

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN
SONUÇLARI

HAZIRLAYAN
SÜMEYRA ÇETİN
2501070557

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. HALİL AKKANAT

İSTANBUL 2011



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK Anabilim** Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501070557** numaralı **SÜMEYRA ÇETİN'in** hazırladığı **“BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI”** konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **22.02.2011 SALI** günü **saat:09:00'da** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin*Kabul*.....'ne* **OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR.HALİL AKKANAT	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
PROF.DR.İLHAN HELVACI	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
DOÇ.DR.CEMİL KAYA	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
YRD.DOÇ.DR.ZEKERİYA KÜRŞAT	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>
YRD.DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER	<i>Kabul</i>	<i>[Signature]</i>

Borçlu Temerrüdünün Sonuçları

Sümevra ÇETİN

ÖZ

Bu çalışmanın konusunu “borçlu temerrüdünün sonuçları” oluşturmaktadır. Borcun ifa edilmemesi durumlarından biri olan borçlunun temerrüdü kurumu BK m. 101 ilâ 108 arasında düzenlenmiştir. Borçlu temerrüdü, borçlunun muaccel olan ve ifa edilebilir nitelikteki borca konu edimini zamanında yerine getirmemesi suretiyle ifada gecikmesi ve bununla birlikte bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde ortaya çıkan bir sorumluluk nedenidir. Borcun muaccel ve ifa edilebilir olması temerrüdün temel şartlarını oluşturur.

Borçlu temerrüdünün sonuçlarını, “genel sonuçlar” ve “özel sonuçlar” şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutmak mümkündür. Borçlunun temerrüdü hâlinde tüm sözleşme tiplerinde doğacak olan sonuçlar genel sonuçlar, sadece para borçlarında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve yapma borçlarından doğacak sonuçlar ise özel sonuçlardır.

The results of Debtor's Default
Sümeýra ÇETİN

ABSTRACT

The subject of this study is the results of debtor's default. Debtor's default which is one of the nonperformances of obligation is regulated in Turkish Code of obligation (O.C.) articles 101 – 108. Debtor's default is a result of responsibility that occurs as the debtor fails to performance of a debt at the proper time which is due and dischargeable, and yet after the occurrence of some certain conditions. The fundamental condition of debtor's default is that the debt is due and dischargeable.

It is possible to distinguish the results of debtor's default as the general results and private results. In case of debtor's default; the results in all kinds of contracts are general results; only in financial obligations, in synallagmatic contracts and service related obligations are called private results.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmanın amacı; BK m. 101 ilâ 108 arasında düzenlenen borçlu temerrüdünün sonuçlarını incelemektir.

Çalışmada konuya ilişkin genel bir kavramsal çerçeve çizildikten sonra borçlu temerrüdün sonuçları, doktrindeki genel anlayış paralelinde genel sonuçlar ve özel sonuçlar olmak üzere ikili bir ayırım çerçevesinde ele alınmıştır. Borçlunun temerrüdü hâlinde tüm sözleşme tiplerinde doğan sonuçlar genel sonuçlar, sadece para borçlarında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve yapma borçlarında meydana gelen sonuçlar ise özel sonuçlar başlığı altında irdelenmiştir. Bu yapılırken pozitif hukuk düzenlemeleri, bilimsel esaslar ve doktrin görüşleri baz alınmış, Yüksek Mahkeme kararları göz ardı edilmemiş, bilhassa uygulamada karşılaşılan sorunların çözümüne yönelik görüşler ortaya konularak konu çeşitli yönleri ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Tez çalışmasının danışmanlığını üstlenmekten öte yapıcı eleştirileri ile yol gösterici olan, çalışma sırasında değerli fikirlerini ve desteklerini esirgemeyen, fakülte sıralarında Medeni Hukuk Kürsüsünün değerli öğretim görevlisi olması nedeniyle kendisinden ders alma onuruna eriştiğim saygıdeğer hocam Prof. Dr. Halil AKKANAT' a teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE GENEL OLUŞUM ŞARTLARI

I. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ.....	3
II. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL OLUŞUM ŞARTLARI.....	4
A. BORCUN MUACCEL OLMASI.....	5
B. ALACAKLININ BORÇLUYA İHTARDA BULUNMASI	7
1. İhtarın Gerekliliği.....	7
a. İhtarın Hukukî Niteliği	7
b. İhtarın Tarafları	8
c. İhtarın Şekli ve İspatı	9
d. İhtarın Gerçekleştirilmesine İlişkin Hususlar	10
e. İhtarın Yapılacağı Zaman ve Şarta Bağlılığı.....	12
f. İhtar Kabul Edilen İşlemler	14
2. İhtar Gerektirmeyen Hâller	15
a. Taraflarca Belirli Bir Vadenin Sözleşmede Belirlenmiş Olması	15
b. Vadenin Belirlenmediği Hâllerde Taraflardan Birine Muacceliyet İhbarı Hakkının Tanınmış Olması	16
c. İhtar Yapılmasının Dürüstlük Kuralı Gereğince Gereksiz Kalması.....	16
d. Sözleşme veya Kanun Hükmüyle İhtar Gereğinin Ortadan Kaldırılması.....	17
C. BORCUN İFASININ MÜMKÜN OLMASI.....	17

D. ALACAKLININ İFAYI KABULE HAZIR OLMASI.....	18
E. BORÇLU TEMERRÜDÜNDE KUSURUN ROLÜ.....	18
F. KİSMİ TEMERRÜT	19

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR.....	211
II. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI	21
A. GENEL OLARAK.....	21
B. GECİKME TAZMİNATI.....	233
1. Genel Olarak	233
2. Kavram ve Kapsam	244
3. Zararın Hesabında Dikkate Alınacak Süre.....	266
4. Kusur Sorumluluğu ve İspat.....	288
C. KAZADAN DOLAYI SORUMLULUK	299
1. Kavram ve Kapsam	299
2. Sorumluluktan Kurtulma ve İspat	30
a. Kusurun Bulunmadığının İspatı	30
b. Nedensellik Bağı Bulunmadığının İspatı	322

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ÖZEL SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	35
II. PARA BORÇLARINDA TEMERRÜDÜN SONUÇLARI.....	35
A. TEMERRÜT FAİZİ ÖDEME ZORUNLULUĞU	35
1. Temerrüt Faizi Kavramı	36
2. Hukukî Niteliği.....	37
3. Temerrüt Faizi Talep Şartları	38
a. Bir Para Borcunun Varlığı.....	38
b. Borçlunun Temerrüde Düşmüş Olması.....	39
4. Temerrüt Faizinin Miktarı	39

a. 3095 Sayılı Yasanın Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönem	39
b. 3095 Sayılı Yasanın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönem	40
(1) Ticarî Olmayan İşlerde Temerrüt Faizi Oranı	41
(2) Ticarî İşlerde Temerrüt Faizi Oranı	42
(3) Yabancı Para Borçlarında Temerrüt Faizi Oranı	44
5. Temerrüt Faizinin Başlama Zamanının Belirlenmesi	46
6. Temerrüt Faizinin Talep Edilmesi	48
7. Temerrüt Faizinde Zamanaşımı	49
B. MUNZAM ZARAR	49
1. Munzam Zarar Kavramı ve Hukukî Niteliği	49
2. Munzam Zararın Oluşum Şartları	51
3. Munzam Zararın Görünüm Biçimleri	52
a. Alacağın Elde Edilmesi İçin Yapılan Masraflar	52
b. Yoksun Kalınan Kâr	53
c. Ödenmeyen Paranın Başka Kaynaklardan İkâmesi Nedeniyle Yapılan Masraflar	53
d. Enflasyon Sebebiyle Oluşan Zararlar	54
e. Alacaklının, Temerrüt Nedeniyle, Taraf Olduğu Diğer Hukukî İlişkilerin Olumsuz Etkilenmesi Sonucunda Oluşan Zararlar	55
f. Yabancı Para Borçlarında Kur Değişikliği Sebebiyle Doğan Zararlar	55
III. TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE	
TEMERRÜDÜN SONUÇLARI	57
A. GENEL OLARAK	57
B. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASININ ŞARTLARI	59
1. Borçlunun, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmede Temerrüde Düşmüş Olması	59
a. Tam iki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmenin Varlığı	59
b. Borçlunun Aslî Edimi İfade Temerrüde Düşmesi	60
2. Mehil Tayini	61
a. Mehilin Muhtevası ve Şekli	61
b. Hukukî Niteliği	63
c. Tarafları ve Süresi	64
3. Mehil Tayinine Gerek Olmayan Hâller	64

a. Borçlunun Davranışlarından Mehil Vermenin Faydasız Kalacağını Anlaşılması.....	64
b. Borçlunun Temerrüdü Sonucu Borcun İfasının Alacaklı İçin Faydasız Kalması	65
c. Sözleşmede Kesin Vade Karlaştırılmış Olması.....	67
4. Borçlunun verilen Mehil İçerisinde İfayı Yapmamış Olması	69
C. TEMERRÜT SONUCUNDA ALACAKLIYA TANINAN SEÇİMLİK	
HAKLAR.....	69
1. Genel Olarak	69
2. Seçme Hakkının Hukukî Niteliği	70
3. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Etmek.....	71
4. Aynen İfadan ve Gecikme Tazminatından Vazgeçtiğini Derhal Bildirerek Müşpet Zararın Tazminini Talep Etmek	72
a. Aynen İfadan ve Gecikme Tazminatından Vazgeçtiğini Derhal Bildirmek ..	72
b. Müşpet Zararın Tazminini Talep Etmek	76
(1) Müşpet Zarar Kavramı	76
(2) Müşpet Zararın Kapsamı	77
c. Alacaklının Kendi Edimi Bakımından Durumu ve Mübadele ile Fark Teorileri.....	77
(1) Mübadele Teorisi.....	78
(2) Fark Teorisi	78
d. Müşpet Zararın Hesaplanması.....	80
(1) Somut Yöntem.....	80
(2) Soyut Yöntem.....	82
5. Aynen İfadan Vazgeçtiğini Derhal Bildirerek Sözleşmeden Dönmek.....	83
a. Sözleşmeden Dönme	84
(1) Hukukî Niteliği, Tarafları ve Şekli.....	84
(2) Benzer Kavramlardan Farkı	86
(i) Dönme ile Fesih Arasındaki Farklar	86
(ii) Dönme ile İptal Hakkı Arasındaki Farklar.....	86
(iii) Dönme ile Geri Alma Hakkı Arasındaki Farklar.....	87
b. Sözleşmeden Dönmenin Hukukî Sonuçları	88
(1) Klasik Teori.....	88

(2) Yasal Borç İlişkisi Teorisi.....	89
(3) Yeni Dönme Teorisi	90
(4) Değerlendirme.....	91
c. Sözleşmeden Dönme Üzerine Talep Edilecek Tazminat	92
IV. YAPMA BORÇLARINDA TEMERRÜDÜN SONUÇLARI.....	95
SONUÇ..	99
KAYNAKÇA.....	103

KISALTMALAR

a.g.e	: Adı geçen eser
a.m	: Adı geçen makale
a.y	: Aynı yer
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
ev.	: Çeviren
dn.	: dip not
E.	: Esas
f.	: Fıkra
gbi	: geniş bilgi için
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İc. İf. K.	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
in.	: içinde
K.	: Karar
krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
t.	: tarih/ tarihli
TMK	: 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

Ekonomik ilişkilerin, hızla yaygınlaşmaya koşut olarak çeşitlilik gösterdiği günümüz dünyasında taraflar arasındaki hukukî ilişkilerden doğan borçların ifası, özellikle ekonomik nedenlerden dolayı borçlu tarafından ya geç yerine getirilmekte ya da hiç yerine getirilmemektedir. Bu durumu göz ardı etmeyen kanunkoyucu, taraflar arasındaki menfaat dengesini de gözeterek alacaklının haklarını korumaya yönelik bir takım hukukî düzenlemeler yapma gereği duymuştur.

818 sayılı Borçlar Kanununun 101 ilâ 108. maddeleri arasında, anılan düzenlemelerden biri olarak borçlu temerrüdü düzenlenmiştir. Zikredilen maddelerde, borçlunun ifada gecikmesi hâlinde talep sahibi alacaklının borçluyu hangi şartlarda sorumlu tutacağı, sorumluluğu söz konusu olduğunda ise hangi sonuçların doğacağı hüküm altına alınmıştır. İşte, tez çalışmamızın konusunu oluşturan bu sonuçlar, aynı zamanda borçlunun karşı karşıya kalacağı ağır nitelikteki sorumluluğun sınırlarını da oluşturduğundan her iki açıdan önem arz etmektedir.

Özellikle piyasada bir mübadele aracı olan para kaynaklı borçların azımsanamayacak kadar çok olması, karşılılık esasına dayanan ve toplumdaki bireylerin kaçınılmaz bir şekilde kendilerini içinde buldukları tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin varlığı bu önemi daha da artırmaktadır.

KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Bu tez çalışmasında, borçlu temerrüdüne ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanununun ilgili hükümleri incelenmiş, Yargıtay kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler de dikkate alınarak konunun ortaya konulmasında bir bütünlük sağlanmaya çalışılmıştır.

Tezin kapsamının borçlu temerrüdünün sonuçları ile sınırlı olması, konunun anlaşılabilmesi için bir kavramsal çerçeve çizilmesi ve kurumun şartlarına ana hatları ile değinmeyi zorunlu kılmıştır.

Bu sebeple, üç bölüm hâlinde incelenen tez konusunun birinci bölümünde, borçlu temerrüdü hakkında genel açıklamalar yapılmış, şartları ana hatları ile irdelenmiş ve kısmî temerrüt kurumu ele alınmıştır.

İkinci bölümünde, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarını oluşturan gecikme tazminatı ve kazadan dolayı sorumluluk hususları kavram, kapsam ve kusur temelinde değerlendirilmiş, Yargıtay kararları da açıklama metinlerine işlenmiştir.

Üçüncü bölümünde ise, borçlu temerrüdünün özel sonuçlarına yer verilmiş; bu sonuçlar, para borçlarında temerrüdün sonuçları, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları ve yapma borçlarında temerrüdün sonuçları olmak üzere üç alt başlık altında kategorize edilerek incelenmiştir. Bu bölümde doktrindeki tartışmalı hususlar ve bu bağlamda ileri sürülen teorilere değinilmiş, Yargıtay kararları ışığında temerrüdün en önemli sonuçlarını teşkil eden kurumlar ayrıntılıları ile incelenip tüm yönleri ortaya konulmak suretiyle konuya açıklık kazandırılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE GENEL OLUŞUM ŞARTLARI

I. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

“*Temerrüt*” eski Türkçede; dik kafalılık, kafa tutma, direnme anlamına gelmektedir¹. Borçlar Kanununda ise temerrüdün ne olduğuna ilişkin herhangi bir tanım yapılmış değildir. Buna karşılık doktrindeki tanım denemelerinin ortak noktalarını içeren bir tanım yapmak gerekirse; “*borçlu temerrüdü*”, borçlunun muaccel olan ve ifa edilebilir nitelikteki borca konu edimini zamanında yerine getirmemesi suretiyle ifada gecikmesi ve bununla birlikte bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde ortaya çıkan bir sorumluluk nedenidir². Yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, her ifada gecikme olgusu borçlu temerrüdüne ilişkin sorumluluğu doğurmaz; borçlunun ifada gecikmesi ile birlikte belirli şartların da gerçekleşmesi gerekir³.

Bazı durumlarda ifada gecikilmesi ifayı imkânsız kılar. Örneğin bir borç için ifa zamanı tayin edilmiş ve o borç için bu zaman dilimi ifanın yapılabileceği yegâne zaman dilimini teşkil ediyorsa durum böyledir. Borçlu, borca konu edimini bu zaman

¹ <http://tdkterim.gov.tr>, (Çevirimiçi), 17.08.2010.

² von Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları No:15, Olgaç Matbaası, 1983, s. 605; Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No: 159, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 469; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden geçirilmiş 7. (Tıpkı) Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 295; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993; s. 911; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta Basım, 2009, s. 1045-1046; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 15; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I-II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 229-230; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 495-496; Halil Akkanat, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof Dr. Kemal Oğuzman’ının Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 5; Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku**, Bursa, Ezgi Kitapevi Yayınları, 2003, s. 109.

³ Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı), Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2009, s. 215 N. 3; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 296; Barlas, **a.g.e.**, s. 15; Bu şartlar hakkında ayrıntılı açıklama için ileri-de bkz. s. 4-17.

dilimi içerisinde ifa etmemiş ise artık borcun ifası imkânsız olduğundan ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulanacaktır⁴. Bir konferansa katılacak konuşmacı⁵ örneğinde olduğu gibi, ifa zamanının geçmesi ile artık borcun ifası imkânsızlaşmış olacak ve temerrüt hükümleri değil ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁶. Şu hâle göre, bir borç ilişkisinde borcun ifası imkânsızlaşmış ise artık borçlu temerrüdünden söz edilemez⁷. Zira borçlu temerrüdünden bahsedilebilmesi, ifa mümkün olmasına rağmen borçlunun ifa zamanını geçirmiş olmasına bağlıdır.

Borçlu temerrüdü BK m. 101 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. BK m. 102 kaza hâlinde mesuliyeti, BK m. 103-105 para borçlarında temerrüdün sonuçlarını, BK m. 106-108 ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını hüküm altına almıştır.

II- BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN OLUŞUM ŞARTLARI

Borçlar Kanununda borçlu temerrüdüne ilişkin bir tanım yapılmamış, borçlu temerrüdünün şartlarına yer verilmiştir. Borçlar Kanununun 101. maddesinin 1. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla, mütemerrit olur.*” Bu hüküm genel nitelikte bir hüküm olup her türlü borç ilişkisinden doğan borca konu edimin ifasında gecikilmesi hâlinde borçlunun temerrüde düşürülmesi için gereken şartları düzenlemektedir. Madde metni incelendiğinde, birinci fıkra borçlu temerrüdünün oluşması için muaccel bir borç ve ihtar şartlarının varlığından bahsedildiği açıkça anlaşılmaktadır. Doktrinde⁸, borçlu temerrüdü için bu iki şart dışında kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte ayrıca borcun ifa edilebilir nitelikte olması ve alacaklının bu ifanın gerçekleştirilmesi sırasında üzerine düşen görevleri yapması şartlarının da aranmasının gerekli olduğu belirtilmektedir.

⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 296; Barlas, **a.g.e.**, s. 15; Eren, **a.g.e.**, s. 1046.

⁵ Oğuzman, **a.g.e.**, s. 295; Diğer bir örneğe göre de, (A) adına açık artırmada bulunmak için yetkilendirilen vekil (B)’nin müzakereye katılamaması hâlinde ifa imkânsız olur. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 15.

⁶ Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 215 N. 1; Eren, **a.g.e.**, s. 1046; Barlas, **a.g.e.**, s. 17; “İfa imkânsızlığı, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesidir.” Tanım için bkz. Oğuzman, **a.g.e.**, s. 305.

⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, (Genel Hükümler), C. I, 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 903; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 912; Eren, **a.g.e.**, s. 1045- 1046; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010, s. 354.

⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 605; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 904; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 296; Barlas, **a.g.e.**, s. 16; Eren, **a.g.e.**, s. 1048.

Kusur, temerrüdün şartlarından biri değildir⁹. Bu hususu, özel önemi sebebi ile aşağıda “borçlu temerrüdünde kusurun rolü” alt başlığı altında ayrıca inceleyeceğiz.

A. Borcun Muaccel Olması

Borçlar Kanunu m. 101/f.1’e göre, borçlu temerrüdünün gerçekleşme şartlarından biri olan muacceliyet için geçerli ve ifa edilebilir bir borcun varlığı şart olup¹⁰, ifa zamanından önce ya da sonra ifanın imkânsızlaşması borçlu temerrüdüne engel olur¹¹. Borçlunun, temerrüde düşebilmesi için ifası mümkün bir borcun varlığı gerekir¹². Borçlu temerrüdünün zaman ile ilgili şartını oluşturan muacceliyet¹³; alacaklının edayı talep ve dava yetkisine sahip olmaya başladığı, borçlunun ise ödemede bulunmak zorunda olduğu zaman dilimini ifade eder¹⁴.

Edim muaccel olunca artık borçlu alacaklının talebi doğrultusunda ifayı zaman geçirmeksizin yerine getirmeye mecburdur¹⁵. Borçlunun, alacaklının ifayı talep etmesi hâlinde ileri sürebileceği bir def’i hakkına sahip olması borçlu temerrüdünün gerçekleşmesine engel olmaz¹⁶. Bunun için borçlunun sahip olduğu def’i hakkını kullanması gerekir. Borçlunun sahip olduğu def’i hakkını usulünce ileri sürmesi borçlu temerrüdüne engel olur¹⁷ ve def’i kullanıldığı tarih değil def’i şartlarının oluştuğu tarih itibarıyla etkisini gösterir¹⁸. Doktrinde yazarların bir kısmı¹⁹, borçlunun alacaklıya karşı def’i ileri sürmesi hâlinde bu def’inin borçlu temerrüdünün şartı olan

⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 17; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 303; Eren, **a.g.e.**, s. 1054.

¹⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 23.

¹¹ Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletme Yayınları No: 60, 1995, s. 24.

¹² Işık Nazikioğlu, “Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1- 2 (Y: 1951), s. 662, (Çevirimiçi) <http://auh.ankara.edu.tr/auhfd>, 08.07.2010.

¹³ Eren, **a.g.e.**, s. 1049, Havutçu, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 506; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 296; Barlas, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 605; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297; Eren, **a.g.e.**, s. 1049; Barlas, **a.g.e.**, s. 26, Aksi görüş için bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 215, N. 4.

¹⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 605; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 912; Eren, **a.g.e.**, s. 1049; Barlas, **a.g.e.**, s. 26; Havutçu, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297.

¹⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 605; Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 470; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 905; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 231; Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 664.

muacceliyeti engelleyeceğini belirtmektedirler. Diğer bazı yazarlar²⁰ ise, def'inin ileri sürülmesinin muacceliyete engel olmayacağını def'inin ileri sürülmesinin ancak temerrüde engel olabileceğini ifade etmektedirler.

Bizim de benimsediğimiz ikinci görüş çerçevesinde def'inin varlığı da, ileri sürülmesi de borcun muaccel olmasına engel olmayacaktır. Borç muaccel olunca alacaklı her hâlde talepte bulunabilecek, borçlu ise buna karşı def'i ileri sürerek ödemeden kaçınabilecektir; fakat burada muaccel olan borç yine varlığını koruyacak, sadece borçlu temerrüde düşmeyecektir. İki örnekle bu hususu şu şekilde açıklayabiliriz; BK m. 81'de düzenlenen ödemelik def'inin kullanılabilmesi için borcun muaccel olması gerekir. Borç muaccel olup alacaklı talepte bulunmadıkça borçlu bu def'ini ileri süremez²¹. Buradan anlaşılacağı üzere borç muaccel olunca ileri sürülecek def'i gerçekleşmiş bulunan muacceliyeti ortadan kaldıramaz ya da sınırlayamaz, doğmuş olan muacceliyet varlığını korur. Borçluya tanınan def'i hakkı sadece onu, alacağını elde edememe riskine karşı korumuş olur. Yine zamanaşımı def'inde, zamanaşımı süresi BK m. 128/f.1'de belirtildiği üzere "*alacağın muaccel olduğu anda başladığı*" için bir borcun zamanaşımına uğradığının ileri sürülmesi bu kurumun niteliğine uygun olarak borcun muaccel olmasını engelleyemez; zira borç muaccel olmuştur. Zamanaşımı def'inin borcun muacceliyetini ortadan kaldırması ise mümkün değildir. Çünkü zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi borcu ya da borcun talep edilebilme imkânını ortadan kaldırmayıp sadece borçluya ifadan kaçınma olanağı sağladığından borcun talep edileceği an olan muacceliyetin ortadan kalkması mümkün değildir. Bu sebeple borcun zamanaşımına uğraması borçluya ödemedен kaçınma hakkı sağlar ve alacaklı tarafından ileri sürüldüğünde sadece temerrüde engel olur.

²⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 296- 297; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 215, N. 4; Eren, **a.g.e.**, s. 1049; Barlas, **a.g.e.**, s. 26, Akkanat, "**İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**", s. 43; Havutçu, **a.g.e.**, s. 25.

²¹ Borçlar Kanununun 81. maddesinde düzenlenen "ödemelik def'inin" niteliği konusunda Türk ve İsviçre Hukukunda hâkim olan görüş, bu def'inin gerçek anlamda bir def'i olduğudur. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 258- 259; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 827; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 281.

B. Alacaklının Borçluya İhtarda Bulunması

1. İhtarın Gerekliliği

Borçlunun temerrüde düşmesi için borcun muaccel olması yeterli olmamakta ayrıca alacaklının borçluya ihtarda bulunması da gerekmektedir. İhtar, alacaklının borçluya yönelttiği ve borcun ifasını talep edip, kendisinin borcu kabule hazır olduğu hususunu içeren bir irade beyanıdır²². Kanun metninde açıkça belirtildiği üzere ihtar, borç muaccel olduktan sonra yapılmaktadır. Her ne kadar ihtarın alacaklı lehine olduğu açık ise de, bazı hâllerde ihtar borçlu açısından koruyucu bir fonksiyona da sahip olmakta, özellikle borcun muayyen olmadığı durumlarda borçluyu uyararak borçlunun temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulmasına neden olmaktadır²³. Böylelikle borçlu ifa zamanını öğrenmekte ve ifada gecikmeyerek temerrüde düşmeyebilmektedir.

a. İhtarın Hukukî Niteliği

Alacaklının iradesinden bağımsız olarak, ihtarın yapılması ile doğacak hukukî sonuçlar kanunen düzenlenmiştir²⁴. Bu sebeptir ki alacaklının, borçluya yapacağı ihtar, borçluyu temerrüde düşürmek amacıyla yapmasına ya da bu beyanın temerrüde neden olup olmayacağı hususunda bir bilince sahip olarak hareket etmesine de gerek yoktur²⁵. Bununla birlikte, alacaklının her talebinin ihtar niteliğinde olmadığı, ancak ifa talebini içeren beyanının ihtar niteliği taşıdığı hususuna da dikkat çekmek gerekir²⁶.

İttifak ile kabul edilen ve bizce de isabetli bulunan görüşe göre, alacaklı borçluya ihtarda bulunurken ifayı talep ettiği, alacaklı bu ihtarının temerrüde neden olacağını bilmesi bile kanunen anılan iradesine belirli şartlar ile temerrüt sonucu bağlandığı ve hukukî işlemlerde olduğu gibi alacaklının iradesinin belirli bir amaca yö-

²² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297; Eren, **a.g.e.**, s. 1049; Turgut Önen, **Borçlar Hukuku**, Ankara, Siyasal Kitapevi, 1965, s. 199; Barlas, **a.g.e.**, s. 34; Havutçu, **a.g.e.**, s. 25-26; Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 21; Yılmaz, Halil, “Para Borçlarının İfasında Borçluya Yöneltilen Temerrüt İhtarı”, **Yargıtay Dergisi**, S. 1-2, C. 31, Ocak-Nisan 2005, s. 72.

²³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Barlas, **a.g.e.**, s. 34; Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 21.

²⁴ Barlas, **a.g.e.**, s. 36.

²⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297.

²⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 298.

nelmesi aranmadığı için ihtar, hukukî işlem değil, hukukî işlem benzeri bir fiildir²⁷. Bilindiği üzere, hukukî işlem benzeri fiillere ehliyet, temsil, hüküm ifade etme hususunda kıyasen hukukî işlemlere ilişkin esaslar uygulanır²⁸.

b. İhtarın Tarafları

İhtar, alacaklı veya yetkili temsilcisi tarafından borçluya ya da borçlunun yetkili temsilcisine yapılmalıdır²⁹. Alacaklı adına ihtar da bulunabilmek için özel yetkiye ihtiyaç yoktur. Temsilcinin genel yetki ile yetkilendirilmiş olması yeterlidir³⁰. İhtarda bulunacak alacaklı ya da temsilcisinin temyiz kudretine sahip olması yeterli olup tam ehliyetli olmasına da gerek yoktur³¹. Bu açıdan sınırlı ehliyetsizler,³² yani ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, borçluya ihtar da bulunmalarında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Şöyle ki; ihtar ile bu kişiler borç altına girmeyeceklerinden ve temerrüdün gerçekleşmesi için gereken bir şartı yerine getirerek kendi lehlerine bir durum yaratmış olacaklarından, kanunî temsilcilerinin rızası olmaksızın borçluya yönelmiş oldukları ihtar geçerlidir³³. Fakat küçük ya da kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değil ise, onun adına bu ihtar kanunî temsilcisi yapacaktır.

İhtar, alacaklı ya da yetkili temsilcisi tarafından borçluya veya borçlunun yetkili temsilcisine yapılacaktır³⁴. Borçlu tam fiil ehliyetine sahip değil ise, ihtar kanunî temsilcisine yapılacaktır³⁵. Borçlu bir temsilci atayarak alacaklının kendisine bizzat ihtar yapmasına engel olamaz³⁶. Bilakis alacaklı bizzat borçluya da ihtar da bulunabilir.

²⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 298; Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, Beta Yayın, 2010, s. 186; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 217, N. 5; Eren, **a.g.e.**, s. 1049; Işık Nazıkoğlu, **a.g.e.**, s. 665; Önen, **a.g.e.**, s. 199; Barlas **a.g.e.**, s. 36; Havutçu, **a.g.e.**, s. 25- 26; Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 21; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 74.

²⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 298; Havutçu, **a.g.e.**, s. 27.

²⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 607; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299; Eren, **a.g.e.**, s. 1050.

³⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 607; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299; Eren, **a.g.e.**, s. 1050; Barlas, **a.g.e.**, s. 37.

³¹ Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 474; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 234; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299.

³² Sınırlı ehliyetsizler hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 9. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2009, s. 77 vd.

³³ Barlas, **a.g.e.**, s. 37; Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 22.

³⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 608; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299.

³⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 608, dn. 22.

³⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 608, dn. 23.

c. İhtarın Şekli ve İspatı

Temerrüde ilişkin ihtarın ne şekilde yapılacağı hususunda Borçlar Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde, ihtarın herhangi bir şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir³⁷. Bu sebeple ihtar yazılı yapılabileceği gibi sözlü ya da iradeyi ortaya koyan başka bir davranışla açık yahut örtülü (zımnî) şekilde yapılabilir.³⁸ Borçluya yönelik ihtar, söz konusu borç şekle bağlı bir hukuki işlemde doğmuş olsa bile aynı şekle tabi olmayıp her türlü şekilde yapılabilir³⁹. Çünkü ihtar borcun doğumuna sebep olan hukuki işlemde bağımsız, temerrüdün oluşması için alacaklı lehine öngörülen ve söz konusu borcu doğuran işlemde bir değişiklik meydana getirmeyen tek taraflı hukuki işlem benzeri bir fiildir⁴⁰.

Kural olarak ihtar şekle tabi olmamakla birlikte, kanunun şekil şartı öngördüğü istisnaî durumlar da olabilir. TTK m. 20/f. 3 böyle bir istisnaî düzenleme getirerek tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek için yapılacak muamelelerin geçerli olabilmesi için, noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapılmasını şart koşmuştur. TTK m. 20/f. 3’de “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadiyle yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır.*” şeklinde yer alan düzenlemeden bu şeklin bir geçerlilik şartı olduğu anlaşılmaktadır⁴¹.

³⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 234; Oğuzman / Öz., **a.g.e.**, s. 299; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 217, N. 5; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 496.

³⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1051; Barlas, **a.g.e.**, s. 38.

³⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 298- 299.

⁴⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 914; Barlas, **a.g.e.**, s. 38.

⁴¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299. Yargıtay’ın bu şeklin ispat şartı olduğu yönündeki bir kısım kararları için bkz: “...TTK’nın 20/3. maddesi uyarınca tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih yahut bundan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılmasının şart olduğu da gözetilerek deliller hep birlikte değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken ...”; Yarg. 19. HD. 10.10.2008; E: 2008/2461, K: 2008/9330; Yarg. 19. HD. 05.12.2008; E: 2008/5135, K:2008/12091, (Ulusal Yargı Ağı Projesi programından temin edilmiştir. <https://portal.uyap.gov.tr>); “... Taraflar tacir olup, TTK’nın 20/3. maddesi uyarınca davalının ayıp ihbarını noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektup ya da telgrafla yapması gerektiği gözden kaçırılarak tanıkla ispat yoluna gidilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”; Yarg. 19. HD. 30.09.2010; E: 2010/999, K: 2010/10499, TTK’nın 20/3. maddesinde yer almasına rağmen Yüksek Mahkemenin bu kararında ayıp ihbarının da anılan madde de yer alan usul gereğince yapılması gerektiğine ilişkin görüşünü yerinde görmemekteyiz.; “Davalı mecuru davacının talebi üzerine boşaltmak zorunda kaldığını ve böylece kira akdinin rızaen feshedildiğini savunmuş ve savunmasının kanıtı olarak tanık dinletmiştir. TTK’nın

Daha önce ihtarın belli bir şekle tabi olmadığı belirtilmişti. Bu nedenledir ki ihtarın ispatının da bir şekle tabi olmaması gerekir. Çünkü HUMK m. 228 vd. hükümleri hukukî muameleler için düzenlenmiştir. Madde metninde belirtilen şekil şartı bir hukuki muamele benzeri fiil olan ihtar için geçerli değildir⁴². Bu halde ihtar her türlü delil ile ispat edilebilir. İhtarın yapıldığı hususundaki ispat yükü ise alacaklı üzerindedir⁴³. İspat yükünün alacaklı üzerinde bırakılmasının nedeni, borçlu temerrüdü için gerekli olan bu şartın gerçekleşmesi halinde alacaklının, kendi lehine olan birçok sonuçtan yararlanacak olmasıdır.

d. İhtarın Gerçekleştirilmesine İlişkin Hususlar

Doktrinde ihtarın, borçluya yöneltilmesi gereken bir irade beyanı⁴⁴ olduğu konusunda bir tartışma bulunmamakla birlikte, ihtarın hükmünü icra edeceği zaman dilimi konusunda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İlk görüş, ihtarın varlığı anda hüküm ifade edeceğini savunmaktadır⁴⁵. Bu görüşe göre, ihtarın borçlu ya da yetkili temsilcisinin hukuk alanına ulaşmış olması gerekir. İhtar, borçlunun hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ifade eder⁴⁶.

Bu görüş temelinde borçlunun yüzüne karşı yapılan ihtarın ne zaman borçluya ulaşacağı sorusunun çözümü kolaydır. Şöyle ki; borçluya karşı yapılacak sözlü ihtar da alacaklı sözlerini tamamladığı sırada; yazılı bir belge ile yapılan ihtar da ise, bu belgenin borçluya verilmesi ile ihtar borçluya varmış olur ve bu andan itibaren hü-

20/3 maddesi uyarınca, tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi feshetmek yahut ondan rücu maksadı ile yapılacak ihbar ya da ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır. Davacı tanık dinlenmesine muvafakat etmemiştir. Bu durumda kira aktinin feshedilip, mecurun anahtarının davacı kiralayana teslim edildiği yolundaki savunmanın anılan yasa hükmüne uygun biçimde kesin delillerle kanıtlanması gerekirken mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.”, Yarg. 19. HD. 24.11.2006; E: 2006/4542, K: 2006/11120; Yarg. 19. HD. 01.03.2010, E: 2010/38, K: 2010/2171, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

⁴² Oğuzman Öz, **a.g.e.**, s. 299; Nomer, **a.g.e.**, s. 186.

⁴³ Barlas, **a.g.e.**, s. 43.

⁴⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297; Eren, **a.g.e.**, s. 1049; Önen, **a.g.e.**, s. 199; Barlas **a.g.e.**, s. 34; Havutçu, **a.g.e.**, s. 25-26; Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 23.

⁴⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 608; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 474; Eren, **a.g.e.**, s. 1040; Önen, **a.g.e.**, s. 42; Barlas, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1049; Barlas, **a.g.e.**, s. 42.

küm ifade eder.⁴⁷ Borçlunun hazır bulunmadığı hâllerde ise, ihtar borçlunun hâkimiyet alanına girmekle borçluya ulaşmış kabul edilir⁴⁸.

