TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Emir GÖKA

Ankara – 2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Emir GÖKA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Ankara – 2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Mehmet Emir GÖKA

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
1. ……	……..
2. ……	……..
3. ……	……..
4. ……	……..
5. ……	……..

Tez Savunması Tarihi :

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL danışmanlığında hazırladığım "Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması" (Ankara, 2018) adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

…… / …… / 2018

Mehmet Emir GÖKA

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **i**

KISALTMALAR ..... **iv**

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN SUNULMASI **1**

§ 2. İNCELEME YÖNTEMİ **4**

BİRİNCİ BÖLÜM

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İNCELENMESİ

§ 3. SORUNUN ORTAYA ÇIKIŞI **6**

§ 4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI **9**

I. Anglo Amerikan ve Alman Hukukunda 9

A. Anglo Amerikan Hukukunda 10

B. Alman Hukukunda 22

II. CISG ve Milletlerarası Hukuk Uyumlaştırması Metinlerinde 39

A. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) 39

B. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri 58

C. Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri (PECL) 60

İKİNCİ BÖLÜM

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI TERİMİ VE KAVRAMI

§ 5. TERİM **63**

§ 6. KAVRAM **67**

I. TBK'da İfa Engelleri Sistemi ve Boşluk Sorunu 67

II. Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olmasının Tanımı ve Türleri 78

A. Tanım 78

B. Türleri 78

1. Sübjektif Olarak Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması: Borçlunun Muacceliyetten Önce İfadan Haksız Olarak Kaçınması 81
a. Kaçınmayla İfa Etmeme İradesinin Açıklanması 82
aa. Borçlunun Borcunu İfa Etmeyeceğini Bildirmesi 83
bb. Borçlunun Davranışlarından Borcunu İfa Etmeyeceğinin Anlaşılması 87
b. Borçlunun İfadan Kaçınma Açıklamasının Hukuki Niteliği 88
c. Kesinlik Şartı 92
d. Borçlunun Ahde Vefasının Açıklığa Kavuşturulması 99
e. İfadan Kaçınmanın Geri Alınması 103
aa. Geri Almaya Tam Serbesti Tanıyan Görüş 104
bb. Geri Almayı Kabul Etmeyen Görüş 105
cc. Geri Almaya Sınırlı Serbesti Tanıyan Görüş 106
2. Objektif Olarak Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması: Gelecekteki İfanın Objektif Olarak Tehlikeye Düşmesi 109
a. Kanuni Dayanak 110
b. Gelecekteki Objektif İfa Tehlikesinin Kapsamı ve Kesinlik Şartı 112
c. Gelecekteki Objektif İfa Tehlikesinin Kural Olarak Borçlunun Sorumluluk Alanından Kaynaklanması 115
d. İfanın İmkânsız Olmaması 117
e. Kesin Vade Hâllerinde Sorun 118

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ, KOŞULLARI VE HÜKÜMLERİ

§ 7. HUKUKİ NİTELİĞİ 125
I. İfa İmkânsızlığı Görüşü 125
II. Sözleşmenin Müspet İhlali Görüşü 128
III. Borçlu Temerrüdü Hükümlerini Kıyasen Uygulayan Görüş 132
IV. TBK m. 473'ü Kıyasen Uygulayan Görüş 134
V. Görüşlerin Değerlendirilmesi 135

§ 8. KOŞULLARI 146
I. Geçerli Bir Sözleşmenin ve Mevcut Bir Borcun Varlığı 146
II. Borcun İfasının Mümkün Olması 147
III. Borcun Muacceliyet Tarihinin Ertelenmesi veya İfasının Zamana Yayılması 148

A. Vadeye Bağlı Borç 149
B. İhbarla Muaccel Olan Borç 150
C. Art Arda İfalı Sözleşmeler ve Sürekli Borç İlişkilerinde Durum 150
D. Şarta Bağlı Borçlarda Durum 154
IV. Muacceliyetten Önce İfadan Haksız Olarak Kaçınılması veya Gelecekteki İfanın Objektif Olarak Tehlikeye Düşürülmesi 156
V. Kaçınmanın veya İfa Tehlikesinin Aslî Edim Yükümlülüğüne Yönelmesi 157
VI. Borçlunun Sorumlu Tutulabilmesi İçin Zarar, Uygun İlliyet Bağı ve Kusur Mevcut Olmalı 158
§ 9. HÜKÜMLERİ 160
I. Aynen İfayı Talep Etmeye Devam Etme 160
A. Aynen İfa Talebinin Sınırlandırılması 161
B. Muacceliyetten Önce Gecikme Tazminatı veya Temerrüt Faizi Talep Edilememesi 164
C. Alacaklının Sonradan Kararını Değiştirmesi 164
D. Ek Seçimlik Hakların Kullanılabilmesi İçin İhtar ve Ek Süre Verme Yükümlülüğü 168
II. Aynen İfadan Vazgeçerek Sözleşmeden Dönme veya Müspet Zararın Tazmini 170
A. Aynen İfadan Vazgeçme Bildirimi 170
B. Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararın Tazmini 171
C. İfadan Vazgeçerek Müspet Zararın Tazmini 173
D. Yapma Edimlerinde İşin Başkasına Yaptırılabilmesi 180
SONUÇ 183
KAYNAKÇA 189
ÖZET 200
ABSTRACT 201

KISALTMALAR

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
Beck	Beck-online, die Datenbank (www.beck-online.beck.de)
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung (publizistische Verwendung Verlag C. H. BECK)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (18 Ağustos 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi Özel Hukuk Kararları)
Mülga BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
BK	Berner Kommentar
Bkz./bkz.	Bakınız/bakınız
BSK	Basler Kommentar
çev.	çeviren
C.	Cilt
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
dn.	dipnot
E.	Esas
ed.	Editör

ERÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	Erişim Tarihi
f.	fıkra
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
H.	Heft
HD	(Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	(Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
Hein Online	Hein Online Journals (www.heinonline.org)
Hrsg.	Herausgeber (Editör)
İBK	30 Mart 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu
İMK	10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu
İÜMHAD	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Juris	Juris Rechtsportal (www.juris.de)
JSTOR	Journal Storage (www.jstor.org)
JW	Juristische Wochenschrift
K.	Karar
Karş./karş.	Karşılaştırınız/karşılaştırınız
Kazancı	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (https://www.kazanci.com.tr)
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MünchKomm	Münchener Kommentar zum BGB
N.	Note(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtssprechung-Report Zivilrecht
No.	Numara
Nomos-Hk	Nomos Kommentar: BGB Handkommentar

NomosKomm	Nomos Kommentar: BGB Schuldrecht Bd. 2
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911
Palandt	Palandt Kommentar zum BGB
PECL	Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
s.	sayfa
sub.	subheading
Staudinger	J. von Staudingers Kommentar zum BGB
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	The International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT İlkeleri	Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri
Vorbem.	Vorbemerkungen

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN SUNULMASI

Günlük yaşamda edimlerin derhâl mübadelesini gerektiren sözleşmelerle sıklıkla karşılaşılmaktadır; hattâ market alışverişi, yemek siparişi gibi gündelik işlemlerin çoğunluğu bu şekilde gerçekleşmektedir. Ticari hayatta da, örneğin, bir pastane sahibi, pastalarda kullanmak üzere alacağı meyveleri doğrudan toptancı hâlinden alırsa yine edimlerin derhâl mübadele edildiği bir sözleşme ortaya çıkacaktır. Bu doğrultuda, TBK m. 90'da "*derhâl muacceliyet*" ilkesi kabul edilmiştir. Buna karşın, tarafların farklı sebeplerle edimlerin birinin veya her ikisinin de ifa edileceği zamanı daha sonraki bir tarihe ertelemeyi seçmesi mümkündür. Verilen örnekteki pastane sahibi, lüks bir otelde gerçekleşecek bir resepsiyonda ziyaretçilere sunulmak üzere otele taze pasta teslim etme yükümlülüğü altına girerse resepsiyon tarihine yakın bir zamanda teslim edilmek üzere taze meyve alımı yapmayı tercih edebilecektir. Ayrıca pastane sahibi ile otel işleticisi arasındaki sözleşmede de pastaların teslim edileceği zaman, sözleşmenin yapıldığı andan daha sonraki bir tarih olarak kararlaştırılmaktadır. Bu durumlarda taraflar TBK m. 90 uyarınca kendi iradeleriyle sözleşmenin muacceliyet tarihini ötelemektedir. Muacceliyet tarihi ertelenen borcun ifası, borç muaccel oluncaya dek talep edilemeyecektir. Dolayısıyla, borçlunun muacceliyet tarihine dek ifada bulunmaması bir borca aykırılık teşkil etmeyecektir.

Öte yandan, meyve satıcısının, pastane sahibiyle sözleşme dışındaki sebeplerle husumete düşmesi ya da farklı bir alıcıya çok daha iyi şartlarda satış yapma imkânının ortaya çıkması sebebiyle teslim borcu muaccel olmadan önce meyveleri teslim etmeyeceğini açıkça bildirmesi ve pastane sahibinin de otel işletmecisine taze meyve bulmakta yaşadığı sıkıntı dolayısıyla pastaları teslim edemeyeceğini iletmesi mümkündür. Bu durumlarda henüz borçlunun borcu muaccel olmamıştır ama gelecekteki ifa açıkça tehlikeye düşmüştür. Öğretide, böyle hâllerde alacaklıya muacceliyetten önce

dahi birtakım haklar tanınıp tanınamayacağı ve tanınacaksa bunun neye dayanacağı tartışılmıştır. Bu tartışmalar, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması (*anticipatory breach, antizipierter Vertragsbruch*) kavramının ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sorunu ilk olarak İngiliz hukukunda 1853 yılında verilen *Hochster v De la Tour* kararında ortaya koyulmuştur. Borçlunun, ifa günü gelmeyen bir sözleşmeye de aykırı davranabileceğini kabul eden bu karar, Anglo Amerikan hukuk sistemine dahil ülkelerde ciddi tartışmalara sebep olmuş ve eleştirilmişse de yıllar içinde Anglo Amerikan hukuk sisteminde "*anticipatory breach*" öğretisi yerleşmiştir. Bunu takiben milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde de ifa gününden önce borçlunun borca aykırı davranabileceği kabul edilmiş ve farklı düzenlemelere kavuşturulmuştur (CISG m. 71 vd.; PECL m. 8:103, 9:304; UNIDROIT m. 7.3.3, 7.3.4). Daha sonra Alman hukukunda 1.1.2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reform Kanunuyla (*Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) BGB § 323 f. IV'te borç muaccel olmadan önce sözleşmeden dönme şartlarının gerçekleşeceği açıksa alacaklıya derhâl sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır ve kanun gerekçesinde bu hükmün getirilmesinde CISG'nin göz önünde bulundurulduğu açıkça ifade edilmiştir[1].

Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere rağmen 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren TBK'da konuyla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır[2]. Bu sebeple, Türk hukuk öğretisinde borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, neredeyse tüm genel eserlerde bir ifa engeli olarak kabul edilmesine rağmen, ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Çoğunlukla buna hangi ifa engeline ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği tartışılmış ve genel olarak

---

1 Bundestagsdrucksache, 14/6040, s. 186, 2. Sütun (https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf, E.T. 24.08.2018).

2 Böyle bir düzenleme yapılmaması eleştirilmiştir: **Buz, Vedat**; "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul, 2012, 91-111, s. 111.

alacaklının muacceliyeti beklemeksizin derhâl harekete geçebileceği kabul edilerek alacaklıya birtakım haklar tanınmıştır. Fakat bu tartışmalar yalnızca borca aykırı davranılacağı önceden belli olmasını takiben alacaklının buna dayanarak harekete geçtiği varsayımında belli sorunlara çözüm olabilecek niteliktedir. Oysa borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirdiği bir durumda ona güvenerek bu ilişkiye girmiş olan alacaklının derhâl sözleşmeden dönmesini veya soluğu adliyede alıp dava açmasını beklemek gerçeklikten uzaktır.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu an ile alacaklının buna dayanarak harekete geçtiği an arasında sıklıkla bir ara dönem söz konusu olacaktır ve bu dönemde pek çok sorun gündeme gelebilecektir. Örneğin, borcunu ifa etmeyeceğini bildiren borçlu, bir an sonra fikrini değiştirip borcunu ifa etmek isterse alacaklı bu ifayı kabul etmekle yükümlü olacak mıdır? Yine örneğin, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinden şüphelenmekte haklı sebepleri olan alacaklı, borçluyu bu konuda bir açıklama yapmaya zorlayabilecek midir? Borca aykırı davranılacağı önceden belli olduktan sonra alacaklı buna rağmen aynen ifayı talep etmeye devam edebilecek midir, yoksa zararı azaltma külfeti dolayısıyla derhâl harekete geçmek zorunda mı kalacaktır? Alacaklı ilk başta aynen ifayı talep etmesine rağmen daha sonra kararını değiştirebilecek midir? Anayasa m. 36/II uyarınca hak dağıtmaktan kaçınamayacak olan hâkim, önüne gelen olayda bu sorunlara cevap vermek ve buralardaki boşluğu doldurmak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla hâkimin borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu sonucuna ulaşarak ilgili yaptırımın uygulanmasına hükmetmeden önce çözmesi gereken birçok farklı sorun ortaya çıkacaktır.

Bu çalışmada, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını takip eden tüm süreç ele alınacak, bu süreçte taraf menfaatlerini dengeleyerek sözleşme adaletine uygun çözümler üretebilmek amacıyla yapılan tartışmalar ortaya koyulacak, uygulanması gereken hükümlere ilişkin görüşler değerlendirilecek ve nihayet borca aykırı

davranılacağının önceden belli olmasının sonuçları incelenecektir. Bunlar yapılırken, özellikle karşılaştırmalı hukukta getirilmiş düzenlemeler veya önerilen çözümler irdelenecek ama bunların Türk hukukunda uygulanma imkânı olup olmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Böylece Türk hukukundaki düzenleme eksikliği sebebiyle ortaya çıkabilecek sorunlara bir nebze de olsa ışık tutulmaya çalışılacaktır.

§ 2. İNCELEME YÖNTEMİ

Çalışmanın ilk bölümünde, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden ve öğreti ile mahkeme kararlarındaki geniş hukuki deneyimden yararlanmak amacıyla karşılaştırmalı hukuktaki durum ayrıntılı olarak incelenecektir. Öncelikle borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sorununun ortaya çıktığı *Hochster v De la Tour* kararı ve bu karara yansıyan tartışmalar ele alınacaktır. Daha sonra, Anglo Amerikan ve Alman hukuk sistemleri ile bu konuda düzenleme içeren önemli bazı milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinleri (CISG, UNIDROIT ve PECL) irdelenecektir. Bu incelemeler yapılırken izlenecek amaç, söz konusu hukuk sistemlerinde veya metinlerde borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili genel çerçeveyi ve tartışmaları ortaya koymak olacaktır. Karşılaştırmalı hukuk incelemelerine sıklıkla tez çalışmalarının son kısmında yer verilse de Türk hukukunda konumuzla ilgili bir kanunî düzenleme olmadığı ve çalışmanın birçok bölümünde bu incelemelerden yararlanmak gerektiği için bu çalışmanın ilk bölümü karşılaştırmalı hukuktaki duruma ayrılmıştır.

İkinci bölümde, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması terimi ile kavramı incelenecektir. İlk olarak İngilizce "*anticipatory breach*", Almanca "*antizipierter Vertragsbruch*" şeklinde ifade edilen borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramı için Türk hukukunda önerilen ve kullanılan terimler ele alınacak ve hangi terimin kullanılmasının daha yerinde olacağı tartışılacaktır. Daha sonra Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler ışığında bir kanun boşluğundan bahsedilip

bahsedilemeyeceği incelenecek ve özellikle TBK'nın sözleşme kurulduktan sonraki ama muacceliyetten önceki zaman aralığına ilişkin düzenlemeleri ele alınacaktır. Bunu takiben, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramı tanımlanmaya çalışılacak ve bunun farklı türleri incelenecektir. Her bir türün incelenmesinde, bu türe ilişkin olarak yapılan tartışmalar da ayrı başlıklar altında aktarılacaktır. Bu yapılırken, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduktan sonraki süreç ve bu süreçte taraf menfaatlerinin dengelenmesi için kabul edilebilecek çözümler tartışılacaktır.

Üçüncü ve son bölümde, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının hukuki niteliğine ilişkin görüşler aktarılacak ve bunlar toplu olarak değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken her bir görüşe yöneltilen eleştiriler ortaya koyulacak ve bu eleştirilerin ne ölçüde haklı olduğu tartışılacaktır. Hukuki niteliğe ilişkin görüşler değerlendirildikten ve bu konuda bir sonuca varıldıktan sonra borca aykırı davranılacağının önceden belli olabilmesi için hangi koşulların gerektiği incelenecektir. Burada, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasında özel bir öneme sahip olan muacceliyet unsuru, sözleşmede kararlaştırılabilecek olan farklı olasılıklar üzerinden ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Son olarak, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının hükümleri üzerinde durulacaktır. Bu bölümde, özellikle, muacceliyetten önce borca aykırı davranılacağı belli olduğunda alacaklının aynen ifayı talep etmeye devam edip edemeyeceği, zararı azaltma külfetinin aynen ifa talebine ne derecede etki edeceği ve tazminatın muacceliyetten önce talep edilmesi sebebiyle ortaya çıkan sorunlar ile bunlara ilişkin tartışmalara yer verilecektir.

Konuyu Türk hukuku açısından inceleyen bölümlerde, çalışma konumuzun özelliği gereği, sözleşme kurulduktan sonraki ama muacceliyetten önceki dönemde taraflar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılacaktır. Ancak, hukukun uygulanmasına ilişkin olarak TMK m. 1'de öngörülen çerçevenin dışına çıkılmayacak ve bu çerçeve içinde Türk hukukunda hangi çözümlerin benimsenebileceği tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İNCELENMESİ

§ 3. SORUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sorununun temelleri Anglo Amerikan Hukuku'nda (*Common Law*) atılmıştır. Konu açık ve ayrıntılı olarak ilk kez 25 Haziran 1853 tarihinde bir İngiltere mahkemesinin verdiği *Hochster v De la Tour* kararında ele alınmıştır[3]. Davaya konu olayda, taraflar arasında yapılmış 12 Nisan 1852 tarihli sözleşmeyle davalı işveren, 1 Haziran 1852 tarihinden başlayarak 3 ay sürecek Avrupa seyahati boyunca davacıyı kurye olarak çalıştırmayı taahhüt etmiştir. Buna karşın davalı, 11 Mayıs 1852'de davacıya bir mektup göndererek fikrini değiştirdiğini ve kurye olarak çalışmasına ihtiyaç duymadığını bildirmiştir. Mektubu alan davacı, davalıdan zararını karşılamasını talep etmiş ve bunun reddedilmesi üzerine 22 Mayıs 1852 tarihinde dava açmıştır. Mahkeme, yaptığı incelemede, davacının, dava tarihi ile 1 Haziran 1852 tarihi arasında başka bir işveren ile ifa edilmeyeceği bildirilen sözleşmedekine eşit sayılabilecek koşullarla anlaştığını ama bu sözleşmenin ifasının 4 Temmuz 1852 tarihinde başlayacağını tespit etmiştir. Davacı, davalı işverenin taahhüdünü yerine getirmeyeceğini bildirerek aralarındaki sözleşmeye aykırı davrandığı iddiasıyla zararının

---

[3] Hochster v De la Tour, Queen's Bench, 1853, 2 Ellis and Blackburn 678, 118 English Reports 922 (Westlaw, E.T. 18.02.2018). Bkz. **Chitty, Joseph**; Chitty on Contracts, 32nd Edition, ed. H. G. Beale, London, 2015, N. 24-023; **Rowley, Keith A.**; "A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law", University of Cincinnati Law Review, Volume 69, 2001, 565-639, s. 572 vd. (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rowley.html, E.T. 17.02.2018); **Liu, Qiao**; Anticipatory Breach, Oxford, 2011, s. 9 vd.; **Liu, Qiao**; "Claiming Damages upon an Anticipatory Breach: Why should an Acceptance Be Necessary?", Legal Studies, 2010, Volume 25, 559-577, s. 560 (https://ssrn.com/abstract=1645783, E.T. 17.02.2018); **Knapp, Charles L. / Crystal, Nathan M. / Prince, Harry G.**; Problems in Contract Law, Sixth Edition, New York, 2007, s. 831-833; **Başoğlu, Başak**; "Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları", İÜHFM, Cilt LXVI, Sayı 2, Yıl 2008, İstanbul, 287-310, s. 301.

tazminini talep etmiştir. Diğer bir ifadeyle, davacının davasının dayanağı işverenin borcunu ifa etmemesi değil, doğrudan doğruya ifa etmeyeceğini bildirmesidir[4]. Davalı ise davacıyla arasındaki sözleşmenin ifa tarihi olan 1 Haziran 1852'den önce bir sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Buradan hareketle davalı, davacıya gönderdiği mektubun bir sözleşmeye aykırılık değil, yalnızca *sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik bir icap* niteliğinde kabul edilebileceğini iddia etmiştir[5]. Davalıya göre böyle bir icaba muhatap olan davacı ya bunu kabul ederek ifa gününden önce sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanacak haklarından vazgeçerek sözleşmeyi sona erdirebilir ya da ifa günü gelinceye kadar sözleşmeyle bağlı kalmayı seçerek ifasını hazır tutma yükümlülüğü altında olur[6]. Buna göre, icabın muhatabı, yalnızca sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik icabı kabul etmeyip ifa gününü beklerse ve bu tarihte ifa gerçekleşmezse sözleşmeye aykırılık sebebiyle dava açabilecektir.

Mahkeme, öncelikle, davada çözülmesi gereken esas sorunun duruşmada yöneltilen "*Hukuken bir sözleşmenin ifa günü gelmeden önce bu sözleşmeye aykırı davranılması mümkün müdür?*" sorusuyla ortaya koyulduğunu belirtmiştir[7]. Zira dava tarihi ile sözleşmenin ifasının başlayacağı tarih arasında 10 gün vardır. Bu bağlamda, davalının, sözleşmenin ifa edilmeyeceği bildiriminin sözleşmeyi sona erdirmeye icap teşkil ettiği ve sözleşmeye aykırı olmadığı savunmasını ele alan mahkeme, böyle bir nitelendirmeyi kabul etmenin sözleşmeyi sona erdirmek istemeyen muhatabı sözleşmenin ifa günü gelinceye kadar kendi borcunu ifaya hazır olma yükümlülüğü altında tutmak sonucunu doğuracağına işaret etmiştir[8]. Gerçekten de davalının savunması kabul edilecek olursa muacceliyetten önce borcunu ifa etmekten kaçınan taraf karşısında buna muhatap

---

4 **Chitty on Contracts**, N. 24-023; **Liu** (Anticipatory Breach), s. 10. Liu'ya göre davacı, davasını borcun ifa edilmemesi gerekçesiyle açsaydı bu dava, zamanından önce açılmış olması sebebiyle reddedilirdi.

5 Hochster v De la Tour, N. 686.

6 Hochster v De la Tour, N. 688.

7 Hochster v De la Tour, N. 682.

8 Hochster v De la Tour, N. 688, 690, 691, 694.

olan davacının haklarını kullanmak için vadeyi beklemek dışında hiçbir savunma imkânı veya başvurabileceği yol kalmayacaktır[9]. Üstüne üstlük bu bekleme süreci boyunca davacı kendi ediminin ifasını da hazır tutmakla yükümlü olmaya devam edecektir. Oysa mahkemeye göre davalının muacceliyetten önce sözleşmeyi ifa etmekten kaçınması hâlinde davacı kendisini gelecekteki ifa yükümlülüğünden kurtulmuş addetme ve sözleşmeye aykırılık sebebiyle uğradığı zararın tazmini için dava açma özgürlüğüne sahip olmalıdır[10]. Bu doğrultuda mahkeme, davalı tarafça ifadan kaçınılmışken (*renunciation*), davacının yararsızca vadeyi beklemek ve ifa hazırlığı yapmak yerine başka bir işverenle anlaşmaya çalışma, ki bu kendisinin sorumlu tutulabileceği zararı azaltma külfetine de uygundur, hakkı olduğunu belirtmiştir[11]. Ayrıca mahkemenin gözünde, kendi rızasıyla yaptığı bir sözleşmeden doğan borcunu ifa etmekten muacceliyetten önce haksız olarak kaçınan (*wrongfully renounce*) tarafın, böyle bir kaçınmanın muhatabının dava açması hâlinde bunu protesto etmeye de hakkı yoktur[12]. Bu durumda muhataba doğrudan dava açma veya ifa gününü bekleme arasında seçme hakkı tanınmalıdır[13]. Bu açıklamalar sonucunda mahkeme, muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınılması hâlinde diğer tarafı vadeye kadar sözleşmeyle bağlı tutmak için hiçbir sebep olmadığını ve böyle bir kaçınmanın sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini belirterek davayı kabul etmiştir[14].

Her ne kadar mahkeme, kararına dayanak olarak 1831 tarihli *Planche v Colburn* kararını emsal olarak göstermiş olsa da söz konusu kararda borç muaccel olmadan önce ifadan kaçınılmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edip edemeyeceği tartışılmadığı için borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramının temelinin *Hochster v De*

9 Hochster v De la Tour, N. 690.
10 Hochster v De la Tour, N. 690.
11 Hochster v De la Tour, N. 690.
12 Hochster v De la Tour, N. 691.
13 Hochster v De la Tour, N. 691.
14 Hochster v De la Tour, N. 694.

la Tour kararında oluşturulduğu belirtilmektedir[15]. Liu'ya göre ilk defa bu kararda, sözleşme yapan tarafların, karşılıklı olarak muacceliyet anına dek sözleşmeyi ifa etmeye "hazır ve istekli" (*ready and willing*) olma konusunda zımni bir taahhütte (*implied promise*, ifayı tekeffül borcu) bulunduğu ve ifadan kaçınılması sebebiyle hükmedilen tazminatın buna dayandığı îmâ edilmiştir[16]. Böylece bu karardan önce verilmiş olup davalının muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınması veya kendisini borcu ifa edemeyecek duruma sokması sebebiyle davacıya belli haklar tanıyan diğer kararlar bir temele kavuşturulmuştur[17]. Ancak kavramın çıkış noktası olarak kabul edilen *Hochster v De la Tour* kararında dahi borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde sözleşmeye aykırı davranmamış tarafın bu an itibariyle sözleşmeden dönüp dönemeyeceği tartışılmamış, yalnızca bunun tazminat davasına konu edilebilir bir sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmuştur[18]. Bu ikisi arasındaki pratik fark borca aykırı davranılacağı önceden belli olmasına rağmen henüz bir zarar doğmaması durumunda kendini gösterir[19].

§ 4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI

I. Anglo Amerikan ve Alman Hukukunda

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını her yönüyle irdeleyebilmek için Anglo Amerikan ve Alman hukuklarındaki durumların ayrıntılı şekilde incelenmesi

---

15 **Liu** (Anticipatory Breach), s. 11. Anglo Amerikan hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramının tarihi gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Rowley**, s. 572 vd.

16 **Liu** (Anticipatory Breach), s. 13-14; Hochster v De la Tour, N. 689; **Strub, Gilbey M.**; "The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries", The International and Comparative Law Quarterly, Volume 38, No. 3, 1989, 475-501, s. 479-480 (JSTOR, E.T. 15.02.2018).

17 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Liu** (Anticipatory Breach), s.17-21.

18 **Liu** (Anticipatory Breach), s. 10.

19 **Treitel, Guenter Heinz**; Treitel on the Law of Contract, London, 14th Edition, ed. Edwin Peel, London, 2015, N. 17-080. Yazar, mahkemenin borçluya muacceliyetten önce seçimlik olarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı verip zararını ancak muacceliyetten sonra isteyebileceğine hükmetmesi gerektiği yönündeki eleştiriyi haklı bulmaktadır.

gerekir. Kavram ilk kez 1853 tarihli *Hochster v De la Tour* kararıyla İngiliz hukukunda ortaya atılmış ve Amerikan hukukunun da bundan etkilenmesiyle Anglo Amerikan hukuk sisteminde 150 yılı aşkın bir gelişme süreci geçirmiştir. Diğer yandan, sorumluluk hukuku bakımından Anglo Amerikan hukuku sistemiyle ciddi farklılıklar içeren Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Almanya'da 1.1.2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reform Kanunuyla (*Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kanunî düzenlemeye kavuşturulmuştur. Alman kanun koyucusu, özellikle konumuzla ilgili değişikliği yaparken (§ 323 f. IV) İngiliz hukukundan önemli şekilde etkilenilerek[20] hazırlanmış CISG'yi göz önünde bulundurmuştur[21]. Öyleyse kavramın köklü bir uygulamasının bulunduğu Anglo Amerikan hukuk sistemi incelenerek buradaki geniş tecrübeden yararlanmak yerinde olacağı gibi özellikle aynı hukuk sistemine mensup olmamız bakımından Türk hukukuna ışık tutması muhtemel olan Alman hukukundaki durumun ortaya koyulması da gereklidir.

A. Anglo Amerikan Hukukunda[22]

Anglo Amerikan hukuk sisteminde sözleşme özgürlüğü ilkesinin tabii sonuçlarından birisi sözleşme yapmakta özgür olan tarafların yaptıkları bu sözleşmeyle bağlı olmasıdır (*the binding force of contract*)[23]. Bu durum, Anglo Amerikan hukuk sisteminde "*sanctity of contracts*" kavramıyla ifade edilmektedir[24]. Temelde borçlunun, borç altına girerek alacaklıda oluşturduğu beklentiyi borcunu ifa ederek karşılaması

---

20 **Marcantonio, Barrigan J.**; "Unifying the Law of Impossibility", Hastings International and Comparative Law Review, Volume 8, No. 41, 1984-1985, 41-60, s. 46 (Hein Online, E.T. 24.02.2018); **Atamer, Yeşim M.**; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul, 2005, s. 286-288.

21 Bundestagsdrucksache, 14/6040, s. 186, 2. Sütun (https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/060/1406040.pdf, E.T. 24.08.2018); **Weidt, Heinz**; Antizipierter Vertragsbruch, Tübingen, 2008, s. 110.

22 Konu İngiliz hukuku temelinde incelenmiş, yeri geldikçe Amerikan hukukundaki düzenleme ve farklılıklar belirtilmiştir.

23 **Chitty on Contracts**, N. 1-036.

24 **Chitty on Contracts**, N. 1-036, dn. 250. Bkz. **Parry, David Hughes**; The Sanctity of Contracts in English Law, London, 1959, s. 1 vd.

gerektiği yönündeki ahlakî ödeve dayanan bu ilke[25], Kıta Avrupası hukukunda söz konusu olan "*pacta sund servanda*" ilkesine benzemekle birlikte, iki sistem arasında bu ilkelere dayanarak öngörülen sorumluluk rejimi bakımından önemli farklılıklar söz konusudur[26].

Anglo Amerikan hukuk sisteminde, sözleşmeyle borç altına giren kişi, alacaklıya borcunu ifa edeceği yönünde bir nevi garanti vermiş pozisyonundadır ve ilke olarak, her nasıl olursa olsun, borcun ifa edilmemesinden sorumludur. Amerikan hukukunda hâkimlere tavsiye niteliğindeki Restatement (Second) of Contracts § 235(2)'de bu durum "*Sözleşme altındaki bir yükümlülük muaccel ise her türlü ifa etmeme bir borca aykırılıktır.*" ifadesiyle açıklanmıştır[27]. Bunun sonucunda, kural olarak, borçlu herhangi bir şekilde sözleşmeyle üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmezse, kendisi veya yardımcıları kusurlu olmasalar dahi, bundan sorumludur (*strict liability*)[28]. Anglo Amerikan hukuk sisteminde ifanın nasıl olursa olsun sözleşmeye uygun olarak yapılmaması kural olarak sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği ve kusura bağlı olmaksızın sorumluluk doğduğu için Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi temerrüt, imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme gibi bir sınıflandırmaya gerek duyulmamıştır[29].

---

25 **Parry**, s. 2.

26 **Posner, Eric A.**; "Fault in Contract Law", Michigan Law Review, Volume 107, No. 8, Symposium: Fault in American Contract Law, 2009, 1431-1444, s. 1431 (JSTOR, E.T. 25.02.2018); **Prejovic, Caslav**; "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", Victoria University of Wellington Law Review, Volume 32, Issue 3, 2001, 817-842, s. 825-826 (https://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/nzacl-yearbooks/yearbook-6,-2000/Pejovic.pdf, E.T. 25.02.2018). Ayrıca bkz. **Serozan, Rona**; Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, 2007, s. 315-316; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 300-304.

27 "*When performance of a duty under a contract is due any non-performance is a breach.*"

28 **Treitel**, N. 17-065: "*Many contractual duties are strict. […] In all these cases, the principle of strict liability may be modified by the terms of the contract (e.g. by a 'force majeure' clause), but unless this is done* ***liability is quite independent of fault.***" Ayrıca bkz. **Posner**, s. 1431-1432; **Prejovic**, s. 825-826. Bununla birlikte, Anglo Amerikan hukuk sisteminde sorumluluğu sınırlamak amacıyla "öngörülebilirlik" (*foreseeability, remoteness*) kriteri geliştirilmiştir. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Schwenzer, Ingeborg / Hachem, Pascal / Kee, Christopher**; Global Sales and Contract Law, Oxford, 2012, N. 44.59 vd.; **Chitty on Contracts**, N. 26-109 vd.

29 **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 300. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Atamer** (CISG), s. 286 vd.

Schwenzer, belli bir grup yaptırımın genel itibariyle her türlü sözleşmeye aykırılık sonucunda uygulanabilir olduğu Anglo Amerikan hukuku sistemindeki bu durumu "sözleşmeye aykırılık yaklaşımı" (*breach-of-contract approach*) olarak adlandırılmaktadır[30]. *Atamer* de bunu, hâkimin ihtilafa "*tümel olarak baktığı*" ve ilk aşama itibariyle yalnızca "*sözleşme ihlal edilmiş midir?*" sorusuna cevap aradığı bir sistem olarak özetlemektedir[31].

İngiliz hukukunda, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması (*anticipatory breach, anticipatory repudiation*[32]), borçlunun borcunu ifa etmeyi reddettiğini açık ve kesin olarak ortaya koyması (*renunciation*) veya kendi sorumluluk alanından kaynaklanan sebeplerle muacceliyetten önce borcunu ifa etme imkânını ortadan kaldırması (*self-disablement*) hâllerinde söz konusu olmaktadır[33]. İlk hâl borçlunun, borcu muaccel olmadan önce ifa etmeyeceğini açık ve kesin olarak bildirmesi veya alacaklının konumunda olan mâkul ve objektif bir kişide borcunu ifa etmeyeceğinin

---

30 **Schwenzer / Hachem / Kee**, N. 41.03: Buna karşılık, belli bir sözleşmeye aykırılık türünün kanunda düzenlenen belirli yaptırımları uygulanabilir kıldığı Kıta Avrupası hukuk sistemindeki durum "sebep odaklı yaklaşım" (*cause-oriented approach*) olarak adlandırılmıştır. Marcantonio da Anglo Amerikan hukuk sisteminde borca aykırılığın "esaslı" (*fundamental*) veya "öngörülen (öncelenmiş)" (*anticipatory*) şeklinde ayrımlara tabi tutulabildiğini ama bu durumun her türlü borca aykırılığın yaptırım sonucunu doğurmasına etki etmediğini; yani sistemi değiştirmediğini belirtmektedir: **Marcantonio**, s. 44.

31 **Atamer** (CISG), s. 287.

32 Bu bölümde atıf yapılan eserlere bakıldığında kavramın, yukarıda belirttiğimiz iki şekilde de ifade edildiği görülmektedir. Genellikle borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tüm durumlar için ana başlık olarak "*anticipatory breach*", özel olarak borca aykırı davranılacağının açık ve kesin olarak bildirildiği hal için "*anticipatory repudiation*" kavramının kullanıldığı söylenebilir. Ancak öğretide "*repudiation*" ifadesinin daha doğru olduğu, zira bunun sözleşme yapıldıktan borç muaccel oluncaya kadarki sürede gerçekleşen bir aykırılığa işaret ettiği, buna karşın "*breach*" kavramının ilke olarak yalnızca muaccel borçlar için kullanılabileceği görüşü de vardır. **Blum, Brian A.**; Contracts, Examples & Explanations, 6th Edition, New York, 2013, s. 638-639.

33 **Chitty on Contracts**, N. 24-018, 24-030, 24-031. Ayrım şöyle açıklanmaktadır: "*An anticipatory breach is conventionally divided into two categories: renunciation and disablement. The former is based on unwillingness whilst the latter on inability or unreadiness.*" **Liu** (Anticipatory Breach), s. 85. "*An 'anticipatory breach' is said to occur when, before performance is due, a party either renounces the contract or disables himself from performing it. Renunciation requires a "clear" and "absolute" refusal to perform; this need not be express but can take the form of conduct indicating that the party is unwilling, even though he may be able to perform. […] Disablement need not be "deliberate", in the sense that there may be an anticipatory breach even though it was not the party's intention to disable himself from performing; but the disablement must be due to the party's "own act or default".*" **Treitel**, N. 17-074 ila 17-076.

açık ve kesin olduğu izlenimi uyandıracak davranışlarda bulunması ile gerçekleşir[34]. Bu bağlamda, borçlunun, alacaklının gelecekteki ifanın yapılıp yapılmayacağına ilişkin makul şüphesini gidermeyerek susması veya hareketsiz kalması hâllerinin dahi borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına sebebiyet verebileceği belirtilmektedir[35]. Borçlunun bu tavrının sözleşmeye aykırı olduğunun bilincinde olması gerekmez[36]. İkinci durum ise borçlunun kendi davranışları veya gecikmesi sonucunda edimi muaccel

---

34 **Chitty on Contracts**, N. 24-022; **Treitel**, N. 17-075; Universal Cargo Carriers Corp v Citati, Queen's Bench, 1957, 2 QB 401, s. 437 (Westlaw, 19.02.2018): "*A renunciation can be made either by words or by conduct, provided it is clearly made. It is often put that the party renunciating must "evince an intention" not to go on with the contract. The intention can be evinced either by words or by conduct. The test of whether an intention is sufficiently evinced by conduct is whether the party renunciating has acted in such a way as to lead a reasonable person to the conclusion that he does not intend to fulfil his part of the contract.*" Eminence Property Developments Ltd. v Kevin Christopher Heaney, of Judicature Court of Appeal (Civil Division), 2010, England and Wales Court of Appeal Civ. 1168, N. 61 (Westlaw, 19.02.2018): "*It is whether, looking at all the circumstances objectively, that is from the perspective of a reasonable person in the position of the innocent party, the contract breaker has clearly shown an intention to abandon and altogether refuse to perform the contact.*"

35 Treitel, "konuşan suskunluk" (*speaking silence*) olarak adlandırılan bu duruma, borçlunun, alacaklıyla arasındaki sözleşme ile ilişkili bir başka sözleşmeyi ifa etmeyi reddetmesinden (ve eldeki sözleşmeyi ifa edeceğini belli edip ortadaki şüpheyi kaldırmamasından) eldeki sözleşmeyi de ifa etmeyeceği sonucunun çıkarılmasını örnek göstermektedir. **Treitel**, N. 17-075.

36 Heyman v Darwins Ltd (1942) AC, s. 379: "*An anticipatory breach does not necessarily involve an actual intention to break the contract.*" (Westlaw, E.T. 20.02.2018). Hattâ borçlunun muacceliyetten önce borca aykırılığa yol açan kesin ifa etmeme iradesi, hatalı bir hukuki görüşe ya da vakıaların yanlış bir değerlendirmesine dahi dayanabilir. Mesela borçlu karşılıklı irade beyanlarını yanlış yorumlayarak sözleşmenin geçerliliği veya yükümlülüklerinin kapsamıyla ilgili hatalı bir sonuca ulaşmış olabilir. Böyle durumlarda muacceliyetten önce borca aykırı davranıldığının kabulünde belirleyici olan borçlunun mutlak ve kategorik şekilde kendi hatalı görüşünde ısrar edip etmediği ve düzeltilmeye açık olup olmadığıdır. Ross T. Smyth & Co. Ltd. v T.D. Bailey Son & Co., House of Lords, 1940, 67 Lloyd's Law Reports 147, s. 159 (www.i-law.com, E.T. 19.02.2018): "*a mere honest misapprehension, especially if open to correction, does not justify a charge of repudiation*"; Eminence Property Developments Ltd. v Kevin Christopher Heaney, of Judicature Court of Appeal (Civil Division), 2010, England and Wales Court of Appeal Civ. 1168, N. 51 ve orada atıf yapılan kararlar.

olduğunda ifa etme imkânını ortadan kaldırmasıdır[37]. Burada da borçlunun bu sonuca bilerek ve isteyerek (kasten) yol açması gerekli değildir[38].

Bu ikili ayrım esasen ispata ilişkindir[39]. Muacceliyetten önce ifadan açık ve kesin olarak kaçınıldığını ileri süren alacaklı, borçlunun bildirim veya davranışlarının, objektif olarak, kendisinin yerinde olan mâkul bir kişiye, yani alacaklının konuyla ilgili özel bilgisine de vâkıf olarak değerlendirme yapan mâkul bir üçüncü kişiye, muacceliyet tarihinde borcu ifa etmeme niyetinde olduğunu gösterdiğini ispat etmek durumundadır[40]. Oysa borçlunun kendisine yükletilebilecek (sorumluluk alanına dâhil) sebeplerle borcunu zamanında ifa edemeyeceğini ileri süren kişi, borçlunun davranışları veya gecikmesinden ötürü gerçekten böyle bir imkânsızlığın söz konusu olduğunu ispatlayacaktır[41]. Bu durumlarda alacaklı, muacceliyetten önce borca aykırı davranıldığını kabul ettiği (ileri sürdüğü) andaki ve/veya öncesindeki delillere dayanabileceği gibi sonradan ortaya çıkan delilleri de kullanabilir[42]. Ancak her hâlükarda alacaklının kabul anındaki koşullara göre böyle bir çıkarımı mâkul olarak yapabilecek durumda bulunması ve muacceliyetten önceki borca aykırılığın şartlarının o anda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Öyleyse hâkim, muacceliyetten önce borca aykırı davranıldığının kabul edildiği andaki koşulların

---

37 **Chitty on Contracts**, N. 24-029; **Treitel**, N. 17-076. İngiliz hukukunda bu hal kapsamında ele alınan bazı durumlar Türk hukukunda sübjektif imkânsızlığa sebebiyet verecek niteliktedir. Örneğin parça borcu içeren bir satım sözleşmesinde, satış konusu malın üçüncü bir kişiye satılıp devredilmesi böyledir. Bkz. İngiliz hukuku için: **Treitel**, N. 17-076, dn. 363; Amerikan hukuku için: **Knapp / Crystal / Prince**, s. 832; Türk hukuku için: **Nomer, Haluk Nami**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 338. Kısaca belirtelim ki, gelecekteki bir ifa engelinin sözleşme taraflarından hiçbirinin risk alanına dahil olmadığı durumlarda "*frustration*" öğretisi uyarınca edim yükümlülüklerinden kurtulma sonucu doğar. Buna karşın, gelecekte oluşacak ifa engeli taraflardan birinin sözleşmesel risk alanına dahilse "*anticipatory breach*" öğretisinin bir alt dalı olan "*self-disablement*" kuralları uygulanır ve sözleşmeye uygun davranan tarafa aşağıda açıklayacağımız hakları sağlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Weidt**, s. 132 vd.

38 **Chitty on Contracts**, N. 24-030; **Treitel**, N. 17-076.

39 **Chitty on Contracts**, N. 24-030; **Liu** (Anticipatory Breach), s. 85 vd.

40 **Chitty on Contracts**, N. 24-030. Yazar, kaçınmanın ispatının, ifanın zamanında yapılma imkânı kalmadığını ispatlamaktan çok daha kolay olduğunu belirtmektedir. Ancak pratik sebeplerle borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunu ileri sürecek davacının her iki sebebe de dayanmasının yararlı olacağını ifade etmektedir. Sözleşmenin feshiyle ilgili ispat ölçüsü: **Treitel**, N. 17-086.

41 **Chitty on Contracts**, N. 24-030.

42 **Liu** (Anticipatory Breach), s. 85 vd., özellikle 90-92.

tespitinde, bu kabulden önce veya sonra ortaya çıkan tüm delilleri kullanabilir; ancak bu tespitten sonra *ex ante* bir bakış açısıyla alacaklının tespit edilen koşullar içinde muacceliyetten önce borca aykırı davranıldığını kabul etmekte haklı olup olmadığını inceleyecektir[43]. Kısaca, delili sonradan ortaya çıkan bir vakıayı kabul anında bilme imkânı olmayan alacaklı, daha sonra açılacak davada, muacceliyetten önce borca aykırı davranılacağını kabul etmekte haklı olduğunu bu vakıaya dayanarak ileri süremeyecektir[44].

Borca aykırı davranılacağının yukarıda açıklanan şekillerde önceden açık ve kesin olarak belli olması hâlinde alacaklı önceden borca aykırı davranıldığını kabul ederek tazminat istemeyi (*breach accepted*) veya aynen ifayı talep etmeye devam ederek muacceliyeti beklemeyi (*breach not accepted*) seçebilir[45]. Borç muaccel olmadan borçlunun borca aykırı davrandığının kabul edildiği doğrudan bir tazminat davası açılarak gösterilebileceği gibi borçluya ihtar çekilerek de ortaya koyulabilir[46]. Fakat kabulün açık ve kapsayıcı olması zorunludur[47]. Kısmi kabul mümkün değildir. Yani sözleşmenin bazı hükümleri bakımından borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu kabul edilirken, diğer hükümlerinin hâlâ ayakta olduğu ileri sürülemez[48]. Önceden borca aykırı davranıldığı kabul edildiğinde (ileri sürüldüğünde) alacaklı, borçlunun bu andan sonra

---

43 **Liu** (Anticipatory Breach), s. 91. Ex ante bakış açısıyla incelemede hâkim, vakıaları değerlendirirken, somut olaydaki alacaklının konumundaki mâkul üçüncü kişinin o anda (borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunun kabul edildiği an) bildiklerinden yola çıkarak ileride borca aykırı davranılacağının kesin olduğu sonucuna varıp varmayacağını inceler.

44 **Liu** (Anticipatory Breach), s. 91.

45 **Chitty on Contracts**, N. 24-023 vd.; **Treitel**, N. 17-078 vd.; **Smith, J. C. / Thomas, J. A. C.**; Smith & Thomas: A Casebook on Contract, 20th Edition, ed. Roger Brownsword, London, 2009, s. 449-450. Amerikan hukuku için bkz. **Rowley**, s. 625 vd.; (Amerikan) Yeknesak Ticaret Kanunu (*Uniform Commercial Code*) § 2-610; Restatement (Second) of Contracts § 253-257.

46 **Treitel**, N. 17-079. Eğer alacaklının kabulü gösteren davranışları borçlunun bilgisindeyse, borca aykırılığın kabul edildiği borçluya bildirilmese dahi borçlunun kabulden haberdar olduğu varsayılır.

47 **Treitel**, N. 17-079.

48 **Treitel**, N. 17-079.

yapacağı ifayı kabul etmeyebileceği gibi[49] gelecekteki kendi ifa yükümlülüğünden de kurtulur ve derhâl borçludan tazminat talep edebilir[50].

İngiliz hukuku öğretisinde, ifa günü gelmeden alacaklıya bu şekilde tazminat talep etme hakkı tanınması eleştirilmiştir[51]. Bir yandan, zararı belirleyebilmek için sözleşmeye konu şeyin ifa günündeki değerine bakılması gereken durumlarda tazminata muacceliyetten önce karar verilme ihtimali olduğu için olsa olsa tahmini bir hesaplama yapılabileceğine dikkat çekilmiştir[52]. Diğer yandan ise bu durumun muacceliyet tarihinde yapılması gereken ifayı öne çekerek hızlandırması ve bunun sonucunda borçlunun zamana yayılmış borçlarının tamamını önceden tazmin etmek zorunda kalmasının sorunlara yol açtığı ifade edilmiştir[53]. Mesela taksitlendirilmiş bir kredi borcunun borçlusunun ilerideki taksitleri ödemekten açıkça kaçınması hâlinde bir kerede tüm kredi alacağının tazmin edilmesi söz konusu olmaktadır[54]. Amerikan hukuku kaynaklarında da *Hochster v De la Tour* kararı ile kabul edilen önceden tazminat alabilme hakkının, alacaklıya sözleşme altında anlaşılmamış (yapılan pazarlık sonucunda kararlaştırılmamış) ek bir menfaat sağladığı (*additional benefits not bargained for under the contract*) ve bunun yerinde olmadığı ileri sürülmüştür[55]. Diğer bir eleştiri, borcun

---

49 **Chitty on Contracts**, N. 24-018 ila 24-024, 24-031; **Davies, F. R.**; Davies on Contract, 10th Edition, Robert Upex & Geoffrey Bennett (Eds.), London, 2008, s. 288. Bu hal, "*the right to treat the contract as discharged*" olarak adlandırılan ve yalnızca bazı borca aykırılık hâllerinde söz konusu olan bir yaptırım türüdür. Bu yaptırımın şartları gerçekleştiğinde alacaklı, tazminat istemeye ek olarak sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulur ve borçlunun ileride yapacağı ifayı reddetme hakkına (isterse aynen ifayı da talep edebilir) sahip olur. Bu yaptırımla ilgili açıklamalar için bkz. **Chitty on Contracts**, N. 24-001, 24-002. Belirtelim ki, sonuçları birbirine benzeyen bazı kavramların (*termination, rescission, discharge*) birbiri yerine kullanılabildiği ifade edildiği için burada kullandığımız kavramlar atıf yaptığımız yazarların ifadelerine bağlı kalınarak kullanılmıştır.

50 **Chitty on Contracts**, N. 24-023, 24-024; **Treitel**, N. 17-080. Bu açıdan Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında alacaklıya bir yandan sözleşmeyi kendi ediminin ifasına devam etmek için açık tutarken, diğer yandan karşı taraftan olan alacağından vazgeçerek tazminat talep etme imkânı tanıyan "mübadele yöntemi (teorisi)" İngiliz hukukunda yasaktır. Bkz. **Weidt**, s. 212-213.

51 Bkz. **Treitel**, N. 17-081; **Knapp / Crystal / Prince**, s. 832-833; **Scott, Robert E. / Kraus, Jody S.**; Contract Law and Theory, 4th Edition, New Jersey, 2007, s. 809, 832-833.

52 **Treitel**, N. 17-081.

53 **Treitel**, N. 17-081.

54 **Treitel**, N. 17-081. Ancak yazar, böyle bir durumda mahkemenin zararı belirlerken öne çekilen ödeme sebebiyle tazminattan indirim yapabileceğini söylemektedir.

55 **Scott / Kraus**, s. 809.

muaccel olduğunda ifa edilmeyeceğinin borçlunun davranışlarından çıkartılmasına izin verilmesinin ciddi bir ikilem yaratmasıdır[56]. Buna göre, borçlunun belli davranışları sonucunda alacaklıda borcun ileride ifa edilmeyeceğine dair bir izlenim oluşmuş olabilir ama alacaklı bunu kabul edip tazminat talep ederse mahkemenin ilgili davranışların gelecekte borcun ifa edilmeyeceğini "yeterince" açık ve kesin şekilde ortaya koymadığına hükmetme ihtimali de vardır[57]. Böyle bir durumda ise alacaklı sözleşmeye aykırı davranmış olabilecek ve karşı tarafın tazminat talebiyle karşı karşıya kalabilecektir[58]. Hattâ muaccel olacağı tarihte borcunu ifa etmek istemeyen ama tazminat ödemekten de kaçınmak isteyen bir borçlunun hesaplı bir şekilde alacaklıya borcu ifa etmeyeceğini hissettiren ama bunu açık olarak da ortaya koymayan bildirimlerde bulunması ve buna dayanarak tazminat talep edilmesi hâlinde de kendisinin borca aykırı davranmadığını, aksine alacaklının bu iddiasıyla borca aykırı hareket ettiğini ileri sürmesinin mümkün olduğu söylenmektedir[59]. Yani borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının borçlunun davranışlarıyla gerçekleşebileceğinin kabulünün, kötü niyetli kişilerin manipülasyonu ve istismarına açık bir durum yarattığı ileri sürülmektedir. Tüm bu eleştirilere rağmen Anglo Amerikan hukuk sisteminde, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramı ve uygulamasının yerleştiği belirtilmektedir[60].

---

56 **Knapp / Crystal / Prince**, s. 832-833. Yazarlar eleştirilerini okuyucuya sorular yönelterek ortaya koymuştur.

57 **Knapp / Crystal / Prince**, s. 832-833.

58 **Scott / Kraus**, s. 815-818; **Knapp / Crystal / Prince**, s. 832-833. İngiliz hukukunun, gelecekteki ifanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinden şüphe eden alacaklıya bu ikilem karşısında yardımcı olmadığı yönündeki eleştiriler için bkz. **Weidt**, s. 143 vd. İngiliz hukukunda borçlunun, borcunu ifa etme istekliliği veya kabiliyeti ile ilgili açıklama yapmaya zorlanamayacağı kabulünün kaynaklandığı içtihat için bkz. Ripley v Mcclure, 1849, 4 Ex 345; 154 ER 1245 (Westlaw, E.T. 22.02.2018). Aşağıda açıklanacağı üzere İngiliz hukukunda, Amerikan hukukundan farklı olarak (Yeknesak Ticaret Kanunu § 2-609) alacaklıya bir teminat isteme hakkı da tanınmamaktadır.

59 **Scott / Kraus**, s. 815-818. Yazarlar bu durumun, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramının savunulma sebeplerinden biri olan zararın azaltılması imkânını da ortadan kaldırdığını belirtmektedir.

60 **Treitel**, N. 17-082. Ayrıca yazar borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının zararı azaltmak ve borca aykırı davranmamış sözleşeni korumak bakımından yararlı olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **Strub**, s. 480.

İngiliz hukukunda borca aykırılığın ilk ve aslî sonucu alacaklının tazminat talep edebilmesidir[61]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde de bu durum değişmemektedir. Alacaklı, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunu kabul edip ileri sürerse derhâl zararının tazminini isteyebilir[62]. Buna ek olarak, kabulle birlikte, şartları gerçekleşmişse, alacaklının sözleşmeyi feshetme (*termination*)[63] hakkı da vardır[64]. Genellikle şartlar sağlanmış ise fesih ile tazminat talebinin birlikte ileri sürüldüğü ifade edilmektedir[65]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde fesih kural olarak yalnızca borca aykırılığın gelecekteki sonuçlarının esaslı olması (özellikle İngiliz hukukundaki sözleşme hükümlerinin sınıflandırılması bağlamında sözleşmedeki "*condition*" niteliğinde bir hükmün ihlali[66]) durumunda mümkün olmaktadır[67]. Bu belirleme yapılırken, ifadan kaçınma hâlleri bakımından, borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini açık ve kesin olarak ortaya

---

61 **Smith / Thomas**, s. 471; **Davies**, s. 288; **Atamer** (CISG), s. 287. Genel itibariyle Anglo Amerikan hukuk sisteminde her türlü borca aykırılık sonucunda tazminat talep edilebilir. Alacaklı, borca aykırılıktan maddi bir zarar görmese dahi nominal tazminat talep edebilir. **Marcantonio**, s. 44.

