alıcının yine de soyut yönetime başvurabileceğini kabul etmek tutarlı olacaktır¹¹⁶¹. Şöyle ki zararın tazmini ile alıcının malvarlığı borç gereği gibi ifa edilseydi alacağı duruma getirilmelidir. Bu sebeple, alıcının sonraki davranışlarından bağımsız olarak (ör. satılanın üçüncü bir kişiyle aynı bedel ya da daha uygun bedel karşılığında satılması) zararın tazmini ile alıcının malvarlığı satılanın değerine ilişkin (mahrum kaldığı) artı değeri kazanmalıdır. Bu noktada alıcı satılan zamanında teslim edilmediği için ikame bir mal satın almış olsaydı, ikame malın bedelini satıcıdan talep edebilecekti. Bu görüşe göre söz konusu ikame işlem yapılmamış olsa bile alıcı (satılan zamanında teslim edilmiş olsaydı malvarlığında yer alacak olan) satılanın değerini talep edebilmelidir¹¹⁶². Ayrıca, alıcının satılanın tekrar satışına ilişkin sözleşme yapmış olması

¹¹⁵⁹ Bkz. dn. 804'teki yazarlar.

¹¹⁶⁰ Yargıtay yakın tarihte verdiği bir kararında alıcı, satılanı üçüncü bir kişiye satmış olmasına rağmen alıcının soyut yönetime başvurma hakkı olduğunu kabul etmiştir, 11. HD., E. 2016/2188 K. 2017/6838 T. 4.12.2017 (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.05.2019). Alıcının satılanı üçüncü bir kişiye daha uygun bir bedel karşılığında üçüncü bir kişiye satması durumunda, CISG bakımından soyut yönetime başvurabileceğine; çünkü soyut yöntemin “önceden” bakış açısıyla zararın hesaplanmasını amaçladığına dair bkz. Atamer, **a.g.m.**, s. 147 vd.

¹¹⁶¹ Bardo, **a.g.e.**, s. 121-122.

¹¹⁶² Bardo, **a.g.e.**, s. 120-122.

durumunda, yine bu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmesi için ikame mal satın alması gerekebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Ancak soyut yöntem ile alıcının yoksun kalınan kârının hesaplandığı kabul edilirse, bu durumda satıcı alıcının daha az zarara uğradığını ispat edip edemeyeceği farklı bir değerlendirmeye konu olabilir¹¹⁶³. Çünkü bu durumda alıcı bir yandan yoksun kaldığı kârın (geniş anlamda) soyut yönteme göre hesaplanmasını talep ederken diğer bir yandan satıcı alıcının somut olarak daha düşük tutarlı bir kârdan yoksun kaldığını iddia etmektedir. Alıcının yoksun kalınan kârının hesaplanması için (genel hükümlere göre) soyut yönteme başvurduğunu kabul edersek, alıcının soyut yönteme göre hesaplanandan daha az kâr kaybına uğradığını satıcının (alıcının satılanı piyasa fiyatının altında bir bedel karşılığında üçüncü bir kişiye satmış olduğunu ortaya koyarak) ispat ederek ileri sürebileceği kabul edilebilir¹¹⁶⁴. Böyle bir durumda esasen satıcı alıcının (geniş anlamda) somut olarak ortaya çıkan zararının (geniş anlamda) soyut yöntemden daha az olduğunu ispatlamaktadır¹¹⁶⁵.

4. Hukuki Sorun ve Değerlendirme

Alman hukuku bakımından ticari satışta, alıcının (veya satıcının) zararının “dar anlamda” soyut yönteme göre hesaplanmasına ilişkin (TBK m. 213 hükmüne benzeyen) HGB § 376 II doğrultusunda piyasa fiyatına göre hesaplanan zararın alıcının asgari zararını teşkil ettiği kabul edilmektedir¹¹⁶⁶. Böylece, satıcı alıcının piyasa fiyatına göre hesaplanan tutardan daha az zarara uğradığını ispat edememektedir. Başka bir deyişle

¹¹⁶³ Alıcı, satılanı üçüncü bir kişiye tekrar satmak için satıcıdan satın aldıysa ve yoksun kalınan kârının giderilmesini istiyorsa, bu zararının hesaplanmasında daha yüksek olan piyasa fiyatına dayanamayacağına dair bkz. BGE 43 II 794-795.

¹¹⁶⁴ Lemp, **a.g.e.**, s. 184. Alıcı, yoksun kalınan kârının hesaplanması için soyut yönteme başvurduğu takdirde, satıcının alıcının satılanı tekrar satmak için satın almadığını ispatlayabileceğine dair bkz. Lemp, **a.g.e.**, s. 185.

¹¹⁶⁵ Lemp, **a.g.e.**, s. 184. Ayrıca bkz. dn. 999’daki yazarlar.

¹¹⁶⁶ Bkz. dn. 977’deki yazarlar.

burada kanun koyucu özel bir düzenleme ile alıcının zararının normatif olarak piyasa bedeline göre hesaplanacağını kabul etmiştir. Ancak HGB § 376 II hükmünün uygulanmadığı durumlarda genel hükümler çerçevesinde alıcının farazi ikame mal satın almasından yola çıkarak zararının soyut yöntemle göre hesaplanacağını kabul eden yazarlar arasında da piyasa fiyatı ile satış bedeli arasındaki farkın alıcının asgari zararını teşkil edip etmediği ayrıca tartışmalıdır¹¹⁶⁷.

Satıcının, alıcının daha az zarara uğradığını ileri sürüp sürememesi esasen TBK m. 213 III hükmü ile alıcıya zararının soyut yöntemle göre hesaplanması konusunda bir hak mı tanındığı yoksa uğradığı zararın TBK m. 213 III doğrultusunda hesaplanan tutara denk düştüğü yönünde bir karine mi düzenlendiği konusunda toplanmaktadır. Alıcıya zararının soyut yöntemle göre hesaplanması konusunda bir hak tanındığı kabul edilirse, bu durumda alıcının ‘somut’ olarak uğradığı zararı daha az olsa bile, satıcı buna karşı

¹¹⁶⁷ Alman hukuku bakımından genel hükümlere göre alıcının farazi ikame mal satın alım bedeline göre zararının soyut olarak hesaplanabileceğini kabul eden yazarların bir kısmı da söz konusu piyasa fiyatının, satılanın objektif değerini ifade ettiğinden, alıcının asgari zararının piyasa fiyatına göre belirleneceğini kabul etmektedirler, bu görüş için bkz. dn. 1018 ve 1019. Bazı yazarlara göre ise piyasa fiyatı doğrudan HGB § 376 II’de düzenlendiği gibi alıcının asgari zararını teşkil etmemektedir, Bardo, **a.g.e.**, s. 113. Yazara göre, alıcının piyasa fiyatının altında ikame mal satın almış olmasının farklı sebepler olabilir. Örneğin piyasa fiyatı ortalama bir değeri ifade ettiği ve piyasada gerçekten yapılan işlemlerin belirli bir fiyat aralığı çerçevesinde yapıldığı göz önüne alınırsa, alıcının piyasa fiyatının altında ikame mal satın alması olağan bir durum teşkil edebilecektir. Bazı durumlarda ise alıcı zararı azaltma külfeti çerçevesinde gerekli özeni göstererek piyasa fiyatının altında bir bedel karşılığında ikame mal satın almış olabilir. Böyle bir durumda, satıcı alıcının daha uygun bir bedel karşılığında ikame mal satın almış olduğunu ve bu şekilde işlem yapmış olmasının da zararı azaltma külfetine uygun olduğunu ispat ederek zararın daha düşük bedel dikkate alınarak hesaplanmasını talep edebilecektir. Nitekim, alıcının daha uygun ikame mal satın almasının beklenebilir olduğu bir durumda, piyasa fiyatı karşılığında ikame mal satın alması zararı azaltma külfetine aykırılık teşkil edebilir. Soyut yöntemin alıcıya zararını hesaplamasında kolaylık ve hızlilik sağladığı dikkate alındığında, bu noktada ispat yükünü satıcının taşıması gerekmektedir. Ancak, bazı durumlarda alıcı zararı azaltma külfeti çerçevesinde kendisinden beklenenin özen ölçüsünün de üzerinde hareket ederek ek çabaları sonucunda piyasa fiyatının altında bir ikame mal satın almış olabilir. Yazara göre bu durumda ise alıcının ek çaba göstererek daha uygun bir bedel ile ikame mal satın almış olması satıcının sorumluluğunu hafifletmemelidir. Ayrıca alıcının söz konusu mal satın alma işleminin ikame bir işlem niteliğinde olmadığını da ispatlama imkânı bulunmaktadır. Bkz. Bardo, **a.g.e.**, s. 113-116, 122.