Doktrinde *Oğuzman*⁴⁹ tarafından savunulan ikinci görüşe göre, ihtar borçlu tarafından öğrenildiği anda hüküm ifade eder. Yazara göre, yöneltilmesi gereken irade beyanlarında korunmaya layık olan tarafa göre bu irade beyanının sonuç doğuracağı ânı ayırmak gerekir. Eğer yöneltilecek irade beyanında beyan eden korunacak ise ulaşma ânını, yok eğer muhatap korunacak ise öğrenme ânını beyanın hüküm ifade edeceği an olarak kabul etmek gerekir. Bu açıklama çerçevesinde ihtar açısından durum incelendiğinde yazarın, ihtarın öğrenme ile hüküm ifade etmesinin amaç ve fonksiyona uygun düştüğünü belirttiği görülmektedir⁵⁰.

Yazara göre ihtar, borçlunun kendi hukuki sahasından kaynaklanan bir sebeple ya da kusuru nedeniyle borçlu tarafından öğrenilemiyorsa, ihtarın hüküm ifade etmesi bakımından borçlunun öğrenmesi için alacaklının alacağı tedbirler yeterli olacaktır⁵¹. Örneğin, meçhul olması nedeniyle borçluya ulaşamıyorsa Tebligat Kanununun 28 vd. maddeleri uyarınca alacaklı tarafından yapılacak olan ilân yolu ile ihtar ilân tarihinde hüküm ifade edecektir⁵².

Aynı görüşte olan *Akkanat*, borçlunun ihtarı öğrenmesinden kastedilen şeyin borçlunun ihtarı fiilen öğrenmesi değil, borçluya öğrenme imkânının temin edilmesi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş; aksi hâlde alacaklının borçlunun hâkimiyet alanına müdahale ederek bu ihtarı borçlunun öğrenmesini sağlamasının kendisinden beklenemeyeceğini savunmuştur⁵³.

Her ne kadar ihtara rağmen borcu ödemeyen borçlunun temerrüdün ağır sonuçları ile karşı karşıya kalacağı açık ise de, hâkim görünen ve bizim de katıldığımız ilk görüş çerçevesinde ihtarın borçluya ulaşması yeterlidir, ayrıca öğrenmesine gerek

⁴⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁸ Barlas, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299, s. 66, dn. 96; Temerrüdün ağır sonuçlarına maruz kalacak olan borçluyu uyarma fonksiyonuna sahip olan ihtarın öğrenme ile sonuç doğurmasını kabul etmek gerektiğini savunan aynı yöndeki görüş için bkz. Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 24.

⁵⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299; Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 24.

⁵¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299.

⁵² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299, dn. 41.

⁵³ Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 24.

yoktur. Çünkü öğrenme ile ihtarın hüküm doğuracağına kabulü hâlinde, bu durumun ispatı zor olduğu gibi, borçluya kaçma imkânı da sağlayabilir. İhtarın öğrenme ile hükümlerini doğuracağı görüşünü savunan yazarlar, öğrenmeden kasıtlarının öğrenme imkânının sağlanması olduğunu belirtmişlerse de, böyle bir imkânın objektif olarak nasıl sağlanacağı, kime göre bunun sağlanmış olduğunun yeterli kabul edileceği hususları gündelik hayatta kolayca tespit ve ispat edilemeyecek hususlar olarak karşımıza çıkacağından, ulaşma ânının kabul edilmesi bizce hâlin icaplarına daha uygun düşmektedir.

Ayrıca yapılacak ihtar da alacaklı, borçluya karşı birden fazla alacağa sahip ise, hangisi için talepte bulunduğunu açıkça bildirmelidir. Bu anlamda alacağın miktarı, hukukî sebebi ya da fatura ile teslim edilen şeylerde hangi faturaya bağlı olduğu belirtilmek suretiyle ihtar açıklığa kavuşturulabilir⁵⁴. İhtar bildiriminde alacaklının ödemeyi talep ettiği hususu kesin ve açık bir şekilde yer almalıdır. Fakat alacaklının yapacağı bildirimde “ihtar”, “ihtarname” şeklindeki kelimelerin kullanılmasına gerek yoktur⁵⁵.

e. İhtarın Yapılacağı Zaman ve Şarta Bağlılığı

Borçlar Kanununda temerrüde ilişkin ihtarın ne zaman yapılabileceği konusunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, dürüstlük kuralı gereğince ihtar uygun zamanda yapılmalıdır⁵⁶. Uygun zaman kavramı ise her somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir.

Alacaklının, borcun muaccel olmasından sonra ihtar da bulunabileceği konusunda bir tartışma mevcut olmamakla birlikte, borcun muaccel olmasından önce alacaklının ihtar da bulunup bulunamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. BK m.101/f.1’de yer alan, “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla, mütemerrit olur*” şeklindeki hükümde ihtarın borcun muaccel olmasından sonra yapılacağına ilişkin bir ifade tarzı kullanılmıştır. Doktrinde bir kısım yazarlar⁵⁷, bu dü-

⁵⁴ Barlas, **a.g.e.**, s. 47.

⁵⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 49- 50.

⁵⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 299.

⁵⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606 dn. 10; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 297; Reisoğlu **a.g.e.**, s. 356; Barlas **a.g.e.**, s. 40.

zenlemeden hareketle ihtarın borcun muaccel olmasından sonra yapılabileceğini savunmuşlardır⁵⁸.

Diğer bazı yazarlar⁵⁹ da, borcun muaccel olmasından önce de alacaklının ihtar da bulunabileceğini belirtmişlerdir.

Üçüncü görüşü savunan *Feyzioğlu* ise, kural olarak borç muaccel olduktan sonra ihtarın yapılacağını belirtmiş, fakat buna bir istisna getirerek borçlunun işin niteliğine göre ifa için bir takım hazırlıklar yapmasının zorunlu olduğu hallerde alacaklının iyi niyet kuralları gereğince muacceliyetten önce de ihtar da bulunmasının mümkün olması gerektiğini ileri sürmüştür.

Kanunun getirdiği düzenleme dikkate alındığında, bizce de birinci görüş doğrultusunda borç muaccel olduktan sonra ihtar da bulunulması yerindedir. Zira ihtarın madde metninde açıkça muacceliyetten sonra yapılacağı bildirildiğinden bu yorum tarzı kanunun lâfzına daha uygundur.

İhtarın şarta bağlı yapılıp yapılamayacağı hususuna gelindiğinde ise, bu konu tartışmalı olup bu konuda doktrinde yazarlarca farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Bazı yazarlar⁶⁰, ihtarın şarta bağlı olarak yapılmasını mümkün ve geçerli saymışlardır. Bu yazarlardan kimisi⁶¹, şartın geçerli olabilmesi için borçlu tarafından bilinmesinin mümkün olması gerektiğini belirtmişlerdir.

İhtarın şarta bağlanacağını kabul eden yazarlardan *Feyzioğlu*, şartın ancak borçlu aleyhine bir durum yaratmaması hâlinde geçerli olacağını savunmaktadır⁶².

⁵⁸ Bu yazarlardan *von Tuhr*, zikredilen kurala bir istisna olarak iş sahibinin, BK m. 366/358 gereğince borçlunun ifa hazırlıklarına başlaması lazım olan andan itibaren ihtar da bulunabileceğini belirtmektedir. *Von Tuhr*, **a.g.e.**, s. 606 dn. 10; *Oğuzman*, tarafların ihtara gerek olmadan temerrüdün sonuçlarını doğuracağını kararlaştırmaları hâlinde, bu irade beyanlarına üstünlük tanınarak geçerli kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Oğuzman*, *Öz*, **a.g.e.**, s. 297; *Barlas*, alacaklıya muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi tanınmış ve alacaklının yapmış olduğu ihbar aynı zamanda ihtar niteliğinde ise ihtarın muacceliyetten önce yapılabileceğini, fakat bunun için ihtarın alacaklıya ulaştığı an ile muacceliyet anı arasında fazla/ uzun zaman bulunmaması gerektiğini istisnaen kabul etmiştir. Bkz. *Barlas* **a.g.e.**, s. 40.

⁵⁹ *Eren*, **a.g.e.**, s. 1051.

⁶⁰ *von Tuhr*, **a.g.e.**, s. 233; *Feyzioğlu*, **a.g.e.**, s. 233; *Oğuzman*, *Öz*, **a.g.e.**, s. 299; *Barlas*, **a.g.e.**, s. 43.

⁶¹ *von Tuhr*, **a.g.e.**, s. 233, *Oğuzman*, *Öz*, **a.g.e.**, s. 299.

⁶² *Feyzioğlu*, **a.g.e.**, s. 233.

Barlas ise, ihtarın şarta bağlı yapılması hâlinde borçlunun kendisine karşı alacaklı tarafından yöneltilen ciddi bir ödeme isteğinin var olup olmadığı tespitine göre şartın geçerliliğini tartışmak gerektiğini ifade etmektedir⁶³.

Bizce de ihtar şarta bağlı yapılabilmelidir. Fakat geçerli olabilmesi için, bu şartın gerçekleştiğinin borçlu tarafından bilinebilecek olması gerekir. Eğer borçlunun ihtara konu şartı fiilen öğrenmesi mümkün değilse bu durumda şart geçerli olmayacaktır.

f. İhtar Kabul Edilen İşlemler

Alacaklı tarafından borçluya fatura gönderilmesi ihtar olarak kabul edilmemektedir⁶⁴. Zira fatura borçluya hâlen borçlu olduğunu ve ne kadar borcu bulunduğunu gösteren yazılı bir belgedir. Fakat “*ödenmiştir*” ibareli bir faturanın gönderilmesi ihtar sayılmaktadır⁶⁵. Yine ifanın yerine getirilmesi için dava açılması, münasip bir süre tayini, tahsil için bir posta belgesi yollanması, ödeme emri tebliği gönderilmesi ihtar⁶⁶ kabul edilmektedir. Buna karşın alacak için tespit davası açılması ihtar değildir⁶⁷. Çünkü bu dava ile alacaklı sadece alacağının varlığının tespitini istemektedir. Borcun talep edilmesine ilişkin herhangi bir hususu içermeyen bu dava ihtar olarak kabul edilemez.

⁶³ Barlas, **a.g.e.**, s. 43. Yazara göre, ödeme talebinin varlığı konusunda borçluda bir tereddüt oluşmuş ya da borçlunun zamanında ödeme yapmasını engelleyecek bir şart ileri sürülmüş ise, bu şart geçersiz olacaktır. Bkz. **a.y.**

⁶⁴ Bkz. aynı yönde: “...*fatura tebliği borçluyu temerrüde düşürmez.*”, Yarg. 13. HD. 11.08.2009, E: 2009/6581, K: 2009/13431, Yarg. 15. HD. 09.06.2009, E: 2008/3236, K: 2009/3470 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>.)

⁶⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 298; Nomer, **a.g.e.**, s. 187; Barlas, **a.g.e.**, s. 44; Kapalı fatura ile açık fatura ayrımı konusunda, Ankara Ticaret Odası tarafından alınan 21.12.1948 tarih ve 6 no.lu teamül kararı önem arz etmekte olup, teamüle ilişkin karar özeti şu şekildedir. “*Ticarethane tarafından satışı yapılan mallara ait fatura muhteviyatı alıcı tarafından ödendiğinde, bayi tarafından faturanın altına damga pulu yapıştırılarak tarih, ticarethane klişe ve mührü ile birlikte selahiyattar olan tarafından imza edilerek pul iptal olunur. Bu şekildeki faturaya bedeli alınmış (kapanmış, akide edilmiş) fatura denir. Bedeli alınmıştır kaydını ihtiva etmeyen faturada damga pulu üzerine ticarethane klişe veya mührü ve selahiyetli olanın imzası mevcut olduğu takdirde, bu kaydın mevcut olmaması bir hüküm ifade etmez. Yani fatura bedeli ödenmiş, akide edilmiş sayılır*”, <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-8504.html&s=932cbb47da6a5f008e57a6fe2d7176d3>, (Çevirimiçi), 09.11.2010.

⁶⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Nomer, **a.g.e.**, s. 186.

⁶⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 606; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 298; Havutçu, **a.g.e.**, s. 26

2. İhtar Gerektirmeyen Hâller

a. Taraflarca Belirli Bir Vadenin Sözleşmede Belirlenmiş Olması

Borçlar Kanununun 101. maddesinin 2. fıkrası, “*Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş ise mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Borcun ödenmesi gereken gün, yani vade taraflarca karşılıklı anlaşma ile belirli bir gün olarak belirlenebilir. Örneğin, tarafların borcun 01.01.2011 günü ödeneceğini kararlaştırmış olmaları hâlinde borçlu edimini ifa günü eda etmediği takdirde artık alacaklının ihtarına lüzum kalmadan borçlu temerrüde düşecektir. Burada söz konusu vadenin kesin olarak belirlenebilir olması da aynı esasın uygulanması için yeterlidir⁶⁸. Örneğin taraflar borcun 2011 yılının ilk haftası içinde ödenmesini ya da sözleşmenin kurulduğu tarih olan 01.01.2011 tarihinden itibaren 20 gün içinde ödeneceği şeklinde sözleşmede bir vade tarihi belirlemiş iseler, bu tarih borçlu tarafından belirlenebilir ve kolayca tespit edilebilir bir tarih olduğundan borçlu ilk örneğimizde belirtilen 2011 yılının ilk haftasının son günü bitimine, ikinci örneğimizde 21.01.2011 günü bitimine kadar borcunu ifa etmediği takdirde temerrüde düşecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, belirli vadenin ancak sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olması hâlinde ihtara gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceği. Kanunen bir vadenin belirlenmesi ya da mahkeme kararı ile vade tayini hâlinde alacaklının borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarda bulunması gerekir⁶⁹. Bu durum Borçlar Kanunu m. 101/f. 2’de yer alan “*müttefikan*” ibaresinden anlaşılmaktadır. Yine taraflar bir vade belirlememişler ve kanunen de bu sözleşme için bir vade öngörülmemiş ise eda, BK m. 74 gereğince derhal talep edilebileceğinden, yine ihtar gönderilmesi zorunludur⁷⁰. İhtar yapılması kural, ihtara gerek olmayan haller ise istisnadır. Bu hususta ispat yükü alacaklıdadır⁷¹.

⁶⁸ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 475; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 300; Havutçu, **a.g.e.**, s. 28, 29; Barlas, **a.g.e.**, s. 56.

⁶⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 609, Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 475; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 300; Havutçu, **a.g.e.**, s. 28, 29; Akkanat, **a.g.e.**, s. 34; Barlas, **a.g.e.**, s. 56.

⁷⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 609.

⁷¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 58.

b. Vadenin Belirlenmediği Hâllerde Taraflardan Birine Muacceliyet İhbarı Hakkının Tanınmış Olması

BK m. 101/f. 2’de diğer bir istisna olarak taraflardan birisine muacceliyet ihbarı yetkisinin tanınmış olması hâli düzenlenmiştir. Bu sebeple sözleşme ile kendisine muacceliyeti ihbar hakkı tanınan tarafın zikredilen ihbarı yapması üzerine borçlu temerrüde düşer. Anılan durumda artık ödeme gününden haberdar olduğu için borçluyu uyarmaya gerek yoktur.

Kanun muacceliyeti ihbar hakkının sadece sözleşme ile taraflardan birine verilmesi durumunda ihtara gerek olmadığını düzenlemiş ise de, kanun metninin aksine doktrinde bazı yazarlar⁷² ihbar yetkisinin kanundan doğduğu hâllerde dahi ihtara gerek olmadığını savunmaktadırlar. Bazı yazarlar⁷³ ise, kanunda yer alan düzenlemeyi eleştirerek kanunen muacceliyet ihbarı tanınan hâllerde de ihtara gerek duyulmaması gerektiğini belirtmişlerse de, kanundaki düzenleme nedeni ile sözleşmede düzenlenmeyen hâllerde ihtarın gerekli olduğunu savunmuşlardır.

İhbar ile muacceliyet hakkının taraflardan birine tanınmış olduğu hâllerde ihtara gerek olmadığını düzenleyen maddenin amacı, ihbar ile borçlunun borcun ne zaman ödenmesi gerektiğini kesin olarak öğrenmesi sebebiyle tekrar borçluyu borçlu temerrüdünün ağır sonuçlarından önce uyarma niteliği taşıyan ihtara gerek duyulmamasında yatmaktadır. Bu sebeple bizce de bu hakkın kanunla verilmesi hâlinde de, ihtara gerek olmaması gerekir. Fakat kanundaki düzenleme dikkate alındığında sözleşme dışında muacceliyet ihbarı tanınan her durumda ihtar yapılması kanun emrinin gereği olup, bu istisnanın genişletilmesi mümkün değildir.

c. İhtar Yapılmasının Dürüstlük Kuralı Gereğince Gereksiz Kalması

Her ne kadar Borçlar Kanunu m. 101/ f.2’de “İhtar yapılmasının dürüstlük kuralı gereğince gereksiz kalması” düzenlenmemişse de, doktrinde baskın görüşe⁷⁴ göre dürüstlük kuralı gereğince borçluya ihtar da bulunulmasının gereksiz olduğu durum-

⁷² Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 477; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 237, Önen, *a.g.e.*, s. 45; *Aksi görüşte*: Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, s. 301.

⁷³ von Tuhr, *a.g.e.*, s. 609; Barlas, *a.g.e.*, s. 59.

⁷⁴ Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, s. 477; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 239; Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, s. 301, Barlas, *a.g.e.*, s. 63.

larda, ifa zamanı geçmesine rağmen edada bulunmayan borçlu, temerrüde düşecektir. Örneğin, borcun ifa edileceği zaman dilimini borçlu bilmek zorunda ise ödemede gecikmesi, ihtara gerek kalmaksızın o'nu temerrüde düşürmüş olacaktır⁷⁵. Eğer borçlu borcunu açıkça ifa etmeyeceğini belirtmiş ise, artık ihtar yapılmasına lüzum yoktur⁷⁶.

d. Sözleşme veya Kanun Hükmüyle İhtar Gereğinin Ortadan Kaldırılması

BK'nın 101. madde metninin emredici ibare taşıması sebebiyle, sözleşmenin tarafları sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile ihtar gereğini ortadan kaldırılabiller. Bunun yanında kanunda yer alacak bir düzenleme ile de ihtar yükümü ortadan kaldırılabilir. Bu duruma verilecek örneklerin başında, TTK m. 407/f.1 hükmü gelmektedir. Anılan madde gereğince anonim ortaklıklarda sermaye koyma borcu altınpay sahiplerinin borçlarını zamanında ifa etmemeleri halinde ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın temerrüt faizi ödemek zorundadırlar⁷⁷.

C. Borcun İfasının Mümkün Olması

Borçlu temerrüdünün şartlarını düzenleyen BK m. 101'de her ne kadar "borcun ifasının mümkün olması" şartına yer verilmemiş ise de, temerrüdün niteliği gereği borçlu temerrüdünün oluşabilmesi için bu şartın gerçekleşmesi gerekir⁷⁸. Borç muaccel olmadan ifa imkânsızlaşmış ise, artık temerrüt değil ifa imkânsızlığına ilişkin sorumluluk nedenleri uygulanacaktır. Borç muaccel olduktan sonra borcun ifası imkânsızlaşmışsa, bu kez ihtar yapıp yapılmadığına bakılacaktır. Eğer temerrüt için ihtar gereken hâllerde bu ihtar yapılmamış ise, yine temerrüt değil imkânsızlığa ilişkin hükümler tatbik edilecektir⁷⁹. Borçlu temerrüde düştükten sonra ifa imkânsızlaşmışsa, imkânsızlığa kadar geçen sürede temerrüt hükümleri, bu andan sonra imkân-

⁷⁵ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 477; Feyzioğlu, *a.ge.*, s. 239; Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, s. 301, Barlas, *a.g.e.*, s. 63, *von Tuhr*; "yapmış olduğu işlem sonucunda ne zaman müvekkiline ifada bulunacağını bilen vekilin borcunu ifa etmediği hâlde ihtarsız temerrüde düşeceğini" belirtmiştir. Örnek için bkz. *von Tuhr*, *a.g.e.*, s. 610- 611.

⁷⁶ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 477, 478; Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, s. 301; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, s. 218, N. 5.

⁷⁷ Celal Göle, *Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt*, Doktora Tezi, Ankara, 1975, s. 109; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s. 478; Barlas, *a.g.e.*, s. 63.

⁷⁸ Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, s. 301- 302; Eren, *a.g.e.*, s. 1045.

⁷⁹ Oğuzman, Öz, *a.g.e.*, s. 302.

sızlık hükümleri uygulanırlık kazanacaktır⁸⁰. BK m. 102/f.2’de belirtildiği üzere, borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat edemezse meydana gelen imkânsızlık kendi kusurundan kaynaklanmasa bile sorumluluk doğuracaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, olağan olan ifanın mümkün olmasıdır. Bu sebeptendir ki ifanın imkânsızlaştığını iddia eden bu durumu ispata mecburdur⁸¹

D. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması

Borçlu temerrüdünün oluşması için gereken şartlardan biri de “alacaklının ifayı kabule hazır olması”dır⁸². Örneğin, aranılacak borçlarda alacaklı borcunu almaya gelmemişse borçlunun temerrüde düştüğünden söz edilemez⁸³. Belirtmek gerekir ki, borçlu temerrüdü ile alacaklı temerrüdünün aynı anda bulunması mümkün değildir⁸⁴. Alacaklı ifayı reddeder ya da ifa için bizzat kendisinin yapması gereken muameleleri yapmayarak BK m. 90 hükmüne göre temerrüde düşecek olursa, borçlunun temerrüde düşmesi mümkün değildir⁸⁵

E. Borçlu Temerrüdünde Kusurun Rolü

Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu olması şart değildir. Bu sebeple borçlu ifada kusuru olmadan gecikse bile temerrüde düşmüş olur⁸⁶. Borçlunun temerrüde düşmede kusuru aranmamakla birlikte, temerrüdün bazı sonuçları açısından borçlunun kusurlu olması zorunludur. Borçlar Kanunu temerrüdün oluşması için kusurun varlığını şart koşturmakla “objektif” temerrüt teorisini kabul etmiştir⁸⁷. Temerrüt

⁸⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1046.

⁸¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 302.

⁸² Eren, **a.g.e.**, s. 1053, Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 303; Barlas, **a.g.e.**, s. 75- 76.

⁸³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 302.

⁸⁴ Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 214, N. 1; Halil Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü Dışında, Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1996, s. 1- 13.

⁸⁵ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 479.

⁸⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 612; Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 480; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 241; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 912; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 303; Eren, **a.g.e.**, s. 1055; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 912; Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 668; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 499; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 500; Serozan, borçlu temerrüdü için kusurun varlığına prensip olarak gerek bulunmadığını belirtmekle birlikte, mücbir sebeplerin varlığı hâlinde artık bu kuralın geçerli olmayacağını ve muacceliyetin donacağını belirtmektedir. Bkz. Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 216, N. 3; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 500.

⁸⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 612; Eren, **a.g.e.**, s. 1054, Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 45.

rüdün oluşması için kusurun varlığı gerekli değil iken temerrüdün sonuçlarından olan -özellikle- gecikme tazminatı, karşılıklı akitlerde taraflardan birinin temerrüdü durumunda ifa yerine öngörülen müspet zararın tazmininin istenebilmesi, sözleşmeden dönme hâlinde menfi zararının karşılanması istenmesi ve temerrüt faizini aşan zararların para borçlarında tazmini hususlarında kusurun varlığı şarttır⁸⁸. Buna karşın temerrüt faizinin ödenmesi ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeden dönmek için borçlunun kusurlu olması aranmaz⁸⁹.

Burada dikkat çekilmesi gereken husus, borçlu aleyhine bir kusur karinesinin varlığıdır. Borçlu temerrüde düşmede kusursuz bile olsa, bunu ispat etmediği müddetçe yukarıda bahsi geçen borçlu temerrüdünün kusura bağlı sonuçlarından sorumludur⁹⁰.

F. KISMÎ TEMERRÜT

Kismî temerrüt BK m. 68’de, “*Borcun miktarı muayyen ve tamamı muaccel olduğu takdirde alacaklı kısmen vukubulan tediyei rededebilir. Alacaklı kısmen tediyei kabul ederse borçlu, borçtan ikrar eylediği kısmı tediyeiden imtina edemez.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Anılan bu hüküm gereğince alacaklı, bölünebilir ve muaccel olan bir borcun kismî ifasını kabul edebilir. Sözleşmede birden fazla edimin söz konusu olması hâlinde de durum bu merkezdedir⁹¹. Borçlu ise kalan kısmı ifa etmek zorundadır. İşte borçlunun bu ifaya zorunlu olduğu kısım açısından temerrüde düşmesi hâlinde, kismî temerrüt söz konusu olur⁹².

Alacaklı, m. 68’e göre kismî ifayı kabul etmek zorunda olmadığından borcun tamamının ifasını isteyerek ifa etmeme hâlinde borçluyu borcun tamamı için temerrüde düşürebilir. Kismî temerrüt, âni ve bölünebilir edimli borç ilişkilerinde söz konusu olabilir⁹³. Sürekli borç ilişkilerinde vaktinden önce ifanın kesilmesi kismî temerrüdü oluşturmaz. Zira sürekli borç ilişkilerinde ifa vaktinden önce kesilmiştir.

⁸⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 612; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 912; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 303; Barlas, **a.g.e.**, s. 18.

⁸⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 303; Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 23; Eren, **a.g.e.**, s. 1054; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 500.

⁹⁰ Akkanat, **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, s. 45.

⁹¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 424.

⁹² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 630; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 424; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 958; Eren, **a.g.e.**, s. 1082; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 971.

⁹³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 424.

Burada zaman anlamında bir kesilme mevcut olup kısmî temerrütteki gibi edimin maddî varlığında bir eksilme söz konusu değildir⁹⁴.

Borçlar Kanununda kısmî temerrüt durumunda ne gibi esasların uygulanacağı belirtilmemiş olmakla birlikte, temerrüde ilişkin hükümlerin burada da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁵. Alacaklı sadece ifa edilmeyen kısım için BK m.106' da kendisine seçimlik olarak tanınan hakları kullanabilir⁹⁶.

Kısmî temerrüt hâlinde doğacak sonuçlara, aşağıda borçlu temerrüdünün “genel sonuçları” ve “özel sonuçları” bölüm başlıkları altında ayrıca değinilecektir.

⁹⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 630; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 425.

⁹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 425; Tunçomağ, **a.g.e.**, 957, Eren, **a.g.e.**, s. 1082.

⁹⁶ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C.I**, s. 81; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 425;; Tunçomağ, **a.g.e.**, 957.

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Borçlu, ifa ile yükümlü olduğu edimi yerine getirmede temerrüde düşmekle birlikte, alacaklı ile arasındaki hukukî ilişkiye yeni bir rejim hakim olur. Temerrüt süresince varlığını koruyan bu rejimi, çıkarlar dengesinde borçlu lehine oluşan durumu esnetmek suretiyle edimin gecikmesinin zararlı sonuçlarından etkilenen alacaklıyı korumak için öngörülen bir takım kurallar oluşturur.

Borçlu temerrüdünün sonuçları, “*genel sonuçlar*” ve “*özel sonuçlar*” olmak üzere iki şekilde tasnif edilebilir. Her türlü borç ilişkisinde doğan sonuçlar genel sonuçlar (BK m. 101 ilâ 102); yalnızca para borçlarında (BK m. 103 ilâ 105) ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde meydana gelenleri (BK m. 106 ilâ 108) ise özel sonuçlar olarak adlandırabiliriz.

II. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Borçlunun temerrüde düşmesi, kendisi bakımından türlü sakıncalar içeren bir takım sonuçların doğmasına yol açar. Fakat bu durum borcu sona erdirmez ve ifa yükümlülüğü üzerinde olumsuz bir etki yaratmaz. Bir başka anlatımla, borçlu temerrüdü söz konusu olmasına rağmen borçlu, ifası hâlen imkân dâhilinde olan edimi aynen yerine getirmek zorundadır. Diğer taraftan, alacaklı da ancak kararlaştırılan edimin ifasını talep etmek mecburiyetindedir. Bu sebeple, prensip olarak alacaklı aynen ifa talebinden vazgeçip, onun yerine ifa etmeme nedeniyle tazminat isteme olanağını haiz değildir. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan borçlar açısından ve belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde bu yola başvurmak mümkündür¹.

Alacaklı, borçlunun, konusu para olan borca konu edim dışındaki diğer borçlarının bir kısmını ifa edip diğer kısmında gecikmesi ve kısmi temerrüt şartlarının

¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 115.

oluşması halinde, ifa edilmeyen kısım için gecikme tazminatı ve kazara vuku bulacak zararlarının tazminini isteyebilir².

Borçlu temerrüdü genel olarak, borçlunun “*gecikme tazminatı*³ ödemesi” ve temerrütten sonra “*kazara meydana gelecek zararlardan sorumlu*” tutulması sonucunu doğurur⁴. Bu husus BK m. 102/1’de; “*Mütemerrit olan borçlu, borcun tehhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan tediyesine mecbur olduğu gibi kazara vukua gelecek zarardan da mesu’ldür.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Zikredilen sonuçların, temerrüdün genel sonuçları olarak anılmasının nedeni, -borcun niteliği itibarıyla el-verişli olması koşuluyla- borçlunun temerrüde düştüğü tüm hâllerde uygulama alanı bulmuş olmasıdır.

Önemle işaret edelim ki, alacaklının, edimin yerine getirilebilmesi olanağı bulunduğu sürece aynen yerine getirilmesi ve gecikmeden doğan zararın giderilmesi talebi dışında bir hakkı bulunmamaktadır⁵. Alacaklının, borçlunun temerrüdü sebebiyle edimi kabulden kaçınıp ifa yerine tazminat istemesi veya sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Kanun bu hakları, -genel olarak değil- yalnızca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü bakımından alacaklıya tanımıştır (BK m. 106)⁶.

Alacaklının ifa talebinde bulunabilmesi, borçlunun temerrüde düşmüş olmasını gerektirmez, ifa talebi alacağın muaccel hâle gelmesinin normal hükmüdür. Bu bakımdan alacaklının, temerrüde düşmüş borçludan gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını istemesi bakımından ifa talebi bir özellik arz etmemektedir. Zikredilen hususta temerrüdün oynadığı rol, ifa talebinden başka alacaklıya gecikme dolayısıyla uğradığı zararın tazminini isteme hakkı kazandırmasıdır. Burada temas edilmesi gereken bir başka husus da, borçlunun hem gecikme tazminatı hem de kazadan (olağanüstü durumdan) sorumlu tutulmasının, salt gecikmenin değil temerrüdün birer sonucu olma-

² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 425.

³ Bu konuda “*borcun genişlemesi*” kavramı için bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 482.

⁴ Borçlu temerrüdünün sonuçlarını borçlunun kusurlu ve kusursuz olmasına göre sınıflandırananlayış için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 1055 vd.

⁵ Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: II**, İstanbul, Beta Yayınları, Şubat 2003, s. 988–989.

⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 386.

sıdır. Yukarıda zikredilen temerrüdün şartları⁷ gerçekleşmedikçe sadece ifada gecikme olgusu bu sonuçların doğmasına sebep olmaz⁸.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, borçlunun temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlaması hâlinde birinci fıkrada öngörülen sorumluluktan kurtulacağı belirtilmiştir. Bu durum BK m. 102/f. 2’de; *“Borçlu, kendisi tarafından bir güne kusur olmaksızın teehhürde bulunmuş olduğunu veya borç vakit ve zamanıyla ifa edilmiş olsa bile kazanın alacaklının zararına olarak tediye olunacak şeye isabet edeceğini ispat ederek, bu mesuliyetten kurtulabilir.”* biçiminde kaleme alınmıştır

Aşağıda borçlu temerrüdünün genel sonuçları başlıklar hâlinde ayrıntıları ile incelenmiştir.

B. GECİKME TAZMİNATI

1) Genel Olarak

BK m. 102/1’de düzenlenen gecikme tazminatı⁹, borcun geç ifa edilmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı telafi etmeyi sağlar. BK m. 102/1’de; *“Mütemerrit olan borçlu, borcun teehhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan tediyesine mecbur olduğu gibi kazara vukua gelecek zarardan da mesu’ldür.”* şeklinde düzenlenen gecikme tazminatı, 22.01.2008 tarihinde Hükümet tarafından TBMM’ye sunulan Türk Borçlar Kanunu Tasarının Adalet Komisyonunca kabul edilen Gecikme Tazminatı başlıklı 118. maddesinde, *“Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”* şeklinde kaleme alınmıştır. Sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur¹⁰.

Gecikme tazminatı ifa davası ile birlikte talep edilebileceği gibi, ayrıca da dava edilebilir¹¹. Gecikme tazminatının gecikmiş edimin yerine getirilmesinden sonra

⁷ Bkz. s. 3- 17.

⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 386.

⁹ “Tazminat” kavramı yerine “giderim” terimi için bkz. Karahasan, **a.g.e.**, s. 989.

¹⁰ www.tbmm.gov.tr adresinden temin edilmiştir.

¹¹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 617; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 386.

da dava konusu yapılabilmesi, alacaklının bu hakkını saklı tutmasını (ihtirazî kayıt ileri sürmesini) gerektirmez¹².

2. Kavram ve Kapsam

Alacaklının ifada gecikme dolayısıyla uğradığı zarara “*gecikme zararı*”; söz konusu zararın giderilmesi için ödenecek tazminata ise “*gecikme tazminatı*” adı verilmektedir. Tazmin edilecek zarar, alacaklının malvarlığının temerrüde düşülmeden borç ifa edilmiş olsaydı bulunacağı durum ile gecikmeli ifa sonundaki hâli arasındaki farktan ibarettir¹³. Bu bakımdan gecikme tazminatı hukukî niteliği itibariyle bir tür “*müspet (olumlu) zarar*”ı ifade eder¹⁴. Demek oluyor ki, gecikme tazminatının konusunu “*fiilî (eylemli) zarar*” ile “*yoksun kalınan kâr*” oluşturur¹⁵. Fiilî zarar (*damnum emergens*), malvarlığında meydana gelen azalma; yoksun kalınan kâr ise, malvarlığının artma imkânının kaybı anlamına gelmektedir.

Söz konusu zararın kapsamına, borçlunun bir makineyi teslimde gecikmesi dolayısıyla alacaklının başkasından benzer makineyi kiralamak zorunda kalması örneğinde olduğu gibi alacaklının gecikme yüzünden yaptığı masraflar, alacaklının borç konusu malı üçüncü kişiye teslim yükümlülüğü altında olmasına rağmen gecikme yüzünden bunu ifa edememesi ve cezai şart ödemek durumunda kalması gibi borçlunun gecikmesi yüzünden alacaklının başkalarına ödemek zorunda olduğu tazminatlar, malı başkasına satmak üzere almış olmasına karşın malın değerinin azalmasından

¹² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 617; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 386; Karahasan, **a.g.e.**, s. 989; Yargıtay’ın aynı yöndeki uygulaması için ise bkz. “... sözleşmenin 9. maddesi uyarınca; inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 30 ayda bitirilmesi, aksi takdirde yüklenicilerin arsa sahibine daire başına rayiç kira bedeli ödemeleri kararlaştırılmış, 15. maddede ise; sözleşmeyi ihlal eden tarafın karşı tarafa 20.000 DM ödemesi öngörülmüştür. Sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenen hüküm, hukukî niteliği itibariyle BK’nın 158/II. maddesinde belirtilen ifaya ekli cezai şart olmayıp, dayanağını BK’nın 106/II. maddesinden alan ve gecikme sebebiyle oluşan zarar ve ziyanın tazminini amaçlayan bir hükümdür. Bu itibarla gecikme tazminatı mahiyetindeki bu istemin teslimde itirazî kayıt ileri sürülmesine gerek olmadan sözleşme uyarınca teslimi gereken tarihten, inşaatın sözleşme koşullarına uygun şekilde bitirilip teslim edildiği tarihe kadarki dönem için ve zamanaşımı süresi içinde dava konusu yapılabilmesi mümkündür.”, Yarg. 15. HD. E: 2008/7238, K: 2009/21, 12.01.2009, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

¹³ Eren, **a.g.e.**, s. 1058–1059; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 923; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 386; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, s. 221, N. 6; Gecikme tazminatının tayininde, alacaklının vaktinde ifaya olan menfaatinin göz önünde tutulacağı görüşü için bkz. Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 482.

¹⁴ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 482; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 925; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 387.

¹⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 925.

ötürü düşük bedelle satmak zorunda kalması örneğindeki gibi temerrüt devresinde malın değerinin düşmesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarar ve nihayet temerrüt süresinde malı yüksek bedelle satma olanağından yararlanılamamasında olduğu gibi borcun ifasının gecikmesi yüzünden alacaklının mahrum kaldığı kâr (kazanç) gibi kalemler girer¹⁶.