62 **Chitty on Contracts**, N. 24-023; **Treitel**, N. 17-080.

63 Burada kullandığımız "fesih" kavramından Türk hukukundaki anlamıyla fesih anlaşılmamalıdır. Fesih kavramını kullanmayı tercih etmemizin sebebi İngiliz hukukunda *termination* hakkının yalnızca sınırlı bir geriye dönük etkisi (*limited retrospective effect*) olmasıdır. Bu anlamıyla feshedilen sözleşme, sözleşmeyi tam manasıyla geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırmamakta, sadece fesihten önce ifa edilmiş edimlerin iadesi talep edilebilmekte ama fesihten önce talep edilebilir hale gelmiş olup ifa edilmemiş yükümlülükler kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır. Buna karşın Türk hukukundaki "dönme" kavramına (*revocation*) daha çok benzeyen "*rescission*"dan söz edilen durumlarda sözleşme geriye dönük olarak sanki hiç kurulmamış gibi muamele görmektedir. Başoğlu, İngiliz hukukuyla ilgili açıklamalarında, Treitel'in farklı eserlerine de yollama yaparak, dönme kavramını kullanmayı tercih etmiştir (**Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 301-302). Belirtelim ki, Treitel'in kitabının eski baskılarında aynı konuda *termination* kavramı yerine *rescission* kavramı kullanılmış ama sonra bunun kafa karışıklığı yaratması sebebiyle bizim yollama yaptığımız baskısında değişiklik yapılarak *termination* kavramına yer verilmiştir (**Treitel**, N. 18-001). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Treitel**, N. 17-083 ila 17-089 ve 18-001 vd.

64 **Treitel**, N. 17-083.

65 **Treitel**, N. 18-001. Öte yandan Liu, önceden borca aykırı davranıldığının kabul edilmesinin, maddi olarak, buna dayanarak sözleşmenin feshedildiği anlamına geldiğini ifade etmektedir. **Liu** (Damages), s. 559: "*In substance, 'accepting' the repudiation means 'terminating' the contract on the basis of the repudiation.*"

66 Bkz. **Treitel**, N. 18-051 ve 18-060.

67 **Treitel**, N. 17-083.

koyduğunun mâkul bir alacaklı tarafından kabul edilip edilmeyeceği incelenecektir[68]. Borçlunun, kendisini muacceliyet tarihinde borcunu ifa edemeyecek bir duruma sokması sebebiyle fesihte ise borçlunun bu durumunun müstakbel ifaya yapacağı etkinin ağırlığına bakılacaktır[69]. Fesih durumunda alacaklının kendi borcunu ifa etme yükümlülüğü ortadan kalkacak, buna karşın muacceliyetten önce ifayı tehlikeye düşüren tarafın ifa yükümlülüğü tâlî bir tazminat yükümlülüğüne dönüşecektir[70]. Tüm bu durumlarda, alacaklının talep hakkının temelini gelecekte gerçekleşeceği öngörülen borca aykırılık değil, doğrudan doğruya borçlunun ifayı tehlikeye düşürmesi oluşturur[71].

Muacceliyetten önce borca aykırı davranılacağı açık ve kesin olmakla birlikte alacaklı bunu kabul etmeyerek aynen ifayı talep ederse borçlu muacceliyet tarihinde borcunu ifa etmekle yükümlüdür[72]. Bu durumda, muacceliyetten önceki borca aykırı tutum alacaklı tarafından göz ardı edildiği için kural olarak sonuç doğurmayacaktır[73].

---

68 **Chitty on Contracts**, N. 24-022; **Treitel**, N. 17-075, 17-086; Universal Cargo Carriers Corp v Citati, Queen's Bench, 1957, 2 QB 401, s. 437 (Westlaw, 19.02.2018); Eminence Property Developments Ltd. v Kevin Christopher Heaney, of Judicature Court of Appeal (Civil Division), 2010, England and Wales Court of Appeal Civ. 1168, N. 61 (Westlaw, 19.02.2018).

69 **Treitel**, N. 17-086.

70 **Treitel**, N. 18-020.

71 **Chitty on Contracts**, N.24-023; **Brownsword**, s. 451.

72 **Chitty on Contracts**, N. 24-025; **Treitel**, N. 17-090.

73 **Chitty on Contracts**, N. 24-025; **Liu** (Damages), 560. İngiliz hukukunda karakteristik edim alacaklısı olan kişinin borç muaccel olmadan önce karşı tarafa ediminin ifasını artık istemediğini ve sözleşmeyi toptan reddettiğini bildirmesi de borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramı altında ele alınmıştır. Burada, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunun kabul edilmemesi hâlinde yaşanmış ilginç bir olay *White & Carter (Councils) Ltd v Mcgregor (1962)* davasında karara bağlanmıştır. Olayda davacı, yerel idarelere satmak üzere çöp kutusu üretmektedir ve bunların üzerine yerleştireceği plakalar ile üçüncü kişilerin reklamlarını yayınlama hakkına sahiptir. 1954 yılında davacı, davalı ile davalının reklamlarını belli sayıdaki çöp kutusu üzerinde yayınlamak konusunda bir sözleşme yapmış, bunu takiben 1957 yılında sözleşme üç yıl daha uzatılmıştır. Fakat süre uzatımına dair anlaşmadan sonra davalı, kendisinin bundan haberdar olmadığını ve süre uzatım sözleşmesini imzalayan satış temsilcisinin de buna yetkili olmadığını bildirerek davacıdan sözleşmeyi sona erdirmesini talep etmiştir. Davacı ise sözleşmeyi sona erdirmeyi kabul etmemiş; aksine davalının reklamlarını yayınlayabilmek için gerekli plakaları üretip sözleşmede anlaşılan tarihte çöp kutularının üzerinde yayınlamaya başlamıştır. Ancak davalı, süre uzatım sözleşmesinde kararlaştırılan meblağı ödemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine davacı, herhangi bir borca aykırılık hâlinde üç yıl için taksitlerle ödenecek toplam tutarın tamamının muaccel olacağını düzenleyen sözleşme hükmüne dayanarak ödemenin aynen ifasını talep etmiştir. Yerel mahkeme, davalının yetkisiz temsile dair itirazlarını, temsilcinin böyle bir anlaşma yapmaya yetkili görüntüsü vermesi ve davacının buna itimat etmekte haklı olması sebebiyle reddetmiştir. Ancak yerel mahkeme, davalının, sözleşmenin sona erdirilmesi istemi bildirildikten sonra davacının ancak önceden veya vadeyi bekleyerek tazminat talep etme hakkı

Sonuç doğurmamakla kastedilenin ileride borca aykırı davranılacağı kabul edilmedikçe tazminat ve diğer yaptırımlara başvurulamaması mı yoksa borca aykırılığın ortaya çıkmayacağı mı olduğu tartışmalıdır[74]. Ancak ilk başta aynen ifada diretilmiş bile olsa muacceliyet tarihinde borcun ifa edilmemesi üzerine şartları gerçekleştiyse alacaklının sözleşmeyi feshetme ve/veya tazminat talep etme imkânı olduğu kabul edilmektedir[75]. Alacaklı muacceliyetten önce ifanın tehlikeye düşürüldüğünü kabul etmez ve aynen ifada diretirse alacaklının daha sonra (ancak yine muacceliyetten önce) bundan vazgeçerek tazminat isteyip isteyemeyeceği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklının bu şekilde tutum değiştirmesine izin verilmemelidir; zira borçlu aynen ifada diretilmesi ve sözleşmenin ayakta kalması üzerine ifa hazırlıklarına girişmiş olabilir ve bu aşamada alacaklının tazminat talep etmesi borçluya zarar verir[76]. Diğer bir görüşe göre ise borçlunun bu şekilde zarar göreceği hâller saklı kalmak koşuluyla, özellikle borçlu, alacaklı aynen ifada diretmesine rağmen, ileride borcunu ifa etmekten kaçındığını gösteren davranışlarda bulunmaya devam ediyor ve kaçınmasını geri almıyorsa, alacaklı kararını değiştirerek muacceliyetten önce borca aykırı davranıldığını kabul edebilmelidir[77].

---

olduğu ve bunun yerine borçlunun kendi borcunu aynen ifa ederek, karşı taraftan aynen ifayı talep edemeyeceği şeklindeki iddiasını haklı bularak aynen ifaya dayandırılmış davayı reddetmiştir. Davacı, kararı temyiz etmiştir. Davalı, önceki emsal kararlarda borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunu kabul etmeyen tarafın bir yapma yükümlülüğü altında (karakteristik edim) olmadığını (*in all of them the party who refused to accept the repudiation had no active duties under the contract*) ve somut olayda davacının borca aykırılığı kabul edip etmeme seçiminin yalnızca tazminatın hesaplanacağı tarihe ilişkin bir seçim hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Yoğun tartışmalar sonrasında temyiz mahkemesi, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu kabul edilmediği sürece sözleşmenin aynı koşullarla ayakta kaldığından ve davalının aynen ifa borcunun belli bir meblağı ödemekten ibaret olmasından hareketle temyiz talebini kabul etmiştir. Bkz. **Brownsword**, s. 454 vd.

74 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Liu** (Damages), s. 561 vd.

75 **Treitel**, N. 17-091.

76 **Chitty on Contracts**, N. 24-004; **Treitel**, N. 17-091.

77 **Chitty on Contracts**, N. 24-004. Treitel'in kitabında yer alan görüş şöyledir: "*[t]he preferable view is that the injured party should not, as a general rule, be precluded by his initial affirmation from terminating the contract, even while the breach remains anticipatory, if after the affirmation the guilty party persists in his refusal.*" **Treitel**, N. 17-091.

Anglo Amerikan hukukunda tartışma konusu olmuş diğer bir husus muacceliyetten önce bildirim veya davranışlarıyla ifayı tehlikeye düşüren tarafın, henüz borç muaccel olmadan ve karşı taraf da muacceliyetten önce borca aykırı davrandığını kabul etmeden tam tersi bir tutumla (örneğin önceki bildiriminden vazgeçtiğini ve edimini ifa edeceğini bildirerek) ifadan kaçınmasını geri alıp alamayacağıdır[78]. İngiliz hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu karşı tarafça kabul edilmedikçe sonuç doğurmadığı için ifadan kaçınan tarafın bunu geri alabileceği belirtilmektedir[79]. Yine buradan hareketle, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu kabul edilmeden önce borç ilişkisini çekilmez hale getiren öngörülemez bir olay vukû bulursa taraflar sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulacak ve alacaklı tazminat talep edemeyecektir[80].

Son olarak Amerikan hukuku, İngiliz hukukundan ayrılarak, alacaklının muacceliyetten önceki borca aykırılığın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ikileme düşmesini engellemek amacıyla Yeknesak Ticaret Kanunu § 2-609 ve Restatement (Second) of Contracts § 251 hükümleriyle alacaklının gözünde mâkul olarak[81] gelecekteki ifanın tehlikeye düşmesi hâlinde, alacaklıya kendi ediminin ifasını

---

78 (Amerikan) Yeknesak Ticaret Kanunu (*Uniform Commercial Code*) § 2-611'de bu konuyla ilgili özel hüküm getirilmiştir. Buna göre muacceliyetten önce ifa etmekten kaçınan (ifayı reddeden) borçlu, alacaklı buna dayanarak sözleşmeyi iptal etmediği, pozisyonunu esaslı olarak değiştirmediği veya diğer bir şekilde bunu kesin olarak kabul ettiğini göstermedikçe kaçınmasını geri alabilir. Geri alma için borçlunun herhangi bir şekilde borç muaccel olduğunda edimini ifa etme niyeti olduğunu alacaklıya yansıtması gereklidir. Ancak alacaklı bunun karşılığında § 2-609'da belirtilen sınırlara uygun bir teminat talep ederse, bu teminatın sağlanması geri almanın gerçekleşmesi için zorunludur. Geri almayla birlikte borçlunun sözleşme altında sahip olduğu haklar tekrar geçerlilik kazanır, ancak muacceliyetten önce ifadan kaçınılmasından kaynaklanan gecikme sebebiyle alacaklının hakları saklıdır. (Bu hüküm getirilmeden önce Amerikan hukuk öğretisinde konuyla ilgili yapılan tartışmalar için bkz. Note; "Withdrawal of Anticipatory Repudiation of Contractual Obligations", Columbia Law Review, Volume 28, No. 8, 1928, s. 1062-1067 (JSTOR, E.T. 24.02.2018).)

79 **Treitel**, N. 17-092.

80 **Chitty on Contracts**, N. 24-025; **Treitel**, N. 17-092.

81 Buradaki şüphenin makul olup olmadığı ticari ölçülere göre belirlenecektir. Yani alacaklı, ticari hayatın gereklerine göre, objektif olarak gelecekteki ifanın yapılıp yapılmayacağı hakkında şüpheye düşmekte haklı olmalıdır. Örneğin *Turntables Inc. v Gestetner 382 N.Y.S. 2d 798 (N.Y. App. Div. 1976)* kararında alacaklı, borçlunun aciz hâlinde bulunduğu konusunda haksız olsa da borçlu ödemelerinde geciktiği, borçlunun galeri olarak gösterdiği yer gerçekte bir irtibat merkezi çıktığı ve

askıya alarak borçludan uygun bir teminat talep etme ve bu teminat sağlanmadığı takdirde borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunu ileri sürme hakkını tanımıştır[82]. Hattâ bu hükümler yalnızca borçlunun muacceliyetten önce borcu ifa etmekten kaçındığı veya muacceliyet tarihinde ifa etme imkânı kalmadığı durumlar bakımından değil, aciz hali de dâhil olmak üzere daha geniş bir alanda uygulanabilmektedir[83].

B. Alman Hukukunda

İngiliz hukukuna benzer olarak Alman hukukunda da borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının (*antizipierter Vertragsbruch*) gelişimini 19. yüzyıldan günümüze dek izlemek mümkündür. Bu gelişim sürecinde 1.1.1900 tarihinde BGB'nin yürürlüğe girmesinin, bunu takiben 1902'de *Hermann Staub'un* sözleşmenin müspet ihlali kavramını ortaya atmasının ve nihayet 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reform Kanunu'nun mihenk taşları olduğu söylenebilir.

BGB yürürlüğe girmeden önceki dönemde muacceliyetten önce (*vorzeitig*) veya sonra (*nachträglich*) haksız olarak ifadan kaçınılması (*unberechtigte Erfüllungsverweigerung*), ek bazı şartların da varlığı hâlinde, aynen ifa talebinin önceliği ilkesinin istisnalarından olan *sözleşmeye aykırılık sonucunda alacaklının ifada menfaati kalmaması* altında değerlendirmiş ve alacaklıya ifa kararı almaksızın tazminat talep etme imkânı tanınmıştır[84]. Dogmatik olarak mahkemeler muacceliyetten önceki ve sonraki ifadan kaçınma hâllerinde bu konuda özel bir düzenleme içermeyen 1861 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun (ATK) (*Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*) 354-356.

---

varmış gibi gösterdiği fabrikası aslında olmadığı için alacaklının gelecekteki ifa hakkında şüphesi makul bulunmuştur. Bkz. **Strub**, s. 483, dn. 47.

82 **Knapp / Crystal / Prince**, s. 839.

83 **Knapp / Crystal / Prince**, s. 839-840.

84 **Weidt**, s. 79-82. Görüldüğü üzere İngiliz hukukuna benzer olarak Alman hukukunda da borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına ilk kez borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmekten haksız olarak kaçınması (ifa etmeyi reddetmesi) (*Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit, vorzeitige Erfüllungsverweigerung*) hâlinde sonuç bağlanmıştır. İleride açıklayacağımız üzere artık bu halin yanına başka bir tür daha eklenmektedir.

maddelerinde düzenlenen ticari satışlardaki temerrüt hükümlerini uygulamıştır. İmparatorluk Yüksek Ticaret Mahkemesi kısa aralıklarla benzer konularda farklı kararlar vermiş olsa da (özellikle muacceliyetten önceki ifadan kaçınmanın geri alınıp alınamayacağına ve bunun karşılığında alacaklının muacceliyetten önce ikame işlem yapıp yapamayacağına dair) son tahlilde ifadan önceden haksız olarak kaçınılması hâlinde alacaklının ek süre vermeksizin ve ihtar çekmeksizin derhâl temerrüt hükümlerine başvurabileceğine hükmetmiştir[85].

ATK m. 354-356 yerini, 31.12.2001 tarihinde ilga edilmiş olan, BGB § 326 hükmüne bırakmıştır. BGB § 326 hükmünde de önceden veya sonradan ifadan kaçınılmasıyla (*vorzeitige oder nachträgliche Erfüllungsverweigerung*) ilgili bir düzenleme yapılmamıştır[86]. Bununla birlikte Parlamento notunda ATK m. 354-356'ya göre ifadan kaçınma durumlarında kabul edilen ilkelerin BGB § 326 altında da uygulanmaya devam edeceği varsayılmıştır[87]. Alman İmparatorluk Mahkemesi 1901 yılında, *Staub* tarafından sözleşmenin müspet ihlali kavramının ortaya atılmasından önce, verdiği bir kararda "*[…] borçlu, borç muaccel olmadan önce (borcunu) ifa etmek istemediğini kesin olarak açıklarsa bu durum alacaklıyı, borçluyu temerrüde düşürmek için yapması gerekli diğer bütün faaliyetleri yapmaktan muaf kılar ve bunun yerine borçlu kendi kendini temerrüde düşürmüş olur.*" diyerek önceki ifadan kaçınma ile borçlu

---

85 Ayrıntılı bilgi ve kararlar için bkz. **Weidt**, s. 83 vd.

86 Mülga BGB § 326 metni şöyledir: "*Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.*

Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Absatz bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

87 Reichstag, 9. Legislaturperiode, Reichstagsaktennummer 632, Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuch und eines Einführungsgesetzes, in: Carl Hahn, Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 6, Berlin, 1897, 189-442, s. 374 (http://digital.ub.uni-duesseldorf.de/ihd/content/pageview/2850190, E.T. 20.08.2018). Yine de kanun koyucunun, süregelen bu uygulamanın farkında olmasına rağmen, 1896 tarihli BGB'de buna dair düzenleme yapmaması sonucunda mahkeme uygulamasında sorunlar ortaya çıkmıştır: **Weidt**, s. 89.

temerrüdüne bağlı sonuçların derhâl tetikleneceğine karar vermiştir[88]. Fakat temerrüde bağlı haklar kullanılmadan ikâme işlem yapılmasının riski alacaklının üzerindedir[89]. Öyleyse alacaklı sözleşmeden dönmeden veya aynen ifadan vazgeçmeden önce borçlu ifadan kaçınmasını geri alabilecek ve alacaklı onun ifasını kabul etmek durumunda olacaktır[90].

1902 tarihinde *Staub* sözleşmenin müspet ihlali kavramını ortaya atarak kanunda düzenlenmeyen kusurlu sözleşmeye aykırılıkların tazminata yol açacağını ve hattâ sözleşmenin amacını kabul edilemeyecek (çekilmez) ölçüde tehlikeye atan esaslı yükümlülük ihlallerinde alacaklıya BGB § 326'ye kıyasen dönme ve ifadan vazgeçerek tazminat talep etme hakkı tanınması gerektiğini ileri sürmüştür[91]. Bunun üzerine Alman İmparatorluk Mahkemesi muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınılmasını (olayda davalı sözleşmeye aykırı şekilde sözleşmeyi iptal etmeye çalışmıştır) sözleşmenin amacını tehlikeye atan "*sözleşmeden haksız ve sözleşmeye aykırı bir kopuş*" olarak

---

88 RG 26.11.1901 – III 287/01: JW 1902, s. 28, N. 23. Aynı kararın bildirim formatı için bkz. DJZ 1902, s. 68, N. 11 (https://dlc.mpdl.mpg.de/dlc/fullView/escidoc:88810:2/recto-verso/88, E.T. 20.08.2018). Weidt'a göre mahkemenin ATK'dan bu yana geliştirdiği içtihadıyla birlikte okunduğunda bu kararda derhâl temerrüt hükümlerinin uygulanmasının gerekçesi borçlunun kendi kendini temerrüde düşürmesi olarak görülmemelidir. Mahkeme uygulaması esasen iki gerekçeye dayanmaktadır. İlki borçlunun muacceliyetten önce veya sonra haksız olarak ifadan kaçınmakla kanunda kendi lehine getirilmiş olan ihtar ve ek süre verme zorunluluğundan vazgeçtiğidir. Buna muhatap olan alacaklı derhâl sözleşmeden dönerek ya da aynen ifadan vazgeçip tazminat talep ederek borçlunun vazgeçmesini kabul edebilir. Diğer yandan mahkemenin ifadan kesin olarak kaçınma hâllerinde borçluya ifa için son bir şans verme amacını taşıyan ek süre verme şartının amacına ulaşmayacağının kesinleştiğini ve bu sebeple § 326 I BGB'nin lafzının amacına göre daraltılması gerektiğini belirttiği kararlar da vardır: RG 4.11.1902 – II 194/02: RGZ 53, s. 13 (Juris, E.T. 21.08.2018). Bu karar muacceliyetten sonraki haksız ifadan kaçınmaya ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Weidt**, 83-86, 90-94.

89 RG 19.5.1882 – II 231/82: RGZ 7, s. 44 (Juris, E.T. 21.08.2018); **Weidt**, s. 91-92.

90 Bu sebeple sözleşmeden dönmeden veya ifadan vazgeçmeden ikame işlem yapan alacaklı aynı edimi iki kere elde etme tehlikesiyle karşılaşmaktadır. Yine de böyle bir ikame işlem yapılmış ve borçlu muacceliyet tarihinde borcunu ifa etmemişse, alacaklı tazminat hesabını bu işleme dayandırabilecektir. **Weidt**, s. 92.

91 **Staub, Hermann**; "Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen", Festschrift für den XXVI. deutschen Juristentag, Berlin, 1902, 29-56, s. 29-32, 44 vd. Staub'un bu görüşleri üzerine 1905 tarihli ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Lehmann, Heinrich**; "Die positiven Vertragsverletzungen", AcP, Bd. 96, H. 1, 1905, 60-113, s. 61, 63 vd., 91 vd. (JSTOR, E.T. 21.08.2018). Konumuzla ilgili olarak bkz. **Leser, Hans G.**; "Die Erfüllungsverweigerung Ein Typ der Leistungsstörungen", Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, 643-658, s. 649-651.

değerlendirmiş, bunu sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelemiş, burada BGB § 326 f. I hükmünün kıyasen uygulanabileceğini belirtmiş ve bu hükümdeki dönme ya da ifadan vazgeçerek (borçlu kusurluysa) tazminat talep etme hakkı kullanıldıktan sonra borçlunun ifadan kaçınmasını geri alarak borcunu ifa edeceğini bildiremeyeceğine hükmetmiştir[92]. İlerleyen yıllarda Alman Federal Mahkemesi de muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınılmasını istikrarlı olarak sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirmiş ve borçlunun böyle davranmakla sözleşmenin amacına ulaşmasını çekilmez derecede tehlikeye atmama yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması alacaklıya *derhâl* (borç muaccel olmadan) BGB § 326 f. I'e kıyasen, ihtar ve ek süre koşulları aranmaksızın, sözleşmeden dönme veya aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep etme hakkı vermektedir[93]. Zira böyle bir sözleşmenin müspet ihlali,

---

92 RG 23.2.1904 – II 298/03: RGZ 57, s. 113 (Juris, E.T. 21.08.2018): "*[…] bei gegenseitigen Verträgen auch wegen positive Vertragsverletzungen des einen Teils, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, der andere Teil unter entsprechender Anwendung des § 326 BGB vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. […] in einem unberechtigten und vertragswidrigen Sichlossagen vom Vertrage der oben bezeichneten Art eine solche positive Vertragsverletzung liege […] der Verkäufer sei in Fällen dieser Art schon auf Grundlage der unberechtigten und vertragswidrigen Annullierungserklärung berechtigt, in entsprechender Anwendung des § 326 vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, und es stehe dem Käufer, nachdem der Verkäufer davon Gebraucht gemacht hatte, nicht mehr frei, seine Annullierungserklärung zurückzunehmen und sich zur Vertragserfüllung bereit zu erklären.*" Buradaki önemli bir tartışma da muacceliyetten önce borçlunun haksız olarak ifadan kaçınmasına muhatap olan alacaklının aynen ifada diretmesi hâlinde § 326 BGB'deki haklarından vazgeçmiş ve bir anlamda bu kaçınmanın sonuçlarını engellemiş olup olmayacağıdır. Bazı kararlara göre dürüstlük kuralı uyarınca ifadan kaçınılmasını takiben aynen ifada diretilmesi sözleşmeden dönme ve ifadan vazgeçerek tazminat talep etme hakkının önüne geçer. Oysa Wertenbruch'a göre borçlu, alacaklının § 326 BGB'deki seçimlik haklarının önüne yalnızca ifadan kaçınmasını bu haklar kullanılmadan geri almakla geçebilir. Eğer aynen ifada diretilmesine rağmen borçlu ifadan kaçınmasını geri almamışsa bu borçlunun ifadan kaçınmasının sürdüğünü gösterir ve bu durum karşısında alacaklının ifa talebinde diretmekten vazgeçerek seçimlik haklarına başvurması dürüstlük kuralına aykırı olmaz. **Wertenbruch, Johannes**; "Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus § 326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners", AcP, Bd. 193, H. 2/3, 1993, 191-203, s. 197-198 (JSTOR, E.T. 22.08.2018).

93 BGH 18.1.1991 – V ZR 315/89: NJW 1991, s. 1883 (Beck, E.T. 21.08.2018): "*Anders läge die Sache, wenn die Bekl. die Erfüllung des Vertrages ernsthaft und endgültig abgelehnt hätte. Denn es ist anerkannt, daß der Gläubiger in einem solchen Fall und dann auch schon vor Fälligkeit seiner vertraglichen Forderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.*"; BGH 21.12.1984 – V ZR 233/82: NJW 1985, s. 2021 (Beck, E.T. 21.08.2018): "*Hat der Schuldner unzweideutig erklärt, nicht erfüllen zu wollen, so kann der Gläubiger auch dann, wenn die Leistung noch nicht fällig geworden ist, weil es an einer dafür erforderlichen Genehmigung fehlt, berechtigt sein, ohne Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen für den Fall, daß die Genehmigung erteilt wird.*"; BGH 20.1.1969 – VII ZR 79/66: BeckRS (31173378), III, (Beck, E.T. 21.08.2018):

hukuka uygun ifanın yapılacağına dair güveni öyle güçlü şekilde sarsabilir ki borcun muaccel olmasının beklenmesi boş bir formaliteye dönüşür ve yalnızca zararın artmasına sebep olur[94]. Fakat muacceliyetten önce BGB § 326 f. I'e kıyasen derhâl sözleşmeden dönmek veya aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep edebilmek için borçlunun ileride borcunu ifa etmek istemediği ya da edemeyeceği açık ve kesin olmalıdır[95]. Eğer borçlunun bildirimi veya davranışları bu bakımdan kesinlik arz etmiyorsa (borçlunun son sözü olarak görülemiyorsa), gelecekteki ifanın tehlikeye düştüğünden şüphelenmekte haklı olan alacaklı borç muaccel olmadan, dürüstlük kuralı uyarınca ve yine BGB § 326 f. I'e kıyasen, borçluya ifa etme istekliliğini veya kabiliyetini ortaya koyması için uygun bir süre verebilecektir[96].

Aynı dönemde Alman hukuk öğretisinin de çoğunluğu, Federal Mahkeme'nin içtihadıyla paralel olarak, önceden ifadan kaçınmayı, sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirmiş ve buna muhatap olan alacaklının sözleşmeden dönebileceğini ya da ifadan vazgeçerek (borçlu kusurluysa) tazminat talep edebileceğini kabul etmiştir[97]: Borçlu,

---

"*Der Beklagte hat, indem er sogleich nach Abschluß des Vertrages dessen Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigerte, eine positive Vertragsverletzung begangen. […] Nach dem BGB kann aber bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsweigerung des einen Teils der Vertragstreue Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen, ohne die besondere Voraussetzung des § 326 BGB, daß er an der Erfüllung des Vertrags kein Interesse habe, darlegen zu müssen.*"; **Leser**, s. 651.

94 BGH 21.3.1974 – VII ZR 139/71: NJW 1974, s. 1081 (Beck, E.T. 21.08.2018).

95 BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.b (Beck, E.T. 21.08.2018).

96 BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.c (Beck, E.T. 21.08.2018): "*Hatte der Schuldner indessen die Erfüllung nicht endgültig verweigert, hatte er "sein letztes Wort" noch nicht gesprochen, so ist ein Gläubiger, der ein berechtigtes Interesse an einer alsbaldigen Klärung der Erfüllungsbereitschaft des Schuldners hat, auch dann, wenn die Leistung noch nicht fällig ist, berechtigt, dem Schuldner in rechtsähnlicher Anwendung des § 326 BGB eine angemessene Frist zur Erklärung zu setzen, ob er den Vertrag vereinbarungsgemäß erfüllen wird, wobei er den Schuldner darauf hinzuweisen hat, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Das gebietet Treu und Glauben, wie der erkennende Senat in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden hat.*"

97 **Staub**, s. 52 vd.; **Larenz, Karl**; Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, s. 365 vd.; **Emmerich, Volker**; Münchener Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, München, 2001, vor 275 §, Rn. 247 vd.; **Emmerich, Volker**; Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage, München, 2005, § 22, Rn. 7; **Otto, Hansjörg**; J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Leistungsstörungsrecht II, §§ 315-327, Neubearbeitung, Berlin, 2001, § 326, Rn. 139 vd., 209; **Gernhuber, Joachim**; "Die endgültige Erfüllungsverweigerung", Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln, 1999, 145- 159, s. 148-149. Bkz. **Weidt**, s. 96-99, 102. Ancak öğretinin bir kısmı muacceliyetten sonraki ve önceki ifadan kaçınma arasında bir ayrım yapılmıştır. Özellikle

gelecekteki ifanın yapılmayacağı hakkında alacaklıda mâkul bir endişe veya şüphe yaratabilecek her türlü davranıştan kaçınmakla, yani borcuna vefayla yükümlüdür (*Leistungstreuepflicht*). Bu yükümlülüğe aykırı davranılmasının sözleşmenin amacını ciddi olarak tehlikeye düşürdüğü ve alacaklı için sözleşmeyle bağlı kalmaya devam etmeyi çekilmez kıldığı savunulmuştur[98]. Hattâ *Larenz'e* göre bu yükümlülük taraf iradelerine değil, hukuk düzeni uyarınca borç ilişkilerinde mündemiç olan objektif bir hakka dayanmaktadır[99]. Bu görüşteki yazarlar, borçlunun önceden haksızca ifadan kaçınarak bir yan yükümlülüğü (*Nebenpflicht*), koruma yükümlülüğünü (*Schutzpflicht*) veya sadakat yükümlülüğünü (*Treuepflicht*) ağır şekilde ihlal ettiğini belirtmiştir. Öğretideki başka bir görüş, yalnızca bir yan yükümlülüğe aykırı davranılmasının sözleşmeden dönme ya da aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep etme sonucunu doğurmasını eleştirmiştir[100]. Bu görüşe göre, muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınılması kendine özgü bir ifa engelidir ve bunun temelinde bir yan yükümlülüğün ihlali yatmaz[101]. Aksine böyle bir davranış doğrudan aslî edim yükümlülüğünün reddedilmesinde kendisini gösterir ve sözleşmenin *normatif bağlayıcılığının* inkârı anlamına gelir[102]. Öte yandan *Huber*, uzun süredir devam eden yerleşik mahkeme uygulaması ve genel hukukî kanı gereği ifadan kaçınmanın *örf ve adet hukuku* gücünü kazanarak ifa engelleri sisteminde bağımsız bir hak temeli hâline geldiğini öne

---

sonraki ifadan kaçınma hâlinde BGB § 326'un uygulanabileceğini, buna karşılık önceden ifadan kaçınmada yalnızca bir sözleşmenin müspet ihlalinden bahsedilebileceğini ama bu hükmün uygulanmayacağını belirtenler olmuştur. Bu konuyla ilgili kaynakların önemli bir bölümü için bkz. **Wertenbruch**, s. 191 dn. 2 veya **Otto, Hansjörg**; J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Leistungsstörungsrecht II, §§ 315-326, Neubearbeitung, Berlin, 2004, § 323, Rn. C 14.

98 **Staudinger/Otto** (2001), § 326, Rn. 139 vd.; **MünchKomm/Emmerich**, vor 275 §, Rn. 248. Bkz. **Leser**, s. 650-651; **Weidt**, s. 96-97.

99 **Larenz**, s. 365 vd.

100 **Leser**, s. 653; **Huber, Ulrich**; Leistungsstörungen, Bd. II, Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Handbuch des Schuldrechts, XXXVI, Tübingen, 1999, s. 579; **Gunther, Teubner**; Gegenseitige Vertragsuntreue, Tübingen, 1975, s. 52 vd.

101 **Leser**, s. 653. Bkz. **Weidt**, s. 98-99.

102 **Leser**, s. 653.

sürmüştür[103]. Son olarak[104], önceden ifadan kaçınmayı bir ifa engeli (ve dolayısıyla sözleşmenin müspet ihlali) değil, bir açıklama sorumluluğu (*Erklärungshaftung*) olarak nitelendiren *Rabel* ise borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini açıklaması hâlinde alacaklının, derhâl bildirmek şartıyla, onu bu açıklamasıyla bağlı tutabileceğini ve bu durumda çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) uyarınca borçlunun bu açıklamasından geri adım atamayacağını ileri sürmüştür[105].

Önemle üzerinde durulması gereken bir nokta da bu dönemde verilen mahkeme kararlarında borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından iki grup halde bahsedilmesidir. İlki borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini (sözleşmeyle bağlı olmadığını) muacceliyetten önce kesin olarak açıklamasıdır (*vorzeitige Erfüllungsverweigerung*, *Vertragsaufsage vor Fälligkeit*). Buna muhatap olan alacaklının sözleşmeden dönmesi veya aynen ifadan vazgeçerek (borçlu kusurluysa) tazminat talep etmesi için borçlunun haksız ve kesin olarak ifadan kaçınması dışında ek bir koşul aranmamaktadır[106]. İkinci grup halde, borçlu ifadan haksız ve kesin olarak kaçınmamakta ama gelecekteki ifa objektif olarak tehlikeye düştüğü için sözleşmeye devam çekilmez olmaktadır. Örneğin, ifa hazırlıklarına başlamakta yavaş davranma[107] veya art arda teslimli sözleşmelerde arka arkaya ayıplı ifada bulunulması (gelecekteki ifaların da ayıplı olacağının öngörülebilmesi)[108] böyledir[109]. Bu durumlarda, borçlu borcunu ifa etmeyeceğini

---

103 **Huber**, s. 566, 574 vd.

104 Bu dönemde ileri sürülmüş diğer görüşler için bkz. **Weidt**, s. 99-100.

105 **Rabel, Ernst**; Das Recht des Warenkaufs I, eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. I, Berlin, 1957, s. 382 vd., 385, 386; **Krückmann, Paul**; "Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel", AcP, Bd. 116, H. 2/3, 157-481, s. 246-247 (JSTOR, E.T. 23.08.2018). Benzer görüşteki diğer yazarlar için bkz. **Leser**, s. 652, dn. 43, 44, 45 ile s. 653.

106 RG 10.12.1935 – VII 135/35: RGZ 149, s. 403-404 (Juris, E.T. 22.08.2018); **Leser**, s. 655; **Weidt**, s. 103.

107 BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52: BGHZ 11, 80-89, Rn. 14, 15, 18-22 (Juris, E.T. 22.08.2018).

108 RG 23.2.1904 – II 298/03: RGZ 57, s. 114-115 (Juris, E.T. 21.08.2018).

109 BGH 19.2.1969 – VIII ZR 58/67: NJW 1969, s. 976 (Beck, E.T. 22.08.2018): Federal Mahkemeye göre muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınılması sözleşmeden dönme hakkı veren tek sözleşmenin müspet ihlali değildir. Aksine dürüstlük kuralı uyarınca borçlunun sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edilmesini çekilmez kılacak ciddiyette bir güvensizlik yarattığı durumlarda da ifadan kaçınmaya benzer şekilde bu sonucu doğurabilir. Benzer bir İmparatorluk Mahkemesi kararı için bkz. RG 17.9.1918 – III 100/18: RGZ 93, s. 286 (Juris, E.T. 22.08.2018). Borçlunun yalnızca ifa etmek

açıklamamaktadır ama borcun sözleşmeye uygun şekilde ifası objektif olarak tehlikeye düşmektedir.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reform Kanunu ile birlikte ifadan kaçınma halleri BGB'ye alınmıştır. Borç muaccel olduktan sonra ciddi ve kesin olarak ifadan kaçınılması (*nachträgliche Erfüllungsverweigerung*) durumunda ek süre vermeye gerek olmadığı hususu, tazminat talebi için BGB § 281 f. II ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dönme için BGB § 323 f. II altında düzenlenmiştir. Ayrıca borçlunun, borç muaccel olduktan sonra alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği yönündeki genel kuralı düzenleyen BGB § 286 f. II'de muacceliyetten sonra ciddi ve kesin şekilde ifadan kaçınılması ihtara gerek olmayan hâller arasında sayılmıştır.

Muacceliyetten önce ifadan kaçınılması ise BGB § 323 f. IV'de sözleşmeden dönme hakkı üzerinden düzenlenmiştir (ayrıca bkz. BGB §§ 241 f. II, 282, 324). Hükme göre "*Dönmenin şartlarının gerçekleşeceği açıksa[110], alacaklı borç muaccel olmadan önce (sözleşmeden) dönebilir* "[111]. Eski kanun döneminde borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiren hâkim görüş, bu ifa engelinin daha borç muaccel olmadan gerçekleşen, yani o anda *mevcut* olan bir borca aykırılık olduğu izlenimini veriyordu. Buna karşın BGB § 323 f. IV hükmü, muacceliyetten önceki dönme hakkını mevcut bir borca aykırılığa değil, yalnızca gelecekte gerçekleşeceği "açık" (*offensichtlich*) ve dönme şartlarını da karşılayacak olan tahmini (öngörülen) bir yükümlülüğe aykırılığa (*prognostizierbaren Pflichtverletzung*)

istemediğini değil, zamanında veya hiç ifa edemeyeceğini bildirmesi de (bu bildirimden bağımsız olarak bir imkânsızlık yoksa) ifadan kaçınma olarak değerlendirilmiştir: BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.b (Beck, E.T. 21.08.2018).

110 Dönme şartlarının gerçekleşeceği ifadesinden kasıt borçlunun borcunu muaccel olduğunda ya da verilmesi gerekiyorsa ek süre içinde hiç veya sözleşmeye uygun olarak ifa etmeyeceğinin açık olmasıdır. **Weidt**, s. 106-107.

111 BGB § 323 f. IV: "*Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.*"

bağlamaktadır[112]. Bu hükümle borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kurumunun, sözleşmeye uygun ifanın tehlikeye düşürüldüğü bir hal (*Tatbestand der Erfüllungsgefährdung*) olarak tasarlandığı belirtilmektedir[113].

Hüküm, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını sadece muacceliyetten önce haksızca ifadan kaçınılmasına hasretmemiş, aksine borçlu sözleri ya da davranışlarıyla borcunu ifa etmeyeceğini açıklamamış olsa dahi borçlunun gelecekte muaccel olacak edimi sözleşmeye uygun olarak ifa etmeyeceğinin açık emareleri olan diğer bütün halleri de kapsama almıştır[114]. Bu durum, hükümdeki "açıklık" ibaresinden anlaşılmaktadır[115]. Böylece BGB § 323 f. IV düzenlemesiyle birlikte borca aykırı davranılacağının önceden belli olması (*antizipierter Vertragsbruch*) kavramının kapsamına muacceliyetten önce ifadan kaçınılması (*vorzeitige Erfüllungsverweigerung*) ve ifanın objektif olarak tehlikeye düşürülmesi (*objektive Erfüllungsgefährdung*) şeklinde

---

112 **Ernst, Wolfgang**; Münchener Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 7. Auflage, München, 2016, § 323, Rn. 134 (Beck, E.T. 23.08.2018); **Weidt**, s. 106-107, 131. Her ne kadar gelecekteki ifanın tehlikeye düşürülmesi anlamında ilerideki bir tarihte gerçekleşeceği tahmin edilen bir borca aykırılık esas alınmışsa da muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınılması hâlinde kaçınma anında gerçekleşen mevcut bir sadakat yükümlülüğüne de aykırılık vardır. Bu sebeple öğretide muacceliyetten önce ifadan kaçınmanın BGB § 241 f. II uyarınca bir davranış yükümlülüğüne aykırılık olduğunu savunan yazarlar vardır. Eğer BGB § 241 f. II'de sayılan davranış yükümlülüklerinin ihlali sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getiriyorsa alacaklı muacceliyetten önce dahi BGB § 282 uyarınca tazminat talep edebilmekte ve BGB § 324 uyarınca sözleşmeden dönebilmektedir. Karş. **Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan**; Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München, 2015, Rn. 507. Bir diğer görüş ise söz konusu hükümlerdeki düzenlemelerin doğrudan edimin edinimiyle ilgili olmayan, yani bunlara aykırı davranmanın alacaklının ifa menfaatini zedelemediği yükümlülüklere ilişkin olduğunu ve yalnızca bunlar açısından uygulanacağını belirtmiş; buna karşın BGB § 323 f. IV düzenlemesindeki muacceliyetten önceki ifadan kaçınmanın böyle koruma yükümlülükleriyle değil, direkt aslî edim yükümlülüğüyle ilgili olduğunu ileri sürmüştür. **Weidt**, s. 106-108; **Emmerich** (Leistungsstörungen), § 22, Rn. 14.

113 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 134; **Weidt**, s. 106-110.

114 Bundestagsdrucksache, 14/6040, s. 186, 1. Sütun: "*vor Fälligkeit eine unbehebbare Leistungshinderung droht*" (*vadeden önce telafi edilemez bir ifa tehlikesi*); **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 134; **Weidt**, s. 108-109. Karş. **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. C 14 vd. Medicus / Lorenz tipik halin muacceliyetten önce ciddi ve kesin olarak ifadan kaçınma olduğunu belirtmekle birlikte borcun ifası için gerekli işbirliğinden kaçınma ya da açıkça ifayı engelleyen koşulların varlığı gibi durumların da kapsama alınabileceğini aktarmaktadır ve buna ithalat yasağı örneğini vermektedir. Ancak bu engel başta var olsaydı imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir: **Medicus / Lorenz**, Rn. 489.

115 **Weidt**, s. 131. Aynı husus, BGB § 323 f. IV düzenlemesinde esas alınan CISG m. 72/1 ve ayrıca PECL m. 9:304 için de geçerlidir.

iki olay grubunun dâhil olduğu söylenebilir[116]. Kanun koyucu bu hükümle "*böyle durumlarda çekilmez olan muacceliyet anı bekleyişini engellemeyi*" ve burada muacceliyetten önce tanınan dönme hakkının dogmatik temeline dair süregelen tartışmayı sonlandırmayı hedeflemiştir[117].

BGB § 323 f. IV uyarınca muacceliyetten önce sözleşmeden dönebilmek için ileride dönme koşullarının oluşacağı açık olarak, yani çok yüksek ihtimalle öngörülmelidir[118]. Buna göre, muacceliyet anı geldiğinde borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeyeceği açık olmalıdır[119]. Bu açıklığın sağlanması için ifadan kaçınma ve objektif olarak ifanın tehlikeye düşürülmesi hâllerinde bazı şartların gerçekleşmesi gerekir.

Muacceliyetten önceki[120] ifadan kaçınma hâllerinde BGB § 323 f. IV'deki "açıklık" şartının sağlanması ifadan kaçınmanın kesin (*endgültig*) olmasıyla mümkündür. Kanun koyucu, hangi davranışların bir ifadan kaçınma sayılacağına ve kesinlik şartına ilişkin olarak sözleşmenin müspet ihlali öğretisi ile Mülga BGB § 326 altında geliştirilen ilkelerin uygulanmaya devam edeceğini belirtmiştir[121].

Borçlunun ifadan kaçınması sözlü açıklamalarına ve/veya davranışlarına dayanabilir. İlki bakımından borçlunun muacceliyetten önce açıkça borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi, sözleşmenin geçerliliğine/bağlayıcılığına haksız şekilde itiraz etmesi, işbirliği yükümlülüklerini yerine getirmeyi haksız yere reddetmesi, tek taraflı olarak haksızca sözleşmeyi iptal etmesi veya sözleşmeden dönmesi ya da sözleşmede

---

116 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 134; **Weidt**, s. 106-111, 131; **Dauner-Lieb, Barbara / Dubovitskaya, Elena**; Nomos Kommentar: BGB Schuldrecht, Bd. 2, 3. Auflage, Nomos, 2016, § 323, Rn. 33.

117 Bundestagsdrucksache, 14/6040, s. 186, 1. Sütun.

118 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136; **NomosKomm/Dauner-Lieb/Dubovitskaya**, § 323, Rn. 33.

119 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 135-136. Karş. **Weidt**, s. 130.

120 Muacceliyetten önceki veya sonraki ifadan kaçınmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinde (borcun muacceliyeti ve farklı hükümlere tabi olmaları dışında) aynı şartlar aranır: **Schulze, Reine**; Nomos Kommentar: BGB Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, 2017, § 323, Rn. 6, 12 (Beck, E.T. 23.08.2018); **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 139.

121 Bundestagsdrucksache, 14/6040, s. 185, 2. Sütun.

kararlaştırılmamış bazı şart ve talepleri ileri sürerek sözleşmeye devam etmeyi alacaklı için zorlaştırması gibi durumlar önceden ifadan kaçınma teşkil edebilir[122]. Yine borçlunun borcunu muacceliyetten sonra mâkul bir ek süre içerisinde dahi ifa edemeyeceğini ortaya koyan açıklamaları böyle nitelendirilebilmektedir[123]. İkinci duruma örnek olarak ise borçlunun gerekli ifa hazırlıklarına başlamaması ya da sözleşmenin ifasıyla çatışan işleri yüklenmesi, örneğin alacaklıya teslim edilecek malı üçüncü bir kişiye satmak için sözleşme yapması, gösterilebilir[124]. Muacceliyetten önce haksızca ifadan kaçınma bu şekilde davranışlarla gerçekleşse dahi ifadan kaçınmanın niteliği değişmez[125]. İster bildirim ister davranış olsun ortak nokta borçlunun borcunu ifa etmeme iradesini ortaya koymasıdır. Tüm bu durumlarda BGB § 323 f. IV'e başvurabilmek için borçlunun somut olaydaki açıklamaları ve/veya davranışlarından kesin bir ifa etmeme iradesinin çıkartılabiliyor olması şarttır[126].

Genel itibariyle Alman öğretisi ve mahkeme kararlarında kesinlik şartının yerine geldiğinin kabulünde katı koşullar aranacağı ve bunun ancak borçlunun bu konuda "son sözünü" söylemiş olduğu varsayılabiliyorsa gerçekleşeceği belirtilmektedir[127]. Bundan kasıt, borçlunun ifa etmeme iradesinin geri çevrilemez ve değiştirilemez olmasıdır; öyle ki alacaklı ifada diretse ya da ihtar çekse dahi borçlunun kararını değiştirmesi yalnızca

---

122 **Weidt**, s. 117 ve orada dn. 8-10'da anılan kararlar; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 91, 92.

123 BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.b (Beck, E.T. 21.08.2018); BGH 19.9.1983, NJW 1984, 48-49, s. 49 (Beck, E.T. 24.08.2018). **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 92. İfanın zamanında yapılamama ihtimali olduğunun veya verilecek ek süre içinde yapılıp yapılamayacağından emin olunmadığının bildirilmesinin ifadan kaçınma sayılmayabileceğine dair bkz. **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 90, 91.

124 **Weidt**, s. 119-120; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 92. Gerçi Otto, bu örnekte sübjektif imkânsızlığa da başvurulabileceğini belirtmektedir.

125 **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 92.

126 **Medicus / Lorenz**, Rn. 467, 493; **Nomos-Hk/Schulze**, § 323, Rn. 6, 12; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 101, 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **Dauner-Lieb, Barbara**; Nomos Kommentar: BGB Schuldrecht, Bd. 2, 3. Auflage, Nomos, 2016, § 281**,** Rn. 38; **Gernhuber**, s. 145; **Weidt**, s. 120-122.

127 **Medicus / Lorenz**, Rn. 467, 493; **Nomos-Hk/Schulze**, § 323, Rn. 6, 12; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 101, 136; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **Weidt**, s. 120-122, 129; BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.b, II.2 (Beck, E.T. 21.08.2018); BGH 18.09.1985 – VIII ZR 249/84: NJW 1986, s. 661 (Beck, E.T. 21.08.2018); BGH 18.1.1991 – V ZR 315/89: NJW 1991, s. 1883 (Beck, E.T. 21.08.2018).

muhtemel olmayan bir olasılık olarak değil, neredeyse imkânsız gibi gözükmeli ve alacaklı için muacceliyeti beklemek veya ek süre vermek yalnızca boş birer formalite teşkil etmelidir[128]. Borçlunun bildirim ya da davranışlarının kesin bir ifadan kaçınmaya vücut verip vermediği incelenirken alacaklı konumundaki mâkul bir üçüncü kişinin *ex ante* bakış açısıyla objektif bir değerlendirme yapılır[129]. Bu sebeple alacaklı muacceliyetten önce sözleşmeden döndüğü anda bildiklerine dayanarak ortada kesin bir ifadan kaçınma olduğunu kabul etmekte haklıysa, bundan daha sonraki bir tarihte sözleşmeden dönülmeseydi borçlunun ifayı yapacak olduğu anlaşılsa bile yine de borca aykırılık söz konusu olabilir[130]. Ayrıca borçlunun kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı davrandığının bilincinde olması da kural olarak gerekli değildir[131].

Alman hukukunda muacceliyetten önce (ve sonra) kesin olarak ifadan kaçınma açıklamasının niteliği tartışmalıdır. Bu tartışmanın önemi özellikle borçlunun ifadan kaçınmasını geri alıp alamayacağı ve böylece alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyip engellemeyeceğinde görülmektedir. Bir görüş bunu bir irade beyanı ya da aynı nitelikteki bir davranış (*Willenserklärung oder gleichwertiges Verhalten*) sayarak

---

128 **Medicus / Lorenz**, Rn. 467, 493; **Nomos-Hk/Schulze**, § 323, Rn. 6, 12; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 101, 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **NomosKomm/Dauner-Lieb**, § 281**,** Rn. 38; **Weidt**, s. 121; BGH 21.3.1974 – VII ZR 139/71: NJW 1974, s. 1081 (Beck, E.T. 21.08.2018).

129 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **Weidt**, s. 121.

130 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136.

131 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 138, 139; **Weidt**, s. 129, 177-178. Borçlunun ifa etmeme iradesi hukuki duruma veya vakıalara ilişkin hatalı değerlendirmesine de dayanabilir. Böyle durumlar esasen bir ifa engeli olarak borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının değil, sorumluluğun bir şartı olan kusurla ilgilidir ve istisnaen tazminat yükümlülüğünü etkileyebilir. **Weidt**, s. 177-178. Ancak borçlunun ifa etmeme iradesinin bir hataya dayanması sebebiyle bunun kesinliğinin incelenmesi önemlidir. Bir görüşe göre borçlunun ifadan kaçınmasını kendi hatası yüzünden haklı sandığı durumlarda kesin bir ifadan kaçınmadan bahsedilemez, zira böyle bir açıklama yapan borçlu, alacaklının bağlayıcı bir mahkeme kararı alması hâlinde icra yoluna başvurulmaksızın borcunu rızasıyla ifa edecektir. Karşıt görüşe göre ise borçlunun yalnızca alacak icra edilebilir hale geldiğinde bunu ifa edecek olması kesin olarak ifadan kaçınmanın en açık örneklerindendir. Bu görüş uyarınca esas alınması gereken kriter hataya düşen borçlunun objektif olarak hatalı görüşünü tartışmaya açık ve erişilebilir olup olmadığıdır. Kesinlik kriteri borçlunun erişilemez olması ya da alacaklının telkinlerine rağmen mutlak şekilde kendi görüşüne bağlı kalacağını göstermesiyle gerçekleşir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Weidt**, s. 123 vd.

borçlunun beyanıyla bağlı tutulacağını ve çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) uyarınca beyanını geri alamayacağını belirtmektedir[132]. Ancak bu görüşe göre, borçluyu beyanıyla bağlı tutabilmek için alacaklının derhâl borçluyu beyanıyla bağlı tuttuğunu açıklaması gerekmektedir. Borca aykırılık kavramının BGB altında ayrıca düzenlemesi ve bu düzenlemede sözleşmeye aykırı davranma iradesinin esas alınması gerektiğini ileri süren *Friedrich*, bu iradeyi muacceliyetten önce ortaya koyan bildirimin bir hukuki işlem benzeri (*geschäftsähnliche Handlung*) olduğunu ve buna dayanan makul bir alacaklının (bu iradeye dayanarak) muacceliyet tarihinde borca aykırı davranılacağını varsayabileceğini ileri sürmüştür[133]. Daha yeni tarihli kaynaklarda borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınması onu bağlayan ve geri alınamayacak olan bir irade beyanı olarak nitelendirilmemektedir[134]. Bu görüşteki Federal Mahkeme'ye göre borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıklaması (ayıpları gidermeyi reddetmesi) sözleşme ilişkisini değiştirebilecek nitelikte bir hukuki işlem değildir ve bu sebeple borçluyu (yükleniciyi) bağlamaz[135]. *Weidt* ise bunun bir irade beyanı değil, geri alınabilecek adi bir bildirim olduğunu ileri sürmekte ve borçlunun *nedamet getirme* ve *cayma* hakkı (*locus poenitentiae, Reuerecht*) olduğunu belirtmektedir[136]. *Wertenbruch*, Federal Mahkeme ile aynı doğrultuda, borçlunun ifa etmeyeceğini bildirmesinin onu bağlayan bir hukuki işlem olmadığını ve bunun tek sonucunun alacaklıyı ek süre verme zorunluluğundan kurtarması

---

132 **Rabel**, s. 386; **Krückmann**, s. 246 vd. Gerçi Gernhuber, bu görüşte olduğunu aktardığı Blomeyer'in (ki diğer eserlerde de sıklıkla bu görüşte olduğu not edilmektedir) ifadan kaçınmanın geri alınabileceğini kabul ettiğini belirtmektedir. **Gernhuber**, s. 154, dn. 32. Fritz ise *exceptio doli* (hile def'i) kavramına dayanarak geri almayı reddetmektedir: **Fritz, Paul**; "Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners", AcP, Bd. 134, H. 2, 1931, 197-218, s. 213 (JSTOR, E.T. 25.08.2018).