çıkamayacaktır¹¹⁶⁸. İkinci ihtimalde burada ispat kolaylığı sağlayan adi bir karine düzenlendiği kabul edilirse, satıcı alıcının ‘fiilen’ daha az zarara uğradığını ispat etme, başka bir deyişle, karine sonucunun aksini ispat etme imkânı olacaktır¹¹⁶⁹.

Bu noktada esasen ilk görüşe göre ilgili hüküm soyut yöntemi düzenleyerek alıcıya zararını ispat etmekte bir kolaylık sağlamıştır. Bu sebeple, satıcı alıcının ‘somut’ olarak daha az zarara uğradığını ispat edebilecektir. Bu görüşe göre burada alıcının ‘gerçekten’ uğradığı zarardan daha fazla tutarda tazminata hükmedilmesiyle alıcının ‘zenginleşmesi’ amaçlanmamaktadır. Ancak, soyut yönteme verilen anlama göre alıcının daha az zarara uğrayabileceği iddiasında çeşitli farklılıklar oluşmaktadır. Bu görüş içerisinde bazı yazarlara göre soyut yöntemin kabul edilmesiyle birlikte alıcı zararı azaltma külfeti kapsamında ikame mal satın alma külfetinden kurtulmuştur¹¹⁷⁰. Bu sebeple, bu yazarlara göre satıcı alıcının daha az zarara uğradığını ileri sürebilmekle birlikte ikame mal satın alsaydı daha az zarara uğrayacağını ortaya koyamayacaktır. Bu durum şu şekilde örneklendirilebilir: Satış bedelinin 1.000 TL olduğu bir durumda satılanın (hesaplamada dikkate alınacak) piyasa fiyatı 1.200 TL ise ancak alıcı ikame malı 1.100 TL’ye satın almışsa; bu yazarlara göre alıcı satıcıdan olumlu zararı olarak (1.100 TL – 1.000 TL) 100 TL ödenmesini talep edebilecektir. Ancak bu örnekte alıcı ikame mal satın almadıysa fakat uzun araştırma yapmasına gerek kalmadan alıcının kendi iş çevresinden yararlanarak satılanı 1.100 TL bedel karşılığında ikame mal satın alma imkânının olduğu ortaya konulsa da alıcı, olumlu zararı olarak 200 TL ödenmesini talep edebilecektir. Ayrıca zararı azaltma külfeti bakımından da bu soruya verilen cevap soyut yöntem ile birlikte satılanın değerinin mi hesaplandığı yoksa alıcının yoksun kaldığı kârının mı hesaplandığına göre değişiklik arz edebilecektir. Nitekim piyasa fiyatının

¹¹⁶⁸ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 395.

¹¹⁶⁹ Benzer yönde değerlendirme için bkz. Walter, **BK-ZGB**, Art. 8, N. 395.

¹¹⁷⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm: IV.E.2.

yoksun kalınan kârın hesaplanmasında dikkate alındığı kabul edilirse bu durumda yazarlar genellikle zararı azaltma külfetinin devreye gireceğini kabul etmektedirler.

Türk-İsviçre öğretisinde bazı yazarlar ise satıcının, alıcının soyut yöntemle göre hesaplanan tutardan daha az zarara uğradığını veya hiç uğramadığını ispat edemeyeceğini kabul etmektedirler. Bu doğrultuda esasen bu görüşe göre piyasa fiyatı ile satış bedeli arasındaki fark alıcının asgari zararını teşkil eder¹¹⁷¹. Öyleyse, satıcı alıcının ne daha az zarara uğradığını ne de daha uygun bir bedel karşılığında ikame mal satın almayarak zararı azaltma külfetine aykırı davrandığını ileri süremeyecektir. Fakat alıcı somut olarak uğradığı zararın asgari olan bu tutardan daha fazla olduğunu ispat edebilecektir¹¹⁷². Özetle, bu görüşe göre alıcı dilerse somut yöntemle göre zararının hesaplanmasını talep edebilecek, dilerse soyut yöntemle başvurabilecektir. Bunun sonucunda alıcı, ikame bir mal satın almış olsa bile (ikame mal satın alım bedelinden daha yüksek olan) piyasa fiyatına göre zararının hesaplanmasını talep edebilecektir.

Bu durumda alıcıya bir seçimlik hak tanındığı kabul edilmektedir. Başka bir deyişle burada aslında zararın (dar anlamda) soyut yöntemle¹¹⁷³ göre hesaplanmasıyla alıcıya bir ispat kolaylığının sağlanmasından ziyade zararın belirlenmesine ilişkin bir maddi hukuk kuralı düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu zararının miktarı ile birlikte varlığını normatif bir şekilde kabul etmiştir. Böylece, alıcının (asgari) zararı satılanın teslim edilmemesi sebebiyle alıcının malvarlığında yerini alamayan satılanın değerine denk düşer; çünkü alıcının uğradığı en az zarar alıcının mahrum kaldığı bu artı değerdir.

Esasen, (Alman Ticaret Kanunu'ndaki hükme benzer bir şekilde) Türk Borçlar Kanunundaki bu özel düzenlemenin getirilmesi ile birlikte satılanın objektif değerinin aslında alıcının asgari zararını teşkil edeceğini söylemek mümkün görünmektedir. Nitekim, satıcı satılanı zamanında teslim etmiş olsaydı alıcının malvarlığında (en azından)

¹¹⁷¹ Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 34. Bu görüşteki yazarlar için ayrıca bkz. dn. 1153.

¹¹⁷² Schönle, **ZK**, OR Art. 191, N. 34.

¹¹⁷³ Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm: IV.B.1.

satılanın objektif değeri kadar bir artı değer yer alacaktı; fakat borca aykırılığın gerçekleştiği anda alıcı, (en azından) malvarlığında yer alacak olan satılanın değeri kadar bu artı değerden mahrum kalmış bulunmaktadır. Bununla birlikte alıcının, sübjektif menfaatinin satılanın objektif değerinin üzerinde bir değere tekabül ettiğini ispatlaması durumunda bunun giderilmesini talep edebileceği söylenebilir. Örneğin, dürüstlük kuralına uygun olarak piyasa fiyatının üzerinde ikame bir mal satın aldıysa, zararın giderilmesi için bu ikame mal bedelinin kendisine ödenmesini isteyebilir. Ancak, her ne kadar TBK m. 213 III hükmünün (dar anlamda) soyut yönteme göre alıcının zararının hesaplanmasına elverişli olduğu düşünülebilse de zararın hesaplanmasında alıcının ‘sübjektif’ menfaatinin ön planda tutulması gerektiğine dair sorumluluk hukukundaki yaklaşımın etkisiyle soyut yönteme genel olarak yöneltilecek öğretideki eleştirel bakışın özel düzenlemeye rağmen burada da mevcut olduğu gözlemlenmektedir.