Para borçlarında temerrüt durumunda söz konusu olan temerrüt faizi, ender de olsa gecikme tazminatı miktarından daha aşağıda kalmış olabilir. İşte BK m. 105'te temerrüt faizi ile karşılanamayan gecikme zararlarının da talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bilhassa temerrüt faizi oranının enflasyon oranını yakalayamadığı dönemlerde, para değerindeki düşüşün temerrüt faizi ile karşılanamayan kısmının - borçlunun kusursuzluğunu ispatlayamamış olması kaydıyla- tazmininin istenebileceği benimsenmektedir¹⁷.

Nihayet yalnızca aynen ifanın istenebildiği süre için gecikme tazminatı talebi mümkündür. Borçlu temerrüdünde BK m. 106 gereğince ifadan vazgeçerek tazminat istendiği veya BK m. 96 uyarınca kusurlu imkânsızlık nedeniyle tazminat istendiği hâllerde, ayıca gecikme tazminatı istenmesi olanaksızdır. Ancak imkânsızlık temerrütten sonra gerçekleşmişse, arada geçen süre için oluşan gecikme zararının BK m. 102/1 hükmü uyarınca tazmini imkânsızlıktan sonra da talep edilebilir. Zikredilen olasılıkta, ayrıca BK m. 96 gereğince imkânsızlaşan edimin değerine ilişkin alacaklının zararının da tazmini istenebilir. Karşılıklı edimler ihtiva eden sözleşmeler bakımından gerçekleşen borçlu temerrüdünde, alacaklı ifadan vazgeçerek (BK m. 106 gereğince) müspet zararının tazmini isteminde bulunduğu, bunu bildirdiği âna kadar olan temerrüt süresine ilişkin gecikme zararı ise, zamanında ifaya olan çıkar hesaplanırken göz önünde bulundurulacaktır¹⁸.

¹⁶ Örnekler için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 387; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 925; Borçluyu temerrüde düşürmek için noter marifeti ile gönderilen ihtarin temerrüdün gerçekleşmesi için yapılmış olması ve temerrüdün sonucunda doğan bir zarar bulunması nedeniyle gecikme tazminatı kapsamında tazmin edilecek zararlardan olmadığına ilişkin bizimde aynı gerekçelerle katıldığımız görüş için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 925, dn. 12.

¹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 387.

¹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 386.

3. Zararın Hesabında Dikkate Alınacak Süre

Kanunda gecikme tazminatının hesabında hangi sürenin dikkate alınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gecikme tazminatının, temerrüdün bir sonucu olduğu dikkate alındığında, temerrüden sonraki gecikme süresinin esas alınacağında şüphe yoktur. Daha açık bir ifade ile borçlu, ifade geciktiği (mütemerrit duruma düştüğü) tarih ile borcunu ifa ettiği tarih arasında geçen süre için gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür. Bu itibarla, muacceliyetten sonraki tüm sürenin göz önünde bulundurulması olanaksızdır¹⁹. Gerçekten alacağın muaccel olması ile borçlunun mütemerrit sayılması aynı kavramlar değildir²⁰. Borçlu mütemerrit olmadan önce ve fakat borcu muaccel olduktan sonra ifade bulunmuşsa, BK m. 102 anlamında geç ifa ve dolayısıyla bir zararın varlığından söz edilemez. Zira tek başına, borcun muaccel olması borçlunun temerrüdünü sonuçlamaz. Muaccel bir borcun borçlusu, ancak belirli bir vadenin mevcut olup da vade dolmuş olmasına veya alacaklının ihtarına rağmen ifade bulunmaması hâlinde mütemerrit olur. Borçlunun belirli bir vadeye veya ihtara uymamasından doğan zarar, geç ifadan kaynaklanan zarardır. Oysa belirli bir vadede veya alacaklının ihtarından önce ifade bulunan borçlu, geç ifade bulunmuş sayılamayacağından, bu sürede bir zarar ortaya çıkmış olsa bile, bunun geç ifadan doğan bir zarar olduğu söylenemez²¹.

Bu durum karşısında, sözleşmede vade belirlenmemişse borç prensip olarak doğar doğmaz muaccel hâle gelir. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse; 01.03.2010 tarihinde muaccel olan bir borç ilişkisinde, bundan 3 ay sonra 01.06.2010 tarihinde alacaklının ifa talebiyle borçlunun temerrüde düştüğünü ve 3 ay daha gecikmeyle 01.09.2010 tarihinde ifanın gerçekleştiğini veya başka bir yolla temerrüdün sona erdiğini düşünelim. Burada gecikme tazminatının hesabında ifanın gerçekleştiği 01.09.2010 tarihinde alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu durum ile 01.06.2010 tarihinde ifa gerçekleşmiş olsaydı içinde bulunacak olduğu durum arasındaki fark nazara alınacaktır. Yoksa borcun muaccel olduğu 01.03.2010²² tarihinde

¹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 387.

²⁰ Bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 359.

²¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1058- 1059.

²² “ Kat Mülkiyeti Yasasının 20.maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre de ortak giderden payına düşeni ödemeyenlerin, ödemede geciktiği günler için ödemekle yükümlü bulunduğu aylık yüzde

yapılıydı durumun ne olacağı dikkate alınmayacaktır²³. Nitekim Yargıtay'ın aşağıda vermiş olduğu karar da aynı yöndedir.

“14.07.2006 günlü sözleşmede teslim için 31.03.2007 tarihi kararlaştırılmıştır. Davalı vaat borçlusu 08.08.2007 günlü ihtarında satışı vaat olunan bağımsız bölümün teslim alınmasını davacıya bildirmiştir. Yapıda teslimin geciktirilmesini gerektiren eksiklikler saptanmadığından davacı 08.08.2007 günlü ihtarname ile alacaklı temerrüdüne düşmüştür. Bu yüzden davacının gecikme tazminatı istemi *teslim için kararlaştırılan 31.03.2007 tarihi ile alacaklı temerrüdüne düştüğü 08.08.2007 tarihleri arasında hesaplanmalıdır*. Mahkemenin bu saptamayı gözden kaçırarak gecikme tazminatı alacağının daha fazlası için hüküm altına alınması doğru olmamıştır. Karar açıklanan nedenlerle bozulmalıdır”²⁴.

Belirtmek gerekir ki yapmama borçlarında sözleşmeye aykırı davranış ifayı imkânsız kılmıyorsa, bu davranışın başladığı tarihten itibaren temerrüt hükümleri uygulanabilir²⁵.

beş gecikme tazminatının başlangıç gününün açıkça saptanmış olması gerekir. Dava konusu apartman aidatlarının dayanağını oluşturan kat malikleri kurulu kararlarına davalı katılmışsa karar tarihi, kararın alındığı toplantıya katılmamışsa bu kararın kendisine tebliğ edildiği ya da başka bir biçimde borcunu öğrendiği tarih, bu da yoksa hakkında açılan icra takibi nedeniyle ödeme emrinin tebliğ edildiği tarih esas alınmalıdır.”, Yarg. 18.HD E: 2009/11166, K: 2010/4101, 18.03.2010, (UYAP, <https://uyap.gov.tr>).

²³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 388 dn. 501.

²⁴ Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. Yarg. 14. HD. E: 2009/10871, K: 2009/12871, 13.11.2009 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); “... sözleşmenin C bendinde inşaatın bitim süresi “yaklaşık 5 ilâ 6 yıl içinde bitirilmesi plânlanmıştır.” şeklinde belirlenmiştir. Sözleşmenin bu maddesinde sürenin başlangıç tarihi belli olmadığı gibi, bitim süresi de gün veya başlangıç tarihi belirtilerek bu tarihten itibaren belli bir sürenin sonu olarak yazılmadığından kesin vade niteliğinde değildir. Protokolün C bendindeki süre kesin bir vade niteliğinde bulunmamakla birlikte, sözleşme tarihinden davacının keşide ettiği 12.05.2008 ihtarname tarihine kadar 10 yıldan fazla bir süre geçmiş olduğundan bu ihtarnamede verilen 15 günlük sürenin inşaatın bitirilip teslim edilmesi için makul ve yükleniciyi temerrüde düşürücü nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda az yukarıda sözü edilen ihtarnamenin 14.05.2008 tebliğ tarihine tanınan 15 günlük süre eklendiğinde davalı 30.05.2008 tarihi itibarıyla temerrüde düşürülmüştür. Hal böyle olunca yüklenicinin temerrüdünün gerçekleştiği 30.05.2008 tarihinden 15.07.2008 dava tarihine kadar davacıya bırakılan daireler için isteyebileceği gecikme tazminatının (kira alacağının) bilrkişiden alınacak ek raporla hesaplattırılıp hüküm altına alınması gerekirken ... kararın bozulması uygun bulunmuştur.”, Yarg. 15.HD. E: 2009/1306, K: 2010/838, 16.02.2010 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); “... 18.08.1998 tarihli sözleşmenin 5. maddesinde inşaat müddeti, arsanın boş olarak tesliminden “... itibaren 2 ay içinde ruhsatı alınarak, su basmandan sonra 36 ay olarak kararlaştırılmıştır. Buna göre, inşaat süresi, ruhsatın alındığı 11.08.1999 tarihine 36 ay ilâve edildiğinde 11.08.2002 tarihinde sona ermiştir. Davalı bu tarihte temerrüde düştüğünden davacının gecikme tazminatı istemi 11.08.2002 tarihinden sonrası için kabul edilmelidir.”, Yarg. 15. HD. E: 2009/946, K: 2010/1007, 16.02.2010, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

²⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, bu hususa ilişkin şu örneği vermektedirler. “Komşusuna bundan böyle horoz beslememeyi taahhüt eden kimse arsasındaki kümesi ve horoz muhafaza ettiği müddetçe temerrüt halindedir” Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 925.

4. Kusur Sorumluluğu ve İspat

Gecikme tazminatı “*kusur sorumluluğu*” esasına dayanır. BK m. 102/2’ye göre, borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını kanıtlamadığı sürece, alacaklının gecikmeden ötürü uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Burada borçlunun kusuru bir “karine”ye dayandığından, söz konusu sorumluluktan kurtulabilmesi için kusuru bulunmadığını ispatlayarak bu karineyi çürütmesi gerekir²⁶. Borçlunun kusursuzluğunu ispatla yükümlü tutulmasının ratio legis’i, borcun ifasını geciktiren olay ve durumlar kendi faaliyet alanında gerçekleştiği için borçlu tarafından bunların daha iyi bilinecek olmasıyla izah edilmektedir²⁷. Borçlu kusursuzluğunu, borcu zamanında ve gecikmeden ifa edebilmek için gerekli bütün tedbirleri aldığını, gecikmede herhangi bir kastı ve ihmali bulunmadığını ispat etmek suretiyle kanıtlayacaktır²⁸.

Borçlunun gerekli özeni göstermiş olup olmadığı kanun ve sözleşme hükümleriyle, dürüstlük kuralı ve işlerde geçerli anlayışlar göz önünde bulundurularak her somut olayın kendi özelliklerine göre ve fakat objektif olarak belirlenecektir. Borçlunun sorumluluğu için kusurun derecesi önem arz etmemektedir. Bunun yanı sıra, kusurdan söz edebilmek için failin temyiz kudreti bulunmalıdır²⁹. Temyiz kudreti bulunmayan borçlu yerine ifayı kanunî mümessilinin yapması gerekir. Böyle bir durumda, borçlu kendi kusurundan değil, kanunî mümessilinin kusurundan sorumlu olur³⁰.

Hemen işaret edelim ki, kusur karinesini çürütemediği sürece borçluyu gecikme tazminatından sorumlu tutan BK m. 102 hükmü niteliği itibariyle emredici değil yedek bir hukuk normudur. Taraflar -prensip olarak- sözleşme serbestisi çerçevesinde ispat yükünü değiştirerek alacaklının borçlunun kusurunu ispatlamadıkça tazminat isteyemeyeceğini aralarında kararlaştırabilirler (BK m. 99). Sorumluluğun daraltıldığı bu tür anlaşmaya doktrinde “*sorumsuzluk anlaşması*” adı verilmektedir³¹. Fakat

²⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 388.

²⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 354.

²⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 360; Eren, **a.g.e.**, s. 1061.

²⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 388.

³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1061.

³¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 388.

bunun için de tarafların BK m. 99, 100/2 ve MK m. 23'te öngörülen sınırlamalara uymaları şarttır³².

Buna karşın, borçlunun mütemerrid durumda olduğu, gecikme sebebiyle bir zarara uğradığı ve borçlunun temerrüt durumu ile zararlı netice arasında hem tabii hem de uygun nedensellik (illiyet) bağı bulunduğu hususlarının ispat yükü, alacaklıya aittir³³. İspat, işlerin olağan akışı içerisinde ve yaşam deneyimlerine göre, zikredilen temerrüt durumunun, söz konusu zarara yol açmaya niteliği itibarıyla elverişli olduğu hususunda hâkime kanaat verilmesiyle olur.

C. KAZADAN DOLAYI SORUMLULUK

1. Kavram ve Kapsam

BK m. 102/1'de, "*Mütemerrit olan borçlu... kazara vukua gelecek zarardan da mesuldür.*" denilerek, temerrüde düşen borçlunun temerrüdün devamı esnasında borcun konusu olan şeyde "kazara vukua gelecek zararlar"dan da sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Temerrütten sonra hasarın borçluya ait olması ilkesi uyarınca, borçlu, borcun ifasının kusuru bulunmadan imkânsızlaşmasından ve temerrüde düşerek borca aykırı davranmasının beklenmeyen sonuçlarından sorumlu tutulmaktadır.

Hükümet tarafından sunulan ve Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen tasarıda da bu sorumluluğa ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen tasarinın 119. maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 102 nci maddesinin birinci fıkrasının beklenmedik hâlde sorumluluğa ilişkin kısmını karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 119 uncu maddesinde, temerrüde düşen borçlunun beklenmedik hâlde sorumluluğu ve bu sorumluluktan nasıl kurtulabileceği düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 102 nci maddesinin kenar başlığında kullanılan "1. Kaza hâlinde mesuliyet" şeklindeki ibare, Tasarıda "b. Beklenmedik hâlden sorumluluk" şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan "tediye olunacak şeye" şeklindeki ibare, Tasarının 119 uncu maddesinde "ifa konusu şeye" şeklinde ifade edilmiştir. Sistema-

³² Eren, **a.g.e.**, s. 1060.

³³ Karahasan, **a.g.e.**, s. 989- 990.

tik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yapılmamıştır.

İşaret edelim ki, temerrüt süresinde ifanın imkânsızlaşması temerrüdü sona erdirir ve imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını gerekli kılar. Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmamasına göre sonuç değişmektedir. İşte BK m. 102 hükmü, borçlunun, temerrüt süresinde meydana gelen imkânsızlıktan, kusuru bulunmasa bile sorumlu olması kuralını içermektedir. Borçlunun bu imkânsızlıktan doğan sorumluluktan kurtulmasının yolu, BK m. 102’de tanınan ispat olanağını kullanarak temerrüde düşerek bu durumun ortaya çıkmasında kendisine isnat edilebilecek bir kusurun bulunmadığını ispat etmesinden geçmektedir.

BK m. 102’de geçen “*kaza*” deyimini “*olağanüstü durum*”, “*beklenmedik olay*” kavramları ile eş anlamlı olup, geniş anlaşılmalıdır. Sözü edilen kanun hükmünün tatbikinde, “*zorlayıcı neden*” (mücbir sebep) ile “*kaza*” arasında bir ayırım gözetilmemiştir³⁴. İsviçre BK’ nın 103. maddesinde BK m. 102’de yer alan kaza tabiri karşılığında “*fevkalâde hâl*” (cas fortuit, Zufall) kavramı kullanılmış ise de, burada esasen borçlunun kusuru ile temerrüde düşmenin sonuçlarına katlanması söz konusu olmadığından, zarara yol açan olayın fevkalâde hâl mi yoksa mücbir sebep mi teşkil ettiği önem arz etmemektedir. Demek oluyor ki, hükmün uygulanması bakımından borçlunun her iki halde de sorumluluğu söz konusu değildir³⁵.

2. Sorumluluktan Kurtulma ve İspat

Borçlu kazadan dolayı meydana gelen sorumluluktan iki türlü kurtulabilir. Ya sorumluluğa yol açan temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını ya da temerrüt ile vukua gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığını ispatlayacaktır.

a. Kusurun Bulunmadığının İspatı

Yukarıda zikredildiği üzere, temerrüde düşen borçlu, temerrüde kendi “*kusuru ile düşmediğini*” ispatlayarak sorumluluktan kurtulur. İşaret edelim ki, burada önemli olan husus, borçlunun *temerrüde düşmekte* kusursuzluğunu ispat etmesidir. Bundan dolayıdır ki borçlu, *edimin kazaya uğramasında* -kaza ânında bunu önlemek

³⁴ Karahasan, **a.g.e.**, s. 991- 992; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 926; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 389.

³⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 390.

bakımından- kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz³⁶. Bir başka anlatımla, borçlu temerrüdü gerçekleştikten sonra edimi imkânsızlaştıran olayda borçlu, kusuru olmasa bile sorumludur. BK m. 102’de geçen “*bir gûna kusuru olmaksızın tehhürde bulunmuş olma*”dan kasıt budur. Borçlu temerrüde düşmede şu hususlardan birini ispat ederek kusursuz olduğunu ispat edebilir.

- Borçlu temerrüde düşmede temyiz kudreti bulunmadığı için kusurlu sayılamayacağını ispat edebilir³⁷. Tam ehliyetsiz, kanuni temsilcisinin onun adına yapmış olduğu borç doğuran sözleşmelerin ifa edilmemesinden, temyiz kudretini kaybetmeden önce yapmış olduğu borç doğuran sözleşmelerden ve kanundan doğan borçlardan kendi malvarlığı ile sorumludur. Bununla birlikte tam ehliyetsiz borca aykırı davranışından sorumlu değildir³⁸. Bu esas ancak kusura dayalı sorumlulukta söz konusudur. Eğer yardımcı şahısların fiillerini düzenleyen BK m.100’ de olduğu gibi kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu bir hal söz konusu ise tam ehliyetsiz borçlu temyiz kudreti olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. BK m.102/2’de borçluya tanınmış olan kurtuluş beyinesi nedeniyle, tam ehliyetsiz borçlu temerrüde düşmede temyiz kudreti olmadığını ileri sürerek kusursuz olduğunu ispatlayacağından temerrütten sonra meydana gelecek kazadan doğacak zararı tazmin etmek yükümlülüğünden kurtulacaktır. BK m. 98/f.2’ de haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen borca aykırı davranışlara da uygulanabileceğine ilişkin düzenleme gereğince m. 54/f.1’e ilişkin hüküm somut olayın şartlarına göre hâkim tarafından burada da uygulanabilecektir³⁹. Bununla birlikte temyiz kudretinin geçici bir süre kaybının

³⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 616; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 927; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 928; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 390; Karahasan, **a.g.e.**, s. 993.

³⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 356. Her ne kadar Karahasan, tam ehliyetsiz bir kişinin yapacağı sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması nedeniyle temerrüdün söz konusu olmayacağını, bu sebeple de temyiz kudretinin olmadığının ispatının kusursuzluğun ispatı olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüş ise de temyiz kudretini sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra kaybeden borçlunun bu borcundan sorumlu olduğu hususunda bir şüphe bulunmaması karşısında, yazar tarafından bu hususun göz ardı edildiğine işaret ederek, bu anlamda ileri sürülecek ve ispatlanacak olan temyiz kudreti yokluğunun, kusursuzluğun ispat edilmesi yollarından biri olduğunu düşünmekteyiz. Aksi görüş için bkz. Karahasan, **a.g.e.**, s. 1061, dn. 167.

³⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 77. Tam ehliyetsize ait borcu yasal temsilcisi ifa etmez ise bu borcun cebri icrası ile karşılaşacak olan tam ehliyetsiz, kanuni temsilcisine rücu ederek zararını tazmin edebilir. . Bkz. **a.y.**, dn. 208. MK m. 467 uyarınca yasal temsilci vermiş zararlardan kusuru varsa sorumludur.

³⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 77.

söz konusu olduğu durumlarda yine kıyasen m. 54/f.2 gereğince⁴⁰ borçlunun temyiz kudretini kendi kusurlu hareketi ile mi yoksa kendi kusuru olmaksızın dışarıdan yapılan bir müdahale ile mi kaybettiğine bakılması gerekir.

— Borçlu borcun varlığından haberdar olmadığını ve haberdar olmamakta mazur olduğunu bu sebeple temerrüde düştüğünü ispat edebilirse kazara vukua gelecek olan zarardan sorumlu olmaz⁴¹. Örneğin miras nedeniyle borçluya yüklenen borçlarda, borçlunun bir temsilci aracılığı ile borç altına girmesi halinde⁴² ileri sürülen borcun bilinmediğine ilişkin neden, temerrüde düşmede maruz sebep olarak kabul edilebilir ve borçlu temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispatlayabilir.

— Borçlu, temerrüde düşmesinin, fevkalâde hâlden, mücbir sebepten⁴³ kaynaklandığını ispatlarsa, temerrüde düşmede kusursuz olduğu kabul edilir. Burada her ne kadar fevkalâde hal ve mücbir sebep kavramları⁴⁴ farklı iseler de borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi açısından yapılan ayrımın bir önemi yoktur. Örneğin kış mevsiminin çok ağır geçtiği Kars ilinin bir köyünde ikamet eden borçlunun, Kars il merkezinde ikamet eden alacaklıya, 01.02.2010 günü teslimi konusunda anlaştığı 100 tane koyunu, karın yolları kapatması sebebiyle 20 gün süresince il merkezine götüremeyerek ifada gecikmek suretiyle temerrüde düşmesi ve koyunların 01.10.2010 tarihinde hastalıktan ölmesi hâlinde doğacak sorumluluktan, borçlu köylü mücbir sebebi ispatlayarak kurtulabilir.

b. Nedensellik Bağı Bulunmadığının İspatı

Temerrüde düşen borçlu, borcu temerrüde düşülmeden zamanında ifa etmiş olsaydı bile kazanın yine de bu edime zarar vereceğini ispat ederse bu sorumluluktan kurtulmuş olur. Bu olasılıkta söz konusu olan ispat BK m. 102/2’de, “*Borçlu... borç*

⁴⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 356; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 76.

⁴¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 357.

⁴² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 583.

⁴³ Mücbir sebep tanımı ve mücbir sebep sayılacak hallerin sözleşme ile kararlaştırılmış olması hallerinde, borçlunun sorumlu olmayacağına, bu konuda örneğin ambargo uygulanması kuvvetle muhtemel olan bir ülkeden alışveriş yapan alacaklının, sözleşmede ambargonun mücbir sebep olduğuna ilişkin bir anlaşmaya varılmış olması halinde, kendisinin riski üstlenmesi nedeniyle borçlunun ambargo nedeniyle temerrüde düşmesi halinde sorumlu olmayacağına ilişkin açıklamalar için bkz. Şemsi Barış Özçelik, “**Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilememesi ve Mücbir Sebep Kayıtları**”, Doktora Tezi, Ankara, 2009, s. 145, (Çevrimiçi) <http://tez2.yok.gov.tr>.

⁴⁴ “*Fevkalâde hâl*” tanımı için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 357.

vakit ve zamanıyla ifa edilmiş olsa bile kazanın alacaklının zararına olarak tediye olunacak şeye isabet edeceğini ispat ederek, bu mesuliyetten kurtulabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunda öngörülen kurtuluş kanıtı getirme imkânı, doğrudan doğruya edim konusu yapılan şeyin uğradığı kazalar yönünden tanınmıştır, borçlunun kendisi için değil. Diğer taraftan, söz konusu kurtuluş kanıtının edim konusunun kazaya uğramasından doğan sorumluluk hakkında yürüyeceği kabul edildiğinden, borçlu bunu ispatlayarak gecikme tazminatını ödemekten kendisini kurtaramaz⁴⁵. Borçlanılan şeyin, borçlunun elindeyken uğradığı kaza ile ifa zamanında yapılsaydı dahi alacaklının zararına borcun konusu olan edime isabet edecek kaza arasında *ayniyet* (özdeşlik) aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bir kısım yazarlar⁴⁶, hükmün amacına daha uygun olduğundan hareketle her iki kaza arasında ayniyet aramaktadır. Bu yazarlara göre, iki kazanın farklı zamanlarda olması durumunda aradaki zaman bakımından edimden mahrum kalma zararının hesabı gibi sorunların doğacağı hususunu, görüşlerine dayanak göstermektedirler. Bir kısım yazarlar⁴⁷ ise, zikredilen her iki kazanın aynı kaza olması gerekmediği görüşündedir. Bu görüşte olanlara göre, her iki kazanın aynı olması gerektiği kabul edilecek olursa BK’nın 103/2 ve 102/1. maddelerinin tatbik alanları ciddi oranda daralacaktır. Biz sırf kanun hükmünün uygulanma alanının sınırlı kalacağı düşüncesinden hareket etmekten yana olmadığımızdan, birinci görüşü daha isabetli bulmaktayız. Örneğin, borçlunun tesliminde temerrüde düştüğü bir malın çıkan yangında bütünü ile yandığını düşünelim. Burada borçlunun sorumluluktan kurtulması, borç ifa edilmiş olsaydı dahi malın aynı yangında yanacağını, söz konusu yangının malın bu evde bulunacağı, alacaklının evini de yaktığını ispat etmesine bağlıdır. Buna karşın alacaklıda iken yanmayacak malın su baskınında kullanılmaz hâle geleceğini ispatlaması borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Buna karşın alacaklının, -aynı kaza vuku bulmakla birlikte- malı başkasına satacağı veya sigorta ettireceği için kazadan zarar görmeyeceğini is-

⁴⁵ Karahasan, **a.g.e.**, s. 993.

⁴⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 926; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 390.

⁴⁷ von , Tuhr, **a.g.e.**, s. 616- 617 dn. 18; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 929- 930; Eren, **a.g.e.**, s. 1062.

patlaması⁴⁸ mütemerrit borçluyu zarardan sorumlu kılacaktır. Zira bu durumda, borçlu temerrüde düşmeseydi alacaklının vuku bulan kazadan zarara uğramayacağı anlaşılmış ve kanunun aradığı “*kazanın alacaklının zararına olarak tediye olunacak şeye isabet etme*” koşulu gerçekleşmemiştir⁴⁹.

⁴⁸ Doktrindeki *baskın görüş*, alacaklının, kazanın vukuundan evvel ifa konusu şeyi satmayacağı veya sigorta ettirmeyeceğinin ispatını borçluya yüklemektedir: von Tuhr, **a.g.e.**, s. 616 dn. 17; Eren, **a.g.e.**, s. 1062; *Azınlıkta kalan görüş* ise, borçlunun, malın kazanın kapsamına giren yerde bulunacağını ispatlamakla üzerine düşen ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağı, bu duruma rağmen kazadan zarar görmeyeceğini ispat külfetinin artık alacaklıya düşeceği şeklindedir: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 391, dn. 515.

⁴⁹ Örnek için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 390.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN ÖZEL SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Borçlu temerrüdünün yukarıda değinilen genel sonuçları yanında doktrinde çoğunlukla özel sonuçları olarak adlandırılan sonuçları da mevcuttur. Borçlu temerrüdünün özel sonuçlarını “*para borçlarında temerrüdün sonuçları*”, “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları*” ve “*yapma borçlarında temerrüdün sonuçları*” olmak üzere üç alt başlık altında kategorize etmek mümkündür. İşte bu bölümde doktrindeki tartışmalı hususlar ve bu bağlamda ileri sürülen teorilere değinilecek, Yargıtay kararları ışığında temerrüdün en önemli sonuçlarını teşkil eden kurumlar ayrıntılarıyla ile incelenip tüm yönleri ortaya konulmak suretiyle konuya açıklık kazandırılmaya çalışılacaktır.

II. PARA BORÇLARINDA TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

A. Temerrüt Faizi Ödeme Zorunluluğu

Borçlu, bir para borcunun¹ ifasında temerrüde düştüğü takdirde temerrüdün olduğu andan itibaren temerrüt faizi ödemek zorundadır. Temerrüt faizi ödeme borcu kanundan doğan bir borçtur. Borçlar Kanununun 103. maddesinde, “*Bir miktar paranın tediyesinde temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için senevi yüzde beş hesabiyle faiz tediyesine mecburdur*” şeklinde kaleme alınan temerrüt faizi, 22.01.2008 tarihinde Hükümet tarafından TBMM’ye sunulan Türk Borçlar Kanunu Tasarının Adalet Komisyonunca kabul edilen “Temerrüt faizi” kenar başlıklı 120. maddesinde ise, “*Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.*”

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.

Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkarda belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur.” şeklinde kaleme alınmıştır.

¹ “Para borcu” kavramı ve hukuki niteliği için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 10.

Para borçlarında temerrüdün genel bir sonucu olan temerrüt faizinin ödenmesinde, borçlunun yukarıda açıkladığımız temerrüdün tüm borçlardaki genel sonucu olan gecikme tazminatında² olduğu gibi temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlayarak ödemeden kaçınması mümkün değildir. Fakat alacaklı, zararının temerrüt faizinden fazla olduğunu iddia ederse, borçlu temerrüde düşmede kusurunun olmadığını ispat ederek zararı gidermekten kurtulabilir (BK m. 105).

1. Temerrüt Faizi Kavramı

Borçlu, para borcunun ifasında gecikerek temerrüde düşmesi hâlinde, kendiliğinden temerrüt faizi³ ödemek zorunda kalır. Temerrüt faizi konusunda açıklamalara geçmeden önce faizin ne olduğu ve niteliği hususuna kısaca değinilecektir. İktisadî anlamda faiz, sermayenin geliridir⁴. Faizin hukukî anlamda tanımı ise Borçlar Kanunda yapılmamıştır. Doktrinde yazarların çoğu⁵ faizin; para borcunun geç ifa edilmesinden dolayı paradan mahrum kalan alacaklıya tanınan bir karşılık/ tazminat olduğunu belirtmişlerdir. Bir kısım yazarlar⁶ ise, borcun muaccel olduğu tarihten ödemeyin yapıldığı tarihe kadar geçen süreden faydalanması olarak tanımlanmıştır. Bizce de isabetli olan baskın görüşe göre faiz, borçlunun parayı kullanmasına gerek olmaksızın, geç ifada bulunması neticesinde alacaklının mahrum kaldığı süre için kendisine tanınan bir karşılıktır.

Faiz, asıl alacağa bağlı fer'i nitelikte bir alacaktır⁷. Bununla birlikte asıl alaktan bağımsız olarak da talep edilebilir. Faiz kanundan ya da sözleşmeden doğabilir. Akdi faiz genelde ödünç sözleşmesi ile alım satım sözleşmelerinde vade kararlaştır-

² Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 20- 24.

³ Temerrüt faizi, Borçlar Kanununun 103 ve 104. maddelerinde “*Gecmiş Günler Faizi*” başlığı altında düzenlenmiş ise de, Türk Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında bu konuda bir terim birliği bulunduğu söylenemez. Gerçekten TTK m. 9’da temerrüt faizi, m. 142’nin başlığında ise gecikme faizi terimi kullanılmıştır. Terimler arasındaki farklılık için bkz. Demir, **a.g.e.**, s. 31. Gecikme ile temerrüdün farklı kavramlar olduğu göz önünde bulundurularak, çalışmamızda temerrüt kurumunun niteliğine uygun düşen temerrüt faizi terimi kullanılmıştır. Bazı yazarlar ise “*Gecmiş günler faizi*” terimini tercih etmektedirler. (Bkz. von Tuhr, **a.g.e.**, s. 617; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 247; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 360). Kimi yazarlar ise “*Direnim Faizi*” terimini kullanmaktadırlar. (Bkz. Turgut Akıntürk, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009. s. 122).

⁴ Nevin Demir, “**Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun**”, İstanbul, 1986, s. 3a.

⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 61; Feyzioğlu s.159; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 232; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul ,Beta, 2000, s .65; Barlas, **a.g.e.**, s. 124- 125.

⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 786

⁷ Demir, **a.g.e.**, s. 3e, Barlas, **a.g.e.**, s. 125.

rılmış olması hâlinde taraflarca belirlenir. Buna karşın, faiz kanundan doğuyorsa ve taraflar kararlaştırmamış olsalar bile talep edilebiliyorsa kanunî faiz bahis mevzuudur⁸.

Bu anlamda kanunî faiz niteliğindeki temerrüt faizi⁹ sadece para borçlarında söz konusu olan ve kanundan kaynaklanan yine bir para borcudur. Sözleşmeden doğan para borçları gibi haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan para borçlarında da uygulanır¹⁰. Temerrüt faizi borcun miktarına ve mahrum kalınan süreye göre şekillenir. Borçlu, temerrüde düşmekte kusursuz bile olsa temerrüt faizini ödemek zorundadır. Zira korunması gereken taraf alacaklıdır. Alacaklı kısmî temerrüt hâlinde de ifa edilmeyen kısım için temerrüt faizi talep edebilir.

2. Hukukî Niteliği

Kanun koyucu, para borçlarında borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının muhtemel zararlarını gidermek amacıyla BK m. 103'te temerrüt faizini düzenlemiştir. Burada temerrüt faizinin bir takım özelliklerine değinilecektir.

Temerrüt faizi, kanuni faiz niteliğine haiz, götürü tazminat niteliğinde bir para borcudur¹¹. Taraflar arasında bir sözleşme olmaksızın kanunda düzenlenmiş olması sebebiyle borçlunun temerrüdü ile birlikte asıl alacağa faiz yürütülmeye başlar.

Alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için herhangi bir zarar görmüş olmasına gerek yoktur¹². Alacaklı hiçbir zarar görmese ya da görmüş olduğu zarar maktu olarak belirlenen temerrüt faizi miktarından az bile olsa, alacaklı belirlenen orandaki temerrüt faizini talep hakkına sahiptir. Borçlu, alacaklının zararının daha az olduğunu iddia ve ispat ederek bu faizi ödemekten kaçınamaz. Eğer alacaklı kanunen belirlenen temerrüt faizi oranına göre hesaplanacak tazminat miktarından daha fazla zararı bulunduğunu iddia ve ispat ederse, borçlu fazla kısım için (BK m. 105) temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmedikçe bu zararı da tazmine mahkûm olur.

⁸ “Temerrüt faizi” ile “kapital faizi” karşılaştırması için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 126.

⁹ “Sözleşme faizi” ile “kanunî faiz” karşılaştırması için bkz. Demir, **a.g.e.**, s. 31.

¹⁰ Eren, **a.g.e.**, s.1055; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza, 2002, s. 300.

¹¹ Bkz. s. 21.

¹² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 391; Öçal, **a.g.e.**, s. 21; Barlas, **a.g.e.**, s. 133.

Bu sebeptendir ki doktrinde hâkim görüş¹³, temerrüt faizinin alacaklının var kabul edilen zararının tazmini için öngörülmüş maktu ve götürü bir tazminat mahiyetinde olduğunu kabul etmektedir¹⁴.

Borçlar Kanununun 103. maddesinde temerrüt faizi ödenmesine ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiş olmasaydı, alacaklı m. 102/f. 1 uyarınca zararını ispat etmek zorunda kalacaktı. Borçlunun, gecikme tazminatı talebine karşılık temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayarak tazminat ödemekten kaçınma imkânı var iken, para borçları bakımından bu tür bir imkânı mevcut değildir. Bu zorunluluk, temerrüt faizinin para borçlarında gecikme tazminatı yerine öngörülen, alacaklının muhtemel zararının giderimi dikkate alınarak alacaklıya tanınan bir götürü tazminat olduğunu göstermektedir.

3. Temerrüt Faizi Talep Şartları

a. Bir Para Borcunun Varlığı

Temerrüt faizi talep edebilmenin ilk şartı bir para borcunun varlığıdır. Para borcu ile kast edilen, gerçek ve teknik anlamda bir para borcudur¹⁵. Alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için borca konu edimin cins para borcu olması gerekir¹⁶. Eğer para borcu parça borcu niteliğinde ise, alacaklının talebi üzerine asıl alacağa temerrüt faizi yürütülmesi mümkün olmayacaktır¹⁷. Örneğin, alacaklı borçluya parayı bir zarf içerisinde verip saklamasını istemiş, borçlu ise bunu ifa zamanında geri iade etmemiş ise borçluya saklaması için teslim edilen zarf içerisindeki para, niteliği itibari ile parça borcu olup cins borcu niteliği taşımadığından, alacaklı ancak gecikme tazminatına ilişkin hükümler çerçevesinde zararının giderilmesini talep edebilir¹⁸.