133 **Friedrich, Klaus**; "Der Vertragsbruch", AcP, Bd. 178, H. 5, 1978, 468-493, s. 490 (JSTOR, E.T. 25.08.2018).

134 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 108-109; **Gernhuber**, s. 151 vd., özellikle 152, 154; **Wertenbruch**, s. 196-197; **Weidt**, s. 186 vd.; yüklenicinin ayıpları düzeltmeyi reddetmesiyle ilgili: BGH 5.7.1990 - VII ZR 352/89: NJW-RR 1990, s. 3001 (Beck, E.T. 21.08.2018); OLG Stuttgart Hinweisbeschluss 28.5.2013 – 20 U 5/12: BeckRS (12075), B.V.1.c.aa.(1) (Beck, E.T. 21.08.2018).

135 BGH 5.7.1990 - VII ZR 352/89: NJW-RR 1990, s. 3001 (Beck, E.T. 21.08.2018); OLG Stuttgart Hinweisbeschluss 28.5.2013 – 20 U 5/12: BeckRS (12075), B.V.1.c.aa.(1) (Beck, E.T. 21.08.2018).

136 **Weidt**, s. 186.

olduğunu söyleyerek geri alınabileceğini vurgulamaktadır[137]. *Gernhuber* ise aynı Federal Mahkeme kararına atfen muacceliyetten önceki ifadan kaçınmayı haksız bir maddi fiil (*unerlaubten Realakt*) olarak nitelendirmekte ve haksız dahi olsa bunun geri alınabileceğini savunmaktadır[138]. Gernhuber'e göre bu nitelendirme bir kenara bırakılsa dahi bir hukuk sisteminin, hukuka aykırı bir davranışın yerini hukuka uygun bir davranışın almasını engellemek için hiçbir sebebi yoktur. Ayrıca alacaklı bundan geri dönülmez sonuçlar çıkartmadıkça (örneğin sözleşmeden dönmedikçe), alacaklının kendisine karşı yapılan haksızlığın devam edeceğine dair güveni hukuken korunabilir nitelikte değildir. Bu sebeple borçlu, alacaklının haklarını ihlal etmedikçe muacceliyetten önceki ifadan kaçınmasını geri alabilmelidir. Eğer borçlu bunu geri aldıysa ama alacaklı bundan önce bir zarara uğradıysa, meselâ konuyu bir avukata danışıp avukatlık ücreti ödediyse, bunlar tazmin edilmelidir[139]. Borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınmasını geri almasının sınırı ise alacaklının BGB § 323 f. 4 uyarınca sözleşmeden dönmesidir (Mülga BGB § 326 f. I uyarınca seçimlik haklarını kullanmasıdır)[140]. Geri alma bu andan önce gerçekleşirse artık sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz[141].

Muacceliyetten önce ifadan kaçınmadan farklı olarak, ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü hâllerde BGB § 323 f. IV hükmüne başvurulması borçlunun sözü veya davranışlarıyla ortaya koyduğu bir ifa etmeme iradesine dayanmaz[142]. Burada, gelecekte ifanın hiç veya gereği gibi gerçekleşmeyeceği öngörüsü borçlunun bildirimlerinin veya davranışlarının ötesinde objektif belirtiler üzerine inşa olur. Dolayısıyla borçlunun kesin bir ifa etmeme iradesi olup olmadığına bakılmaz. Böyle hâllerde BGB § 323 f. IV

137 **Wertenbruch**, s. 196-197.

138 **Gernhuber**, s. 152, 154. Yazara göre maddi fiillerin, vuku bulan olaylara ilişkin olduğunu düşünmeye alışık olsak da bu kavram vuku bulan bildirimleri de kapsayabilecek niteliktedir.

139 **Gernhuber**, s. 154.

140 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 109; **Staudinger/Otto** (2004), § 281, Rn. B 114. **Gernhuber**, s. 154; **Wertenbruch**, s. 196-197; **Weidt**, s. 187-188.

141 **Weidt**, s. 186 vd.

142 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 134. **Weidt**, s. 130 vd.

uyarınca muacceliyetten önce sözleşmeden dönebilmek için ileride borcun hiç veya gereği gibi ifa edilemeyeceği çok yüksek ihtimalle öngörülmelidir[143]. Kesinlik eşiğinin belirlenmesinde, kanun koyucunun gerekçede yaptığı atıf gereği, öğretide özellikle CISG m. 72 ile ilişkili olarak ortaya atılmış ilkeler dile getirilmektedir[144]. Objektif olarak ifanın tehlikeye düştüğü hâllere örnek olarak ithalat ve ihracat yasakları, tedarikçilerin toplu olarak ekonomik çöküntüde olması, kötü hava şartları dolayısıyla ortaya çıkan mahsul kayıpları, savaş, gerekli çalışanların hastalığı sebebiyle ifanın yapılamaması gibi durumlar gösterilmektedir[145]. Borçlunun iflası sebebiyle BGB § 323 f. IV başvurulup başvurulamayacağı ise tartışmalıdır[146]. Bu konuda sayılan pek çok örnek Türk hukukunda imkânsızlık, ifa güçsüzlüğü veya aşırı ifa güçlüğü kavramları altında kabul edilebilecek niteliktedir. Her hâlükarda objektif olarak ifanın tehlikeye düştüğü böyle hâllerde alacaklının BGB § 323 f. IV uyarınca sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir. Ancak bunun yerine aynen ifadan vazgeçilerek tazminat istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Burada bu tartışmanın ayrıntısına girilmeyecektir ama daha isabetli gözüken görüş böyle durumlarda dahi tazminat sorumluluğunun kategorik olarak reddedilmemesi gerektiğidir. Tazminat, Alman hukukunda da kural olarak kusura bağlı olduğuna göre somut olaydaki objektif ifa tehlikesinin borçlunun sorumluluk alanından kaynaklanıp

143 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136. **Weidt**, s. 131.

144 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 134, 137; **Weidt**, s. 130-132;

145 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 141; **Weidt**, s. 109, 208.

146 Ernst'e göre borca aykırı davranılacağının önceden belli olması yalnızca belli bir sözleşme altındaki bir borca ilişkindir. BGB § 323 f. IV hükmü çok geniş yorumlanarak iflas gibi borçlunun yalnızca belli bir sözleşme altındaki borcunu değil, hiçbir borcunu ödeyemeyeceğinin açığa çıktığı bir durumu bu kavram altında ele almak iflas usulünün amacına aykırı olacaktır. Bu amaç özellikle iflas eden tüzel kişinin (şirketin) varlığını devam ettirmesine çaba gösterilmesidir. İflas eden bir şirketin tüm alacaklıları BGB § 323 f. IV hükmüne başvurursa bu amaç yok olacaktır. Diğer yandan hangi sözleşmelerin ifa edilip hangilerinin ifa edilmeyeceği iflas idaresinin takdirindedir. Weidt, bu doğrultuda, alacaklının BGB § 323 f. IV hükmüne yalnızca iflas idaresinden sözleşmesinin ifa edilmesini talep etmesine rağmen bu talebi makul bir süre içinde karşılanmazsa başvurabileceğini belirtmektedir. **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 142; **Weidt**, s. 127 vd. Benzer şekilde, borçlunun ifa güçlüğüne düştüğünü ve borcunun ifasını muacceliyet tarihine yetiştiremeyeceğini açıklaması kural olarak ifadan kaçınma şeklinde değerlendirilemeyecektir. Ancak söz konusu ifa güçlüğünden borcun muacceliyetten sonra makul bir ek süre içinde dahi ifa edilmeyeceği anlaşılıyorsa durum farklı olacaktır. **Weidt**, s. 127.

kaynaklanmadığına bakılmalıdır[147]. Örneğin genellikle katı bir regülasyona tabi olan doğalgaz gibi bir enerji kaleminin ithalat/ihracatıyla uğraşan borçluya kotasını aşarak yaptığı satış sonucunda idari yaptırım uygulanarak geçici bir süreyle borçlunun kotası düşürülürse oluşan ifa tehlikesinin kendi sorumluluk alanından kaynaklandığı söylenebilir. Özetle, somut olayda muacceliyetten önce ortaya çıkan durum muacceliyet anında gerçekleşseydi borçlu sorumlu tutulamayacak idiyse muacceliyetten önce de sorumlu tutulmamalıdır[148]. Kesin olarak ifadan kaçınmaya benzer şekilde ifanın objektif olarak tehlikeye düşüp düşmediğinde de alacaklı konumundaki mâkul bir üçüncü kişinin *ex ante* bakış açısıyla objektif bir değerlendirme yapılır[149].

Borçlunun davranışları, kesin olarak ifadan kaçınıp kaçınmadığı ya da ifa kabiliyetine sahip olup olmadığı bakımından alacaklıda ciddi bir şüphe oluşmasına sebep olmuş olabilir. Bunlar borçlunun önceki açıklamalarından kaynaklanabileceği gibi alacaklıyla arasındaki başka bir sözleşme ilişkisinin devamında yaşanan sorunlardan ya da sözleşmeye aykırılıklardan da kaynaklanabilir[150]. Buna rağmen alacaklı kesinlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinden emin olmayabilir ve ilerideki ifaya ilişkin endişesi tek başına sözleşmeden dönmeye yeterli değildir. Böyle hâllerde alacaklı sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldırırken ilerideki muhtemel bir davada mahkemenin borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının katı şartlarının somut olayda gerçekleşmediği, hattâ bizzat alacaklının haksızca sözleşmeden döndüğünü bildirerek muacceliyetten önce ifadan kaçınma niyetinde olduğu ve sözleşmeye aykırı davrandığı kanaatinde olması riskiyle karşı karşıyadır[151]. Tersi durumda ise alacaklı edilgen kalırsa muacceliyet tarihinde borcun gerçekten ifa edilmemesi hâlinde önceden

147 **Weidt**, s. 208-209. Karş. **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 69

148 **Weidt**, s. 209.

149 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B. 89; **Weidt**, s. 130-131.

150 **Weidt**, s. 142; **MünchKomm/Emmerich** (2001), vor 275 §, Rn. 242.

151 **Weidt**, s. 143.

kaçınabileceği daha yüksek bir zarara uğrayabilecektir. Aslında Borçlar Hukuku Reform Kanunu yürürlüğe girmeden önce de bu risk fark edilmiş ve BGB § 326'ya kıyasen alacaklının borçluya sözleşmeye uygun davranacağını açıklaması için mâkul bir süre verebileceği ve hattâ somut olayda uygun düşüyorsa borçludan buna dair delil sunmasını veya teminat göstermesini talep edebileceği kabul edilmiştir[152]. Eğer borçlu hiçbir açıklama yapmaz veya mevcut şüphelerin aksini yeterli derece ispat edemez ya da haklı bir teminat talebini reddederse, verilen mâkul sürenin geçmesini takiben alacaklı, borçlunun kesin olarak ifadan kaçındığı veya borçlunun sorumluluk alanından kaynaklanan sebeplerle gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğünü kabul ederek sözleşmeden dönebilir veya aynen ifadan vazgeçerek tazminat isteyebilirdi[153]. Hangi hükme dayandığı tartışmalı olmakla birlikte[154] Borçlar Hukuku Reform Kanunu'ndan sonraki dönemde de genel itibariyle borçlunun ifa istekliliği veya gelecekteki ifanın tehlikeye düşüp düşmediğinden ciddi ve objektif sebeplerle şüphelenen alacaklının ahde vefayı açıklığa kavuşturma hakkı (*das Recht zur Klärung der Vertragstreue*) olduğunun kabul edildiği söylenebilir[155]. Bunun için de alacaklı, borçluya ifa istekliliğini veya gelecekteki ifanın tehlikede olmadığını ortaya koyması için mâkul bir süre verecektir (süre sonunda sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istiyorsa dürüstlük kuralı uyarınca bu konuda borçluyu uyarması gerektiği söylenmektedir)[156]. Alacaklı şüphesinin hangi gerekçelere dayandığını yeterli ölçüde somutlaştırmak ve borçluya bu şüpheyi dağıtma imkânı sunmak zorundadır. Ancak borçlunun mâkul süre içinde yetersiz görülebilecek bir tepki vermesi tek başına sözleşmeden dönmeye yeterli

---

152 BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.c.2 (Beck, E.T. 21.08.2018); **MünchKomm/Emmerich** (2001), vor 275 §, Rn. 242, 248.

153 BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.c.2 (Beck, E.T. 21.08.2018); BGH 21.10.1982 - VII ZR 51/82: NJW 1983, s. 990 (Beck, E.T. 25.08.2018); **MünchKomm/Emmerich** (2001), vor 275 §, Rn. 242, 248.

154 BGB §§ 281 f. I ve 323 f. I hükümlerine kıyasen veya doğrudan BGB § 323 f. IV uygulamasıyla.

155 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Weidt**, s. 144-146; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 137.

156 **Weidt**, s. 145.

değildir. Bunun için gelecekteki ifa etmemeyle ilgili ciddi şüphenin BGB § 323 f. IV'deki *açıklık* koşulunu sağlayacak yoğunlukta yetersiz bir tepkiyle karşılaşması gerekir[157].

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sonucunda (ister kesin olarak ifadan kaçınma isterse ifanın objektif olarak tehlikeye düşürülmesi şeklinde ortaya çıksın) alacaklıya belli seçimlik haklar tanınmaktadır. Alacaklı sözleşmeyle bağlı kalmayı seçerek aynen ifada diretebileceği gibi sözleşmeden dönerek tazminat da talep edebilir[158]. Belirtmek gerekir ki, ilk durumda zararı azaltma külfetinin etkisinin derecesi, ikinci durumda ise tazminatın kapsamı hakkında tartışmalar vardır. Ayrıca aynen ifada direten alacaklının ifa hareketlerini askıya alıp alamayacağı da tartışma konusudur.

II. CISG ve Milletlerarası Hukuk Uyumlaştırması Metinlerinde

CISG ve milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinden UNIDROIT İlkeleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri (PECL) de borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili düzenlemeler ihtiva etmektedir.

A. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)[159]

CISG, Türkiye'de 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan ve borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla[160] ilgili önemli düzenlemeler içeren bir uluslararası anlaşma ve hukuk uyumlaştırması metnidir. Bu anlaşmanın hazırlanmasında Kıta Avrupası ve Anglo Amerikan hukuk sistemlerinden esinlenilmekle birlikte her konuda doğrudan bu sistemlerde kabul edilen çözümlerden birine (ya da karma bir

---

157 **Weidt**, s. 145.

158 **Weidt**, s. 151 vd.

159 Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını düzenleyen CISG hükümleri öğretide ayrıntılı olarak incelenmiş, geniş tartışmalara konu olmuş ve bu konuda pek çok mahkeme kararı verilmiştir. Bunların borca özellikle zarar hesabıyla ilgili olarak Türk hukukuna ışık tutabileceği düşüncesiyle bu kısım geniş tutulmuştur.

160 CISG'nin, 7 Nisan 2010 tarihli ve 27454 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan resmi metninde "anticipatory breach" kavramı "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" olarak tercüme edilmiştir. Biz çalışmada kavram yeknesaklığını sağlamak amacıyla burada da "borca aykırı davranılacağının önceden belli olması" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

çözüme) yer vermek tercih edilmemiş, bu sistemlerde modern hayatın gereklerine cevap vermeyen ama alışılmış bir uygulaması olduğu için ayakta tutulan kurumlar ("*old relics*") yerine yeni düzenlemeler getirilmiştir[161]. Bununla birlikte, CISG'de öngörülen ifa engelleri sisteminin, İngiliz hukukundaki *yeknesak sözleşmeye aykırılık* anlayışından ciddi şekilde etkilendiği belirtilmektedir[162]. Gerçekten CISG'de imkânsızlık, temerrüt, ayıplı ifa ve sözleşmenin müspet ihlali gibi kavramlarla bir hukuki olgu sınıflandırması yapılmadan tek başına "sözleşmeye aykırılık" olgusuna yer verilmiştir[163]. Ayrıca CISG m. 74/I altında, Anglo Amerikan hukuk sistemiyle aynı doğrultuda, kusurdan bağımsız bir sorumluluk rejimi (*strict liability*) öngörülmüştür[164].

CISG'nin öngördüğü sistem yaptırım merkezli olduğu için borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının özel görünümleri ve bunlar karşısında uygulanma imkânı olan yaptırımlar CISG m. 71 ve 72 hükümlerinde düzenlenmiştir[165]. Bu hükümler "*Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler*" başlığı altında yer aldığı için sözleşmenin her iki tarafının (alıcı veya satıcı) da başvurabileceği hükümlerdir[166]. Sözleşmeden dönme (*avoidance*)[167] dışında[168] daha hafif yaptırımlara

---

161 **Schlechtriem, Peter / Butler, Petra**; UN Law on International Sales, Berlin, 2009, N. 7. Bu olgu CISG m. 7/I uyarınca anlaşmanın yorumunda bunun milletlerarası niteliği, yeknesak uygulaması ve milletlerarası ticaretteki dürüstlük kurallarının dikkate alınacağı şeklindeki hükümden de çıkartılabilir. Bu hükme göre anlaşmayı yorumlayacak mahkeme, kendi yerel hukukundaki sübjektif anlayış üzerinden yorum yapamayacaktır. **Schlechtriem / Butler**, N. 43.

162 **Marcantonio**, s. 46; **Atamer** (CISG), s. 286-288.

163 **Schwenzer / Hachem / Kee**, N. 41-04; **Marcantonio**, s. 45-46; **Atamer** (CISG), s. 288; **Atamer, Yeşim M.**; "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, 217-260, s. 232.

164 **Schlechtriem / Butler**, N. 43

165 **Huber, Peter / Mullis, Alastair**; The CISG, Regensburg, 2007, s. 339. Ancak CISG m. 73'te de borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına ilişkin özel bir düzenleme vardır.

166 **Atamer** (CISG), s. 409, dn. 688.

167 Atamer, CISG m. 71 ve 72'de kullanılan "*avoidance*" kavramını "*dönme*" olarak ele almıştır. **Atamer** (CISG), s. 394 vd. Resmi Gazete'de yayınlanan metinde ise kavram "ortadan kaldırma" olarak çevrilmiştir. *Avoidance* kavramının ileri sürülmesinin yarattığı etki ile ilgili yapılan tartışmalara baktığımızda biz de bunun için dönme kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Ancak bundan birebir Türk hukukundaki dönme anlaşılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Schlechtriem, Peter / Schwenzer, Ingeborg / Fountoulakis, Christiana**; Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), ed. Ingeborg Schwenzer, New York, 2010, s. 1101 vd.

168 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 949.

bağlanmış borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlleri CISG m. 71/I'de ele alınmıştır. Bunlardan ilki CISG m. 71/I-a uyarınca taraflardan birinin ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik sebebiyle muacceliyet tarihinde yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin öngörülmesidir. Buna grev, savaş, doğal afet, hukuki engeller gibi taraflardan bağımsız olayların ya da satılan malın elde edilmesinde zorluk çekilmesi, kredi alamama gibi sübjektif yetersizliklerin yol açabileceği belirtilmektedir[169]. İkincisi ise CISG m. 71/I-b uyarınca taraflardan birinin, sözleşmenin ifaya hazırlanmasındaki veya ifası sırasındaki davranışları nedeniyle borç muaccel olduğunda yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumudur. Buna örnek olarak alıcının, sözleşmede kararlaştırılmış olmasına rağmen, satıcının tedarik edeceği malların tevdi edileceği depoyu sağlamaması[170] veya bunları teslim almak için gerekli işlemleri yapmaması ya da satıcının sözleşmeye uygun olmayan hammadde kullanması yahut gerekli ruhsatları almak için zamanında başvuru yapmaması[171] gösterilmektedir. CISG m. 71/I uyarınca bu durumlarda, sözleşmenin karşı tarafının kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkı vardır. Burada tanınan askıya alma hakkı basit bir ödemezlik def'inin ötesinde olup kural olarak ifa hazırlıklarını durdurmayı (örneğin satıcının, alıcıya satacağı malları üçüncü kişiden tedarik etmeyi askıya alması) da içerir[172]. Fakat yükümlülüklerin ifasını askıya alabilmek için CISG m. 71/I'de sayılan hallerin mevcudiyetinin önemli (*substantial*) birtakım yükümlülükleri etkiliyor olması (mutlaka esaslı ihlale yol açması demek değil) gerekmektedir[173]. Ayrıca bu hakkın kural olarak sadece tam iki tarafa borç yükleyen ve tarafların sözleşme ilişkisine girme sebebini karşı tarafın ediminin oluşturduğu (*quid pro quo*) sözleşmelerde

---

169 **Schlechtriem / Butler**, N. 257-259; **Huber / Alastair**, s. 341. Burada sayılan hallerin birçoğu Türk hukukunda TBK m. 98 uyarınca ifa güçsüzlüğü, TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü ya da sonraki objektif veya sübjektif imkânsızlık teşkil etmektedir.

170 **Schlechtriem / Butler**, N. 259.

171 **Huber / Alastair**, s. 342.

172 **Schlechtriem / Butler**, N. 264; **Huber / Alastair**, s. 342.

173 **Schlechtriem / Butler**, N. 263.

kullanılabileceği belirtilmektedir[174]. Son olarak CISG m. 71/I'de tanınan yükümlülüklerin ifasını askıya alma hakkı yalnızca muacceliyetten önce kullanılabilecek, muaccel olmasına rağmen eksik veya ayıplı ifa edilmiş edimin alacaklısı bu maddeden yararlanamayacaktır[175].

CISG m. 71/III uyarınca önceden yükümlülüklerinin ifasını askıya alan tarafın bunu derhâl karşı tarafa bildirmesi gereklidir. Ancak bu yükümlülüklerin ifasını askıya alma hakkının kullanılmasının bir önkoşulu veya koşulu değildir[176]. Yükümlülüklerin ifasının askıya alındığının açıklanması, edimini ifa edip etmeyeceği şüpheli olan tarafın yükümlülüklerine etki yapmaz; bu taraf kural olarak ifada bulunmak zorundadır[177]. Bununla birlikte söz konusu taraf, CISG m. 71/III uyarınca gelecekteki ifa tehlikesini güvenceye almak için yeterli bir teminat göstererek karşı tarafın yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkını bertaraf edebilir[178]. Her ne kadar CISG m. 71/III'te yalnızca teminat verilmesinden bahsedilse de yükümlülüklerinin ifasını askıya alan tarafın başka bir hükme göre haklı olarak sözleşmeden dönmesi, borca aykırılık tehdidinin ortadan kalkması veya edimin muaccel olduğunda ifa edilmesi hâlinde de yükümlülüklerin ifasını askıya alma hakkı ortadan kalkar[179]. Tüm bu hâllerde yükümlülüklerinin ifasını askıya almış olan taraf, ifaya devam etmek zorundadır ama yükümlülüklerinin belli bir süre askıda kalması sebebiyle bu tarafın kendi edimini ifa edebileceği süre (diğer tarafın muacceliyet tarihinde borcu ifa edip etmeyeceğinin şüpheli bulunduğu zaman kadar)

---

174 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 951. Yazarlar bazı yeni görüşlerde ve mahkeme kararlarında karşılıklı yükümlülükleri ihtiva etmeyen borç ilişkilerinde de yükümlülüklerin ifasını askıya alma hakkının tanınması gerektiğinin savunulduğunu belirtmektedir.

175 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 952.

176 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 954, 959-960. Yazarlar yükümlülüklerin ifasının askıya alındığının bildirilmemesinin sonucunun tartışmalı olduğunu belirtmektedir. Yazarların da desteklediği hâkim görüşe göre, bu bildirim yapılmadan yükümlülüklerin ifasının askıya alınmasının tek sonucu, buna bağlı olarak bir zarar doğmuşsa, bu zararın bildirimde bulunmayan tarafça tazmin edilmesidir. Diğer bir görüşe göre ise derhâl bildirimde bulunmayan taraf yükümlülüklerinin ifasını askıya aldığı savunmasına dayanma hakkını kaybedecektir.

177 **Huber / Alastair**, s. 342.

178 **Huber / Alastair**, s. 343.

179 **Huber / Alastair**, s. 343.

uzamıştır[180]. Eğer taraflardan biri yükümlülüklerini haklı olarak askıya almışsa, doğrudan bu askıya alma sebebiyle uğradığı zararların tazminini diğer taraftan talep edebilecektir[181]. Örneğin, yükümlülüklerini askıya alan taraf, ifa hazırlıklarını keserek sattığı malı tedarik etmemiş, daha sonra yeterli teminat gösterilmesi sebebiyle ifa hazırlıklarını devam ettirmiş ama aynı malı (ifa hazırlıklarını kestiği andaki fiyata göre) daha pahalıya tedarik edebilmişse bu fiyat farkını (CISG m. 74 vd. uyarınca şartları gerçekleşmişse) karşı taraftan isteyebilecektir[182].

Yükümlülüklerin ifasını askıya alma hakkına ek olarak, CISG m. 71/I'de sayılan hâller mallar alıcıya gönderildikten sonra gerçekleşmişse, CISG m. 71/II ile satıcıya söz konusu malların alıcıya verilmesini engelleme hakkı verilmiştir (*right of stoppage*, *right to stop goods in transit*). Ancak ticari uygulamayı aksatacağı sebebiyle CISG m. 71/II hükmünün aynı hakkı alıcıya tanımadığı, başka bir ifadeyle alıcının gönderdiği paranın satıcıya ödenmesini engelleyemeyeceği ifade edilmektedir[183].

CISG m. 71/III'te teminat talep eden tarafa, yeterli teminat gösterilmemesi hâlinde sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır[184]. Alacağının ifasının tehlikeye düştüğüne inanmakta haklı olan taraf yalnızca kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilmekte ve satıcıysa gönderdiği malların alıcıya verilmesini engelleyebilmektedir. Askı durumundan çıkmak için CISG m. 71/III'te öngörülen tek imkân, ifası tehlikeye düşen tarafın yeterli bir teminat göstermesidir ve bunun için bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bir görüşe göre, bu hüküm milletlerarası ticaretin gereklerine uygun değildir, çünkü ifası tehlikeye düşen tarafın yeterli teminat göstermemesi ve edimini ifa etmeye yanaşmaması hâlinde askı hali sürecek ve karşı taraf muacceliyete kadar

180 **Schlechtriem / Butler**, N. 264; **Huber / Alastair**, s. 342-343.
181 **Huber / Alastair**, s. 343-344.
182 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 967; **Huber / Alastair**, s. 343-344.
183 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 949.
184 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 949, dn. 4; **Huber / Alastair**, s. 342, 344.

beklemek zorunda olacaktır[185]. Bu süre boyunca karşı taraf sözleşmeden ancak CISG m. 72'deki özel şartların gerçekleştiğini ispatlayarak dönebilecektir[186]. Oysa CISG'nin genel ilkelerinden biri her hakkın belli bir süre zarfında kullanılmasıdır[187]. Dolayısıyla, her ne kadar CISG m. 71/III'te ifayı tehlikeye düşüren tarafın yeterli bir teminat göstermesi için özel bir süre düzenlenmemiş olsa da bunun "mâkul" bir süre içinde yapılması gereklidir. Sonuç olarak, bu görüşe göre, söz konusu teminat mâkul bir süre içinde gösterilmezse, CISG m. 72/III uyarınca teminatı göstermeyen tarafa, borcu ifa etmeyeceğini bildirmiş muamelesi yapılmalı ve karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkı verilmelidir[188].

Görüldüğü üzere CISG m. 71 muacceliyetten önce ifanın tehlikeye düşmesi hâlinde sözleşmenin diğer tarafına bazı haklar tanımaktadır ama bunlar arasında (en azından madde lafzına göre) dönme hakkı mevcut değildir[189]. Muacceliyetten önce

---

185 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 964. Karş. **Schlechtriem / Butler**, N. 268.

186 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 964.

187 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 964.

188 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 953, 964. Karş. **Schlechtriem / Butler**, N. 268. Bu konuda ayrıca bkz. **Eiselen, Sieg**; "Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Articles 71 and 72 of the CISG", 2002, sub. j (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni71,72.html#N28, E.T. 12.03.2018).

189 Öğretide CISG m. 71/I'deki askıya alma yaptırımının kullanılabilmesi için aranan borçlunun maddede sayılan sebeplerle "*yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması*" koşulu ile CISG m. 72/I'deki dönme hakkının işletilebilmesi için aranan "*sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal*" etme şartının aynı anlama gelip gelmediği tartışılmıştır. Hâkim görüşe göre, hükümlerin lafzından da anlaşılabileceği üzere, CISG m. 71/I'de öngörülen koşul, CISG m. 72/I'de yer alan esaslı ihlalle aynı anlamda değildir. CISG m. 71'deki askıya alma yaptırımını uygulayabilmek için getirilen koşulun, CISG m. 72/I'deki esaslı ihlal yoğunluğunda olması gerekmediği için bunun ispatı da esaslı ihlale göre daha kolaydır. Gerçekten de CISG m. 71'de düzenlenen şarttan CISG m. 72/I'deki gibi sözleşmenin esaslı ihlali anlaşılacak olsaydı, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması tek bir maddede düzenlenir ve burada karşı tarafa seçimlik olarak yükümlülüklerini askıya alma veya sözleşmeden dönme hakkı verilirdi. Oysa CISG'de borca aykırı davranılacağının önceden belli olması iki (hattâ CISG m. 73/II de sayılırsa üç) ayrı hüküm altında düzenlenerek dönme hakkının yalnızca sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğinin açık olması şartıyla kullanılabilmesi amaçlanmıştır. Bkz. **Bridge, Michael**; "Avoidance for Fundamental Breach of Contract Under the UN Convention On The International Sale Of Goods", The International and Comparative Law Quarterly, Volume 59, No. 4, 2010, 911-940, s. 938 (JSTOR, E.T. 2.03.2018); **Liu, Chengwei**; "Suspension or Avoidance Due To Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", 2nd Edition, 2005, sub. 3.2 (https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html#cc67, E.T. 12.03.2018); **Schlechtriem / Butler**, N. 263; **Huber / Alastair**, s. 340. "*When comparing the degree of probability in Article 72(1) with the prognosis requirement in Articles 71(1) and 73(2), the highest level of probability is required in Article 72(1).*" **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 973. Ancak CISG m. 71/III uyarınca yeterli teminatın makul bir süre içinde gösterilmemesi hâlinde alacağı

dönme imkânı veren tek hüküm CISG m. 72/I'de düzenlenmiş olan ve sözleşmenin esaslı ihlaline yol açan borca aykırı davranılacağının önceden belli olması halidir[190]. Buna göre "*Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşikâr ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.*" Bu maddeyle amaçlanan, muacceliyet tarihinde borcun ifa edilmeyeceğinin zaten aşikâr olduğu durumlarda karşı taraftaki alıcı veya satıcıya sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulma imkânı vermek ve kendi edim yükümlülüklerini oluşturan değerleri başka tasarruflarda değerlendirme özgürlüğü sunmaktır[191]. Doğrudan bu hükme dayanarak sözleşmeden dönülmesi ancak sözleşmenin kurulması ile muacceliyet tarihi arasındaki süreçte mümkündür[192]. Fakat sözleşmenin kurulmasını izleyen dönemde belli vakıaların gerçekleşmesini arayan CISG m. 71'den farklı olarak, CISG m. 72'de düzenlenen dönme hakkı sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkmış vakıalara dayanılarak da kullanılabilir[193]. Her halükârda, bu süreç içinde dönme hakkının kullanılabilmesi için borç muaccel olduğunda borca aykırı davranılacağının hem açık hem de sözleşmenin esaslı ihlaline yol açacak nitelikte olması gerekmektedir[194]. Ancak bu şartların gerçekleşmesi ilgilinin haklarını CISG m. 72'deki sözleşmeden dönmeyle sınırlamayacak, eğer CISG m. 71/I'de sayılan hâllerden biri mevcutsa sözleşmeden dönme yerine yükümlülüklerin askıya alınması hakkı da kullanılabilecek veya bu da

---

tehlikeye düşmüş olan tarafın CISG m. 72/III'e dayanarak sözleşmeden dönebilmesi gerektiği de savunulmaktadır. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 964. Burada, CISG m. 71 ve 72 arasında özellikle ispata ilişkin olarak yapılan ayrımın pratikte silikleşeceği ve borç muaccel olduğunda aykırı davranılacağı öngörülen yükümlülüğün sözleşmedeki ağırlığının ve alacaklının bundaki menfaatinin belirleyici olacağına dair bkz. **Schlechtriem / Butler**, N. 263; **Eiselen** (UNIDROIT), sub. j. Karş. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 972, dn. 28.

190 **Liu** (Chengwei), sub. 2.2. İleride değineceğimiz üzere, CISG m. 73/II'de muacceliyetten önce sözleşmeyi ileriye yönelik olarak (*ex nunc*) feshetme hakkı tanınmıştır. Bkz. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 989.

191 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 970; **Atamer** (CISG), s. 409.

192 **Schlechtriem / Butler**, N. 269; **Huber / Alastair**, s. 345-346.

193 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 974.

194 **Schlechtriem / Butler**, N. 270-271; **Huber / Alastair**, s. 345; **Atamer** (CISG), s. 409; **Liu** (Chengwei), sub. 2.2.

kullanılmayarak muacceliyeti beklemek tercih edilebilecektir[195]. Açıklık ve esaslı ihlal şartları gerçekleşse dahi CISG m. 72/III'teki durum söz konusu olmadıkça, sözleşmeden dönmeye niyetli tarafın sözleşmeden dönebilmek için ayrıca CISG m. 72/II'deki ihtar yükümlülüğüne de uyması gerekecektir[196].

Açıklık şartıyla neyin kastedildiğinin tartışmalı olduğu ifade edilmekle birlikte[197], bundan ifa gününde borca aykırı davranılacağının ve bunun esaslı bir ihlale yol açacağının (çok) yüksek (özellikle CISG m. 71 ve 73'e göre daha yüksek) ihtimal olduğunun öngörülmesinin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir[198]. Öyleyse açıklık şartının sağlanması için "kesinlik" (*certainty*) gerekmemektedir. Ancak buradaki eşiğin yüksek tutulması gerektiği, aksi halde satıcıya muacceliyetten önceki sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı veren CISG m. 34 ve 37'teki kuralların manasız kalacağı ifade edilmektedir[199]. Borca aykırı davranılacağının ve bunun bir esaslı ihlale yol açacağının önceden açıkça belli olup olmadığı incelenirken hâkim objektif bir inceleme yapacak ve CISG m. 8/II uyarınca mâkul bir alıcı ya da satıcının somut olaydaki beklentisinden hareket edecektir[200]. Her halükârda, taraflardan birinin muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini açık ve kesin olarak bildirmesi hâlinde açıklık şartının varsayılacağı ifade edilmektedir[201]. Ancak bu bildirimin yorumunda da CISG m. 8/II uyarınca mâkul bir muhatabın bildirime vereceği objektif anlam belirleyici olacaktır[202]. Bildirim dışında açıklık şartının sağlandığı olaylara örnek olarak ithalat/ihracatın ambargoyla engellenmesi, parça borcunun yok olması, malın üretileceği tesisin yanması ve

---

195 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 970-971; **Liu** (Chengwei), sub. 2.2.

196 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 972.

197 **Huber / Alastair**, s. 345.

198 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 973; **Schlechtriem / Butler**, N. 270; **Huber / Alastair**, s. 345; **Eiselen** (UNIDROIT), sub. g.

199 **Huber / Alastair**, s. 345, dn. 1261; **Atamer** (CISG), s. 410. Atamer'in verdiği örnekler, esaslı ihlalin gerçekleşme ihtimalinin çok yüksek olduğu hallere ilişkindir.

200 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 973; **Atamer** (CISG), s. 410.

201 **Schlechtriem / Butler**, N. 270.

202 **Schlechtriem / Butler**, N. 273.

muacceliyet tarihinde teslimat yapılmasına elverecek sürede yeniden inşasının mümkün olmaması, satıcının bayilik sözleşmesinin iptal edilmesi ya da tek satıcılık sözleşmesinin feshi sonucu satış konusu malları edinme imkânının kalmaması veya imali borçlanılan markalı mallara ilişkin lisansın kaybedilmesi gibi hâller gösterilmektedir[203].

Esaslı ihlal şartının sağlanması ise CISG'de bu konuda getirilen kurallara tabidir[204]. Genel itibariyle, burada, muacceliyetten önce borca aykırı davranılmasına sebep olan durumun, muacceliyet tarihinde mevcut olması hâlinde CISG uyarınca sözleşmenin esaslı ihlali sayılıp sayılmayacağına bakılacaktır[205]. Buna kesin vadeli bir işlemde satım konusu malların vadede teslim edilemeyeceğinin öngörülmesi örnek gösterilmektedir[206]. Nasıl kesin vadeli bir işlemde edimin vadesinde ifa etmemesi sözleşmenin esaslı ihlaline yol açacaksa, bunun açık olarak öngörülmesi de aynı sonucu doğuracaktır. Yani esaslı ihlale dayanan dönme yaptırımının uygulanması için vadeyi beklemek anlamsızlaşacaktır. Bunun değerlendirilmesinde de aynı açıklıkta olduğu gibi objektif bir yaklaşım izlenecektir[207]. Burada esaslı ihlal olarak kabul edilen olayın borçlunun kusurundan ileri gelip gelmemesi sonucu değiştirmeyecektir[208].

CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönme, CISG'de düzenlenmiş dönmeyle ilgili genel kurallara göre yapılacaktır[209]. Dolayısıyla CISG m. 26 ve 49'da olduğu gibi CISG m. 72/I'e göre de sözleşmeden dönecek tarafın bunu beyan etmesi (bildirmesi) gerekmektedir; ama burada söz konusu beyan doğal olarak borç muaccel oluncaya kadar yapılacaktır[210]. Ancak sözleşmeden dönmek isteyen tarafın bunu doğrudan

---

203 **Schlechtriem / Butler**, N. 270; **Atamer** (CISG), s. 410.

204 Bu konuda bkz. CISG m. 25; **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 972 vd.; **Schlechtriem / Butler**, N. 188-189, 241-243; **Atamer** (CISG), s. 292-311.

205 **Schlechtriem / Butler**, N. 271; **Atamer** (CISG), s. 409-410.

206 **Schlechtriem / Butler**, N. 271; **Atamer** (CISG), s. 410.

207 **Atamer** (CISG), s. 410.

208 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 973.

209 **Huber / Alastair**, s. 348.

210 **Atamer** (CISG), s. 410. Buradaki dönme beyanı ile CISG m. 72/II'deki ihtar birbirine karıştırılmamalıdır. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 981.

gerçekleştirme imkânı yoktur. CISG m. 72/II uyarınca borca aykırı davranılacağı öngörüldüğünde muacceliyete dek kalan süre, sözleşmeden dönmeye niyetli tarafın olası zararlarını karşılayacak bir teminat[211] gösterilmesi için yeterliyse, önce bu niyetle ilgili karşı tarafı uyaran mâkul bir ihtar (bildirim) gönderilmesi gereklidir[212]. Bu ihtar CISG m. 77 uyarınca alacaklının zararı azaltma yükümlülüğüne uygun olarak mümkün olan en kısa sürede gönderilmelidir[213]. CISG m. 72/II'deki teminat şartının sağlanması için mutlaka bir tür kişisel veya ayni teminat verilmesi gerekmez; ihtarı alan tarafın borç muaccel olduğunda borcunu ifa edeceğini veya edebileceğini ortaya koyması da yeterlidir[214]. Eğer böyle bir teminat, ihtardan itibaren mâkul bir süre içinde[215] sağlanmazsa CISG m. 72/I uyarınca yapılacak bir dönme beyanıyla sözleşmeden dönülebilir. Sözleşmeden dönecek taraf bu beyanı, karşı tarafın teminat göstermeyi reddetmesinden itibaren mâkul bir süre içinde yapmalıdır[216]. Eğer CISG m. 72'ye

---

211 **Schlechtriem / Butler**, N. 272.

212 **Schlechtriem / Butler**, N. 272; **Huber / Alastair**, s. 347; **Atamer** (CISG), s. 411. Bu hükmün Almanca metni ile İngilizce ve Fransızca metinleri arasında farklılık vardır. Bu konuda bkz. **Schlechtriem / Butler**, N. 272; **Atamer** (CISG), s. 411. Böyle bir ihtar çekilmemesinin sözleşmeden dönme hakkının ortadan kalkmasına mı yol açacağı, yoksa karşı taraf lehine bir tazminat hakkı mı doğuracağı tartışması için bkz. **Huber / Alastair**, s. 347-348, dn. 1273, 1274.

213 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 976.

214 **Schlechtriem / Butler**, N. 272. Bir görüşe göre CISG m. 27'deki genel kuralın aksine, ihtarın muhatabı borçlunun, yeterli teminat göstereceğine ilişkin bildirimi ancak ihtarı keşide eden alacaklıya ulaştığı anda sonuç doğurmalıdır. Zira muhatap borçlu borca aykırı davranmış olduğu için, teminat göstereceğine dair bildiriminin ulaşmaması veya geç ulaşmasından doğabilecek hasar ve zararın alacaklıya yüklenmesi için hiçbir sebep yoktur. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 979.

215 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 978; **Atamer** (CISG), s. 411. Bir görüşe göre CISG m. 72/II'de "makul" bir bildirimden bahsedildiği için böyle bir bildirimde borçluya uygun bir teminat sağlaması için makul bir süre verilmelidir. Bildirimin makul olup olmadığı bu verilen sürenin makul olup olmadığına göre ölçülecektir. Bildirim süreye ilişkin bir hüküm içermese bile borçlunun uygun bir teminat göstermek için yeterli süreye sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu süre boyunca alacaklının sözleşmeden dönme hakkı askıdadır. Eğer bildirimde makul olmayan bir süre verilmişse, alacaklının daha sonra başka bir bildirimle makul bir süre tanıma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Ancak borçlu, bildirimde tanınan sürenin uygun bir teminat sağlaması için makul olmadığını anladığı anda buna itiraz etmelidir. Böyle bir itirazda bulunmayan borçlu daha sonra, alacaklının verdiği sürenin makul olmaması sebebiyle, kullanılan sözleşmeden dönme hakkının etkisiz olduğunu ileri süremeyecektir. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 977.

216 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 981. Eserin bu kısmında ifade edilen görüşe göre, CISG m. 72/II uyarınca makul süre içinde teminat gösterilmemesi veya CISG m. 72/III'deki gibi bir bildirim yapılması ile gerçekleşen borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sonucunda sözleşmeden dönme hakkı doğan taraf, bu hakkı makul bir süre içinde kullanmak zorundadır. Bu tarafın, tamamen karşı tarafın riskine olacak şekilde, muacceliyete kadar kendi menfaati için en uygun anı beklemek ve bu anda sözleşmeden dönmek gibi bir hakkı yoktur. Sözleşmeden dönme hakkı makul bir süre içinde

dayanan dönme hakkı haksız olarak kullanılmışsa, bu sefer dönme hakkını kullanan taraf borca aykırı davranmış olacaktır[217]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde sözleşmeden dönmek için CISG'de sayılan şartlarının gerçekleştiğini sözleşmeden dönen taraf ispatlayacaktır[218].

İstisnai olarak, CISG m. 72/III uyarınca borcun ifa edilmeyeceği önceden açıkça bildirilmişse CISG m. 72/II'deki ihtar şartı uygulanmaz ve ilgili taraf daha fazla beklemeden sözleşmeden dönebilir[219]. Ancak bu bildirimde bahsi geçen ifa edilmeyecek olan borcun mutlaka CISG m. 25 uyarınca sözleşmenin esaslı ihlaline sebebiyet verecek nitelikte olması, yani muaccel olsa bile yerine getirilmemesi sözleşmenin esaslı ihlaline yol açmayacak bir tür yan yükümlülük olmaması gereklidir[220]. Mahkeme kararlarında alıcının teslim edilen malların parasını ödemeyi kabul etmemesi ya da sözleşmede kararlaştırılmamış ek şartlar ve/veya talepler yerine getirilmek koşuluyla kabul etmesi yahut teminat mektubunu paraya çevirmesi; satıcının ise haklı sebep olmaksızın mal teslim etmeyi kesmesi CISG m. 72/III'te düzenlenen borca aykırı davranılacağının önceden açık ve kesin şekilde bildirilmesi olarak kabul edilmiştir[221].

Özel olarak değinilmesi gereken bir konu CISG m. 72/III uyarınca önceden borcu ifa etmeyeceğini açık ve kesin olarak bildiren tarafın bunu geri alıp alamayacağıdır. Eğer

---

kullanılmazsa düşecek ve ancak borç muaccel olduktan sonra ifa edilmezse CISG m. 49 veya 64 uyarınca dönme hakkı kullanılabilecektir. Karş. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 982. Açıklanan görüşlerine karşın yazarlar, eserin bu bölümünde, sözleşmeden makul bir süre içinde dönülmediyse CISG m. 77 uyarınca zararı azaltma külfetine aykırı davranılması sebebiyle tazminatın azaltılacağını belirtmektedir. Benzer şekilde, Schlechtriem, başka bir makalesinde, CISG m. 72'deki dönme hakkı ile CISG m. 49 ve 64'te tanınan dönme hakları arasında bu bağlamda bir farklılık olduğunu ifade etmektedir: Eğer CISG m. 49 ve 64 uyarınca dönme hakkı makul bir süre içinde kullanılmazsa bu hak kaybedilecek, ancak aynı durumda CISG m.72 uyarınca kullanılacak dönme hakkı ortadan kalkmayacak, yalnızca zararı azaltma külfetine aykırılık ortaya çıkmışsa istenecek tazminat azaltılacaktır. Bkz. **Schlechtriem, Peter**; "Calculation of Damages In the Event of Anticipatory Breach Under the CISG", sub. II.2 (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem20.html#, E.T. 12.03.2018).

217 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 982.

218 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 982.

219 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 971.

220 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 979; **Schlechtriem / Butler**, N. 273.

221 Bkz. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 980, dn. 74-77.

bu bildirime muhatap olan taraf, sözleşmeyi ortadan kaldırmak için bir hazırlık içine girmediyse bildirimin geri alınabileceği belirtilmektedir[222]. Bu durumda geri alma bildirimini alan taraf, karşı tarafın ifasını kabul etmek ve kendi edimini ifa etmek yükümlülüğü altındadır[223].

Haklı ve geçerli olarak sözleşmeden dönülmesi hâlinde sözleşmeden dönen tarafın tazminat talebinin muhtevası hakkında CISG m. 72 hükmünde bir düzenleme yoktur[224]. Burada henüz borç muaccel olmadığı için talep edilecek zararın, muaccel bir borcun esaslı ihlali sonucu talep edilecek zarar ile aynı içeriğe sahip olup olmaması gerektiği tartışılmıştır[225]. Gerçekten de muacceliyetten önce borca aykırı davranılacağını öngören alıcıysa, malları temin etmek için başka bir satıcıyla sözleşme yapmış veya satıcıysa, malları satmak için başka bir alıcı bulmuş olabilir. Yine satıcı, ifadan kaçınan alıcıya teslim edilecek malları korumak amacıyla bir depoya yerleştirmiş olabilir. İşte bu sebeplerle ortaya çıkan masraf ve zararların tamamının, özellikle de bir tarafın aksi yöndeki beklentisine rağmen sözleşme zamanında ifa edilirse, karşı taraftan talep edilip edilemeyeceği önemlidir. *Schlechtriem / Butler*, bu konuda yalnızca CISG m. 71/III veya m. 72/II uyarınca borçluya ihtar çekilmiş ama borçlu makul bir sürede uygun bir teminat göstermemişse veya CISG m. 72/III uyarınca borçlu, borcunu ifa edilmeyeceğini açık ve kesin olarak bildirmişse bu tür masraf ve zararların da tazmin edilebileceği değerlendirmesini yapmıştır[226]. Zira, muacceliyetten önce gerçekleşse dahi, bu tür davranışlar, muacceliyet tarihinde gerçekleşmiş borca aykırılıkla eş tutulmalıdır.

---

222 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 981. Aynı şerh içinde Müller-Chen, sözleşmeyi ortadan kaldırma hazırlığına girip girilmediğine bakmaksızın, sözleşmeden dönülmedikçe bildirimin geri alınabileceğini ve böylece borca aykırılığın ortadan kaldırılabileceğini belirtmektedir. **Schlechtriem / Schwenzer / Müller-Chen**, s. 767.

223 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 981.

224 **Schlechtriem, Peter** (Anticipatory Breach), sub. Preliminary Inquiries.

225 **Schlechtriem / Butler**, N. 275a.

226 **Schlechtriem / Butler**, N. 275a.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde CISG'ye göre zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin görüşler sadece verme edimlerine ilişkindir. Zira CISG'deki düzenlemeler milletlerarası satım sözleşmeleri hakkındadır. CISG'de, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması durumunda zararın nasıl hesaplanacağı özel olarak düzenlenmediği için tazminata ilişkin genel hükümler olan CISG m. 74-77 uygulanmaktadır. Bu hükümlerde zarar hesabı bakımından somut ve soyut yöntemler kabul edilmiştir. Temel tartışma konuları, zararın hangi tarihe göre (dönme tarihi veya dönülen sözleşmenin ifa edileceği tarih) hesaplanacağı ve CISG m. 77'deki zararı azaltma külfetinin nasıl uygulama alanı bulacağıdır.

CISG m. 74 uyarınca sözleşmenin ihlali sebebiyle zarar gören, kâr kaybı da dahil olmak üzere ifa menfaatini elde etmesini sağlayacak şekilde tüm zararının tazminini talep edebilir[227]. Bu hüküm, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde de uygulanır[228]. Zira, borçlunun gerek CISG m. 72/III uyarınca borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi gerekse CISG m. 72/II uyarınca uygun bir teminat vermekten kaçınması hâlinde halihazırda gerçekleşmiş (veya böyle muamele görmesi gereken) bir sözleşme ihlali vardır[229]. Ancak tazminatın muacceliyetten önce talep edilmesi sebebiyle kaybedilen kâr miktarının ispatında zorluk yaşanabilir ve bu durum zarar görenin ticari defterlerini sunmasını, iç yazışmalarını, müşterilerini ve iş bağlantılarını açıklamasını gerektirebilir[230].

Eğer borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sebebiyle CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönülmüş (veya m. 73/II uyarınca sözleşme feshedilmiş) ise sözleşmenin ortadan kalktığı hâllerde zararın hesabını özel olarak düzenleyen CISG m. 75'teki somut yönteme veya CISG m. 76'daki soyut yönteme göre (hangi hükmün

---

227 **Schlechtriem, Peter**; "Damages, Avoidance of the Contract and Performance Interest Under the CISG", sub. II.5 (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html, E.T. 12.03.2018).

228 **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.5.

229 **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.5.

230 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. I.

uygulanacağı satım konusu malın cârî fiyatı bulunup bulunmadığına bakılarak tespit edilir) hesaplanacak bir tazminat talep edilebilir[231]. Ancak CISG m. 75 ve 76 altında, bu hükümler uyarınca tazminat talep edilen hâllerde dahi CISG m. 74 gereği talep edilebilecek ek tazminat kalemlerinin de istenebileceği düzenlenmiştir[232].

Somut yöntemi düzenleyen CISG m. 75'e göre, sözleşmenin ortadan kaldırılmasından itibaren mâkul bir sürede ve mâkul bir şekilde ikâme alımı veya satımı yapılması hâlinde, ortadan kaldırılan sözleşmedeki fiyat ile ikâme işlemdeki fiyat arasındaki farkın tazmini istenebilir. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması bakımından bu hükmün uygulanmasında temel sorun nasıl bir ikâme işlemin "makul" olacağıdır. Hükümde belirtildiği üzere ikâme işlem hem yapıldığı an hem de taşıdığı şartlar bakımından mâkul olmalıdır. Taşıdığı şartlar bakımından mâkul bir ikâme işlemden bahsedebilmek için bunun, somut olaydaki koşullar elverdiğince, ortadan kaldırılan sözleşmeye (aşağı yukarı) yakın şartlarda olması gerekir[233]. Bununla kastedilen, ikâme işlemi yapacak kişinin fiyat, miktar ve teslim tarihi bakımından ortadan kaldırılan sözleşmeye yakın koşullarda bir sözleşme yapmaya (mantıklı ve mâkul bir kişiden beklenecek ölçüde) çabalamasıdır[234]. Bu bağlamda, yapılan ikâme işlemin,

---

231 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. I.

232 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II. CISG'nin Türkçe resmi metninde CISG m. 75 ve 76 hükümlerinde yer alan "*74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir*" ifadesi yanıltıcıdır. Bu çeviriye bakıldığında alıcı veya satıcıya CISG m. 75 veya 76'ya dayanarak tazminat talep etmek yerine CISG m. 74 uyarınca tazminat istemek hakkı tanındığı sanılabilir. Oysa İngilizce metinde "*as well as any further damages recoverable under article 74*" şeklinde ifade edilen aynı kısım, CISG m. 74 uyarınca talep edilebilecek her türlü ek tazminat kaleminin de istenebileceğini düzenlemektedir. Burada ikame alımı yapan alıcının, CISG m. 74 uyarınca yoksun kalınan kar talep edip edemeyeceğine ilişkin olarak bkz. **Atamer** (CISG), s. 435, dn. 833; **Saidov, Djakhongir**; The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments, Oxford, 2008, s. 173-174.

233 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.1 ve II.b. Ancak buradaki yakınlıktan kasıt ortadan kaldırılan (ihlal edilmiş) sözleşmeyle birebir örtüşecek bir ikame işlemi yapılması da değildir. **Atamer** (CISG), s. 434. Örneğin alıcının, malları almayı reddetmesi sebebiyle söz konusu malları sezon sonunda satmak zorunda kalan satıcının, bunları yarı fiyatına satması bile makul olarak değerlendirilebilecektir. **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.1.

234 **Schlectriem** (Anticipatory Breach), sub. II.1; **Atamer** (CISG), s. 434.

ortadan kaldırılan sözleşmeyi mâkul bir şekilde ikâme etmek için yapıldığının anlaşılabilir olması gerekir[235].