SONUÇ

Kanun koyucu, belirli vadeli ticari satışlarda alıcıyı; aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının giderilmesini talep edebilmesi için kural olarak mehil verme külfetinden kurtardığı gibi aynen ifadan vazgeçtiğine dair – hemen yapması gereken – bildirimden de kurtarmaktadır. Bu hükmün bir yandan alıcının ifaya ve özel olarak ifa zamanına olan menfaatini korumayı amaçlarken diğer yandan da satıcı aleyhine spekülasyon ve belirsizlik yaratılması ihtimalini de önleyerek akamete uğramış bu ilişki için basit ve pratik bir tasfiye süreci düzenlediği sonucuna varılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmayan ticari satışın anlamını belirleyebilmek için öğretilerde birçok görüşün ileri sürüldüğü saptanmıştır. Esasen İsviçre hukukundan farklı olarak ticari iş kavramı Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmış olmakla birlikte ticari iş teşkil eden tüm satış sözleşmelerinin TBK m. 212 bakımından ticari satış niteliğinde olduğunun kabul edilmesi durumunda ifa için kararlaştırılan tarihin geçmesiyle birlikte eğer alıcı hemen bildirimde bulunmamışsa bu hükmü göre aynen ifa talebini kaybedecektir. Ancak, özellikle alıcının ticari işletmesinin bir ihtiyacını gidermek ve dolayısıyla teslimden sonra satılanı elinde tutmak amacıyla yaptığı satış sözleşmeleri bakımından alıcıya hemen bildirim külfetini yüklemek (ve sonuç itibarıyla alıcının aynen ifa talebinin düşmesi) menfaatler dengesi bakımından alıcının aleyhine sonuçlar doğurabilir ve hükmün amacını aşabilir. Ancak alıcının takip eden satış ile kâr elde etmek amacıyla taraf olduğu tüm satış sözleşmelerini TBK m. 212 bakımından ticari satış olarak nitelendirmek alıcının yalnızca o sözleşmeye özgü olarak, başka bir deyişle arızı olarak kâr elde etme amacı güttüğü sözleşmeler bakımından yine benzer tehlikeleri doğurmaya elverişli olabilir. Bu sebeple hükmün, alıcının ticari işletmesine ilişkin faaliyetleri kapsamında veya tacir olmayan kişiler bakımından mesleki faaliyetleri ya da süreklilik içerisinde gerçekleştirdikleri ticari faaliyetleri kapsamında satılanı takip eden bir sözleşme ile satarak kâr elde etme amacıyla yaptığı sözleşmeler ile sınırlandırılması savunulabilir. Ancak, maddenin uygulama alanının geniş tutulması durumunda alıcının aynen ifaya olan menfaatini koruyabilmek için – satıcıyı da bir yandan spekülasyon riskine karşı koruyarak

– aynen ifaya ilişkin bildirimin “hemen” yapılıp yapılmadığının tespiti bakımından (genel bir sonuca varmak yerine) somut olayın koşulları değerlendirilmelidir.

TBK m. 212’de alıcının aynen ifa talebinden vazgeçtiğine dair bir karinenin düzenlendiği öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Ancak karinenin genel kabul gören tanımından yola çıkarsak burada karine sonucunun aksinin ispatının mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat, kanun koyucunun alacaklının susmasına (genel hükümlerdeki düzenlenen sisteme göre bir beyan varsayımında bulunarak) bağladığı bu sonucun aksinin ispatı güç görünmektedir. Esasen burada bir karine olduğunu kabul eden yazarlar da alıcının aynen ifayı istediğine dair hemen bildirimde bulunmaması durumunda bu “karinenin” aksinin ispat edilemez hâle geleceğini kabul etmektedirler. Bu durumda aslında hemen bildirimde bulunmayan alıcının aynen ifa talebi düşmektedir. Bununla birlikte taraflar kural olarak bu hükmün uygulanmamasını ya da farklı bir şekilde uygulanmasını kararlaştırmış olabilirler. Tarafların söz konusu hükmün uygulanmamasını kararlaştırıp kararlaştırmadıkları sözleşmenin yorumuna ilişkin genel ilkeler çerçevesinde tespit edilecektir. Bu noktada yorum aracı olarak özellikle taraflar arasında oluşmuş olan teamüllerden faydalanılabilecektir.

Nispi kesin vadeli işlemler tarafların ifa zamanını kesin olarak belirlemiş ve edimin mutlaka kararlaştırılan zamanda yerine getirileceği üzerinde anlaşmış olmaları durumunda söz konusu olmaktadır. Kesin vadenin geçmesiyle birlikte, alacaklının aynen ifa talebinden vazgeçip diğer seçimlik haklarına başvurabilmesi için borçluya hemen bildirimde bulunmasının aranmaması gerektiği değişik gerekçe ve sonuçlarla öğretide savunulmaktadır. Öğretide bazı yazarların kesin vadeli işlemlerde alacaklının aynen ifadan vazgeçip ikinci ve üçüncü seçimlik haklarını kullanabilmesi için hemen bildirim şartını aradığı; bazı yazarların aynen ifadan vazgeçip ek seçimlik haklara başvurabilmek için bildirim yapılmasını aradığı ancak bildirimin hemen yapılmasını aramadığı görülmüştür. Öğretideki diğer bir görüş ise alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğine dair bildirim yapmasına gerek olmadığını, bilakis kesin vadenin kaçırılması üzerine (aksini bildirmemişse) alacaklının aynen ifadan vazgeçmiş sayılacağını kabul etmektedirler. Bu

görüş içerisinde (borçlunun kesin vadeyi kaçırmaması durumunda) alacaklının aynen ifadan vazgeçmiş sayılacağını kabul edenler esasen TBK m. 212 hükmünü kesin vadeli işlemler bakımından kıyasen uygulamaktadırlar. Ancak, kesin vadeli işlemlerin farklı şekillerde ortaya çıkabileceği düşünüldüğünde ilk aşamada taraflar arasındaki sözleşmeye başvurmak ve alacaklının hakları ile borçlunun borcunun akıbeti üzerinde tarafların anlaşmasını yorum araçlarından da faydalanarak tespit etmek düşünülmelidir.

Bu noktada ticari satışta temerrüde ilişkin düzenlemenin tarihi gelişimi incelendiğinde bu düzenlemenin borçlu temerrüdüne ilişkin (ek) seçimlik hakların gelişiminde bir rol oynamış olduğu görülmüştür. Ticari satışlara ilişkin hükmün kapsamı genişletilerek alacaklının ek seçimlik haklarına başvurmamasının öğretide kolaylaştırılmaya çalışıldığı gözlemlenmiştir. Bu açıdan özellikle (ticari olmayan) kesin vadeli işlemler bakımından ifa zamanını borçlunun kaçırmaması üzerine alacaklıyı aynen ifadan vazgeçtiğine dair hemen bildirimde bulunma külfetinden kurtarma eğilimi öğretide görülmektedir. Ticari satışta temerrüdün sonucuna ilişkin özelliklerin yaygınlaştırılması (ticari olmayan sözleşmeler bakımından tarafların menfaat dengesi tekrar değerlendirilerek ve buna uygun bir şekilde) olması gereken hukuk bakımından yorum kuralı getirilmesi ayrıca düşünülebilir.

Alıcının seçimlik haklarına ilişkin bir diğer mesele ise alıcının sözleşmeden dönme hakkını nasıl kullanacağına ilişkindir. TBK m. 212 hükmünde sözleşmeden dönmeye ilişkin açık bir düzenlenmenin yer almaması alıcının bu haktan mahrum bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Ayrıca alıcının sözleşmeden dönmek için satıcıya genel hükümler çerçevesinde ek süre vermesine gerek olmadığı kabul edilmelidir. Ancak, alıcının sözleşmeden dönmek için hemen bildirimde bulunmasının aranıp aranmayacağı öğretide oldukça tartışmalıdır. Hemen bildirim şartını arayan yazarlar, alıcının satıcı aleyhine – aynen ifa yerine olumlu zararın tazmininin talebi ile sözleşmeden dönme hakkı arasında – spekülasyon yapmasının önlenmesi gerektiği gerekçe olarak ileri sürmektedirler. Hemen bildirim şartını aramayan yazarlar ise hemen bildirimde bulunmayan alıcının aynen ifadan vazgeçtiğinin kanun tarafından kabul edilmesi ile birlikte zaten satıcı aleyhine spekülasyon yapılmasının önüne geçildiğini ileri

sürmektedirler. Ancak, hemen bildirim şartı aranmasa bile aslında dürüstlük kuralı ışığında alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapması ihtimali büyük ölçüde ortadan kalkabilmekte ve böylelikle her iki tarafın menfaati de korunabilmektedir.