¹³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 605; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 391; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 930; Akar Öçal, **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, İstanbul, 1965, s. 39; Barlas, **a.g.e.**, s. 137; Cem Baygın, **Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1997, s. 121; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.6.1997 gün ve 1997/11 E.-278- 529 K.sayılı ilamında da çoğunluktaki görüş benimsenmiştir.

¹⁴ Temerrüt Faizinin tazminat olmadığını savunan yazar ve görüşleri için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 135-136.

¹⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 137, Öçal, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1056.

¹⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 137, Öçal, **a.g.e.**, s. 41, Eren, **a.g.e.**, s. 1056.

¹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1056.

Cins borcu olarak para borcunun var olması hâlinde bu borcun sözleşmeden, kanundan ya da sözleşme dışı bir ilişkiden doğmasının önemi yoktur¹⁹.

b. Borçlunun Temerrüde Düşmüş Olması

Para borcu bakımından temerrüt faiz talep edilebilmesi için aranan ikinci şart ise, borçlu temerrüdünün gerçekleşmiş olmasıdır. Borçlu temerrüde düşmediği müddetçe temerrüt faizi talep edilmesi mümkün değildir. Daha önce borçlu temerrüdünün oluşum şartlarına ana hatları ile değinilmişti²⁰. Yukarıda da belirtildiği üzere, ihtar gereken hâllerde ihtar yapılmadığı müddetçe borçlu temerrüde düşmeyeceği için, sadece ifada gecikilmiş olması temerrüt faizi talep edilmesini mümkün kılmayacaktır. Bu sebeptendir ki temerrüt faizi en erken temerrüde düşme anından itibaren başlayacaktır.

Bahsi geçen her iki şartın varlığı durumunda temerrüt faizi talep hakkı kendiliğinden doğmakla birlikte, alacaklı bu talep hakkını kullanmadığı müddetçe borçlu aleyhine faiz tahakkuk ettirilmesine karar verilemez²¹. Alacaklının faiz talep edemeyeceği istisnaî hâller de söz konusu olabilir. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu m. 143/f.4'deki düzenlemede aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenemeyeceği hükme bağlanmıştır²².

4. Temerrüt Faizinin Miktarı

a. 3095 Sayılı Yasanın Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönem

Borçlar Kanunu m. 103/f.1'de temerrüt faizi oranı yıllık % 5 olarak belirlenmiştir. 3095 sayılı Kanunun kabul tarihi olan 04.12.1984'den önce taraflar sözleşme ile temerrüt faizi miktarını istedikleri oranda belirleyebilmekteydiler. Eğer temerrüt faizinin ödenmesi konusunda herhangi bir anlaşma yapmamışlar ya da oranı belirlememişlerse faiz oranı yıllık % 5 olarak hesaplanabilmekteydi. BK m. 103/2'de yer alan düzenlemeye göre ise, sözleşmede kararlaştırılmış olunan kapital faiz mikta-

¹⁹ Kamu hukukundan kaynaklanan para borçlarında temerrüt faizi ödenip ödenmeyeceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 137.

²⁰ Bkz. 1. Bölüm, s. 3-15

²¹ Baygın, **a.g.e.**, s. 129.

²² Barlas, **a.g.e.**, s. 141.

rı % 5'ten fazla olduğu takdirde, bu oran üzerinden temerrüt faizi miktarı hesap edilebilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu ise, ticarî işlerde temerrüt faizi oranını m. 9/f.2'de yıllık % 10 olarak belirlemiştir. TTK m.1461/f.2 uyarınca ise ödeme yerinde banka iskonto oranı % 10'dan fazla ise bu takdirde alacaklı temerrüt faizini bu oran üzerinden de isteyebilmektedir.

b. 3095 Sayılı Yasanın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Dönem

Yukarıda temas edilen hükümlerin yürürlükte olduğu son dönemde ülkemizde yaşanan enflasyon, paranın alım gücündeki düşüş para alacaklılarını da etkilemiş ve borçlunun ödediği temerrüt faizi miktarının cüzîliği karşısında borçluların geç ifada bulunarak ellerindeki parayı kullanıp faiz elde etmelerine, alacaklıların ise büyük bir kârdan mahrum kalmalarına neden olmuştur.²³

Zikredilen nedenlerle 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun 04.12.1984 tarihinde kabul edilmiş ve 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Farklı esaslar getiren bu kanunun 5. maddesi ile, BK'nın ve TTK'nın kanunî faiz ve temerrüt faizine ilişkin hükümlerinin uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. 3095 sayılı Kanun ile faiz konusunda bir takım yenilikler de getirilmiş ve ticarî işler ile ticarî olmayan işler arasındaki faiz oranı eşitsizliği giderilmiş, ticarî işlerde öngörülen iskonto oranı yerine reeskont faiz oranı²⁴ benimsenmiş²⁵, bunun yanı sıra temerrüt faizi oranı yükseltilerek²⁶ adaletsiz sonuçların önüne geçilmek istenmiştir.

3095 sayılı Kanunda ticarî iş - ticari olmayan iş ayrımı yapılmamış olmakla birlikte, işin ticarî nitelikte olması hâlinde, m. 2/ f.2 hükmünde “*Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari*

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, **a.g.e.**, s. 4- 5.

²⁴ 15.12.1999 tarihinde 4489 sayılı Kanunun 2. maddesi gereğince “reeskont oranı”, “avans faiz oranı” olarak değiştirilmiştir.

²⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 149.

²⁶ 04.12.1984 tarihinde kabul edilen Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile temerrüt faizi oranı % 30 olarak belirlenmiş, aynı zamanda Bakanlar Kurulu'na bu oranı % 80'e kadar artırma yetkisi tanınmıştı. Bu kanunda düzenlenen faiz oranlarının iptali için Anayasa Mahkemesi'ne açılan dava sonucunda Yüksek Mahkeme 15.12.1998 tarih, 1997/34 E. ve 1998/79 K. sayılı kararı ile faiz oranlarına ilişkin adı geçen kanunun 1. maddesi ile 2. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının iptaline karar vermiştir. Bkz. RG. 26. 11. 1999, S. 23888.

işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir...” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Aşağıda kanundaki sistematığe uygun olarak anılan Kanundaki temerrüt faiz oranı konusu ticarî işlerde temerrüt faizi ve ticarî olmayan işlerde temerrüt faizi şeklinde ikili ayırım çerçevesinde incelenecektir.

(1) Ticarî Olmayan İşlerde Temerrüt Faizi Oranı

3095 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrası, “Temerrüt faizi” başlığı altında *“Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için linci madde de belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.”* şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası 3095 sayılı Kanunun 1. maddesine atıf yaparak “Kanunu faiz” başlığı altında yapılan düzenlemede belirtilen, BK ve TTK’ya göre faiz ödenmesi gereken ve sözleşme ile miktarı tespit edilmeyen hâllerde geçerli kılınan % 12 oranını temerrüt faizi oranı olarak kabul etmiştir²⁷.

Anılan maddenin birinci fıkrası incelendiğinde; temerrüt faizi oranının borçlunun temerrüde düştüğü borcun, ticarî bir işten kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın tüm para borçları açısından ödenmesi gerekli sabit bir oran olarak belirlendiği görülmektedir. Birinci fıkra gereğince borçlu ile alacaklı sözleşme ile temerrüt faizi oranını serbestçe belirleyebileceklerdir. Fakat bu oranın sözleşme ile belirlenmediği durumlarda alacaklı kanunda belirtilen yüzde % 12 oranı üzerinden temerrüt faizi talebinde bulunabilecektir. Burada önemle belirtilmesi gereken husus, 1. maddenin ikinci fıkrasında Bakanlar Kurulu’na bu oranı aylık olarak beli ve % 10’a kadar indirme ya da bir katına kadar artırma yetkisinin tanınmış olmasıdır. Bakanlar Kurulu 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı kararı ile anılan yetkisini kullanarak, 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere kanunda belirtilen %12’lik oranı % 9’a indirmiştir²⁸. Yani 01.01.2006 tarihinden günümüze kadar geçerli olan temerrüt faizi oranı % 9’dur.

²⁷ 3095 sayılı Kanun son hâlini, 27.04.2005 gün ve 26798 sayılı R. G.’de yayımlanıp, 01.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 14. maddesiyle yapılan değişiklik ile kanuni faiz ile temerrüt faizi oranını % 12 olarak kabul etmiştir.

²⁸ Bkz. RG. 30.12.2005, S. 26039.

Tarafların sözleşme ile bu orandan daha fazla ya da daha az temerrüt faizi oranı belirlemeleri de mümkündür. Eğer kanunda belirtilenden daha yüksek bir oran belirlenmişse, bu anlaşma ile ilgili olarak gabin ve ahlâka aykırılık kurumları gündeme gelebileceği gibi²⁹, bu yüksek oranın belirlenmesine yönelik anlaşma cezaî şart hükümlerine ve hâkimin tenkis yetkisine de tabi olabilecektir³⁰.

Temerrüt faizi oranının sözleşmede kararlaştırılmamış olması durumunda, tarafların sözleşmede akdi faiz oranı kararlaştırıp kararlaştırmadıklarına bakılacaktır. Eğer sözleşmede akdî faiz oranı belirlenmiş ise, bu takdirde alacaklının talep edeceği temerrüt faizi miktarı hesaplanırken dikkate alınacak oran belirlenen akdî faiz oranından az olamayacaktır (3095 s. K. m. 2 /f. 3). Örneğin, sözleşmede akdi faiz oranı % 15 ise temerrüt faizi oranının da bu orandan az olması mümkün değildir. 3095 sayılı Kanun diğer kanunlarda öngörülen daha yüksek faiz oranına ilişkin hükümleri saklı tutmuştur (3095 s. K. m. 4). 4077 sayılı Tüketici Kanunu m.10/f. 2, f. 6; Karayolları Trafik Kanunu m. 115/f.1; 4857 sayılı İş Kanunu m. 34 gibi özel kanunlarda yer alan hükümler buna örnek olarak gösterilebilir.

(2) Ticarî İşlerde Temerrüt Faizi Oranı

3095 sayılı kanunun birinci maddesi, temerrüt faizi oranını tüm para borçları açısından ayırım gözetmeksizin sabit bir oran şeklinde hükme bağlamıştır. Bu oran Bakanlar Kurulu'nun 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı kararı ile 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere % 9 olarak belirlenmiştir. Yani kaynağı ticarî olmayan işlerde uygulanacak olan % 9'luk oran, kaynağı ticarî iş olan borçlarda da uygulanacaktır.

Kaynağı ticarî olmayan işlerde olduğu gibi burada da taraflar serbestçe temerrüt faizi oranını belirleyebileceklerdir. Taraflar sözleşmede % 9'dan daha fazla bir oran belirlemişlerse, alacaklı bu oran üzerinden talepte bulunabilecektir. Sözleşme ile tespit edilen bu yüksek orandaki temerrüt faizine ilişkin anlaşma ile ilgili olarak gabin ve ahlâka aykırılık kurumları gündeme gelebileceği gibi³¹ söz konusu anlaşma

²⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 153.

³⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 400.

³¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 153.

cezaî şart hükümlerine ve hâkimin tenkis yetkisine de tabi olacaktır³². Bunun istisnasını ise TTK m. 24 oluşturmakta olup, bu madde hükmü gereğince tacir olan borçlunun BK m. 104/f.2, m. 161/f.3, m. 409’da belirtilen hâllerde tenkis istemesi mümkün değildir. Bununla birlikte Yargıtay’ın yerleşik uygulaması “*cezai şarta hükmedilmesi, tacirin mahvına neden olacaksa*” hâkimin indirim yapabileceği yönündedir³³. Tarafların ticarî işten kaynaklanan borç için sözleşmede belirlemiş oldukları kapital faiz oranının varlığı durumunda bu oranın kanunda belirtilen temerrüt faizi oranından fazla olup olmadığı hususu dikkate alınır ve kapital faiz oranının fazla olması halinde, alacaklı tarafından temerrüt faizi daha yüksek olan kapital faiz oranı üzerinden talep edilebilir (3095 s. K. m. 2 /f. 3).

Kanunkoyucu söz konusu Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrasında ticarî işlerde alacaklıya başka bir imkân daha tanıyarak, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası’nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranının kanunda belirlenen orandan fazla olması hâlinde sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile alacaklının bu oran üzerinden talepte bulunabileceğini hüküm altına almıştır (3095 s. K. m. 2 /f. 2). Anılan fıkranın son cümlesi ise “*Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur*” şeklinde düzenlenmiştir³⁴. Temerrüt faizinin kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden hesaplanabilmesi için üç şart gerekir. Bunlardan ilki, borcun bir ticarî işten doğmuş bulunması³⁵, ikincisi kısa vadeli avans faiz oranının 3095 sayılı Kanuna göre belirlenen temerrüt faizi oranından fazla olması, üçüncüsü ise alacaklının talepte bu-

³² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 400.

³³ Bu yöndeki Yargıtay uygulaması için bkz. ileride s. 42, dn. 47.

³⁴ Avans Faiz oranlarını gösterir tablo için bkz. Çetin Arslan, Murat Kayañççek, **5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi**, Ankara, 2010, s. 777.

³⁵ “Ticarî iş”in tanımı ve hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2004, Sözkese Matbaacılık, s. 60- 65; “...Alacağın sebebsiz zenginleşmeden doğduğu alacaklı tarafça da açıkça kabul edilmektedir. Adi ve ticari faiz ayırımı, faizin bağlı olduğu para borcunun hangi hukuki ortamda doğduğuna bağlı olarak yapılan bir belirlemedir. Ticari faizin söz konusu olabilmesi için, asıl borcun bir ticari işten doğması gerekir. Somut olayda takibe konu alacak itiraz edilmeyerek kesinleşen sebepsiz zenginleşme nedeniyle istirdada ilişkin olup, ticari bir işten kaynaklanmadığından anılan alacak için 3095 Sayılı Yasa’nın 1.maddesine göre yasal faiz istenebilir...” Yarg. 12. HD. E: 2010/12770, K: 2010/12667, 25.05.2010 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); Aynı mealde: Yarg. 12. HD. E: 2009/18145, K: 2009/ 26898, 13.05.2010 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

lunmasıdır. Alacaklı açıkça talepte bulunmadığı müddetçe ticarî işlerde kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı temerrüt faizine tatbik edilemeyecektir³⁶. Örneğin, ticarî işten kaynaklanan bir borcun talebi için açılan davada alacaklı temerrüt faizinden bahsetmiş ise hâkimin ticarî temerrüt faizi oranına hükmetmesi mümkün değildir³⁷.

(3) Yabancı Para Borçlarında Temerrüt Faizi Oranı

3095 sayılı Kanuna 14.11.1990 tarihinde 3678 sayılı Kanunun 30. maddesi ile eklenen 4/a. maddesi, sözleşme ile daha yüksek akdi faiz ve gecikme faizi (temerrüt faizi) kararlaştırılmadığı hâllerde, yabancı para borçlarına uygulanacak faizin, Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı üzerinden hesaplanacağını düzenlemiştir.

Her ne kadar kanun metninde “sözleşme ile daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hâllerde...” ibaresinden yola çıkan bazı yazarlar³⁸ kanun lafzını dikkate alarak, yabancı para borçlarında sözleşmede daha düşük temerrüt faizi oranı belirlenmesi durumunda, mevduat faizi oranının dikkate alınacağını savunmuşlarsa da, 3095 sayılı Kanunun sistematığına bakıldığında, hüküm altına alınan hususun, sözleşme ile faiz oranlarının belirlenmediği hâllerde bu oranının nasıl tespit edileceği konusunda düzenlemeler yaptığı açık olduğundan, yabancı para borçlarında da temerrüt faizi oranının belirlenmesinde sözleşme serbestisi ilkesi hâkim olup³⁹ taraf- lar mevduat faiz oranından daha düşük bir faiz oranı da belirleyebileceklerdir⁴⁰.

³⁶ Barlas, **a.g.e.**, s.155.

³⁷ Bu konuda özellikle Yarg. HGK’nın 03.03.2010 tarihinde vermiş olduğu karar bu bakımdan dikkat çekicidir. HGK’nın 03.03.2010 tarih ve E: 2010/12-124, K: 2010/110 sayılı kararında, “... 5335 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu 3095 sayılı Kanun’un 1. maddesinden kaldırılmış olsa da reeskont oranının, Merkez Bankası tarafından reeskont işlemlerinde uygulanan iskonto oranı olarak tespit ve ilan edilmeye devam olunduğu, bu sebeple hükümde ya da sözleşme ile taraflar arasında reeskont faizine ilişkin düzenleme yapılması hâlinde, hükümdeki bu ibareye rağmen bunu yasal faiz olarak yorumlamanın mümkün olmadığı, ilâmda belirtilen ‘reeskont faizi’ ne hükmedilmekle, bu faizin ticarî işler için söz konusu olan yasal temerrüt faizi olarak hükme bağlandığı ve uygulanacak oranın da T.C. Merkez Bankası’nın reeskont işlemlerinde uyguladığı oran olduğunu kabul etmek gerektiği” sonucuna ulaşılmıştır (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

³⁸ Barlas, **a.g.e.**, s. 157.

³⁹ Yargıtay’ın aynı yöndeki kararları için bkz. “Sözleşmenin 20. maddesinde yabancı para yönünden temerrüt faiz oranının % 30 olduğu kararlaştırılmış olmasına rağmen mahkemece anılan sözleşme hükmü gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.”, Yarg. 19. HD. E: 2007/1852, K: 2007/3760, 13.04.2007 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

⁴⁰ Aynı görüşte: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 394.

Söz konusu madde metninde her ne kadar açıkça belirtilmemişse de mevduat faizinin yıllık oranı dikkate alınacaktır⁴¹. Devlet bankalarının her birinin yıllık farklı oranlarda temerrüt faizi oranı belirlemeleri hâlinde, uygulanan en yüksek oran temerrüt faizinin hesabında dikkate alınacaktır⁴².

Madde metninde “yabancı para borcu” ibaresi kullanılmış olup herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple taraflar arasındaki borcun mutlaka yabancı para ile ifasının zorunlu olduğuna ilişkin sözleşmede bir hükme⁴³ yer verilmiş olmasına gerek yoktur. Eğer borçlu yabancı para borcunu Türk Lirası olarak ifa yetkisini haiz ise, bu durumda borç Türk Lirasına çevrilmesine rağmen yabancı para borcu niteliğini devam ettirdiği için temerrüt faizi yabancı para miktarı üzerinden belirlenen mevduat faizi oranı ölçü alınarak yabancı para olarak hesaplanıp⁴⁴, alacaklının BK m. 83/f.3’deki tercih hakkı kapsamında belirlediği kur üzerinden Türk Lirasına çevrilerek kendisine ödenecektir⁴⁵.

Devlet bankalarınca mevduat hesabı belirlenmeyen yabancı paralar için temerrüt faizi oranının nasıl tespit edileceği konusunda kanunda yer alan boşluk konusunda doktrinde bazı yazarlar⁴⁶, yabancı paranın ait olduğu ülkenin kanunî temerrüt faizi oranının uygulanabileceğini belirterek bu boşluğun doldurulabileceğini ifade etmektedirler.

⁴¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 158.

⁴² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 394; Barlas, **a.g.e.**, s. 158.

⁴³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 235- 236; Gülçin Elçin Grassinger, “BK Md. 83 Hükümüne Göre Yabancı Para Borçları ile İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof Dr. Kemal Oğuzman’nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 304.

⁴⁴ Aynı yöndeki Yargıtay uygulaması için bkz. “*davacı vekili, dava ve ıslah dilekçesinde alacağına, yabancı para (USD) ve % 10 yıllık temerrüt faizi ile tahsilini talep etmiştir. Bu durumda mahkemece davacının talepte haklı bulunduğu yabancı para alacağı ve faizi belirlenip, ...takas tarihindeki kura göre USD karşılığı gözetilerek takas ve mahsubu yapıp uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken HUMK’nın 74. maddesine aykırı olarak davacı alacağı TL olarak belirlenip, mahsup sonrası yine TL olarak yıllık %70 temerrüt faizi ile tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” Yarg. 19. HD. E: 2008/11979, K: 2009/971, 12.02.2009, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); “*Takibin talepten önceki şartlarla ve bu miktara takip tarihinden itibaren % 5’i geçmeyecek oranda USD üzerinden bir yıllık yabancı mevduata uygulanan yabancı para faizi yürütülmek kaydıyla tahsil tarihindeki YTL karşılığının davalıdan tahsiline karar verildi.*” Yarg. 19. HD. E: 2007/10675, K: 2008/6245, 05.06.2008 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

⁴⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 158; Elçin Grassinger, **a.g.e.**, s. 304.

⁴⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 164-165.

5. Temerrüt Faizinin Başlama Zamanının Belirlenmesi

Temerrüt faizinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı konusunda Borçlar Kanunu ve 3095 sayılı Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat kural olarak temerrüt faizi borçlunun temerrüde düştüğü günü takip eden günden⁴⁷ itibaren işlemeye başlar ve borcun ödendiği güne kadar devam eder.

BK m.104/ f.1’de faiz, işlemiş irat taksitlerinin veya bağışlanan bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde, temerrüt faizinin icraya ya da mahkemeye müracaat gününden itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu istisnâî durumda temerrüt faizinin temerrüt tarihinden başlayabilmesi ancak tarafların aralarında yapacakları bir anlaşmaya bağlıdır. Bu anlaşma BK m.104/ f. 2 uyarınca cezai şart hükümlerine tâbi olup, BK. m. 161/ f. 3 gereğince fahiş görülen miktar hâkim tarafından tenkis edilebilir⁴⁸. Bunun istisnasını ise TTK m. 24 oluşturmakta olup, bu madde hükmü gereğince tacir olan borçlunun BK m. 104/ f.2, m. 161/ f.3, m.409’ da belirtilen hallerde tenkis istemesi mümkün değildir. Bununla birlikte Yargıtay’ ın yerleşik uygulaması “*cezai şarta hükmedilmesi, tacirin mahvına neden olacaksa*” hakimnin indirim yapabileceği yönündedir⁴⁹.

Borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar gereken hallerde, temerrüt faizi borçluya ihtar ile belirli bir sürenin verilmesi halinde bu sürenin bitiminin ertesi günü

⁴⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 396, Barlas, **a.g.e.**, s. 172; Öçal, **a.g.e.**, s. 52; Mahmut Bilgen, **İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku ve Munzam Zarar (İlgili Mevzuat İle Birlikte)**, İstanbul, Bursa, Alfa, 2001, s.37, 38; Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. 13. HD. 22.10.2009, E: 2009/5660, K: 2009/11987, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); 13. HD. 05.11.2009, E: 2009/5940, K: 2009/12693, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); 11. HD. 26.04.2010, E: 2008/13034, K: 2010/4520, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

⁴⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 396.

⁴⁹ “*Cezai şartın tenkisi BK’nın 161/3. maddesi hükmünce hâkimin takdirinde ise de, TTK’nın 24. maddesine göre de tacirler arasındaki uyuşmazlıkta bu yönde bir talepte bulunamazlar. Ne var ki, hükmedilecek cezai şart davalının mahvına neden olacaksa indirim yapılabilir.*”, Yarg. 19. HD. 31.05.2010, E: 2009/9215, K: 2010/6654, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); Yarg. 19. HD. 06/07/2010, E: 2009/11317, K: 2010/8525, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); Yarg. 19. HD. 10.05.2007, E: 2006/11389, K: 2007/4756, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); “*Kural olarak TTK’nın 24. maddesi uyarınca tacir sıfatını haiz borçlu fahiş olduğu iddiası ile cezai şartın indirilmesini isteyemez. Ancak borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki ekonomik durumu, tahhüt olunan işin değeri ve sözleşme hükümleri de göz önünde bulundurularak uzman bilirkişiler aracılığı ile istenen cezai şartın borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebebiyet verecek şekilde yüksek olduğunun ve bu halin ahlak ve adaba aykırı bulunduğu tespiti hâlinde Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları gereğince cezai şarttan uygun miktarda indirim yapılabilir*”, Yarg. 19. HD.21.09.2006, E: 2006/2555, K: 2006/8599 (UYAP, <http://portal.uyap.gov.tr>).

işlemeye başlayacaktır⁵⁰. Eğer herhangi bir süre verilmeksizin derhal fa istenmiş ise bu halde faiz, ihtarın tebliğ edildiği günün ertesi günü işlemeye başlar⁵¹. Alacaklı ihtarda bulunmaksızın alacağının tahsili için dava açmış ya da icra takibinde bulunmuş ise temerrüt faizi, isabetli ve yerleşik Yargıtay uygulamasında olduğu üzere dava tarihi ya da takip tarihinden itibaren işlemeye başlar⁵².

Taraflar kendi aralarında ödeme gününü belirlemişlerse bu halde borçlu ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşeceğinden temerrüt faizi de bu günü takip eden günden itibaren işlemeye başlayacak olup⁵³, bir tarafa muacceliyet ihbarı hakkının tanınması ve bu ihbarın yapılması halinde de durum aynıdır. Temerrüt için ihtar gerekmemeyen hallerde de temerrüt faizi muacceliyet tarihini izleyen günden itibaren başlar⁵⁴.

Alacaklı dava dilekçesinde faiz talep etmekle birlikte faizin başlangıcını belirtmemişse, faizin hangi tarihte işlemeye başlayacağı hususu ile ilgili olarak Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 11.12.1957, E./K. 17/29 sayılı kararında takip talebinde mutlak suretle faiz istediğini belirtip vade ve ihbar tarihlerinden bahsetmeyen alacaklının bahse konu alacağına takip tarihinden itibaren faiz yürütüleceği belirtilmiştir⁵⁵.

Şu hususu da açıklamak gerekir ki, BK m. 104/f. 1'de belirtilen faiz, temerrüt faizi dışında önceden işlemiş kapital faizleridir. Anılan maddenin 3. fıkrasında, temerrüt faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde, bu alacağa temerrüt faizi yürütülemeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Birinci fıkra ile ikinci fıkra karşılaştırıldığında kanunkoyucunun kapital faizi için temerrüt faizini dava ve takibin açılması anından itibaren mümkün gördüğü, fakat temerrüt faizinde kesin nitelikli bir

⁵⁰ Öçal, **a.g.e.**, s. 52; Barlas, **a.g.e.**, s. 173.

⁵¹ Barlas, **a.g.e.**, s.173.

⁵² 13. HD. E:2009/5660, K: 2009/11987, 22.10.2009 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>); 19. HD. E: 2007/7905, K: 2008/1632, 25.02.2008 (UYAP Mevzuat Bilgi Bankasından temin edilmiştir); Temerrüt faizinin dava dilekçesinin tebliği yada ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiği tarihini izleyen günden itibaren başlayacağını savunan görüş için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 173.

⁵³ Barlas, **a.g.e.**, s. 172.

⁵⁴ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 250.

⁵⁵ Karar için bkz. Çetin Arslan/Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, 2004, s. 161.

yasak koyduğu anlaşılmaktadır⁵⁶. Doktrinde bazı yazarlar, bu yasağa bir istisna tanıyarak borcun muacceliyetinden sonra işleyecek faizlerin anapara alacağına eklenerek anaparaya dönüştürülmesi durumunda temerrüt faizi yürütülebileceğini savunmuştur⁵⁷.

Yargıtay HGK'nın 01.03.2004 tarih ve E: 2004/12-162, K: 2004/163 sayılı kararında da isabetle belirtildiği üzere, bizce borcun muacceliyetinden sonra işleyecek faizlerin anaparaya eklenmesi hâlinde dahi temerrüt faizi yürütülmesi BK. m. 104/f. son hükmüne aykırı düşecektir⁵⁸.

6. Temerrüt Faizinin Talep Edilmesi

Temerrüt faizi alacaklı tarafından talep edilmediği müddetçe resen hâkim tarafından dikkate alınmayacağı gibi icra takibi yapılan alacak ile birlikte temerrüt faizi istenmemiş ise yapılan takip faizi kapsamaz⁵⁹.

Alacaklı asıl alacak ile birlikte temerrüt faizi talebinde bulunabileceği gibi, asıl alacaktan bağımsız olarak da faiz talep edilebilir. Bu, faizin asıl alacağa göre fer'i niteliğinden kaynaklanmaktadır⁶⁰. Alacaklı asıl alacak talebine ilişkin davasına faizi konu etmemiş hatta bu hakkını saklı tuttuğunu belirtmemiş olsa bile, daha sonra açacağı dava ile faiz alacağını talep etme hakkını haizdir. Bununla birlikte BK m.113/f.1'e göre, asıl borç ödeme veya diğer bir sebeple sona erdiği takdirde asıl alacağa bağlı fer'i haklar da sona erer. Anılan madde hükmü gereğince alacaklının asıl alacağı, ödeme ile sona ererse faiz alacağı da son bulur. Anılan maddenin 2. fıkrasında faiz alacakları için istisnaî bir hüküm getirilerek faiz alacağının saklı tutulması ya da olayın mahiyetinden faizin saklı tutulduğu anlaşılıyorsa bu durumda faiz alacağı asıl alacak sona erse bile varlığını koruyacaktır. Alacaklının dava dilekçesin-

⁵⁶ Barlas, **a.g.e.**, s.179; HGK, vermiş olduğu bir kararında, "*alacaklının alacağı kapital faizi olmayıp temerrüt faizi niteliğinde bulunduğundan BK. 104/ son maddesi uyarınca temerrüt faizi alacağına tekrar temerrüt faizi yürütülmesi kanunen mümkün bulunmadığı*" gerekçesiyle yerel mahkeme direnme kararını bozmuştur. (Yarg. HGK. E: 2002/12-709, K: 2002/781, 09.10.2002). Kararın tam metni için bkz. Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 74.

⁵⁷ Öçal, **a.g.e.**, s. 102.

⁵⁸ Karar metni için bkz. Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 74; Aynı görüşte: von Tuhr, **a.g.e.**, s. 618.

⁵⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 396.

⁶⁰ Bkz. s. 35-36.

de sair haklarını saklı tuttuğuna ilişkin beyanı bu anlamda faiz alacağını saklı tuttuğu anlamına gelmez⁶¹.

Nihayet şunu da ilâve edelim ki, alacaklı faiz talebi için açmış olduğu dava ya da icra takibinde hangi miktarı ve oranı belirtmiş ise, o oran üzerinden hâkim hüküm kuracaktır. Bu, hâkimin taleple bağlı olması kuralının doğal sonucudur. Bu sebeple talep edilen oran günümüz itibarıyla % 9'dan az olsa bile hâkim bunu yükselterek % 9 üzerinde anaparaya temerrüt faizi işletilmesine karar veremeyecektir⁶².

7. Temerrüt Faizinde Zamanaşımı

Zamanaşımı sürelerini düzenleyen BK m.126/f. 1'de faizlerin zamanaşımına uğrayacağı süre 5 yıl olarak düzenlenmiştir. Fakat burada bahsi geçen faiz temerrüt faizi değil "*kapital faizi*"dir. Bu sebeple temerrüt faizi alacakları BK m. 125'de düzenlenen "10 yıllık" zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁶³. Bununla birlikte BK m. 131'de asıl alacağın zamanaşımına uğraması hâlinde, fer'i nitelikteki ona bağlı faizin de zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiş olduğundan, faiz 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi ise de asıl alacak 5 yılda zamanaşımına uğradığında faiz alacağı da bu süre zarfında zamanaşımına uğrayacaktır.

B. Munzam Zarar

1. Munzam Zarar Kavramı ve Hukukî Niteliği

Sözlük anlamı itibarıyla "*munzam*" Türkçede "katma, katılmış, ulanmış, eklenmiş, ekleme, ek" anlamına gelmektedir⁶⁴. Hukukî açıdan ise daha dar bir anlama sahip olan "*Munzam Zarar*" kavramı, Borçlar Kanunun "Munzam Zarar" başlıklı 105. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; "*Alacaklının duçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir*". BK m. 105'de hükme bağlanan munzam zarar⁶⁵; borçlu temerrüde düşmeksizin borcunu ödemiş olsaydı,

⁶¹ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 183, dn. 532.

⁶² Barlas, **a.g.e.**, s. 185.

⁶³ Öçal, **a.g.e.**, s. 99, 100; Barlas, **a.g.e.**, s. 185; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 554.

⁶⁴ <http://tdkterim.gov.tr>, (Çevirimiçi), 13.09.2010.

⁶⁵ "Munzam zarar" ibaresi yerine "*temerrüt faizi ile karşılanmayan zarar*" ya da "*aşkın zarar*" ibarelerini tercih eden Barlas, burada uğranılan zararın munzam olmasından değil ancak tazmina-

alacaklının malvarlığının oluşturacağı durum ile temerrüt sonucunda meydana gelen mevcut durum arasındaki farkın temerrüt faizi ile giderilemeyen ve temerrüt faizini aşan kısmını teşkil eder⁶⁶. Söz konusu maddede belirtilen zarar manevî zarar olmayıp maddî zarardır⁶⁷. Belirtmek gerekir ki, munzam zarar borcu, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur⁶⁸.

Burada önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus, BK m.105/f.1’de belirtilen zararın temerrütten kaynaklanmış olmasıdır. Munzam zarar, borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan bir zarar değildir⁶⁹. Yargıtay bazı kararlarında⁷⁰ anılan maddedeki zararın “*müspet zarar*” tanımlamasıyla eş değer olduğunu belirtmiştir.

Hükümet tarafından Adalet Komisyonu’na sunulan ve kabul edilen tasarı metninde ise munzam zarar, Tasarının iki fıkradan oluşan 122. maddesinde, temerrüt faiziyle karşılanmayan zarar, yani aşkın zarar ibaresi kullanılarak düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 105. maddesinin kenar başlığında tercih edilen “3. *Munzam zarar*” şeklindeki ibare, Tasarıda “3. *Aşkın zarar*” şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 105. maddesinin ikinci fıkrasında geçen “...*derhal takdir olunabilirse*” şeklindeki ibare yerine, Tasarının 122. maddesinin ikinci fıkrasında, “...*görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine*” şeklinde ibare kullanılmıştır. Böylece, hâkimin bu konuda, ayrıca ve özel bir soruşturmaya girişmeksizin, zarar miktarını belirleyebilmesi durumunda, davacının istemi üzerine,

tın munzam olmasından bahsedilebileceğini ileri sürmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s.190, dn. 554; Hayri Domaniç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesi-ni Sağlayan BK m. 105 ve Diğer Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998, s. 68; Şerafettin Şirin, Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz, İstanbul, Alfa, 1996, s. 4.

⁶⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 396; Barlas, **a.g.e.**, s. 189; Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 653; Yargıtay kararlarında munzam zarar şu şekilde tanımlanmaktadır: “...*asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan, asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur...*” 13. HD. E: 2009/7702, K: 2009/14526, 10.12.2009 (UYAP, <https://uyap.gov.tr>).

⁶⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 190.

⁶⁸ Yarg. 13. HD, E: 1999/9711, K: 1999/7773 sayılı ve 01.11.1999 tarihli kararından, “...*Munzam zarar, asıl borçtan bağımsız yeni bir borçtur... O nedenle asıl alacak ve faizleri hakkında icra takibi yapılması veya dava açılması sırasında istenmemiş olması veya saklı tutulmamış olması sonradan ayrıca dava ve takiple istenmesine engel teşkil etmez...*”. Kararın tam metni için bkz. Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 655.

⁶⁹ Barlas, **a.g.e.**, s. 189.

⁷⁰ Yarg. 3. HD, E: 1998/9711, K: 1999/7773, 01.11.1999; Yarg. 11. HD. E: 2000/3060, K: 2000/3325, 21.04.2000. Karar içerikleri için bkz. Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 656, 657.

aynı davada, söz konusu zarar miktarına hükmedebileceği öngörülmüştür⁷¹. Metnin-
de yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa
göre bir hüküm değişikliği yoktur.

2. Munzam Zararın Oluşum Şartları

Borçlar Kanunu m. 105'in uygulama alanı bulabilmesi için para borcunun ifa-
sında temerrüde düşülmesi ve bunun neticesinde temerrüt faizi ile giderilemeyen bir
zararın doğmuş olması gerekir. Temerrüt faizi talep hakkına sahip olan alacaklının
faiz talebinde, herhangi bir zararının olduğunu ispat etmesi aranmaz iken, munzam
zararın tazmini isteminde, zararını ispat etmesi şarttır⁷². Yine ispat ettiği bu zarar ile
temerrüt arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekir⁷³. Nitekim Yargıtay Hukuk
Genel Kurulu da vermiş olduğu 19.06.2002, 2001/13-569, 2002/534 sayılı kararında
her iki şartı da açıkça dile getirmiştir⁷⁴.