İkâme işlemin yapıldığı anın mâkul olup olmadığı ise genellikle CISG m. 77 uyarınca zararı azaltma külfetiyle bağlantılı olarak değerlendirilmektedir[236]. Konuyu bu şekilde ele alan yazarlar, sözleşmenin muacceliyetten önce ortadan kaldırıldığı hâllerde zararı azaltma külfetinin uygulama alanı bulacağı kabulünden yola çıkmaktadır[237]. Buna göre, sözleşme ortadan kaldırıldıktan sonra ikâme işleme konu edilecek malın fiyatının gelecekte artacağına mı azalacağına mı bakılması ve işlemi yapmak için zararı azaltma külfetine en uygun anın tercih edilmesi gerekir[238]. Fiyatın yükseleceğinin kuvvetle muhtemel olduğunu öngören alıcının veya düşeceğini benzer şekilde öngören satıcının, sözleşmenin ortadan kalkmasını takiben en kısa sürede ikâme işlem yapması gerektiği kabul edilmektedir[239]. Bu durumlarda, ikâme işlemi yapabilecekken yapmayan taraf, zararı azaltma külfetine uygun davranmamış olacaktır. İkâme işlemin bu şekilde (en kısa zamanda) yapılması gereken hâllerden farklı olarak, ikâme işlem yapacak tarafa belli bir süre bekleme külfeti yüklemekte tereddüt edilmekte ve tedbirli davranılmaktadır. *Schlechtriem'e* göre, sözleşmeyi ihlal etmemesine rağmen alıcıya veya satıcıya, ikâme işlem yapmak için bekleme külfeti yüklemek, yalnızca ileride fiyatların düşeceği veya yükseleceği kesin olarak öngörülebiliyorsa mümkün olmalıdır[240]. *Saidov* ise ikâme işlemi yapacak tarafın, makul olarak[241] gelecekteki fiyat hareketlerinin yüksek ihtimalle ne yönde olacağını öngörebilecek durumda olduğu hâllerde bu tarafa bekleme külfeti

---

235 **Atamer** (CISG), s. 434-435; **Saidov** (Damages), s. 234.

236 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3.c.aa vd.; **Saidov** (Damages), s. 234.

237 **Saidov** (Damages), s. 234.

238 **Saidov** (Damages), s. 232-233.

239 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3.c.aa.

240 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3.c.aa ve II.3.c.bb; **Saidov** (Damages), s. 234.

241 Burada yalnızca o malın alım satımıyla uğraşan objektif makul bir kişinin bakış açısı değil, ikame işlemi yapacak alıcı veya satıcının konuyla ilgili sübjektif deneyimi ve bilgisi de dikkate alınır. Örneğin deneyimli bir satıcı, domates üretiminin önemli bölümünü gerçekleştiren belli başlı ülkelerde seyreden kötü hava koşullarının domates arzının düşmesine ve fiyatın yükselmesine sebep olacağını öngörebilir. **Saidov** (Damages), s. 234, d. 28.

yüklenebileceğini belirtmektedir[242]. Her iki yazar da bahsettikleri şartların gerçekleşmesinin zorluğu sebebiyle bu durumun (ikame işlemi yapmak için bekleme gereğinin) nâdir olarak ortaya çıkacağını ifade etmektedir[243]. Yine her iki yazara göre, kural olarak ortadan kaldırılan sözleşmenin ifa tarihinin çok uzak bir gelecekte olduğu veya ikâme işleme konu malın yüksek dalgalanmalı bir piyasada bulunduğu hâllerde, işlemi yapacak tarafın, gelecekteki fiyat hareketini tahmin etmesi gerçekçi olmayacağından, sözleşme ortadan kaldırıldıktan hemen sonra yapılacak bir ikâme işlem bile (beklenseydi zararın azalacağı sonradan ortaya çıksa dahi) mâkul bir işlem olarak değerlendirilmelidir[244]. Genellikle, tüm bu hâllerde, zararı azaltma külfetine aykırı bir ikâme işlem yapıldığının ispatı, bunu iddia eden (sözleşmeyi ihlal etmiş) alıcı veya satıcı üzerinde olacaktır[245]. Diğer bir görüşe göre ise, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sebebiyle sözleşmenin muacceliyetten önce sona erdirildiği hâllerde, gelecekteki fiyat hareketinden hiçbir zaman emin olunamayacağı için CISG m. 77'deki zararı azaltma külfeti uygulama alanı bulmamalıdır[246]. Bu görüş, fiyat hareketlerinin ne yönde seyredeceğinin çok yüksek ihtimalle tahmin edilebildiği durumlarda dahi alacaklının tamamen borçlunun riskine olacak şekilde ikâme işlem yapmakta serbest olmasına yol açacağı için isabetli görünmemektedir.

Eğer ikâme konusu malın cârî bir fiyatı varsa, CISG m. 76'da düzenlenen soyut yönteme göre, ikâme işlem yapmaya gerek olmaksızın, doğrudan sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile *sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki* cârî fiyat arasındaki farkın tazmini talep edilebilir. Her ne kadar hükümde açıkça sözleşmenin ortadan kaldırıldığı

---

242 **Saidov** (Damages), s. 234.

243 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3.c.aa ve II.3.c.bb; **Saidov** (Damages), s. 234.

244 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3 vd.; **Saidov** (Damages), s. 234.

245 **Saidov** (Damages), s. 234. Ancak örneğin ortadan kaldırılan sözleşmedeki ifa günü uzak bir gelecekteyken yapılan ikame işlem derhâl alım veya satım öngörüyorsa (yani ikâme işlem, ortadan kaldırılan sözleşmeden ciddi sapma hâlindeyse) bunun neden makul olduğunun ispatı işlemi yapan taraf üzerinde olacaktır.

246 Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bkz. **Saidov** (Damages), s. 233.

andaki fiyattan bahsedilse de, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu hâllerde, bu an ile ortadan kaldırılan sözleşmede kararlaştırılmış vade arasında ciddi bir zaman aralığı olma ihtimali vardır. Örneğin, sözleşmeye göre mallar 2020 yılında teslim edilecekken, CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden 2018'de dönülmüş olabilir. Bu durumda, tazminat, malın sözleşmenin ortadan kaldırıldığı 2018 yılındaki fiyatına göre hesaplanırsa, tarafların sözleşme altında kararlaştırılmamış bir menfaat elde etme veya öngörmedikleri bir zarara uğrama olasılığı bulunmaktadır[247]. Dolayısıyla, bu hüküm, öğretide ikili bir ayrım yapılarak yorumlanmaktadır. Eğer ikâme işleme konu mala ilişkin bir vadeli işlemler piyasası (veya bazı durumlarda vadeli döviz piyasası[248]) varsa, sözleşmenin ortadan kaldırıldığı anda, malın vadeli işlemler piyasasında görünen, sözleşmede kararlaştırılmış vade tarihindeki fiyatı esas alınmalıdır[249]. Bu yorum, somut yöntemde olduğu gibi soyut yöntemde de geçerli olan, ortadan kaldırılan sözleşmeye olabildiğince yakın şartlarda bir ikâme işlem yapılması kuralına da uygundur[250]. Buna karşın, sözleşme ortadan kaldırıldığında, malın gelecekteki (vadedeki) fiyatını gösteren bir vadeli işlemler piyasası yoksa, yine CISG m. 76'daki soyut yöntem uygulanacak ama bu sefer sanki CISG m. 75 uyarınca ikâme işlem yapılmış gibi sözleşme ortadan kaldırıldığı anda mevcut fiyata göre soyut bir hesaplama yapılacaktır[251]. Ancak *Schlechtriem'e* göre, böyle bir soyut hesaplamanın, tazminat talep eden taraf lehine umulmadık miktarda yüksek menfaat sağlayacağı neredeyse kesinse, CISG m. 77'deki zararı azaltma külfeti uyarınca CISG m. 76 uygulanmamalı ve CISG m. 75'teki somut

247 Bkz. **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.a.

248 **Saidov** (Damages), s. 234, dn. 33.

249 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.c; **Saidov** (Damages), s. 234.

250 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.c. Ancak yazara göre vadeli işlemler piyasasına göre malın vadedeki fiyatının, sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki fiyatından çok daha yüksek olduğu hâllerde sözleşmenin ortadan kaldırılma tarihine göre (yine soyut yöntemle) hesap yapılması gerekebilir. **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.d.

251 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.d; **Saidov** (Damages), s. 234-236.

yönteme (bu hükümle ilgili yukarıda açıkladığımız özel durumlar dikkate alınarak) göre bir ikâme işlem yapılmalıdır[252].

Her iki hüküm bakımından tartışmalı olan bir husus, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde, sözleşme ortadan kaldırılmadan önce ikame işlem yapılıp tazminat talep edilip edilemeyeceğidir. Genel olarak kabul edilen görüş, her ne kadar bu görüşteki yazarlar aynı sonuca ulaşırken farklı dayanaklar ileri sürse de, bu soruya olumlu cevap vermektedir[253]. Buna göre, zarar gören tarafın, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahip olduğu kesinleştiği andan itibaren bu taraf, sözleşmenin ortadan kaldırılmış olup olmadığından bağımsız olarak tazminat isteyebilir[254]. Burada, CISG m. 77'deki zararı azaltma külfeti sebebiyle ortaya çıkan istisna haller saklıdır. Eğer ikame işlem, borca aykırı davranılacağı önceden açıkça belli olmadan ve dolayısıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı kesin olarak husule gelmeden önce akdedilirse, buradaki risk tamamen bunu akdeden tarafın üzerindedir[255]. Yani borca aykırı davranılacağı düşüncesiyle ikame işlem yapıldıktan sonra, bu düşünceye rağmen, karşı taraf edimini ifa ederse, ikame işlemi yapan taraf bundan kaynaklanan masrafa ve zarara katlanacaktır. Ancak tahmin edildiği üzere ikame işlemin yapılmasını izleyen dönemde karşı tarafın borca aykırı davranacağı belli olursa, bu tarihten önce önlem almak amacıyla yapılan ikame işleme dayanılarak tazminat talep edebilecektir[256].

Son olarak, CISG m. 73/II'de borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının art arda teslimli sözleşmelerdeki özel bir görünümü[257] düzenlenmiştir. Ancak

---

252 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.e.

253 Bkz. **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.4, dn. 28 ve orada anılan yazarlar.

254 **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.4. Schlechtriem'e göre, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını dikkate almayan bu tazminat talebinin dayanağı doğrudan CISG m. 74 hükmüdür. Diğer bazı yazarlar, bu sonucu CISG m. 75'in kıyasen uygulanmasına bağlamaktadır. Başka bir kısım yazarlar ise CISG m. 7'deki dürüstlük kuralı uyarınca, borca aykırı davranacağını önceden açıkça ortaya koyan tarafın, daha sonra kendisinden tazminat talep edildiğinde, henüz sözleşmenin ortadan kaldırılmamış olmasını ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağına aykırı olacağını belirtmektedir.

255 **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.5.

256 **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.5.

257 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 984; **Schlechtriem / Butler**, N. 269.

bu hükmün uygulanabilmesi için, CISG m. 72'den farklı olarak, yalnızca ileride borca aykırı davranılacağının öngörülmesi yeterli olmayıp, bir tarafın hâlihazırda sözleşme altındaki bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekmektedir. Hükme göre, art arda teslimli bir sözleşmenin feshedilebilmesi[258] için münferit bir veya birden fazla teslimata ilişkin herhangi bir yükümlülüğün ifa edilmemesi sonucunda, diğer tarafın, gelecekteki teslimatların da esaslı olarak ihlal edileceğine inanmakta haklı gerekçeleri (*good reasons*) olması gereklidir. Daha sonraki teslimatların CISG m. 25 uyarınca esaslı olarak ihlal edileceğinin öngörülmesine sebep olan yükümlülük ihlali veya ihlallerinin esaslı olmasına gerek yoktur[259]. Ancak bundan, CISG m. 72 altında borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına dayanarak sözleşmeden dönebilmek için aranan esaslı ihlalin (açıkça) öngörülmesi şartının, art arda teslimli sözleşmelerde kaldırıldığı anlaşılmamalıdır. Zira, CISG m. 73/II'de sözleşmenin feshedilmesini sağlayan, bazı münferit teslimatlara ilişkin yükümlülüklere aykırı davranılması değil, bu aykırılıktan, ilerideki teslimatların esaslı olarak ihlal edileceği sonucunun haklı olarak çıkartılabilmesidir[260]. Hangi durumlarda bu çıkarımın yapılabileceğine ilişkin olarak CISG m. 73/II'de yalnızca söz konusu yükümlülük ihlallerinin, ilerideki teslimatların esaslı olarak ihlal edileceğini düşünmek için haklı gerekçeler (*good reasons*) oluşturması gerektiği düzenlenmiştir. Öğretide, CISG m. 73/II uyarınca sözleşmeyi fesheden tarafın, bu çıkarımı yapmakta haklı olup olmadığını ispatlarken, CISG m. 71'deki "anlaşılması" (*it becomes apparent*) ifadesiyle getirilene kıyasla daha ağır ama CISG m. 72'deki "aşikâr" (*clear*) ifadesiyle getirilene kıyasla daha hafif bir ispat yükü altında olduğu kabul edilmektedir[261]. Eğer ilgili taraf, bu çıkarımı yapmakta haklıysa CISG m. 73/II uyarınca sözleşmeyi ileriye yönelik olarak feshedebilir. Fesih hakkı, çıkarımın yapılmasından

---

258 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 989.

259 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 990; **Huber / Mullis**, s. 351.

260 **Huber / Mullis**, s. 351. Yani bunlar arasında illiyet bağı kurulabilmelidir: **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 990.

261 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 991; **Huber / Mullis**, s. 351-352.

itibaren mâkul bir süre içinde kullanılmalıdır. Sözleşmenin feshi, geçmişte ifa edilmiş teslimatları etkilemez. Fesihten etkilenmeyen teslimatlar içine, CISG m. 73/I uyarınca yalnızca bu teslimat için sözleşme ortadan kaldırılmadıkça, aykırı davranılması sebebiyle gelecekteki teslimatların esaslı olarak ihlal edileceğinin haklı olarak öngörülmesine yol açan teslimat da dahildir[262]. Buna karşın, fesihle birlikte her iki taraf da CISG m. 81 uyarınca gelecekteki teslimatlara ilişkin yükümlülüklerinden kurtulur ama sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat yükümlülüğü doğar.

B. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri

UNIDROIT İlkeleri[263] borca aykırı davranılacağının belli olmasını CISG'e benzer bir yapıda iki hüküm altında düzenlemiştir. UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.3 uyarınca taraflardan birinin borcu muaccel olmadan önce sözleşmenin bu tarafça esaslı olarak ihlal edileceği açıksa, diğer taraf sözleşmeyi ortadan kaldırabilir (*terminate*). Burada bahsedilen ortadan kaldırma kavramı UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.5 uyarınca kural olarak ileriye etkili olduğu[264] için Türk hukukundaki feshe benzemektedir[265]. UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.3'ün uygulanabilmesi için muacceliyetten önce taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edileceğinin açıkça öngörülmesi gerekmektedir. Böyle bir esaslı ihlalin ortaya çıkması taraflardan birinin ileride edimini ifa etmek konusundaki isteksizliğine (*unwillingness*) dayanabileceği gibi bu konudaki yetersizliği (*inability*)

---

262 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 994.

263 UNIDROIT, milletlerarası hukuku yeknesaklaştırma çalışmalarına UNIDROIT Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun 1971 yılında aldığı bir kararla başlamış ve UNIDROIT ilkelerinin ilk hali 1994 yılında kabul edilmiştir. Daha sonra bu ilkelerin pek çok hükmünde ve/veya bunlara ilişkin yorumların aktarıldığı resmi şerhte 2004, 2010 ve 2016 yılında değişiklikler yapılmıştır. Ancak borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına dair UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.3 ve 7.3.4'te değişiklik olmamıştır. Bkz. UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law; UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome, 2016, s. vii vd. ("UNIDROIT 2016").

264 **UNIDROIT 2016**, s. 263 vd.

265 Dayınlarlı da bu kavramı "fesih" olarak çevirmiştir. **Dayınlarlı, Kemal**; "Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, 203-249, s. 244 vd.

sonucu da olabilir[266]. İhlalin esaslı olup olmadığının belirlenmesinde UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.1 hükmünün 2. fıkrası uygulanır. Açıklık şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde ise öğretide, CISG m. 72 ile ilgili yapılan yorumlardan yararlanılarak, esaslı ihlalin ortaya çıkma ihtimalinin çok yüksek olduğunun objektif olarak mâkul bir üçüncü kişi tarafından da kabul edilmesinin aranması gerektiği; ancak bunun neredeyse kesin olarak öngörülmesi gerekmediği belirtilmektedir[267]. Dolayısıyla sırf taraflardan birinin sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğinden şüphelenmesi, bu şüpheyi temellendirecek gerekçeler mevcut olsa bile, sözleşmeyi ortadan kaldırmak için yeterli değildir[268]. Bu şartlar gerçekleştiğinde sözleşmeyi ortadan kaldıracak tarafın UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.3 uyarınca, CISG m. 72'den farklı olarak, önceden ihtarda bulunma ve/veya teminat talep etme yükümlülüğü yoktur[269]. Eğer şartlar gerçekleştiyse ilgili taraf doğrudan sözleşmeyi ortadan kaldırabilecek ve böylece muacceliyetten önce yaratılan esaslı ihlal beklentisi, sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi imkânı bakımından, muaccel olmuş bir edimin esaslı olarak ihlal edilmesiyle eş tutulacaktır[270].

Sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceği hakkında şüphe uyandıran hâllerin açıklık şartını sağlayıp sağlamadığından emin olamayan ama şüphelenmekte mâkul gerekçeleri olan[271] tarafa UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.4 ile bir imkân daha tanınmıştır. Buna göre, karşı tarafın sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceğine mâkul olarak inanan taraf, borçlanılan edimin ifasını güvenceye almak için yeterli bir teminat verilmesini talep edebilir ve kendi ediminin ifasını askıya alabilir. Eğer yeterli teminat mâkul bir süre

---

266 **Saidov, Djakhongir**; "Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles", Uniform Law Review, Volume 11, 2006, s. 804 (Hein Online, E.T. 15.03.2018).

267 **Saidov** (UNIDROIT), s. 805.

268 **UNIDROIT 2016**, s. 258.

269 **Saidov** (UNIDROIT), s. 810. CISG'de bahsettiğimiz üzere bu ihtar, sözleşmeyi ortadan kaldıran beyan ile karıştırılmamalıdır. Böyle bir beyan her halükârda yapılacaktır. **UNIDROIT 2016**, s. 258.

270 **UNIDROIT 2016**, s. 258.

271 Bu maddeye dayanacak tarafa UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.3'teki "açıklık" şartına kıyasla daha hafif bir ispat külfeti yüklenmektedir. Zira bu hükmün uygulanmasının sonucu doğrudan sözleşmenin ortadan kaldırılması değildir. **Saidov** (UNIDROIT), s. 811 vd.

içinde gösterilmezse, teminat talep eden taraf sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Böyle bir imkân tanınmasının sebebi karşı sözleşenin davranışları veya içinde bulunduğu durum sebebiyle sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğini düşünmekte haklı olan tarafı (haklarını kullanmak konusunda ikileme düşmekten) korumaktır[272]. Böyle bir hüküm olmasaydı, sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğinden şüphelenen ama bunu açıkça öngöremeyen taraf, UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.3 uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırıp (çok yüksek ihtimalle) açılacak davada sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğinin açık olduğunu kanıtlayabileceğini umarak risk alacak veya bunu kanıtlayamayacağı korkusuyla muacceliyet tarihini beklemeyi seçerek zarara uğramayı göze alacaktı[273].

C. Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri (PECL)

PECL, Avrupa Birliği üye devletlerinden katılan hukukçular[274] tarafından Avrupa Birliği'nde sözleşmeler hukukunu yeknesaklaştırmak, Avrupa Birliği'nin tamamında uygulanması planlanan Avrupa Borçlar Kanunu gibi metinlere temel oluşturmak ve farklı üye devletlerde yaşayan taraflar için belli bir üye devletin hukuku yerine bu hukuk sistemlerinin tamamını inceleyerek en adil çözümleri kabul etmeye çalışmış bir metni seçilebilir kılmak gibi amaçlarla ortaya koyulmuştur[275]. Ancak bu kuralların hazırlanmasında yalnız Avrupa Birliği üyesi devletlerin hukuk sistemlerine bağlı kalınmamış, Avrupa dışındaki pek çok ülkenin hukuk sistemi incelenerek bunlarda kabul edilmiş çözümler de tartışılmış ve bazı hükümlerde hiçbir üye devletin hukuk sisteminde mevcut olmayan düzenlemeler getirilmiştir[276]. Böyle geniş çaplı bir tarama borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili düzenleme için de yapılmıştır. Komisyon, kavramın Anglo Amerikan hukuk sisteminden filizlendiğini ama Kıta Avrupası hukuk

---

272 **UNIDROIT 2016**, s. 259.

273 **UNIDROIT 2016**, s. 259.

274 Kurulan komisyona ilişkin olarak bkz. https://www.jus.uio.no/lm/eu.principles.lando.commission/doc.html.

275 **The Commission of European Contract Law**; Principles of European Contract Law Parts I and II; ed. Ole Lando & Hugh Beale, The Hague, 2000, xi, xxi-xxvii. Bkz. PECL m. 1:101, 1:103, 1:106.

276 **Lando / Beale**, s. xxvi.

sistemine dâhil üye devletlerin bir kısmında bu konuda hiçbir genel kural ya da kabul (kanuni düzenleme, içtihat veya öğretide hâkim görüş) olmadığını tespit etmiştir[277]. Diğer yandan bu konuda genel bir kural veya kabul içeren Kıta Avrupası hukuk sistemleri de birbiriyle tam bir benzerlik ya da uyuşma içinde değildir[278]. Tüm bunları dikkate alan Komisyon, PECL m. 9:304'te sözleşmenin bir tarafça esaslı olarak ihlal edileceği ifa zamanından önce açıkça ortaya çıkmışsa diğer tarafın sözleşmeyi ortadan kaldırabileceği (*terminate*) hükmünü getirmiştir[279]. Bu hükmün getirilmesinin altındaki gerekçe, sözleşme taraflarından birinin borç muaccel olduğunda edimini ifa etmeyeceği ya da edemeyeceği açıkça belli olduktan sonra diğer taraftan sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemeyeceğidir[280].

Hükmün başlığında yer alan borca aykırı davranılacağının önceden belli olması (*anticipatory non-performance*) kavramıyla, taraflardan birinin borç muaccel olmadan önce borcunu ifa etmek konusundaki açık isteksizliği (*unwillingness*) veya yetersizliği (*inability*) anlatılmaktadır[281]. Borç muaccel olmadan ortaya çıkan böyle bir isteksizlik veya yetersizliğin sözleşmenin esaslı ihlaline sebep olup olmayacağı ise PECL m. 8:103'e göre belirlenecektir. Eğer açıklık ve esaslı ihlal şartları birlikte sağlanırsa, PECL m. 9:304 hükmünün uygulanmasıyla muacceliyetten önce ortaya çıkan bu durum, sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi imkânı bakımından, muaccel olmuş bir edimin esaslı olarak ihlal edilmesiyle eş tutulmuştur[282]. Bu hükme dayanarak sözleşmenin ortadan kaldırılması için önceden ihtarda bulunma şartı aranmamıştır[283]. Burada sözleşmenin ortadan

---

277 **Lando / Beale**, s. 419.

278 **Lando / Beale**, s. 418.

279 "*Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract.*"

280 **Lando / Beale**, s. 417.

281 **Lando / Beale**, s. 417.

282 **Lando / Beale**, s. 417; **Liu** (Chengwei), sub. 2.4.

283 **Eiselen, Sieg**; "Remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement Articles 71 and 72 of the CISG", An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, ed. John Felemegas, Cambridge, 2007, 461-465, s. 462.

kaldırılmasıyla kastedilen Türk hukukundaki fesih kavramına daha yakındır; zira PECL m. 9:305 uyarınca sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonucu kural olarak geçmişe etkili değildir[284].

Şâyet açıklık ve esaslı ihlal şartları birlikte sağlanmıyorsa ama taraflardan biri borç muaccel olduğunda sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğinden mâkul olarak şüphe duyuyorsa, bu taraf PECL m. 8:105 uyarınca karşı taraftan yeterli bir teminat talep edebilir ve mâkul şüphesi devam ettikçe yeterli teminat gösterilinceye dek kendi ediminin ifasını askıya alabilir. Aynı hükme göre böyle bir teminat, mâkul süre içinde gösterilmezse ve teminat talep eden taraf hala muacceliyet tarihinde sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğine mâkul olarak inanıyorsa, derhâl beyanda bulunmak şartıyla, sözleşmeyi sona erdirebilir. PECL m. 9:304'e ek olarak böyle bir imkânın tanınmasının sebebi, UNIDROIT m. 7.3.4'te olduğu gibi, muacceliyetten önce sözleşmenin ifasının tehlikeye düştüğüne mâkul olarak inanan ama bundan emin olmayan tarafı (haklarını kullanmak konusunda çelişkiye düşmekten) korumaktır[285]. Böyle bir hüküm olmasaydı, sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğinden mâkul olarak şüphe duyan ama bundan emin olamayan kişilerin tek imkânı PECL m. 9:304'e dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırmak olacaktı ve sonradan açıklık ile esaslı ihlal şartlarının birlikte gerçekleşmediği anlaşılırsa bu sefer de kendileri sözleşmeye aykırı davranmış sayılacaktı[286].

---

284 **Lando / Beale**, s. 420. Karş. **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 307-308.

285 **Lando / Beale**, s. 370.

286 **Lando / Beale**, s. 370.

İKİNCİ BÖLÜM

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI TERİMİ ve KAVRAMI

§ 5. TERİM

Karşılaştırmalı hukukta borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını anlatmak için İngilizce kaynaklarda genel olarak "*anticipatory breach*", Almanca kaynaklarda ise "*antizipierter Vertragsbruch*" veya "*vorweggenommene Vertragsverletzung*" ifadesi kullanılmaktadır[287]. CISG'nin konuyla ilgili düzenlemelerini içeren 71. maddesi ve devamındaki hükümlerinin başlığında da İngilizce metinde "*anticipatory breach*", Almanca metinde ise "*vorweggenommene Vertragsverletzung*" terimleri kullanılmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 2010/247 sayılı ve 11.3.2010 tarihli kararıyla katıldığımız CISG'nin, Resmi Gazete'de yayımlanan metninde[288] aynı başlık "*Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar*" şeklinde tercüme edilmiştir. Türk hukuk öğretisinde bu tercüme eleştirilmiş ve bunun yerine "*öncelenmiş borca aykırılık*" ifadesi önerilmiştir[289]. Kimi yazarlarca bu da eleştirilmiş[290] olmakla birlikte öğretide sıklıkla *öncelenmiş borca aykırılık* terimi kullanılmaya başlamıştır[291].

Ancak *öncelenmiş borca aykırılık* teriminin kavramı ortaya koymakta yeterli olduğu söylenemez. Bir kere *anticipatory* (*to anticipate*) kavramını *öncelenmiş* olarak ele almak, bu kavramın tam manasını ortaya koyamamaktadır ve bunu sadece zamansal olarak bir şeyi öne almaya indirgemektedir. Oysa *to anticipate* fiili, yalnızca zaman itibariyle öne almayı değil, bir *beklentiyi* ve hattâ bu *beklentiye uygun olarak harekete*

---

287 Bkz. yukarıda § 4.

288 Bkz. http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm, E.T. 3.09.2018.

289 **Atamer** (CISG), s. 410, dn. 694; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 245; **Başoğlu**, s. 288.

290 **Sert / Cihan**, s. 904-905.

291 **Serozan** (İfa), § 18, N. 8; **Sanlı**, s. 175; **Atamer** (CISG), s. 410, dn. 694; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 245; **Başoğlu**, s. 288; **Kartal / Öğün**, s. 230 vd.; **Kabaklıoğlu, Yasemin Arslanyürek**; Ceza Koşulu, Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018, s. 53. Benzer şekilde "*sözleşmenin öncelenmiş ihlali*": **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 140, 208-209, 234.

geçmeyi de içerir[292]. Beklenti, daima geleceğe yönelik bir tahmin içerdiği için zaman itibariyle olması beklenen şeye kıyasla öncelenmiş olarak ortaya çıkar. *Anticipatory breach* kavramında önceleme değil, beklenti unsuru ağır basmaktadır: "*The expectation of a breach to occur has become known as 'anticipatory breach'.*"[293] Dolayısıyla *anticipatory breach* kavramının *öncelenmiş borca aykırılık* olarak tercümesi yanlış değildir; ama eksiktir. Ayrıca bu tercümede beklenti unsuru dışarıda tutulduğu için *öncelenmiş* ifadesiyle ne anlatılmak istendiği de soru işaretleri doğurabilir. Öncelenmiş olan borca aykırılıksa, zaman itibariyle öne alınmakla birlikte yine de o anda *mevcut* bir borca aykırılıktan bahsedileceği için buna ayrıca öncelenmiş sıfatını eklemek gereksizdir. Bu sebeple buradaki *öncelenmiş* ibaresinin yalnızca nitelendirdiği borca aykırılığın muacceliyetten önce ama sözleşme kurulduktan sonra meydana geldiğini[294] anlatmak üzere kullanıldığı ve pratik bir amaca yöneldiği söylenebilir. Fakat muacceliyetten önce ama sözleşme kurulduktan sonra oluşan tek borca aykırılık türü, bu çalışmada kullanılan ifadesiyle, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması değildir. Diğer yandan eğer *öncelemek* yalnızca söz edilen pratik amaca yönelikse, bunun yerine *Buz'un* yaptığı gibi durumu daha net ortaya koyan "*sözleşmenin vadeden önce ihlali*"[295] veya benzeri bir ifade kullanılması daha açıklayıcı olacaktır. Belirtmek gerekir ki, her hâlükarda muacceliyetten önce gerçekleşen borca aykırılığa dayanarak harekete geçilmez ve aynen ifa talep edilmeye devam edilirse borç muaccel olduktan sonra artık borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından değil, şartları gerçekleşmişse, borçlu temerrüdünden bahsedilebilir.

---

[292] Bkz. https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/anticipate, E.T. 4.9.2018: "*to imagine or expect that something will happen*", "*to take action in preparation for something that you think will happen*"; https://en.oxforddictionaries.com/definition/anticipate, E.T. 4.9.2018: "*Regard as probable; expect or predict*", "*Mid 16th century (in the senses 'to take something into consideration', 'mention something before the proper time'): from Latin anticipat- 'acted in advance', from anticipare, based on ante- 'before' + capere 'take'.*"

[293] **Schwenzer / Hachem / Kee**, N. 47.136. Atıf yapılan metne vurgu eklenmiştir.

[294] Bu değerlendirme için bkz. **Sert / Cihan**, s. 904.

[295] **Buz** (Borçların İfası), s. 111.

Akla gelen diğer bir ihtimal *öncelenmiş* olanın borca aykırılık değil de bunun sonuçları olduğudur. Fakat Türk hukukunda, BGB § 323 f. IV gibi dönme şartlarının gerçekleşeceğinin açık olması hâlinde muacceliyetten önce dönme hakkı veren genel bir hüküm olmadığı için borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirdiği veya bunun davranışlarından anlaşıldığı ya da gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü durumlarda *mevcut* bir borca aykırılığın olduğu kabul edilmeksizin bunlara muacceliyetten önce sonuç bağlamak mümkün gözükmemektedir. Mevcut bir borca aykırılık değil de yalnızca bunun öngörüsü sebebiyle yaptırım uygulanabileceğinin kabulü TBK'nın ifa engelleri sisteminden sapan bir durum olacağı için bunun açıkça düzenlenmesi gereklidir ve TBK m. 473'deki düzenlemede dahi böyle bir açıklık söz konusu değildir. Böyle bir düzenlemenin yokluğunda muacceliyetten önce borca aykırılığın sonuçlarını uygulayabilmek için borçlunun borcunu ifa etmeme iradesini ortaya koymasını veya gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşürülmesini o anda gerçekleşen birer borca aykırılık saymak gerekecektir[296]. Hukukî tartışmalar bir yana bırakılırsa, *öncelenmiş* ifadesi borca aykırılığa değil de bunun sonuçlarına ilişkinse, bu durumda *öngörülebilen borca aykırılık* veya *beklenen borca aykırılık* gibi ifadelerin[297] kullanılması, en azından mevcut bir borca aykırılığın olmadığını ortaya koymaları itibariyle, daha yerinde gözükmektedir.

---

296 Alman hukukunda da BGB § 323 f. IV yürürlüğe girmeden önce borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hakim görüşe göre bir sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiriliyordu ve bu sebeple mevcut bir borca aykırılık sayılıyordu. BGB § 323 f. IV yürürlüğe girdikten sonra bile borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sadece gelecekteki bir ifa tehlikesinin yaptırıma bağlanması olarak görülmemiş, bunun yine de sadakat yükümlülüğünün mevcut bir ihlalini içerdiği belirtilmiştir. Bkz. **Weidt**, s. 107-108.

297 İBK'nın Genel Hükümlerinin güncel gelişmelere uyarlanması amacıyla hazırlanan "OR 2020" Tasarısında (Tasarıya ilişkin olarak bkz. aşağıda dn. 893) borca aykırı davranılacağının önceden belli olması için önerilen 132. maddenin başlığında da "*Absehbarer Nichterfüllung*" (Öngörülebilen İfa Etmeme) ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu kavramın, en azından Tasarıda ifa engelleri sistemiyle ilgili olarak önerilen kapsamlı değişiklikler TBK'ya dâhil edilmeden, kullanılması, Türk hukukunda muacceliyetten önce ifa etmemeden bahsedilemeyeceği ve borca aykırılıktan bağımsız olarak doğrudan gelecekteki ifa etmemeyi yaptırıma bağlayan bir hüküm olmadığı için yerinde gözükmemektedir. Tasarı metni ve madde gerekçeleri için bkz. http://or2020.ch (E.T. 9.11.2018).

Antalya, "*antizipierter Vertragsbruch*" kavramından "*arzulanan sözleşmenin çökmesi*" şeklinde bahsetmektedir[298]. Bunu yaparken İsviçre Federal Mahkemesi'nin borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına ilişkin emsal kararında tarafların sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya bertaraf edecek davranışlardan kaçınmakla yükümlü olduğu[299] ifadesine atıf yapmaktadır. Yani yazarın terim seçimi, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını bir tür sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirmesine dayanmaktadır. Fakat "*antizipierter Vertragsbruch*" kavramını karşılamak üzere Türk hukukunda *arzulanan sözleşmenin çökmesi* ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmak zordur. Öncelikle, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının nasıl nitelendirileceği ve bu hâlde hangi hükümlerin uygulanacağı hâlâ çok tartışmalı olduğu için bu kavramı adlandırmakta sözleşmenin müspet ihlali ön kabulünden hareket etmek yerinde değildir. Diğer taraftan *arzulanan sözleşmenin çökmesiyle* neyin kastedildiği anlaşılmamaktadır. Burada "arzulanan" bir sözleşmeden bahsedilmesi sebebiyle kavramın sanki sözleşmenin kurulmasından önceki döneme ilişkin bir ifa engeli olduğu intibası uyanmaktadır. En sonda kullanılan *çökme* ibaresi ise taraflardan bağımsız olarak meydana gelen sebepleri çağrıştırmakta olup *işlem temelinin çökmesi* ile karıştırılabilecek mahiyettedir. Ayrıca *çöken* bir sözleşmeden bahsedilmesi hukuken de isabetli değildir, çünkü borca aykırı davranılacağı önceden belli olsa dahi bunun sözleşme ilişkisine doğrudan bir etkisi olmaz; alacaklı dilerse aynen ifayı talep etmeye devam edebilir ve borç muaccel olduktan sonra da ifa edilmezse borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir[300].

Oğuzman / Öz, ifa güçsüzlüğü dışındaki sebeplerle muacceliyetten önce ifanın tehlikeye düştüğü durumları anlatmak üzere "*borca aykırı davranılacağının önceden belli*

---

298 **Antalya, O. Gökhan**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt III, İstanbul, 2017, s. 401.

299 BGE 69 II 243.

300 **Serozan** (İfa), § 18, N. 9; **Baysal**, s. 323-324.

olması" kavramını kullanmıştır[301]. Biraz uzun olması sebebiyle yazımda zorluk yaratmakla beraber hem *öncelenme* hem de *beklenti* unsurlarını içerdiği için eldeki çalışmada bu kavramın kullanılması tercih edilmiştir.

§ 6. KAVRAM

I. TBK'da İfa Engelleri Sistemi ve Boşluk Sorunu

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, borç ve borca aykırılık kavramları üzerine inşa edilmektedir. Borç, borçluyu alacaklıya karşı bir edimde bulunmak (bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmaması) yükümlülüğü altına sokan hukuki olgu olarak tanımlanmaktadır[302]. Bu şekildeki birden fazla muhtelif borcun aslî ve tâlî kaynağını teşkil eden ilişki ise borç ilişkisi olarak adlandırılmaktadır[303]. Örneğin, kira sözleşmesi başlı başına bir borç ilişkisiyken, kiracının bu sözleşmeden kaynaklanan münferit kira ödemesi bir borç teşkil etmektedir. Borca aykırılık ile kastedilen asıl olarak muhtelif bir borcun yerine getirilmemesidir[304]. Bununla birlikte, muhtelif bir borca aykırı

---

301 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1562 vd.

302 **von Tuhr, Andreas**; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 10; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, § 2 N. 3; **Oğuzman, Kemal / Öz, M. Turgut**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, 15. Bası, İstanbul, 2018, N. 10; **Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017, s. 21; **Kuntalp, Erden**; "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, 263-299, s. 263. Alacak kavramı ise aslında bir borcun alacaklı yönünden görünüşünden ibarettir. Borç ilişkisi "*alacaklı yönünden bakıldığında alacak; borçlu yönünden bakıldığında borç ve yükümlülük olarak görünür.*" Bkz. **Tunçomağ, Kenan**; Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul, 1972, s. 16; **von Tuhr**, s. 9; **İnal, Tamer**; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, 5. Baskı, 2015, Ankara, s. 41. Borç kavramının, "dar anlamda borç ilişkisi" kavramını karşıladığı kabul edilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2 N. 2-4; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 10; **Eren**, s. 21-22; **Serozan, Rona**; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul, 2016, § 1 N. 9.

303 **von Tuhr**, s. 10-11; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 12, 15; **Eren**, s. 22; **Seliçi, Özer;** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976, s. 2-3. Ancak borç ilişkisi her zaman birden fazla borç içermeyebilir ve istisnaen tek bir borçtan ibaret olabilir. Bkz. **von Tuhr**; s. 10-11; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 15. Fakat Seliçi'nin belirttiği üzere "*Her ne şekilde ifade edilmek istenirse istenilsin bütün deyimlerdeki ortak yön borç ilişkisinin, alacaklı ve borçlu arasındaki bütün hukuki ilişkilerin tümünü kapsadığıdır.*" **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s. 4. Borç ilişkisi kavramının "geniş anlamda borç ilişkisi" kavramını karşıladığı ifade edilmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2 N. 2-4; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 10; **Eren**, s. 22; **Serozan** (İfa), § 1, N. 9; **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s. 3.

304 **Tandoğan, Haluk**; Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 415; **Eren**, s. 1074.

davranılmış olmasıyla bu borcu barındıran borç ilişkisine (konumuz bakımından özellikle borcun kaynaklarından hukuki işlemin bir türü olan sözleşmeye) aykırılık da gerçekleşir[305]. Bu bağlantı sebebiyle borca aykırılık ile sözleşmeye aykırılığın aynı anlamda kullanılabildiği belirtilmektedir[306].

Borçlunun, borçlandığı edim yükümlülüğünden ne şekilde ve koşullarda saptığı incelenerek hangi borca aykırılık türüne (örneğin, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı, borçlu temerrüdü veya gereği gibi ifa etmeme) sebebiyet verdiğinin tespit edilmesi ise borca aykırı davranışa uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde yola çıkış noktasıdır[307]. Türk kanun koyucusu, genel bir "borca aykırılık", "sözleşmeye aykırılık" ya da "ifa engeli"[308] kavramı kabul eden ve somut olayda bu *herhangi bir şekilde* gerçekleştiğinde, farklı yaptırımların uygulanabilirlik koşullarını düzenlemek suretiyle, uygun yaptırımları belirlemeye imkân veren, yani *yaptırımı esas alan* bir sistem

---

305 **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 415; **Eren**, s. 1074; **Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, Murat**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, 2016, § 24, N. 1218. Sözleşme sorumluluğunda geniş anlamıyla hukuka aykırılık unsuru, sözleşmeye (borca) aykırı hareket edilmesiyle gerçekleşir. Bkz. **Tercier / Pichonnaz / Develioğlu**, § 24, N. 1218; **Eren**, s. 1074; **Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, K. Emre**; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, 2017, § 26, N. 66 vd.

306 **Eren**, s. 1074.

307 **Havutçu, Ayşe**; "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012, 319-339, s. 320. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. **Serozan** (İfa), § 11, N. 1-5 ve 13; **Serozan, Rona**; "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: 'Sözleşmenin Müspet İhlali' ve 'Culpa in Contrahendo'", İÜMHAD, 1990, Cilt 15, Sayı 18, 27-42, s. 31-33; **Serozan, Rona**; "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM, 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, 231-248, s. 232 vd.; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 218 vd.

308 İfa engeli kavramı TBK m. 111'in kenar başlığında görüldüğü şekliyle yalnızca alacaklı temerrüdünü değil, borca aykırılık, işlem temelinin çökmesi ve davranış yükümlülüklerine aykırılıklar da dahil olmak üzere, tam edimin ifasının gerçekleşmesini engelleyen tüm durumları ifade eder. Dolayısıyla bu kavram kapsamı itibariyle borca aykırılıktan daha geniş olup borca aykırılık olarak kabul edilmeyen alacaklı temerrüdü, aşırı ifa güçlüğü veya borçlunun kusuru bulunmayan ifa imkânsızlığı gibi hâlleri de içerir. Bkz. **Serozan** (İfa), § 11, N. 1 vd.; **Serozan** (Yürürlükteki İfa Engelleri), s. 28 vd.; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 217. Karş. **Öz, M. Turgut**; "TBK m. 112", İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 1035, dn. 1; **İnan, Ali Naim / Yücel, Özge**; İnan Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 597.

oluşturmayı tercih etmemiştir[309]. Bunun yerine borçlunun borca aykırı davranışının öncelikle belirli bir borca aykırılık türü olarak nitelendirildiği bir yapı öngörülmüş ve her bir borca aykırılık türü için özel bazı yaptırımların uygulanması kabul edilmiştir[310]. Dolayısıyla Türk hukukunda bir borca aykırılığın yaptırımının tespiti için ilk olarak borçlunun hangi tür borca aykırılıkta bulunduğunun saptanması, yani *borca aykırılığın kategorize edilmesi* gerekmektedir[311]. Hâkim, önüne gelen olayda öncelikle sorumluluğun sözleşmeden doğup doğmadığını, doğuyorsa ne tür bir borca aykırılık olduğunu tespit edecek ve uygulanacak yaptırımı buna göre belirleyecektir.

Esasen karşılaşılan bir borca aykırılığın ortaya çıkış tarzı TBK'da özel olarak düzenlenmese dahi TBK m. 112'deki genel sorumluluk hükmünün uygulama alanı düşünüldüğünde bir kanun boşluğundan söz etmek zor olacaktır[312]. Buna karşılık, kanun koyucunun bazı sözleşmelerin özel hükümlerinde düzenlemekle birlikte diğer sözleşmelerde değinmediği ve genel kısımda da ele almadığı konularda bir *kasıtlı*

---

309 **Serozan** (İfa), § 11, N. 13; **Havutçu** (İfa Engelleri), s. 320; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 218-219; **Sanlı, Kerem Cem**; Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2. Baskı, 2017, İstanbul, s. 314-316. Serozan, böyle bir tercih yapılmamasını şöyle eleştirmektedir: "*[i]fa engellerine bağlanan hukuki sonuçlar, özel olarak yaptırımlar da doyurucu olmaktan uzaktır. Yaptırımlar her bir ifa engeli için ayrı ayrı ve tekrar tekrar kurala bağlanmış ve bu arada ister istemez uyumsuzluklar yaratılmıştır. […] Günümüzde yaptırımlar artık her bir ifa engeli için ve genel bölüm ile özel bölüm için ayrı ayrı ve tekrar tekrar düzenlenmez. Tüm yaptırımlar tüm ifa engelleri için genel bir kuralın şemsiyesi altında toplanır.*" Bkz. **Serozan** (İfa), § 11 N. 13. Ayrıca bkz. **Buz, Vedat;** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Tıpkı Bası, Ankara, 2014, s. 115-116.

310 **Havutçu** (İfa Engelleri), s. 320; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 218-221; **Öz** (TBK m. 112), s. 1035, dn. 2; **Sanlı**, s. 314-316.

311 **Serozan** (Yürürlükteki İfa Engelleri), s. 28-32; **Havutçu** (İfa Engelleri), s. 320; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 218-219, 224-225 ve 232-233; **Sanlı**, s. 314-316. Zamanla sözleşmeye aykırılık türlerinin yalnızca imkânsızlık ve temerrütten oluşmadığının anlaşılmasıyla bunlar dışında kalan aykırılıklar için bir şemsiye teşkil etmek üzere "sözleşmenin müspet ihlali" kavramının Staub tarafından ortaya atılmasının önemli amaçlarından birisi borca aykırılık türünün belirlenmesinde oluşan aksaklıkları gidermektir. Bkz. **Staub**, s 29 vd.; **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 400-402; **Serozan** (İfa), § 17, N. 1; **Eren**, s. 1065, 1066.

312 **Öz** (TBK m. 112), s. 1035 vd. Gerçi TBK m. 112'deki hiç veya gereği gibi ifa etmemeden bahsedebilmek için borcun muaccel olması gereklidir. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1562; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Karakurt, Güler Gümüşsoy**; Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017, s. 71.

susmanın söz konusu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır[313]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması bakımından da öncelikle bu sorunun çözülmesi gerekmektedir; zira bir kasıtlı susma olduğu sonucuna varılacak olursa kanun boşluğundan söz edilemeyeceği için *kıyasen* uygulamayla bile böyle bir ifa engelinden bahsetme imkânı ortadan kalkacaktır.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramı özelliğini borcun muacceliyetinden önce (*vor Fälligkeit*)[314] ortaya çıktığı düşünülen bir ifa engeli olmasında gösterir. Kanun koyucu, sözleşmenin kurulmasından sonraki ama muacceliyetten önceki zaman aralığında vuku bulan böyle genel bir ifa engeli öngörmemiştir[315]. Bir kere muacceliyetten önceki zamanda olması sebebiyle burada borçlu temerrüdüne ilişkin kuralların *doğrudan* uygulanması mümkün değildir. Diğer

---

313 Buna örnek olarak yalnızca bazı sözleşmeler altında düzenlenmiş haklı sebeple (olağanüstü) fesih hakkının diğer sürekli borç ilişkilerinde de uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışması gösterilebilir. Her ne kadar burada bir borca aykırılık hâlinden değil, bir haktan bahsedilse de metodolojik olarak durum benzerdir. Bu tartışma için bkz. **Altınok-Ormancı, Pınar**; Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2011, s. 105 vd.

314 BGE 69 II 243 vd.; BGE 110 II 143 vd. (Kararın Almanca özeti için: **Kramer, Ernst A. / Probst, Thomas**; Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Basel, 2003, s. 298); **Decurtins, Carl**; Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1956, s. 68 vd; **Schenker, Franz**; Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg, 1988, N. 223 vd.; **Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Emmeneger, Susan**; Schweizerisches OR AT, 9. Auflage, Zürich, 2008, N. 2651, 2743; **Weber, Rolf H.**; Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, Art. 97-109 OR, Bern, 2000, Art. 102, N. 151; **Koller, Alfred**; Schweizerisches OR AT, 4. Auflage, Bern, 2017, § 55 N. 3, 106-107; **Schwenzer, Ingeborg**; Schweizerisches OR AT, 6. Auflage, Bern, 2012, N. 68.10a; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1562-1563; **Serozan** (İfa), § 18, N. 8 vd.; **Serozan** (Dönme), s. 315 vd.; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 245; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287 vd.; **Sert, Selin / Cihan, Ali Hulki**; "Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi", Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, ERÜHFD, Cilt VIII, Sayı 2, 2013, 901-918, s. 911-912; **Kartal, Dilşah Buşra / Öğün, Pınar**; "TBK m. 473/I Hükmü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi", Sorumluluk Hukuku Seminerleri, ed. Başak Baysal, İstanbul, 2016, 229-251, s. 231-232. Muacceliyet sıklıkla vadeye bağlı olarak gerçekleşse de vadeden daha geniş bir kavramdır. Biz burada dar anlamda muacceliyetten bahsediyoruz. Bkz. **Yüce, Melek Bilgin**; "TBK m. 90", İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 926-927.

315 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1565-1566; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 245; **Sanlı**, s. 314-316; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287-289; Konuyu "*Düzenlenmemiş Sözleşmeye Aykırılıklar*" başlığı altında İBK m. 366 (TBK m. 473) kapsamında inceleyen Koller'in açıklamaları için bkz. **Koller, Alfred**; Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, Art. 363-366 OR, Bern, 1998, Art. 366, N. 22 vd.

yandan Türk hukukunda ifa imkânsızlığıyla ilgili çoğunluk tarafından kabul edilen görüşün borçluyu esas aldığı ve edimin ifasının kesin, sürekli ve objektif olarak imkânsız hale gelmesi gerektiğini belirttiği[316] düşünüldüğünde böyle bir imkânsızlığın mevcut olmadığı borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâllerinde imkânsızlığa dair kuralların[317] da *doğrudan* uygulanma imkânı yoktur[318].

Her ne kadar kiralananın zilyetliğinin devrinden sonra kiracının iflas etmesi hâlinde teminat sağlayamaması üzerine kiraya verene fesih hakkı tanıyan TBK m. 332[319], tüketim ödüncü alanın sözleşme kurulduktan sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda ödünç verene ödünç konusunu teslimden imtina etme hakkı veren TBK m. 390[320], hizmet sözleşmesinde işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ve uygun bir süre

---

316 Yargıtay HGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, 29.09.2010 (Kazancı, E.T. 28.08.2018). Öğretide imkânsızlığı belirtilen şekilde ele alan ama kimi dar kimi geniş imkânsızlık anlayışını benimseyen yazarlar: **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 395 vd.; **Eren**, s. 1058 vd.; **Serozan** (İfa), § 14, N. 2; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara, 2017, s. 838 vd.; **Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atillâ**; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 903 vd.; **Kurt, Leyla Müjde**; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara, 2016, s. 91; **Başoğlu, Başak**; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012, s. 156, dn. 321. İfa imkânsızlığını belirlerken alacaklıyı esas alarak edimin cebri icra yoluyla aynen yerine getirilemeyecek olmasını imkânsızlık sayan görüş için bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1455 vd.; **Öz, M. Turgut**; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 158 vd.

317 Gerçi imkânsızlığın bir kaynağı da TBK m. 112'dir. Buradaki kastımız bu hükmün doğrudan imkânsızlık sebebiyle tetiklenmeyeceğidir.

318 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 48, dn. 48. Karş. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1458-1461, 1574; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 158; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 183 vd.; **Gündoğdu**, s. 76-78, 337. Bkz. aşağıda § 7, I.

319 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1564; **Serozan** (İfa), § 18, N. 9; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289.

320 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1564; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289. TBK m. 390'da (Mülga BK m. 310) yalnızca ödünç konusu şeyin tesliminden kaçınılabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, öğretide TBK m. 390'ın şartları gerçekleştiğinde ödünç verenin sözleşmeden dönebileceği de belirtilmektedir. Bkz. **Tandoğan, Haluk**; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 4. Tıpkı Basım, İstanbul, 2008, s. 351; **Gümüş, Alper**; Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 371. Bu hükmün sadece ödeme güçsüzlüğü sona erinceye kadar teslimden kaçınma hakkı verdiğine ilişkin olarak bkz. **Özbilen, Arif Barış**; "Tüketim Ödüncü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukuki Sonuçlar", TAAD, Yıl: 7, Sayı 27, 2016, 125-154, s. 148, dn. 77'de atıf yapılan yazarlar. Özbilen'in haklı olarak belirttiği üzere, TBK m. 390'ın yalnızca ödeme güçsüzlüğü sona erinceye kadar teslimden kaçınma hakkı verdiğinin kabul edilmesi, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğünden çıkması mümkün olmadığı durumlarda ödünç verenin sözleşmeden kurtulma imkânını ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle, bu durum sona erinceye kadar, ödünç verene ödünç konusu şeyi elde bulundurmaya mecbur etmek de savunulabilir görünmemektedir. **Özbilen**, s. 148. Bu tartışmaya

içinde güvence vermemesi hâlinde işçiye olağanüstü fesih hakkı tanıyan TBK m. 436[321] ve borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde alacaklının teminat verilinceye kadar kendi borcunu ifadan kaçınmasına ve uygun sürede teminat verilmemesi durumunda sözleşmeden dönmesine imkân veren genel hüküm TBK m. 98[322] gibi borcun muaccel olmasından önce ifanın tehlikeye düştüğü durumlara ilişkin bazı düzenlemeler mevcut olsa da bunlar yalnızca borçlunun ifa güçsüzlüğüne ilişkindir[323]. Başka bir ifadeyle, bu hükümlerde sadece, *Başoğlu'nun* borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının bir alt türü olarak zikrettiği[324], ifa güçsüzlüğü özel düzenlemelere kavuşturulmuştur[325]. Bu hükümlerin hiçbirinde borca aykırı davranılacağının önceden belli olması genel bir ifa engeli olarak ele alınmadığı için bunların da *doğrudan* uygulanma imkânı yoktur. Gerçekten TBK m. 98'deki "*özellikle*" ibaresinin baştaki "*taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi*" ifadesini örneklendirdiği düşünüldüğünde sonuç kısmındaki "*diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse*" sözünün genel bir ifa tehlikesini değil, yalnızca

değinmekteki amacımız, burada öğretide bir borcun ifa edileceği muacceliyetten önce gerçekleşen bir olay nedeniyle alacaklıya (ödünç veren, ödünç sözleşmesi ivazsız (eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme) olsa dahi TBK m. 386 uyarınca iade alacaklısıdır) bir dönme hakkı tanındığını vurgulamaktır. Aslında buradaki durum, ödünç alanın, sözleşmede kararlaştırılan tarihte ödünç konusu şeyi faizsiz veya faiziyle iade edemeyeceğinin ödünç verence açıkça anlaşılması ve öngörülmesinden ibarettir.

321 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1564; **Serozan** (İfa), § 18, N. 9; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289.

322 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1564; **Serozan** (İfa), § 18, N. 9; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289.

323 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1565; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289. Mahiyeti itibariyle TTK m. 714/V ile VI uyarınca poliçede muhatabın ve TTK m. 778/I-d atfıyla bonoda düzenleyenin, ödemelerini tatil etmesi, aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalmış olması veya iflas etmesi halleri için getirilmiş olan imkânların da aynı esasa dayandığı söylenebilir.

324 **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289. Türk hukukundaki ifa güçsüzlüğü halleri, CISG m. 71'de öne alınmış sözleşmeye aykırılık başlığı altında düzenlenmiştir ve öğretide de bu bağlamda incelenmektedir. **Huber / Mullis**, s. 339 vd.