Somut yöntem doğrultusunda alıcının gerçekleştirdiği ikame mal satın alım bedelinin dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir. Bu sebeple, alıcı hem kendi menfaatini hem de satıcının menfaatini göz önünde bulundurarak olabildiğince uygun bir bedel karşılığında ikame mal satın almalıdır. Bunu sağlayabilmek için de alıcının (somut olayın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak) zararı azaltmak için gerekli özeni gösterip göstermediği değerlendirilmektedir. Bedelin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının tespit edilebilmesi bakımından öğretide bazı kriterler geliştirilmiştir. Genel olarak kabul gören bu kriterlere göre, alıcıdan aynen ifa talebinden vazgeçtikten sonra makul bir süre içerisinde; satılanı teslim alacağı yerde veya buna en yakın yerde; mümkün olduğunca aynı şartlar altında ve aynı cins ve kalitede ikame mal satın alması beklenmektedir. Eğer ikame mal satın alım bedeli dürüstlük kuralına uygun değilse, bu durumda hâkim tazminatı belirlerken indirim yapabilecektir.

Soyut yöntem ile genel olarak birtakım ortalama değerler kullanılarak zarar hesaplanır. Sorumluluk hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda kanun koyucu özel olarak soyut yönteminin uygulanmasını kabul etmediyse, kural olarak somut yöntemin uygulanması gerektiği Türk-İsviçre hukuku öğretisinde birçok yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Bu ilkenin, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında alacaklının olumlu zararının hesaplanması bakımından uygulama bulacağı ileri sürülmektedir. Genel hükümlere göre alacaklının yoksun kalınan kârı da bu doğrultuda kural olarak somut yönteme göre hesaplanacaktır. Ancak, alacaklının yoksun kalınan kârının somut yönteme göre hesaplanmasının mümkün olmadığı veya makul olmadığı bazı durumlarda alıcının yoksun kalınan kârı genel hükümler ışığında – geniş anlamda – soyut yönteme göre (yani ortalama değerlerden yararlanılarak) hesaplanabilecektir.

TBK m. 213 III hükmünde kanun koyucu özel olarak olumlu zararının, fark teorisine uygun olarak, soyut yönteme göre hesaplanabileceği düzenlemiştir. Bu hükme göre eğer

söz konusu satılan borsaya kayıtlıysa veya satılanın piyasa fiyatı bulunuyorsa alıcı ikame mal satın almasına gerek olmadan satış bedeli ile piyasa fiyatı arasındaki farka göre zararının hesaplanmasını talep edebilir. Öğretide soyut yöntemin, çeşitli açılardan farklı anlamları ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmıştır. Bu bağlamda TBK m. 213 III hükmüne öğretide birçok farklı anlam yüklendiği görülmüştür. Kimi yazarlara göre TBK m. 213 III hükmü ile satılanın alıcı için değeri, onun farazi olarak ikame alım yapacağına dayanarak hesaplanmaktadır; kimi yazarlar ise soyut yöntem ile alıcının yoksun kalınan kârının hesaplandığını kabul etmektedir. Ticari satışlar bakımından TBK m. 213 III’te düzenlenen soyut yöntem ile satılanın alıcı için ifade ettiği değer farazi ikame mal satın alım bedeline göre hesaplanacağı kabul edilebilir. Böylece TBK m. 213 III’teki soyut yöntem ile alıcının farazi olarak bir ikame mal satın alsaydı ödemesi gerekecek bedele göre alıcının zararının hesaplandığı söylenebilir. Bu minvalde, TBK m. 213 III hükmü ile satılan zamanında teslim edilmiş olsaydı alıcının malvarlığında yer alacak artı değerinin (satılanın değeri) tespit edildiği kabul edilirse bu durumda kural olarak satıcının alıcının ‘somut olarak’ daha az zarara uğradığını ileri süremeyeceği savunulabilir.

Bununla birlikte somut veya soyut yönetime rağmen alıcı zararının genel hükümlere göre giderilmesini, özellikle yoksun kalınan kârının genel hükümlere göre giderilmesini talep edebilir. Ancak, bu kârdan yoksun kalmaması için alıcıdan bazı durumlarda ikame mal satın alması beklenir. Alıcının zararı azaltma külfeti kapsamında ikame mal satın alması mümkün, makul ve anlamsız ondan zararını azaltması için ikame mal satın alması beklenebilir. Bu doğrultuda (yoksun kalınan kârının genel hükümlere göre giderilmesini talep eden) alıcının ikame mal satın alma külfeti olduğu söylenebilir ve alıcı gerçekten de ikame mal satın aldıysa ikame mal bedeli tazminat belirlenirken göz önünde bulundurulacaktır, sonucu itibarıyla esasen alıcının zararı somut yönetime göre hesaplanmış olacaktır. Fakat bu külfete uygun davranmadıysa tazminat belirlenirken alıcının satılanı satın alabileceği fiyat (yani piyasadan satılanı tedarik edebileceği ortalama fiyat) göz önünde bulundurulacaktır. Eğer alıcıdan ikame mal satın alması beklenemiyorsa, bu durumda alıcı, yoksun kalınan kârı olarak üçüncü kişi ile yaptığı sözleşme bedeline göre zararının hesaplanmasını talep edebilir. Ancak, alıcının somut

olarak yoksun kaldığı kârı tam olarak ispat edememesi durumunda (ör. henüz üçüncü bir kişi ile takip eden satış sözleşmesi yapmadıysa) alıcının takip eden satış yaparak kâr elde etmesi hayatın olağan akışına göre beklenir ise, ikame mal satın alma külfeti bulunmayan alıcının takip eden satışı gerçekleştirebileceği bedele göre zararının hesaplanabileceği kabul edilebilir. Bu son durumda aslında alıcının zararı (geniş anlamda soyut yöntemle göre) satılanı üçüncü bir kişiye satabileceği fiyat (piyasada satılanı satabileceği fiyat) dikkate alınarak genel hükümlere göre hesaplanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Bekir : **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar**, Konya, Sayram, 2014.
- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 28. Baskı, İstanbul, Beta, 2019.
- Akkanat, Halil : "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 1-43.
- Aksoy Dursun, Sanem : **Borçlar Hukukun Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul, On İki Levha, 2008.
- Akyol, Şener : **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Altınok Ormancı, Pınar : **Zararı Azaltma Külfeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Ammann, Jean : **Détermination de la vente commerciale**, Fribourg, Fragnière Frères, 1929.
- Antalya, Gökhan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: III**, İstanbul, Legal, 2018.
- AnwaltKommentar BGB : (bearbeitet von Thomas Heidel, Gerhard Ring, Barbara Dauner-Lieb), Bonn, DeutscherAnwaltVerlag, 2005 (Metin içerisinde "Yazar adı, AnwaltKommentar, BGB §" şeklinde atıf yapılmıştır).
- Aral, Fahrettin; Ayrancı, Hasan : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Arkan, Sabih : **Ticarî İşletme Hukuku**, 24. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.
- Arslanlı, Halil : **Ticarî Bey' I. Cild Umumî Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa**, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955.
- Atamer, Yeşim M. : "Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum

- Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi” **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013/1 , s. 137-160.
- Atamer, Yeşim M. ; Okutan : “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, **BATİDER**, Cilt: 39, Sayı: 3 Eylül 2013 s. 31-82.
- Nilsson, Gül
- Egger, August : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 1: Einleitung und Personenrecht: Art. 1-89 ZGB**, 1930 tarihli 2. Basıdan Tıpkı Bası, Zürich, Schulthess, 1978 (“Egger, ZK, ZGB Art.” şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Aybay, Aydın : **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, 14. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Aydın Üner, Tülay : “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 861-872.
- Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalan : **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Bahtiyar, Mehmet; Biçer, Levent : “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016 s. 395-436.
- Bamberger, Georg; Roth, Herbert : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: §§ 1-610 CISG**, 3. Bası, Münih, C.H. Beck, 2012 (Metin içerisinde “Bamberger/Roth/Yazar adı, BGB, §” şeklinde atıf yapılmıştır.).
- Bär, Roger : **Das Fixgeschäft**, Zürich, Schulthess, 1956.
- Bardo, Ulrike : **Die «abstrakte» Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag**, Berlin, Duncker&Humblot, 1989.