BK m. 105/f.1'de “...kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etme-
dikçe...” şeklinde yer alan ibare ile anılan maddede “kusur karinesi” benimsenmiştir.
Borçlunun temerrüde düşmede kusurunun varlığı asıldır. Alacaklı lehine olan bu dü-
zenlemede alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Borçlu
temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat ederse munzam zarardan doğan tazmi-
natı ödemekten kurtulabilir⁷⁵. Borçlu kusursuz olduğunu her türlü şekilde ispatlaya-
bilir. Örneğin, zamanında alacaklıya varacak şekilde gönderdiği paranın kendi kusu-

⁷¹ “Davada belirlenebiliyorsa” ibaresini yerinde bulmayan Kılıçoğlu, anılan ibarenin madde metni-
nin amacına aykırı olduğunu, bu madde ile usul ekonomisine uygun olarak dava tarihinden sonra-
sı için de munzam zararın karar altına alınabilmesinin amaçlandığını, değişiklikte belirtilen “de-
ğerlendirme “ ifadesini isabetli bulmadığını belirtmekte ve yargıcın zaten her kararı değerlendiri-
mesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Ahmet Kılıçoğlu, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleş-
tiriler”, **Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140**, Baskı 1, Ankara, Şen Matbaa, Mart 2008, s.
56.

⁷² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 618; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 398; Barlas, **a.g.e.**, s. 191; Reşat Kaynar, **Türk
Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1965, s. 232.

⁷³ Eren, **a.g.e.**, s. 1064; Barlas, **a.g.e.**, s. 192; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aynı yöndeki
19.06.2002 tarih, 13-569/534 sayılı kararında, “...munzam zarar alacaklısı...zarar ile borçlu te-
merrüdü arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmekle yükümlüdür...” denilmektedir. Bkz.
Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 672.

⁷⁴ “...Munzam zarar alacaklısı, alacağın varlığını, bu alacağın geç ya da hiç ifa edilmemesinden
dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını, zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun il-
liyet bağını ispat etmek zorundadır...”. Bkz. Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 664.

⁷⁵ HGK. 19.06.2002, E:2001/13-569, K:2002/534; 13. HD. 16.05.2002, E: 2001/10695, K:
2002/5690 sayılı kararında, “...Alacaklı borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla
yükümlü değildir. Borçlu ancak temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlama koşuluyla sorumlu-
luktan kurtulabilir...”. Kararlar için bkz. Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 663,-665.

ru olmaksızın alacaklıya geç ulaştığını ispat ederek bu zararı tazmin etmekten kurtulabilir⁷⁶.

3. Munzam Zararın Görünüm Biçimleri

a. Alacağın Elde Edilmesi İçin Yapılan Masraflar

Alacaklı borcun zamanında ödenmemesi neticesinde temerrüde düşen borçludan alacağını elde etmek için birtakım masraflarda bulunmuş olabilir. Alacaklının yapmış olduğu bu masraflar temerrüt nedeniyle yapıldığı ve temerrüt faizi ile giderilemediği takdirde munzam zarar kapsamında borçludan tahsil edilebilir. Burada önem arz eden husus, bu masrafın borçlu temerrüde düşmemiş olsaydı yine yapılacak olup olmayacağıdır. Somut olay çerçevesinde söz konusu zararın temerrüdün doğal bir sonucu olup, amaca uygun ölçü ve şekilde yapıldığı kanaatine varılıyorsa tazmini mümkündür⁷⁷. Alacaklının alacağını temin etmek için masraflar yapmış olması gerekir. Alacaklının borçluyu temerrüde düşürmek için göndermiş olduğu ihtarname masraflarının munzam zarar kapsamında olup olmayacağı tartışmalıdır⁷⁸. Biz bir kısım yazarların⁷⁹ savunduğu, ihtarnamenin gönderildiği sırada borçlunun temerrüde düşmemiş olması gerekçesi ile ihtarname masraflarının bu anlamda munzam zarar olmadığı görüşünü benimsemekteyiz.

Alacaklının alacağını elde etmek için yapmış olduğu yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin munzam zarar teşkil etmesine HUMK m. 423 engeldir. Anılan madde yargılama giderlerinin nelerden ibaret olduğunu belirlemiş ve söz konusu masrafların kim tarafından karşılanacağını 416. maddesi ile hükme bağlamıştır. Bu sebeple kanunen herhangi bir talep olmaksızın hâkim tarafından hükmedilecek olan bu masrafların munzam zarara konu teşkil etmesi mümkün değildir.

⁷⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 619; Diğer örnekler için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 194.

⁷⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 197.

⁷⁸ Bu konuda ileri sürülen farklı görüşleri için bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 198-199. Yine a.y, dn. 576, 577, 578, 579, 580'de zikredilen yazarlar.

⁷⁹ Bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 198, dn. 577'deki yazarlar. *Aynı görüşte*: Barlas, **a.g.e.**, s. 199.

b) Yoksun Kalınan Kâr

Borçlunun temerrüde düşmeyerek zamanında borcunu ifa etmiş olması hâlinde, alacaklının parasını yatırımda kullanamayarak kâr elde edememesi nedeniyle uğramış olduğu zarar munzam zarar kapsamında talep edilebilecek kalemlerden biridir.

Alacaklı bu zararını ve zarar ile temerrüt arasındaki uygun illiyet bağıını ispat ederse, temerrüt faizi ile karşılayamadığı zararının tazminini talep edebilir. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, hâkim olayın şartları, alacaklının aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak adalete uygun bir karar vermelidir⁸⁰. Elde edilecek kazancın meşru, hukuka ve ahlâka uygun bir kazanç olması gerekir⁸¹. Örneğin, alacaklı para alacağı zamanında ifa edilseydi tefecilik yapıp gelir elde edeceğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunamaz.

Alacaklı tarafından paranın mevduat hesabına yatırılarak değerlendirilmesi ile ilgili olarak munzam zararın hesaplanmasında, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik uygulaması, alacağın tahsilindeki gecikmeden dolayı bankaların uyguladığı üçer aylık vadeli mevduatlarda tutulan paraların faizi miktarında alacaklının zararının olduğudur⁸².

c. Ödenmeyen Paranın Başka Kaynaklardan İkamesi Nedeniyle Yapılan Masraflar

Alacaklı, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi sebebiyle mahrum kaldığı para alacağını temin etmek için kredi çekmek ya da üçüncü bir şahıstan borç para almak zorunda kalarak bir takım masraflar yapmış olabilir. Bu anlamda kredi için faiz, üçüncü bir şahıstan aldığı borç için komisyon ödemiş olabilir. İşte alacaklının ödemek zorunda kaldığı söz konusu faiz, komisyon örf ve adet gereğince alacaklı tarafından üstlenilmesi gereken masraflar temerrüt faizi ile karşılanamadığı takdirde munzam zarar kapsamında⁸³ tazminat olarak borçludan istenebilir. Yargıtay'ın yerle-

⁸⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 206.

⁸¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 207.

⁸² Yarg. 11. HD. E: 1999/8667, K: 1999/8876, 09.11.1999, Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 675.

⁸³ Barlas, **a.g.e.**, s. 204; Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 677.

şik uygulaması da aynı istikamettedir⁸⁴. Belirtmek gerekir ki alacaklı zararını ve zarar ile temerrüt arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmek zorundadır.

Alacaklının borçtan daha fazla kredi çekmesi, kendi durumunu ağırlaştırması hâlinde borçlu, ödenen masraf, faiz ve komisyondan borcun miktarı ile orantılı olacak kısmı kadar sorumludur⁸⁵. Hâkim her somut olayın koşulları içerisinde borçluyu uygun bir tazminatla sorumlu tutmalıdır.

d. Enflasyon Sebebiyle Oluşan Zararlar

Para borcunun zamanında ödenememesi sebebiyle ifaya kadar geçen sürede ülkedeki enflasyon sebebiyle paranın alım gücünün azalmasının munzam zarar olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Doktrindeki bazı yazarlar⁸⁶ para değerinde meydana gelen azalmanın munzam zarar olarak borçluya yüklenebileceğini savunmaktadırlar. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, alacaklının munzam zararını somut olgular ile ispat etmesi gerektiği yönündedir⁸⁷.

⁸⁴ Yargıtay HGK'nun 23.03.1999, E: 1998/4335, K: 1999/1126 sayılı kararında, "...yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda davacı yanın hak edişlerin gecikmeyle ödenen tutarı kadar kredi kullandığı saptanmış, bu kredi için yapılan giderler ortaya çıkartılmıştır. Hak edişlerini gecikmelide olsa alan alacaklı tahsil sırasında faiz alacağını saklı tutmadığından... BK. m.105'e dayanılarak zararın giderilmesi istenildiğinde, isteseydi alabileceği geçmiş günler faizinin tenzili gerekir... süre gelen uygulamanın dışına çıkılıp BK. 105 yerine 102. madde hükmünden hareketle fazlaya hükmedilmesi doğru olmamıştır. Bu nedenle kararın bozulması gerekir..." (Meşe İçtihat ve Mevzuat Programı'ndan temin edilmiştir).

⁸⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 205

⁸⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 211.

⁸⁷ "... bu nedenle 105. maddeye dayanılarak munzam zarar istenecek ise, artık o merciin, zararın oranını belirlemek için kullandığı, dikkate aldığı, değerlendirdiği ölçülere ve bunların "maruf ve meşhur" oldukları olgusuna değil, davaya özgü, somut vakialara dayanılması gerekir. Bunlar da, elverişli ve geçerli delillerle kanıtlanmalıdır. Burada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238. maddesinin yarattığı istisna uygulanamaz. Zira kanıtlanacak olgular anılan maddede sözü edilen "maruf ve meşhur" olan enflasyon, para değerindeki düşüş ya da mevduat faiz oranları değil, az yukarıda açıklandığı gibi geç ödeme ile davacının maruz kaldığı zararı tevli eden vakialar ve bu vakialar nedeniyle uğranılan fiili zarardır. Örneğin, alacağını gününde alamayan alacaklının, aynı gün vadesi gelmiş bir borcunu ödemek için, borçlunun ödediği geçmiş günler faizi yerine bunun üzerindeki bir faizle borçlanması, ya da alacaklısına daha yüksek oranda faiz ödemek durumunda kalması; dövizle ödemeyi kabul ettiği borcu için, alacağını gününde tahsil edememesi nedeniyle sonraki günlerde daha yüksek kurdan döviz satın almak zorunda kalması gibi maddi olgularla kanıtlanan zarar söz konusudur." Yarg. HGK. E: 2004/15-349, K: 2004/365, 16.06.2004, (Meşe İçtihat ve Mevzuat Programı'ndan temin edilmiştir).

" Mahkemece, temerrüt faizini aşan munzam zararın varlığına dair yasal karine bulunmadığından ispat yükünün bunu ileri süren tarafa ait bulunduğu, munzam zararın nasıl oluştuğunun somut biçimde açıklanmadığı gibi zararın varlığı ve miktarına ilişkin somut kanıt ortaya konulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, ilk davada alacağını para olarak somutlaştırdığına göre, davalı borçlunun temerrüde düştüğü tarihten ödemenin yapıldığı güne

e. Alacaklının, Temerrüt Nedeniyle, Taraf Olduğu Diğer Hukukî İlişkilerin Olumsuz Etkilenmesi Sonucunda Oluşan Zararlar

Alacaklı, borçlunun ifada temerrüde düşmesi üzerine üçüncü bir kişi ile olan hukukî ilişkisinde zor duruma düşerek, edimini yerine getirememiş ya da geç yerine getirerek kendisi de temerrüde düşmüş olabilir. Alacaklının temerrüde düşerek temerrüt faizi ödemesi ya da başka zararlara uğramış olması hâlinde, ödemiş olduğu para ve yapmış olduğu masrafları ve temerrüt ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispat ederse, borçlu alacaklının uğramış olduğu bu zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır⁸⁸.

Alacaklı temerrüt yüzünden cezai şart ödemek zorunda kalmış ise, munzam zarar kapsamında ödediği bu miktarı da talep edebilir⁸⁹. Alacaklının temerrüt sebebi ile kendi alacağını ödemekte temerrüde düşmesi neticesinde mallarına haciz gelmiş ve satışa çıkarılıp cüzî fiyatlarla satılmış ise, bu takdirde alacaklı bu zararlarının tazminini de borçludan isteyebilir⁹⁰.

f. Yabancı Para Borçlarında Kur Değişikliği Sebebiyle Doğan Zararlar

Taraflar arasındaki borcun yabancı para borcu olması ve borçlunun ifada gecikerek temerrüde düşmesi halinde yabancı para kurundaki değişimler alacaklının zarara uğramasına neden olabilir. Borçlu ise bazı hallerde BK m.105 kapsamında bu zararı tazmin etmek zorundadır. Burada kur değişimlerinden kast edilen borçlunun

kadar geçen süre içerisinde, her yıl itibari ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansımada durumu, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranları, TL. karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik tabloları araştırılıp saptanmak, bu alanda uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılarak değinilen zaman dilimi içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle davacının uğradığı zararın açıklanan ölçütlere göre hesaplanacak unsurlar toplanıp ortalamaları bulunduktan sonra ortaya çıkacak rakamın Devlet İç Borçlanma Senedi'ne göre önceden bilirkişilerce hesaplanan miktardan az çıkması halinde o meblağın, aksi takdirde davacının ıslahla belirginleştirdiği meblağ temel veri alınarak alacağın tazminat niteliğinde olduğu ve bu zararın oluşumunda ülkenin sosyo-ekonomik realitesinin etkili olması nedeniyle bütün kişi ve kuruluşların etkilenmesinin kaçınılmaz olduğu gözetilerek gerek duyulduğunda BK. 'nın 43.maddesi çerçevesinde değerlendirme yapıldıktan sonra davacının munzam zararının hüküm altına alınması gerekirken, tacir olan davacının alacağına zamanında kavuşması halinde yatırım veya başkaca nema getirici alanda değerlendireceği yolundaki hayatın olağan akışına özgü olgular ve davalının kusursuzluğunu ispat edemediği gözden kaçırılarak davanın reddi doğru olmamıştır...). Yarg. HGK. E: 2007/11-55, K: 2007/53, 07.02.2007 (UYAP, <https://uyap.gov.tr>).

⁸⁸ Barlas, **a.g.e.**, s. 203.

⁸⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 399; Barlas, **a.g.e.**, s. 203.

⁹⁰ Barlas, **a.g.e.**, s. 203.

temerrüde düşmesinden sonraki, temerrüdün devamı sürecinde meydana gelen değişikliklerdir. Borcun doğumu ile muacceliyet tarihi, muacceliyet tarihi ile borçlunun temerrüde düştüğü tarih aralığındaki zaman diliminde meydana gelen değişiklikler munzam zarar dışında kalmaktadır⁹¹.

BK m. 83'e 14.11.1990 tarih ve 2678 sayılı Kanunun 29. maddesi ile eklenen 3. fıkra hükmü gereğince, "*Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir.*" Bu düzenleme ile borçlunun borcunu vadesinde ödememesi durumunda alacaklıya seçim hakkı tanınarak vade ya da fiili ödeme günündeki rayici seçme hakkı tanınmıştır. Eklenen fıkra ile alacaklıya paranın cinsini seçim hakkı tanınmadığından, alacaklı alacağını Türk Lirası olarak talep etmek zorundadır⁹².

Önemle belirtmek gerekir ki, anılan maddeye eklenen üçüncü fıkra ile borçlunun birinci fıkradaki seçim hakkına herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Zira üçüncü fıkra borçlunun borcunu vadesinde ifa etmemesi üzerine Türk Lirası ile yapılacak olan ödemeler açısından çevirmenin, hangi zamandaki kur üzerinden yapılacağı hususunda alacaklıya bir seçimlik yetki vermiştir⁹³.

Doktrinde⁹⁴, kur farkının da BK m.105 kapsamında munzam zarar olarak tazmin edilebileceği savunulmaktadır. Biz de isabetli olan bu görüşe katılmaktayız. Fakat BK m. 83'e eklenen 3. fıkranın, alacaklıya sağladığı seçenekler nedeniyle böyle bir zararın ortaya çıkma ihtimalinin de zora girdiğini belirtmek zorundayız.

Şöyle ki, yabancı paranın, temerrüt esnasında kuru düşmüşse, ikili bir ayrıma gidilerek durum değerlendirilmelidir. Sözleşmede yabancı para ile mutlak bir şekilde ödeme kaydı varsa ya da borçlu seçimlik hakkını kullanmayıp yabancı para ile ödemede bulunursa bu durumda, alacaklının seçim hakkı olmamasına rağmen 3095 sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince o yabancı para birimiyle açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına devlet bankalarınca uygulanan en yüksek faizi talep edebileceğin-

⁹¹ Barlas, **a.g.e.**, s. 21.4.

⁹² Barlas, **a.g.e.**, s. 93.

⁹³ Barlas, **a.g.e.**, s. 99.

⁹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 399; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 489; Barlas, **a.g.e.**, s. 217.

den kur farkı büyük oranda temerrüt faizi ile giderilecektir⁹⁵. Eğer borçlu Türk Lirası ile ödeme seçeneğini kullanmış ise alacaklı bu seçenekte vade tarihindeki ya da fiili ödeme günündeki kuru seçerek o günkü değer üzerinden parasını talep etme hakkına sahip olduğundan vade gününü seçmesi halinde hiçbir zararı doğmayacak, fiili ödeme gününü seçerse kur farkı ortaya çıkacak ise de bu alacaklının kendi talebinin bir sonucu olduğundan bu zararını munzam zarar kapsamında borçludan tazmin etmesi mümkün olmayacaktır⁹⁶.

Diğer bir durumda, yabancı para kurunun yükselmiş olması halinde eğer ödeme, yabancı para ile yapılmış ise alacaklının herhangi bir zararı olmayacaktır. Zira temerrüde düşme anındaki kur, ifa zamanındaki kurdan daha yüksektir. Borçlunun Türk Lirası ile ödeme seçeneğini seçmesi hâlinde ise alacaklı vade tarihindeki ya da fiilî ödeme günündeki kuru seçme hakkına sahip olduğundan, kur farkı sebebi ile tazminat talebi de söz konusu olamaz⁹⁷.

Yargıtay'ın konu hakkında istikrar kazanmış kararları, alacaklının dava veya takipte ihtirazı kayıt koyması hâlinde dahi BK m. 83/3'de hüküm altına alınan seçimlik hakkını kullanmış olması durumunda, bu seçimlik haktan dönerek yabancı para veya kur farkı adı altında bir talepte bulunamayacağıdır⁹⁸.

III. TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE TEMERÜDÜN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Kanunkoyucu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, BK m. 102'de düzenlenen ve tüm borç ilişkilerinde borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, alacaklı tarafından talebi mümkün olan, aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi yanında, BK

⁹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 398; Barlas, **a.g.e.**, s. 218, Grassinger, **a.g.e.**, s. 308.

⁹⁶ Barlas, **a.g.e.**, s. 218, Grassinger, **a.g.e.**, s. 308.

⁹⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 219.

⁹⁸ "...yasanın alacaklıya tanıdığı bu seçimlik hak, dönülmesi mümkün olmayan bir hak niteliğindedir...". HGK. 23.11.2002 tarih, 15- 15/19 sayılı kararında alacaklının seçim hakkını kullandıktan sonra doğacak olan kur farkını *munzam zarar* talebine konu yapamayacağını kabul etmiştir, Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 699; Aynı yönde: HGK. 07.04.1993, E: 13- 41, K: 145; HGK. 23.01.2002, 15- 15/19; 13. HD. E: 2605, K: 5054, 09.05.2002; 15. HD. E: 4379, K: 4426, 26.11.1998; 13. HD. E: 2728, K: 3158, 10.04.2000; Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 699.

m. 106 – 108. maddelerde borçlu temerrüdüne özel sonuçlar bağlayarak alacaklıya ek imkânlar tanımıştır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece temerrüdün genel sonuçları alacaklıya tanınmış olsaydı bu durumda alacaklının menfaatlerine uygun olmayan bir durum ortaya çıkacak, alacaklı karşı edimin ifa edilmemesi sebebiyle temerrüde düşen borçludan aynen ifa ya da gecikme tazminatı isterken, kendi edimini de belirsiz bir süre ifaya hazır halde tutmak zorunda kalacaktı. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan edim ve karşı edim arasındaki sıkı bağlantı nedeniyle alacaklının menfaatleri korunurken borçlunun da edimini aynen ifaya olan menfaati ile dengelemek gerekir⁹⁹.

BK m. 106 ile alacaklıya, aynen ifa ve gecikme zararlarının tazminini talep etme hakkı yanında aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmek veya sözleşmeden dönme hakları tanınmıştır. Borçlar Kanununun 106 ilâ 108. maddelerinde düzenlenen bu sonuçlar, tüm tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı tarafından kullanılabilir haklardır. Söz konusu maddelerdeki düzenlemeler zikredilen sözleşme türü açısından genel nitelik taşıyan hükümlerdir. Bu hakların kullanılması için borçluya mehil vermek gerekir. Kanun koyucu bazı hâllerde (BK m. 107) ise mehil tayinine gerek olmadığını öngörmüştür.

Biz bu bölüm başlığı altında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmini ve sözleşmeden dönme haklarının kullanılması için gereken şartların neler olduğunu, bu şartların gerçekleşmesi durumunda kullanılacak seçimlik hakların nitelik ve kapsamlarından bahsedeceğiz.

⁹⁹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 40.

B. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASININ ŞARTLARI

1. Borçlunun Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmede Temerrüde Düşmüş Olması

a. Tam iki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmenin Varlığı

Borçlu temerrüdünün BK m. 106-108. maddelerinde alacaklıya tanımış olan aynen ifadan vazgeçip müspet zararını tazmin etmek veya sözleşmeden dönme hakları sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan seçimlik hakları oluşturmaktadır¹⁰⁰.

Borçlar Kanununda “*karşılıklı taahhütleri havi akitler*” deyimi ile ifade edilen tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kavramı yerine, doktrinde “*karşılıklı akit*”¹⁰¹, “*iki tarafa tam borç yükleyen sözleşme*”¹⁰², “*karşılıklı edimleri havi akit (synallagmatik)*”¹⁰³, “*karşılıklı borçları içeren sözleşme*”¹⁰⁴ şeklinde çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bu çalışmamızda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme terimi kullanılacaktır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hakkında kanunda herhangi bir tanım yapılmamış ise de, doktrinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır¹⁰⁵. Yapılan tüm tanımların ortak noktasını edim ve karşı edim

¹⁰⁰ Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin bu hükümlere tabi olmadığına ilişkin düşünce için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 401, dn. 577; Havutçu, **a.g.e.**, s. 42; Eren, **a.g.e.**, s. 1065.

¹⁰¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 401.

¹⁰² Eren, **a.g.e.**, s. 1065.

¹⁰³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 944.

¹⁰⁴ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 368.

¹⁰⁵ Havutçu, “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan her biri, diğerinin edimini taahhüt etmekte, edimini diğerinin edimi ile değiştirmeyi amaçlamaktadır. Edimlerin taahhüt edilişlerindeki karşılıklı bağıllık, edim ve karşı edim arasında sıkı bir bağıllığın doğmasına yol açmakta, edimlerden her biri diğerinin karşılığını oluşturmaktadır.” şeklinde tanımlamıştır. Bu tanım ve Alman doktrininde yapılan diğer tanımlar için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 4; Oğuzman, Öz, “Bazı iki taraflı akitlerde taraflardan her birinin borcu diğer tarafın karşılığını teşkil eder. Taraflardan her biri diğer tarafın edimini elde etmek için borç altına girer. Bir edim değişimi söz konusudur. Bu tarzda ki iki taraflı akitlere “tam iki taraflı veya karşılıklı (contrat synallagmatique) akitler denir.” Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.254; Eren, “Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlanılan edim ve karşı edim karşılıklı değişim ilişkisi içinde olup, bu tür sözleşmelerde taraflardan her biri diğerinin hem borçlusu hem de alacaklısı durumundadır.” Eren, **a.g.e.**, s. 1065.

arasındaki karşılıklı¹⁰⁶ sıkı bağıllık oluşturmakta, herkes bu noktadan hareketle anılan sözleşmeyi tanımlamaktadır. Biz de bu ortak noktadan hareketle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyi; taraflardan her birinin diğerinin edimini elde etmek amacıyla borçlandığı ve edimlerin karşılıklı bağıllık içinde olup taraflardan her birinin ediminin karşı tarafın borcunun karşılığını teşkil ettiği bir sözleşme olarak tanımlamaktayız.

BK'nın 106-108. maddelerindeki seçimlik haklar tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde¹⁰⁷ alacaklı tarafından kullanılamaz¹⁰⁸. Kanunkoyucunun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya ek imkânlar tanımış olmasının sebebi, borçlanılan edim ile karşı edim arasındaki karşılıklı değişim¹⁰⁹ ilişkisidir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki tarafın edim borcu bulunmakla birlikte bu edimler birbirleriyle karşılıklı değişim içerisinde değildirlere. Bunun gibi şirket sözleşmeleri de tam iki tarafa borç yükleme niteliğine sahip olmadığından bu sözleşmelerde temerrüde düşülmesinde bahsi geçen haklar alacaklı tarafından kullanılamayacaktır¹¹⁰.

b. Borçlunun Aslî Edimi İfada Temerrüde Düşmesi

Borçlar Kanununun 106. maddesinde hüküm altına alınan seçimlik hakların alacaklı tarafından kullanılabilmesi için, borçlunun aslî edimi¹¹¹ ifada temerrüde düşmesi gerekir. Borca bağlı yan edimlerin ifasında temerrüde düşülmesi hâlinde, söz konusu seçimlik hakların kullanılması mümkün değildir. Bu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki edimlerin karşılıklı olma (synallagma) özelliğinden kay-

¹⁰⁶ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki karşılıklılık, eski Yunancada “synallagma” anlamına gelmektedir. Synallagma, bu sözleşmelerin yapısal özelliğini teşkil eder. Bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁰⁷ Oğuzman, Öz, eksik iki tarafa borç yükleyen akitler ile ilgili şu şekilde bir açıklama yapmaktadırlar; “...Bazı iki taraflı akitlerde ise, bir taraf her zaman borç altına girer; diğer taraf ise ancak bazı şartlar gerçekleşirse borç altına girer. Ücretsiz vekâlet ve ücretsiz vedia böyledir...” Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 265.

¹⁰⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 401, dn. 577; Eren, **a.g.e.**, s. 1065; Havutçu, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁰⁹ “Synallagma” ilişkisinin ayrıntılı açıklaması için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 8-21.

¹¹⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1066; Havutçu, istisnâ olarak şirket sözleşmesinin iki kişiden oluşması hâlinde mübadele teorisine göre müspet zararın karşılanabileceği görüşünü savunmaktadır. Bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 43.

¹¹¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 401; Havutçu, **a.g.e.**, s. 43, 44.

naklanmaktadır. Borçlu synallagma ilişkisine konu edimi ifada temerrüde düşmelidir¹¹².

2. Mehil Tayini

a. Mehilin Muhtevası ve Şekli

Borçlunun tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede temerrüde düşmesi hâlinde alacaklının, BK m.106'da kendisine tanınan ifa yerine tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme haklarını kullanabilmesi için borçluya ek bir süre vermesi gerekir. Alacaklının borçluya vermiş olduğu bu ek süreye “*mehil*”; ek süre verme işlemine ise “*mehil tayini*” adı verilir. Alacaklı mehil tayini ile borçluyu edimini belirli bir zaman diliminde ifa etmeye davet eder¹¹³. BK m.106'da kendisine tanınan seçimlik hakları kullanmak maksadı ile mehil vermemiş olsa bile mehil sonunda borcun ifa edilmemesi durumunda, alacaklı bu haklarını kullanabilecektir. Yine belirtmek gerekir ki alacaklının, yapmış olduğu bu bildirimde seçimlik haklarını, süre sonunda ifayı yapmadığı takdirde kullanacağına ilişkin bir ibarenin de bulunmasına gerek yoktur. Bunun istisnasını ise kanunkoyucunun özellikle bildirimde ek süre sonunda ifada bulunmaması hâlinde sonraki ifanın reddedileceği konusunda uyarılmasını aradığı durumlar oluşturur (BK m. 260/1, m. 288/1, m. 293/1,)¹¹⁴.

Alacaklının, borçluyu ifaya davet ederken vereceği mehil, borcun muhtevasına uygun olmalı ve açıklıkla bildirime konu mehilin hangi borç için verilip ne kadar süre ihtiva ettiği açıklıkla anlaşılmalıdır¹¹⁵. Doktrinde “derhal”, “vakit geçirmeksizin”, “uygun bir süre içinde”, “münasip bir mehil”¹¹⁶, “sizi doğacak zararlardan mesul tutacağım, fesih hakkımı mahfuz tutuyorum, sizi dava edeceğim”¹¹⁷ şeklinde borçluyu ifaya davet eden ek süre verilmesine ilişkin beyanlar geçersiz sayılmaktadır. Alacaklının, borçluya bildirmiş olduğu sürenin ne zaman başlayacağı söz konusu

¹¹² Havutçu, synallagma ilişkisine dâhil olması durumunda yan edimin ifasında temerrüde düşülmesi halinde de alacaklının söz konusu seçimlik hakları kullanacağını belirtmiş fakat buna bir istisna getirerek alacaklının asli edimi ret ederek asli edimini de kapsayacak şekilde müspet zararının tazminini talep edemeyeceğini ve sözleşmeden dönemeyeceğini savunmuştur. Havutçu, **a.g.e.**, s. 44.

¹¹³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 402; Havutçu, **a.g.e.**, s. 44.

¹¹⁴ Havutçu, **a.g.e.**, s. 47.

¹¹⁵ Havutçu, **a.g.e.**, s. 45.

¹¹⁶ Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 620; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 404; Eren, **a.g.e.**, s. 1066.

¹¹⁷ Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, s. 495.

beyandan anlaşılamiyor ya da borçlu, söz konusu bildirimden bu sürenin ne zaman başlayacağını anlayamamış ise verilen sürenin, beyanın borçluya ulaştığı andan başlayacağı kabul edilmelidir¹¹⁸.

Mehil, ihtardan farklı olarak borçluya borcunu ifa etmesi ve temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulabilmesi için tanınan son bir şans niteliğindedir¹¹⁹. Zira verilmiş olan sürede temerrüdün etkisi devam eder ve borçlu gecikme tazminatı ödemek zorunda olup, kazara vuku bulacak zararlardan da sorumludur.

BK m. 106'da "münasip" ibaresi kullanılarak borçluya tanınacak olan sürenin makul bir süre olması gerektiği hüküm altına almıştır. Bu süre, alacaklının ifaya olan menfaati, borçlanılan edimin türü ve dürüstlük kuralı gereğince borçlunun borcunu ifa etmesine uygun bir süre olmalıdır¹²⁰. Edimin bir an önce ifasında alacaklının menfaati ne kadar çok ise süre de o kadar kısa olmalıdır¹²¹. Eğer borçlu ifa hazırlıklarına başlamış ise, borçlunun yapmış olduğu ifa hazırlıklarının kısa bir mehil tayin edilerek boşa çıkmasına neden olunmaması için borçlunun menfaatini ihlal etmeyecek şekilde, borcun niteliğine göre belirlenecek olan ek süre münasip bir mehil olacaktır¹²². Alacaklı tarafından borçluya verilen bu ek süre çok kısa ise geçersiz sayılmayacak, sadece makul bir süre kadar uzadığı kabul edilecektir¹²³.

Taraflar tayin edilmesi gereken süreyi kendi aralarında kararlaştırabilirler. Yapmış oldukları bu anlaşma geçerli olup sürenin makul olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur¹²⁴. Bunun istisnasını ise, kanunkoyucunun mehilin asgari miktarını belirlemiş olduğu hâller oluşturur. Borçlar Kanunu m. 260 ve m. 288/f. 1 hükümleri buna örnek olarak gösterilebilir. Kanunda sürenin asgari haddinin belirtildiği bu gibi

¹¹⁸ Havutçu, **a.g.e.**, s. 45.

¹¹⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 620; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 403; Eren, **a.g.e.**, s. 1066; Havutçu, **a.g.e.**, s. 45.

¹²⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 621; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 403; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 947; Eren, **a.g.e.**, s. 1067; Havutçu, **a.g.e.**, s. 46.

¹²¹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 621; Eren, **a.g.e.**, s. 1067; Havutçu, **a.g.e.**, s. 46, Borçlu alacaklı tarafından tayin edilen kısa süreye itiraz edebilir. İtiraz etmemesi hâlinde bu kısa mehil hüküm ifade eder, borçlunun susması da mehilin uygun olduğuna bir karine teşkil eder. Bkz. Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 671.

¹²² Havutçu, **a.g.e.**, s. 46.

¹²³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 621; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 948; Havutçu, **a.g.e.**, s. 46; Eren, **a.g.e.**, s. 1067, Aksi görüşte olan Oğuzman, Öz, bu durumda "münasip olmayan mehilin" alacaklıya BK m.106'daki hakları sağlamayacağını, alacaklının yeniden borçluya ek süre vermesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 404.

¹²⁴ Havutçu, **a.g.e.**, s. 46.

durumlarda sözleşmede daha kısa bir süre öngörülmüş olsa dahi bu anlaşma geçerli olmayacak; kanunun emredici niteliğindeki hükümleri uygulanacaktır¹²⁵.

Mehil tayininin ne şekilde yapılacağına ilişkin Borçlar Kanununda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple mehil tayini yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir¹²⁶. Bu husus mehil verilecek borcun şekle bağlı bir sözleşmeden doğması hâlinde bile geçerlidir. İhtarın şekle bağlılığı hususunda yapmış olduğumuz yukarıdaki açıklamalar¹²⁷ mehil tayini için de geçerlidir. Bu sebeple, orada da belirttiğimiz üzere TTK m. 20/f.3 bu kuralın istisnası teşkil etmekte, ticarî bir işten kaynaklanan borcun ifasında temerrüt hâlinde mehil tayininin, noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılması gerekmektedir.

b. Hukukî Niteliği

Mehil tayini ihtar gibi tek taraflı, ulaşması gereken hukukî işlem benzeri bir fiildir¹²⁸. Bu sebeptir ki ihtarda olduğu gibi alacaklı tarafından verilen ek süre sonunda borçlunun ifada bulunmaması hâlinde doğacak hukukî sonuçlar, alacaklının iradesinden bağımsız kanun koyucu tarafından belirlenmiştir¹²⁹. Ek süreye ilişkin bildirim, alacaklının seçimlik haklarını kullanmadığı müddetçe borçlunun hâkimiyet alanına bir müdahalede bulunamaması sebebiyle, yenilik doğurucu bir etkiye sahip değildir¹³⁰. Borçluya yapılan ve ek süre tayinini içeren bildirimin edimin belirli bir süre içerisinde kesin olarak yerine getirilmesini içermesi gerektiği gibi ayrıca borçlu bu bildirim ile son defa ifaya davet edilmelidir¹³¹. İhtardan farklı olarak mehilde, borçluya borcu ödemesi konusunda bir vade bildirilir. Mehil bildiriminde alacaklının, borçluya söz konusu seçimlik hakları kullanacağını belirtmesine gerek olmadığı gibi ek süre vermesinin nedeni de bu hakları kullanmak olduğundan bahsetmesi gerekmez. Bu ise mehil tayinin hukukî niteliğinden kaynaklanır.

¹²⁵ Havutçu, **a.g.e.**, s. 46.

¹²⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1066; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 402; Havutçu, **a.g.e.**, s. 47.

¹²⁷ Bkz. s. 9.

¹²⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 620; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 404; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 946; Eren, **a.g.e.**, s. 1068; Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 669; Havutçu, **a.g.e.**, s. 47.

¹²⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 404; Eren, **a.g.e.**, s. 1068; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 620; Havutçu, **a.g.e.**, 47.

¹³⁰ Havutçu, **a.g.e.**, s. 47.

¹³¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1068; Havutçu, **a.g.e.**, s. 47.

c. Tarafları ve Süresi

Mehil tayini, alacaklı tarafından bizzat yapılabileceği gibi, kanuni temsilcisi veya yetkili temsilcisi ya da alacaklının talebi üzerine hâkim tarafından da yapılabilir¹³². Hâkim tarafından belirlenecek olan mehil özellikle taraflar arasında çıkacak olan sonraki uyuşmazlıkların önüne geçer¹³³. Mehil alacaklı ya da yetkili temsilcisi tarafından bizzat borçluya veya yetkili temsilcisine verilebilir.