325 **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289. TBK m. 98'deki ifa güçsüzlüğü kavramı, TBK m. 138'de düzenlenen aşırı ifa güçlüğüyle karıştırılmamalıdır. İfa güçsüzlüğünde, ifanın yerine getirilmesi borçlunun mali yetersizliği sebebiyle açıkça tehlikeye düşerken, aşırı ifa güçlüğünde sonradan ortaya çıkan öngörülemeyen bir sebeple ifada bulunulması dürüstlük kuralına aykırı düşmektedir. Sübjektif imkânsızlığı geniş yorumlayan görüşteki yazarlarca ifa güçsüzlüğü oluşturan hallerin sübjektif imkânsızlık teşkil edeceği savunulsa da buna karşı olan görüş TBK m. 98 anlamındaki ifa güçsüzlüğünün, borçlunun finansal kabiliyetinden mutlak olarak sorumlu olması sebebiyle sübjektif imkânsızlık kapsamına girmediğini belirtilmektedir. Bkz. **Serozan** (İfa), § 14, N. 14; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 116, 121, 122.

ifa güçsüzlüğü sebebiyle hakkın tehlikeye düştüğü durumları kapsadığı sonucuna ulaşılmakta ve hükmün lafzı geniş yorumlansa bile kanun koyucunun muacceliyetten önce ifanın tehlikeye düştüğü bütün durumları doğrudan bu hükme dâhil etme amacında olduğu söylenememektedir.

İfa güçsüzlüğünden ayrı bir sebeple ifanın tehlikeye düşmesi hâlinde alacaklıya, borcun muaccel olmasından önce belirli haklar tanıyan tek hüküm eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 473'te düzenlenmiştir[326]. Türk hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının genel bir ifa engeli olarak değil, daha ziyâde TBK m. 473'teki düzenleme özelinde değerlendirilmesi bundan ileri gelmektedir[327]. Hükme göre, yüklenicinin işe geç başlaması, işi yavaş yürütmesi veya iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi ifa tarihine yetiştiremeyeceği *açıkça anlaşılırsa* iş sahibi ifa tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönebilecek veya eserin ayıplı olacağı önceden anlaşılıyorsa yine muacceliyetten önce işi başkasına yaptırabilecektir. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması bakımından bu hükmün kapsamı ifa güçsüzlüğüne dair hükümler kadar sınırlı değildir. Özellikle TBK m. 473/I'de sayılan haller, ifa güçsüzlüğü gibi belirli bir hukuki kurumla sınırlı kalmamakta, aksine "*sözleşmenin nihai amacı*" (*Endzweck des Vertrags*) olan teslim borcunu tehlikeye sokan[328] genel nitelikli üç durumu yansıtmaktadır. Gerçekten de

---

326 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1565; **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 245; **Atamer** (CISG), s. 409, dn. 687; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 289; **Gündoğdu, Fatih**; Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014, s. 76; **Karakurt**, s. 71-72. "*TBK m. 473 eser sözleşmesinde öncelenmiş borca aykırılık hâllerini düzenleyen bir maddedir.*" **Başoğlu** (Aynen İfa), s. 141, dn. 268.

327 Örneğin bkz. **Seliçi, Özer**; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1979, s. 79 vd.; **Öz, M. Turgut**; İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 127-141; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 47 vd.; **Altaş, Hüseyin**; "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. Mad. 358)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 97 vd.; **Ürem, Müge**; Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, 2017, s. 53 vd.; **Karakurt**, s. 71 vd.; **Ayan, Serkan**; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 323 vd.

328 **BK-Koller**, Art. 366, N. 25-26; **Rampini, Corrado**; Die Nachträgliche Leistungserschwerung, St. Gallen, 2003, N. 564 (http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/vEDISByTitleDE/2ADD26D1B2D1DA9AC1256DCE0048BBED, E.T. 12.06.2018); **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 47; **Karakurt**, s. 84, 88; **Ürem**, s. 54-55; **Atamer** (CISG), s 409, dn. 687; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 299.

her iki fıkranın da ortak noktası sözleşmenin amacının tehlikeye düştüğü açıkça anlaşıldığında iş sahibinin daha fazla muacceliyet tarihini beklemesinin mâkul olmadığı yönündeki temel fikirdir[329]. Bununla birlikte, hükümde yalnızca eser sözleşmesine ilişkin olarak üç (veya TBK m. 473/II de sayılırsa dört) hâlde muacceliyetten önce iş sahibine bazı haklar bahşedildiği göz önünde bulundurulursa geniş ve hattâ amacına uygun bir yorumla bile bu hükmün borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tüm durumlarda *doğrudan* uygulanacağını söylemek mümkün olmayacaktır[330].

Yukarıda TBK'da sözleşme kurulduktan sonraki ama muacceliyetten önceki zaman aralığına ilişkin hükümlerin *doğrudan* uygulanma imkânı olup olmadığı incelenmiştir. Ancak muacceliyetten önceki alana ait olmaması sebebiyle gözden kaçabilecek bir hüküm, yine *doğrudan* uygulanamayacağı belirtilen, (karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde) borçlu temerrüdü hükümleri içinde yer almaktadır. TBK m. 124/I'deki bu hüküm, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının tipik türü olan muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınılmasının muacceliyetten sonra gerçekleşmesinin sonucunu düzenlemektedir. Bu sebeple Türk hukukundaki mevcut durumun tespiti için zaman itibariyle değil ama konusu bakımından incelenmek durumundadır. Gerçekten de bu hükümle kanun koyucu, *borçlunun içinde bulunduğu durum veya tutuma* sonuç tanımış ve bunlar sebebiyle alacaklının ek süre vermesinin (yani aynen ifa için borçluya son bir imkân daha sunması[331]) etkisiz (yararsız) olacağı anlaşılıyorsa ek süre verilmeden seçimlik hakların kullanılabileceğini düzenlemiştir. Aslında burada borçlunun süregelen ve/veya mevcut davranışlarından ilerideki zaman sürecinde nasıl hareket edeceğine dair bir çıkarım yapılmakta ve ek süre sonuna dek borcunu ifa etmeyeceği "anlaşılıyorsa" (alacaklı konumundaki üçüncü kişinin objektif

329 **BK-Koller**, Art. 366, N. 26.

330 Karakurt ile Sert / Cihan kıyasen dahi uygulanamayacağını belirtmektedir: **Karakurt**, s. 88; **Sert / Cihan**, s. 915. Karş. **BK-Koller**, Art. 366, N. 25-26; **Rampini**, N. 564; **Atamer** (CISG), s 409, dn. 687; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 299.

331 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1654; **Serozan** (İfa), § 17, N. 13.

anlayışı[332]) daha en baştan ek süre vermeye gerek olmadığı kabul edilmektedir[333]. Bunun tipik örneği olarak da sıklıkla borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi anılmaktadır[334]. Ayrıca geriye kalan sürenin edimi tamamlamaya yetmeyeceğinin anlaşılması, borçlunun ifa hazırlıklarına hiç başlamamış olması veya yapması gereken hazırlıklar sonucunda geçecek zamanın dürüstlük kuralı uyarınca alacaklıdan beklenmesi istenemeyecek kadar uzun olması gibi durumlar da buraya dahil edilmektedir[335]. Oysa tüm bu sayılan durumlar muacceliyetten önce de gerçekleşebilecek niteliktedir. Borçlu muacceliyetten önce de borcunu ifa etmeyeceğini bildirebilir veya bunu davranışlarıyla ortaya koyabilir ya da ifa hazırlıklarında çok geç kalınması sebebiyle gelecekteki ifa tehlikeye düşebilir ve hattâ borçlunun tutumundan bağımsız sebeplerle objektif olarak ifanın yapılamayacağı öngörülebilir. Buna karşın TBK m. 124/I hükmünün muacceliyet sonrasındaki alana ilişkin olması sebebiyle muacceliyet öncesindeki alana *doğrudan* uygulanma ihtimali yoktur.

Bu düşünceler dikkate alındığında şu sorunun cevaplanması gerekmektedir: Kanun koyucunun, muacceliyetten önce ifanın tehlikeye düşmesini yalnızca ifa güçsüzlüğü hâllerinde ve TBK m. 473 ile eser sözleşmesi altında düzenlediği ve TBK m. 124/I uyarınca (sınırlı sayıda durumu ele alan TBK m. 473'ten[336] farklı şekilde) genel olarak borçlunun içinde bulunduğu durum ve tutumdan geleceğe yönelik sonuç çıkartılmasına sadece muacceliyetten sonra izin verdiği göz önünde bulundurulursa

---

332 **Koller** (OR AT), § 55 N. 105. Alman hukuku: **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B. 89; **Weidt**, s. 130-131.

333 **BK-Weber**, Art. 108, N. 11.

334 **BK-Weber**, Art. 108, N. 11; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1720; **Serozan** (İfa), § 17, N. 12 (Bkz. s. 230); **Serozan** (Dönme), s. 315; **Nomer**, s. 397. Hattâ Koller bu durumun, söz hükmün pratikteki tek uygulama alanı olduğu kanaatindedir: **Koller** (OR AT), § 55, N. 98.

335 **BK-Weber**, Art. 108, N. 18; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1720, 1723; **Serozan** (İfa), § 17, N. 12 (Bkz. s. 230); **Nomer**, s. 397. Yargıtay 15. HD, E. 2002/367, K. 2002/1946, 18.4.2002: "*Somut olayda, vadenin dolduğu ... tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır. Verilecek bir mehlin de tesirsiz kalacağı açık olduğundan*"

336 **Karakurt**, s. 88.

muacceliyetten önce oluşacak ve geleceğe yönelik çıkarım yapılmasını gerektirecek diğer ifa tehlikelerini yaptırıma bağlamamayı tercih ettiği söylenebilir mi? Diğer bir ifadeyle, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlleriyle ilgili olarak kanun koyucu kasıtlı olarak susmuş mudur? Yoksa burada açık bir kanun ve hattâ hukuk boşluğu mu vardır?[337]

Açık kanun boşluğundan söz edebilmek için kanunda somut olaya uygun "olumlu" bir çözüm getirilmemiş olması yeterli değildir, bu konuda "olumsuz" bir çözümün de benimsenmediği söylenebilmelidir[338]. Örneğin, kanun koyucunun, muacceliyetten önce ortaya çıkan ifa tehlikesini yalnızca eser sözleşmesi altında TBK m. 473'te sayılan durumlarda bir borca aykırılık olarak kabul ettiği ve bunun dışında kalan tüm sözleşmeler için kasıtlı olarak sustuğu varsayılırsa kanun boşluğundan bahsedilemeyecektir. Böyle olumsuz bir çözümün kabul edilip edilmediği kanunun amacına ve özellikle menfaatler dengesi ile sosyal gereklere ilişkin bir incelemeyle belirlenebilir[339].

TBK m. 473 hükmüyle eser sözleşmesinde muacceliyetten önce ifanın tehlikeye düşürüldüğü birtakım halleri borca aykırı sayan kanun koyucunun, benzer bir sonucu diğer sözleşmeler için reddettiğini söylemek zordur[340]. Herhalde eser sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde muacceliyetten önce ortaya çıkan açık ifa tehlikesinin daha önemsiz bir risk oluşturduğu veya daha az haksızlığa sebep olduğu söylenemeyecektir. Mesela, bir satış sözleşmesinde de teslimatın ifa gününe ve hattâ bundan sonra verilen

337 Bu konuda ayrıca bkz. **Kartal / Öğün**, s. 231 vd.

338 **Edis, Seyfullah**; Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993, s. 124 vd.; **Serozan, Rona**; Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015, s. 113; **Dural, Mustafa / Sarı, Suat**; Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümler, 11. Baskı, İstanbul, 2016, N. 850 vd.; **Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami**; Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul, 2013, N. 327.

339 **Serozan** (Yöntem), s. 114.

340 TBK m. 473 normunun altında sözleşmenin amacının tehlikeye düşmesi hâlinde muacceliyeti beklemenin makul olmadığı fikri yatmaktadır ve bu fikrin diğer sözleşmelere genişletilmesi mümkündür: **BK-Koller**, N. 25-26.

uygun bir ek süreye yetişmeyeceği objektif olarak öngörülebilir ve satış sözleşmesinin alıcısı için muacceliyeti beklemenin *çekilmezliği*, eser sözleşmesindeki iş sahibinin teslim gününü beklemesinin *çekilmezliğinden* daha az değildir. Öte yandan TBK m. 124/I uyarınca borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini gösteren tutumu yalnızca muacceliyetten sonra dikkate alınacak ve muacceliyet öncesi alan için olumsuz çözüm benimsenecek olursa, muacceliyetten önceki ifa tehlikesinin düzenlendiği eser sözleşmesi için bile, TBK m. 473'te bundan bahsedilmemesi sebebiyle, iş sahibinin eli kolu bağlı olacaktır. Kanun koyucunun böyle tercihler yapmasının altında yatan bir sosyal gereklilik veya koruması amaçlanan bir menfaat bulunduğu söylenemeyeceği için borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmelidir. Öğretide de bu konuda bir kanun boşluğu olduğu belirtilmektedir[341]. Hattâ bu konuda örf ve adet hukukunun mevcudiyetinden bahseden bir kaynak olmadığına göre[342] ortada bir hukuk boşluğu olduğu söylenebilir ve bunun doldurulması gereklidir. Öğretideki genel kabule göre, TMK m. 1 uyarınca kanun boşluğu doldurulurken kanun koyucu gibi hareket edileceği için, hâkim boşluğu doldururken öncelikle kıyas yoluna başvuracaktır[343]. Ancak çözümün hangi hükümlerde aranacağı tartışmalıdır[344].

---

341 Aslında borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu durumları kıyasen çözme çabasında olan yazarların burada bir boşluk olduğunu kabul ettiği söylenebilir. Yine de açıkça boşluğa işaret eden yazarların bazılarını anmak gerekirse: **BK-Koller**, N. 22 vd. ("*Düzenlenmemiş Sözleşmeye Aykırılıklar*" başlığı altında); **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 47, dn. 1; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1563 vd.; **Baysal, Başak**; Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul, 2012, s. 320-321; **Sert / Cihan**, s. 903, 911 vd.; **Kartal / Öğün**, s. 231 vd. Buz, konunun yeni Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemesini önemli bir eksiklik saymaktadır: **Buz** (Borçların İfası), s. 111.

342 Huber, Alman hukukunda süregelen yerleşik mahkeme uygulaması ve öğretideki hakim kanaat uyarınca borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının örf ve adet hukuku kuralı mertebesine yükseldiğini ileri sürmüştür. **Huber**, s. 566, 574 vd. Bu görüşün Türk hukuku bakımından geçerliliği yoktur.

343 **Edis**, s. 145; **Serozan** (Yöntem), s. 117; **Oğuzman / Barlas**, N. 383 vd.; **Dural / Sarı**, s. 142.

344 Bkz. aşağıda § 7.

II. Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olmasının Tanımı ve Türleri

A. Tanım

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramını tanımlamak güçtür. Zira bu kavram önemli ortak özellikleri olmakla birlikte farklı şekillerde ortaya çıkabilen birden fazla olay grubunu içinde barındırmaktadır. Yine de bir tanım yapılması gerekirse, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, borç muaccel olmadan önce borçlunun borcunu ifa etmekten haksız ve kesin olarak kaçınması ya da gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi ile ortaya çıkan bir ifa engeli olarak tanımlanabilir[345]. İlk durumda, borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak bildirmesi[346] veya bunun davranışlarından açıkça anlaşılması[347] söz konusudur. İkinci durumda ise böyle bir ifa etmeme iradesi ortaya koyulmadan ama kural olarak borçlunun sorumluluk alanından kaynaklanan ve objektif olarak öngörülebilen bir ifa tehlikesi söz konusudur. Her iki durumun için de ortak olan önemli noktalar, sözleşme kurulduktan sonra ama muacceliyetten önceki zaman aralığında gerçekleşmeleri ve kural olarak aslî edim yükümlülüğüne[348] yönelik olmalarıdır.

B. Türleri

Öğretide borca aykırı davranılacağının önceden belli olması ağırlıklı olarak borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açık ve kesin şekilde bildirmesi üzerinden ele

---

345 Burada mevcut bir borca aykırılığın mı yaptırıma bağlandığı, yoksa gelecekte gerçekleşeceği öngörülen bir borca aykırılık için şimdiden mi yaptırım uygulandığı hakkında bkz. yukarıda § 5, I. Verilen tanıma tipik özellikleri bakımından kavramın kapsamında olan ama TBK m. 98 uyarınca bir yükümlülüğe aykırılık teşkil etmeyen "ifa güçsüzlüğü" dâhil edilmemiştir. Bu konuda bkz. **Serozan** (İfa), § 6, N. 26.

346 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 401; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1563, 1566 dn. 502; **Serozan** (İfa) § 18, N. 9; **Serozan** (Dönme), s. 315, 318; **Eren**, s. 1073; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 81; **Ayan**, s. 220, dn. 217; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 48, dn. 48.

347 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1563, 1566 dn. 502; **Serozan** (İfa) § 18 N. 8, 9; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287, 309-310.

348 **Decurtins**, s. 63; **Sert / Cihan**, s. 911. Anılan yazarlar bu tespiti yalnızca muacceliyetten önce ifadan kaçınmaya ilişkin olarak yapmıştır.

alınmıştır[349]. Ancak borçlunun, böyle bir bildirim olmaksızın, davranışlarıyla da borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına yol açabileceği belirtilmektedir[350]. Gerçekten de hukukun açık bir bildirime bağladığı varsayılan bir hukuki sonucu, mahiyeti itibariyle aynı anlamın açıkça çıkartılabildiği davranışlara bağlamaması mümkün gözükmemektedir[351]. Esasen borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu sonucuna varırken çoğu kez borçlunun bildirim ve davranışları birlikte değerlendirilecektir. Kimi zaman borçlunun susması dahi, örneğin ifası için tarafların işbirliği gereken bir sözleşmede alacaklının borçluya hiçbir şekilde ulaşamaması veya borçlu, alacaklıyla arasındaki başka bir sözleşmenin ifasından kaçındıktan sonra dürüstlük kuralı uyarınca diğer sözleşmeyi ifa edip etmeyeceğini açıklamaması (bu konu, ahde vefanın açıklığa kavuşturmasıyla da ilgilidir[352]), bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

İster bildirim ister davranış yoluyla olsun yukarıdaki şekillerde gerçekleşen gelecekteki ifa tehlikesi ve bu sebeple karşılıklı borç yükleyen sözleşmeyle bağlı kalmanın çekilmez hale gelmesi yalnızca borçlunun borcunu ifa etmeme yönünde bir irade ortaya koymasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, bu durumların vukû bulduğu hâllerde yapılacak incelemenin konusu borçlunun bildirimleri ve/veya davranışlarından kesin bir ifa etmeme iradesinin çıkartılıp çıkartılamayacağıdır; yani sübjektiftir.

---

349 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 401; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1563, 1566 dn. 502; **Serozan** (İfa) § 18, N. 9; **Serozan** (Dönme), s. 315, 318; **Eren**, s. 1073; **Nomer**, s. 338-339; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Sert / Cihan**, s. 902 vd.; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 81; **Ayan**, s. 220, dn. 217; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 48, dn. 48. İsviçre hukuku: BGE 69 II 243 vd.; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106; **Decurtins**, s. 68 vd.; **Schenker**, N. 225 vd.; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2624, 2651, 2743, 2870; **Rampini**, N. 563 vd.

350 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1566, dn. 502; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Gündoğdu**, s. 76-78; **Baysal**, s. 319 vd.; **Karakurt**, s. 73-74, 77. İsviçre hukuku: **BK-Weber**, Art. 102, N. 151 (*antizipiert vertragsbrüchiges Verhalten*); **Decurtins**, s. 62 vd.

351 Serozan, bu durumu TBK m. 473 (Mülga BK m. 358) üzerinden ortaya koymaktadır ama hükümde sayılan davranışların, borçlu borcunu zamanında ifa etmeyeceğini bildirmiş gibi muamele göreceğini ifade etmektedir: "*Dikkat edilirse, BY mad. 358'de anılan bütün davranışlar, borçlu müteahhidin edimini zamanında ifa etmeyeceğine ilişkin bir "irade bildirimi" değil de, kendisine böyle bir irade bildirimi olarak 'isnadedilebilir' birer irade faaliyetidirler*." **Serozan** (Dönme), s. 318.

352 Bu konuda bkz. aşağıda § 6, II, B, 1, d.

Borçlu, somut olayda bildirim ve/veya davranışlarıyla böyle bir irade ortaya koymamış olmasına rağmen kendi sorumluluk alanından kaynaklanan sebeplerle gelecekteki ifayı tehlikeye düşürmüş olabilir. Bu ihtimal Türk hukukunda ayrıca incelenmemiş veya borçluya bir ifa etmeme bildirimi olarak yükletilebilecek irade faaliyetleri olarak ele alınmıştır[353]. Oysa bu nitelendirme yerinde değildir. Gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü hâllerde ifanın hiç veya gereği gibi gerçekleşmeyeceği öngörüsü, borçlunun bildirimlerinin veya davranışlarının ötesinde objektif belirtiler üzerine inşa olmaktadır. Dolayısıyla bu durumlarda borçlunun kesin bir ifa etmeme iradesine sahip olup olmadığına bakılmayacak, yalnızca gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşüp düşmediği üzerinde durulacaktır. Dolayısıyla incelemenin konusu objektiftir. Örneğin, kiraya veren halihazırda bir kiracının bulunduğu bir depoyu belli bir tarihte kullanıma sunulmak üzere başkasına kiralayabilir. Ancak kiraya verenin bu sözleşmeyi yaptığı anda öngörmediği ya da göze aldığı bazı koşulların gerçekleşmesinden ötürü mevcut kiracının tahliyesinin sözleşmede kararlaştırılan kullanıma sunma tarihine veya bundan çok daha sonraya yetişmeyeceği objektif olarak öngörülebilir. Bu örnekte, kiraya verenin borcunu ifa etme iradesinde bir eksiklik yoktur ve ona bir ifa etmeme bildiriminde bulunmuş gibi isnat edilebilecek irade faaliyetleri de söz konusu değildir.

Aslında muacceliyetten önce de söz konusu olabilecek halleri düzenleyen TBK m. 124/I'de borçlunun tutumunun yanında içinde bulunduğu "*durumun*" da dikkate alınması sebebiyle öğretide bu hükme *ifa hazırlıklarında olağanüstü derecede geride kalınmış olmasının* da dâhil edilmesi[354] ve TBK m. 473/I'de iş sahibine yüklenemeyecek sebeplerle ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre işin vadesine

---

353 **Serozan** (Dönme), s. 318. Oğuzman / Öz, bu hâli de kapsayabilecek genişlikte bir ifade kullanıyor gibi gözükmekle birlikte buna dair bir örnek vermemektedir: **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1566, dn. 502. Benzer şekilde: **Gündoğdu**, s. 76-78; **Rampini**, N. 564.

354 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1720. Karş. **BK-Koller**, Art. 366, N. 284.

yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılmasının yaptırıma bağlanması[355] yine bu son durumun örnekleridir. Zira bu hâllerde borçlunun borcunu ifa etmeme yönünde açık ve kesin bir iradesi olup olmadığı değil, objektif olarak gelecekteki ifanın tehlikeye düşüp düşmediği, hattâ yapılıp yapılamayacağı incelenir[356]. Tabii burada bir ifa imkânsızlığı söz konusu olmamalıdır[357]. Ayrıca TBK m. 98 ve 138 altına giren durumlarda doğrudan bu hükümler uygulanacaktır. Bu yüzden, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sadece sınırlı hâllerde gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi şeklinde ortaya çıkacaktır.

1. Sübjektif Olarak Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması: Borçlunun Muacceliyetten Önce İfadan Haksız Olarak Kaçınması

Borçlunun muacceliyetten önce kesin olarak borcunu ifa etmeyeceğini bildirdiği veya bunun davranışlarından açık olarak anlaşıldığı durumlar muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınılması başlığı altında toplanabilir. Bu durumlar için öğretide de sıkça "kaçınma" ifadesi kullanılmaktadır. *Serozan*, borçlunun, vadeden önce borcu ifa etmeyeceğini beyan etmesini (ifadan) "*kaçınma bildirimi*" olarak adlandırmaktadır[358]. *Eren* de aynı durumu "*borçlunun ifadan, önceden açıkça kaçınması*" şeklinde

---

355 Gerçi bu gecikme, borçlunun ifa hazırlıklarını ciddi olarak savsaklaması vb. durumlardan kaynaklanıyorsa davranışları sonucunda ifa etmeme iradesini ortaya koyduğu da söylenebilir.

356 **Karakurt**, s. 144 vd. Karakurt yüklenicinin işi ifa etmeyeceğini açıkça belirtmesi ve iş sahasını terk etmesi hâlinde dönme hakkının kullanılabilmesi için işin kalan kısmının vadeye yetişmeyeceğinin aranmasına gerek olmadığını söyleyerek aslında bu iki durum arasındaki farkı da ortaya koymaktadır. **Karakurt**, s. 146.

357 Karakurt burada işin vadeye kadar yetiştirilememesi ile ifasının sürekli olarak imkânsız hale gelmesi arasında bir ayrım yapmaktadır. "*Bazı durumlarda işin yalnız vade tarihine kadar tamamlanması değil, işin her zaman için ifası imkânsız hale gelmiş olabilir. İşin ifasının imkânsız olması durumunda artık iş sahibinin TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönmesinden söz edilemez. Böyle bir durumda TBK mad. 473 hükmü değil, imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Eğer eser geç de olsa teslim edilebilecekse bu durumda vadeden önce TBK mad. 473/f.1, vadeden sonra borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır.*" **Karakurt**, s. 148. Aynı kanaatte: **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 183-184. Ancak burada mutlak kesin vadeli işlemlerin ayrıca incelenmesi gerekir. Bu konuda bkz. aşağıda § 6, II, B, 2, e.

358 **Serozan** (Dönme), s. 317. Ayrıca s. 315'te: "*daha ifa günü gelmemiş bir borcun ifasından kaçınacağını bildiren borçluya…*"

anlatmaktadır[359]. *Oğuzman / Öz* de borcun ifa edilmeyeceğinin bildirildiği ya da borçlunun davranışlarından anlaşıldığı halleri toplu olarak "*vadeden önce ifadan kaçınma*" olarak ifade etmektedir[360]. Burada kullanılan kaçınma kavramı, alacaklı temerrüdünü düzenleyen TBK m. 106 uyarınca alacaklının "*gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması*" gibi haksız bir yapmama ve/veya yapmayı reddetmedir. Buna karşın, ifadan "kaçınma" kavramı pek çok kez hakka dayanan bir ret ya da yapmamayı anlatmak için de kullanılmaktadır. Örneğin, öğretide TBK m. 97'deki ödemezlik def'i bağlamında kullanılan ya da TBK'nın 140, 187, 291/III, 390 hükümlerinde yer alan kaçınma ifadeleri haklı birer yapmamadır[361]. Öyleyse aradaki fark, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde muacceliyetten önceki ifadan kaçınmanın haksızlığında[362] (hukuka uygun bir dayanağı olmayışında) yatmaktadır.

a. Kaçınmayla İfa Etmeme İradesinin Açıklanması

Muacceliyetten önce haksız olarak borcunu ifa etmekten kaçınan borçlu ortaya bir ifa etmeme iradesi koyar. Borçlu bu iradeyi, beyanları[363] ve/veya davranışlarıyla[364] gösterebilir. *Rampini'ye* göre, borçlunun tümden ifa etmekten kaçınması gerekmez; sözleşmeye uygun olarak hareket etmeye yanaşmaması da yeterlidir[365]. Ancak, her

---

359 **Eren**, s. 1074. Ayrıca s. 161-162'de: "*Borçlunun, edimin ifasından açıkça kaçınması…*"

360 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1571.

361 Mesela bkz. **Eren**, s. 1121: "*Borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı bulunmamalıdır*".

362 **Serozan** (Dönme), s. 318: "*haksız yere*".

363 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 401; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1563, 1566 dn. 502; **Serozan** (İfa) § 18, N. 9; **Serozan** (Dönme), s. 315, 318; **Eren**, s. 1073; **Nomer**, s. 338-339; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Sert / Cihan**, s. 902 vd.; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 81; **Ayan**, s. 220, dn. 217; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 48, dn. 48. İsviçre hukuku: BGE 69 II 243 vd.; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106; **Decurtins**, s. 68 vd.; **Schenker**, N. 225 vd.; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2624, 2651, 2743, 2870; **Rampini**, N. 563 vd.

364 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1566, dn. 502; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Gündoğdu**, s. 76-78; **Baysal**, s. 319 vd.; **Karakurt**, s. 73-74, 77. İsviçre hukuku: **BK-Weber**, Art. 102, N. 151 (*antizipiert vertragsbrüchiges Verhalten*); **Decurtins**, s. 62 vd.

365 **Rampini**, N. 557, dn. 714.

hâlükarda, borçlunun kaçınması kural olarak aslî edim yükümlülüğüne yönelik olmalıdır[366].

aa. Borçlunun Borcunu İfa Etmeyeceğini Bildirmesi

Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini muacceliyetten önce kesin olarak bildirmesi borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının tipik görünümüdür[367]. Bunun içine öncelikle ifa etmeme iradesinin açık, ciddi ve kesin şekilde duyurulması girer[368]. Ancak bunun illâ ki "borcumu ifa etmeyeceğim" veya buna benzer beyanlarla ortaya koyulması gerekmez. Hattâ sıklıkla ifadan kaçınacak borçlu bu kadar dürüst davranmamayı tercih edecek ve ifadan kaçınmasına bir kılıf takacaktır[369]. Bu bakımdan, borçlunun yalnızca borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi değil, kesin olarak borcunu ifa etmeme iradesine sahip olduğunu ortaya koyan her türlü açıklaması borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına sebebiyet verebilir. Mesela, borçlunun ortada bağlayıcı veya geçerli bir sözleşme olmadığını kesin olarak bildirmesi buraya dâhildir[370]. Ancak sözleşmenin yorumuyla ilgili görüş farklılıkları kesin bir ifadan kaçınma olarak nitelendirilemez[371].

Uygulamada sıklıkla ortaya çıkabilecek bir durum sözleşmenin yalnızca bu sözleşmede kararlaştırılmamış ve kanunî dayanağı da olmayan bazı şartlara bağlı olarak ifa edileceğinin bildirilmesidir. İfanın hukuka aykırı şekilde böyle şartlara bağlanması, borçlunun sözleşmeyle ilgili hatalı anlayışından kaynaklanmaktaysa ortada kesin bir ifadan kaçınma olup olmadığı aşağıda § 6, II, B, 1, c'de belirtilen şekilde değerlendirilir.

---

366 **Decurtins**, s. 63. Ancak bazen doğrudan aslî edimle ilgili bir yan yükümlülüğün ihlali sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı verebilir: **Koller** (OR AT), § 58, N. 9 vd.

367 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1566 dn. 502

368 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 401; **Serozan** (İfa) § 18, N. 8-9; **Serozan** (Dönme), s. 315 vd. 318; **Eren**, s. 1073; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Sert / Cihan**, s. 902 vd.; BGE 69 II 243 vd.; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59 ile Art. 102, N. 56; **Decurtins**, s. 68 vd.; **Schenker**, N. 225 vd.; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2624, 2651, 2743, 2870; **Rampini**, N. 563 vd.

369 **Weidt**, s. 116.

370 **Decurtins**, s. 64; **BK-Weber**, Art. 108, N. 12, 13. Decurtins örneklerinin çoğunu Alman hukukuyla bağlantılı olarak vermektedir. Alman hukuku için aynı şekilde: **Weidt**, s. 117 ve orada dn. 8-10'da anılan kararlar; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 91, 92.

371 **Gauch, Peter**; Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich, 2011, N. 672.

Eğer borçlu bir yanılma içinde olmaksızın sözleşmede kararlaştırılmamış bazı şartları ileri sürerek sözleşme ilişkisine devamı alacaklı için önemli ölçüde zorlaştırıyorsa kesin olarak ifadan kaçınıldığından bahsedilmelidir[372]. Borçlunun sözleşme hükümlerini tek yanlı olarak değiştirdiğini bildirmesine de aynı şekilde muamele edilir[373]; çünkü bu durum, sözleşmeyi en azından taraflarca anlaşılan şartlarda ifa etmeme iradesini gösterir. Yargıtay, bunu bir borca aykırı davranılacağının önceden belli olması olarak nitelendirmemekle birlikte, böyle bir bildirim karşısında alacaklının dönme hakkı olduğunu kabul etmiştir[374].

Borçlunun muacceliyetten önce hiç veya yeterli sebep olmadan (haksız olarak) sözleşmeden döndüğünü veya bunun aynen ifasından vazgeçerek tazminat talep ettiğini bildirmesi durumunda kesin olarak ifadan kaçınmadan bahsedilebilecek midir? Öğretide, kanunda belirli sebeplerin gerçekleşmesi hâlinde kullanılabileceği öngörülen yenilik doğuran hakların hiç veya yeterli sebep olmadan kullanılması durumunda hiçbir hukuki sonuç doğmayacağı kabul edilmektedir.[375] Bu konuda genel olarak yapılan tartışma, hukuki sonuç doğurmayan yenilik doğuran beyanın, tahvil yoluyla, başka bir beyan olarak yorumlanıp yorumlanamayacağıdır[376]. Alman hukukunda, haksız yere sözleşmenin iptal edilmesi, sözleşmeden dönülmesi veya aynen ifadan vazgeçilerek tazminat talep edilmesi, bundan borçlunun sözleşmenin geçerliliğini kesin olarak reddettiği çıkartılabiliyorsa, muacceliyetten önce ifadan kaçınma olarak kabul

372 **Decurtins**, s. 65; **Weidt**, s. 117 ve orada dn. 8-10'da anılan kararlar.

373 **BK-Koller**, Art. 366, N. 733; **Decurtins**, s. 65; **Weidt**, s. 117 ve orada dn. 8-10'da anılan kararlar.

374 Yargıtay 15. HD, E. 2006/4710, K. 2007/5271, 12.9.2007 (Kazancı, E.T. 28.08.2018). Kazancı veri tabanında nedense bu künyeye sahip iki farklı karar mevcuttur. Burada atıf yapılan karar şöyledir: "*Ancak, iş bedeli sözleşme ile "götürü" olarak kararlaştırıldığı halde, yüklenici davacı ikinci dönem için iş bedeline % 20 fiyat artışı uygulanacağını davalıya bildirmiştir. Oysa, taraflarca sözleşme koşulları tek yanlı olarak değiştirilemez. Aksi halde, bu yöndeki bildirimi kabul etmeyen diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkı doğar.*"

375 **Buz, Vedat**; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 235 vd.; **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 219 vd. Bunun kanunda öngörülmüş bazı istisnaları vardır: Bkz. **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 209 vd.; **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 221-225.

376 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 242 vd.

edilebilmektedir[377]. Esasen İsviçre Federal Mahkemesi'nin borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili emsal kararına konu olayda da sözleşme tarafları karşılıklı olarak aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep etmiştir ve mahkeme bunda haksız olan tarafın muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınarak sözleşmenin amacını tehlikeye düşürdüğünü belirtmiştir[378].

Bununla birlikte, hiç veya yeterli sebep olmadan sözleşmenin iptal edildiği, sözleşmeden dönüldüğü ya da aynen ifadan vazgeçilerek tazminat talep edildiği her durumda muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınıldığını söylemek doğru olmayacaktır. Bunun için öncelikle hiç veya yeterli sebep olmadan kullanılan yenilik doğuran beyan ele alınarak bunun bir hukuki işleme (örneğin ikale) veya serbestçe kullanılabilen başka bir yenilik doğuran hakka tahvilinin somut olayda (mesela, tarafların tahvil edilecek işlemi yapmak konusunda farazi iradeleri uyuşmadığından) gerçekleşmediği ya da tahvilin mümkün olmadığı belirlenmelidir[379]. Hukuki işleme tahvil bağlamında, geçersiz olarak kullanılan bir yenilik doğuran beyanın kural olarak bir sözleşme icabına tahvili mümkün olduğu için[380], somut olayda, muhatabın böyle bir icabı kabul etmek yönünde açık veya zımni bir iradesi varsa ve diğer tahvil şartları[381] da

---

377 **Weidt**, s. 117 ve orada dn. 8-9'da anılan kararlar.

378 BGE 69 II 243 vd. Somut olayda, alıcı Louis Willen A.G., satıcı RURO A.G.'den belli bir süre boyunca güzellik ve bakım için 200 adet özel aparat satın almayı taahhüt etmiştir. Ancak alıcı, ürünlerin ayıplı olduğunu belirterek ilk yıl bunlardan yalnızca bir kısmını satın almış ve ayıpların giderilmesini talep etmiştir. Bunun karşılığında satıcı, alıcıya ürünleri kabul etmesi için ek süre vermiştir ve bu süre geçtikten sonra derhâl aynen ifadan vazgeçerek yoksun kaldığı karın tazmini için dava açmıştır. Alıcı davanın reddini istemiş ve kendi reklam ve propaganda masrafları ile yoksun kaldığı karın tazmini için karşı dava açmıştır. Sonuçta Federal Mahkeme satıcının muacceliyetten önce yükümlülüğünü ifa etmekten kaçındığını belirterek asıl davayı reddetmiş, alıcının ise karşı dava açarak yoksun kaldığı karı talep etmekle zımnen de olsa seçimlik hakkını kullandığını ve aynen ifadan geçerli olarak vazgeçtiğini söyleyerek karşı davayı kabul etmiştir. Koller bu kararla ilgili değerlendirmelerinde RURO A.G.'nin muacceliyetten önce haksız olarak aynen ifadan vazgeçmesinin, kesin olarak ifadan kaçınmayı içerdiğini belirtmektedir. **BK-Koller**, Art. 366, N. 289.

379 Farklı olasılıklar için bkz. **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 242 vd.

380 **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 243.

381 Yapılan hukuki işlem kesin olarak geçersiz olmalıdır. Taraflar bu işlemin geçersiz olduğunu bilmemelidir. Ancak taraflar bu geçersizliği bilseydi bunun yerine yedek hukuki işlemi yapmak konusunda farazi iradelerinin uyuştuğu kabul edilebilmelidir. Yedek hukuki işlem ile geçersiz hukuki işlem arasında sonuçları itibariyle bir aynılık olmalıdır. Yani yedek hukuki işlem, taraflara geçersiz hukuki işlemden daha ağır yükümlülükler yüklememeli ve onlar için daha elverişsiz hukuki sonuçlar

sağlanıyorsa ilgili sözleşme kurulmuş olacak[382] ve muacceliyetten önce ifadan kaçınma söz konusu olmayacaktır. *Buz*, buna örnek olarak satım sözleşmesinde alıcının kendisine yollanan ürünü beğenmemesi sebebiyle geri göndermesi ve satıcının da bu iadeyi kabul etmesi durumunda sözleşmeden dönme beyanının, ikâle icabına tahvil edilerek yorumlanmasını göstermektedir[383]. Diğer taraftan, hüküm doğurmayan yenilik doğuran beyanın, serbestçe kullanılabilecek bir yenilik doğuran hakka tahvili (örneğin hüküm doğurmayan olağanüstü feshin, olağan feshe tahvili[384]) mümkünse ve tahvil şartları da sağlanmışsa bu sefer ilgili yenilik doğuran hakkın sonuçları doğacak, yine muacceliyetten önce ifadan kaçınmadan bahsedilemeyecektir. Eğer somut olayda tahvil gerçekleşmemişse veya mümkün değilse borçlunun kesin olarak borcunu ifa etmeme veya sözleşmeyle bağlı olmama iradesine sahip olup olmadığına bakılmalıdır. Özellikle, hiç veya yeterli sebep olmadan ileri sürülen iptal, dönme veya fesih hakkı, borçlunun olaylar veya hukuki durum hakkındaki hatasına dayanıyorsa ortada kesin bir ifadan kaçınma olup olmadığı aşağıda § 6, II, B, 1, c'de açıklandığı şekilde değerlendirilmelidir.

Son olarak, borçlu borcunu hiç veya muacceliyetten sonra verilecek uygun bir ek süre içinde ifa edemeyeceğini kesin olarak duyurmuşsa, bu beyana ifa etmeyeceğini bildirmiş gibi muamele edilecektir[385]. Ancak bu durumun bir ifa imkânsızlığından, ifa güçsüzlüğünden ya da aşırı ifa güçlüğünden kaynaklanması hâlinde bunlara ilişkin

doğurmamalıdır. Son olarak tahvil, hükümsüzlüğü öngören hükmün amacına aykırı olmamalıdır. Bkz. **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 242 vd.; **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 232 vd.

382 **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 244.

383 **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 244.

384 Bkz. **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 232 vd.

385 **Decurtins**, s. 65. İBK m. 108 ile ilgili olarak: **BK-Weber**, Art. 108, N. 17. Alman hukuku: **Weidt**, s. 118; BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.b (Beck, E.T. 21.08.2018); BGH 19.9.1983, NJW 1984, 48-49, s. 49 (Beck, E.T. 24.08.2018). **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 92. İfanın zamanında yapılamama ihtimali olduğunun veya verilecek ek süre içinde yapılıp yapılamayacağından emin olunmadığının bildirilmesinin ifadan kaçınma sayılmayabileceğine dair bkz. **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 90, 91.

hükümler uygulanacaktır. Borçlunun ifa edemeyeceğiyle ilgili bildirimi yalnızca şu an ifaya hazır olmadığını gösteriyorsa kesin bir ifadan kaçınmadan bahsedilemeyecektir[386].

bb. Borçlunun Davranışlarından Borcunu İfa Etmeyeceğinin Anlaşılması

Borçlu muacceliyetten önceki davranışları yoluyla da borcunu ifa etmeme yönünde kesin bir irade ortaya koyabilir[387]. *Oğuzman / Öz* buna örnek olarak "*sattığı malı üçüncü kişiye devretmeye kalkan satıcı*"yı göstermektedir[388]. Gezdiği sergide beğendiği bir tabloyu serginin biteceği tarihte teslim edilmek üzere B'den satın alan A, B'nin bu süreçte aynı tabloyu üçüncü kişilere daha yüksek bir fiyattan satmaya çalıştığını öğrenirse durum böyledir. Bu örnekte, A'ya, B'nin gerçekten tabloyu bir başkasına daha yüksek fiyattan satıp teslim etmeyi becerip beceremeyeceği endişesi içinde vadeyi bekleme ve bu arada kendi ifasını hazır tutma yükümlülüğü yüklenemeyecektir[389]. Burada, B'nin tabloyu üçüncü bir kişiye daha yüksek fiyattan satamazsa A'ya teslim edeceği ve bu sebeple kesin bir ifa etmeme iradesi olmadığı akla gelebilir. Oysa B'nin bu davranışı, kendisini A'yla yaptığı sözleşmeyle bağlı hissetmediğini ve istediği fırsatı yakalasa borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak ortaya koymaktadır[390].

İnceoğlu, kiralananın kiracıya teslimden önce bunun kiracı tarafından sözleşmeye aykırı veya özensiz olarak kullanılacağının anlaşıldığı durumlarda çözümün borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasında yattığını belirtmektedir[391]. Yazar, buna örnek olarak kiracının konut olarak kiraladığı taşınmazı işyeri olarak kullanacağının

386 **BK-Weber**, Art. 108, N. 13.

387 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1566, dn. 502; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287; **Gündoğdu**, s. 76-78; **Baysal**, s. 319 vd.; **Karakurt**, s. 73-74, 77. İsviçre hukuku: **BK-Weber**, Art. 102, N. 151 (*antizipiert vertragsbrüchiges Verhalten*); **Decurtins**, s. 62 vd.

388 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1566, dn. 502. Aynı örnek: **Weidt**, s. 119.

389 **Serozan** (İfa), § 18, N. 9.

390 Weidt, bu örnekten, sözleşmeyle çatışan işlerin ifasının üstlenilmesi şeklinde bahsetmektedir: **Weidt**, s. 119.

391 **İnceoğlu, M. Murat**; Kira Hukuku, Cilt I, İstanbul, 2014, s. 416 vd.

verdiği reklamlardan anlaşılmasını göstermiştir[392]. Bu durumda da borca aykırı davranılacağının önceden belli olması borçlunun davranışlarından ileri gelmektedir. Yine, örneğin, Alman Federal Mahkemesi kiracının gerekli tamiratı ve bakımı yaptırmadan kiralanandan çıkmasını kesin bir ifadan kaçınma olarak nitelendirmiştir[393]. Sonuç itibariyle borçlunun, borcunu ifa etmeme iradesini davranışlarıyla da ortaya koyması mümkündür.

b. Borçlunun İfadan Kaçınma Açıklamasının Hukuki Niteliği

Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini ortaya koyan beyanlarının veya davranışlarının nasıl nitelendirilmesi gerektiği Türk hukuk öğretisinde tartışılmamıştır. *Serozan*, böyle bir tartışmaya girmemekle birlikte, TBK m. 473 (Mülga BK m. 358)'te düzenlenen davranışların, yükleniciye borcunu zamanında ifa etmeyeceğine dair irade bildirimleri olarak isnat edilebilecek birer "*irade faaliyeti*" olduğunu belirtmekte ve bunların irade açıklaması teşkil ettiğini kabul eder gözükmektedir[394]. Aynı hükmü yorumlayan *Başoğlu'na* göre de müteahhidin edimini vadesinde ifa etmeyeceğini bildirmesi bir "irade beyanı", TBK m. 473'te sayılan davranışlar ise sözleşmenin ifa edilmeyeceğinin anlaşıldığı birer "irade faaliyeti" teşkil etmektedir[395]. *Koller*, borçlunun kesin olarak ifadan kaçınıp kaçınmadığı incelenirken, bunun hukuki işlemlere ilişkin irade açıklamaları için geliştirilmiş kriterlere göre değerlendirileceğini belirtmektedir[396].

Alman hukukunda[397], *Rabel* ve *Krückmann* borçlunun ifadan kaçınma açıklamasını bir irade beyanı ya da aynı nitelikteki bir davranış (*Willenserklärung oder gleichwertiges Verhalten*) olarak kabul etmiştir[398]. *Friedrich* ise bu bildirimin bir hukuki

---

392 **İnceoğlu**, s. 416. Bu durum borçlunun beyanlarından anlaşılmışsa bildirim yoluyla kesin olarak ifadan kaçınılması söz konusu olacaktır.

393 BGH 14.7.1971 – VIII ZR 28/70: NJW 1971, s. 1839 (Beck, E.T. 30.08.2018).

394 **Serozan** (Dönme), s. 318.

395 **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 299.

396 **Koller** (OR AT), § 55, N. 105.

397 Buradaki görüşler yukarıda § 4, I, B'de açıklanmıştır.

398 **Rabel**, s. 386; **Krückmann**, s. 246 vd.

işlem benzeri (*geschäftsähnliche Handlung*) olduğunu söylemiştir[399]. Diğer yandan, Alman Federal Mahkemesi, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıklamasının (ayıpları gidermeyi reddetmesi) borçluyu bağlayabilecek bir hukuki işlem olmadığını belirtmiştir[400]. *Wertenbruch* da aynı görüştedir[401]. *Weidt*, burada bir irade beyanı değil, adi bir açıklama olduğunu ileri sürmüştür[402]. *Gernhuber* ise muacceliyetten önceki ifadan kaçınmayı haksız bir maddi fiil (*unerlaubten Realakt*) olarak nitelendirmiştir[403].

Muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini beyan veya davranışlarıyla açıklayan borçlunun bu faaliyetlerini *irade beyanı* veya *irade faaliyeti* olarak nitelendirmek güçtür. Bunlar, irade açıklamasının türleridir[404]. İrade açıklaması, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak yönündeki iradenin dış dünyaya bildirilmesidir[405]. Bu irade, irade beyanında; söz, yazı, işaret veya iradeyi gösteren fiillerle ortaya koyulurken, irada faaliyetinde, sözleşmenin diğer tarafına bildirilmeden, doğrudan fiili hareketlerle yerine getirilir[406]. Oysa muacceliyetten önceki ifadan kaçınma açıklaması, yalnızca borcu ifa etmeme iradesini ortaya koymaktadır ve bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelmemiştir. Benzer şekilde, bu açıklamanın, iradenin yalnızca fiili bir sonuca yönelmiş olduğu ama hukuk düzeninin buna sonuç bağlaması sebebiyle (irade açıklaması bu hukuki sonuca yönelmemesine rağmen) bu sonucun doğduğu bir hukuki işlem benzeri[407] olarak nitelendirilmesi de doğru görünmemektedir. Bu açıklama, iradenin dış dünyada fiili bir değişikliğe yöneldiği ve hukuki sonucun da irade açıklamasına değil,

---

399 **Friedrich**, s. 490.

400 BGH 5.7.1990 - VII ZR 352/89: NJW-RR 1990, s. 3001 (Beck, E.T. 21.08.2018); OLG Stuttgart Hinweisbeschluss 28.5.2013 – 20 U 5/12: BeckRS (12075), B.V.1.c.aa.(1) (Beck, E.T. 21.08.2018).

401 **Wertenbruch**, s. 196-197.

402 **Weidt**, s. 186.

403 **Gernhuber**, s. 152, 154.

404 **Eren**, s. 127 vd.

405 **Kocayusufpaşaoğlu**, § 9 N. 5-6; **Eren**, s. 127, 159-160; **İnan / Yücel**, s. 130.

406 **Eren**, s. 127-128.

407 **Kocayusufpaşaoğlu**, § 9 N. 6; **Eren**, s. 161-162.

maddi sonuca bağlandığı bir maddi fiil[408] olarak da kabul edilmemelidir. *Gernhuber*, maddi fiillerin, vuku bulan olaylara ilişkin olduğunu düşünmeye alıştığımızı, oysa bu kavramın vuku bulan bildirimleri de içerebileceğini ileri sürse[409] de, burada, borçlunun bildiriminin fiili sonucu, bu bildirimin kendisi olamayacaktır.

Tüm bu görüşlerin ortak noktası, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınma açıklamasının *hukuka uygun fiiller* altında nitelendirilmesidir[410]. *Tandoğan'a* göre, hukuka uygun fiiller ile hukuka aykırı fiillerin birbirinden ayrılmasında fiilin sonucunda, failin iradesine uygun bir hukuki sonuç doğup doğmadığına bakılır[411]. Her ne kadar hukuki işlem benzerleri ve maddi fiillerde, failin meydana gelecek hukuki sonucu bilmesi veya arzulaması gerekmese de doğan sonuç çoğunlukla failin mevcut bilgi ve arzusuna uygundur[412]. Buna karşın, genel itibariyle zararı tazmin borcu doğuran hukuka aykırı fiillerde, failin iradesi yalnızca hukuka aykırı sonucu gerçekleştirmeye yönelmiş olup tazminat ödemeyi arzuladığını söylemek mümkün değildir[413].

Sözleşme taraflarından birinin sözleşmeye (borca) aykırı davranması da hukuka aykırıdır[414]. Sözleşmeye aykırı bir davranışın hukuka aykırı olması taraflar arasındaki özel bir hukuki ilişkinin mevcudiyetinden kaynaklandığı için *Kaneti* bunu *nispi hukuka aykırılık* olarak nitelendirmektedir[415]. *Weber* de bir sözleşmesel yükümlülüğü ihlal eden kişinin doğrudan hukuk düzenindeki bir yükümlülüğü ya da hukuk kuralını ihlal etmediğini, sadece hukuk düzeni tarafından genel olarak tanınan borçlarına uygun

408 **Kocayusufpaşaoğlu**, § 9 N. 6; **Eren**, s. 162.
409 **Gernhuber**, s. 152, 154.
410 Hukuka uygun fiillere ilişkin olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 9 N. 5 vd.; **Eren**, s. 160 vd.
411 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 4.
412 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 4.
413 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 4.
414 **Kaneti, Selim**; Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007, s. 145; **BK-Weber**, Art. 97, N. 28 vd.; **Eren**, s. 1074: "*Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırılık, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa tekabül eder.*" Aynı yönde: **Tercier / Pichonnaz / Develioğlu**, § 24, N. 1218; **Hatemi / Gökyayla**, § 26, N. 66 vd.
415 **Kaneti**, s. 145-146.

davranma yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirtmektedir[416]. Borçlu, borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak bildirdiğinde, taraflar arasındaki sözleşmenin bağlayıcılığını hiçe sayarak ve sözleşmenin amacını tehlikeye atarak[417] nispi bir hukuka aykırı davranış sergilemektedir. *Tandoğan'ın* yaptığı ayrımdan hareketle, kesin olarak ifadan kaçınan borçlu, bunun sonuçlarını göze alsa dahi, borçlunun iradesinin tazminat ödemeye yöneldiği söylenemeyecektir[418]. Ayrıca borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınmasının hukuka uygun bir fiil olarak nitelendirilmesi, öğretide, hangi hükme dayandığı tartışmalı olmakla birlikte, bunun borca aykırılığın sonuçlarını doğuracağının neredeyse ittifakla kabul edilmesiyle de çelişecektir.

Buna karşın, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının, borçlunun ifadan önceden açıkça kaçınması ile ortaya çıktığı hâllerde, borca aykırılığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, doğrudan borçlunun bildirimlerinin ve/veya davranışlarının incelenmesine bağlıdır. Bu bakımdan borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, borç muaccel olmasına rağmen ifanın gerçekleşmediği borçlu temerrüdü veya ifanın imkânsızlaşması gibi borçlunun tutumu dışındaki olgulara dayanan ifa engellerinden ayrılmaktadır. Bahsedilen durumlarda, kanunun sonuç bağladığı olguların gerçekleşmesiyle ifa engelinin ortaya çıktığı kabul edilir ve borçlunun davranışları, bu ifa engeli sebebiyle sorumlu tutulup tutulamayacağı, yani kusur bakımından önem taşır. Bu anlamda borca aykırı davranılacağının önceden belli olması özellikli bir ifa engelidir. Dolayısıyla, *Koller'in* belirttiği üzere[419], borçlunun bildirim ve/veya davranışlarının ne zaman kesin bir ifa etmeme iradesi taşıdığını ve sözleşmeye aykırı şekilde, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürdüğünü tespit ederken hukuka uygun fiiller içinde yer alan hukuki işlemlere ilişkin irade açıklamaları için kullanılan kriterlere başvurulması şarttır.