- Barlas, Nami : **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı, 1992.
- Barth, Hans Rudolf : **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung**, Aarau, Verlag Sauerländer, 1958.
- Basler Kommentar, Obligationenrecht I : **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Bası, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015 (Metin içerisinde “Yazar adı, BSK OR, Art.” şeklinde atıf yapılmıştır)
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I : **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 1-456 ZGB**, 5. Bası, Ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 (Metin içerisinde “Yazar adı, BSK ZGB, Art.” şeklinde atıf yapılmıştır)
- Başoğlu, Başak : **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Baumbach, Adolf; Hopt, Klaus J. : **Handelsgesetzbuch: HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)**, 38. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Metin içerisinde “Baumbach/Hopt/Yazar adı, HGB, §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Baumgärtel, Gottfried; Helling, Heinz : **BGB § 252, Handbuch der Beweislast, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Allgemeiner Teil** (herausgegeben von Gottfried Baumgärtel), 3. Bası, Köln/München/Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2008.
- Becker, Hermann : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551**, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993 (BK OR).

- Becker, Hermann : **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, 2. Bası, Bern, Stämpfli, 1955 (BK OR)
- Benoît, Chappuis : **Le moment du dommage: Analyse du rôle du temps de la détermination et la réparation du dommage**, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2007
- Berki, Şakir : **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.
- Bilge, Necip : **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, 1971.
- Bilgili, Fatih; Demirkapı Ertan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Bursa, Dora, 2017.
- Bilgin Yüce, Melek : **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Bloch, Martin : **Kaufmann und kaufmännischer Verkehr im schweizerischen Obligationenrecht**, St. Gallen, 1896.
- Bluntschli, Johann Caspar : **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich: mit Erläuterungen, Bd. III: Das zürcherische Obligationenrecht**, Zürich, 1855.
- Bovay, Henry : “Temerrüdün Esası” (Çeviren: Zahit İmre), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 12, S.2-3, 1946, s. 765-804.
- Brehm, Roland : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht** (Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter), Bern, Stämpfli Verlag AG 2013 (BK OR).
- Brox, Hans; Henssler, Martin : **Handelsrecht**, 22. Bası, C.H. Beck, 2016.
- Brox, Hans; Walker, Wolf-Dietrich : **Allgemeiner Teil des BGB**, 42. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018.

- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Zürich, Schulthess, 1988 (OR BT).
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)**, Zürich, Schulthess, 1988 (OR AT).
- Bucher, Eugen : “MORA früher und heute oder auch die Verdienste der Römer um ein menschgemässes, und der Redaktoren des Obligationenrechts um ein neuzeitliches Vertragsrecht”, **“Pacte, Convention, Contrat”, Mélanges en l'honneur du Bruno Schmidlin** (ed. Alfred Dufour et al.), Basel etc., Helbing & Lichtenhahn, 1998, s. 407-432 (Bucher, Mora).
- Bucher, Eugen : “Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz Zugleich Besprechung der Materialien-Edition zum schweiz. Handels- und Obligationenrecht von Urs Fasel”, **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, Sayı: 2, 2003, s. 353-374 (Bucher, Entwicklung).
- Buz, Vedat : **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998 (Buz, Sözleşmeden Dönme).
- Buz, Vedat : **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin, 2005 (Buz, Yenilik Doğuran Haklar).
- Caemmerer, Ernst von : **Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht**, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962.
- Canaris, Claus-Wilhelm : **Handelsrecht**, 24. Bası, Münih, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2006 (Canaris, Handelsrecht).
- Canaris, Claus-Wilhelm : “Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Handelsrecht”, **Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag** (herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Peter Hommelhoff, Matthias Jacobs, Dagmar Kaiser, Christoph Weber), Tübingen, Mohr

- Siebeck, 2006, s. 43-61 (Canaris, Schuldrechtsmodernisierung).
- Canaris, Claus-Wilhelm : “Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund”, **Festschrift für Willburg zu 70. Geburtstag**, Graz, Leykam-Verlag, 1975, s. 77-99 (Canaris, Schweigen).
- Cavin, Pierre : **Traité de droit privé suisse: Vente - Echange – Donation**, C. VII, 1, Fribourg, 1978.
- CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht : **Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR** (herausgegeben von Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), 3.Bası, Schulthess, 2016 (Metin içerisinde “Yazar adı, CHK, OR Art.” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Comment, Albert : **De la demeure du debiteur dans les contrats bilatéraux, Art. 107-109 CO** (Tez), Courtelary, 1924.
- Çernis, Volf : “Ticari Satışlarda Teslim Müddeti ve Satıcının Temerrüdü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1958/5- 8, s. 111-125.
- Doğanay, İsmail : **Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2003.
- Dubovitskaya, Elena : “Absolute Fixgeschäfte”, **Archiv für die civilistische Praxis**, Cilt: 215, 2015, s. 581-609.
- Dural, Mustafa : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Dural, Mustafa; Sarı, Suat : **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, İstanbul, Filiz, 2018.
- Düringer, Adelbert; Hachenburg, Max; Hoeniger, Viktor : **§ 376, Düringer- Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, V. Band / 1. Hälfte: Einleitung: Der Kauf nach dem Bürgerlichen**

- Gesetzbuche und §§ 373 – 382, 3. Bası,**
Mannheim/Berlin/Leipzig, J. Bensheimer, 1932.
- Ehrat, Felix R. : **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR,** Zürich, Schulthess Verlag, 1990.
- Emmerich, Volker : **Das Recht der Leistungsstörungen,** Münih, Verlag C.H. Beck, 2005.
- Engel, Pierre : **Contrats de droit suisse,** Bern, Stämpfli, 2000.
- Engel, Pierre : **Traité des obligations en droit suisse,** 2. Bası, Bern, Stämpfli Editions SA, 1997 (Engel, Traité des obligations).
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Ankara, 2018 (Eren, Borçlar Özel).
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul, Yetkin Yayınları, 2016 (Eren, Borçlar Genel).
- Ergüne, Mehmet Serkan : **Olumsuz Zarar,** İstanbul, Beta, 2008.
- Erman, Walter : **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** 15. Bası, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017 (Metin içerisinde “Erman/Yazar adı, Handkommentar, 14. Bası, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Erman, Walter : **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** 14. Bası, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014 (Metin içerisinde “Erman/Yazar adı, Handkommentar, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Erzurumluoğlu, Erzan : **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri),** 8. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Esser, Josef; Schmidt, Eike : **Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2, urchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis,** Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000.
- Fellmann, Walter; Kottmann, Andrea : **Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I. Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden**

- und **Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG**, Bern, Stämpfli Verlag, 2012.
- Feyzioğlu, Feyzi : **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C.1.**, İstanbul, 1980.
- Necmeddin
- Fikentscher, Wolfgang; : **Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil**, 11. Bası, Boston-Berlin, de Gruyter, 2017.
- Heinemann, Andreas
- Furrer, Andreas; Müller- : **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, Chen, Markus Schulthess Verlag, 2008 (Furrer, Müller-Chen, OR AT).
- Gauch, Peter; Schluep, : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht Band II bearbeitet von Jörg Schmid und Susan Emmenegger** 10. Bası, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2014 (Gauch, Schluep, Emmenegger, OR AT II)
- Walter R. Schmid, Jörg;
- Emmenegger, Susan
- Giger, Hans : **Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Kauf und Tausch – Die Schenkung. 1. Teilband, 1. Abschnitt (Gesamtband): Art. 184-215**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1980 (BK OR).
- Glättli, Elisabeth : **Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung**, Zürich, Schulthess, 1998.
- Glättli, Elisabeth : “Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt -- eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, C. 93, 2017, s. 233-243.
- Göksu, Tarkan : **Art. 8 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz (Art. 1-456 ZGB)**, 3. Bası, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2016 (CHK-ZGB).