Mehil tayini, BK m.106'nın lafzına göre temerrütten sonra yapılmalıdır. Fakat doktrinde¹³⁴, hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, ihtarın mehil beyanını da içermesi hâlinde, mehil tayini temerrütten önce de yapılabilir¹³⁵. Örneğin, alacaklının yapmış olduğu iharda borçluya ek süre verilerek '*borcu beş gün içinde ödeyiniz*' şeklinde bir ibareye yer verilmiş ise, bu durumda artık mehil tayini de yapılarak borçluya borcu ödeyeceği vade belirtilip, kendisine borcu ödeme konusunda son bir şans verilmiş olur. Temerrütten sonra hangi zaman dilimi içerisinde mehil verileceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu sebeple alacaklının dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinin dilediği zamanda mehili vermesi mümkündür¹³⁶.

3. Mehil Tayinine Gerek Olmayan Hâller

Kanun koyucu BK m.107'de mehil tayinin istisnalarını düzenlemiş, üç hâlde mehil tayinine gerek olmadığını hükme bağlamıştır. Bu istisnalar dışında tarafların kendi aralarında sözleşmeye koyacakları başka istisnâ hükümler de sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde geçerlidir¹³⁷.

a. Borçlunun Davranışlarından Mehil Vermenin Faydasız Kalacağına Anlaşılması

Borçlar Kanununun 107. maddesinin 1. bendinde yer alan hüküm ile borçlunun söz ve davranışları ile beyanlarından açıkça borcu ifa etmeyeceği anlaşılıyorsa,

¹³² Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 670; Havutçu, **a.g.e.**, s. 49.

¹³³ Hâkimin vermiş olduğu karara itiraz etmek mümkündür. Bkz. Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 670.

¹³⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 620; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 403; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 948; Eren, **a.g.e.**, s. 1066; Havutçu, **a.g.e.**, s. 48.

¹³⁵ Aynı yönde: "Temerrüt ihtar ile süre tayini aynı ihtarname ile yapılabilir.", YHGK., E: 1531, K: 410, 07.06.1989, Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 5, 3.Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010 **a.g.e.**, s. 3585.

¹³⁶ Havutçu, **a.g.e.**, s. 49.

¹³⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 949; Havutçu, **a.g.e.**, s. 49.

borçluya mehil verilmesine gerek yoktur. Örneğin, borçlunun alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini ya da edemeyeceğini açık bir şekilde söylemiş olması durumunda artık mehil tayini gereksizdir¹³⁸. Borçlu eğer borcun ifasını gerçekleştirdiğini ya da sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmiş ise yine durum aynıdır¹³⁹. Alacaklı tarafından borçluya mehil verilmesi hâlinde dahi borçlunun uzun sürecek olan ifa hazırlıklarına başlamamış¹⁴⁰ ya da çok geç başlamış olup telafisi mümkün değilse¹⁴¹ mehil verilmesi gereksizdir. Belirtmek gerekir ki, sürenin faydasız kalacağına ilişkin şüphe ile hareket edilip tahmin yürütülmesi, mehil tayini gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Örneğin, borçlunun edimini o an için ifa edemeyeceğini belirtmesi ya da borçluya birden çok ihtar çekilmesi hâllerinde, mehilin faydasız kalacağı açıkça belli olmayıp bu hususa ilişkin şüpheye dayalı olarak bir tahmin yürütüldüğünden, mehil verilmesi gereklidir¹⁴².

b. Borçlunun Temerrüdü Sonucu Borcun İfasının Alacaklı İçin Faydasız Kalması

Borçlunun temerrüdü sonucu borcun ifası alacaklı için faydasız kalmışsa mehil verilmesine gerek yoktur (BK m. 107/2. bent). Kanun koyucu ifanın herkes açısından değil sadece alacaklı bakımından faydasız kalmasını aramıştır¹⁴³. Alacaklı için ifanın tamamen faydasız kalması şart değildir, önemli surette faydasız kalması yeterlidir¹⁴⁴. Borcun ifasının temerrüt sonucunda alacaklı için faydasız kalması, alacaklının sözleşme yapılırken güttüğü amaç ve alacaklının içinde bulunduğu somut duruma göre belirlenir¹⁴⁵. Örneğin, Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramına katılacak

¹³⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 622; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 420; Eren, **a.g.e.**, s. 1068; Havutçu, **a.g.e.**, s. 49. Aynı yönde bkz. “ Kaldı ki davalı, sözleşmede yazılı işini terk ettiğinden Borçlar Kanunu’nun 107. maddesi uyarınca borçlunun hal ve vaziyeti itibarıyla mehil tayinine bile lüzum yoktur.”Yarg. 15. HD., E: 3198, K:361,22.11.1984, Uygur, **a.g.e.**, s. 3589.

¹³⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1068.

¹⁴⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 420; Eren, **a.g.e.**, s. 1068; Havutçu, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁴¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1069.

¹⁴² Havutçu, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁴³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 421; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 950; Eren, **a.g.e.**, s. 1069; *Nazikioğlu*, borcun ifasının alacaklı için faydasız kalmış olmasının, aynı şartlar içerisindeki tüm alacaklılar açısından faydasız kaldığı anlamına geldiğini, yani “*objektif faidesizlik*” olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Nazikioğlu*, **a.g.e.**, s. 674.

¹⁴⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 951; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 421; Havutçu, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁴⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 421.

öğrencilerin resmî bayramda giyecekleri kıyafetlerin dikimi konusunda terzi ile okul yönetimi arasında akdedilen sözleşmeye aykırı davranarak kıyafetleri yetiştiremeyen borçlu terzinin, 24.04.2010 tarihinde edimini ifa etmesi alacaklıya herhangi bir yarar sağlamaz¹⁴⁶. Bazı yazarlar¹⁴⁷ ise “*temerrüt sonucunda edimin ifasında menfaatin kalmamış olmasında başvurulacak belirleyici ölçüt, alacaklıdan mütemerrit borçlunun edimini kabul etmesinin ve kendi edimini ifa etmesinin beklenememesi*” olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Burada önemle belirtilmelidir ki, alacaklının mehil tayininde bulunmaksızın aynen ifanın kendisi için faydasız kaldığını belirterek seçimlik hakları kullanabilmesi için bu durumun temerrütten doğmuş olması gerekir¹⁴⁸. Alacaklı için ifanın faydasız kalması, temerrütten değil de başka bir sebepten doğmuş ve temerrüt ile arasında uygun illiyet bağı yok ise, mehil tayini alacaklı için zorunlu olup mehil tayin etmesizin alacaklının seçimlik haklarını kullanması mümkün değildir. Örneğin, alacaklının teslim alacağı malların fiyatları, borçlu temerrüde düşmeden fakat ifada yapılmadan önce çok düşmüş ve alacaklı aynen ifadan vazgeçtiği takdirde malı başka bir yerden daha ucuza alabilecekse bu durumda ifa alacaklı için faydasız kalmış ise de bu temerrütten kaynaklanmadığı için alacaklı mehil vermeden seçimlik haklarını kullanamaz¹⁴⁹.

Kanun koyucu ilgili maddeyi (BK m. 107/bent 2) düzenlerken borçlunun alacaklı için artık ifanın faydasız olacağı hususunu bilmesi gerektiğine yönelik herhangi bir hükme yer vermemiştir. Bu sebeple doktrinde bu konu tartışmalara neden olmuştur. Bir kısım yazarlar¹⁵⁰, borçlunun, temerrüt sonucunda ifanın artık alacaklı için faydasız kaldığını bilmesine, öngörmesine gerek olmadığını her hâlde mehil vermek-

¹⁴⁶ Klasikleşmiş ve diğer kitaplarda da yer bulan diğer örnekler ise şöyledir; Düğün için sipariş verilen gelinliğin zamanında teslim edilmemesi, tüccarın mevsimlik satabileceği eşyayı imalatçının mevsim sonu teslim etmesi, cenaze merasimi için ısmarlanan çelengın törenden sonra getirilmesi. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 950; Eren, **a.g.e.**, s. 1069; Havutçu, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁴⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁴⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 951; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 421.

¹⁴⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 951.

¹⁵⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 622. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 52, dn. 151.

sizin alacaklının seçimlik haklarını kullanabileceğini belirtmektedirler¹⁵¹. Buna karşılık kimi yazarlar¹⁵² ise, farklı yaklaşımlarla bu görüşün aksini savunmaktadırlar.

Kanaatimizce, borçlunun alacaklı için temerrüitten sonra yapılacak olan ifanın faydasız kalacağı hususunu, akit ile güdülen amaçtan bilmesi ya da öngörmesi gerekir. Bu takdirde borçlu temerrüdün sonucuna katlanacaktır. Fakat alacaklının özel saik ile sözleşmeyi yaptığı durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği hususu önem arz etmektedir. Biz, alacaklının borçluya sözleşmeyi yapmadaki özel saikini bildirmemesi halinde mehil tayin etmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira borçluya mehil ile son bir şans tanınmakta olup, ifayı yaparak alacaklının kullanacağı seçimlik hakların ağır sonuçlarından kendisini kurtarma imkânına sahip olan borçlunun, kanunen tanınan bu haktan alacaklının keyfiyeti sebebiyle mahrum kalması menfaatler arasında dengesizliğe sebep olup haksızlık yaratacaktır. Örneğin, günümüz dünyasında internet iletişim sisteminin gelişimi ve yaygınlaşması dikkate alındığında, internet aracılığı ile yapılan alım satım sözleşmelerinde mal teslimini yerine getirecek olan borçlunun, alacaklının hangi saik ile sözleşmeye konu malı aldığı hususunda bir bilgiye sahip olması, alacaklı belirtmediği müddetçe mümkün olamayacağından, sevgilisinin doğum günü için çiçek siparişi veren ve kesin vade ile sözleşme yapmayan alacaklının, borçlunun temerrüde düşmesi halinde artık ifanın kendisi için faydasız kaldığını ileri sürerek mehil tayin etmeksizin seçimlik haklarını kullanması mümkün olmayacaktır.

c. Sözleşmede Kesin Vade Karlaştırılmış Olması

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede tarafların ifanın mutlaka belirli bir tarihte yapılacağını, yapılmaması halinde aynen ifanın kabul edilemeyeceğini

¹⁵¹ Bkz, Havutçu, **a.g.e.**, dn. 151' de belirtilen yazarlar, s. 53.

¹⁵² *Havutçu*; bu konuda BK m.107'de sayılan diğer istisnalarda süre tayininin ortadan kalkmasına ya borçlunun kendisinin sebep olduğunu ya da kesin vade belirlenen hallerde bu tarihten sonra ifanın alacaklı için faydasız kaldığını borçlunun bildiğini ileri sürerek hem süre tayini hem de diğer istisnalar dikkate alındığında borçlunun edimin ifasının alacaklı için faydasız kalacağını bilmesi, öngörmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz, Havutçu, **a.g.e.**, s.53; *Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop* ise, bu hususu borçlunun kusurunu temel alarak, borçlunun büyük bir kusurunun veya ağır ihmalinin bulunması halinde bilmesi veya öngörmese dahi alacaklının süre tayin etmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Bkz. *Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop*, **a.g.e.**, s. 952; *Oğuzman, Öz*, ise akitle güdülen gayeden ifanın temerrüitten sonra alacaklı için faydasız kalacağını anlaşılmaması gerektiğini, alacaklının özel durumundan kaynaklanan bir saikin varlığı halinde ise alacaklının bu durumu açıklamış olmasını ya da kesin vadeli akit yapması yoluna gitmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. *Oğuzman, Öz*, **a.g.e.**, s. 421.

kararlaştırmaları halinde ortada kesin vadeli bir işlem olduğu kabul edilir¹⁵³. Anlaşılacağı üzere kesin vadeden bahsedebilmek için kesin bir tarihin ya da belirlenebilen bir tarih olarak tespiti yeterlidir¹⁵⁴. Buna karşılık “*mümkün olduğuunca çabuk*”, “*en kısa zamanda*” şeklinde bir tarih kararlaştırılması sözleşmeyi kesin vadeli bir sözleşme yapmaz¹⁵⁵.

Kesin vadeli bir sözleşmenin varlığı için ifa zamanının kesin bir tarih olarak belirlenmiş olması yeterli değıldir. Ayrıca edimin mutlaka kararlaştırılmış olan tarihte yapılması gerektiğı, yapılmaması hâlinde, aynen ifanın kabul edilmeyeceğı yönündeki iradenin açık ya da örtülü bir şekilde sözleşmeye yansıtılması gerekir¹⁵⁶.

Tam iki tarafa borç yükleyen kesin vadeli bir sözleşmenin varlığı halinde alacaklı, borçlunun belirlenen tarihte borcu ifa etmemesi hâlinde herhangi bir ek süre vermeksizin ve ihtarda bulunmaksızın, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini isteyebileceğı gibi, sözleşmeden de dönebilir¹⁵⁷.

Tarafların sözleşmenin kesin vadeli olduğunu belirtmek için kullandıkları yaygın ibareler “en geç”, “mutlaka” vb. gibi kelimelerdir¹⁵⁸. Örneğın, “*borcu 01.01.2011 günü mutlaka ödeyin*” şeklinde bir ibare ile taraflar borcun belirtilen günde ödenmesi konusunda kesin vadeli bir sözleşme yapabilirler.

BK m. 187’de yer alan düzenleme gereğince, ticarî alım satımlarda alacaklı, belirli bir vadenin kararlaştırılmış olması durumunda, mehil tayinine gerek olmaksızın ifa yerine müspet zararını tazminini talep edebilecektir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise alıcının aynen ifayı reddettiğıne yönelik var olan karinenin aksine ifayı istemekte ise bunu derhal satıcıya bildirmesi gerektiğı belirtilmiştir.

¹⁵³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 952; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 422; Eren, **a.g.e.**, s.1069; Havutçu, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁵⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 422; Eren, **a.g.e.**, s. 1069; Havutçu, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁵⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 422; Eren, **a.g.e.**, s. 1069; Havutçu, **a.g.e.**, s. 54; Aynı yönde; “*Protokölin C bendinde inşaatın bitim süresi; ‘yaklaşık 5 ilâ 6 yıl içinde bitirilme planlanmıştır.’ şeklinde belirlenmiştir. Sözleşmenin bu maddesinde sürenin başlangıç tarihi belli olmadığı gibi, bitim süresi de gün veya başlangıç tarihi belirtilerek bu tarihten itibaren belli bir sürenin sonu olarak yazılmadığından kesin vade niteliğinde değıldir.*” 15. HD. E: 2009/1306, K: 2010/838, 16.02.2010, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

¹⁵⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 422; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 953; Eren, **a.g.e.**, s. 1069; Havutçu, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁵⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1070; Havutçu, **a.g.e.**, s. 56- 57.

¹⁵⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 623; Eren, **a.g.e.**, s. 1070.

4. Borçlunun Verilen Mehil İçerisinde İfayı Yapmamış Olması

Alacaklının borçluya vermiş olduğu mehil içerisinde borçlu ifada bulunursa alacaklı bu ifayı kabul etmek zorundadır. Aksi hâlde alacaklı temerrüde düşer¹⁵⁹. Bu durumda alacaklı yine de talepte bulunabilir fakat kendisi de temerrüt halinde bulunduğu için seçimlik haklarını kullanamaz¹⁶⁰. Borçlunun borçlanılan edime uygun bir şekilde alacaklıya ifa teklifinde bulunmaması halinde, alacaklı teklif edilen ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bu halde alacaklı mehil süresi içinde tekrar borca uygun edimin borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde seçimlik haklarını kullanabilir¹⁶¹.

C. TEMERRÜT SONUCUNDA ALACAKLIYA TANINAN SEÇİMLİK HAKLAR

1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu 106. maddesi ile alacaklıya genel hükümler dışında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere has olmak üzere iki yeni seçimlik hak tanınmıştır. Alacaklı, borçlunun mehil içerisinde borca konu edimini ifa etmemesi halinde BK m. 106 gereğince aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebileceği gibi, aynen ifayı istemediğini derhal bildirerek, müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilecektir.

Alacaklının tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa isteyebileceğine yönelik BK m. 106'da yer alan “...*alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebiyle zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir.*” şeklindeki hüküm, alacaklıya yeni, özel seçimlik bir hak vermemektedir. Bu düzenlemenin amacı, aksine genel hükümler gereğince alacaklının haiz olduğu aynen ifayı talep hakkının mehil sonunda da devam ettiğini belirtmektir¹⁶².

Alacaklıya kanunen tanınan dönme hakkı her ne kadar BK m.106/2' de yer alan “...*borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep veya sözleşmeyi feshedebilir*” cümlesindeki fesih kelimesi ile tanımlanmak istenmişse de bu ibare

¹⁵⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 624; Havutçu, **a.g.e.**, s. 57.

¹⁶⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 624.

¹⁶¹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁶² Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 955; Havutçu, **a.g.e.**, s. 59.

kanun koyucu tarafından yanlış kullanılmış olup, bu kelimeyi ‘*dönme*’ şeklinde anlamak gerekmektedir¹⁶³.

Böylelikle alacaklı mehil sonunda ifa edilemeyen borç sebebi ile üç imkâna sahip olacaktır:

- Aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmek,
- Derhal aynen ifayı istemediğini bildirerek müspet zararının tazminini talep etmek,
- Derhal aynen ifayı istemediğini bildirerek sözleşmeden dönmek ve menfi zararını tazmin etmek.

Alacaklıya sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tanınan sözleşmeden dönme ve müspet zararın tazminini talep etmeye yönelik seçimlik hak niteliği itibariyle yenilik doğuran haktır¹⁶⁴.

2. Seçme Hakkının Hukukî Niteliği

Vazgeçme beyanında yaptığımız açıklamalarda¹⁶⁵ belirttiğimiz üzere seçim hakkı da vazgeçme beyanı ile birlikte derhal yapılmalıdır¹⁶⁶. Bu sebeple vazgeçme beyanı aynı zamanda bir seçim hakkını da içerir¹⁶⁷. Alacaklının vazgeçme hakkını şimdi, seçme hakkını ise sonra kullanacağına ilişkin bir beyan geçerli değildir¹⁶⁸. Alacaklı seçim hakkını tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile yapar. Seçim beyanı, yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan tek taraflı huku-ki işlem niteliğinde olup, borçlunun hâkimiyet alanına ulaşmak ile kendiliğinden hüküm ifade eder¹⁶⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki yenilik doğuran hakkın kullanılması

¹⁶³ Fesih ile Dönme arasındaki farklar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, 2007, Vedat Kitapçılık, s.117; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 955; Eren, **a.g.e.**, s. 1071; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**; Ankara, 1998, s. 79, 83.

¹⁶⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1071.

¹⁶⁵ Bkz. s. 71-74.

¹⁶⁶ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 625; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 406; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 1281, dn. 33; Nazikoğlu, **a.g.e.**, s. 673.

¹⁶⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 958, dn. 33.

¹⁶⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 405, dn. 600, s. 406.

¹⁶⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 406; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 958; Nazikoğlu, **a.g.e.**, s. 673; Havutçu, **a.g.e.**, s. 97.

sebebiyle, şarta bağlı yapılamaz¹⁷⁰. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede alacaklının ifayı talepten vazgeçtiğini beyan etmesi ile artık borçlunun asli edimi ifa yükümü ortadan kalkar. Buna karşın bu borcun yerine tazminat borcu geçmez. Bu halde artık alacaklının seçimlik haklarını kullanma yetkisi doğar¹⁷¹. Borçluya ulaşan ve müspet zarar tazmininin seçildiği bir beyanda geri alınamaz, alacaklı bunun ile bağlıdır. Alacaklının seçimiyle bağlı olmasının nedeni ise seçim hakkının yenilik doğuran bir hak olmasıdır. Seçim hakkının kullanılması herhangi bir şekle bağlı değildir. Alacaklı seçme hakkını kendisi ya da yetkili temsilcisi aracılığı ile borçlu ya da yetkili temsilcisine yöneltir. Hâkimin ise alacaklı yerine seçim hakkını kullanma yetkisi yoktur¹⁷².

Alacaklının beyanının açık bir tarzda ifade edilmemesi halinde nasıl yorumlanacağı konusu tartışmalı¹⁷³ olmakla birlikte bizce dürüstlük kuralı çerçevesinde, somut olaydaki şartlar dikkate alınarak borçlunun bu beyana vermesi gereken anlam dikkate alınmalıdır¹⁷⁴.

3. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Etmek

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, temerrüde düşen borçludan her zaman aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep etme hakkına sahiptir¹⁷⁵.

¹⁷⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 625, dn. 82; Havutçu, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁷¹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁷² Havutçu, **a.g.e.**, s. 109; Buna karşın *Tandoğan*, satıcının ayıba karşı tekeffülün de, tekeffül şartları gerçekleşince alıcı lehine doğan seçimlik hakların seçimi yolunda tarafların bir anlaşmazlığa düşmeleri halinde dava açmaları gerektiğini ve açılan davada hâkimin alacaklının seçtiği yolun aksine karar verebileceğini savunmuştur. Bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç Munasebetleri (Akdin Muhtelif Nevileri)**, C.1, Ankara, Başnur Matbaası, 1969, s. 125-126; Ayıba karşı tekeffül'de BK m. 202/f.2' de yer alan açık düzenleme gereğince hâkime bu yetki tanınmış iken, seçim hakkı ile ilgili bu şekilde açık düzenleme bulunmadığından biz hâkimin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde alacaklıya tanınan seçim hakkında da kıyas yoluyla böyle bir yetkiye sahip olacağını düşünmüyoruz.

¹⁷³ *Havutçu*, süre tayini sırasında, tazminat talebini içeren bir ibarenin gecikme zararlarını mı yoksa müspet zararın tazmini isteği mi olduğu konusunda yeterli açıklık bulunmadığını bu sebeple alacaklının vazgeçme bildiriminde bulunması gerektiğini savunmuştur. Nazikoğlu ise “*seni dava edeceğim*”, “*bütün zarardan mesul olacaksın*”, “*Eğer şu tarihte nakliyeye başlamazsan neticeden kendin hesap vereceksin*” ibarelerinin hangi hakkın seçildiğini açıkça içermediğinden, muhtevası açık olmayan bu beyanların kabul mecburiyeti olmadığını ve vuku bulmamış sayıldıklarını belirtmiştir. Bkz. Nazikoğlu, **a.g.e.**, s. 672.

¹⁷⁴ *Aynı görüşte*: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 407.

¹⁷⁵ Nazikoğlu, **a.g.e.**, s. 673; Bu konuda “Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları” başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. Bkz. “Aynen ifayı talep etmek” konu başlıklı açıklamalar bölümüne.

Bu hakların mehil sonunda kullanılabilmesi için alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya bildirmemiş olması gerekir. Alacaklı, “derhal” bir bildirimde bulunmadığı takdirde karine olarak, aynen ifada direndiği kabul edilir¹⁷⁶. Ticari satışlarda ise kanunen bu karinenin aksi düzenlenmiştir. Şöyle ki BK m.187/1’de ticari satışlarda satılan mala ilişkin teslim tarihi açıkça belirtilmiş ise bu halde karine olarak alacaklının teslimden vazgeçtiği ve müspet zararının tazminini istediği karine olarak kabul edilir. Bu sebeple alacaklının ayrıca aynen ifadan vazgeçtiğini beyan etmesine gerek yoktur. Eğer alacaklı aynen ifayı istiyorsa bunu mehil sonunda alacaklıya derhal bildirmelidir¹⁷⁷.

Alacaklının aynen ifayı talep etmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmez¹⁷⁸. Fakat aynen ifa ile birlikte istenecek olan gecikme tazminatı için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir¹⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki eğer alacaklı, borçluya vermiş olduğu mehilde söz konusu süre içerisinde borcun ifa edilmemesi halinde ifanın artık kabul edilmeyeceğini bildirmişse bu durumda artık alacaklı aynen ifa talep ederek gecikme tazminatı talep edemez¹⁸⁰. Sadece seçimlik haklarını kullanarak yalnızca müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

4. Aynen İfadan ve Gecikme Tazminatından Vazgeçtiğini Derhal Bildirerek Müspet Zararının Tazminini Talep Etmek

a. Aynen İfadan ve Gecikme Tazminatından Vazgeçtiğini Derhal Bildirmek

Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmek niyetinde değilse, bu talebinden vazgeçtiğini borçluya derhal bildirilmelidir. Vazgeçme bildirimi ile ala-

¹⁷⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 955; Eren, **a.g.e.**, s. 1071; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aynen ifa ve gecikme tazminatını alacaklının zamanaşımı süresi içinde her zaman isteyebileceğine yönelik kararı için bkz. YHGK., E: 13-11, K: 240, 26.03.1996, Uygur, **a.g.e.**, s. 3388 .

¹⁷⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 422.

¹⁷⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 961; Eren, **a.g.e.**, s. 1071;

¹⁷⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 961. Borçlu karine olarak kusurlu kabul edilir ve bu nedenle kusursuzluğunu ispat ile borçlu yükümlüdür. Buna karşın gecikme sebebiyle zarara uğradığını beyan eden alacaklı zarar ile gecikme arasındaki illiyet bağını ispatla mükelleftir. Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 677.

¹⁸⁰ Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

caklı aynen ifa talep hakkını yitirmekte, borçlu ise borca konu asli edim borcunu yerine getirmekten kurtulmaktadır¹⁸¹. Vazgeçme beyanı yenilik doğurucu bir hukuki işlem niteliğindedir¹⁸². Aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi ile alacaklı aynı zamanda vazgeçme hakkı üzerinde bir tasarrufta bulunduğundan tasarruf yetkisi ile fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹⁸³.

Vazgeçme beyanı borçluya ulaşmakla hüküm ifade eden tek taraflı bir irade beyanıdır¹⁸⁴. Bu irade beyanı yenilik doğuran bir hakkın kullanılması sebebiyle şarta bağlı olarak yapılamaz¹⁸⁵ ve borçluya ulaştıktan sonra geri alınamaz¹⁸⁶. Alacaklı eğer aynen ifadan vazgeçtiğini ifa yerine müspet zararının tazminini istemiş ise artık ne sözleşmeden dönebilir ne de ifa isteyebilir. Eğer sözleşmeden dönmeyi seçmiş ise bu halde de ifa ne de müspet zararının tazminini isteyebilir. Vazgeçme beyanı borçluya ulaştıktan sonra alacaklı aynen ifayı kabul etmeyebilir ve bu halde de temerrüde düşmez¹⁸⁷.

Alacaklı eğer aynen ifayı ve gecikme tazminatını istiyorsa bu durumda herhangi bir beyanda bulunmasına gerek yoktur. Kanuni bir karine olarak alacaklının, zaten aynen ifayı talep ettiği kabul edilir¹⁸⁸. Eğer aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine sözleşmeden dönmek veya müspet zararının tazminini istiyorsa, bu iradesine ilişkin vazgeçme beyanını derhal yapmalıdır. Alacaklı tarafından vazgeçme beyanı BK m. 106'ya göre mehil bitiminde derhal borçluya bildirilmeli ve bu bildirimde müspet zarar veya sözleşmeden dönme haklarından hangisinin seçildiği de beyan

¹⁸¹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 61; Eren, **a.g.e.**, s. 1071.

¹⁸² Eren, **a.g.e.**, s. 1071; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 406; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁸³ Eren, **a.g.e.**, s. 1071; Havutçu, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁸⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 407; Eren, **a.g.e.**, s. 1072; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁸⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 625, dn. 82; Havutçu, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁸⁶ Eren, **a.g.e.**, s.1072; Havutçu, **a.g.e.**, s. 61; Oğuzman, Öz, BK m. 9 ve m. 10'a kıyasen borçlunun vazgeçme beyanını öğrenmesinden önce alacaklının bu beyanından dönelebileceğini belirtmektedirler. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 407.

¹⁸⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 40; Eren, **a.g.e.**, s. 1072.

¹⁸⁸ Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 673. Ticarî satışlarda ise kanunen bu karinenin aksi düzenlenmiştir. Şöyle ki BK m.187/1'de ticari satışlarda satılan mala ilişkin teslim tarihi açıkça belirtilmiş ise bu hâlde karine olarak alacaklının teslimden vazgeçtiği ve müspet zararının tazminini istediği karine olarak kabul edilir. Bu sebeple alacaklının ayrıca aynen ifadan vazgeçtiğini beyan etmesine gerek yoktur. Eğer alacaklı aynen ifayı istiyorsa bunu mehil sonunda alacaklıya derhal bildirmelidir.

edilmelidir¹⁸⁹. Kanunkoyucu tarafından ‘derhal’ ibaresinin kullanılmasındaki amaç, alacaklının haklardan birine yönelik seçim süresini uzatarak borçlu aleyhine spekülasyon yapmasını önlemektir¹⁹⁰. Eğer alacaklı istediği zaman seçim hakkını kullanacak olsa idi, kendisini riske sokmadan borca konu edimin değerinin yükselmesi halinde aynen ifayı, edimin değer kaybetmesi halinde ise sözleşmeden dönmek isteyerek, borçluyu aynen ifanın istenip istenmediği konusunda belirsizlik içinde bırakacaktı¹⁹¹. Derhal ibaresinden anlaşılması gereken ise alacaklının işlerin olağan akışına ve olaydaki özelliklere göre mümkün olan çabuklukla, vakit geçirmeden hangi hakkı seçtiğini borçluya bildirmesidir¹⁹².

Alacaklının mehil sonunda vazgeçme beyanında bulunmayarak aynen ifade direnmesi veya ihmalkâr davranarak bu beyanda bulunmaması halinde seçme hakkına sahip olduğu, müspet zararının tazminini istemek ve sözleşmeden dönmek hakları tamamen ortadan kalkmamaktadır¹⁹³. Alacaklının bu haklarını tekrar kullanabilmesi için borçluya yeni bir mehil vermesi yeterlidir¹⁹⁴. Yeni verilecek mehil sonunda alacaklı yine müspet zararının tazminini isteyebilecek veya sözleşmeden dönebilecektir. Alacaklının ifayı talep etmiş olması hatta dava açarak ifa talep etmesi borçluya yeni bir mehil tayin etmesine engel teşkil etmez¹⁹⁵.

Borçlunun, alacaklının derhal vazgeçme beyanında bulunmadığını bu sebeple müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönme seçimlik haklarını kullanmayacağı ileri sürmesi halinde aynen ifaya hazır olması gerekir¹⁹⁶.

Vazgeçme beyanının mehilin sonunda derhal yapılması gerekiyor ise de bu beyan mehil verilirken¹⁹⁷ hatta mehil tayinini içeren ihtar ile birlikte alacaklı tarafın-

¹⁸⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 625; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 406; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 1281, dn. 33.

¹⁹⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 625; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 406; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 961.

¹⁹¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 406.

¹⁹² Eren, **a.g.e.**, s. 1072; Havutçu, **a.g.e.**, s. 62, dn. 193.

¹⁹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 957.

¹⁹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 408; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 957.

¹⁹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 407.

¹⁹⁶ Havutçu, **a.g.e.**, s. 63

¹⁹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 407; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s.958; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

dan yapılabilir¹⁹⁸. Örneğin alacaklı “borcunuzu 10 gün içinde ifa ediniz, ifa etmemeniz halinde akitten döneceğim” şeklinde bir ihtarda bulunursa bu takdirde seçme hakkını önceden kullanan alacaklı süre sonunda aynen ifayı isteyemeyecektir. Bu üç beyandan sadece vazgeçme beyanı yenilik doğurucu bir hukuki işlemdir¹⁹⁹. Çünkü bu beyan ile alacaklının iradesi hukuki bir işleme yönelmiş olup bu beyan ile borcun içeriği değiştirilebileceği gibi sözleşmeden dönülerek borç ilişkisi tamamen ortadan kaldırılabilecektir²⁰⁰.

BK m.107’ de sayılan mehil tayinine gerek olmayan hallerde de alacaklının borçluya seçimlik haklarını kullanmak için derhal vazgeçme beyanında bulunup bulunmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar²⁰¹ mehil tayinine gerek olmayan hallerde alacaklının vazgeçme bildiriminde de bulunmasına gerek olmadığını savunmaktadırlar. Bazı yazarlar²⁰² ise alacaklının mehil tayinine bulunmasına gerek olmayan hallerde de seçimlik haklarını kullanabilmesi için mutlaka vazgeçme bildiriminde bulunulması gerektiğini savunmaktadırlar.

Kanaatimizce alacaklının müspet zararının tazminini talep edebilmesi ve sözleşmeden dönebilmesi için mehil gerekmeyen hallerde de derhal bildirimde bulunması gerekir. Borçlu ifada bulunmayacağını kesin bir dille belirtmiş (BK m.107/ b.1) ya da, alacaklı için artık ifa yapılması faydasız kalmış (BK m.107/ b.2) veya kesin vade kararlaştırılmış (BK m.107/ b.3) bir halin varlığı söz konusu olsa bile alacaklının spekülasyon yaparak borçluyu belirsiz bir duruma sokmasını engellemek amacıyla madde metninde yer verilen “*derhal*” ibaresinin mehil tayinine gerek olmayan hallerde gereksiz kaldığını savunmak bizce isabetsizdir. Borçlu açısından bir belirsizlik oluşturan bu durumun Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop yazarların belirttiği şekilde dürüstlük kuralının kontrolünde gidermek bizce mümkün değildir. Borçlu hangi hukuki konumda olduğunu bilmelidir. Önemle belirtmek gerekir ki kanun lafzı dikkate alındığında da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde vazgeçme beyanının seçimlik hakların kullanılmasının zorunlu şartı olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

¹⁹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 958; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 958; Havutçu, **a.g.e.**, s.60.

²⁰⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 958.

²⁰¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 958; Havutçu, **a.g.e.**, s. 60.

²⁰² Eren, **a.g.e.**, s. 1072.

b. Müspet Zararın Tazminini Talep Etmek

(1) Müspet Zarar Kavramı

Borca konu edim sözleşmeye uygun ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile borcun ifa edilmemesi halindeki mevcut durumu arasındaki fark müspet zarar olarak tanımlanır²⁰³. İfa etmeme nedeniyle alacaklıya tanınan tazminatın konusunu alacaklının ifadaki menfaati oluşturur²⁰⁴. İfa menfaati “edimin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesine olan menfaat” olarak anlaşılmalıdır²⁰⁵.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye konu edimi ifada temerrüde düşen borçlunun borcu ifa etmemesi halinde alacaklının malvarlığında ifa etmeme nedeniyle borca konu edimin parasal değeri kadar bir azalma meydana gelecektir. Alacaklının malvarlığındaki sadece bu azalma müspet zararın kapsamını oluşturmaz. Ayrıca borca konu edim zamanında ifa edilmiş olsaydı alacaklının uğramayacak olduğu tüm zararlar gecikme ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunduğu müddetçe müspet zarar kapsamında tazmin edilmelidir²⁰⁶. Çünkü BK m.106 ile güdülen amaç alacaklıya tanınan müspet zararının giderilmesi olanağı ile alacaklının ifa menfaatini sağlamaktır. Yani edim vaktinde ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığı hangi değere ulaşacak idiyse o değer ekonomik olarak tesis edilmesi gerekmektedir.

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede bir taraf kısmi temerrüde düşmüş ve alacaklının karşı edimi bölünmeye elverişli ise bu halde aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininde ifa edilmeyen kısım ile bu kısma tekabül eden alacaklının ediminin dikkate alınması gerekir²⁰⁷. Alacaklının aynen ifa yerine tazminat istenmesi halinde sözleşme varlığını korumakta sadece edim borcunun yerini tazminat borcu almaktadır²⁰⁸. Borçlunun müspet zararın tazminine ilişkin sorumluluğu, kusurlu im-

²⁰³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 339; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 855; Havutçu, **a.g.e.**, s. 68.

²⁰⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 626; Havutçu, **a.g.e.**, s. 68.

²⁰⁵ Havutçu, **a.g.e.**, s. 68.

²⁰⁶ Gecikme zararlarının ifa etmeme nedeniyle tazmini gereken zararlar kapsamında olup olmadığı konusunda İsviçre Federal Mahkemesi ve Alman Mahkemelerinde verilen karar ve doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 68.

²⁰⁷ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 630; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 425.

²⁰⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, s. 1072; Havutçu, **a.g.e.**, s. 67.

kânsızlıkta borçlunun tazminat ödemesine ilişkin hükümler ile aynı esaslara tabiidir. Bu esas çerçevesinde her ne kadar BK m.106’ da kusurdan bahsedilmemiş ise de tazminat borcunun doğması için kusur şart olduğundan ve BK m. 96’ da var olan kusur karinesi nedeniyle, müspet zararın tazmininde de borçlu kusurlu olmalı ve müspet zarar ile temerrüt arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir, borçlu kusursuz olduğunu ispatlayarak tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir²⁰⁹.