---

416 **BK-Weber**, Art. 97, N. 33.
417 BGE 69 II 243 vd.
418 **Tandoğan** (Mesuliyet), s. 4.
419 **Koller** (OR AT), § 55, N. 105.

c. Kesinlik Şartı

Karşılaştırmalı hukukta borçlunun bildirim veya davranışlarının kesin bir ifadan kaçınma teşkil edip etmediği bakımından katı koşullar aranması gerektiği esas itibariyle kabul edilmektedir. Alman hukukunda genel olarak ifade edilen görüşe göre, kesinlikten bahsedebilmek için borçlunun bildirim veya davranışları yoluyla yaptığı açıklamanın, somut olaydaki alacaklının konuyla ilgili özel bilgisine vakıf makul bir üçüncü kişinin *ex ante* bakış açısına göre objektif olarak[420] borçlunun bu konudaki "son sözü" şeklinde[421] kabul edilebilmesi gerekir. Borçlunun son sözü olmasıyla kastedilen, borçlunun ifa etmeme iradesinin geri çevrilemez ve değiştirilemez olmasıdır; öyle ki alacaklı ifada diretse ya da ihtar çekse dahi borçlunun kararını değiştirmesi yalnızca muhtemel olmayan bir olasılık olarak değil, neredeyse imkânsız gibi gözükmeli ve alacaklı için muacceliyeti beklemek veya ek süre vermek yalnızca boş birer formalite teşkil etmelidir[422]. Kesinlik şartının incelenmesinde alacaklı konumundaki mâkul bir üçüncü kişinin, borçlunun bildirim veya davranışlarına objektif olarak vereceği anlam esas alınmaktadır[423]. Hattâ alacaklı muacceliyetten önce sözleşmeden döndüğü anda bildiklerine dayanarak ortada kesin bir ifadan kaçınma olduğunu kabul etmekte haklıysa, bundan daha sonraki bir tarihte sözleşmeden dönülmeseydi borçlunun ifayı yapacak olduğu anlaşılsa bile yine de borca aykırılık söz konusu olabilecektir[424]. CISG bağlamında da borçlunun ifadan

---

420 Alman hukuku: **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **Weidt**, s. 121. İngiliz hukuku: **Liu** (Anticipatory Breach), s. 91.

421 **Medicus / Lorenz**, Rn. 467, 493; **Nomos-Hk/Schulze**, § 323, Rn. 6, 12; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 101, 136; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **Weidt**, s. 120-122, 129; BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528), II.1.b, II.2 (Beck, E.T. 21.08.2018); BGH 18.09.1985 – VIII ZR 249/84: NJW 1986, s. 661 (Beck, E.T. 21.08.2018); BGH 18.1.1991 – V ZR 315/89: NJW 1991, s. 1883 (Beck, E.T. 21.08.2018)

422 **Medicus / Lorenz**, Rn. 467, 493; **Nomos-Hk/Schulze**, § 323, Rn. 6, 12; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 101, 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **NomosKomm/Dauner-Lieb**, § 281**,** Rn. 38; **Weidt**, s. 121; BGH 21.3.1974 – VII ZR 139/71: NJW 1974, s. 1081 (Beck, E.T. 21.08.2018).

423 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **Weidt**, s. 121.

424 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136.

kaçınmasının "açık" olup olmadığı incelenirken kural olarak dürüst ve mâkul bir alacaklının açıklamaya vereceği anlam dikkate alınacaktır[425]. Benzer şekilde İngiliz hukukunda da kesinlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesinde alacaklı konumundaki mâkul bir üçüncü kişinin, borçlunun bildirim veya davranışlarına vereceği anlam esas alınmaktadır[426]. Başka bir ifadeyle, hâkim ortada kesin bir ifadan kaçınma olup olmadığını değerlendirirken alacaklının konumundaki mâkul bir üçüncü kişinin o anda (borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunun ileri sürdüğü an) bildiklerinden yola çıkarak ileride borca aykırı davranılacağının kesin olduğu sonucuna varıp varmayacağını inceleyecektir[427].

Türk hukukunda da borçlunun ifadan kaçınma açıklamasının değerlendirilmesinde irade açıklamalarının yorumuna ilişkin esasların kullanılması gerekir[428]. Bu değerlendirmeyi alacaklı yapacağına göre kesinlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenirken alacaklının anlayışı esas alınmalıdır. *Decurtins*, hâkimin somut olaya dair kendi izleniminin yeterli olmadığını, muhatabın da mutlaka ifadan kaçınıldığı kanaatinde olması gerektiğini, çünkü ortada kesin bir ifadan kaçınma olup

---

425 **Atamer** (CISG), s. 410.

426 **Chitty on Contracts**, N. 24-022; **Treitel**, N. 17-075; Universal Cargo Carriers Corp v Citati, Queen's Bench, 1957, 2 QB 401, s. 437 (Westlaw, 19.02.2018): "*A renunciation can be made either by words or by conduct, provided it is clearly made. It is often put that the party renunciating must "evince an intention" not to go on with the contract. The intention can be evinced either by words or by conduct. The test of whether an intention is sufficiently evinced by conduct is whether the party renunciating has acted in such a way* ***as to lead a reasonable person to the conclusion*** *that he does not intend to fulfil his part of the contract.*" Eminence Property Developments Ltd. v Kevin Christopher Heaney, of Judicature Court of Appeal (Civil Division), 2010, England and Wales Court of Appeal Civ. 1168, N. 61 (Westlaw, 19.02.2018): "*It is whether, looking at all the circumstances objectively, that is* ***from the perspective of a reasonable person in the position of the innocent party****, the contract breaker has clearly shown an intention to abandon and altogether refuse to perform the contact.*"

427 Liu, alacaklının o anda hangi bilgilere sahip olduğunun tespitinde sonradan ortaya çıkan delillerden de yararlanılabileceği görüşündedir. Ancak alacaklı borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sebebiyle sözleşmeyi sona erdirdiği tarihten sonra ortaya çıkan ve kendisince daha önce bilinemeyecek olan delillere dayanarak sözleşmeyi sona erdirmekte haklı olduğunu ileri sürememelidir. **Liu** (Anticipatory Breach), s. 85 vd., özellikle 90-92.

428 Bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, b.

olmadığının tespitinde alacaklının, borçlunun davranışlarından nasıl sonuçlar çıkartabileceğinin belirleyici olduğunu ifade etmektedir[429].

Hâkim görüşe göre[430], Türk hukukunda irade açıklamalarının yorumlanmasında kural olarak *güven teorisine* başvurulması gerekmektedir. Bu teori uyarınca hâkim, kendini somut olaydaki muhatabın yerine koyacak ve iradenin açıklandığı yer ve zamanda muhatabın, mâkul ve dürüst bir muhatap olarak, bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları dikkate alarak bu irade açıklamasına dürüstlük kurallarına göre nasıl bir anlam vermesi gerektiğini inceleyecektir[431]. Görüldüğü üzere güven teorisi hem somut olaydaki muhatabın fiilen bildiği durumları hem de soyut ve objektif bir üçüncü kişi olan muhatabın bilebileceği durumları birlikte göz önünde tutmaktadır[432]. Bu sayede, kuruntulu bir alacaklının, borçlunun belli düzeyde şüphe uyandırabilecek bildirim ve davranışlarına hemen kesin bir ifadan kaçınma kulpu takması önleneceği gibi somut olaydaki alacaklının özel bilgisine vâkıf olmayan mâkul bir üçüncü kişinin anlayışına göre ortada kesin bir ifadan kaçınma olmadığı sonucuna ulaşılması da engellenecektir. Benzer şekilde, mâkul ve dürüst bir üçüncü kişi muhatap tarafından kesin bir ifadan kaçınma olarak nitelendirilecek bir davranışın somut olaydaki muhatapça böyle algılanması haklı değilse yine kesinlik şartı sağlanmayacaktır. Öyleyse hâkim, borçlunun kesin olarak ifadan kaçınıp kaçınmadığını incelerken, somut olaydaki alacaklının konuyla ilgili özel bilgisine vâkıf mâkul bir üçüncü kişinin objektif bakış açısından olaya eğilmelidir[433]. Bunu yaparken alacaklının borca aykırı davranılacağının önceden belli

---

429 **Decurtins**, s. 62.

430 **Kocayusufpaşaoğlu**, § 13, N. 2; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 73; **Eren**, s. 154; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 238, 240; **Nomer**, s. 46.

431 **Eren**, s. 155.

432 **Eren**, s. 155.

433 Alman hukuku: **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **Weidt**, s. 121. İngiliz hukuku: **Liu** (Anticipatory Breach), s. 91.

olduğu savıyla, kabul edilecek görüşe göre[434], ilgili haklarını kullandığı anda bildiği ve bilebileceği tüm koşulları göz önünde bulunduracaktır.

Öğretide kesin bir ifadan kaçınmadan bahsedebilmek için borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açık, ciddi ve kesin olarak ortaya koyması gerektiği belirtilmektedir[435]. Aslında açıklık ve ciddilik unsurları da kesinlik unsurunun bir parçası olarak kabul edilebilecek niteliktedir[436]. Zira bu iki unsuru taşımayan bir açıklama neticede kesin bir ifadan kaçınma olarak nitelendirilemeyecektir. Örneğin, alacaklı, borçlunun borcu ifa etmeyeceği yönündeki bildiriminde ciddi olmadığını, bunu latifeden söylediğini biliyorsa veya mâkul ve dürüst bir muhatap olarak bilebilecek durumdaysa borca aykırılık oluşmayacaktır[437]. Diğer taraftan borçlu borcunu ifa etmeme iradesini yalnızca alacaklıda basit bir şüphe oluşturacak şekilde ortaya koyuyorsa kesin bir ifadan kaçınma söz konusu olmayacak ama alacaklı ahde vefayı açıklığa kavuşturma hakkını kullanabilecektir[438].

Kesinlik şartından anlaşılması gereken mutlak kesinlik değildir. *Sanlı*, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından söz ederken borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin "*neredeyse kesin*" olmasından bahsetmektedir[439]. *Rampini*, kesinlik şartını İBK m. 108/I (TBK m. 124/I) altında muacceliyetten sonraki ifadan kaçınma bağlamında incelemiştir[440]. Yazara göre, ek süre verme zorunluluğunun ortadan kalkması için borçlunun ifadan kaçınması öyle açık ve kesin olmalıdır ki artık ek süre vermek yalnızca "boş bir formalite" olarak görülebilmelidir[441]. Buradaki kesinlik şartı iki kümülatif unsur ihtiva etmektedir. Bir yandan ifadan kaçınmanın ortaya koyuluş şekline bakıldığında, alacaklının borçluya ek süre vererek borçlunun fikrini değiştiremeyeceği kabul

434 Bkz. aşağıda § 7.
435 **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 401; **Serozan** (Dönme), s. 316, 318; **Ayan**, s. 337; **Karakurt**, s. 146.
436 **Weidt**, s. 120 vd.
437 Latife beyanının sonuçlarıyla ilgili olarak bkz. **Eren**, s. 362-364.
438 Bu konuda bkz. aşağıda § 6, II, B, 1, d. Karş. **Koller** (OR AT), § 55, N. 105.
439 **Sanlı**, s. 175, dn. 352.
440 **Rampini**, N. 557 vd.
441 **Rampini**, N. 557.

edilmelidir[442]. Gerçekten de sadece sözleşmenin geçerliliği hakkında şüphelerini dile getiren bir borçlu ile kendisini sözleşmeyle bağlı görmediğini veya bunu ifa etmeyeceğini bildiren borçlu arasında fark olmalıdır. Diğer yandan borçlunun ifadan kaçınmasının yalnızca bir an için değil, tüm gelecek ya da en azından ifanın uygun bir ek süre içinde dahi yerine getirilmeyeceği açık olacak şekilde uzun bir süre için geçerli olması gereklidir[443]. Fakat yazara göre, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kesin olarak kaçındığını kabul edebilmek için daha katı koşullar aranmalıdır[444]. Alacaklı, yalnızca borçlunun muacceliyet tarihine dek fikrini değiştirmeyeceğini varsayabiliyorsa derhâl seçimlik haklarını kullanabilecektir[445]. Alman hukukunda da kesin bir ifadan kaçınmadan bahsedebilmek için alacaklının, borçlunun ifa etmeme iradesinin geri çevrilemez ve değiştirilemez olduğunu varsayabilmesi gerekmektedir[446]. Türk hukukunda da kesinlik şartının gerçekleşmesinde borçlunun mutlak olarak borcunu ifa etmeyeceğinin belli olması aranmamalıdır. Aslında bu mantıken de mümkün değildir; zira muacceliyetten önceki ifadan kaçınma ne denli kesin olarak gözükürse gözüksün borçlunun ifa gününde ve hattâ TBK m. 96 uyarınca bundan da önce borcunu ifa etme ihtimali vardır[447]. Dolayısıyla, burada, borçlunun bildirim ve/veya davranışlarından, alacaklı nezdinde kesinliğe yaklaşan çok yüksek bir ihtimalle borcun ifa edilmeyeceğinin anlaşılıp anlaşılmadığına bakılması gerekecektir[448].

---

442 **Rampini**, N. 558.

443 **Rampini**, N. 559. Rampini, İBK m. 108/I (TBK m. 124/I)'deki bu anlayışın, borçluyu temerrüde düşürmek için gereken ihtar koşuluna da uygulanabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Rampini**, N. 561 vd.

444 **Rampini**, N. 565. Yazar, bu savı, muacceliyetten sonra ifadan kaçınmanın kesinliğiyle ilgili aıklamalarına atıf yaparak öne sürmektedir.

445 **Rampini**, N. 565.

446 Bkz. yukarıda § 4, I, B. **Medicus / Lorenz**, Rn. 467, 493; **Nomos-Hk/Schulze**, § 323, Rn. 6, 12; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 101, 136, 139; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B 89; **NomosKomm/Dauner-Lieb**, § 281**,** Rn. 38; **Weidt**, s. 121; BGH 21.3.1974 – VII ZR 139/71: NJW 1974, s. 1081 (Beck, E.T. 21.08.2018).

447 **Schwenzer / Hachem / Kee**, N. 47.140, dn. 403.

448 Uluslararası düzeyde de bu ve buna benzer ölçülerin geçerli olduğu hakkında bkz. **Schwenzer / Hachem / Kee**, N. 47.140 vd.

Son olarak, borçlunun ifadan kaçınmasının borca aykırı olduğunun bilincinde olması gerekmez[449]. Fakat borçlunun ifadan kaçınması olaylar veya hukuki durum hakkındaki eksik ya da yanlış bilgisine (hatasına) dayanıyorsa bunun kesin bir kaçınma sayılıp sayılamayacağı tartışmalıdır. Bu bağlamda, taraflar arasında, muacceliyetten önce veya sonra, vakıalar ya da hukuki duruma ilişkin uyuşmazlık çıkması mümkündür. Yalnızca böyle konulardaki görüş ayrılıkları kesin bir ifadan kaçınma olarak nitelendirilemez[450]. Fakat borçlu, hatalı görüşü doğrultusunda ciddi bir ifadan kaçınma niyeti ortaya koymuş olabilir. *Koller*, İBK m. 108/I (TBK m. 124/I)'e ilişkin olarak, borçlu bu hükmün kapsamına giren tutumunda tamamen haklı olduğunu düşünse bile bunun hükmün uygulanması sonucunu değiştirmeyeceği kanaatindedir[451]. Buna karşın *Decurtins*, Alman hukuku kaynaklarına atıf yaparak, borçlunun önemli olgulardan haberdar olmadığı veya bunlar hakkında yanlış bilgilendirildiği açıkça anlaşılıyorsa ifadan kesin olarak kaçınıldığından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir[452]. Buna göre, borçlunun ifadan kaçınması, vakıalar veya hukuki durum ile ilgili hatasından ileri geliyorsa borçlu, en azından, alacaklı bu konuda bağlayıcı bir mercî veya mahkeme kararı aldıktan sonra borcunu ifa etme iradesine sahip olacaktır[453]. Alman hukukunda savunulan başka bir görüşe göre ise borçlunun vakıalar veya hukuki durum hakkında yanılması sebebiyle muacceliyetten önce ifadan kaçınması hâlinde esas alınması gereken kriter, hataya düşen borçlunun objektif olarak hatalı görüşünü tartışmaya açık ve erişilebilir olup olmadığıdır. Böyle durumlarda kesinlik şartı, borçlunun erişilemez olması ya da alacaklının telkinlerine rağmen kategorik olarak kendi görüşüne bağlı kalacağını

---

449 İBK m. 108/I ile ilgili olarak: **BK-Koller,** Art. 366, N. 283; **Koller** (OR AT), § 55, N. 102. İngiliz hukuku: Heyman v Darwins Ltd (1942) AC, s. 379: "*An anticipatory breach does not necessarily involve an actual intention to break the contract.*" Alman hukuku: **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 138, 139; **Weidt**, s. 129, 177-178. Karş. **Decurtins**, s. 63.

450 **Decurtins**, s. 63; **Gauch**, N. 672.

451 **BK-Koller,** Art. 366, N. 283; **Koller** (OR AT), § 55, N. 102, 103.

452 **Decurtins**, s. 63.

453 Bkz. **Weidt**, s. 124, dn. 45'teki yazarlar.

göstermesiyle gerçekleşir[454]. Gerçekten de borçlunun farkında olsaydı ifadan kaçınmasını derhâl geri alacağı bir hatası sebebiyle borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının ağır yaptırımları uygulanmamalıdır ve dolayısıyla bu görüş üstün tutulmalıdır.

Yine de bu görüş altında birkaç olasılığın birbirinden ayırt edilmesi gerekir: Eğer muacceliyetten önce taraflar, borçlunun hataya düştüğü konuyu çoktan tartışmış ve borçlu bu görüşünde bağlı kalmayı seçerek ifadan kaçınmışsa kesinlik şartının sağlandığı kabul edilmelidir. Öte yandan borçlu, kendi kendine gelin güveyi olup, alacaklı konumundaki mâkul ve dürüst üçüncü bir kişi tarafından da kesin bir ifadan kaçınma olarak nitelendirilebilecek bir tutum takınırsa bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Zira bu durumda borçlunun ifadan kaçınmasının hataya dayandığı açık değildir ve görünüşte yok yere kesin bir ifadan kaçınmaya muhatap olan alacaklı bunun ne sebeple yapıldığını araştırmakla yükümlü tutulmamalıdır. Ancak alacaklı yine de ifadan kaçınmanın kesin olup olmadığından şüphe duyuyorsa ahde vefayı açıklığa kavuşturma yoluna başvurabilir[455]. Şayet borçlunun ifadan kaçınmasının vakıalar veya hukuki durumla ilgili bir hatasına dayandığı açıkça ortadaysa veya somut olaydaki alacaklı tarafından biliniyorsa bu kesin bir ifadan kaçınma olarak nitelendirilemeyecek ve alacaklının ahde vefayı açıklığa kavuşturma mekanizmasını işletmesi gerekecektir.

Son olarak, üstün tutulması gereken görüş altında, özellikle Türkiye'deki uzun süren dava süreci düşünüldüğünde yalnızca uzak bir ihtimal olarak kalacak, bir başka olasılığın daha söz konusu olabileceği belirtilmektedir[456]. Bu olasılıkta, borçlu sözleşmeyi hatalı olarak yorumlamasından ötürü muacceliyetten önce borcunu ifa etmekten kaçınmakta ama, aynı zamanda, bu konuda bağlayıcı bir karar alınması hâlinde borcunu ifa edeceğini ortaya koymaktadır. Eğer muacceliyete kadar kalan süre, tarafların uyuşmazlık konusunda mahkemeden bağlayıcı bir karar almasına ve buna uygun olarak

454 Bu görüşle ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. **Weidt**, s. 123 vd.
455 Bu konuda bkz. aşağıda § 6, II, B, 1, d.
456 **Weidt**, s. 126-127.

ifanın yapılmasına yeterliyse kesin bir ifadan kaçınmadan bahsedilemeyeceği ileri sürülmektedir[457].

d. Borçlunun Ahde Vefasının Açıklığa Kavuşturulması

Muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınıldığını kabul etmek için katı şartlar aranmakta ve borcun çok yüksek ihtimalle ifa edilmeyeceğinin varsayılabilmesi gerekmektedir. Bu şartlar sağlanmadıkça, borcun ifa edilmeyeceğinden endişelenen alacaklının borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına dayanma imkânı yoktur. Daha doğrusu, kesinlik şartının gerçekleştiğinden emin olmadan bunu yapması risklidir. Zira borçlunun muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçındığı iddiasıyla sözleşmeden dönen alacaklı, bunu takiben açılacak bir davada, mahkemenin kesinlik şartının sağlanmadığı kanaatinde olması ve bu sebeple haksız olarak sözleşmeden döndüğünü beyan eden alacaklının muacceliyetten önce ifadan kaçınarak sözleşmeye aykırı davrandığına hükmetmesi riskini taşır[458]. Öte yandan, alacaklı bu sebeple haklarını kullanmaktan çekinerek ifa gününe kadar bekler ve borç gerçekten ifa edilmezse, önceden engelleyebileceği daha yüksek bir zarara[459] uğrayabilir[460]. Bu ihtimalde, özellikle ticari bir ilişki söz konusuysa, alacaklı boş yere zaman da kaybetmiş olacak ve alacaklının işleri sekteye uğrayabilecektir (burada, sözleşme konusu edimi başkasına satmak üzere satın alan bir alacaklı düşünülebilir). Alacaklının bu ikilemini gidermek üzere karşılaştırmalı hukukta farklı mekanizmalar öngörülmüştür. Genel itibariyle alacaklıya, borçludan uygun bir süre içinde ve yeterli delille ahde vefasını açıklığa kavuşturmasını (*Klärung der Vertragstreue*) talep etme ya da teminat göstermesini isteme[461] (ve her iki durumda da kendi borcunun ifasını askıya alma) haklarından birisi veya her ikisi de tanınmaktadır.

---

457 **Weidt**, s. 126-127.

458 **Weidt**, s. 143.

459 Borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu hâllerde zararı azaltma külfetinin uygulama alanı için bkz. aşağıda § 9, I, A.

460 **Weidt**, s. 143.

461 Teminat isteminin özellikle gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi hâlinde kabul edildiği söylenebilir.

Türk hukukunda, alacaklının yaşadığı ikilemi ortadan kaldırmak için, alacaklıya bunlara benzer hakların tanınıp tanınamayacağı tartışılabilir.

Bu konuda ilk olarak değerlendirilmesi gereken hüküm TBK m. 98'dir. Zira bu hükümle borçlunun ifa güçsüzlüğü sebebiyle alacağı tehlikeye düşen alacaklıya, teminat verilmesi için uygun bir süre tayin etme hakkı[462], bu teminat verilinceye kadar ödemezlik def'i (güvenlik def'i[463]) ileri sürerek kendi borcunu ifadan kaçınma hakkı ve tanınan sürede teminat verilmezse sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır[464]. Hükümde düzenlenen hakların kapsamı, karşılaştırmalı hukukta alacağının tehlikeye düştüğünden ciddi olarak endişe duyan alacaklıya tanınan haklarınkiyle büyük ölçüde örtüşmektedir. Bu itibarla *Kanışlı*, CISG m. 71'de sayılan sebeplerle borçlunun yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını yerine getirememesi hâlinde alacaklıya tanınan ifayı askıya alma hakkının Türk hukukunda birebir karşılığı bulunmadığını not etmekte ama böyle durumlarda genişletici yorum ya da kıyas yoluyla TBK m. 98'den yararlanılabileceğini belirtmektedir[465]. Ancak bu hükmün, *Kanışlı'nın* kıyasen uygulanabileceğini belirttiği kapsamdan da daha geniş şekilde, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tüm durumlarda kıyasen uygulanmasında duraksamalar olacaktır. Bir kere TBK m. 98/I'deki teminat ve ödemezlik def'i düzenlemelerinin amacı borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde olup olmadığını kesin olarak ortaya koymak ve bu süre içinde alacaklının zarar görmesini önlemek değildir. Borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde bulunması hükmün uygulanmasının bir şartı (önkabulü) olup teminata ilişkin düzenleme ile ödemezlik def'i sadece alacaklının güvensizliğini gidermeye yöneliktir[466]. Daha da önemli bir sebep ise hükmün

---

462 Burada alacaklının teminat verilmesi hususunda bir talep ya da dava hakkı olmadığı belirtilmektedir. Alacaklı yalnızca teminat verilmesi için uygun bir süre tayin edebilecektir. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1127; **Serozan** (İfa), § 6, N. 23; **Eren**, s. 1023.

463 Bkz. **Serozan** (İfa), § 6, N. 23 vd.

464 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1126; **Serozan** (İfa), § 6, N. 23-27; **Eren**, s. 1022-1023.

465 **Kanışlı, Erhan**; "CISG'da ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık", MÜHFHAD, Cilt 22, Sayı 3, İstanbul, 2016, 1399-1456, s. 1409, dn. 29.

466 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1122; **Serozan** (İfa), § 6, N. 26; **Eren**, s. 1020-1023. Oysa, örneğin, Alman hukukunda ahde vefanın açıklığa kavuşturulması (*Klärung der Vertragstreue*), alacaklının ortada

teknik anlamda bir sorumluluk hükmü olmamasında kendini gösterir. Başka bir ifadeyle, hükmün ikinci fıkrasında uygun bir süre içinde teminat gösterilmezse alacaklıya yalnızca sözleşmeden dönme hakkı tanınmış ama bir tazminat talep etme imkânı öngörülmemiştir[467]. Dolayısıyla sorumluluğa yol açan bir ifa engeli olan borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâllerinde hükmün ikinci fıkrasının *kıyasen* dahi uygulanması mümkün gözükmemektedir. Sonuç itibariyle, TBK m. 98'in mevcut haliyle ahde vefanın açıklığa kavuşturulması için *kıyasen* uygulanmasında, özellikle hükmün ilk fıkrasındaki düzenlemeler yadsınamaz kolaylıklar sağlayacak olmakla birlikte, ciddi zorluklar yaşanacaktır.

Öğretide bazı yazarlar, bir hükme atıf yapmaksızın, alacaklıya ahde vefayı açıklığa kavuşturma imkânı sunmuşlardır. *Decurtins'e* göre, ortada kesin bir ifadan kaçınma olmayan ama alacaklının borçlunun ifa etmeye istekli olup olmadığı hakkında şüphe duyduğu durumlarda alacaklı ya muacceliyeti bekleyecektir ya da durumu derhâl açıklığa kavuşturmakta haklı bir menfaati varsa borçluya ifa etme isteği konusunda bağlayıcı ve kesin bir cevap vermesi için süre verecektir[468]. Böyle zorlayıcı bir açıklama isteği karşısında borçlunun susması, önceki tutumuna bağlı kaldığı ve ifadan kesin olarak kaçındığı şeklinde anlaşılacaktır[469]. *Koller*, İBK m. 366 (TBK m. 473) ile ilgili açıklamalarında, iş sahibinin, yüklenicinin ifadan kesin olarak kaçınmak istediği konusunda şüphelenmesi durumunda yükleniciye bir süre tanıyarak ifa etme iradesini açıklamasını isteyebileceğini ve yüklenici bu süreyi yararsız geçirirse ifadan kesin olarak

---

kesin bir ifadan kaçınma bulunup bulunmadığı konusundaki ciddi ve objektif şüphesi ile bundan kaynaklanan ikilemini gidermek için borçluya konuyla ilgili son sözünün sorulması imkânını ifade etmektedir. Borçlar Hukuku Reform Kanunu'ndan önceki mahkeme uygulamasında bu imkân BGB § 326'ya kıyasen öngörülmüştür. Buna göre alacaklı, muacceliyetten önce uygun bir süre tanıyarak borçludan sözleşmeye uygun hareket edeceğini açıklamasını talep edebilecek ve hattâ, uygun görülen hâllerde, delil ya da teminat göstermesini isteyebilecektir. Borçlar Hukuku Reform Kanunu'nda bu uygulamaya ilişkin bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte öğretide bu uygulamanın devam etmesi gerektiği söylenmiştir. Bkz. **Weidt**, s. 144 vd.

467 **Serozan** (İfa), § 6, N. 26; **Eren**, s. 1024; **Buz** (Dönme), s. 92-93.

468 **Decurtins**, s. 75.

469 **Decurtins**, s. 75.

kaçınıldığının varsayılacağını ifade etmektedir[470]. Bununla birlikte, yazara göre, bu varsayım yalnızca yüklenicinin borcunu ifa etmeye isteksiz veya hazırlıksız olduğunu ortaya koyan ciddi göstergeler mevcutsa yapılabilecektir; çünkü yüklenici yeterli sebep olmaksızın borcunu ifa etme isteğini açıklamaya zorlanamayacaktır[471].

Esasen borca aykırı davranılacağından şüphelenen alacaklının, karşı karşıya kaldığı ikilem dolayısıyla, her hâlükarda durumu derhâl açıklığa kavuşturmakta haklı bir menfaati vardır. Bu sebeple, ahde vefanın açıklığa kavuşturulması imkânı, *Decurtins'in* ileri sürdüğü gibi haklı bir menfaatin bulunmasına değil, *Koller'in* açıkladığı üzere alacaklının şüphesinin ciddi ve objektif göstergeleri olmasına bağlanabilir. Bunun dayanağı dürüstlük kuralında bulunabilir. Bildirim ve/veya davranışları yoluyla sözleşmenin karşı tarafında borcunu ifa etmeyeceğine dair ciddi ve objektif şekilde şüphe oluşturan borçlu hem karşı tarafta uyandırdığı korunmaya layık güvenle hem de sözleşmeyle üstlendiği bağlayıcı yükümlülüğüyle çelişki içerisindedir. Böyle bir durumda TMK m. 2/I uyarınca alacaklının çelişkili durumu sona erdirmek ve ahde vefayı açıklığa kavuşturmak üzere uygun bir süre vererek borçludan ifa etme iradesini, şüpheyi ortadan kaldıracak yeterlilikte, ortaya koymasını isteyebileceği kabul edilebilir. Zira TMK m. 2 yalnızca hakların kullanılmasının değil, borçların yerine getirilmesinin de sınırlarını çizmektedir. Bu doğrultuda, sözleşme kurulduktan sonra ama borç muaccel olmadan önce dürüstlük kuralına aykırı bir tutum ortaya koyan borçlu, alacaklının vereceği uygun bir süre içinde, alacaklı konumundaki mâkul ve dürüst bir üçüncü kişinin bakış açısına göre yeterli olacak derecede ve somut olayın koşulları gerektiriyorsa

---

470 **BK-Koller**, Art. 366, N. 731. Burada Kuntalp'in art arda teslimli satış sözleşmelerinde, sözleşmenin amacının satıcı tarafından tehlikeye düşürülmesi hâlinde alıcıya Mülga BK m. 106 (TBK m. 123, 125) uyarınca satıcıya bir ihtarda bulunarak amacı tehlikeye düşüren sebebi ortadan kaldırmasını isteyebileceğini ve satıcının buna uymaması hâlinde alıcının seçimlik haklarını kullanabileceğini ifade ettiğini not edelim. Yazar bunları bir sözleşmenin müspet ihlali saymakta ve buraya vadeden önce borcun ifa edilmeyeceğinin kat'i ve ciddi şekilde bildirilmesini de dahil etmektedir. **Kuntalp, Erden**; Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara, 1968, s. 75, 92 vd., 102 vd.

471 **BK-Koller**, Art. 366, N. 731.

delilleriyle birlikte ifa etme iradesini ortaya koymaz veya koyamazsa borçlunun kesin olarak ifadan kaçındığı kabul edilebilir. Aslında TBK m. 112'nin borçluya, sözleşmenin gerektirdiği her şeyi yapma ve sözleşmenin amacını tehlikeye atacak her şeyden kaçınma yükümlülüğü yükleyen genel bir borca aykırılık kuralı olduğu kabul edilirse, ahde vefayı açıklığa kavuşturma hakkının ve yükümlülüğünün doğrudan TBK m. 112'ye de dayandırılması mümkün olacaktır[472]. Fakat alacaklıya bu yollarla bir ödemezlik def'i veya uygun süre tanıyarak teminat isteme hakkı tanınmak mümkün görünmemektedir, bunlar için zorlama bir çözümle TBK m. 98/I'i *kıyasen* uygulamak düşünülebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesinin eser sözleşmesindeki özel bir görünümü olan TBK m. 473 (Mülga BK m. 358) uyarınca eserin teslim gününe tamamlanamayacağının tespiti için mahkemeye başvurulabilir[473].

e. İfadan Kaçınmanın Geri Alınması

İfadan kaçınmanın geri alınması (*Rücknahme*), borçlu muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçındıktan sonra ama alacaklı, kabul edilecek görüşe göre[474], haklarını kullanmadan önce borçlunun borcunu ifa edeceğini ortaya koymasıdır[475]. İfadan kaçınmanın geri alındığı, doğrudan muacceliyet tarihinde veya TBK m. 96 uyarınca erken ifa mümkünse muacceliyetten önce borcun ifasıyla ya da yeni bir bildirimle koşulsuz olarak borcun ifa edileceğinin duyurulmasıyla gösterilebilir. *Schenker*, İBK m. 108/I (TBK m. 124/I)'e başvurulabilecek ama henüz başvurulmadığı, yani alacaklının borçlu

472 Bkz. **BK-Weber**, Art. 97, N. 51; BGE 69 II 243 vd.

473 Bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2001/2694, K. 2001/4801, 25.10.2001 (Kazancı, E.T. 2.09.2018).

474 Görüşlerle ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda § 7. Şayet borçlunun kesin olarak ifadan kaçınması bir ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilirse geri almayı tartışmak gereksiz olacaktır. Zira imkânsızlık sonucu, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini ortaya koymasıyla birlikte kendiliğinden gerçekleşecektir. Bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1574.

475 **Decurtins**, s. 68 vd., **Voser, Fritz**; Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 1914, s. 90; **Honegger, Eduard**; Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 1926, s. 39. Alman hukukundaki görüşler için bkz. **Weidt**, s. 186 vd. Bu konu yukarıda § 4, I, B altında incelenmiştir.

temerrüdü sebebiyle ek süre vermeksizin seçimlik haklarını daha kullanmadığı, bir durumda borçlunun muacceliyetten sonra borcunu ifa ederek ya da en azından ifa etme niyetini açıklayarak hükmün uygulanma imkânını bertaraf edebileceğini belirtmektedir[476]. Muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınan borçlunun bunu geri alıp alamayacağına ilişkin görüşler üç başlık altında toplanabilir.

aa. Geri Almaya Tam Serbesti Tanıyan Görüş

Geri almaya tam serbesti tanıyan görüşe göre, borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini açıklamasına derhâl sonuç bağlanamaz, çünkü borçlu muacceliyet tarihine kadar fikrini değiştirip açıklamasını geri alabilir [477]. Bu sebeple alacaklı, borçlu önceden ifadan kaçınsa dahi ifa gününü beklemek zorundadır. Eğer borçlu muacceliyetten önceki ifadan kaçınmasını muacceliyet tarihine dek geri almazsa alacaklı ihtarsız ve ek süre vermeksizin borçlu temerrüdünden doğan seçimlik haklarını kullanabilir[478]. Tersi durumda alacaklı, borçlunun yapacağı ifayı kabul etmekle yükümlüdür[479]. Alacaklı, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınması sebebiyle bir ikâme işlem yapmış olsa bile alacaklının ifayı kabul etme yükümlülüğü devam eder[480]. Alacaklı yalnızca borçlunun taraflar arasındaki güven ilişkisini sarsan tutumu dolayısıyla bir zarara uğramışsa tazminat talep edebilir[481].

Türk hukuk öğretisinde, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınmasının taraflar arasındaki güven ilişkisini ciddi şekilde sarsan, alacaklı için daha fazla

476 **Schenker**, N. 567. Aynı yönde: **BK-Koller**, Art. 366, N. 288.

477 **Hürlimann, Hans**; Der Sukzessivlieferungskaufvertrag, Bern, 1940, s. 34 (Decurtins, s. 70, dn. 19'daki doğrudan atıftan naklen); **Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm**; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, 1929, Vorbem. zu Art. 97-109, N. 17, Art. 102, N. 15, Art. 108, N. 3; **von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold**; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Zweiter Band, 3. Auflage, Zürch, 1974, s. 141, dn. 53; **Honegger**, s. 39.

478 **von Tuhr / Escher**, s. 141, dn. 53. Yalnızca ihtara ilişkin olarak karş. **Oser / Schönenberger**, Art. 102, N. 15.

479 **Oser / Schönenberger**, Art. 108, N. 3; **Honegger**, s. 39.

480 **Honegger**, s. 39.

481 **Oser / Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 97-109, N. 17 ve Art. 108, N. 3; **Honegger**, s. 39.

sözleşmeyle bağlı kalmayı ve özellikle kendi edim yükümlülüğünü yerine getirmeye devam etmeyi çekilmez kılan bir durum olduğu savunulduğuna göre geri almaya tam serbesti tanıyan görüşün kabul edilmediği söylenebilir[482].

bb. Geri Almayı Kabul Etmeyen Görüş

Muacceliyetten önceki ifadan kaçınmanın geri alınamayacağını savunan görüş, borçlunun kaçınma açıklamasıyla bağlı olduğunu ileri sürmektedir. Alman hukukunda bu görüşün taraftarları borçlunun ifadan kaçınmasını bir irade beyanı ya da aynı nitelikteki bir davranış (*Willenserklärung oder gleichwertiges Verhalten*) olarak kabul ederek borçlunun açıklamasıyla bağlı tutulacağını ve çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) uyarınca bunu geri alamayacağını belirtmektedir[483]. Bu görüşe göre, borçlunun beyanıyla bağlı tutulmasının şartı alacaklının derhâl borçluyu beyanıyla bağlı kıldığını açıklamasıdır. İsviçre öğretisinde de *Rampini*, muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini açıklayan borçlunun bu açıklamasıyla bağlı tutulması gerektiğini ifade etmektedir[484].

Bu görüş, sözleşme ilişkisi geçerli olarak devam etmesine rağmen alacaklıya, borcunu ifa etmek isteyen borçlunun ifasını kabul etmeme hakkı verdiği için eleştirilebilir. Zira bu anlayış, TBK'nın temel kavramı olan borç ilişkisinin sırf ifa gerçekleşsin diye oluşturulduğu ve temel amacının ifa olduğu gerçeğini yadsımaktadır[485]. Diğer taraftan borçlunun ifadan kaçınması üzerine alacaklının yapacağı bir karşı bildirimle borçluyu bu açıklamasıyla bağlı kılması yalnızca kaçınmanın bir icap olarak

---

482 **Serozan** (İfa), § 18, N. 8-9; **Serozan** (Dönme), s. 318; **Başoğlu**, s. 310; **Sert / Cihan**, s. 914 vd.; **Kartal / Öğün**, s. 245-246.

483 **Rabel**, s. 386; **Krückmann**, s. 246 vd. Fritz ise *exceptio doli* (hile def'i) kavramına dayanarak geri almayı reddetmektedir: **Fritz**, s. 213.

484 **Rampini**, N. 565. Belirtmek gerekir ki, yazar, bu ifadeyi, von Tuhr / Escher ve Oser / Schönenberger'in muacceliyetten önce ifadan kaçınmanın geri alınmasına tam serbesti tanıyan görüşünü eleştirmek amacıyla kullanmıştır. Dolayısıyla yazarın bu ifadesinden, borçlunun ifadan kaçınmasını geri alamayacağını savunduğu sonucu net olarak çıkartılamamaktadır.

485 **Serozan** (İfa), § 1, N. 7.

nitelendirilmesiyle mümkün olabilir. Oysa alacaklının, borçluyu beyanıyla bağlı tuttuğunu, yani icabı kabul ettiğini, açıklamasıyla sözleşmenin bazı hükümlerinin ya da tamamının değiştiği kabul edilmemekte, alacaklıya borçlunun ifadan kaçınmasına dayanarak dava açma imkânı verilmektedir. Üstüne üstlük bu davada bir savunma aracı olan *çelişkili davranış yasağına* talep temeli işlevi yüklenmektedir[486]. Bu sebeplerle muacceliyetten önceki ifadan kaçınmanın geri alınmasını hepten reddeden ya da alacaklının yapacağı bir karşı bildirim sonucunda bu imkânı borçlunun elinden alan görüş kabul edilemez.

cc. Geri Almaya Sınırlı Serbesti Tanıyan Görüş

Geri almaya sınırlı serbesti tanıyan görüşteki yazarlar, borçlunun muacceliyetten önceki ifadan kaçınmasını yalnızca belli bir ana kadar geri alabileceğini savunmaktadır. Bu görüşteki *Voser'e* göre[487], kural olarak borçlunun borcunu ifa etmeyeceği yönündeki açıklaması, muacceliyet tarihine kadar geri alınmadıkça sonuç doğurur. Ancak, istisnaen, piyasadaki fiyatlar sert şekilde yükseliyorsa, alacaklıya muacceliyetten önce ikâme işlem yapma hakkı tanınabilir ve böyle bir işlem yapıldıktan sonra artık borçlu ifadan kaçınmasını geri alamaz ve ifada bulunmayı teklif edemez. Zira bu andan sonra yapılacak bir ifa teklifi dürüstlük kuralına açıkça aykırı olur ve korunmaz.

Voser'in geri almanın sınırını, fiyatların sert şekilde yükseldiği piyasa koşullarında alacaklının yaptığı bir ikâme işlem üzerinden çizen bu görüşüne katılmak güçtür. Alacaklının muacceliyetten önce yapacağı bir ikâme işlemin tarafların sözleşmesel yükümlülükleri üzerinde etkisi olmaz; sözleşme ilişkisi aynı şekilde devam eder. Dolayısıyla, bir ikâme işlem yapılmış olsa dahi ifadan kaçınan borçlu, ifa gününde geçerli olarak ifada bulunabilir ve alacaklı da bu ifayı kabul etmekle yükümlüdür[488].

---

486 **Weidt**, s. 102.
487 **Voser**, s. 90.
488 **Decurtins**, s. 73 vd.

Fakat, bunu dikkate alarak, sadece fiyatların sert olarak yükseldiği bir piyasa ortamında yapılan ikame işlemin dürüstlük kuralı uyarınca geri alma hakkını bertaraf edeceğini söylemek de geri almaya tam serbesti tanımaktan ancak bir adım geride kalmaktadır. Zira, bu koşullar yalnızca az sayıda olayda gerçekleşecek ve alacaklı çoğunlukla borçlunun fikrini değiştirip değiştirmediğini görmek için ifa gününü beklemek zorunda kalacaktır.

Geri almaya sınırlı bir serbesti tanıyan diğer yazarlar, ifadan kaçınmanın, alacaklı buna dayanarak *aynen ifadan vazgeçene kadar* geri alınabileceğini savunmaktadır. *Lemp*, borçlunun önceden ifadan kaçınmasının sözleşmenin amacını tehlikeye düşürdüğünü ve alacaklının ifa gününe kadar borçlunun fikrini değiştirip değiştirmeyeceğini beklemesinin mâkul olmadığını ama ademi ifanın yalnızca alacaklının aynen ifadan vazgeçmesiyle gerçekleşeceğini belirtmektedir[489]. Konuyu daha ayrıntılı olarak ele alan *Decurtins'e* göre, borçlu kural olarak ifadan kaçınmasını muacceliyete dek geri almakta serbesttir ama alacaklı *kıyasen* temerrüt hükümlerine dayanarak aynen ifadan vazgeçtiği anda bu geri alma imkânı sona erer[490]. Ne ifadan kaçınmanın geri alındığı ne de alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği süre boyunca her şey askıda kalır[491]. Eğer borçlu muacceliyetten önce ifadan kaçınmış olmasına rağmen borcunu ifa ederse ve henüz aynen ifadan vazgeçilmemişse alacaklı bu ifayı kabul etmekle yükümlüdür. Bu durumda borçlu, ifayı kabul etmeyen alacaklıya karşı aynen ifadan vazgeçilmediği itirazında bulunabilir[492].

Alman hukukunda da borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınmasını geri almasının sınırını, alacaklının BGB § 323 f. 4 uyarınca aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönmesinin (Mülga BGB § 326 f. I uyarınca seçimlik haklarını kullanmasının) çizdiği ifade edilmektedir[493]. *Gernhuber'e* göre, hukuk düzenindeki bir

---

489 **Lemp, Paul**; Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern, 1938, s. 10.

490 **Decurtins**, s. 76-77.

491 **Decurtins**, s. 76.

492 **Decurtins**, s. 76.

493 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 109; **Staudinger/Otto** (2004), § 281, Rn. B 114. **Gernhuber**, s. 154; **Wertenbruch**, s. 196-197; **Weidt**, s. 187-188.

hukuka aykırı davranışın yerini hukuka uygun bir davranışın almasını engellemek için hiçbir sebep yoktur[494]. Zira alacaklı, borçlunun muacceliyetten önceki ifadan kaçınmasından geri dönülmez sonuçlar çıkartmadıkça (örneğin sözleşmeden dönmedikçe), alacaklının kendisine karşı yapılan haksızlığın devam edeceğine dair güveni hukuken korunabilir nitelikte değildir. Eğer borçlu ifadan kaçınmasını geri aldıysa ama alacaklı bundan önce zarara uğradıysa, mesela konuyu bir avukata danışıp avukatlık ücreti ödediyse, bunlar tazmin edilmelidir[495]. Nihayet alacaklı, borçlunun ifadan kaçınmasına dayanarak Mülga BGB § 326 f. I uyarınca muacceliyetten önce sözleşmeden dönerse veya aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep ederse bu andan sonra ifadan kaçınma geri alınamayacaktır. Zira bu durumlarda, *Gernhuber'in* basitçe ifade ettiği üzere, borçlu artık yerine getirmekle yükümlü olmadığı bir borca sadık olacağını gösteremez[496]. Aynı görüşteki *Weidt'a* göre, alacaklı BGB § 323 f. 4 gereği muacceliyetten önce sözleşmeden dönmeden ikâme işlem yaparsa borçlunun ifadan kaçınmasını geri alma riskini de üstlenmelidir[497]. Diğer bir ifadeyle, alacaklı aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme hakkını kullanmadığı süre boyunca yaptığı tasarrufların riskini taşımalıdır. Bu, sözleşme adaletine de uygundur. Zira diğer türlü alacaklı bir yandan sözleşmeden dönme hakkını elinde tutup sözleşme ilişkisini aynen devam ettirirken, diğer yandan tamamen risksiz şekilde piyasanın gelişimine göre spekülasyon yapma olanağı elde etmektedir[498]. Bu sebeple, alacaklı bir ikâme işlem yapmış olsa dahi, sözleşmeden dönülmedikçe (veya aynen ifadan vazgeçilmedikçe) borçlu ifadan kaçınmasını geri alabilmelidir ve alacaklının da borçlunun ifasını kabul etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

494 **Gernhuber**, s. 154. Bu görüşe yukarıda § 4, I, B'de değinilmiştir.
495 **Gernhuber**, s. 154.
496 **Gernhuber**, s. 154.
497 **Weidt**, s. 188.
498 **Weidt**, s. 188.

Benzer şekilde, *Altınok-Ormancı'ya* göre, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda alıcı, vadeyi beklemeksizin ikâme alımı yaparsa, satıcının (daha önce ifadan kaçınmış olmasına rağmen) vadede aynen ifayı teklif etmesi ve bu ifayı kabul etmek zorunda kalma riskini taşır[499]. Alıcı, bu riski ortadan kaldırmak için TBK m. 125 vd. uyarınca borçlu temerrüdü hükümlerine başvuracak ve muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçerek zararının tazminini talep edecektir[500]. Yazarın bu açıklamalarından, borçlunun ifadan kaçınmış olmasına rağmen, alacaklı muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçmedikçe, borcunu ifa edebileceği sonucu çıkmakta ve alacaklıya ikâme işlem yapmasının önündeki bu riski bertaraf etmek için muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçme imkânı sunulduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, açıklanan gerekçelerle, geri almaya sınırlı etki tanıyan ve bu sınırı alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği anda çizen görüş üstün tutulmalıdır. Bu ana kadar borçluya sözleşmeye aykırı davranışını düzeltme olanağı tanınmalıdır.

2. Objektif Olarak Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması: Gelecekteki İfanın Objektif Olarak Tehlikeye Düşmesi

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla oluşan ifa tehlikesi yalnızca borçlunun borcunu ifa etmeme iradesini ortaya koymasıyla gerçekleşmez. Somut olayda borçlunun bildirim veya davranışlarından ona bir ifa etmeme (veya sözleşmeyle bağlı olmama) iradesi yüklenemiyor bile olsa gelecekteki ifa objektif olarak tehlikeye düşebilir. Anglo Amerikan ve Alman hukuk sistemleri ile CISG ve milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde de, birbiriyle tamamen aynı kapsamda olmamakla beraber, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının böyle bir şekilde ortaya çıkabileceği genel olarak kabul edilmektedir[501]. Ancak bunun için verilen

499 **Altınok-Ormancı, Pınar**; Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul, 2016, s. 209.
500 **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 209.
501 Bkz. yukarıda § 4.

örneklerin çoğu Türk hukukunda ifa imkânsızlığı, ifa güçlüğü veya aşırı ifa güçsüzlüğü hükümlerinin uygulama alanına girebilecek niteliktedir[502]. Dolayısıyla Türk hukukunda gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşürülmesi ile gerçekleşen borca aykırı davranılacağının önceden belli olması yalnızca sınırlı durumlarda söz konusu olabilecektir.

a. Kanuni Dayanak

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının bu türünde ilerideki ifa tehlikesi borçlunun bildirim ve davranışlarının ötesinde ama kural olarak onun sorumluluk alanından kaynaklanan objektif sebeplere dayanır. İngiliz ve Alman hukukları ile CISG ve milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu türün ayırt edilmesinin Türk hukukuna göre daha kolay olduğu söylenebilir, çünkü bunlar ifa engelleri hukukuna bir tür yeknesak "sözleşmeye aykırılık", "yüküm ihlali" (*Pflichtverletzung*, BGB § 280) veya "borca aykırılık" kavramı üzerinden yaklaşmaktadır; yani yaptırım temelli sistemlerdir[503]. Böylece bu hukuk sistemlerinde veya metinlerinde gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşürülmesi, ileride gerçekleşeceği neredeyse kesinlikle anlaşılan aykırılığın ağırlığına göre yaptırıma bağlanabilmekte ve sıklıkla bu sonucun "esaslı" olması aranmaktadır. Oysa Türk ifa engelleri hukukunda yeknesak bir borca aykırılık kavramı olmadığı[504] gibi borca aykırılık esaslı ve esaslı olmayan şeklinde bir ayrıma da tabi tutulmamaktadır. Kanun koyucu, TBK'da böyle bir ayrım yapmamıştır. Gerçi İsviçre öğretisinde birden çok ifa engelini ihtiva eden kolektif bir kavram[505] olan sözleşmenin müspet ihlalinin çatısı altında sayılan ve taraflar arasındaki güven ilişkisini ciddi olarak sarsarak bir tarafın sözleşmeyle bağlı

---

502 Bu konuda bkz. yukarıda dn. 145, 146, 169'de anılan kaynaklar.

503 Bkz. yukarıda § 4 ve § 6, I. Alman hukukuyla ilgili bir değerlendirme için bkz. **Serozan** (Alman İfa Engelleri Hukuku), s. 233 vd.

504 Bkz. yukarıda § 6, I.

505 **Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang**; Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel, 2015, Art. 97, N. 25.

olmaya devam etmesini çekilmez (*unzumutbar*) kılan bazı ağır borca aykırılıklardan "esaslı sözleşmeye aykırılık" (*wesentliche Vertragsverletzung*) olarak bahseden yazarlar da vardır[506]. Ancak her halükarda esaslı ve esaslı olmayan sözleşmeye aykırılık ayrımının Türk hukuk öğretisinde veya uygulamasında yerleşmiş olduğu söylenemez. Bu sebeple, esaslı aykırılık kriteri bir yana bırakılırsa, Türk hukukunda gelecekteki ifanın borçlunun bildirim veya davranışlarından ziyade objektif sebeplerle tehlikeye düşmesi ile ortaya çıkabilecek bir ifa engeli olup olmadığı ve buna dayanak olacak bir hükmün bulunup bulunmadığı önemlidir.

TBK m. 473/I'de iş sahibinden kaynaklanmayan sebeplerle işin tesliminin bütün tahminlere göre ifa gününe yetişmeyeceğinin öngörülmesinin yaptırıma bağlanması, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının, borçlunun bildirim ve davranışları yoluyla kesin olarak ifa etmeme iradesini açıkça belli ettiği hâller dışında da ortaya çıkabileceğine işaret etmektedir[507]. Bu kural, borçlunun borcunu ifa etme veya sözleşmeyle bağlı olma iradesine sahip olmadığı bir durumu düzenlememektedir[508]. Hükümde, dönme hakkı, işin teslim zamanına yetiştirilemeyeceğinin açık olmasına bağlanmıştır ve bu bakımdan burada yapılacak incelemenin konusu da objektif olup borçlunun tutumuna yönelik değil, doğrudan ifaya yöneliktir[509]. *Koller* ve *Rampini* de

---

506 **Schwenzer**, N. 68.09, 68.10; **Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus**; Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich, 2012, N. 28. Bu konu esasen sözleşmenin müspet ihlali hâllerinde sözleşmeden dönme yaptırımına başvurulup başvurulamayacağına ilişkindir. Anılan kaynaklar dışında ayrıca bkz. **BSK-Honsell / Vogt / Wiegand**, Art. 97, N. 58; **Gauch / Schluep / Emmenegger**, N. 2624. Türk hukukunda ise burada kullanılan anlamıyla "çekilmezlik" kavramının özellikle haklı sebeple (olağanüstü) fesih bağlamında kullanıldığı söylenebilir: **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), 192; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1718; **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 133, 136.

507 TBK m. 473/II bakımından da benzer bir sonuca ulaşılabilir.

508 Tabii hükümde sayılan haller mevcut olsa dahi borçlu muacceliyetten önce borcunu ifa etmekten haksız ve kesin olarak yine de kaçınmış olabilir. Hattâ, somut olayın koşullarında, özellikle TBK m. 473/I'de sayılan ilk iki hal eser sözleşmesi ve diğer sözleşmeler bakımından da borçlunun davranışlarıyla açık bir ifa etmeme iradesi ortaya koyduğu şeklinde de yorumlanabilir. Bu durumlarda TBK m. 473/I uyarınca işin vadeye yetişip yetişmeyeceğinin incelenmesine gerek kalmaz. **Karakurt**, s. 146; **Ayan**, s. 337, dn. 46.

509 **Karakurt**, s. 144 vd.; **Ürem**, s. 92 vd. Gerçi kesinlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesinde doğal olarak somut olaydaki borçlunun tutumu da dikkate alınır ama yine de incelemenin konusu ifadır. **Karakurt**, s. 145; **Ürem**, s. 95 vd. Borçlunun borcu ifa etmeyeceğini

İBK m. 366 (TBK m. 473) hükmünün, sözleşmenin amacının önemli ölçüde tehlikeye düştüğü ve bu sebeple alacaklıdan sözleşmeyi sürdürmesinin daha fazla beklenemeyeceği tüm hâllere dayanak teşkil edebileceğini belirtmektedir[510].

b. Gelecekteki Objektif İfa Tehlikesinin Kapsamı ve Kesinlik Şartı

Gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi hâlinde alacaklıya belli haklar[511] tanınabileceği TBK m. 473/I'den çıkartılabilmektedir. Bu hükme başvurulabilmesi ifanın *vadeye yetişmeyeceğinin* açıkça anlaşılması koşuluna bağlanmıştır. Acaba eser sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmeler bağlamında da gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğünden bahsedebilmek için sadece *vadedeki* ifanın tehlikeye düşmesi yeterli midir? Bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekir.