- Grunewald, Barbara : **Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium** (begründet von Joachim Gernhuber), 9. Bası, Münih, C.H. Beck, 2014.
- Guggenbühl, Markus : **Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess**, Zürich, Schultess, 1990.
- Guhl, Theo : **Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, (bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicholas Durrey) Zürich, Schultess, 2000 (Guhl/Yazar, Obligationenrecht).
- Guhl, Theo : “Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem Obligationenrecht”, **Festgabe für Karl Wieland**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1934, s. 134-148 (Guhl, Rücktritt).
- Gümüş, Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1**, İstanbul, 2013.
- Haftpflichtkommentar : **Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (herausgegeben von: Willi Fischer, Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, Dike Verlag AG, 2016 (Metin içerisinde “Yazar adı, Haftpflichtkommentar, OR Art.” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Harke, Jan Dirk : **Schuldnerverzug: Eine Dogmengeschichtliche Untersuchung**, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.
- Hatemi, Hüseyin; Gökyayla, Emre : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, İstanbul, Vedat, 2017.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdülkadir : **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz, 1992.
- Hattenhauer, Christian : **Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

- Hausheer, Heinz; Jaun, Manuel : **Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB (Stämpfli Handkommentar)**, Stämpfli Verlag AG, 2003 (SHK-ZGB).
- Havutçu, Ayşe : **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.
- Heck, Philipp : **Grundriß des Schuldrechts**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1929.
- Schönle, Herbert : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Teilband V 2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung: Art.184-191 OR**, Ed. Peter Gauch, Zürich, 1993 (Metin içerisinde “Schönle, ZK, OR Art.” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Heymann-Handelsgesetzbuch : **Heymann-Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) Band 4: § 343-475h** (herausgegeben von Norbert Horn), 2. Bası, Berlin, De Gruyter Recht, 2005 (Metin içerisinde “Heymann/Yazar adı, HGB, §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Higi, Peter : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht: Die Leihe, Art. 305-318 OR, Band/Nr. V/2b**, (Herausgeber: Peter Gauch, Jörg Schmid) 3. Bası, Zürich, 2003.
- Hirsch, Christoph : **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 11. Bası, Baden-Baden, Nomos, 2018 (Hirsch, AT).
- Hirsch, Christoph : “Schadensersatz statt oder neben der Leistung-Aktuelle Fragen der Abgrenzung”, **Juristische Schulung (JuS)**, 2014, 54. Cilt, 2. Sayı, s. 97-101.
- Honneger, Eduard : **Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, 1926
- Honsell, Heinrich : “Differenztheorie und normativer Schadensbegriff”, **Festschrift 50 Jahre Schweiz. Ges. F. Haftpflicht-**

- und **Versicherungsrecht**, 2010, s. 255-271 (Honsell, Differenztheorie).
- Honsell, Heinrich : **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Bern, 2003 (Honsell, OR BT).
- Honsell, Heinrich; Isenring, Bernhard; Kessler, Martin : **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 5. Bası, Zürich, Schultess Verlag, 2013.
- A.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie : **Art. 190-191 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184–318 OR)** (Herausgeber: Markus Müller-Chen, Claire Huguenin), 3. Bası, Zürich/Basel/Genf, Schultess, 2016 (CHK-OR).
- Huber, Ulrich : **Leistungsstörungen, Band II: Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit** (herausgegeben von Joachim Gernhuber), Tübingen, Mohr Siebeck, 1999 (Huber Leistungsstörungen II).
- Huber, Ulrich : **Leistungsstörungen, Band I: Die allgemeinen Grundlagen - Der Tatbestand des Schuldnerverzuges - Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände** (herausgegeben von Joachim Gernhuber), Tübingen, Mohr Siebeck, 1999 (Huber Leistungsstörungen I).
- Huguenin, Claire : **Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Bası, Zürich, Schultess, 2014.
- Işıntan, Pelin : “Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi” **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu**

Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1 , s. 161-181.

- İnal, Tamer H. : **Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 7. Bası, Ankara, Yetkin, 2018.
- İnan, Ali Naim; Yücel, Özge : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.
- İstanbul Şerhi : **Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt – 1, Genel Hükümler** (Ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, H. Murat Develioğlu), 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 (Metin içerisinde “Yazar adı, İstanbul Şerhi, TBK m.” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Jauernig, Othmar : **Bürgerliches Gesetzbuch BGB mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO Kommentar** (herausgegeben von Rolf Stürner), 17. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Metin içerisinde “Jauernig/Yazar adı, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Jung, Peter : **Handelsrecht**, 11. Bası, C.H. Beck, 2016.
- Kapancı, Kadir Berk : “Art Arda Teslimli Satış Sözleşmelerinde Satıcının (Borçlu) Temerrüdüne Bağlı Olarak Doğabilecek Sonuçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, Sayı 161, 2016, s. 2363-2391.
- Kaplan, İbrahim : **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uyarlanması**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Karabağ Bulut, Nil : “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 231-252.

- Karakaş, Fatma Tülay : “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S.3, 2013, s.729-759
- Keller, Max; Lörtscher, Thomas : **Kaufrecht: eine systematische Darstellung**, Zürich, Schultess, 1980.
- Keller, Max; Schöbi Christian : **Das Schweizerische Schuldrecht: Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung** (Keller, Schöbi, IV)
- Keller, Max; Schöbi Christian : **Schweizerische Schuldrecht: Band 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Bası, Basel, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1988 (Keller, Schöbi, I).
- Keller, Max; Siehr, Kurt : **Kaufrecht: Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht**, Zürich, Schultess, 1995 (Kaufrecht).
- Kendigelen, Abuzer : **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Keppler, Wilhelm : **Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis in der Schweiz**, Zürich, 1949.
- Keskin, Dilşat A. : “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, **Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran-Aralık 2007, C.XI, Sayı: 1-2, s. 209-231
- Keuk, Brigitte : **Vermögensschaden und Interesse**, Bonn, Ludwig Röhrschein Verlag, 1972.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara, 2017.
- Kindler, Peter : **Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht**, 8. Bası, C.H. Beck, 2016.
- Kissling, Christa : “Die Auslegung und die Frage der Unwiderruflichkeit der Wahlerklärung des Gläubigers im

- Schuldnerverzug”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 1997, s. 1287-1296.
- Knoepfel, Andreas : **Die Sonderordnung des kaufmännischen Verkehrs im Kaufrecht (Handelskauf)**, Zürich, Schulthess, 1988.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Borçlar Hukukuna Giriş: Hukuki İşlem, Sözleşme** (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi, Serozan, Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt) İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR. Band I**, Bern, Stämpfli, 2012 (Koller, OR BT)
- Koller, Ingo; Kindler, Peter : **Handelsgesetzbuch: HGB**, 8. Bası, Münih, C.H. Roth, Wulf-Henning; Beck, 2015 (Metin içerisinde “Koller/Kindler/Roth/Morck/Yazar adı, HGB, §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Morck, Winfried
- Kollpack, Ilse : **Die abstrakte Schadensberechnung** (Tez), Köln, Köln Üniversitesi, 1960.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta : **Orell Füssli Kommentar - OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. Bası, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016 (Kren Kostkiewicz, OFK).
- Kuntalp, Erden : **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.
- Kurt, Leyla Müjde : **(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Lange, Hermann; : **Schadensersatz**, 3. Bası, Tübingen, Mohr Siebeck, Schiemann, Gottfried 2003.

- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil**, 14. Bası, Münih, Verlag C.H. Beck, 1987.
- Larenz, Karl; Wolf, Manfred; Neuner, Jörg : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Bası, Münih, C.H. Beck, 2016 (Larenz, Wolf, Neuner, Allgemeiner Teil).
- Lein, Eva : **Die Verzögerung der Leistung im europäischen Vertragsrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- Leipold, Dieter : **BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil**, 9. Bası, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017 (Leipold, AT).
- Lemp, Paul : **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, Verlag von Stämpfli & Cie., 1939.
- Leser, Hans G. : **Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen**, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.
- Looschelders, Dirk : **Schuldrecht: Allgemeiner Teil**, 14. Bası, Vahlen 2016.
- Lüchinger, Niklaus : **Schadenersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung**, Freiburg, Universitätsverlag, 1999.
- Marius Schraner : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, Band/Nr. V/1e, 3. Bası, Zürich, 2000 (Metin içerisinde “Schraner, ZK, OR Art.” şeklinde atıf yapılmıştır).**
- Medicus, Dieter; Lorenz, Stephan : **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, 21. Bası, Münih, C.H. Beck, 2015.
- Meier-Hayoz, Arthur : **Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim**

- Schuldvertrag**, Zürich, Buckdruckerei Stampfenbach, 1948.
- Mertens, Hans-Joachim : **Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht**, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1967.
- Meyer-Wild, Hans : “Ueber die abstrakte Schadensberechnung beim Kauf”, **SJZ**, Cilt: 15, 1918-1919, s. 339-345.
- Munzinger, Walther : **Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes: im Auftrage des Tit. schweiz. Justiz- und Polizeidepartements verfasst von dem Redaktor des Entwurfes**, Bern, Stämpflische Buchdruckerei, 1865.
- Müller, Christoph : **Contrats de droit suisse**, Bern, 2012 (Contrats de droit suisse).
- Müller-Chen, Markus; Girsberger, Daniel; Furrer, Andreas; : **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Verlag, 2011 (Müller-Chen, Girsberger, Furrer, OR BT).
- Münchener Kommentar : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht - Allgemeiner Teil** BGB § 241-432, 3. Bası, Münih, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1994 (Metin içerisinde “Yazar adı, MünchKomm 3. Bası, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Münchener Kommentar : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht - Allgemeiner Teil** BGB § 241-432, 7. Bası, Münih, C.H. Beck 2016 (Metin içerisinde “Yazar adı, MünchKomm, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Münchener Kommentar : **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 5; Viertes Buch: Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt Allgemeine Vorschriften, Zweiter Abschnitt. Handelskauf, Dritter Abschnitt Kommissionsgeschäft §§ 343–406, Wiener UN-**

- Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG**, 4. Bası, Münih, C.H. Beck-Verlag Vahlen, 2018 (Metin içerisinde “Yazar adı, MünchKomm, HGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Neuner, Robert : “Interesse und Vermögensschaden”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 1931, Cilt: 133, Sayı: 3, s.277-314.
- Nickel, Thomas : **Die Erklärungsfiktion im Bürgerlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung des § 10 Nr. 5 AGBG**, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, Peter Lang, 1997.
- Nomer, Halûk N, Engin, Baki İlkey : **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, C. 1, Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül**, 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2018 (Nomer, Engin, Satış Sözleşmesi).
- Nomer, Halûk N. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, İstanbul, Beta, 2018 (Nomer, Borçlar Genel).
- Nomer, Halûk N. : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi**, İstanbul, 1996 (Maddi Tazminatın Belirlenmesi).
- Oetker, Hartmut : **Handelsgesetzbuch**, 5. Bası, Münih, C.H. Beck, 2017 (Metin içerisinde “Oetker/Yazar adı, HGB, §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Oftinger, Karl : **Handelsrecht und Zivilrecht**, SJZ, 1954, 50. Yıl, Sayı: 10, s. 153-163.
- Oğuzman, Kemal, Öz, Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 (Oğuzman, Öz, Borçlar Hukuku C.1)
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe : **Eşya Hukuku**, 19. Bası, İstanbul, Filiz, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami : **Medeni Hukuk Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar**, 21. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

- Olgaç, Senai : “Adi ve Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Mali verme Borcunu Yerine Getirmekte Direnmesi ve Bunun Sonuçları”, **BATİDER**, C. II, Sayı: 1, 1963, s. 247-251 (Olgaç, Satıcının Temerrüdü)
- Olgaç, Senai : “Ticari Satışlarda Satıcının Mali Teslim Borcunu Yerine Getirmemesinin Sonucu Tazminatla Sorumluluğu ve Zararın Hesabındaki Usuller”, **BATİDER**, C. II, Sayı: 3, 1963, s. 349-361 (Olgaç, Zarar)
- Oser, Hugo; Schönerberger, Wilhelm : **Borçlar Hukuku II. Kısım, Madde 41-109** (Çeviren: Recai Seçkin), İkinci Bası, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1950 (Oser, Schönerberger, Borçlar Hukuku).
- Oser, Hugo; Schönerberger, Wilhelm : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi** (Çeviren: Kemal Fikret Arık), Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1966 (Oser, Schönerberger, ZK).
- Önen, Turgut : **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü ile ilgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No.95, 1975 (Önen, Borçlu Temerrüdü).
- Öz, Turgut : “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi Ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1996, C. 13, Sayı: 16, s. 131-172.
- Özdamar, Emine : Ticari Satışlarda Temerrüde ilişkin Özel Durumlar, **Terazi Hukuk Dergisi**, Kasım 2013, s. 14-24.
- Palandt, Otto : **Bürgerliches Gesetzbuch** 25. Bası, Münih/Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1966 (Metin içerisinde “Palandt/Yazar adı, 25. Bası, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır.).

- Palandt, Otto : **Bürgerliches Gesetzbuch BGB mit Nebengesetzen**, 64. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Metin içerisinde “Palandt/Yazar adı, 64. Bası, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Palandt, Otto : **Bürgerliches Gesetzbuch BGB mit Nebengesetzen**, 77. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018 (Metin içerisinde “Palandt/Yazar adı, 77. Bası, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Pekcanıtez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özkes, Muhammet : **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin, 2013.
- Pichonnaz, Pascal : “The Evolving Function of Interpellatio in Case of Default”, **Fundamina: A Journal of Legal History**, Cilt: 16, Sayı: 1, Ocak 2010, s. 274 – 287 (Interpellatio).
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi : **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Prölss, Jürgen : **Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß**, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., 1966.
- Rabel, Ernst : **Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band 1**, Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1957.
- Ramoni, Claude : **Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Etude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations**, Zürih, Schulthess, 2002.
- Remzi, Mehmet, Aydın, Sezer : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, İkinci Sayfa, 2016.
- Rey, Heinz : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 4. Bası, Zürih/Basel/Genf, Schulthess 2008.
- Rosenberg, Leo : **Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung**, 5. Bası, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Münih, 1965.