(2) Müspet Zarar Kapsamı

Edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığında edimin parasal değeri kadar bir azalma meydana gelir. Meydana gelen bu azalma yanında somut yöntemin tercih edilmesi halinde ikame alım için yapılacak masraflar, yeni bir sözleşme kurmak için yapılan masraflar ile gecikme ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan zararlar bu kapsamda tazmin edilebilecektir. Bu sebeple, dava giderleri, seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar, cezai şart, para borçlarında temerrüt halinde temerrüt faizi, munzam zarar, kullanma ve değerlendirme amacına göre yoksun kalınan kar²¹⁰, gecikme ile uygun illiyet bağı içerisindeki zarar kalemlerini oluşturur²¹¹.

c. Alacaklının Kendi Edimi Bakımından Durumu ve Mübadele ile Fark Teorileri

Borçlar kanununda alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ni istediği durumlarda kendi edimini ifa edip etmeyeceği hususunda herhangi bir düzenleme yer almaz. Tartışmalı olan bu hususun çözümü için doktrinde iki farklı teori ileri sürülmüştür. Bunlar mübadele (değişim) teorisi ve fark teorisidir. Müspet zararın hesaplanmasında, alacaklının kendi edimi de dikkate alınarak mı hesap yapı-

²⁰⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 626; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 409; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 962; Eren, **a.g.e.**, s. 1074; Havutçu, **a.g.e.**, s. 105 vd.

²¹⁰ “Kâr kaybı ise kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kâr kaybı açısından kardan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kardan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kâr kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir.” Yarg. HGK. E: 2010/14-244, K: 2010/260, 12.05.2010, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

²¹¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1073; Havutçu, **a.g.e.**, s. 75.

lacak, yoksa hesaplamada sadece borçlunun ifa etmediği edimi mi dikkate alınacaktır? Biz alt başlıklar halinde her iki teoriyi genel olarak açıklayacağız.

(1) Mübadele Teorisi

Mübadele (Değişim) teorisinin²¹² esasını alacaklının kendi edim yükümünü aynen yerine getirmesi oluşturur. Bu teoriye göre müspet zararın tazmininde ifa edilmeyen edim dikkate alınarak zarar hesaplanacak ve ifa edilmeyen edim sebebiyle ödenecek tazminat ile alacaklının edimi mübadele edilecektir. Borçlunun asli ediminin, aynen ifanın reddedilmesi sebebiyle sona ermesi sonucu bu borcun yerini tali edim yükümü niteliğindeki tazminat borcu alacaktır²¹³. Sözleşme varlığını koruyacak sadece borçlunun ediminin niteliği değişecektir. Alacaklı da kendi edimini ifa etmek zorunda kalacaktır.

von Tuhr²¹⁴, kural olarak Borçlar Kanununda kanun koyucunun iradesinin mübadele teorisi lehinde olmasını şu temele dayandırmaktadır. Borçlar Kanunu kusursuz imkânsızlığın sonuçlarını düzenleyen m. 117/f.2’de, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebi ile edim yükümü sona erdiğinde artık karşı edimin istenmesi de mümkün değildir. Bu sebeple kusurlu imkânsızlık ve temerrüt sonucunda müspet zararın tazmininde alacaklı kendi edimini ifa etmelidir.

(2) Fark Teorisi

Mübadele teorisinde savunulan görüşün aksine fark teorisine²¹⁵ göre alacaklı edimini ifa etmek zorunda değildir. Alacaklı kendi ediminin değerini borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından düşecek ve aradaki fark alacaklının müspet zararını

²¹² Bu teoriyi savunmakta; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627.

²¹³ Havutçu, **a.g.e.**, s. 77.

²¹⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 571.

²¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 346, 347; Eren, **a.g.e.**, s. 1073.

oluşturacaktır²¹⁶. Bu nedenle fark teorisine göre, alacaklının tazminat talebi ile sözleşme tek taraflı tazminat talebinden oluşan özel bir tasfiye ilişkisine dönüşür²¹⁷.

Mübadele teorisi ve fark teorisi arasındaki farkı bir örnek ile şu şekilde açıklayabiliriz: (A) şahsı sahip olduğu 150.000 TL değerindeki devre mülkün mülkiyetini (B) şahsına devir konusunda anlaşıır. (B) ise karşılık olarak sahip olduğu 200.000 TL değerindeki elmas kolyeyi (A)'ya verecektir. Borçlu (B) kusurlu olarak temerrüde düşmüş ve alacaklı (A) vazgeçme beyanında bulunarak müspet zararının tazminini istemiş ise bu durumda (A)'nın zararı fark teorisine göre şu şekilde tespit edilecektir. Bu durumda (A) edimini ifa etmeyecek ve (B)' den elmasın devre mülkten değer olarak fazla olan kısmını alabilecektir. Bu halde tazminat miktarı 200.000 TL-150.000 TL= 50.000 TL olacaktır. Mübadele teorisi dikkate alındığında ise alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda kalacak ve tazminat olarak borçlu (B)'den elmasın değeri olan 200.000 TL'yi ödemesini isteyecektir.

Fark teorisi ile mübadele teorisinin seçilmesi tazminat talep eden kişinin kendi ediminin para olması halinde pek önem arz etmez. Mübadele teorisinin seçilmesi halinde dahi karşılıklı para edimleri arasında taraflardan birinin takas beyanı karşısında yine aradaki fark kadar tek borca inecektir²¹⁸. Bununla birlikte ayırt edici husus mübadele teorisinde tazminat miktarından takas yolu ile indirim yaparken fark teorisinde hukuki nitelik olarak takas değil mahsubun söz konusu olmasıdır²¹⁹.

Borçlar Kanunu m. 188, m. 212'de düzenlenen ticari satımlara ilişkin hükümlerde fark teorisi açık bir şekilde kabul edilmiştir. Bk m. 188'e göre vadeli ticari satımlarda satıcının teslim borcunu ifa etmede temerrüde düşmesi halinde alacaklı ya satılan malın semeni ile teslim edilmeyen mal yerine ikame olarak bir başkasını temin etmek amacıyla üçüncü bir kişiye iyi niyetle ödemiş olduğu semen arasındaki farkı, ya da satılan malın borsaya kayıt ve kabul edilmiş olan veya cari fiyatı bulunan

²¹⁶ Doktrinde bu görüşte olan yazarlar; Eren, **a.g.e.**, s. 1073, 1074; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 962, Bu konuda *Oğuzman, Öz*, bu teoriyi ancak, "bir tarafın borcunun imkânsızlaşması halinde karşılıklı borçların sukut ettiği ve borçlunun, karşılıklı borçların sukutu yüzünden doğan zararı tazmin edeceği" fikrine dayanıldığı halde kabul edilebileceğini savunmuşlardır. Bkz. *Oğuzman, Öz*, **a.g.e.**, s. 347, s. 312-313.

²¹⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 77.

²¹⁸ *Oğuzman, Öz*, **a.g.e.**, s. 349.

²¹⁹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 88

bir mal olması halinde ikame olarak bir diğerini almaya muhtaç olmaksızın satılanın semeni ile teslim için muayyen olan tarihteki fiyatı arasındaki farkı tazminat olarak ister. BK m. 212' ye göre ise alıcı semeni ödemede temerrüde düşerse satıcı malı üçüncü bir kişiye iyi niyetle sattığı fiyat ile semen arasındaki farkı ya da satılan şeyin piyasa ya da borsa fiyatı varsa satılanın muayyen ödeme günündeki fiyatı ile semen arasındaki farkın tazminini isteyebilir. Görüldüğü üzere bu hükümlerde kanun koyucu fark teorisini açıkça benimsemiş bulunmaktadır.

Bu iki teori dışında alacaklıya tazminatın hesaplanmasında her iki hesaplama türünden birini seçme imkânı tanınması gerektiğini ileri süren yazarlar da vardır²²⁰.

d. Müspet Zararın Hesaplanması

Müspet zararın tazmininin fark ya da mübadele teorisine göre talep edilmesi, tazminatın amacının alacaklının ifa menfaatinin tatmin edilmesi olması nedeniyle zararın kapsamında bir değişiklik yaratmaz²²¹. İfa menfaatinden kasıt ise borca konu ifa edilmeyen edimin değeri ve gecikme ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan zarar kalemlerinden oluşur²²². Borçlar kanunun fark teorisini benimsediği BK m.188 ve m.212' de ifa edilmeyen edimin değerinin tespiti için iki ayrı yöntemin benimsendiği görülmektedir. Bunlar “somut yöntem” ve “soyut yöntem” olarak karşımıza çıkmaktadır.

(1) Somut Yöntem

Borçlar Kanunu ticari satımlarda satıcının teslim borcu ile ilgili temerrüde düşmesi halinde talep edilecek tazminatın somut yöntemle göre hesaplanacağını açıkça düzenlemiştir. Somut yöntem, alacaklının asgari ifa menfaatinin yani ifa edilme-

²²⁰ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. I**, s. 146; Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**; Havutçu, **a.g.e.**, s. 93.

²²¹ Havutçu, **a.g.e.**, s. 114.

²²² Havutçu, **a.g.e.**, s. 114; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yoksun kalınan kârın hesaplanmasında BK. m. 325'in kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. “iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafta haksız feshedildiği hallerde Borçlar Kanununun 106. ve 108. maddeleri hükümleri gereğince kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanununun 325.maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması gerekir. Bu yöntemle göre kâr kaybı ise sözleşme ifa ile bitse idi zarar görenin elde etmesi muhtemel bütün gelirlerden yapması gereken bircümle zorunlu harcama kalemleri ile sözleşme süresinden evvel feshedildiğinden süresinden evvel fesih nedeniyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarları toplamı indirilerek bulunur. Yarg. HGK. E:2010/14- 244, K: 2010/260, 12.05.2010, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

yen edimin değeri olup, ifa edilmeyen malın ikame edilmek üzere üçüncü bir kişiden temin edilmesi sırasında ikame için yapılan giderlerden sözleşmede kararlaştırılan semenin düşülmesi suretiyle hesaplanmasıdır²²³.

BK m. 188/ f.2’ de yer alan düzenleme gereğince, satıcının temerrüdünde alıcının sözleşmeye konu edimi ikame etmek için aldığı malın değeri edimin değeri olarak kabul edilir ve sözleşmede kararlaştırılmış olan semen ile bu malın değeri arasındaki farkı alıcı tazmin edecektir. Somut yöntem²²⁴ ile belirlenen zarara somut zarar denir. Keza alıcının semeni ödemede temerrüdü düşmesi ve borçlunun akti feshedip malı bir başkasına satması halinde satıcının ediminin değerinin tespiti üçüncü şahsa satmış olduğu mal karşılığında elde ettiği bedel kendi ediminin karşılığını oluşturup, bu bedel ile sözleşmede kararlaştırılan semen arasındaki farkın tazminini satıcı talep edebilmektedir (BK m.212/ f. 1).

Borçlar kanununda ticari satımları düzenleyen BK m.188/ f.2 ve m. 212/ f.1’ de açıkça düzenlenen somut yöntem, fark teorisinin²²⁵ uygulandığı adi işlerde de uygulama alanı bulabilir²²⁶. Yine belirtmek gerekir ki kanunda sadece ticari satım sözleşmeleri için getirilen bu yöntem kira sözleşmesi, eser sözleşmesi ve diğer tüm tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanabilir²²⁷.

Alacaklının ifa edilmeme halinde üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşme sonucunda edimi ikame ettiğini ileri sürüp tazminat isteyebilmesi için böyle bir sözleşmenin varlığı zorunlu olup, ikame işleminin yapıldığına dair ispat yükü ise alıcı üzerindedir²²⁸. Alıcının üçüncü kişi ile yapmış olduğu sözleşmede dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde, dürüst ve makul bir alacaklı gibi hareket etmesi gerekir²²⁹. Alacaklının hüsniyetle hareket etmediğini ispat külfeti borçlu üzerinde olup, ikame alımı-

²²³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 349; Havutçu, **a.g.e.**, s. 115.

²²⁴ Oğuzman, Öz, Somut yöntemi “Müşahhas (somut) metod” olarak adlandırmaktadır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 349.

²²⁵ Mübadele teorisinin uygulanması hâlinde de söz konusu maddelerdeki edimin değerinin belirlenmesinde somut yöntemin uygulanabileceğini kabul eden görüş için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s.115.

²²⁶ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. I**, s. 90; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 351; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 1151; Havutçu, **a.g.e.**, s. 115, 116.

²²⁷ Örnekler için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 116.

²²⁸ Sözleşmenin varlığı zorunlu ise de fiilen yerine getirilip getirilmediği önem taşımaz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 118.

²²⁹ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. I**, s. 85; Havutçu, **a.g.e.**, s. 117.

nın hüsnüniyet ile yapılmadığının ispatı halinde, bu alım geçersiz olmayıp; hâkim, hüsnüniyetle yapılmayan fazlaya ilişkin kısım ve masrafları alacaklıya yükler²³⁰.

(2) Soyut Yöntem

Soyut yöntem, ifa edilmeyen edimin değerinin tespitinde herhangi bir ikame işlemi olmaksızın soyut bir ölçü dikkate alınarak hesaplanmasıdır²³¹. Borçlar Kanununun fark teorisini uyguladığı ticari satımlarda edim değerinin hesaplanması için m. 188/ f.3 ve m. 212/ f.2’de öngördüğü soyut yönetime göre, satıcının temerrüdünde alıcı edim yerine ikame mal almaksızın malın borsada kayıtlı ya da cari fiyatı bulunan mallardan olması halinde, alıcının temerrüdünde ise satıcı malı başkasına satmasına gerek olmaksızın malın borsada kayıtlı ya da cari fiyatının bulunması halinde, vadedeki cari fiyatı edimin değeri olarak kabul edilip satış sözleşmesindeki semen ile malın değeri arasındaki farkın tazminini isteyebilir.

Soyut yöntemin fark teorisinin uygulama alanı bulduğu ticari satım sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerde uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar²³², soyut yönteminin ancak ticari satımlarda uygulanacağını bu sebeple adi sözleşmelerde satım sözleşmesinin uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmişlerdir. Bu görüşe göre kanun koyucu ticari satım sözleşmelerinde alıcının malı tekrar satmak ve kar elde etmek amacıyla hareket ettiğinden yola çıkmış olduğundan soyut yöntem sadece ticari işlerin gereklerine uygun düştüğünden bunun dışındaki sözleşmelerde uygulanamaz²³³. Bir kısım yazarlar²³⁴ ise fark teorisinin uygulandığı diğer hallerde de soyut yöntemin uygulanabileceğini savunmuşlardır. Bizimde katıldığımız ve isabetli olan ikinci görüş çerçevesinde fark teorisinin uygulama alanı bulduğu diğer sözleşmelerde de soyut yöntemin uygulanmasında herhangi bir engel yoktur. Edimin ifa edilmemesi halinde alacaklının yapacağı ikame masraflarda hangi niyet ile hareket ettiği herhangi bir önem taşımaz. Keza alıcının ifa edilmeyen mal yerine herhangi bir şekilde ikame alımı yapmamış olması da onun herhangi bir zararının olmadığını ya da o malı satıp tekrar kar elde etmek istemediğini göstermez. Ayrıca

²³⁰ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. I**, s. 85.

²³¹ Dar anlamda ve geniş anlamda soyut yöntem tanımı için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 118.

²³² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627.

²³³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627.

²³⁴ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri C. I**, s. 90; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 351; Havutçu, **a.g.e.**, s. 123.

piyasa ve cari değeri olan bir malın vade tarihindeki değerine göre tazmini adi işlerde de kolaylık sağlayacaktır. Fark teorisinde, alacaklının ifa menfaatinin asgari ölçüsünü ifa edilmeyen edimin ikamesi için yapılan masraflar ile sözleşmede kararlaştırılan semen arasındaki fark olduğunu belirtmiştik. Her alıcının ifada menfaati vardır. Bu sebeple BK m.188’ de belirtilen piyasa ve cari değer sadece sabit oran olup bu niteliği itibariyle de adi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanabilir.

Edim konusu malın borsa ya da piyasa fiyatının bulunması gerekir. Piyasa fiyatı, “belirli türde bir malın belirli bir ticari çevrede serbest arz ve talep kuralına göre oluşan fiyatıdır”²³⁵. Borsa fiyatı; “tacirlerin belli zamanlarda paraya çevrilebilen belli mallar özellikle misli şeyler ve menkul kıymetler üzerinde alışveriş yaptıkları, kanunla özel şekilde örgütlenmiş pazarlarda serbest arz ve talebe göre oluşan fiyattır”²³⁶. Edimin değerinin piyasa fiyatına göre belirlenmesinde malın dürüstlük kuralları çerçevesinde temin edilebileceği varsayılan en yakın yerdeki piyasa veya borsa değeri dikkate alınmalıdır²³⁷.

İfa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesinde alacaklının seçim hakkı olup, alacaklı somut yöntemi seçebileceği gibi soyut yöntemi de seçebilir. Alacaklı soyut yöntemin uygulanma şartlarının bulunması halinde ilk önce somut yöntemi seçmiş ve ispatlayamamışsa bu alacaklının soyut yönteme göre hesaplama yapılmasını talep etme hakkını ortadan kaldırmaz²³⁸.

5. Aynen İfadan Vazgeçtiğini Derhal Bildirerek Sözleşmeden Dönmek

Vazgeçme beyanına ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaların tümü burada da geçerlidir²³⁹. Alacaklı sözleşmeden döndüğünü derhal borçluya bildirmelidir²⁴⁰.

²³⁵ Tanım için bkz. Havutçu, , **a.g.e.**, s. 126.

²³⁶ Tanım için bkz. Havutçu, , **a.g.e.**, s. 126.

²³⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 126.

²³⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 351.

²³⁹ Bkz. s. 63- 65.

²⁴⁰ Serozan, BK m. 106/ f.2’de yer alan derhal ibaresinin vazgeçme beyanı için zorunlu olduğunu dönme bildirimi için böyle bir zorunluluğun bulunmadığını savunmuştur. Bkz. Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 416.

a. Sözleşmeden Dönme

Borçlar Kanunun m.106/f. 2’de alacaklıya tanınan bir diğer seçimlik hak ise sözleşmeden dönmedir. Alacaklı borçluya aynen ifa ve gecikme tazminatını istemediğini derhal bildirerek sözleşmeden dönebilir. Eğer alacaklının ifada menfaati kalmamış ve müspet zararının tazminini istemesi halinde tazminatın ödenip ödenmeyeceği konusunda şüpheleri varsa bu durumda sözleşmeden dönme hakkı, alacaklıyı borçluya karşı korur²⁴¹.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin kuruluşunda alacaklı ile borçlunun karşılıklı edimleri ve menfaatleri bir denge içerisinde. Taraflardan birinin edimini yerine getirmemesi halinde bu denge bozulur ve yeniden bu dengenin tesisi için alacaklı olan taraf ya müspet zararının tazmini isteyerek ya da sözleşmeden dönerek bu dengeyi sağlar. Bu sebeple dönmenin en önemli işlevlerinden biri, sözleşmenin kuruluş aşamasındaki bozulan bu dengeyi, fonksiyonel bağlılığı yeniden sağlamaktır²⁴². Sözleşmeden dönme ile güdülen amaç, alacaklı söz konusu sözleşmeyi yapmamış olsaydı hangi ekonomik konumda olacak idiyse, o durumu oluşturmak²⁴³ yani sözleşmenin kurulmasından önceki mevcut duruma yeniden dönülerek edim ve karşı edim arasındaki bozulan dengenin yeniden kurulmasıdır²⁴⁴.

Biz bu çalışmamızda konumuzun sınırını aşmamak amacı ile tek tek sözleşme bazında olmaksızın genel olarak borçlu temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme başlığı altında, dönmenin hukuki niteliğini, diğer benzer haklar ile karşılaştırmasını, dönmeye ilişkin ileri sürülen teorileri açıklayıp, son olarak da menfi zarar kavramına değineceğiz.

(1) Hukukî Niteliği, Tarafları ve Şekli

BK m. 106’da düzenlenen sözleşmeden dönme hakkı hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğuran bir haktır²⁴⁵. Bu hakkın kullanılmasına yönelik dönme bildirimi ise

²⁴¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 42- 43.

²⁴² Buz, **a.g.e.**, s. 66.

²⁴³ Eren, **a.g.e.**, s. 1075.

²⁴⁴ Buz, **a.g.e.**, s. 66, 78.

²⁴⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 964; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 46; Eren, **a.g.e.**, s. 1075; Buz, **a.g.e.**, s. 73; İlhan Ulusan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1984, s. 74.

tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıdır²⁴⁶. Dönme bildirimi borçlunun hâkimiyet alanına ulaşmak ile hükümlerini doğurur²⁴⁷. Yenilik doğuran haklar hukuk düzeyinde meydana getirdikleri değişikliklere göre, kurucu, bozucu, değiştirici niteliklere sahip olabilirler. Dönmenin hangi nitelikte olduğuna ve hukuki sonuçlarına yönelik doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş ve bu görüşler çerçevesinde bazı teoriler savunulmuştur²⁴⁸. Fakat doktrindeki hakim görüş dönmenin bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu yönündedir²⁴⁹. Bu teorileri aşağıda inceleyecek ve sonuçta kanaatimizi açıklayacağız.

Dönme hakkının kim tarafından kullanılacağı konusunda ilk olarak belirtilmesi gereken husus, bu hakkın “sıkı surette bağlı”²⁵⁰ bir yenilik doğuran hak olduğudur. Dönme hakkının bağımlılığından kasıt sözleşmenin “tarafı”²⁵¹ olan kişiye tanınmış olmasıdır. Bu halde ancak alacaklı tarafından kullanılacak olan bu hak alacaklının yetkili temsilcisi tarafından da kullanılabilir²⁵².

Dönme beyanın nasıl yapılacağı konusunda Borçlar Kanununda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple Borçlar Hukuku’na hakim olan şekil serbestisi gereği dönme beyanı sözlü ya da yazılı bir şekilde yapılabilecektir. Fakat TTK m. 20/f.3 istisnâ bir düzenleme getirerek tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi feshetmek için yapılacak muamelelerin geçerli olabilmesi için noter marifeti ile ya da iadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılmasını şart koşturmuştur. Kanun metni incelendiğinde bu şeklin bir geçerlilik şartı olduğu anlaşılabilmektedir²⁵³.

²⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1075; *Buz*, yenilik doğuran hakların kullanıldığı işlemin yenilik doğuran işlem olarak adlandırıldığını, tek taraflı hukukî işlemlerin kapsamına tek taraflı irade beyanlarının da girdiğini, bu sebeple dönme beyanın da yenilik doğuran işlem olduğunu belirtmiştir. *Buz*, **a.g.e.**, s. 66.

²⁴⁷ *Buz*, **a.g.e.**, s. 75; Eren, **a.g.e.**, s.1075.

²⁴⁸ Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Buz*, **a.g.e.**, s. 118-129.

²⁴⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 627; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 411; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 964.

²⁵⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 451.

²⁵¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 451.

²⁵² Kefil, asıl borçlu yerine sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 452, 453.

²⁵³ Bu husustaki Yargıtay uygulaması için bkz. s. 9, dn. 41.

(2) Benzer Kavramlardan Farkı

(i) Dönme ile Fesih Arasındaki Farklar

Türk hukukunda Sözleşmeden dönmenin en fazla karıştırıldığı kavram, fesih kavramıdır. Bunun en önemli sebeplerinden birini ise mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu dilimize çevrilirken dönme kavramı yerine fesih ibaresinin kullanılması oluşturmaktadır. Borçlar Kanunun dönme ibaresinin kullanıldığı hiçbir maddesi yoktur. Borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen madde 106'nın başlığında da fesih ibaresi yer almaktadır.

Her ikisi de yenilik doğuran haklar olan fesih ile dönme arasındaki farkları şu şekilde sayabiliriz.

Fesih sürekli borç ilişkisini ileriye etkili (ex nunc) olarak bir şekilde sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme ise sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak (ex tunc) olarak ortadan kaldırır²⁵⁴. Fakat bazen fesihte de iade yükümü doğabilir²⁵⁵. Örneğin bir kira sözleşmesinin feshi halinde kiracı kira konusu malı kiraya verene teslim etmek zorundadır. Fesih ifasına başlanmış sürekli sözleşme ilişkilerinde mümkünken dönme ani edimli borç ilişkilerinde söz konusudur²⁵⁶. Dönme ile fesih arasındaki diğer bir fark ise, dönme hakkının tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde öngörülmüş olması, buna karşın fesih hakkının ise ister bir tarafa isterse iki tarafa borç yüklesin, her türlü sürekli sözleşme ilişkilerinde söz konusu olmasıdır²⁵⁷.

(ii) Dönme ile İptal Hakkı Arasındaki Farklar

İptal hakkı kurulmuş bir sözleşmenin daha baştan irade fesadı ile sakat olması nedeniyle kullanılan ve kullanana, geçmişe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi veren bir yenilik doğuran haktır²⁵⁸. BK m. 21, m. 23, m. 28, m. 29 iptal hak-

²⁵⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 383, 384; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 115; Buz, **a.g.e.**, s. 81; Karşı görüşte; Serozan, dönme ile fesih arasındaki ayrımın bu noktada olmadığına dönmede sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak sona ermediğini ileri sürmektedir. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.118.

²⁵⁵ Buz, **a.g.e.**, s. 81.

²⁵⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 120; Buz, **a.g.e.**, s. 83.

²⁵⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 120; Buz, **a.g.e.**, s. 83.

²⁵⁸ Buz, **a.g.e.**, s. 86.

kı öngörülmüştür²⁵⁹. Dönme ile iptal hakkı arasındaki en büyük farklardan biri iptal hakkının kullanıldığı sözleşmenin baştan itibaren bir irade sakatlığı içermesi buna karşın dönmede baştan itibaren geçerli olan bir sözleşmenin varlığıdır²⁶⁰.

Dönme hakkı sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için öngörülmüşken, iptal hakkı tüm hukuki işlemler açısından söz konusudur²⁶¹. İptal hakkı sadece kanun ile öngörülebilenken dönme hakkı tarafların iradesi ile de kararlaştırılabilir²⁶². Son olarak belirtmek gerekir ki iptal hakkı için kanunda öngörülmüş olan hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekir. Dönme hakkı için ise böyle bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir.

(iii) Dönme ile Geri Alma Hakkı Arasındaki Farklar

Geri alma hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak olarak çok yönlü bir görünüm sergiler. Geri alma hakkı bazen irade beyanının hukuki sonuç doğurmasına engel olur²⁶³. Bazen ise bu hak kullanılarak verilen bir yetki geri çekilir²⁶⁴. Geri alma hakkının kurulmuş sözleşmeler açısından kullanılması halinde ise fesih gibi ileriye etkili olarak sonuç doğurur²⁶⁵.

Dönme ile geri alma yenilik doğuran haklarının açıklanan hususlar ışığında aralarındaki farkları şu şekilde açıklayabiliriz. Dönme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olurken geri alma hakkı, tek taraflı hukuki işlemler ya da eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanır²⁶⁶.

²⁵⁹ Borçlar Kanununun özel hükümlerinde yer alan diğer iptal hakkı öngören düzenlemeler için bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 86, dn. 99.

²⁶⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 146.

²⁶¹ Buz, **a.g.e.**, s. 88; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 146.

²⁶² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 146.

²⁶³ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 124; Buz, **a.g.e.**, s. 90, Borçlar Kanunu m. 3, m. 8/2, m. 9/2, TMK m. 542’de bu türden bir geri alma hakkı düzenlenmiştir.

²⁶⁴ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 124; Buz, **a.g.e.**, s. 90, Borçlar Kanunu m. 34’de bu türden bir geri alma hakkı öngörülmektedir.

²⁶⁵ Bağışlama taahhüdünün geri alınması (BK m. 245), vekâletin geri alınması (BK m. 396), havale-nin geri alınması (BK m. 416). Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 124; Buz, **a.g.e.**, s. 90; Diğer geri alma haklarına örnekler için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 125 vd.

²⁶⁶ Buz, **a.g.e.**, s. 91.

Dönme, ihtar, mehil gibi bazı ön koşulların yerine getirilmesi halinde kullanıcısına tanınmış bir haktır. Geri alma hakkında ise herhangi bir şartın yerine getirilmesi gerekmeksizin derhal kullanılması mümkündür²⁶⁷.

Yeni dönme teorisini savunan bazı yazarların²⁶⁸ her iki hak arasında ileri sürmüş oldukları bir diğer ayrım ise, dönme hakkının kullanılması ile doğan geri verme yükümlülüğünün “*akdi nitelik*” taşmasına karşın, geri verme hakkının kullanılması ile doğacak geri verme yükümünün temelini sebepsiz zenginleşmenin oluşturduğudur.

b. Sözleşmeden Dönmenin Hukukî Sonuçları

Dönmenin borç ilişkisine etkisi konusunda ileri sürülen üç teoriyi aşağıda başlıklar halinde inceleyeceğiz.

(1) Klasik Teori

Doktrinde hâkim olan bu görüşe göre²⁶⁹ dönme bildiriminin yapılması ile sözleşme kurulduğu andan itibaren (*ex tunc*) ortadan kalkar. Bu anlamda dönme bildirimi bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu bildirim ile birlikte sözleşmenin kuruluşundan itibaren doğan tüm hak ve borçlar sona erer. Bununla birlikte artık ifa istenemeyeceği gibi önceden verilen ve yapılan edimlerde hukuki sebepten yoksun kalırlar. Dönmeden önce ifa sebebiyle elde edilen tüm malvarlıkları ve haklar ile bunlar üzerindeki artış sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Bunların iadesine ilişkin uygulanacak hükümler ise BK m. 61 vd. hükümleridir²⁷⁰. İade talebine ilişkin uygulanacak zamanaşımı süresi ise dönme bildiriminin ulaştığı tarihten itibaren 1 yıldır²⁷¹. Sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan sebepsiz zenginleşmenin iadesi davasına göre bu iade istenecektir²⁷².

²⁶⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 125.

²⁶⁸ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 125.

²⁶⁹ von tuhr, **a.g.e.**, s. 627; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 953; Eren, **a.g.e.**, s. 1069; Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 680; Önen, **a.g.e.**, s. 97.

²⁷⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı yayınları, 1989, s. 238; Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 682.

²⁷¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412.

²⁷² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412; Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 682.

Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı²⁷³, sözleşmeden dönmenin sebebe bağlı bir tasarruf işlemiyle yapılmış olması halinde dahi tasarruf işleminin geçerli olduğunu kendiliğinden devredilen hakkın sahibine dönmeyeceğini, iadenin sebepsiz zenginleşme yolu ile istenmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüşün gerekçesi olarak da tasarruf işlemi yapılırken, sözleşmenin sebebini teşkil eden ve geçerliliğine sebep olacak her hangi bir durumun varlığının söz konusu olmadığı, hukuki sebeplerin geçersizliğinden tasarruf işlemini etkilemeyeceği düşüncesi ile bu görüşü ileri sürdükleri düşünülebilir²⁷⁴.

Klasik teoriyi savunan bir kısım yazar²⁷⁵ ise dönme ile sebebe bağlı olarak yapılmış olan tasarruf işleminin geçersiz hale gelmesi nedeniyle daha önce tasarruf işlemine konu olan ve devredilen şeylerin aynı hakka dayanılarak istihkak davası ile talep edilebileceğini ileri sürmüşlerdir²⁷⁶. Aynı etkili dönme teorisi olarak da adlandırılan bu teoriye göre, daha önce ifa edilmiş bu edimlerin iadesi sebebe bağlılık prensibi içinde istihkak davası ile geri alınabilecekken, işleme, birleşme karışma, iyi niyetli üçüncü şahısların iktisabı, iş görme ve kullandırma edimleri bakımından iade sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilir²⁷⁷.

(2) Yasal Borç İlişkisi Teorisi

Bu görüşü savunan yazarlar²⁷⁸ göre, dönme hakkının kullanılması ile geçerli bir şekilde kurulan sözleşme geçmişe etkili olarak son erer. Fakat kurulduğu andan itibaren hükümsüz olmaz, şöyle ki sözleşme süresince ifa edilen edimler sebepten yoksun kalmış değildir. Sadece bu edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine değil doğrudan doğruya BK m. 108/f.1 hükmüne dayanır. Bu hüküm gereğince de taraflar iade borcu altına girerler. Bu iade borçları için uygulanacak olan zamanaşımı süresi ise, dönme bildiriminden başlamak üzere, BK m. 125’de hüküm altına

²⁷³ von tuhr, **a.g.e.**, s. 628; Buz, **a.g.e.**, s. 171.

²⁷⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412; Buz, **a.g.e.**, s. 90.

²⁷⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412, dn. 643’de zikredilen yazarlar.

²⁷⁶ Öz, **a.g.e.**, s. 40; Buz, **a.g.e.**, s. 171, dn.194’ te adı geçen yazarlar.

²⁷⁷ Buz, **a.g.e.**, s. 122.

²⁷⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 967, 968.

alınan 10 yıllık süredir²⁷⁹. Bu iade borçlarına, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanır²⁸⁰.

(3) Yeni Dönme Teorisi

Alman hukukunda hâkim görüş olup Türk ve İsviçre Doktrinde de taraftar bulan ve dönüşüm teorisi²⁸¹ olarak da adlandırılan yeni dönme teorisini savunan yazarlara göre²⁸², dönme hakkının kullanılması ile taraflar arasındaki sözleşme geçmişe etkili (ex tunc) olarak sona ermez, klasik görüşün tam tersine ileriye etkili olarak (ex nunc) olarak sözleşmeyi sona erdirir. Dönme beyanın yapılması ile taraflar arasındaki sözleşme sona ermemekte içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Bu görüşe göre sözleşmeden dönme hakkı değiştirici yenilik doğuran bir haktır²⁸³.

Sözleşmeden dönülmesi üzerine ifa edilmeyen asli edimlerin sona erip ermeyeceği konusunda bu görüşü savunan yazarlar arasında birlik bulunmayıp bir kısım yazarlar²⁸⁴ asli edimlerin sona ermeyeceğini bunun sadece karşı tarafa bir def'i hakkı verdiğini savunurken, diğer bir kısım yazarlar²⁸⁵ ise asli edimlerin karşılıklı olarak ileriye etkili bir şekilde sona ereceğini savunmuşlardır.

İfa edilen edimlerin akıbetinin ne olacağı konusunda ise bu teoriyi savunan yazarlar, bu durumda taraflar arasında bir iade ilişkisinin doğduğunu, iade borcunun ise yine sözleşmeden doğduğunu ileri sürmektedirler. Yani ifa edilen edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere değil, sözleşmeden doğan borçlara ilişkin hükümlere göre yapılır²⁸⁶. Zira sözleşme sona ermemiş sadece içerik değiştirmiştir.

²⁷⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 967, 968; Nazikoğlu, **a.g.e.**, s. 683.

²⁸⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 968 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 412; Buz, **a.g.e.**, s. 121.

²⁸¹ Bu terimi kullanmakta, Buz, **a.g.e.**, s. 123.

²⁸² Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 73 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 1076; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 210

²⁸³ Eren, **a.g.e.**, s. 1076.

²⁸⁴ Bu def'i hakkının sürekli, kesin def'i olduğunu ve ileri sürülmesi bile hâkim tarafından dikkate alınabileceği görüşü için bkz. Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 505.

²⁸⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1076.

²⁸⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 510; Seliçi, menfaatler dengesinin, bütün sürekli borç ilişkilerinde borcun ifasına başlandıktan sonra, “geri verme borcu” doğuran bir dönmeye karşı olduğunu, bu sebeple dönmenin ancak ileriye etkili olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Seliçi, **a.g.e.**, s. 210. Buna karşın, Hükümet tarafından TBMM’ye sunulan ve Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “d. Sürekli edimli sözleşmelerde” kenar başlıklı yeni bir maddeye yer verilmiştir. Tasarının tek fıkradan oluşan 126 inci maddesinde,

Yine bu görüşteki yazarlardan bazıları, sözleşmeye konu asli edimler için verilmiş kefalet, rehin, kararlaştırılmış cezai şartın iade borçları içinde geçerli olacağını savunmuşlardır²⁸⁷.