Genel hükümlerde sözleşmeden dönme ve aynen ifadan vazgeçerek tazminat isteme hakları, karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdü hükümleri altında düzenlenmiştir. TBK m. 124'te sayılan istisnalar dışında TBK m. 125/II ve III'teki seçimlik haklardan birinin kullanılabilmesi için alacaklının, temerrüde düşen borçluya TBK m. 123 uyarınca uygun bir ek süre vermesi zorunludur. TBK, bu seçimlik hakların kullanılabilmesi için kural olarak *temerrüde düşen borçluya bile* uygun bir ek süre verilmesini aramıştır. Bunun karşıt anlamından çıkan sonuç, ortada henüz bir borçlu temerrüdünün olmadığı gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü hâllerde, bu tehlike sadece *ifanın vadeye yetişmemesi* durumundaki gibi *vadedeki ifaya* yönelikse söz

---

bildirmesi hâlinde de TBK m. 473/I'in kıyasen uygulanabileceği görüşünde: **Kaplan, İbrahim**; İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013, s. 111; **Atamer** (CISG), s 409, dn. 687; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 299.

510 **BK-Koller**, N. 26; **Rampini**, N. 564.

511 TBK m. 473/I uyarınca alacaklıya yalnızca bir dönme hakkı mı verileceği yoksa bu hükmün borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerce tamamlanarak TBK m. 125'teki tüm seçimlik haklardan yararlanma imkânı mı sunulacağı tartışmalıdır. Hakim görüş TBK m. 473/I'de yalnızca dönmeden bahsedilmiş olsa bile bu hükmün borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerce tamamlanması gerektiğini ifade etmektedir. Azınlıkta kalan ve ilk olarak Öz tarafından savunulan görüş ise burada sadece bir dönme hakkının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Bu konuda bkz. **Karakurt**, s. 190 vd.

konusu seçimlik hakların muacceliyetten önce kullanılamayacağıdır. Bu, Türk hukukundaki aynen ifa talebinin birincilliği ilkesine de uygundur[512]. Öyleyse gelecekteki ifa tehlikesinin, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına yol açarak muacceliyetten önce alacaklıya bazı haklar sağlaması için vadenin ötesinde bir tehlikeye yönelik olması gereklidir. TBK m. 123 uyarınca seçimlik hakları kullanabilmek için borçluya uygun bir ek süre verilmesi gerektiğine göre gelecekteki objektif ifa tehlikesi, vadedeki ifayı tehdit etmekle kalmayıp, *vadeden sonra verilecek uygun bir ek süre içinde dahi ifanın çok yüksek bir ihtimalle yapılamayacağını* da ortaya koyuyorsa alacaklıya borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sebebiyle harekete geçme hakkı tanınmalıdır. Başka bir ifadeyle, gelecekteki objektif ifa tehlikesi kavramındaki "gelecekteki" ibaresi muacceliyet tarihinden sonra verilecek uygun bir ek süreye kadarki zamanı kapsamaktadır. Doğal olarak TBK m. 124/II gereği ifa gününden sonra borcun ifası alacaklı için yararsızlaşacaksa veya TBK m. 124/III uyarınca (nispi) kesin vade söz konusuysa vadede (muacceliyet tarihinde) ifanın yapılamayacağının öngörülmesi yeterli sayılmalıdır.

CISG ve Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da muacceliyetten önce bahsedilen hakların kullanılabilmesi için gelecekteki objektif ifa tehlikesinin gerçekleşeceği kesin olmasa da buna yaklaşan, çok yüksek bir ihtimal olmalıdır[513]. Bunu belirlerken, hâkim, objektif bir inceleme yaparak alacaklı konumundaki mâkul ve dürüst bir üçüncü kişinin somut olaydaki beklentisinden hareket etmelidir[514]. Buna göre, İngiliz ve Alman hukuklarına benzer olarak, alacaklının muacceliyetten önce sözleşmeden dönme veya aynen ifadan vazgeçmekte haklı olup olmadığı incelenirken, bu hakkın

---

512 Bu konuda bkz. **Baş, Ece**; "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, 623-655, s. 629 vd.

513 CISG: **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 973; **Schlechtriem / Butler**, N. 270; **Huber / Alastair**, s. 345; **Eiselen** (UNIDROIT), sub. g. Alman hukuku: **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136. **Weidt**, s. 131.

514 **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 973; **Atamer** (CISG), s. 410.

kullanıldığı anda alacaklının gelecekteki objektif ifa tehlikesinin gerçekleşmesinin çok yüksek bir ihtimal olduğunu mâkul, objektif ve dürüst olarak bekleyip bekleyemeyeceği irdelenmelidir[515]. Bu sebeple, alacaklının bu konudaki basit şüphesine veya salt karakter özellikleri gereği, örneğin kuruntulu olması, çok yüksek ihtimalle bir ifanın yapılamayacağını düşünmesine dayanarak muacceliyetten önce bahsedilen hakları kullanması mümkün olmayacaktır. Objektif ifa tehlikesinin gerçekleşip gerçekleşmeme ihtimalinin incelenmesinde yalnızca ilgili piyasada faaliyet gösteren, mevcut piyasa koşullarında ortalama başarıdaki dürüst bir borçlu değil, somut olaydaki borçlunun imkânları ve o ana kadarki ifa hareketleri de göz önünde bulundurulmalıdır[516]. Örneğin, mesafeli bir satış sözleşmesinde malların yüklendiği gemi ancak uzun bir sürede giderilebilecek şekilde arızalansa dahi satıcının muacceliyet tarihinden sonraki uygun bir ek süre içerisinde bu malları başka bir gemiye yükleyip teslimatı yapma olanağı varsa objektif ifa tehlikesinin kesinlik şartının gerçekleştiğinden söz edilemez.

Belirtmek gerekir ki, gelecekteki objektif ifa tehlikesinin, ifanın hiç veya muacceliyetten sonra verilecek uygun bir ek süre içinde dahi yapılamayacağına yönelik değil de sadece gereği gibi yapılmayacağına ilişkin olması da düşünülebilir. Esasen TBK m. 473/II'e göre gelecekteki ifanın ayıplı olacağının açıkça öngörülmesi sebebiyle alacaklıya muacceliyetten önce bazı haklar tanınması bunun göstergesi olabilir. Yukarıda § 4, I, B başlığında değinildiği üzere, Alman İmparatorluk Mahkemesi 1904 tarihli bir kararında art arda teslimli bir sözleşmede gelecekteki ifaların ayıplı olacağının açıkça öngörülmesinden hareketle alacaklıya muacceliyetten önce derhâl Mülga BGB § 326'dan yararlanma hakkı vermiştir[517]. Benzer şekilde, CISG m. 73/II uyarınca art arda teslimli sözleşmelerde bir veya birden fazla teslimatta ortaya çıkan, esaslı olsun veya olmasın,

---

515 Bkz. **Liu** (Anticipatory Breach), s. 91; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 136; **Staudinger/Otto** (2004), § 323, Rn. B. 89; **Weidt**, s. 130-131.

516 TBK m. 473/I ile ilgili olarak bkz. **Ürem**, s. 95 vd.; **Karakurt**, s. 145.

517 RG 23.2.1904 – II 298/03: RGZ 57, s. 114-115 (Juris, E.T. 21.08.2018). Kararın ilgili kısmının Almanca metni için bkz. yukarıda dn. 92.

aykırılıklardan, gelecekteki teslimatların da esaslı olarak sözleşmeye aykırı olacağı haklı gerekçelerle (*good reasons*) çıkartılabiliyorsa alacaklı sözleşmeyi ileriye yönelik olarak feshedebilecektir[518]. Buna karşın, Türk hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olması daha çok borcun hiç ifa edilmeyeceği ile bağlantılandırıldığı için borcun gereği gibi ifa edilmeyeceğinin öngörülmesi hâlinde ne olacağı hakkında tartışmalara yer verilmemiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca *İnceoğlu* kiralananın tesliminden önce bunun kiracı tarafından özensiz olarak kullanacağının anlaşılmasını borca aykırı davranılacağının önceden belli olması olarak nitelendirmiştir[519]. Böyle durumlarda, TBK m. 473/II'den de hareketle, en azından yaptırım bakımından borcun hiç ifa edilmeyeceğinin açıkça belli olmasıyla birebir aynı sonuçlara ulaşılacağını söylemek zordur. Bu konu ayrı bir çalışmada ele alınabilecek derecede geniş olduğu için burada soruna dikkat çekmekle yetiniyoruz.

c. Gelecekteki Objektif İfa Tehlikesinin Kural Olarak Borçlunun Sorumluluk Alanından Kaynaklanması

Gelecekteki objektif ifa tehlikesinin açıkça ortaya çıktığı durumlarda borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından bahsedebilmek için buna kural olarak borçlunun sorumluluk (risk) alanındaki gelişmelerin sebep olması gerekir. Örneğin, deniz yoluyla alıcıya bir mal tedarik edecek satıcının özensizliği sebebiyle gemisinin arızalanması sonucunda ortaya çıkan gelecekteki ifa tehlikesi böyledir. Gelecekteki tehlike alacaklının sorumluluk alanındaki sebeplerden kaynaklanmamalıdır[520]. Mesela, gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü öngörülmekle birlikte, bu durum, alacaklının ifayı kabul için gerekli hazırlıkları yapmamasından veya işbirliği

---

518 Bkz. **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 984 vd. Ayrıca bkz. yukarıda § 4, II, A.

519 **İnceoğlu**, s. 416 vd. Yazar, kiraya verene bir dönme hakkı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

520 TBK m. 473/I'de işin ifasının bütün tahminlere göre vadeye yetişmeyecek kadar gecikmesiyle ilgili yapılan açıklamalar burada da geçerlidir: **Kaplan**, s. 97-98; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 130; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 52-53; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), 81-82; **Ayan**, s. 353; **Ürem**, s. 119 vd.; **Kurt, Leyla Müjde**; Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 104 vd.

yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklandıysa borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından söz edilemez[521].

Alacaklının veya borçlunun sorumluluk alanına dâhil olmayan (bağımsız) dar anlamda beklenmedik hal (kaza)[522] ve mücbir sebep[523] hâllerinde borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına başvurulup başvurulamayacağı tartışılabilir. Benzer bir tartışma, TBK m. 473/I altında işin vadesinde tamamlanamayacağının açıkça öngörülmesine yol açan gecikmenin kaza veya mücbir sebepten kaynaklanmasında dönme hakkının kullanılıp kullanılamayacağı bakımından da yapılmıştır. Bir görüşe göre, yükleniciden bağımsız olarak vuku bulan böyle durumlarda yüklenici bir yükümlülüğünü ihlal etmediği için muacceliyetten önce TBK m. 473/I'deki dönme hakkı kullanılamaz ve sözleşmenin süresi kendiliğinden uzar[524]. Diğer bir görüş, iş sahibinin sorumluluk alanı dışında gerçekleşen tüm kaza ve mücbir sebeplere yüklenicinin katlanacağını, TBK m. 480/II uyarınca hâkimden sözleşme süresinin uzatılmasının talep edilemeyeceğini ve TBK m. 473/I'deki dönme hakkının kullanılabileceğini ifade etmektedir[525]. Başka bir görüş, aşırı ifa güçlüğünün eser sözleşmesi altındaki özel bir görünümü olan TBK m. 480/II kapsamına giren hâllerde hâkimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanarak mâkul bir süre uzatımına hükmedilmesini talep edilebileceğini belirtmektedir[526]. Ancak bu hükmün kapsamına girmeyen ve iş sahibinin sorumluluk alanından da kaynaklanmayan gecikmelerde TBK m. 480/II uyarınca süre uzatımına yer olmayacaktır[527].

---

521 **Serozan** (İfa), § 12, N. 6; **Eren**, s. 1120, 1121; **Kurt** (Eseri Teslim Borcu), s. 157.

522 Kazaya ilişkin olarak bkz: **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 1000 vd.

523 Mücbir sebebe ilişkin olarak bkz. **Serozan** (İfa), § 15, N. 4; **Eren**, s. 579, 580, 793, 794.

524 Yargıtay 15. HD, E. 6551/1996, K. 6962/1996, 25.12.1996; Yargıtay 15. HD, E. 2005/2830, K. 2005/3054, 17.5.2005; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 129; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 52, dn. 23, s. 154, dn. 4a ve s. 172, dn. 94; **Kaplan**, s. 98. Ayrıca bkz. **Serozan** (İfa), § 17, N. 3.

525 Bu görüş için bkz. **Ürem**, s. 134 vd. Yazarın kendisi de bu görüştedir.

526 **Kurt** (Eseri Teslim Borcu), s. 171; **Ayan**, s. 129 vd.

527 Yazar bunu doğrudan belirtmemektedir: **Kurt** (Eseri Teslim Borcu), s. 147 vd. ile s. 171.

Kusurun ifa engelleri hukukundaki rolü temelde tazminat sorumluluğu ile sınırlıdır[528]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması ve bunun tazminat dışındaki sonuçları da borçlunun kusurundan, yani sübjektif borca aykırılıktan, bağımsız olarak gerçekleşir[529]. Bununla birlikte, muacceliyetten önce gelecekteki ifayı açık olarak tehlikeye düşürecek kadar ciddi olan, borçlunun sorumluluk alanından kaynaklanmayan ve aynı zamanda TBK m. 138 kapsamına da girmeyen bir durum nadir olarak gerçekleşecektir. Teorik olarak böyle bir ifa tehlikesi, objektif olarak borca aykırı olduğu ve özel bir hükümle düzenlenmediği sürece muacceliyetten önceki dönemde borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sayılabilir ve ileride açıklanacak görüşlerden[530] biri altında tazminatsız bir dönme hakkı verir. Diğer tüm durumlarda aşırı ifa güçlüğü veya işlem temelinin çökmesi gereği sözleşmenin çözülmesinde ya da uyarlanmasında TBK m. 138 hükmü uygulanacaktır. Dolayısıyla borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının gelecekteki objektif bir ifa tehlikesi şeklinde ortaya çıktığı durumlar, kural olarak, borçlunun sorumluluk alanından kaynaklanacaktır.

d. İfanın İmkânsız Olmaması

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının bir türü olarak gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğünden bahsedebilmek için ortada objektif veya sübjektif bir ifa imkânsızlığı da bulunmamalıdır[531]. Özellikle ifanın muacceliyet tarihine dek veya bundan sonra verilecek bir ek süre içinde yapılamayacağının açıkça öngörüldüğü durumlarda, ifa gününe yetiştirilememe ile ifanın sürekli olarak imkânsız

---

528 **Atamer** (İfa Engelleri Hukuku), s. 225.

529 **Schwenzer**, N. 68.10, 68.10a. TBK m. 473/I ile bağlantılı olarak: **Serozan** (İfa), § 18, N. 9. Sonuçta temerrüt de gereği gibi ifa etmemenin özel bir türünden ibarettir: **BSK-Honsell / Vogt / Wiegand**, Art. 97, N. 58.

530 Bkz. aşağıda § 7. Belirtelim ki, ifa imkânsızlığı görüşüne göre, doğal olarak, tazminatsız dönme hakkı sonucu doğmaz. Olsa olsa borçlunun sorumlu tutulmayacağı sonraki ifa imkânsızlığından bahsedilebilir.

531 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1563, dn. 498. Gerçi yazarların bu dipnottaki tespiti eleştirilebilir niteliktedir. Bu eleştiriler için bkz. aşağıda § 7, V.

hale gelmesi arasında ayrım yapmak gerekir[532]. Bu durumlarda imkânsızlıktan bahsedilemez. Diğer türlü TBK m. 473/I'deki düzenleme ifa imkânsızlığının özel bir görünümünü ya da istisnasını teşkil ederdi.

e. Kesin Vade Hâllerinde Sorun

Vade, geleceği kesin olan bir andır[533]. Taraflar, bu anı bir takvim gününe ya da zamanın geçmesine (süre) dayalı olarak doğrudan belirleyebilir veya bu anın ihbarla tayin edileceğini kararlaştırabilir[534]. Kesin vade ise ifanın yapılacağı zaman diliminin net sınırlarla, özel bir ağırlık verilerek ve vurgulanarak belirlendiği ve bu zamandan sonra ifanın kabul edilmeyeceğinin kararlaştırıldığı ya da koşullardan anlaşıldığı durumlarda mevcuttur[535]. Bu, tarafların iradesinden veya edimin niteliğinden kaynaklanabilir[536]. Kesin vadeli işlemlerde, borcun vadesinde ifa edilemeyeceğinin açıkça öngörülmesi hâlinde ne zaman imkânsızlık ne zaman borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından söz edileceğinin belirlenmesinde zorluk yaşanabilir. Benzer bir sorun, kesin vadeli bir işlemin vadesinde ifa edilmemesi hâlinde ifa imkânsızlığının mı yoksa borçlu temerrüdünün mü ortaya çıkacağı bakımından da vardır ve konu halen tartışmalıdır[537].

Öğretide kesin vadeli işlemler, ifa zamanı ile edim arasındaki ilişkinin sıkılığından yola çıkılarak "nispi kesin vade" (*sübjektif kesin vade*) ve "mutlak kesin vade" (*objektif kesin vade*) şeklinde sınıflandırılmaktadır[538]. İfa zamanında yapılamazsa

---

532 "*Bazı durumlarda işin yalnız vade tarihine kadar tamamlanması değil, işin her zaman için ifası imkânsız hale gelmiş olabilir. İşin ifasının imkânsız olması durumunda artık iş sahibinin TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönmesinden söz edilemez. Böyle bir durumda TBK mad. 473 hükmü değil, imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Eğer eser geç de olsa teslim edilebilecekse bu durumda vadeden önce TBK mad. 473/f.1, vadeden sonra borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır.*" **Karakurt**, s. 148.

533 **Yüce**, s. 934.

534 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1010 vd.; **Yüce**, s. 934.

535 **Serozan** (İfa), § 5, N. 16; **Yüce**, s. 936-937; **Keskin**, s. 212, dn.16 ve s. 214.

536 **Kılıçoğlu**, s. 695; **Yüce**, s. 923, 938.

537 Bkz. **Seliçi, Özer**; "Kesin Vadeli İşlemler", İÜMHAD, C. 2, S. 3, 1968, 92-107, s. 92 vd.; **Keskin, Dilşat A.**; "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, 209-231, s. 217 vd.; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107 vd.; **Gündoğdu**, s. 187 vd; **Karakurt**, s. 148 vd.

538 **Keskin**, s. 214.

ortaya çıkacak ifa engeli de bu sınıflandırmaya göre belirlenmektedir. Hemen belirtelim ki, borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmekten kesin olarak kaçındığı durumlarda[539], kesin vade olsun veya olmasın, doğrudan borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğundan söz edilir[540]. Zira bu durumlarda edimin vadesinde ifası henüz mümkün iken, borçlu böyle bir ifadan vade gelmeden önce açıkça (bildirim veya davranışlarıyla) kaçınmaktadır[541]. Dolayısıyla imkânsızlığın mı yoksa borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının mı mevcut olduğu sorununda kesin vadenin önem taşıdığı hâl gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesidir. Buradaki açıklamalar, kesin vadeli bir sözleşmede ifanın en azından muacceliyet tarihine yetişmeyeceğinin belli olması üzerinden yapılacaktır.

Nispi kesin vade, ifanın mutlaka belli bir zamanda yapılması gereğinin, yani ifa zamanındaki kesinliğin, tamamen tarafların iradesinden kaynaklandığı vadedir[542]. Nispi kesin vadeli işlemlerde belirlenen vade, taraflar için özel bir önem taşımakla birlikte edimin içeriğine dahil değildir; yalnızca ifanın zaman yönünden tarzını belirleyen bir anlaşma söz konusudur[543]. Başka bir ifadeyle, taraflar vadeden sonra ifanın kabul edilmeyeceğini kararlaştırmış olsalar dahi nispi kesin vadeli işlemlerde edimin vadeden sonra ifası ve bunun talep edilmesi mümkündür[544]. Örneğin, mutlaka belli bir tarihte alıcıya teslim edilmek üzere satın alınmış ve zamana bağlı olarak işlevini kaybetmeyecek malın vadesinde teslim edilememesi durumu böyledir. Edimin aynen ifası, nispi kesin

---

539 Bkz. yukarıda § 6, II, B, 1.

540 Karş. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1574; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi); s. 232. Yazarlara göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin işi yapmayacağını kesin olarak bildirmesi borçlunun sorumlu olduğu bir sonraki imkânsızlık teşkil eder. Bu görüş, yazarların ifa imkânsızlığını, borcun alacaklı tarafından cebri icra edilmesinin mümkün olmadığı hâllere hasretmesine dayanmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda § 7, I.

541 Eğer borçlu, edimin vadeye yetişmeyeceği açıkça ortadayken borcunu ifa etmeyeceğini bildirir veya bunu gösteren davranışlar içine girerse yine kesin vadeye ilişkin tartışmaya göre sonuca ulaşılması gerekir.

542 **Nomer**, s. 397; **Yüce**, s. 939; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107.

543 **Seliçi** (Kesin Vade), s. 93; **Yüce**, s. 939; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107.

544 **Serozan** (İfa), § 5 N. 9; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107; **Keskin**, s. 217.

vadenin geçmesinden sonra da mümkün olduğu için bu hâllerde imkânsızlık söz konusu olmaz ve borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır[545]. Dolayısıyla böyle bir vadenin kararlaştırılması özelliğini borcun vadesinde ifa edilmemesi hâlinde TBK m. 117/II uyarınca borçlunun ihtar çekilmeksizin temerrüde düşmesinde ve TBK m. 124/III gereği alacaklının ek süre vermeye gerek duymaksızın aynen ifa ve gecikme tazminatı dışındaki seçimlik haklardan yararlanabilmesinde gösterir[546]. Bu sebeplerle nispi kesin vadeli işlemlerde, borcun vadesinde ifa edilemeyeceği önceden açıkça anlaşılsa bile, bu durum sübjektif veya objektif imkânsızlık teşkil etmez[547]. Henüz borç muaccel olmadığı için doğrudan borçlu temerrüdünden de bahsedilemeyeceğine göre bu durumlar borca aykırı davranılacağının önceden belli olması olarak değerlendirilmelidir.

Mutlak kesin vadede ifa zamanındaki kesinlik doğrudan edimin özelliğine bağlıdır ve vadenin böyle nitelendirilmesinde tarafların iradesi rol oynamaz[548]. Mutlak kesin vadeli bir işlem söz konusu olduğunda edimin ifa edileceği an veya zaman dilimi, niteliği gereği edimin içeriğine dahildir, borcun ifa edilebileceği yegâne ifa zamanı bellidir ve o zamandan sonra talep edilebilirlik ve ifa edilebilirlik imkânı yoktur[549].

---

545 **Serozan** (İfa), § 5 N. 16; **Seliçi** (Kesin Vade), s. 94; **Nomer**, s. 397-398; **Yüce**, s. 939; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107.

546 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 993; **Serozan** (İfa); § 5 N. 2, 16; **Seliçi** (Kesin Vade), s. 94; **Nomer**, s. 397-398. İhtara ve ek süre verilmesine gerek olmadığı hususunda tartışma olmamakla birlikte TBK m. 125/II'de düzenlenen derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildirme zorunluluğunun bu durumda söz konusu olup olmayacağı tartışılmıştır. Söz edilen hükümden, derhâl bildirimde bulunmayan alacaklının aynen ifayı talep etmeye devam ettiği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla, öğretide, kesin vade olan hâllerde ihtar ve ek süre verilmesi gereğinin ortadan kalkmasının tek başına yeterli olmadığını savunmaktadır. Buna göre, vadeden sonra ifanın kabul edilmeyeceği kararlaştırılmasına rağmen TBK m. 125 altındaki seçimlik haklarını kullanmak isteyen alacaklıya derhâl aynen ifa talebinden vazgeçtiğini bildirme zorunluluğunun yüklenmesi TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırıdır. Dolayısıyla vadeden sonra aynen ifanın kabul edilemeyeceğinin belli olduğu hâllerde böyle bir bildirim yapılmamış olmasına rağmen alacaklının aynen ifadan vazgeçerek müspet tazminat isteyebileceğinin; hattâ karineten böyle hareket edeceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1733; **Seliçi** (Kesin Vade), s. 98, 106-107; **Keskin**, s. 219-220. Atıf yapılan bölümde Oğuzman ve Öz, bu sonucun TBK m. 124'teki tüm haller bakımından geçerli olduğunu ileri sürmektedir.

547 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 993, dn. 211; **Serozan** (İfa), § 5 N. 16; **Seliçi** (Kesin Vade), s. 93, 94, dn. 4 ve 98; **Nomer**, s. 397-398; **Yüce**, s. 939; **Kurt** (İmkânsızlık); s. 107.

548 **Yüce**, s. 938-939; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107.

549 **Serozan** (İfa), § 5 N. 16; **Seliçi** (Kesin Vade), s. 93-94; **Nomer**, s. 397-398; **Yüce**, s. 939; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107-108.

Örneğin, düğünde fotoğraf çekilmesi ya da güneş tutulmasının kayda alınması için veya belli bir saatteki uçağa yetiştirmesi amacıyla taksi işletmesiyle yahut belli bir tarihte konferans vermesi için bir kişiyle yapılan sözleşmelerde zamanında yapılmayan ifanın sonradan telafisi mümkün olmadığından dolayı mutlak kesin vade söz konusudur[550]. Tüm bu durumlarda, tarafların menfaatlerinden ve amaçlarından bağımsız olarak sözleşmedeki edim yalnızca belli bir an veya süre içinde ifa edilebilmektedir. Bu tür edim yükümlülüklerinin mutlak kesin vade teşkil ettiği konusunda duraksama yoktur. Peki sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacın ve alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin, edimin mahiyeti gereği, ifanın zamanında yapılmasına bağlı olduğu sözleşmeler bakımından durum ne olacaktır? Bu tür sözleşmelerde edimin vadeden sonra ifa edilmesi pekâlâ mümkün olmakla birlikte, bu ifada alacaklının hiçbir menfaati yoktur. Örneğin sipariş edilen gelinliğin düğünden önce teslim edilmemesi böyledir[551]. Mutlak kesin vadeye dar anlam veren görüşe göre, bu tür vadeden yalnızca edimin niteliği gereği belli bir an veya süre geçtikten sonra ifa edilemeyeceği hâllerde bahsedilebilir[552]. Bu görüşteki yazarlar, mutlak kesin vadenin belirlenmesinde tarafların menfaatlerinin rol oynamadığını ve gelinlik örneği ile benzer durumlarda imkânsızlığın sürekli olma koşulunun sağlanmadığını; yani vadeden sonra ifanın yapılması mümkün olduğu için sadece borçlu temerrüdünden bahsedilebileceğini belirtmektedirler[553]. Buna karşın, kavrama geniş anlam veren diğer görüşe göre, edimin belli bir zamanda ifa edilmesinin zorunlu olduğu durumlara ek olarak, vadeden sonra yapılacak ifada alacaklının hiçbir

---

550 Örnekler için bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1499; **Serozan** (İfa), § 5 N. 16; **Seliçi** (Kesin Vade), s. 93; **Yüce**, s. 938-939; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107-108.

551 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 993, dn. 211; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 107-109; **Gündoğdu**, s. 191-192; **Keskin**, s. 216-217.

552 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 993, dn. 211; **Öz** (TBK m. 112), s. 1055; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 108, **Gündoğdu**, s. 190.

553 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 993, dn. 211; **Öz** (TBK m. 112), s. 1055; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 109. Serozan da mutlak kesin vadenin söz konusu olabilmesi için edimin vadeden sonra ifasının yalnızca yararsız olmasının yeterli olmadığını, bunun düpedüz olanaksız olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak daha sonra "uyulmazsa ifanın ifa sayılmadığı" işlemleri mutlak kesin vadeli olarak tanımlamıştır. **Serozan** (İfa), § 5 N. 10 ve 16. Bkz. **Seliçi** (Kesin Vade), s. 94, dn. 4.

menfaati olmadığı hâllerde de mutlak kesin vade söz konusudur[554]. Böyle durumlarda vadeden sonra yapılacak ifa, sözleşmedeki edimin ifası sayılamayacağı için vadenin geçmesinden sonra ifa sürekli şekilde olanaksızlaşmaktadır[555]. Başka bir görüş ise mutlak kesin vadeli işlemin varlığının her somut olaydaki sözleşmenin içeriği, amacı ve tarafların menfaatlerinin yorumlanmasıyla anlaşılabileceğini ve kararlaştırılmış edimin niteliğine bakarak önceden kesin bir yargıda bulunmanın doğru olmadığını belirtmektedir[556]. Bu görüşte olan *Gündoğdu*, gelinlik örneği için düğüne yetiştirilememiş gelinliğin ifasının sürekli olarak imkânsızlaşmadığını ileri sürmenin (mesela, sonraki bir düğünde kullanılabileceği gerekçesiyle) dürüstlük kuralına aykırı olacağını söylemektedir[557]. Son olarak, TBK m. 117/II ve 124/II ile III'teki hükümler karşısında kesin vadeli işlemlerin yukarıdaki şekilde bir sınıflandırmaya tabi tutulmasının yanlış olduğunu, çünkü ister nispi ister mutlak kesin vade olsun belirtilen düzenlemelere göre bunun sonucunun ihtara ve ek süre verilmesine lüzum olmayan borçlu temerrüdü olduğu görüşü mevcuttur[558].

İmkânsızlığın, objektif ya da sübjektif, süreklilik arz etmesi gereken bir ifa engeli olduğu düşünüldüğünde, zamanında ifa edilmemeleri imkânsızlık sonucunu doğuran mutlak kesin vadeli işlemlerin, edimin ifasının sadece belli bir an veya zaman diliminde yapılabildiği hâllerle sınırlandırılması gerekir[559]. Kanun koyucu, TBK m. 124/II'de açıkça borçlu temerrüdü sonucunda ifanın yararsız kalmasını süre verilmesini gerektirmeyen bir temerrüt hali olarak düzenlemiştir. Bu hüküm karşısında ifa yararsızlığını derecelendirerek vadeden sonraki ifada hiçbir yarar kalmaması hâlinde imkânsızlık sonucunun doğacağını ileri sürmek mümkün gözükmemektedir. Kanun, temerrüt ve imkânsızlığın ayrılmasında ifanın mümkün olup olmadığını esas almıştır;

554 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 108; **Gündoğdu**, s. 190; **Keskin**, s. 214-217.
555 **Gündoğdu**, s. 190; **Keskin**, s. 216. Bkz. **Seliçi** (Kesin Vade), s. 94, dn. 4.
556 **Gündoğdu**, s. 190-192.
557 **Gündoğdu**, s. 191-192.
558 **Seliçi** (Kesin Vade), s. 98 vd.; **Keskin**, s. 215, dn. 29 ve burada anılan yazarlar.
559 **Öz** (TBK m. 112), s. 1055; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 109.

alacaklının mümkün olan gecikmiş ifada menfaati olmamasını ise yalnızca temerrütteki ek seçimlik hakların kullanılabilmesinde kolaylık sağlayarak düzenlemiştir[560]. TBK m. 124/III'te ise nispi kesin vadeli işlemlerde ek süre şartı aranmayacağı belirtilmiştir. İfanın belirli bir an veya zaman diliminde yapılmaması hâlinde telafisi mümkün olmayan mutlak kesin vadeli işlemlerin buraya girmediği kabul edilmelidir; çünkü bu işlemlerde edimin esas unsurunu oluşturan zamandan sonra ifa mümkün olmadığı için borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanamamaktadır[561]. Bu sebeplerle mutlak kesin vadeli işlemlere dar anlam veren görüşe katılıyoruz[562].

Sonuçta, belirttiğimiz görüşler arasından yapılacak seçime göre mutlak kesin vadeli işlemin kapsamı belirlenecek ve bu vadenin geçtiği hâllerde hâkim görüşe göre imkânsızlığa yol açtığı kabul edilecektir[563]. Acaba mutlak kesin vadeli bir işlemde borçlunun zamanında ifada bulunmaması ile ifada bulunamayacağının önceden açıkça belli olmasının sonuçlarının aynı olduğu söylenebilecek midir? Bu durum, hâkim görüşe[564] ve Yargıtay'a[565] göre kural olarak temerrüt hükümlerine tabi olan geçici imkânsızlık ile mutlak kesin vadeli işlemin bir arada olmasına benzemektedir. Geçici imkânsızlık, mutlak kesin vadeli bir işlemin zamanında ifa edilmesinin önüne geçerse

---

560 Karş. **Buz** (Dönme), s. 104, dn. 172.

561 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 109-110. Dolayısıyla nispi ve mutlak kesin vadeli işlem ayrımı yapılmasına gerek olmadığı, zira bunların ikisinin de TBK m. 124/III kapsamına girdiği görüşüne katılmıyoruz.

562 Belirtelim ki, bu tartışmada TMK m. 2/I'deki dürüstlük kuralının hak ve borçların kapsamını belirleyici yönü ile TMK m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağının tashih edici etkisi somut olayda hangi ifa engelinin uygulanacağının belirlenmesinde değil, uygulanacağı tespit edilen ifa engeline dair hükümlerin hakkaniyete aykırı sonuçlarının sınırlandırılmasında rol oynayacaktır. Mesela, öğretide önerildiği üzere, mutlak kesin vade olmayan ama alacaklının vadeden sonraki ifada menfaati kalmadığı durumlarda, alacaklıya temerrütten doğan seçimlik haklarını kullanabilmek için, TBK m. 117/II ve 124/II'nin de uygulanmasıyla, ihtar çekme ve ek süre verme zorunluluğu yüklenmemesinin yanında alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini bildirme yükümlülüğü altında da olmadığının kabulünde TMK m. 2'den yararlanılabilecektir.

563 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 109-110; **Gündoğdu**, s. 191-192; **Keskin**, s. 216-217.

564 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1488; **Eren**, s. 1063; **Serozan** (İfa), § 14 N. 2; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 170. Hemen belirtelim ki, öğretide ve Yargıtay kararlarında geçici ifa imkânsızlığının ne kadar süreceği belirsizse ve somut olayda taraflardan sözleşmeyle bağlı kalmaları beklenemeyecekse imkânsızlığa yol açacağı kabul edilmektedir.

565 Yargıtay 15. HD., E. 2003/4184, K. 2004/1686, T. 25.3.2004 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 28.1.2018).

doğrudan sürekli ifa imkânsızlığı sonucu doğar[566]. Ancak konumuz bakımından gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesindeki "kesinlik" şartı, geçici imkânsızlıktakinden farklıdır. Geçici imkânsızlığa sebep olan engel devam ettiği süre boyunca aşılmazdır, yalnızca bir noktada ortadan kalkabilir niteliktedir[567]. Bu sebeple ortadan kalkıncaya dek ifanın yapılamayacağı kesindir. Oysa gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü ve özellikle ifanın muacceliyet tarihinde yapılamayacağının açıkça anlaşıldığı durumlarda ortada aşılmaz bir ifa engeli yoktur, yalnızca çok yüksek ihtimalle ifanın yapılamayacağı bellidir. Bu sebeple, mutlak kesin vadeli işlemler bakımından da gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi ifa imkânsızlığına değil, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına sebep olur.

566 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1488; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 171-172; **Gündoğdu**, s. 105.

567 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 169.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCA AYKIRI DAVRANILACAĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ, KOŞULLARI VE HÜKÜMLERİ

§ 7. HUKUKİ NİTELİĞİ[568]

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması konusunda Türk hukukunda bir hukuk boşluğu söz konusudur[569]. TMK m. 1/II uyarınca hâkim, boşluğu doldururken kanun koyucu gibi hareket edeceği için öncelikle kıyas yoluna başvuracaktır. Öğretide de bu boşluğun doldurulmasında ifa imkânsızlığı dışındaki görüşlerin kıyasen uygulamaya başvurduğu görülmektedir[570].

I. İfa İmkânsızlığı Görüşü

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını bir ifa imkânsızlığı olarak kabul eden görüşün dayanak noktası ifa imkânsızlığını, öğretideki hâkim görüşten farklı olarak, alacaklı bakımından ele almasıdır[571]. Bu görüşe göre, ifa imkânsızlığı, borçlunun yapacağı ifanın önünde kesin ve sürekli bir engel olduğunda değil, alacaklı borcun aynen ifasını cebri icra yoluyla sağlayamayacak durumdaysa söz konusu olur[572]. Genel itibariyle, *verme edimlerinin* ifasının imkânsızlaşması bakımından, bu görüş ile ifa imkânsızlığından bahsetmek için borçlunun edimi ifa etmesinin mümkün olup olmadığını değerlendiren hâkim görüş arasında kayda değer bir pratik farklılık olduğu söylenemez.

---

568 Türk hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına ilişkin görüşler, bunun bir türü olarak kabul ettiğimiz *borçlunun muacceliyetten önce ifadan haksız ve kesin olarak kaçınması* üzerinden tartışılmıştır.

569 Bu konuda bkz. yukarıda § 6, I.

570 Örneğin bkz. **Serozan** (İfa), § 18, N. 9; **Başoğlu**, s. 310; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59, Art. 102, N. 55, 148 vd., Art. 107, N. 49, Art. 108, N. 12; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2619, 2624, 2651, 2743; **Schenker**, N. 223 vd.; **Decurtins**, s. 73 vd., özellikle s. 80, dn. 1; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106; **BK-Koller**, Art. 366, N. 730 vd.; **Rampini**, N. 563 vd.

571 Bu konuda bkz. **Kurt** (İmkânsızlık), s. 81 vd., özellikle s. 85-87. Hâkim görüşteki yazarlar için bkz. yukarıda dn. 316.

572 Bu görüş, Oğuzman tarafından ileri sürülmüştür: **Oğuzman, Kemal**; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 15 vd. Daha sonra aynı şekilde devam ettirilmiştir: **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1455 vd.; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 158; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 183 vd.

Zira İİK m. 24 vd. hükümleri uyarınca alacaklının verme edimlerinin ifasını cebri icra yoluyla sağlaması mümkündür. Böyle olunca, örneğin, satım sözleşmesine konu parça borcu yok olursa bir görüş alacaklının bunu cebri icra edemeyeceğinden ötürü, diğer görüş ise borçlunun ifasının önünde kesin ve sürekli bir engel olduğundan dolayı ifa imkânsızlığına hükmedecektir.

İfa imkânsızlığını borçlu bakımından ele alan görüş ile alacaklı bakımından ele alan görüş arasındaki pratik fark kendini *yapma edimlerinde* gösterir[573]. İmkânsızlığın tespitinde alacaklıyı esas alan görüşe göre bir *yapma ediminin borçlusu*, bildirim veya davranışlarıyla, muacceliyetten önce borcunu ifa etmekten haksız ve kesin olarak kaçınırsa alacaklı, borçluyu yapma ediminin ifasına zorlayamayacağı için ifa imkânsızlaşmış olacaktır[574]. Bunun sonucunda borç sona erecek[575] ve alacaklı TBK m. 112 uyarınca borçlunun sorumlu tutulabileceği ifa imkânsızlığına dayanarak derhâl *müspet zararının* tazminini talep edebilecektir[576]. Ancak, verme edimlerinde olduğu gibi, muacceliyetten önce borcun ifasından kaçınılmasına rağmen edimin cebri icrası mümkünse alacaklının muacceliyet tarihini beklemekten başka çaresi olmayacaktır[577]. Bu görüşteki yazarlara göre, böyle durumlarda alacaklı edimin ifasını cebri icra yoluyla elde

---

573 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1458.

574 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1458-1461, 1574; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 158; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 183 vd.; **Gündoğdu**, s. 76-78, 337.

575 Yazarlar, yalnızca borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında değil, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında da borcun sona ereceğini ve bunun yerini derhâl tazminat yükümlülüğünün alacağını kabul etmektedir. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1472 vd. Oysa öğretideki hâkim görüşe göre borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında borç sona ermez. Yalnızca ifası imkânsızlaşan borcun içeriği değişir ve yerini bir tazminat borcuna bırakır. Bu sebeple, mesela, alacaklının kendi edim yükümlülüğü devam eder ve borçlu kendi borcunun ifası için bir teminat göstermişse bunlar tazminat borcununun ifasını güvence altına alır. **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 293-294, dn. 27; **Schwenzer**, N. 64.20; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 178, dn. 326; **Serozan** (İfa), § 16, N. 3; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 853-854.

576 **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 184; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1458-1461, 1574; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 158.

577 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1574.

edebileceği ve borçlu da ifa güçsüzlüğüne düşmediği için alacaklıyı muacceliyete dek bekletmekte büyük bir sakınca yoktur[578].

Anılan görüşe göre, TBK m. 113/I hükmü ifayı sağlayan bir hüküm değildir; yalnızca bir tazminat hükmüdür[579]. Bu sebeple, muacceliyetten önce ifadan kaçınılması sebebiyle ifanın imkânsızlaşmasıyla birlikte TBK m. 112 altında istenecek tazminatın kapsamına TBK m. 113/I uyarınca masrafı borçluya ait olmak üzere işin bir üçüncü kişiye yaptırılması veya doğrudan alacaklı tarafından yapılması da girecektir[580]. Sonuçta, sözleşmeye konu yapma edimi üçüncü kişi eliyle tam olarak yerine getirilse ve alacaklıya teslim edilse bile borçlu bakımından bunun anlamı ifa değil, masrafları karşılamayı içeren bir tazminat ödemek olacaktır. Başka bir ifadeyle, bu görüşe göre alacaklı sonuç itibariyle yapma ediminin sonucunu tam olarak elde etse dahi bu edinimin ifa imkânsızlığı kuralları yoluyla gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Bu görüşü savunan yazarlar bir adım daha ileri giderek bir işin yapılması konusunda alınan ilamların İİK m. 30/I uyarınca icraya koyulmasının ve bu ilam icra edilmezse İİK m. 343 gereği borçlunun 3 aya kadar tazyik hapsine mahkum edilmesinin yalnızca borçlunun ifa etmeme bildiriminin yapma borcunu imkânsızlaştırmadığına kanıt oluşturacağını savunmaktadır[581]. Buna göre, borçlu muacceliyetten önce ifadan kaçınmasına rağmen alacaklı ifayı sağlayabileceğine inanıyorsa ve *bu inancında haklıysa* imkânsızlık sonucu doğmaz[582]. Bu doğrultuda, yazarlara göre alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirdiği anda yapma edimini imkânsızlaşmış sayarak tazminat isteyebileceği gibi ifa davası açarak aynen ifa ilamı da alabilecek ve bunu icraya koyabilecektir. Ancak en geç ilam icraya koyulduktan sonra tazyik hapsi de sonuç

578 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1574.
579 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1460; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 129.
580 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1460; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 129.
581 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1461.
582 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1461.

vermezse alacaklının icrayı (ifayı) mümkün saymakta haksız olduğu ortaya çıkacak ve o anda ifa imkânsızlığı kesinleşecektir[583].

II. Sözleşmenin Müspet İhlali Görüşü

Öğretideki baskın görüş borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını bir tür sözleşmenin müspet ihlali olarak kabul etmektedir[584]. Bununla birlikte, sözleşmenin müspet ihlali nitelendirmesini yapan yazarlar arasında borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının sonuçları bakımından görüş birliği olduğu söylenemez. Temelde üç farklı görüşten bahsedilebilir.

Bir görüşe göre, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kesin olarak kaçınması borç muaccel oluncaya dek her zaman geri alınabilecek olduğundan alacaklı, ifa gününü beklemek durumundadır[585]. İfadan kaçınma muacceliyet tarihine dek geri alınmazsa alacaklı ihtarsız ve ek süre vermeksizin borçlu temerrüdünden doğan seçimlik haklarını kullanabilir[586]. Tersi durumda ise borçlunun yapacağı ifayı kabul etmekle yükümlüdür[587]. Alacaklı, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınması sebebiyle bir ikâme işlem

---

583 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1461.

584 **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 401; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 974-975; **Serozan** (İfa), § 18, N. 8-9; **Serozan** (Dönme), s. 318; **Antalya**, s. 401-402; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; BGE 69 II 243; **Oser / Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 97-109, N. 17; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59; **Schwenzer**, N. 67.09, 68.10a; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 15; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2619, 2624, 2651; **Furrer, Andreas / Wey, Rainer**; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Hrsg: Andreas Furrer / Anton K. Schnyder, Zürich-Basel-Genf, 3. Auflage, 2016, OR 97-98, N. 89; **Barth, Hans Rudolf**; Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Zürich, 1958, s. 11; **Thier, Andreas**; Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Hrsg. Heinrich Honsell, Basel, 2. Auflage, 2014, Art. 97, N. 13; **Grieder, Thomas**; Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit, Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung, Zürich, 2002, s. 58. Belirtmek gerekir ki, burada anılan bazı yazarlar borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa altında ele almaktadır. Bu yazarlar gereği gibi ifa etmeme ve kötü ifa kavramları varken sözleşmenin müspet ihlali kavramının gerekli olmadığını ifade etmektedir.

585 **Oser / Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 97-109, N. 17, Art. 102, N. 15, Art. 108, N. 3; **Honegger**, s. 39.

586 **von Tuhr / Escher**, s. 141, dn. 53. Yalnızca ihtara ilişkin olarak karş. **Oser / Schönenberger**, Art. 102, N. 15.

587 **Oser / Schönenberger**, Art. 108, N. 3; **Honegger**, s. 39.

yapmış olsa bile alacaklının ifayı kabul etme yükümlülüğü devam eder[588]. Bununla birlikte, muacceliyetten önce ifadan kaçınılması yine de sözleşmenin müspet ihlali teşkil eder ve alacaklı, borçlunun taraflar arasındaki güven ilişkisini sarsan tutumu dolayısıyla bir zarara uğramışsa bunun tazminini isteyebilir[589].

Diğer bir görüş, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasından ileri gelen bir sözleşmenin müspet ihlali (kötü ifa) olduğunu kabul etmekte ve alacaklıya tazminat talebine ek olarak sözleşmeden dönme imkânı sunulması gerektiğini ifade etmektedir[590]. *Schwenzer* ve *Furrer / Müller-Chen*, konuyu kötü ifa altında incelemekte ve kötü ifanın sözleşmeyi esaslı olarak ihlal etmesi (*wesentliche Vertragsverletzung*) (taraflar arasındaki güven ilişkisini sarsması[591]) hâlinde İBK m. 107/II (TBK m. 125/II) ve özel borç ilişkilerinde tanınan dönme haklarına *kıyasen* alacaklıya bir dönme hakkı verilmesi gerektiğini belirtmektedir[592]. Bu dönme hakkı, borçlunun kusurundan bağımsızdır[593]. Benzer şekilde *Serozan*, borçlunun muacceliyetten önceki iradi davranışları ile sözleşmeyi haksız yere çözmesinin ve kendini sözleşmeyle bağlı saymadığını açıklamasının güven ilişkisini kökünden sarsması sebebiyle davranış (sadakat) yükümlülüğüne aykırılık şeklinde bir sözleşmenin müspet ihlali olduğunu ifade etmekte ve bunun alacaklıya muacceliyetten önce borçlunun kusurundan bağımsız olarak sözleşmeden dönme hakkı verdiğini savunmaktadır[594]. Yazar, dönme hakkını TMK m. 2/I ile TBK m. 473, 332, 436 hükümlerinin *toplu kıyası* üzerinden tanımaktadır[595]. Burada anılan tüm yazarlar sözleşmeden dönme hakkına ek olarak alacaklının, borçlunun kusurlu olması hâlinde,

588 **Honegger**, s. 39.
589 **Oser / Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 97-109, N. 17, Art. 108, N. 3; **Honegger**, s. 39.
590 **Serozan** (İfa), § 18, N. 8-9; **Serozan** (Dönme), s. 318; **Schwenzer**, N. 67.09, 68.10, 68.10a; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 15, 27-28. Bkz. **Baysal**, s. 321, dn. 1112.
591 **Schwenzer**, N. 68.09; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 28.
592 **Schwenzer**, N. 67.09, 68.10, 68.10a; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 15, 27-28.
593 **Schwenzer**, N. 68.10; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 28.
594 **Serozan** (İfa), § 18, N. 8-9.
595 **Serozan** (İfa), § 18, N. 9.

tazminat talep edebileceğini belirtmektedir[596]. Yazarların sözleşmeden dönülmesi durumunda sözleşme ilişkisinin bir tasfiye ilişkisine dönüştüğünü ve dolayısıyla tazminat talebinin yalnızca menfi zarar ile sınırlı olmadığını kabul eden *dönüşüm kuramını* (*Umwandlungstheorie*) benimsemiş olduğunu ifade etmek gerekir[597]. *Schwenzer'e* göre, kötü ifa sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ediyorsa dönme hakkı ek süre vermeksizin kullanılabilir[598].

Öğretide sözleşmenin müspet ihlalini kabul eden yazarlar arasında çoğunluk tarafından savunulan[599] ve İsviçre Federal Mahkemesince[600] de kabul edilen görüşe göre, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde ortaya çıkan sözleşmenin müspet ihlalinin ağırlığı karşısında alacaklı, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki borçlu temerrüdüne ilişkin İBK m. 107/II hükmüne *kıyasen* burada düzenlenen seçimlik haklara muacceliyetten önce başvurabilir. Federal Mahkeme konuya ilişkin verdiği esas kararda (*Grundlegend*) muacceliyetten önce ifadan kaçınılmasının "*her iki sözleşme tarafına da yüklenen ve tarafların sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya bertaraf edecek davranışlardan kaçınmasını gerektiren genel yükümlülüğün ihlali şeklinde*" karşı tarafın sözleşmeye olan güvenini kaçınılmaz olarak ortadan kaldıran bir sözleşmenin müspet ihlali olduğunu[601] ifade ettikten sonra şöyle demiştir: "*Ancak ilk derece*

---

596 **Serozan** (İfa), § 18, N. 8-9; **Serozan** (Dönme), s. 318; **Schwenzer**, N. 68.10, 68.10a; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 19 vd.

597 **Schwenzer**, N. 66.33 vd. ve 68.10; **Serozan** (Dönme), s. 73 vd., 589 vd.

598 Yazarın şu paragraftaki ifadelerinin mefhum-u muhalifinden bu sonuç çıkmaktadır: **Schwenzer**, N. 68.10. Serozan'a göre de ek süre vermek gereksizdir: **Serozan** (İfa), § 18, N. 8.

599 **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 974-975; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59, Art. 102, N. 55, 148 vd., Art. 107, N. 49, Art. 108, N. 12; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2619, 2624, 2651, 2743; **CHK-Furrer/Wey**, OR 97-98, N. 89. Karş. **Grieder**, s. 58. Belirtelim ki, Weber'e göre, somut olaydaki sözleşmenin müspet ihlali bir taraf için sözleşme ilişkisine devamı çekilmez kılacak ağırlıkta olduğunda borçlu temerrüdüyle eş tutulabileceği için yazar, aşağıda ele alınacak olan, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde sözleşmenin müspet ihlali nitelendirmesi yapmaksızın borçlu temerrüdü hükümlerini kıyasen uygulayan görüşe de yakın görünmektedir. Yine de Weber'in görüşlerinin burada aktarılması tercih edilmiştir. Bkz. **BK-Weber**, Art. 102, N. 151, Art. 107, N. 49, Art. 108, N. 12.

600 BGE 69 II 243 vd.; BGer 4C.58/2004 E. 3.3. İfayı kabulden kaçınmaya (*Annahmeverweigerung*) ilişkin olarak bkz. BGE 111 II 156.

601 BGE 69 II 243: "*Die von der Berufungsbeklagten vor der Fälligkeit ihrer Verpflichtung erklärte Erfüllungsverweigerung stellte […] eine positive Vertragsverletzung dar, nämlich eine Verletzung der*

mahkemesinin gerekçesi, sözleşme taraflarından birinin haksız olarak ifa etmekten kaçınmasının, diğer tarafa yalnızca sözleşmeden dönme hakkı sağladığı şeklindeki hukuka aykırı öncüle dayanmaktadır; oysa İBK m. 107 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanabilirliği gereği, en azından somut ilişki bunların uygulanmasına izin veriyorsa, burada atıf yapılan tüm hukuki yollara başvurulabilir. Dolayısıyla kendisine sözleşmenin karşı tarafınca muacceliyetten önce sözleşmenin ifa edilmeyeceği açıklanan taraf, sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilir veya sözleşmenin aynen ifasında diretebilir (ancak karşı tarafın yükümlülüğü muaccel olmadıkça gecikme sebebiyle tazminat talep edemez) ya da nihayet aynen ifadan vazgeçerek bunun yerine borcun ifa edilmemesi dolayısıyla tazminat talep edebilir ki genel olarak kabul edilen görüşe göre bundan sözleşmedeki müspet menfaat veya ifa menfaati anlaşılmalıdır."[602] Bu görüşteki yazarlara göre, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu hâllerde borçlunun yükümlülüğe aykırı davranışı öyle ağırdır ki artık alacaklıdan sözleşmeyle bağlı kalması beklenilemez ve burada nitelikli (vasıflı) bir sözleşmenin müspet ihlali (*qualifizierte positive Vertragsverletzung*) söz konusudur[603]. *Weber*, bir taraf için sözleşme ilişkisine devamı çekilmez hale getiren sözleşmenin müspet ihlallerinin, mesela borca aykırı

---

allgemeinen Pflicht jeder Vertragspartei, alle Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln. Zur Gefährdung oder Vereitelung des Vertragszwecks geeignet war die zum vornherein erklärte Erfüllungsverweigerung der Berufungsbeklagten deshalb, weil durch sie das Vertrauen des Beklagten in die Vertragstreue der Gegenpartei notgedrungen zerstört werden musste."

602 BGE 69 II 244 vd.: "*Diese Argumentation der Vorinstanz beruht jedoch auf der rechtlich unzutreffenden Voraussetzung, dass die unberechtigte Erfüllungsverweigerung der einen Vertragspartei der andern nur das Recht zum Rücktritt vom Vertrag verschaffe, während dieser auf Grund der analogen Anwendbarkeit von Artikel 107 ff. OR die sämtlichen dort genannten Rechtsbehelfe zu Gebote stehen, soweit wenigstens die besonderen Verhältnisse ihre Anwendung gestatten. Die Partei, deren Vertragsgegner vorzeitig erklärt, dass er den Vertrag nicht erfüllen werde, kann daher entweder vom Vertrag zurücktreten und das negative Interesse geltend machen, oder s tatt dessen auf der Erfüllung des Vertrags beharren (aber nicht Schadensersatz wegen Verspätung verlangen, solange die Verpflichtung des Gegners noch nicht fällig ist) oder sie kann endlich auf die Erfüllung verzichten und an ihrer Stelle Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, worunter nach allgemein anerkannter Auffassung das positive Vertragsinteresse oder Erfüllungsinteresse zu verstehen ist.*" Benzer bir çeviri için bkz. **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 975.