- Roth, Günter H.; Weller, Marc-Philippe; Prütting, Jens : **Handels- und Gesellschaftsrecht**, 9. Bası, Münih, Verlag Franz Vahlen, 2016.
- Röhricht, Volker; von Westphalen, Friedrich Graf; Haas, Ulrich : **Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht)**, 4. Bası, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014 (Metin içerisinde “Röhricht/Westphalen/Haas/Yazar adı, HGB, §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Sarı, Suat : “Belirli Vâdenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu Mudur?”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1575-1584.
- Schenker, Franz : **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung-und Kritik**, Freiburg, Universitätsverlag, 1988.
- Schiemann, Gottfried : **BGB § 252, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, §249-254 (Schadenersatz)**, Sellier- de Gruyter, 2017 (Staudinger, Schiemann, BGB § 252).
- Schmid, Jörg; Stöckli, Hubert; Krauskopf, Frédéric : **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Zürih, Schultess, 2016 (Schmid, Stöckli, Krauskopf, OR BT).
- Schultz, Karl : “Ueber die Schadensberechnung beim Kauf”, **SJZ**, Cilt: 14, 1918, s. 201-203.
- Schwander, Ivo : **Art. 8 ZGB, Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc

- Amstutz, Roland Fankhauser), 3. Bası, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016.
- Schwarze, Roland : **Das Recht der Leistungsstörungen**, 2. Bası, Berlin/Boston/Hannover, De Gruyter, 2017.
- Schwarze, Roland : “„Steht und fällt“- Das Rätsel der relativen Fixschuld”, **Archiv für die civilistische Praxis**, Cilt: 207, Sayı: 4/5, Ekim 2007, s. 437-455.
- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, Stämpfli, 2016 (Schwenzer, OR AT).
- Seliçi, Özer : “Kesin Vadeli İşlemler” **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.2, Sayı: 3, 1968, s. 92-107.
- Serozan, Rona : **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, (Yayına hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı) İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019 (Serozan, Borçlar Özel).
- Serozan, Rona : **İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme** (Kocayusufpaşaoğlu /Hatemi, Serozan, Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt) İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016 (Serozan, İfa).
- Serozan, Rona : **Medeni Hukuk, Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011 (Medeni Hukuk).
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Serozan, Sözleşmeden Dönme).
- Serozan, Rona : “Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung”, **Verantwortlichkeit im Recht: türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Band 2**, Zürich, Schulthess Verlag, 1981, s. 447-497 (Tendenzen zur Normativierung).
- Sirmen, Lâle : **Eşya Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Yetkin, 2017.
- Soergel, Hans-Theodor : **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB Band 5/2: Schuldrecht 3/2 §§ 320 - 327 BGB**, 13. Bası, Stuttgart, Verlag W.

- Kohlhammer, 2005 (Metin içerisinde “Soergel/Yazar adı, 13. Bası, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Soergel, Hans-Theodor : **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB Band 2: Schuldrecht I §§ 241 – 432**, 12. Bası, Stuttgart/Berlin/Köln, Verlag W. Kohlhammer, 1990 (Metin içerisinde “Soergel/Yazar adı, 12. Bası, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Stanislas, Guy : **Le droit de résolution dans le contrat de vente: sanction de l’inexécution des obligations contractuelles**, Tez N. 630, Cenevre, 1979.
- Staub, Hermann : **Handelsgesetzbuch Großkommentar** (herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack, Carsten Schäfer), De Gruyter, 2013 (Metin içerisinde, Yazar adı, Großkommentar HGB, § şeklinde atıf yapılmıştır).
- Steindorff, Ernst : “Abstrakte und konkrete Schadensberechnung”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 1959/1960, Cilt 158, s. 431-469.
- Suter, Esther : **Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug**, Zürich, Schulthess, 1991.
- Şahiniz, Salih : **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin, 2008.
- Şenyüz, Doğan : **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2016.
- Tandoğan, Halûk : **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri Cilt I/1**, İstanbul, 2008 (Tandoğan, C.I/1).
- Tandoğan, Halûk : **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961 (Tandoğan, Mes’uliyet).

- Tekinay, Selahattin Sulhi; : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Akman, Sermet; Burcuoğlu, Kitabevi, 1993.
- Haluk; Altop, Atilla
- Tercier, Pierre : **La partie spéciale du Code des obligations**, Zürih, Schulthess, 1988 (Tercier, La partie spéciale).
- Tercier, Pierre; Favre, : **Les contrats spéciaux**, Zürih, Schulthess, 2009
Pascal G. (Tercier/Favre/Yazar, Les contrats spéciaux).
- Tercier, Pierre; Pichonnaz, : **Le droit des obligations**, 5. Bası, Zürih, Schultess,
Pascal 2012.
- Tercier, Pierre; Pichonnaz, : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, On İki
Pascal; Develioğlu, Murat Levha, 2016.
H.
- Thévenoz, Luc; Werro, : **Commentaire Romand, Code des obligations I, Art.**
Franz **1-529 CO**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2012 (Metin içerisinde “Yazar adı, Commentaire Romand, Art.” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Tonikidi, Stelios : **Das Zusammentreffen von Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I BGB) und Handelskauf (§§ 373 ff. HGB)**, **JURA**, C. 40, 2018/6, s. 556–560.
- Topuz, Gökçen : **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Ankara, Yetkin, 2012 (Topuz, Karinelerle İspat).
- Topuz, Murat : **Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011 (Topuz, Zarar).
- Topuz, Seçkin; Canbolat, : **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.57, Sayı: 3, 2008, s.673-718.
Ferhat
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri Akdin Muhtelif Nev’ileri**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977.
- Umar, Bilge; Yılmaz, Ejder : **İsbat Yükü**, (Yayına Hazırlayan: Ejder Yılmaz), 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1980.

- Uygur, Turgut : **Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Dördüncü Cilt (Madde 109-213)**, Ankara, Seçkin, 2003.
- Ülgen, Hüseyin; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, Füsün : **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015 (Metin içerisinde “Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan/Yazar adı, Ticari İşletme Hukuku” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Özdemir, Refet : **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Ankara, Yargıtay Yayınları-19, 1987.
- von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (Art. 184-551)**, Zürich, Schultess, 1972 (von Büren, OR BT).
- von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Zürich, Schultess, 1964 (von Büren, OR BT).
- von Staudinger, Julius : **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 315 - 326 (Leistungsstörungenrecht 2)**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2015 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar adı, 2015, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- von Staudinger, Julius : **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255 - 304 (Leistungsstörungenrecht 1)**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2014 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar adı, 2014, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).
- von Staudinger, Julius : **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 249 – 254 (Schadensersatzrecht)**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2017 (Metin içerisinde “Staudinger/Yazar adı, 2017, BGB §” şeklinde atıf yapılmıştır).

- von Tuhr, Andreas : “Streifzüge im revidierten Obligationenrecht”, **SJZ**, 1921-1922, 18. Yıl, Sayı: 23, s. 365-371.
- von Tuhr, Andreas; Escher, Arnold : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II (mit Supplement)**, 3. Bası, Zürich, Schulthess, 1984 (von Tuhr, Escher, AT II).
- von Tuhr, Andreas; Escher, Arnold : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, 3. Bası, Zürich, Schulthess, 1984 (von Tuhr, Escher, AT I).
- von Tuhr, Andreas; Peter, Hans : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, 3. Bası, Schulthess, 1984.
- Voser, Fritz : **Der Schuldnerverzug im schweizer. Obligationenrecht**, Dissertation, Zürich, 1914.
- Walter, Hans Peter : **Art. 8 ZGB, Berner Kommentar Band/Nr. I/1Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht** (Herausgeber: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter), Bern, Stämpfli Verlag, 2012 (BK-ZGB).
- Wandt, Manfred : **Gesetzliche Schuldverhältnisse Deliktsrecht, Schadensrecht Bereicherungsrecht, GoA**, 8. Bası, Münih, Vahlen, 2017
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000 (Weber, BK OR).
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band/Nr. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine**

- Bestimmungen**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2005 (Weber, BK OR).
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Darlehen, Art. 312-318 OR, mit Anhang zu Bankverträgen**Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2013 (Weber, BK OR).
- Werro, Franz : **La responsabilité civile**, 2. Bası, Bern, 2011.
- Yavuz, Cevdet, Acar Faruk, : **Türk Borçlar Hukuku Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2014.
- Özen, Burak
- Yenice, Özge A. : **Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu Hükümleri (CISG) Işığında Gönderme Satımı**, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2015.
- Yıldız, Mustafa Göktürk : **“Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları”** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, 2017.
- Zevkliler, Aydın, : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2016.
- Gökyayla, Emre