(4) Değerlendirme

Biz isabetli olduğunu düşündüğümüz klasik teoriye göre dönme beyanı ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini ve bu anlamda dönme hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu görüşündeyiz. Bu teoriye göre sözleşmenin içeriğinin değişerek tasfiye amacıyla devam ettiğinin kabulü hem kanun metni hem tarafların iradeleri ile uyumlu değildir. Şöyle ki dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmek isteyen alacaklının bu talebini aksi bir şekilde yorumlayarak sözleşmenin içeriğini değiştirmek istediğini kabul edip, alacaklının açık iradesinin aksine bir yorum yapmak bizce yerinde değildir. Yine belirtmek gerekir ki bir an için sözleşmenin tasfiye amacı ile devam ettiği düşünülse bile tarafların karşılıklı irade beyanlarını varlığı olmaksızın²⁸⁸, taraflara sözleşmenin tasfiye içeriğine sahip olarak devam ettiğine yönelik bir hükmü dayatmak bizce isabetli bir yaklaşım değildir.

Taraflar ifa edilen edimleri, sözleşmenin ortadan kalkması üzerine sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceklerdir. Yeni dönme teorisine göre edimleri BK m. 96 vd. hükümlerince iade etmek zorunda olan borçlu temerrüde düşmede kusursuz bile olsa iyi niyetliyen mala gelecek zararlardan, malın kaybolmasından sorumlu olup malı aynen iade borcu altındadır. Klasik teoriye göre ise böyle bir du-

ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklının seçimlik hakları düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 106 ilâ 108 inci maddeleri ile Tasarının 124 üncü maddesinde, ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün hukukî sonuçlarının düzenlendiği göz önünde tutularak, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler için de, bu konuda ayrı bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Bu yeni düzenlemeyle, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklının, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir. Yine anılan tasarının 124. maddesinde sözleşmeden dönme halinde kusurlu olan borçlunun sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğacak zararlarının tazmin edebileceği düzenlenerek dönmenin geçmişe etkili olduğu belirtilmiştir. Bkz. www.tbmm.gov.tr.

²⁸⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 80 vd.

²⁸⁸ Buz, **a.g.e.**, s.134.

rumda sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince elinde kalanı vermekle yükümlüdür²⁸⁹.

Alacaklı seçme hakkını kullanarak dönme hakkını seçtiği takdirde menfi zararının tazminini isteyebilir. Zira m.106'nın aksi yorumu bizi bu kurala götürür. Alacaklı müspet zararının tazminini istemekte ise aynen ifadan vazgeçerek seçim hakkını tazminat yönünde kullanmalıdır.

Yeni dönme teorisi, diğer edim borçları ve yapma borçlarının nasıl ters döneceği hususunu açıklamakta yetersiz kalmış olup, bu husus doktrinde eleştirilmiştir²⁹⁰. Gerçekten de yapma borcunun ifası halinde bunu nasıl ters dönüp sözleşmeye aykırılık hükümleri ile giderileceği müphem bir husustur.

c. Sözleşmeden Dönme Üzerine Talep Edilecek Tazminat

BK m. 108/ f.2'de borçlunun temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispat edememesi halinde akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararı tazmin etmek zordur. Dönme üzerine borçlunun ödeyeceği tazminata konu zarar ise alacaklının uğramış olduğu menfi zarardır²⁹¹.

Menfi zarar, alacaklının dönülen sözleşmeye güvenmesi sebebiyle uğradığı, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğramayacağı zararı ifade eder²⁹². Bu zarar, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı alacaklının malvarlığının arz ettiği değer ile sözleşmeden dönülmesi sebebiyle malvarlığının içinde bulunduğu durum içerisindeki farktan ibarettir²⁹³.

²⁸⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 416.

²⁹⁰ Oğuzman, bu hususu şu örnekler ile açıklayarak dönme teorisinin isabetsizliğini ortaya koymaya çalışmıştır. Bir konserin verilmesi borcu ya da bir çukurun kazılması borcunda sözleşmeden dönülmesi üzerine bu borçların tersine dönemeyeceğini, bazı yeni dönme teorisini savunan yazarların (Serozan, Eren) belirttiği şekilde edimin imkânsızlaşmadığını, fakat *borçların ters döndürülmesinin imkânsız olduğunu* beyan ederek ağır bir şekilde bu görüşü eleştirmiştir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 416, dn. 660.

²⁹¹ Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 15. HD. E: 2009/1540, K: 2010/1309, 09.03.2010; Yarg. HGK. E:2010/14-244, K: 2010/260, 12.05.2010; Yarg. 15. HD. E: 2010/3039, K: 2010/3729, 29.06.2010. (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

²⁹² von Tuhr, **a.g.e.**, s. 628; Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku**, s. 427; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 417; Eren, **a.g.e.**, s. 1079; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 969; Buz, **a.g.e.**, s. 240.

²⁹³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 340; Eren, **a.g.e.**, s. 1079; Buz, **a.g.e.**, s. 240.

Menfi zarar, alacaklının fiili zararı ile yoksun kaldığı kârı kapsar. Alacaklının fiili zararını; *sözleşmeyi kurmak için yaptığı masraflar*²⁹⁴ (noter, yazışma, telefon, seyahat masrafları, komisyoncuya ödenen bedel); *sözleşmeden doğan borçlar ifa edilecek düşüncesi ile yaptığı masraflar*²⁹⁵ (alacaklının malın teslim edileceğini farz ederek depo kiralaması²⁹⁶, bir eser sözleşmesinde müteahhidin inşaata başlamak için şantiye kurması, araziye düzleştirmesi²⁹⁷), *borçlunun temerrüde düşmesi için bildirmiş olduğu ihtar ve mehil tayini sırasında yapmış olduğu masraflar*²⁹⁸; *edimin iadesi için yapılan masraflar, borçlunun sözleşmeden dönmesi üzerine alacaklının üçüncü kişilere olan borçlarını ifa edememesi nedeniyle ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şartları*²⁹⁹ kapsar.

Alacaklının menfi zararı kapsamında isteyebileceği yoksun kaldığı kâra verilebilecek klasik örnek ise dönülen sözleşmenin hüküm ifade ettiğine güvenerek bir başkası ile sözleşme yapma şansını yitirmesidir³⁰⁰. Burada önemle belirtilmesi gereken husus, alacaklının BK m.108/ f.2 gereğince yoksun kaldığı kâr kapsamı tayin edilirken, sözleşmenin ihtiva ettiği kârın dikkate alınmayacağıdır³⁰¹. Zira sözleşmeden dönme talebi ile alacaklı ifa talebinden ve müspet zararının tazmini talebinden vazgeçmekte olup bu zararını m. 108/ f.2 kapsamında tazmin etmesi mümkün değildir³⁰². Yoksun kalınan kâr kapsamındaki zararını borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle bir üçüncü kişi ile sözleşme yapma fırsatını kaçırmış olması teşkil eder.

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, karşı edimi bölünebilir olan alacaklı, ifa edilmeyen ve bu kısım açısından temerrüde düşen borçludan, sözleşmeden dönmek suretiyle menfi zararının tazminini isteyebilir. Fakat bu hesap yapılırken alacaklının karşı edimi de dikkate alınır. Örneğin 200 TL bedelle 2 ton kömür satın alınmış

²⁹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 417; Eren, **a.g.e.**, s. 1079; Buz, **a.g.e.**, s. 243, 244.

²⁹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 418; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Buz, **a.g.e.**, s. 244.

²⁹⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1079; Nazikioğlu, **a.g.e.**, s. 684.

²⁹⁷ Öz, **a.g.e.**, s. 288.

²⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Buz, **a.g.e.**, s. 245.

²⁹⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 628; Eren, **a.g.e.**, s. 1080; Buz, **a.g.e.**, s. 245.

³⁰⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 418; Buz, **a.g.e.**, s. 246.

³⁰¹ Buz, **a.g.e.**, s. 247.

³⁰² Aynı yönde; “Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haklardandır. Bu nedenle aynı sözleşmeye dayanarak olumlu (müspet) zararın kapsamında yer alan gelir niteliğinde olan yoksun kalınan kar yönünden talepte bulunamaz.” Yarg. 13. HD. E: 2009/10044, K: 2010/1219, 04.02.2010, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

fakat 1 tonu teslim edilmiş olup alacaklı ifa edilmeyen kısım için sözleşmeden dönmüş ise bu durumda bedel borcu 100 TL'ye inecektir³⁰³.

Alacaklı tarafından kabul edilen kısım, borcun tamamı ifa edilmediğinde bir anlam taşııyorsa³⁰⁴ ve alacaklı sırf borçlunun derhal ifada bulunacağı kanısı ile bölünebilir edimi kabul etmiş³⁰⁵ ise alacaklı kabul ettiği kısmı iade ederek veya iade mümkün değil ise tazmin ederek sözleşmenin tümünden dönebilir. Alacaklının karşı ediminin bölünememesi halinde de sözleşmenin tümünden kısmi ifayı iade ederek dönmesi mümkündür³⁰⁶.

Bununla birlikte kısmi temerrüt halinde kendisine tanınan bu hakları, alacaklı ancak asli edimlerin ifasında temerrüde düşen borçluya karşı kullanabilir. Alacaklı yan edimlerin ifasında temerrüde düşen borçludan, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep edemeyeceği gibi sözleşmeden de dönemez³⁰⁷.

Menfi zararın tazmini borca aykırı bir davranıştan kaynaklandığı için borçlunun temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir. Alacaklının ise zarar ile malvarlığında meydana gelen azalmayı ve bu azalma ile borçlunun temerrüde düşmesi arasında uygun illiyet bağı olduğunu ispat etmesi yeterlidir³⁰⁸. Borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi halinde alacaklı ancak ifa edilmiş olan edimlerin iadesini isteyebilir. Tazminat talebi 10 yıllık dava zamanaşımı süresine tabiidir³⁰⁹. Bu süre dönme bildirimi ile başlar.

³⁰³ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 630; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. I**, s. 81; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 425, Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 958.

³⁰⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 425.

³⁰⁵ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 630; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. I**, s. 81; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 958.

³⁰⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 426; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, alacaklının karşı ediminin bölünemez nitelikte olması hâlinde, kabul ettiği kısmın bedelini ödeyerek, ifa edilmeyen kısım için sözleşmeden dönebileceğini savunmaktadırlar. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 972.

³⁰⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 426;

³⁰⁸ Buz, **a.g.e.**, s. 247, Buna karşılık isabetli bulduğumuz Yargıtay kararında da belirtildiği üzere alacaklı kendisi de kusurlu olmamalıdır. Bkz. “*Akti fesheden alacaklının aktin hükümsüzlüğünden doğan menfi zararını isteyebilmesi için karşı tarafın borcunu ihlalde kusurlu olması gerekir. Sönmüt uyumsuzlukta, bilirkişiler, tafraları karşılıklı kusurlu kabul ettiklerinden, tazminat isteyen tarafın kusursuz olmaması nedeniyle bu isteği ileri süremez.*” Yarg. 14. HD. E: 2010/7023, K: 2010/7375, 28.06.2010 (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

³⁰⁹ Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, s. 504; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 418; Eren, **a.g.e.**, s. 1081.

Yeni dönme teorisini savunan bazı yazarlar³¹⁰ ise menfi zarar kavramına karşı çıkmakta ve dönme ile birlikte alacaklının müspet zararının tazminini isteyebileceğini ileri sürmektedirler³¹¹. Zira bu teoriye göre sözleşme sona ermemiş sadece içerik değiştirmiştir.

IV. YAPMA BORÇLARINDA TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

Borçlar Kanunu m. 97/f.1’de yer alan; “*Bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir.*” şeklindeki düzenleme gereğince yapma borcuna ilişkin sözleşmelerde ifanın yapılmaması halinde borçlu aynen ifaya zorlanabilir.

“Yapma” borcu ile yükümlü olan borçlunun aynen ifaya zorlanabileceğine ilişkin İcra İflas Kanunu’nun 30. maddesinin, BK m. 97 ile birlikte incelenmesi gerekir. İc. İf. K. m. 30’da “*Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder. Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kâfi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş ve yapma borcuna ilişkin bir ilama binaen icra emri gönderileceği, buna rağmen borçlunun ifayı yerine getirmedeğinde ise bor-

³¹⁰ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 582, 583; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, yeni dönme teorisini kabul etmemekle birlikte; alacaklının dönme hakkının kullanılması sonucunda müspet zararın tazminini isteyebileceğini belirtmektedirler. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 92.

³¹¹ Yargıtay’ın aksi yöndeki uygulaması için bkz. “*Sözleşme feshedilip kesinleştiğinden müspet zarar kapsamında kalan kira kaybı istenemeyeceği yerinde ise de; davacı arsa sahipleri değişen ekonomik koşullar ve inşaat yapım şartlarının değişmesi nedeniyle daha olumsuz koşullarda sözleşme yapmış olmaları halinde kaçırılan fırsat sebebiyle menfi zararlarını talep edebilirler. Arsa sahiplerince fesih tarihinden sonra başka bir yüklenici ile sözleşme yapılmamış olsa dahi taşınmazın bulunduğu mahalde fesih tarihinden sonra yeniden aynı koşullarla inşaat yapma imkânı bulunup bulunmadığının emsallerine göre araştırılıp menfi zararın hesaplanması gerekir.*”, 15. HD. E: 2009/1062, K: 2010/776, 15.02.2010, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>).

ca konu edimin üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebilir niteliğe haiz olması halinde, masrafi borçluya ait olmak üzere işin bir başkasına yaptırılabilmesi hüküm altına alınmıştır.

BK m. 97/f.1 hükmü gereğince, borçlu tarafından edim ifa edilmediği takdirde alacaklı hâkime başvurarak masrafi borçluya ait olmak üzere işin başkasına yaptırılmasını talep edebilir³¹². Buna karşın alacaklı edimi zamanında ve bizzat borçludan elde edememesinden doğan zararlarını borçludan tazmin etme hakkına da sahiptir³¹³. Doktrinde bazı yazarlarca, BK m. 97/f.1, İc. İf. K. m. 30 hükümlerinin cebri icra mahiyetinde olduğunu savunmaktadırlar³¹⁴. Diğer bir kısım yazarlar ise yapma borçları için cebri icranın mümkün olmadığını, her ne kadar İc. İf. K. m. 343'de bizzat borçlu tarafından ifa edilebilecek borçlarda ifanın gerçekleşmemesi halinde borçlunun taz-yık hapsi ile cezalandırılacağına düzenlenmiş olmasına karşın borçlunun ifada bu-

³¹² “Davada yüklenicinin haklı gecikme sebepleri olmaksızın ‘teslimde’ temerrüde düşürülmüş olduğu ileri sürülerek; eksik işlerin davalıya verilmesi gereken bağımsız bölümlerin satılarak, davacı tarafından eksik işlerin yapılmasına; başka bir anlatımla “nama ifaya” karar verilmesi istenmektedir. Borçlar Kanunu’nun 97. maddesi gereğince, bir şey yapma borcunu yerine getirmezse alacaklı, giderleri borçluya yükletilmek üzere, borcun kendisince yerine getirilmesine izin verilmesini isteyebilir. Az yukarıda açıklandığı üzere, inşaatın 31.12.2004 tarihine kadar ‘anahtar teslimi’ şeklinde davalı yüklenici tarafından bitirilmesi ve arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin davacıya teslimi davalı tarafından yüklenilmiş olduğu halde; haklı bir gecikme sebebinin inşaatın süresinde bitirilmemesine etkili olduğunu yasal delillerle kanıtlayamayan davalı, yüklendiği edimin ifasında ‘temerrüde’ düşmüş bulunduğundan davacının, “nama ifa” isteminde haklı olduğu anlaşılmaktadır. Eksik işlerin ‘nama ifa’ yoluyla tamamlanması ya da eksik ve kusurlu işlerin giderilmesi, bedelinin istenebilmesi için inşaatın imar mevzuatına uygun olması zorunludur... araştırma ve inceleme yapılmadan eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”, Yarg. 15.HD. E: 2009/3532, K: 2010/3905, 07.07.2010; (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>)

“Ne var ki, kiralayanın esaslı tamirat giderlerinden sorumlu tutulması için kiracının (davacının) davalı kiralayana esaslı tamiratın varlığını ihbar etmesi, uygun bir süre tanınmasına rağmen kiralayanın Borçlar Kanunu’nun 273. maddesinde hükme bağlanan esaslı tamirat borcunu yerine getirmemesi, kiralayanın temerrüdünden sonra da kiracının Borçlar Kanunu’nun 97. maddesinden yararlanılarak hâkimden alacağı izin sonucu onarımın kiralayan namına yapılması gerekir. Öncelikle Borçlar Kanunu’nun 273. maddesindeki kiracının “ihbar borcu” yerine getirilmeden nama ifa yapılamaz. Kaldı ki, eğer kiracı kiralananı akit tamamlanmadan Önce gezmiş ve muayene etmişse, kiralananın o andaki durumunu kullanmaya elverişli olarak kabul etmiş sayılır... Bütün bu açıklamalardan sonra mahkemece yapılması gereken iş, davacının Borçlar Kanunu’nun 273. maddesinde hükme bağlanan ihbar mükellefiyetini yerine getirmeden ve kiralanan mevcut durumu ile kiralandığından sözleşmenin 9. maddesine dayanılarak istenen onarım giderleri ile ilgili davasını reddetmek olmalıdır. Karar açıklanan nedenlerle bozulmalıdır. Açıklanan nedenlerle davacının bütün temyiz itirazlarının reddine, hükmün 2. bent uyarınca davalı yararına (BOZULMASINA) karar verildi.” Yarg. 15. HD. E: 2007/6943, K: 2007/8424, 27.06.2007. (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>)

³¹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 922.

³¹⁴ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 556; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 921.

lunmaması halinde ifanın gerçekleşmeyeceğini ve cebren icranın bu nedenle mümkün olmadığını savunmuşlardır³¹⁵.

Bizce bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gereken yapma borçları dışındaki üçüncü bir kişi tarafından da yerine getirilebilecek edime konu yapma borçlarının BK m. 97/1 ve İc. İf. K. m. 30 gereğince cebri icrası mümkündür. Alacaklının mahkemeye başvurarak masrafları borçluya ait olmak üzere kendisi ya da bir üçüncü kişi tarafından edimin ifasını istemesi halinde, mahkemece verilecek izne binaen edim ifa edilecek ve borçlunun borcu ise masrafları ve varsa tazminat giderlerini ödemeye dönüşecektir. Bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerekli borçların ise cebri icrası mümkün değildir. Alacaklı bu halde tazminat istemek zorundadır³¹⁶.

BK m. 97/1’ de alacaklıya tanınan bu seçimlik hakkın kullanılabilmesi için maddede metninden açıkça anlaşılacağı üzere borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekmektedir³¹⁷. Yani borçlu borca aykırı davranarak borcunu ifa etmez ise alacaklı mahkemeye başvurarak edimin kendisi ya da bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesini isteyebilir. Fakat alacaklı, borçluyu temerrüde düşürmüş ise temerrüdün para borçla-

³¹⁵ Bu görüşte: Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 418, s. 308, dn. 89; Oğuzman, Öz ve anılan hükümlerin cebri icra mahiyetinde olduğunu savunan Tekinay/ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop Akman/ Burcuoğlu/ Altop, ayrıca borçlunun kesin bir şekilde edimi ifa etmeyeceğini belirttiği hallerde artık imkânsızlığın söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 308, dn. 89; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 923.

³¹⁶ Bizce borçlunun ifada bulunmaması hâlinde imkânsızlık söz konusu olmaz, çünkü borcun ifası mümkün olmasına rağmen borçlu ifa da bulunmamaktadır. Bu sebeple de bazı yazarların savunduğu şekilde tazyik hapsine rağmen ifada bulunmayacağını beyan eden borçlunun ediminin artık imkânsız hâle geldiği görüşüne katılmamaktayız. Aksi görüş için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 308, dn. 89.

³¹⁷ Biz, Yüksek mahkemenin “nama ifa” için borçlunun temerrüde düşmesi gerektiğini belirten şu kararına katılmıyoruz: “*Borçlar Kanunu’nun 97/I....hükümüne göre; alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına, yani nama ifaya izin verilmesi isteminin mahkemece kabul edilebilmesi için şu koşulların birlikte gerçekleşmesi zorunludur: a) Öncelikle yanlar arasındaki sözleşmenin fesih edilmemiş, yani yürürlükte olması gerekir. b) Yüklenici, edimin ifasında borçlu temerrüdüne düşmüş olmalıdır (BK.mad.106, 107). c) Nama ifaya izin yanlar arasındaki sözleşmeye dayanılarak istenebileceğinden, borçlunun “yapma borcu” için nama ifa talep edilebilir. Yapma borcu olmayan işler için nama ifa istenemez. Nama ifaya izin istemi değerlendirilip hükümle sonuçlandırılırken mutlaka sözleşme hükümleri gözetilmeli ve karşı yanın da hakları korunmalıdır. Mahkemece, BK’nın 97. maddesinde öngörülen yasal koşulların oluşturulmuş kabul edilerek nama ifaya izin verilmiş ise de; bu yöndeki mahkeme hükmü, HUMK’nın 388-389. maddelerine aykırı olmuştur. Çünkü, mahkemece, az yukarıda açıklanan yasal koşulların gerçekleşmiş olduğu saptanır, nama ifaya izin talebi kabul edilirse, kurulacak hükümde iznin hangi eksiklikler için verildiği ve bunların avans niteliğindeki muhtemel tamamlama giderlerinin ne olduğu tek tek açıklanıp gösterilmesi gerekmektedir. Somut olayda ise, mahkemece nama ifaya izin verilirken bilirkişi raporuna atıfta bulunmuştur. Oysa, bilirkişi raporuna gönderme yapılarak hüküm kurulamaz. Açıklanan bu sebeple karar bozulmalıdır.” 15.H.D. E: 2008/813, K: 2009/573, 05.02.2009, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>)*

rına ilişkin sonuçları dışındaki diğer sonuçlarını talep edebileceği gibi bunlara ek olarak ayrıca m. 97/ f. 1'e göre mahkemeden talep te de bulunabilir³¹⁸. Bu seçenek imkân sadece yapma borçlarında alacaklıya tanınmıştır.

³¹⁸ “Yüklenici ediminin ifasında borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda; arsa-iş sahipleri, Borçlar Kanunu’nun 106. maddesinde düzenlenen üç ayrı seçimlik haktan birini kullanabilirler. Eksik ve kusurlu işlerin giderilmesinin istenmesi, Borçlar Kanunu’nun 106. maddesindeki seçimlik haklardan olan “akdin ifasına” yönelik hakkının kullanılmış olduğunu gösterir. Bu durumda, arsa sahibi ya da sahipleri, eksik ve kusurlu işlerin giderilmesini Borçlar Kanunu’nun 97. maddesi gereğince de talep edebilirler. Çünkü, “nama ifa” sözleşmenin “aynen ifası” kapsamındadır (Y.15.H.D. 11.12.2002 T, 5721/5764 ve 06.04.1989 T. 1988/2909 esas, 1989/1783 sayılı kararlar). Arsa payı karşılığı yapılan inşaatlarda “nama ifa” istenmesi durumunda; arsa sahibi, kural olarak nama ifa suretiyle tamamlayacağı inşaatın, yüklenicinin payına düşen bağımsız bölümlerin eksik işlerini tamamlamak ve kusurları gidermek zorunda değildir. Buna göre, inşaatın kendisine isabet edecek bağımsız bölümler ile ortak alanlarını yüklenici namına tamamlamak üzere Borçlar Kanunu’nun 97/1. maddesi hükmüne dayanarak izin talep edebilir. Sözleşmenin yanları arasında bağımsız bölümlerin paylaşımı yapılmamış ise, arsa sahibi inşaatın tamamı için nama ifa izni talep etmek durumundadır. Eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsili isteminde ise; akdin ifası doğrultusunda zararın tazmini kapsamında sadece bedel istemi söz konusu olduğundan nama ifada olduğu gibi “hâkim izni” gerekmez. O hâlde, davacı tarafın yüklenici namına ifaya izin mi; eksik ve kusurlu işler bedelinin tahsilini mi istediği sorulup açıkça saptanmalıdır. Çünkü HUMK’nın 75 ve 76. maddeleri hükümleriyle 04.06.1958 tarih ve 15/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince; davada maddi olayları açıklamak taraflara; hukuki nitelikleme ile uygulanacak kanun hükümlerini tespit etmek ise hâkime ait bir görevdir. Kaldı ki, davada açık bir şekilde dava konusunun da açıklanması zorunludur (HUMK. m. 179/b.2). Yukarıda belirtilen nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne ve kararın davacı yararına BOZULMASI NA karar verildi.” Yarg. 15. H.D. E: 2008/6908, K: 2009/1163,03.03.2009, (UYAP, <https://portal.uyap.gov.tr>.)

SONUÇ

Bu çalışmada tespit ettiğimiz önemli hususları şu şekilde özetlemek mümkündür:

Borçlu temerrüdünün sonuçları, “**genel sonuçlar**” ve “**özel sonuçlar**” olmak üzere iki şekilde tasnif edilebilir. Her türlü borç ilişkisinde doğan sonuçlar genel sonuçlar (BK m. 101 ilâ 102); yalnızca para borçlarında (BK m. 103 ilâ 105), iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (BK m. 106 ilâ 108) ve yapma borçlarında meydana gelen sonuçları ise özel sonuçlar olarak adlandırılabiliriz.

Borçlu temerrüdü genel olarak, borçlunun “*gecikme tazminatı ödemesi*” ve temerrütten sonra “*kazara meydana gelecek zararlardan sorumlu*” tutulması sonucunu doğurur.

BK m. 102/1’de düzenlenen gecikme tazminatı, borcun geç ifa edilmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı telafi etmeyi sağlar. Gecikme tazminatı ifa davası ile birlikte talep edilebileceği gibi, ayrıca da dava edilebilir. Gecikme tazminatının gecikmiş edimin yerine getirilmesinden sonra da dava konusu yapılabilmesi, alacaklının bu hakkını saklı tutmasını (ihtirazî kayıt ileri sürmesini) gerektirmez. Hukukî niteliği itibariyle bir tür “*müspet (olumlu) zarar*”ı ifade eden gecikme tazminatı “*kusur sorumluluğu*” esasına dayanır. BK m. 102/2’ye göre, borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını kanıtlamadığı sürece, alacaklının gecikmeden ötürü uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Buna karşın zarar ve bu zarar ile temerrüt arasındaki uygun illiyet bağının varlığı hususundaki ispat yükü ise alacaklı üzerindedir. Borçlu kusurlu olmadığını şu hususlar ile ispatlayabilir: Borcun varlığından haberdar olmadığını ve haberdar olmamakta mazur olduğunu bu sebeple temerrüde düştüğünü; temerrüde düşmesinin, fevkalâde halden, mücbir sebepten kaynaklandığını; temyiz kudretinin olmadığını ispatlarsa, temerrüde düşmede kusursuz olduğu kabul edilir ve kazara vukua gelecek olan zarardan sorumlu olmaz. BK m. 102/2’de, “*Borçlu... borç vakit ve zamanıyla ifa edilmiş olsa bile kazanın alacaklının zararına olarak tediye olunacak şeye isabet edeceğini ispat ederek, bu mesuliyetten kurtulabilir.*” hükmünde belirtilen kazanın alacaklının elindeyken gerçekleşecek kaza ile aynı olup olması hususunda ayniyet arayan görüşü isabetli bulmaktayız.

Sadece para borçlarına has olmak üzere alacaklıya tanınan ilk imkân borçlunun temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizi talep edebilmesidir. Temerrüt faizi, alacaklının var kabul edilen zararının tazmini için öngörülmüş maktu ve götürü bir tazminattır. Borçlu temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etse bile temerrüt faizini ödemekten kurtulamaz. Belirtmek gerekir ki temerrüt faizi sözleşmeden doğan para borçları gibi haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan para borçlarında da kendiliğinden doğar. Buna karşın alacaklı talepte bulunmadığı müddetçe hâkim kendiliğinden anaparaya faiz yürütülmesine karar veremez.

Bunun dışında para borçlarında alacaklıya tanınan diğer bir imkân ise munzam zararını talep etmektir. Burada borçluya, temerrüt faizinin aksine temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayarak borçtan kurtulma imkânı sağlanmıştır.

Kanun koyucu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, BK. m. 102’ de düzenlenen ve tüm borç ilişkilerinde borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklı tarafından talebi mümkün olan, aynen ifa ve gecikme tazminatı istemi yanında, BK m.106- m.108’inci maddelerde borçlu temerrüdüne özel sonuçlar bağlayarak alacaklıya ek imkânlar tanımıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeyi; taraflardan her birinin, diğerinin edimini elde etmek amacıyla borçlandığı ve edimlerin karşılıklı bağlılık içinde olup taraflardan her birinin ediminin karşı tarafın borcunun karşılığını teşkil ettiği bir sözleşme olarak tanımlamaktayız. Bu sözleşmenin esasını karşılıklı edimlerin mübadelesi oluşturur. Edimler arasındaki bu karşılıklı ilişkisinin var olmadığı eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı bu seçimlik hakları kullanamaz. Bu sebeptir ki şirket sözleşmelerinde de alacaklı bu hakları sahip değildir.

Alacaklının aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi ya da sözleşmeden dönebilmesi için, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı, alacaklı tarafından mehil tayini ve mehil içerisinde borcun ifa edilmemiş olması gerekir. Mehil tayini, BK m. 106’nın lafzına göre temerrütten sonra yapılmalıdır. İhtarın mehil beyanını da içermesi halinde, mehil tayini temerrütten önce de yapılabilir.

Borcun ifa edilmemesi halinde alacaklı seçim hakkını derhal kullanmalıdır. Kanaatimizce alacaklının müspet zararının tazminini talep edebilmesi ve sözleşme-

den dönebilmesi için mehil gerekmeyen hallerde de derhal bildirimde bulunması gerekir. Borçlu ifada bulunmayacağını kesin bir dille belirtmiş (BK m.107/ b.1) yada, alacaklı için artık ifa yapılması faydasız kalmış (BK m.107/ b.2) veya kesin vade kararlaştırılmış (BK m. 107/b.3) bir halin varlığı söz konusu olsa bile alacaklının spekülasyon yaparak borçluyu belirsiz bir duruma sokmasını engellemek amacıyla madde metninde yer verilen “*derhal*” ibaresinin mehil tayinine gerek olmayan hallerde gereksiz kaldığını savunmak bizce isabetsizdir.

Alacaklıya tanınan bir diğer seçimlik hak ise sözleşmeden dönme hakkıdır. Klasik teoriyi benimseyerek dönme beyanı ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğini ve bu anlamda dönme hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu görüşündeyiz. Borçlar Kanununun 108. maddesinde açıkça belirtildiği üzere dönme ile borç ilişkisi baştan itibaren ortadan kalkar. Bu teoriye göre sözleşmenin içeriğinin değişerek tasfiye amacıyla devam ettiğinin kabulü hem kanun metni hem tarafların iradeleri ile uyumlu değildir. Şöyle ki dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmek isteyen alacaklının bu talebini aksi bir şekilde yorumlayarak sözleşmenin içeriğini değiştirmek istediğini kabul edip, alacaklının açık iradesinin aksine bir yorum yapmak bizce yerinde değildir. Yine belirtmek gerekir ki bir an için sözleşmenin tasfiye amacı ile devam ettiği düşünülse bile tarafların karşılıklı irade beyanlarını varlığı olmaksızın, taraflara sözleşmenin tasfiye içeriğine sahip olarak devam ettiğine yönelik bir hükmü dayatmak bizce isabetli bir yaklaşım değildir.

Bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gereken yapma borçları dışındaki üçüncü bir kişi tarafından da yerine getirilebilecek edime konu yapma borçlarının BK m. 97/1 ve İc. İf. K. m. 30 gereğince cebri icrası mümkündür. Alacaklının mahkemeye başvurarak masrafları borçluya ait olmak üzere kendisi ya da bir üçüncü kişi tarafından edimin ifasını istemesi halinde, mahkemece verilecek izne binaen edim ifa edilecek ve borçlunun borcu ise masrafları ve varsa tazminat giderlerini ödemeye dönüşecektir. Bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerekli borçların ise cebri icrası mümkün değildir. Alacaklı bu halde tazminat istemek zorundadır.

Yargıtay’ın aksine biz BK m. 97/1’de alacaklıya tanınan bu seçimlik hakkın kullanılabilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerektiği kanaatinde değiliz. Yani borçlu borca aykırı davranarak borcunu ifa etmez ise alacaklı mahkemeye

başvurarak edimin kendisi ya da bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesini isteyebilir. Fakat alacaklı, borçluyu temerrüde düşürmüş ise temerrüdün para borçlarına ilişkin sonuçları dışındaki diğer sonuçlarını talep edebileceği gibi bunlara ek olarak ayrıca m. 97/f.1'e göre mahkemeden talepte de bulunabilir

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut: **Borçlar Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- Akkanat, Halil: **İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü**, Prof Dr. Kemal Oğuzman'ın anısına Armağan, İstanbul, 2000.
- Akkanat, Halil: **Alacaklı Temerrüdü Dışında, Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1996.
- Arslan, Çetin/
- Kayançiçek, Murat: **5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi**, Ankara, (Yazarların kendi yayını), 2010.
- Arslan, Çetin/ Kırmızı, Mustafa: **Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar**, 2004.
- Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza, 2002.
- Barlas, Nami: **Para Borçlarının ifasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.
- Baygın, Cem: **Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1997.

- Bilgen, Mahmut: **İlmi ve Kazai İctihatlar Işığında Faiz Hukuku ve Munzam Zarar (İlgili Mevzuat ile Birlikte)**, İstanbul, Bursa, Alfa, 2001.
- Buz, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**; Ankara, 1998.
- Demir, Nevin: **Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun**, İstanbul, 1986.
- Domaniç, Hayri: **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK m. 105 ve Diğer Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998.
- Domaniç, Hayri: “Kanunkoyucunun Faiz Konusundaki Hatasını Düzelten Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi”, **Prof Dr. Kemal Oğuzman’ nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genle Hükümler**, 11. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta Basım, 2009.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I-II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülter Matbaası, 1977.
- Göle, Celal: **Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt**, Doktora Tezi, Ankara, 1975.
- Gülçin Elçin Grassinger: “BK md. 83 Hükümüne göre Yabancı Para Borçları ile İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof Dr. Kemal Oğuzman’ nın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000,
- Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, İzmir,

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner
Sermaye İşletme Yayınları No: 60, 1995.

Helvacı Mehmet:

**Borçlar Ve Ticaret Kanunu Bakımından Para
Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, Beta, 2000.

Işık Nazikioğlu:

“Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun
temerrüdü”, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**,
C.8,S.1-2(yıl1951),s.662,(Çevrimiçi)
<http://auh.ankara.edu.tr/auhfd>, 08.07.2010.

İnan, Ali Naim:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı,
Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.

Karahasan, Mustafa Reşit:

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: II,
İstanbul, Beta Yayınları, Şubat 2003.

Kaynar, Reşat:

**Türk Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hü-
kümmler**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1965.

Kılıçoğlu, Ahmet:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, An-
kara, Turhan Kitapevi, 2005.

Kılıçoğlu, Ahmet:

“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na eleştiriler”,
Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 140, Baskı
1, Ankara, Şen Matbaa, Mart 2008

Nomer, Haluk:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden
Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, Beta Yayım, 2010.

Oğuzman, M.Kemal/ Öz,

M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden
Geçirilmiş 7. (Tıpkı) Bası, İstanbul, Vedat Kitap-
çılık, 2009.

- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer: **Kişiler Hukuku**, 9. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, Oktay-Özdemir, Saibe: 2009.
- Öçal, Akar: **Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi**, İstanbul, 1965.
- Önen, Turgut: **Borçlar Hukuku**, Ankara, Siyasal Kitapevi, 1965.
- Öz, Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989.
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010.
- Sabih Arkan: **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7.Baskı, Ankara, 2004.
- Seliçi, Özer: **Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.
- Serozan, Rona: **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2009.
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Şenyüz, Doğan: **Borçlar Hukuku**, Bursa, Ezgi Kitapevi Yayınları, 2003.
- Şirin, Şerafettin: **Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz**, İstanbul, Alfa, 1996.
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi

Yayınlarında No: 159, Ajans-Türk Matbaası, 1961.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993.

Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku**, C. I (Genel Hükümler), 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

Uluslan, İlhan: **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1984.

Uygur, Turgut: **Açıklamalı- İctihathı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 5, 3.Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

von Tuhr, Von Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15, Olgaç Matbaası, 1983.

Yılmaz, Halil: **“Para Borçlarının İfasında Borçluya Yöneltilen Temerrüt İhtarı”**, Yargıtay Dergisi, S:1-2, C: 31, Ocak-Nisan 2005.

Zevkliler, Aydın: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2001.