603 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2619, 2624.

davranılacağının önceden belli olduğu tüm durumların, borçlu temerrüdüyle eş tutulacağından bahsetmektedir[604]. Bu hâllerde İBK m. 103-106 (TBK m. 119-122) hükümlerinin *kıyasen* uygulanması yoluyla borçlu muacceliyetten önce derhâl temerrüdün sonuçlarından sorumlu olmalıdır[605]. Özellikle borçlunun muacceliyetten önce kesin olarak sözleşmeyi ifa etmeyeceğini açıkladığı durumlarda artık muacceliyet koşulunun sağlanmasına gerek yoktur[606]. Bu doğrultuda, borçlu muacceliyetten önce ifadan kaçınırsa, alacaklı İBK m. 107-109 (TBK m. 123-125) hükümleri uyarınca aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmini ile sözleşmeden dönme arasında seçim yapma hakkını haizdir; zira borçlunun sözleşmeye aykırı davranacağı kesin olarak öngörülmesine rağmen alacaklının sinallagmatik bir sözleşmeyle bağlı kalmaya devam etmesi beklenemez[607]. Ayrıca borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu durumlarda İBK m. 108/I (TBK m. 124/I)'in *kıyasen* uygulanması sonucunda alacaklı ek süre vermeksizin bu seçimlik hakları kullanabilecektir[608].

III. Borçlu Temerrüdü Hükümlerini Kıyasen Uygulayan Görüş

Bu görüş, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde, bunu sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirmeksizin, *kıyasen* borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir[609]. Buna göre, muacceliyetten önce kesin

---

604 **BK-Weber**, Art. 107, N. 49. Bu itibarla da yazar aşağıda açıklayacağımız borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde sözleşmenin müspet ihlali nitelendirmesi yapmaksızın borçlu temerrüdü hükümlerini kıyasen uygulayan görüşe de yakın görünmektedir. Belirtelim ki, yazara göre, sözleşmenin müspet ihlali kavramı yalnızca İBK m. 97 (TBK m. 112)'ye sözleşmeye aykırılık dolayısıyla uğranılan zararın tazminini gerektiren genel bir aykırılık kuralı işlevi yüklenirse ve böylece borçlunun sözleşmenin gerektirdiği her şeyi yapmakla ve sözleşmenin amacını tehlikeye düşürebilecek veya bertaraf edebilecek her şeyden kaçınmakla yükümlü olduğu söylenebilirse uygundur. **BK-Weber**, Art. 97, N. 51.

605 **BK-Weber**, Art. 102, N. 151.

606 **BK-Weber**, Art. 102, N. 56, 148.

607 **BK-Weber**, Art. 102, N. 151-152; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2624, 2651, 2743; **CHK-Furrer/Wey**, OR 97-98, N. 89; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 74-75, 92 vd.

608 **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2743.

609 **Eren**, s. 1073-1074 (yazar yalnızca temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmekte ama bu uygulamanın doğrudan mı yoksa kıyasen mi olacağını belirtmemektedir); **Sanlı**, s. 465, dn. 499; **Sert / Cihan**, s. 915 vd.; **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 209, dn. 730; **Schenker**, N. 223 vd.; **Decurtins**, s. 73 vd., özellikle s. 80, dn. 1; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106 (*antizipierter*

olarak ifadan kaçınılırsa alacaklı İBK m. 107/II (TBK m. 125/II)'ye *kıyasen* karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan tüm seçimlik haklara muacceliyetten önce sahip olacak ve muacceliyeti beklemek zorunda kalmayacaktır[610]. Bu durumda muacceliyetten önce İBK m. 108/I (TBK m. 124/I) de *kıyasen* uygulama alanı bulacak ve alacaklı seçimlik haklarını kullanmak için borçluya ek süre vermek zorunda da olmayacaktır[611]. *Decurtins'e* göre, borcunu ifa etmek istemeyen bir borçluyu bunu yerine getirmesi talebiyle ihtar etmek de yararsızdır ve bu sebeple seçimlik hakların kullanılması için ihtara da gerek yoktur[612]. Şayet alacaklı, borçlunun ifadan kaçınmasına rağmen aynen ifayı talep etmeye devam ederse, Federal Mahkeme'nin de ifade ettiği gibi[613], borç muaccel oluncaya dek gecikme tazminatı talep edemez[614]. Bu bakımdan, işin doğası gereği, alacaklının muacceliyetten önceki seçimlik hakları borçlu temerrüdüne kıyasla daha sınırlıdır.

Burada *Schenker'in* görüşünün gerekçelerini ayrıca incelemek gerekmektedir. *Schenker'e* göre, muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınılması hâlinde borçlu temerrüdünü düzenleyen İBK m. 107-109 (TBK m. 123-125) hükümleri *kıyasen* uygulanacaktır ama aslında buradaki sorun hiçbir şekilde borçlu temerrüdüne ilişkin

---

Schuldnerverzug); **BK-Koller**, Art. 366, N. 730 vd.; **Rampini**, N. 563 vd.; **Guhl, Theo / Koller, Alfred**; Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000, § 32, N. 3 (*antizipierter Schuldnerverzug*); **Bläser, Alexander**; Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, Zürich/St. Gallen, 2011, s. 98-99 (https://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3869/$FILE/dis3869.pdf, E.T. 15.06.2018); **Gujer, Hans**; Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber, Zürich, 1947, s. 115 (Decurtins, s. 70-71, dn. 20, 21'deki doğrudan atıflardan naklen).

610 **Gujer**, s. 115 (Decurtins, s. 70-71, dn. 20, 21'deki doğrudan atıflardan naklen): Duruma daha edebi bir dille yaklaşan Gujer, muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınılması hâlinde sözleşmenin, hattâ alacaklının malvarlığı menfaatinin üzerinde Demokles'in kılıcının sallanmaya başladığını ifade etmektedir. Buna göre bazı hukuki kavramlara bağlı kalmak yerine alacaklıya sağduyu ile hareket etme imkânı verilirse alacaklı haklı olarak kendi malvarlığı değerlerini olabildiğince iyi şekilde korumaya gayret edecektir ve bunda da ne kadar hızlı hareket ederse o denli başarılı olacaktır. Öyleyse alacaklıdan önündeki ciddi ifa tehlikesi açık bir borca aykırılığa dönüşene kadar beklemesi talep edilemez. Dolayısıyla ifadan kaçınıldığı tüm durumlarda alacaklıya muacceliyetten önce İBK m. 107 vd. hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle harekete geçme imkânı verilmelidir.

611 **Decurtins**, s. 73-75; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3; **Schenker**, N. 223; **Bläser**, s. 98.

612 **Decurtins**, s. 73-75. Karş. **Schenker**, N. 225-226; **Bläser**, s. 98-99.

613 BGE 69 II 244.

614 **Decurtins**, s. 77; **Koller** (OR AT), § 55, N. 106.

değildir[615]. Çünkü, temerrütte borçlu ya muaccel olan borcunu ihtara rağmen ifa etmemiştir ya da tarafların birlikte bir vade belirlemiş olmasına karşın ifa gününde borcunu yerine getirmemiştir[616]. Bu şartlar gerçekleşmedikçe, yani muacceliyet koşulu sağlanmadan önce, borçlu borçlandığı edimi ifa etmekle yükümlü olmaz. Bu sebeple muacceliyetten önce borçlu temerrüdünden bahsedilemez ve alacaklı da borç muaccel olmadan önce borçluyu temerrüde düşüremez[617]. Ancak borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınması hâlinde, yani borçlu henüz temerrüde düşmeden, ileride sözleşmeye aykırı davranılacağı neredeyse kesin olarak öngörülebiliyorsa, alacaklıdan iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyle bağlı kalmaya devam etmesi beklenemeyeceği için alacaklıya İBK m. 107-109 (TBK m. 123-125) hükümlerinin *kıyasen* uygulanması yoluyla burada düzenlenen seçimlik haklardan, borçluya ek süre vermeksizin, yararlanma imkânı tanınır[618]. Bununla birlikte, borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmemesi bir borca aykırılık oluşturmayacağı ve borcun ifa edilmeyeceğinin açıklanması da edim yükümlülüğünü muacceliyetten önceye çekmeyeceği için İBK m. 103-106 (TBK m. 119-122) hükümlerindeki borçlu temerrüdüne ilişkin sonuçlar, muacceliyetten önce ifadan kaçınan borçlu bakımından gerçekleşmez[619]. Zira, henüz borçlunun borcunu ifa etmemesi borca aykırılık teşkil etmemektedir. Bu itibarla, taraflar sözleşmede belirli bir vade kararlaştırmamışsa, alacaklı borçluyu *ihtar etmek zorundadır* ama muacceliyetten önce ifadan kaçınılması sebebiyle bu ihtar daha borç muaccel olmadan yapılabilecektir[620].

IV. TBK m. 473'ü Kıyasen Uygulayan Görüş

Öğretideki bir görüşe göre, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili boşluk, TBK m. 473'ün *hukuki kıyas* yoluyla tüm sözleşmelere uygulanmasıyla

615 **Schenker**, N. 224-226. Aynı yönde: **Bläser**, s. 98-99.
616 **Schenker**, N. 224.
617 **Schenker**, N. 225. Aynı yönde: **Bläser**, s. 98-99.
618 **Schenker**, N. 225. Aynı yönde: **Bläser**, s. 98-99.
619 **Schenker**, N. 226. Aynı yönde: **Bläser**, s. 98-99. Karş. **BK-Weber**, Art. 102, N. 151.
620 **Schenker**, N. 226. Aynı yönde: **Bläser**, s. 98-99.

doldurulmalıdır[621]. Bunun sonucunda, TBK m. 473 altında iş sahibine tanınan muacceliyetten önce sözleşmeden dönme hakkı, *hukuki kıyas* yoluyla borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tüm hâllerde alacaklıya tanınacaktır[622]. *Başoğlu'na* göre, TBK m. 473'ün sonuçlarının borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tüm durumlarda uygulanması en uygun çözümdür ama yapılacak *hukuki kıyasta* TMK m. 2 ve ifa güçsüzlüğüyle ilgili TBK m. 98, 332 ve 436 hükümleri de dikkate alınmalıdır[623].

Koller'e göre, İBK m. 366 (TBK m. 473) hükmünün her iki fıkrasının da altında, sözleşmenin amacının ciddi olarak tehlikeye düştüğünün anlaşılması karşısında, iş sahibinin teslim anına kadar beklemesinin makul olmadığı şeklindeki temel fikir yatar[624]. Bu temel fikir genelleştirilerek diğer sözleşmeler için de uygulanabilir[625]. Ancak *Koller*, İBK m. 366 (TBK m. 473)'ü bir tür *muacceliyetten önce temerrüt* hükmü olarak gördüğü için, sözleşmenin amacının önemli ölçüde tehlikeye düştüğü durumlarda, alacaklının yalnızca sözleşmeden dönme değil, aynen ifadan vazgeçerek borçlu temerrüdündeki tüm seçimlik haklara başvurma hakkı olduğunu belirtmektedir[626].

V. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Borçlunun muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınmasını özellikle yapma edimleri bakımından ifa imkânsızlığı sayan görüşün kabul edilebilmesi, yine aynı yazarların savunduğu ifa imkânsızlığı anlayışının benimsenmesine bağlıdır[627]. Bu imkânsızlık anlayışını eleştiren *Kurt'a* göre, ifa imkânsızlığı bir maddi hukuk meselesidir

621 **Atamer** (CISG), s. 409, dn. 687; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 310.
622 **Atamer** (CISG), s. 409, dn. 687; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 310.
623 **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 310.
624 **BK-Koller**, Art. 366, N. 26.
625 **BK-Koller**, Art. 366, N. 26. Aynı yönde: **Rampini**, N. 564.
626 **BK-Koller**, Art. 366, N. 24 vd., 222 vd., 730 vd. Gerçi yazar, temerrüt hukukunun uygulanmasına henüz borcun muaccel olmaması sebebiyle karşı çıkılabileceğini de ifade etmektedir. Ayrıca yazara göre, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınması hâlinde başvurulan dürüstlük kuralı fazla genel kalmaktadır. Bkz. **BK-Koller**, Art. 366, N. 28.
627 **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 294.

ve bunun alacaklının borcu cebri icra edip edememesi üzerinden tespit edilmesi isabetli değildir[628]. *Kurt*, alacağın cebren icrasının sağlanıp sağlanamayacağının ifa imkânsızlığının sebebi değil, ancak sonucu olabileceğini ve bunun ifa imkânsızlığını sadece teyit edebileceğini ama imkânsızlık olgusunu açıklamayacağını ifade etmektedir[629]. Özellikle TBK m. 113/I ve İİK m. 30/I düzenlemeleri ifa imkânsızlığını alacaklı bakımından ele alan görüşün kabul edilmesini ve bu doğrultuda muacceliyetten önce ifadan kaçınılması hâlinde yapma ediminin ifasının imkânsızlaştığının varsayılmasını güçleştirmektedir.

İfa imkânsızlığı görüşündeki yazarlar, TBK m. 113/I hükmünü ifayı sağlayan bir düzenleme olarak değil, bir tazminat hükmü olarak nitelendirmektedir[630]. Oysa *Aydıncık'ın* ortaya koyduğu üzere TBK m. 113/I ifa imkânsızlığıyla alakalı olmadığı gibi bir tazminat hükmü de değildir[631]. *Aydıncık*, TBK m. 113/I'de sunulan *nama ifayı* talep etme hakkının, aynen ifa talebinin bir parçası olmadığını kabul etmekle birlikte yine de bir nevi ifa niteliğini taşıdığını ifade etmektedir[632]. Gerçekten de TBK m. 113/I hükmünün işletilmesi sonucunda alacaklı işi bizzat kendisi yaparak veya borçlu dışında bir üçüncü kişiye yaptırarak sözleşmeye konu yapma ediminin ifasını tam olarak elde etme imkânına sahipken, sırf bu ifayı borçlu yerine getirmedi ya da yerine getirmeyi reddetti diye ifa imkânsızlığından bahsedilememelidir. Dolayısıyla, TBK m. 113/I düzenlemesi karşısında, muacceliyetten önce ifadan kaçınma, en azından kişisel edim içermeyen yapma borçları bakımından, bir ifa imkânsızlığı sayılamamalıdır.

---

628 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 90.

629 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 90.

630 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1460; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 129.

631 **Aydıncık, Şirin**; Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul, 2013, s. 106. Yazara göre TBK m. 113/I hükmü yapma borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde alacaklıya TBK m. 125'teki seçimlik haklara ek bir hak tanımaktadır. Bkz. **Aydıncık**, s. 106-108.

632 **Aydıncık**, s. 102-104.

Buna ek olarak, ifa imkânsızlığı görüşünü savunan yazarlar, bir işin yapılması konusunda alınan ilamların İİK m. 30/I uyarınca icra edilmesinin ve bunun gereğini yerine getirmeyen borçlunun İİK m. 343 altında tazyik hapsine mahkum edilmesinin yalnızca borçlunun ifa etmeme bildiriminin yapma ediminin ifasını imkânsızlaştırmadığına kanıt oluşturacağını ileri sürmektedir[633]. Bunun sonucunda, muacceliyetten önce bir yapma ediminin ifasından kaçınılması hâlinde, alacaklıya seçimlik olarak ifa imkânsızlığı nedeniyle tazminat talep etme veya ifa davası açarak İİK m. 30/I ile 343'teki prosedürleri işletme olanağı tanınmaktadır. Ancak alacaklı, borçlunun ifa etmeme bildirimini ifa imkânsızlığı sayarak tazminat istedikten sonra fikir değiştirip ifa davası açamayacaktır[634]. Yazarların kendilerinin de ifade ettiği üzere, böyle bir durumda, ifa imkânsızlığı gibi objektif bir olgu *alacaklının sübjektif anlayışına bağlanmaktadır*[635]. Bu, uygulamada içinden çıkılmaz sorunlar yaratabilecek niteliktedir: TBK m. 113/I'den daha kapsamlı olarak İİK m. 30/I hem kişisel edim niteliğindeki hem de bu nitelikte olmayan yapma borçlarının ilamlı icrasını düzenlemektedir[636]. Ancak, TBK m. 113/I'den farklı olarak, İİK m. 30/I'de kişisel edim niteliğinde olmayan yapma borçları bakımından alacaklıya işi bizzat yapma imkânı sunulmamıştır. Kişisel edim niteliğinde olmayan yapma edimleri konusunda alınan ilamların icrasında, icra müdürü öncelikle işin yapımı için gereken masrafı bilirkişiye hesaplattıracak, sonra bu masrafı alacaklı razı olursa ondan, olmazsa borçlunun yeterli malı haczedilip satılmak suretiyle borçludan alacak ve işi bir üçüncü kişiye yaptıracaktır[637]. Dolayısıyla burada, yukarıdaki paragrafta TBK m. 113/I ile ilgili olarak ulaşılandan farklı bir sonuca ulaşılmayacak ve borçlu kişisel bir edim olmayan yapma borcunun ifasından muacceliyetten önce kaçınsa dahi bu ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilemeyecektir. Kanun koyucu, İİK m. 343

633 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1461.
634 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1461.
635 Yazarların bu konudaki açıklamaları için bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1461, dn. 345.
636 **Erdoğan, Ersin**; "Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, 145-176, s. 158-160.
637 **Erdoğan**, s. 158.

altında, kişisel edim içeren yapma edimlerinin *aynen ifasını* cezai müeyyide yoluyla sağlamaya çalışmıştır[638]. Bu hükümde, borçlunun *dilerse* aynen ifayı gerçekleştirebileceği göz önünde bulundurulmuş ve gerçekleştirmediği takdirde tazyik hapsi ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bir an için borçlunun muacceliyetten önce ifadan kesin olarak kaçınmasının, en azından *kişisel edim niteliğindeki yapma borçları* bakımından, ifa imkânsızlığı teşkil ettiği kabul edilirse bir işin yapılmasına karar vermesi istenen mahkeme, ifa imkânsızlığını re'sen göz önünde bulundurup zaten bu talebi reddetmek zorunda olacak ve İİK m. 30/I ile 343 hiç uygulama alanı bulmayacaktır[639]. Diğer türlü, *Oğuzman / Öz'ün* ifade ettiği gibi, alacaklının sübjektif anlayışına göre imkânsızlık sonucunun doğmayabileceği kabul edilirse[640] bu sefer de mahkeme her hâlükarda işin yapılmasına karar vermek durumunda olacaktır. Mesela, böyle bir durumda, İİK m. 343 uyarınca tazyik hapsine mahkum olan borçlunun, icra dairesi nezdinde de açıkça borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesi hâlinde artık ifa kesin olarak imkânsızlaştığı için hapis cezasının uygulanması durdurulacak mıdır? Bu soru olumlu yönde cevaplanabilir, çünkü borçlu, ifa etmeme iradesini doğrudan resmi makam nezdinde de ifade ettiği için artık yapma ediminin ifasının imkânsız olup olmadığı alacaklının sübjektif anlayışının dışına çıkmaktadır. Ancak bunun kabulü hâlinde, İİK m. 343 anlamsız bir düzenleme olacaktır; zira bu hüküm uyarınca tazyik hapsine mahkum edilen her kişisel edim niteliğindeki yapma edimi borçlusu, borcunu kesin olarak ifa etmeyeceğini icra dairesine bildirecek ve cezanın uygulanmasını durduracaktır. Böyle bir bildirimde bulunmayan borçlunun tazyik hapsinde tutulmaya devam edilmesi ise

638 **Erdoğan**, s. 160.

639 **Erdoğan**, s. 161: "*[…] henüz mahkemece hüküm verilmeden önce söz konusu imkânsızlık durumu gerçekleşmişse, artık mahkemenin yapma emri verebilmesi (aynen ifa) mümkün değildir. İmkânsızlığın gerçekleştiği aşamaya göre tazminat talepleri gündeme gelebilir. Ancak artık İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesinin ve dolayısıyla hapis cezasına ilişkin hükmün uygulama alanı kalmaz. İcra ve İflâs Kanunu'nun 30'uncu maddesi ancak yapma borcunun ifasının mümkün olmasına rağmen borçlu tarafından yerine getirilmediği hâllerde uygulanır. Başka bir anlatımla, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getiremediği değil getirmediği hâllerde söz konusu olur.*"

640 Yazarların bu konudaki açıklamaları için bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1461, dn. 345.

herhalde adaletsiz olacaktır. Sonuç itibariyle, ifa imkânsızlığını alacaklı bakımından ele alan ve bu doğrultuda muacceliyetten önce ifadan kaçınılmasının özellikle yapma borçlarında ifayı imkânsızlaştırdığını savunan görüş, İİK m. 30/I ve 343 kapsamında da kabul edilebilir gözükmemektedir.

Bunların yanında, ifa imkânsızlığı görüşü, borçlunun her nasılsa ifada bulunması hâlinde de benimsenmesi zor sonuçlar doğurmaktadır. Eğer yapma edimi borçlusunun muacceliyetten önce ifadan kaçındığı anda ifanın imkânsızlaştığı kabul edilirse alacaklı artık istese de ifayı kabul edemeyecektir. Şayet alacaklının ifayı kabul edebileceği varsayılırsa bu sefer de ifası imkânsızlaşmış bir edimin ifa edilmesi gibi çelişkili bir sonuç ortaya çıkmaktadır[641]. Aslında bu sorun, ifanın imkânsızlaşıp imkânsızlaşmadığının alacaklının sübjektif anlayışına bağlanmasıyla aşılabilir ama bu durumda da sözleşme ilişkisinin kaderi tamamen alacaklının ellerine bırakılmaktadır.

İfa imkânsızlığı görüşü sonuçları itibariyle de adaletli görünmemektedir. Zira bu görüş, yalnızca muacceliyetten önce ifasından kaçınılan yapma edimlerinin ifasının imkânsızlaştığını kabul etmekte, verme edimlerinde ise alacaklının muacceliyete kadar beklemesi gerekeceğini belirtmektedir[642]. Oysa yapma edimlerinde alacaklıya derhâl TBK m. 112 uyarınca tazminat talep etme imkânı sunup, verme edimlerinde alacaklıyı muacceliyete kadar beklemek zorunda bırakmak aynı haksızlığı bir durumda derhâl *müspet zararın* tazmini[643] gibi ağır bir yaptırıma bağlarken başka bir durumda hiçbir yaptırıma bağlamamak anlamına gelmektedir. Öyleyse, mesela, verme edimi borçlusu, muacceliyet tarihine kadar ifadan kaçınmakta tam serbestiye mi sahip olacaktır? Bu sorunun olumlu yönde cevaplanması mümkün değildir. Sonuç olarak, borca aykırı

641 **Sert / Cihan**, s. 913.

642 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1574. Aynı eleştiri için: **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 295-296.

643 **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 184; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1458-1461, 1574; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 158.

davranılacağının önceden belli olmasını bir ifa imkânsızlığı olarak nitelendiren görüş ikna edici değildir.

Sözleşmenin müspet ihlali görüşündeki yazarlardan, muacceliyetten önce ifadan kaçınılmasının ifa gününe kadar her zaman geri alınabileceğini ve bu sebeple alacaklının yalnızca bir zarara uğramışsa bunun tazminini talep edebileceğini kabul edenler[644], alacaklıyı muacceliyete kadar beklemek zorunda bırakmaktadır. Buna karşın, genel olarak kabul edilen görüşe göre[645], borcun ifa edilmeyeceğinin kesin olarak bildirilmesiyle sözleşmenin amacı ciddi olarak tehlikeye düşer ve muacceliyete kadar beklemek alacaklı için çekilmez hale gelir. Ayrıca alacaklının edim yükümlülüğü, ifadan kaçınan borçlununkinden daha önce muaccel olacaksa alacaklı ifada bulunmak zorunda da bırakılmamalıdır[646].

Öğretide, sözleşmenin müspet ihlali görüşüne yöneltilen temel eleştiri, bu nitelendirmenin alacaklıya yalnızca muacceliyetten önce bir tazminat hakkı tanıyacağı ama dönme hakkı vermeyeceği yönündedir[647]. Fakat bu eleştiri, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının özel olarak değerlendirilen[648] bir sözleşmenin müspet ihlali hali olduğu gerçeğini yadsımaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi ve sözleşmenin müspet ihlali görüşündeki yazarların çoğu, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının doğrudan doğruya sözleşmenin amacını tehlikeye düşüren veya bertaraf eden nitelikli bir sözleşmenin müspet ihlali olduğunu kabul ederek ya doğrudan sözleşmeden dönme hakkı tanımakta ya da bir adım daha ileri giderek temerrüt

644 **Oser / Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 97-109, N. 17, Art. 102, N. 15, Art. 108, N. 3; **Honegger**, s. 39.

645 **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 974-975; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; **Serozan** (İfa), § 18, N. 8-9; **Serozan** (Dönme), s. 318; **Sert / Cihan**, s. 903; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 287 vd.; **Kartal / Öğün**, s. 244 vd.; BGE 69 II 243 vd.; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59; **Schenker**, N. 225; **Schwenzer**, N. 68.09 vd.; **Gauch / Schluep / Emmenegger**, N. 2624, 2651.

646 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1566, dn. 501; **Sert / Cihan**, s. 903.

647 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1567, 1571; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 297, 309.

648 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; **Schwenzer**, N. 68.09 vd.; **Gauch / Schluep / Emmenegger**, N. 2624, 2651.

hükümlerinin *kıyasen* uygulanacağını ifade etmektedir[649]. Dolayısıyla sözleşmenin müspet ihlalinin yalnızca TBK m. 112 uyarınca tazminat hakkı vereceği ve alacaklıyı muacceliyete dek korumasız bırakacağı eleştirisi isabetli görünmemektedir.

Sözleşmenin müspet ihlali görüşüne yöneltilen diğer bir eleştiri, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınmasının "gereği gibi ifa etmeme" veya "kötü ifa" sayılamayacağını, çünkü borç muaccel olmadan bunun gereği gibi ifa edilmemesinden veya kötü ifasından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir[650]. Bu eleştiri, öğretideki hâkim görüşün TBK m. 112'deki (İBK m. 97'deki) "gereği gibi ifa etmeme" (kötü ifa) kavramı varken, Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşmenin müspet ihlali kavramına gerek olmadığını[651] savunmasından kaynaklanmaktadır. Oysa Kuntalp'in belirttiği gibi: "*Ancak, kanaatimizce art arda teslimli satım aktinde teslim borçlarından birinin ifa edilmemesinin aktin gayesini tehlikeye düşürmesi veya akamete uğratması veya vadeden önce borcun ifa edilemiyeceğinin kat'i ve ciddi olarak bildirilmesini borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı içine sokmak mümkün değildir. Çünkü Borçlar Kanunu kaideten 96 vd. maddelerde muaccel bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin neticelerini düzenlemiştir. Halbuki bu son iki halde borç veya borçlar henüz müecceldirler. Bu itibarla, bu durumlarda aktin müspet ihlali kavramına müracaat zaruridir.*"[652] Dolayısıyla bu eleştiri, yalnızca borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını "gereği gibi ifa etmeme" veya "kötü ifa" altında inceleyen yazarlar bakımından haklılık

---

649 Dönme hakkı verilmesi gerektiğini savunanlar: **Serozan** (İfa), § 18, N. 8-9; **Serozan** (Dönme), s. 318; **Schwenzer**, N. 67.09, 68.10, 68.10a; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 15, 27-28. İBK m. 107-109'daki temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunanlar: **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 974-975; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; **BK-Weber**, Art. 102, N. 55, 148 vd., Art. 107, N. 49, Art. 108, N. 12 (Yazar İBK m. 103-106'daki hükümlerin de kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir: Art. 102, N. 151); **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2619, 2624, 2651, 2743; **CHK-Furrer/Wey**, OR 97-98, N. 89; BGE 69 II 243 vd.; BGer 4C.58/2004 E. 3.3.

650 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1571; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 296-297. Karş. **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 974; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75.

651 **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 400, 402; **Serozan** (İfa), § 17, 1; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1542-1543. Tartışmalar için bkz. **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 73 vd.

652 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75.

payına sahip görünmektedir[653]. Ancak yine de böyle bir eleştirinin haklı olup olmadığını anlayabilmek için her bir yazarın gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa kavramını nasıl tanımladığının incelenmesi gerekecektir.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâlinde borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunan görüş[654] ise muacceliyetten önce borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmanın, kanunun sistematiği dikkate alındığında, kıyasen dahi caiz olamayacağı belirtilerek eleştirilmektedir[655]. Mesela, borçlu temerrüdü hükümlerinde düzenlenen gecikme tazminatı (TBK m. 118, 125/I), temerrüt faizi (TBK m. 120, 121), temerrüde düşen borçlunun hasarı üstlenmesi (TBK m. 119/I) gibi bazı kanuni sonuçların muacceliyetten önce uygulanmasının işin niteliğine ters düştüğü ve hattâ imkânsız olduğu ifade edilmektedir[656]. Fakat belirtmek gerekir ki, zaten borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanacağını ifade eden yazarlardan da burada sayılan hükümlerin, işin niteliğine uygun düşmedikleri için, kıyasa konu edilmeyeceğini açıklayanlar vardır[657]. Örneğin, Federal Mahkeme de borç muaccel olmadıkça gecikme tazminatına hükmedilemeyeceğini belirtmiştir[658]. Borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda kıyasen uygulanabileceği ileri sürülen borçlu temerrüdüne ilişkin düzenlemeler İBK m. 107-109 (TBK m. 123-125) ve özellikle İBK m. 107/II ve 108/I (TBK m. 125/II ve 124/I) hükümleridir; muacceliyetten önce kıyasen bile uygulanamayacağı sebebiyle diğer hükümler çoğu kez tartışılmamıştır[659]. Ayrıca Federal

---

653 Örneğin bkz. **Schwenzer**, N. 68.09 vd.; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 28.

654 **Eren**, s. 1073-1074; **Sanlı**, s. 465, dn. 499; **Sert / Cihan**, s. 915 vd.; **Schenker**, N. 223 vd.; **Decurtins**, s. 73 vd., özellikle s. 80, dn. 1; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106 (*antizipierter Schuldnerverzug*); **BK-Koller**, Art. 366, N. 730 vd.; **Rampini**, N. 563 vd.; **Guhl / Koller**, § 32, N. 3 (*antizipierter Schuldnerverzug*); **Bläser,** s. 98-99; **Gujer**, s. 115 (Decurtins, s. 70-71, dn. 20, 21'deki doğrudan atıflardan naklen).

655 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1572; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 291-292. Ayrıca bkz. **Serozan** (İfa), § 17, N. 13; **Grieder**, s. 58.

656 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1572; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 291-292.

657 **Schenker**, N. 226; **Bläser**, s. 98-99; **Koller** (OR AT), § 55, 106. Karş. **BK-Weber**, Art. 102, N. 151.

658 BGE 69 II 244. Aynı yönde: **Decurtins**, s. 77; **Koller** (OR AT), § 55, 106.

659 Diğer hükümlerin tartışılmadığı tespiti için bkz. **Schenker**, N. 226. Borçlu temerrüdü görüşünde olup İBK m. 107-109 (TBK m. 123-125) hükümlerinin kıyasen uygulanacağını ifade eden yazarlar için

Mahkeme'ye göre, İBK m. 107/II ve 108/I (TBK m. 125/II ve 124/I) hükümlerinin kıyasen uygulanmasında dahi somut olayın özelliklerinin böyle bir kıyasen uygulamaya ne ölçüde izin verdiği araştırılacaktır[660].

Borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanmasına getirilen bir diğer eleştiri, alacaklının TBK m. 125/II uyarınca aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi hâlinde tazminatın nasıl hesaplanacağı sorununun ortaya çıkacağıdır[661]. Muacceliyetten önce müspet zarara ilişkin tazminatın hesabı karşılaştırmalı hukukta da ciddi tartışmalara yol açmakla birlikte, bu hesaplamanın nasıl yapılabileceğine ilişkin pek çok çözüm önerisi de getirilmiştir. Örneğin, CISG'de borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda tazminatın nasıl hesaplanacağı özel düzenlenmemiştir; ancak tazminata ilişkin genel hükümler olan CISG m. 74-77'den yola çıkılarak, kâr kaybı da dahil olmak üzere, tazminatın nasıl hesaplanabileceği ortaya koyulmaya çalışılmıştır[662]. TBK m. 236'ya benzer şekilde, CISG m. 74-77 hükümlerinde de tazminatın hesaplanmasında somut ve soyut yöntemler öngörülmüştür. Bu bakımdan, Türkiye'nin de CISG'ye taraf olduğu düşünüldüğünde, özellikle verme edimi ihtiva eden sözleşmelerde, CISG bağlamında yapılan tartışmalar, Türk hukukunda da muacceliyetten önce müspet zarara ilişkin tazminatın hesaplanmasında yol göstericidir. Keza, Türk hukukuyla benzer olarak, tazminatın hesaplanmasında fark ve mübadele teorileri ile somut ve soyut yöntemi kabul eden Alman hukukunda da muacceliyetten önce tazminatın nasıl hesaplanacağı ayrıntılı olarak incelenmiştir[663]. İsviçre hukukunda ise *Decurtins* bu konuyu ele almıştır[664].

---

bkz. **Decurtins**, s. 73 vd.; **Schenker**, N. 223-225; **Bläser**, s. 98-99; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106; **Guhl / Koller**, § 32, N. 18. Karş. **BK-Weber**, Art. 102, N. 151.

660 BGer 4C.58/2004 E. 3.3: "*Wird eine solche Leistungsverweigerung schon vor der Fälligkeit der Leistung ausgesprochen, liegt eine* ***antizipierte Vertragsverletzung*** *vor, welche den Gläubiger nach der Rechtsprechung berechtigt,* ***in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR und Art. 107 Abs. 2 OR die dort vorgesehenen Wahlrechte auszuüben, soweit dies die besonderen Verhältnisse gestatten.***"

661 **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 292.

662 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda § 4, II, A.

663 **Weidt**, s. 212 vd.; **MünchKomm/Ernst** (2016), § 281, Rn. 66 vd.

664 **Decurtins**, s. 77 vd.

Sonuçta, muacceliyetten önce müspet zararın tazmininin sorunlara yol açtığı doğrudur ama bunların çözümsüz olduğunu söylemek güçtür.

TBK m. 473 hükmünün, *hukuki kıyas* yoluyla, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tüm durumlarda uygulanması gerektiğini öne süren görüş[665], yalnızca eser sözleşmesi için öngörülmüş özel bir hükmün uygulama alanını bütün sözleşmelere genişletmesi sebebiyle eleştirilmiştir[666]. *Kartal / Öğün'e* göre, hukuki niteliği ciddi şekilde tartışmalı olan bir özel hükmün, bir genel hüküm gibi borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu hallerin tamamı bakımından uygulanması çok zordur[667]. Öğretideki baskın görüşe göre, TBK m. 473/I hükmü, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerce doldurulmalı ve alacaklıya, borçlu temerrüdü hâlinde sahip olacağı tüm seçimlik haklar muacceliyetten önce tanınmalıdır[668]. Azınlıkta kalan ama daha yeni tarihli eserlerde savunulan görüşe göre, TBK m. 473/I hükmü alacaklıya yalnızca sözleşmeden dönme hakkı vermektedir ve bu hükmün, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerle doldurulması yerinde değildir[669]. Fakat azınlıkta kalan görüş kabul edilirse muacceliyetten önce TBK m. 113/I hükmünün uygulanma olanağı ortadan kalkmaktadır ve nama ifa hakkını kullanmak isteyen yapma borcu alacaklısı muacceliyete kadar beklemek zorunda kalmaktadır[670]. Öte yandan, baskın görüş kabul edilirse, TBK m. 473/I

---

665 **Atamer** (CISG), s. 409, dn. 687; **Başoğlu** (Öncelenmiş Borca Aykırılık), s. 310.

666 **Karakurt**, s. 88; **Sert / Cihan**, s. 915; **Kartal / Öğün**, s. 247 vd. Bazı yazarlar, TBK m. 473/I'in yalnızca diğer yapma edimi içeren sözleşmelere kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir. **Aydıncık**, s. 51; **Sert / Cihan**, s. 916.

667 **Kartal / Öğün**, s. 241, 249.

668 **Gauch**, N. 668 vd.; **Koller, Alfred;** Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen, 2015, § 8, N. 347 vd.; **BK-Koller**, Art. 366, N. 25, 222 vd.; **Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 631; **Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak**; Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 1018-1019; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre**; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara, 2017, s. 519 vd.; **Kurt** (Eseri Teslim Borcu), s. 66-67; **Aydıncık**, s. 194-195; **Altaş**, s. 98 vd.; **Kaplan**, s. 94-95. Karş. **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 49 vd.; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 128-129; **Gümüş**, s. 25-26; **Karakurt**, s. 195 vd.; **Ürem**, s. 149 vd.

669 **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 49 vd.; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 128-129; **Gümüş**, s. 25-26; **Karakurt**, s. 195 vd.; **Ürem**, s. 149 vd.

670 Bkz. **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 128. Yazar, bu eleştirinin isabetli olduğunu ama kabul ettiği ifa imkânsızlığı görüşüne göre, yüklenicinin işi hiç yapmayacağı/yapamayacağı ortaya çıktığında imkânsızlıktan bahsedileceği için, alacaklının isteyeceği müspet zararın tazmini içine TBK m.

hükmü borçlu temerrüdüne ilişkin genel kurallarla doldurulacağı için, bu hükmün borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tüm hâllerde kıyasen uygulanması mümkün olmayacaktır ya da böyle bir kıyasen uygulama, aynı zamanda borçlu temerrüdü hükümlerinin de kıyasen uygulanması sonucunu doğuracaktır.

Sonuçta, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını bir tür nitelikli sözleşmenin müspet ihlali sayan ve bu durumda TBK m. 123-125 (İBK m. 107-109) hükümlerinin *kıyasen* uygulanacağını kabul eden görüş üstün tutulmalıdır. *Kuntalp'in* ifade ettiği gibi, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, TBK m. 112 uyarınca muaccel borçlar için geçerli olan bir tür gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa olarak değil, ancak sözleşmenin müspet ihlalinin bir alt türü olarak nitelendirilebilir[671]. Buna karşın, borçlu temerrüdü görüşündeki *Decurtins* bu konuda şöyle yazmaktadır: "*Şayet, diğer türlü hukukumuz için gerekli olmayan sözleşmenin müspet ihlali kavramı, kanunla düzenlenmemiş olan muacceliyetten önce ifadan kaçınılması hallerini açıklamak için kullanılıyorsa tartışılacak bir şey yoktur. Sözleşmenin müspet ihlali kavramı yerine kurmaca, atipik, öngörülebilen veya öne alınmış bir temerrütten de bahsedilebilir.*"[672] Oysa sözleşmenin müspet ihlali nitelendirmesi yapmadan doğrudan borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanmasından bahsetmek isabetli değildir; çünkü *Schenker'in* belirttiği üzere, İBK m. 103-106 (TBK m. 119-122)'deki haklardan muacceliyetten önceki alanda yararlanılamaz[673]. Ayrıca, borçlu temerrüdü ve ifa imkânsızlığı dışında kalan borca aykırılıkları ifade etmek üzere ortaya koyulmuş sözleşmenin müspet ihlali

113/I'deki nama ifanın da girdiğini belirtmektedir. Ancak, yazarın ifa imkânsızlığı anlayışı kabul edilmezse, TBK m. 113/I'in uygulama olanağı ortadan kalkmaktadır.

671 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75.

672 **Decurtins**, s. 80, dn. 1: "*Wenn für die Bezeichnung des gesetzlich nicht geregelten Tatbestandes der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Begriff der sonst für unser Recht entbehrlichen positiven Vertragsverletzung herangezogen wird, so ist dagegen nichts einzuwenden. Statt von positiver Vertragsverletzung könnte auch von unechtem, atypischem, antizipiertem oder vordatiertem Verzug gesprochen werden.*"

673 **Schenker**, N. 226. Aynı yönde: **Bläser**, s. 98-99. Karş. **BK-Weber**, Art. 102, N. 151.

kavramı varken, bunun yerine öngörülebilen veya öne alınmış bir temerrütten söz etme gereği de yoktur.

Mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte, TBK m. 473/I hükmü, düzenlediği olay grupları bakımından, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının bir türü olan *gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşürülmesinin* eser sözleşmesindeki özel bir görünümünden ibaret sayılmalıdır. Özel hüküm olması sebebiyle, örneğin, TBK m. 473/I'de doğrudan işin vadeye yetişmeyeceğinin açık olmasına sonuç bağlanırken, diğer sözleşmelerde ancak muacceliyetten sonra verilecek ek bir süre içinde bile ifanın yapılamayacağı açıksa borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sonucu doğacaktır[674].

Nihayet, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kabul ettiği üzere[675], borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, doğrudan doğruya sözleşmenin amacını tehlikeye düşüren veya bertaraf eden bir sözleşmenin müspet ihlali türü olarak nitelendirilmeli ve artık alacaklıdan daha fazla sözleşmeyle bağlı kalması beklenemeyeceği için, alacaklıya TBK m. 123-125 (İBK m. 107-109)'daki borçlu temerrüdü hükümlerinin *kıyasen* uygulanması yoluyla aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme veya müspet zararının tazminini isteme hakkı tanınmalıdır. Böylece alacaklıya yapma borçlarında, muacceliyetten önce TBK m. 113/I'e başvurma imkânı da sunulmaktadır.

§ 8. KOŞULLARI

I. Geçerli Bir Sözleşmenin ve Mevcut Bir Borcun Varlığı

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından bahsedebilmek için öncelikle ortada geçerli bir sözleşme olması gerekir. Bu, tam iki tarafa borç yükleyen, eksik iki tarafa borç yükleyen veya tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olabilir. Buna

674 Bu konudaki açıklamalar için bkz. yukarıda § 6, II, B, 2, b.
675 BGE 69 II 243 vd.

ek olarak bu sözleşmeden doğan borcun da ibra, takas, yenileme gibi bir sebepten dolayı sona ermemiş olması gerekir. Zira mevcut olmayan bir borcun ifa edilmeyeceğinin açıklanması sonuç doğurmayacağı gibi bu borcun gelecekteki ifası objektif olarak da tehlikeye düşürülemez.

II. Borcun İfasının Mümkün Olması

Türk hukukunda genel olarak kabul edilen görüş ifa imkânsızlığını borçlu bakımından ele almakta ve ifanın imkânsız olup olmadığını değerlendirirken borçlunun edimi ifa etmesinin önünde kesin ve sürekli bir engel olup olmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir[676]. Bu görüşteki yazarlar kendi içinde imkânsızlığa dar anlam verenler ve imkânsızlığa geniş anlam verenler olarak ayrılabilir[677]. İmkânsızlığa dar anlam veren görüşe göre yalnızca edimin ifası fizik veya mantık kuralları ya da bilim ve teknolojinin mevcut düzeyi yahut hukuki bir sebeple kesin ve sürekli olarak engelleniyorsa ifa imkânsızlığından bahsedilir[678]. İmkânsızlığa geniş anlam veren görüştekiler ise, dar imkânsızlık anlayışındaki durumlara ek olarak, ifada bulunulması için gereken çabanın gösterilmesinin dürüstlük kuralı uyarınca borçludan beklenemeyeceği halleri de imkânsızlık saymaktadır[679]. İsabetli bulunmadığı yukarıda ifade edilen[680] son bir görüş imkânsızlığı borçlu değil, alacaklı bakımından ele almakta ve alacaklının aynen ifayı cebri icra yoluyla kesin olarak elde edemeyeceği durumları ifa

---

676 Yargıtay HGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, 29.09.2010 (Kazancı, E.T. 28.08.2018). Öğretide imkânsızlığı belirttiğimiz şekilde ele alan ama kimi dar kimi geniş imkânsızlık anlayışını benimseyen yazarlar: **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 395 vd.; **Eren**, s. 1058 vd.; **Serozan** (İfa), § 14, N. 2; **Kılıçoğlu**, s. 838 vd.; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 903 vd.; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 91; **Başoğlu** (Aynen İfa), s. 156, dn. 321. İfa imkânsızlığını belirlerken alacaklıyı esas alarak edimin cebri icra yoluyla aynen yerine getirilemeyecek olmasını imkânsızlık sayan görüş için bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1455 vd.; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 158 vd.

677 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 82 vd.

678 **Kurt** (İmkânsızlık), s. 82-83, 91.

679 Bu görüş için bkz. **Kurt** (İmkânsızlık), s. 84-85.

680 Bkz. yukarıda § 7, V.

imkânsızlığı olarak nitelendirmektedir[681]. Buradaki açıklamalar imkânsızlığı borçlu bakımından ele alan görüşler esas alınarak yapılmaktadır.

İfa imkânsızlığı olan durumlarda borca aykırı davranılacağının önceden belli olması söz konusu olmaz[682]. Hattâ borca aykırı davranılacağı önceden belli olduktan ama alacaklı henüz sözleşmeden dönmeden veya aynen ifadan vazgeçmeden önce ifa imkânsızlaşırsa artık somut olaydaki imkânsızlığın türüne ilişkin hükümler uygulanır[683]. Zira ifası imkânsızlaşan bir borcun ifasının tehlikeye düşmesi mümkün değildir. Bu sebeple imkânsızlık ve borca aykırı davranılacağının önceden belli olması arasında bir yarışmadan da bahsedilemez.

III. Borcun Muacceliyet Tarihinin Ertelenmesi veya İfasının Zamana Yayılması

TBK m. 90 uyarınca aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur. Öyleyse kural derhâl muacceliyettir[684]. Borcun derhâl muaccel, yani alacaklı tarafından talep edilebilir, olduğu durumlarda borçlu edimin ifası için hazırlanmaya ihtiyaç duymaz ama bu durum, borcun doğumu ile ifanın yapılması arasında hiç süre geçmeyeceği anlamına da gelmez[685]. Dikkat edilmesi gereken, derhâl muaccel olan borçlarda bu sürenin ifanın hazırlanması için değil, yapılması için (örneğin sözleşme konusu edimin bir yerden başka bir yere getirilmesi) gerektiğidir[686]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, sözleşme kurulduktan sonra ama muacceliyetten önceki dönemde meydana geldiği[687] için derhâl

---

681 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1455 vd.

682 Bkz. **Weidt**, s. 109.

683 Zararı azaltma külfetine ilişkin olarak bu konudan bahseden bir inceleme için bkz. **Baysal**, s. 323: "*Öne alınmış sözleşmeye aykırılık söz konusu olsa da, alacaklı yine de ifa gününü beklemeyi seçebilir… Ara dönemde, edim borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşabilir. Bu durumda, öne alınmış sözleşemye aykırılıktan doğan haklarını kullanmış olsa idi tazminat talep edebilecek olan alacaklı, bunu yapmadığı için tazminat talep edemez hale gelir.*"

684 **Yüce**, s. 928 vd.

685 **Yüce**, s. 929-930.

686 **Yüce**, s. 930.

687 **Sert / Cihan**, s. 904.

muacceliyetin söz konusu olduğu durumlarda borca aykırı davranılacağının önceden belli olması mümkün değildir[688]. Bu sebeple borca aykırı davranılacağının önceden belli olması için ya borcun muacceliyet tarihi ertelenmiş olmalı ya da ifası zamana yayılıyor olmalıdır.

A. Vadeye Bağlı Borç

Vade, ifa zamanının süreye bağlanması anlamına gelir ve geleceği kesin olan bir andır[689]. Derhâl muacceliyetin geçerli olmadığı çoğu durumda ifa zamanı vadeye bağlanmıştır. Borç, vadenin gelmesiyle muaccel olacağı için vade, alacaklının ifayı talep etme imkânının ne zaman başladığını gösterir[690]. Ancak vade yalnızca muacceliyeti öteler, yoksa sözleşmesinin kurulmasına ve buna bağlı olarak borcun doğumuna etki etmez[691].

Tarafların anlaşmasıyla ortaya çıkan vade doğrudan bir takvim günü olarak kararlaştırılabileceği gibi bir olayın gerçekleşmesinden sonra geçecek bir süre üzerinden de belirlenebilir (mesela, tatil dönüşünden sonra iki hafta)[692]. Ayrıca vadenin ne zaman gerçekleşeceği kesin olarak bilinmeyen ama mutlaka gerçekleşecek bazı olaylara, örneğin, bağ bozumu veya tütün piyasasının açılması, bağlanması da mümkündür[693]. Özel bilgiye dayalı vade bile kararlaştırılabilir (bir kişinin 20. yaş günü veya evlilik yıl dönümü)[694]. Diğer taraftan vade sadece tarafların kararlaştırmasıyla değil, işin niteliği gereği veya kanundan ötürü de mevcut olabilir[695]. Her nasıl olursa olsun sözleşmenin ifası vadeye bağlıysa ve bu sebeple borcun muacceliyeti ertelenmişse borca aykırı davranılacağının önceden belli olması ortaya çıkabilir.

---

688 **Kanışlı**, s. 1402, dn. 5.
689 **Yüce**, s. 934.
690 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1010.
691 **Serozan** (İfa), § 5, N. 7.
692 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1010; **Yüce**, s. 935, 940-943.
693 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1010; **Yüce**, s. 943.
694 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1010.
695 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1008, 1009.

B. İhbarla Muaccel Olan Borç

Taraflar, borcun, taraflardan birinin veya bir üçüncü kişinin bildirimine bağlı olarak muaccel olacağını sözleşmede kararlaştırabilir[696]. Bu, yalnızca muacceliyetin belirlenmesinin sonraya bırakılması sonucunu doğurur[697], yoksa sözleşmenin kurulmasını ve buna bağlı olarak borcun doğmasını engellemez. Dolayısıyla borcun ihbarla muaccel olacağı hâllerde de sözleşmenin kurulması ile muacceliyet tarihi arasında bir süre söz konusu olacaktır. Bu süre içinde borca aykırı davranılacağı önceden belli olabilir.

C. Art Arda İfalı Sözleşmeler ve Sürekli Borç İlişkilerinde Durum

Art arda ifalı sözleşmelerin başlıca özelliği borçlunun fasılalı olarak tekrarlanan ifa hareketlerinde bulunacağının kararlaştırılmasıdır[698]. Bu sözleşmelerde borçlunun periyodik ifa hareketleri zamana yayılmaktadır ama her bir edimin ifası ani şekilde gerçekleşmektedir[699]. Bu iki özelliği birlikte içermeleri sebebiyle art arda ifalı sözleşmelerin bir sürekli borç ilişkisi teşkil edip etmediği tartışmalıdır[700].

Bir görüş, bu soruya cevap ararken art arda tekrarlanacak edimlerin kapsamının baştan belli olup olmadığından hareket etmektedir[701]. *Kuntalp'e* göre, tüm edimlerin kapsamı baştan belliyse ortada ani edimli bir sözleşme vardır ama başta böyle bir belirleme yapılmadıysa sürekli bir borç ilişkisinden söz edilir[702]. Buna karşın, aynı hareket noktasından yola çıkan *Seliçi'ye* göre, toplam edimin kapsamının baştan belli

---

696 Yüce bunu vadeden ayırarak "*ifa zamanının muacceliyet bildirimine bağlanması*" başlığı altında ele almaktadır: **Yüce**, s. 946. Oğuzman / Öz ise bunu vadeden ayırmayarak taraflardan birine vadeyi tayin yetkisi verilebileceğinden bahsetmekte ve bu yetkinin kullanıldığı beyanı *muacceliyet ihbarı* olarak adlandırmaktadır: **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1012 vd.

697 **Yüce**, s. 947.

698 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 14 vd.; **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 17.

699 **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s. 12-13.

700 **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s. 12 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 19 vd.

701 **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s. 13 vd.; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 9 vd.

702 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 9-11.

olduğu sözleşmelerde edimin miktarı zamana bağlı olarak artmamakla birlikte, alacaklının, borçlunun tekrarlanan ifa hareketlerinin devam edeceğine dair güveni süreklidir; dolayısıyla bunlar sürekli borç ilişkilerine daha yakındır[703].

Diğer bir görüşe göre, art arda ifalı sözleşmelerin hangilerinin sürekli borç ilişkisi teşkil ettiğinin tespitinde belirleyici olan sözleşmenin amacı gereği alacaklının menfaatinin süreye yayılıp yayılmadığıdır[704]. Buna göre, tüm edimin miktarı baştan belli olsa bile alacaklının ihtiyacını bir süre boyunca karşılamak üzere yapılan art arda ifalı sözleşmeler, sürekli birer borç ilişkisi teşkil eder[705]. Ancak art arda ifa yalnızca ifayı kolaylaştırmak için kararlaştırılmışsa, örneğin, satın alınan makinenin parçaları aralıklarla teslim edilecekse, burada ani edimli borç ilişkisi vardır[706]. Bu görüşe yakın gözüken ama karakteristik edim üzerinden yola çıkan *Altınok-Ormancı'ya* göre, art arda ifalı bir sözleşmede karakteristik edimin zamana yayılması sözleşmenin niteliği ve alacaklının menfaati gereğiyse, yani karakteristik edimin art arda ifa edilmesi sözleşmenin asli bir unsuruysa, burada geniş anlamda sürekli bir borç ilişkisi vardır[707].

Sürekli borç ilişkilerinin temel unsuru "zamana yayılma"dır. Sürekli bir borç ilişkisinden bahsedebilmek için bir görüş[708] borçlunun ifa hareketlerinin zamana yayılmasını ararken, diğer bir görüş[709] alacaklının menfaatinin zamana yayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bir başka görüşe göre ise karakteristik edimin[710] kapsamı yalnızca sözleşme süresine bağlı olarak tespit edilebiliyorsa sürekli bir borç ilişkisi

---

703 **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s. 19-20. Yazar, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların, tüm edim kapsamının baştan belli olduğu art arda teslimli sözleşmelerde de kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

704 **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 15-16.

705 **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 16.

706 **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 16.

707 **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 20-21.

708 Bu görüş için bkz. **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 9.

709 **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s. 7.

710 Trampa sözleşmesi hariç tüm ivazlı sözleşmelerde bedel ödeme ediminin karşısında yer alan edim, karakteristik edimdir. Bu itibarla karakteristik edim bir sözleşmeyi, diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayan edimdir. **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 8.

vardır[711]. Sürekli borç ilişkisinin tespitinde borçlunun ifa hareketleri veya alacaklının menfaati gibi sübjektif kavramlar yerine karakteristik edimin kapsamı gibi objektif bir kavram üzerinden hareket edilmesi daha isabetli görünmektedir.

Art arda ifalı sözleşmelerde birden fazla borç (ve alacak) söz konusudur[712]. Bu borçlar ya sözleşmenin kurulmasıyla doğar ama muacceliyetleri düzenli veya düzensiz aralıklarla birbirini takip edecek şekilde vadelere bağlanır ya da sözleşmenin kurulmasından belli bir süre geçtikten sonra doğar[713]. İkinci durumda, aynı bozucu şartta olduğu gibi, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından bahsedilemez; çünkü borç henüz doğmamıştır. Bunlara ek olarak, taraflar art arda ifalı bir sözleşmede her bir borcun, özellikle ihtiyaca bağlı olarak, alacaklının zaman geçtikçe yapacağı ihbarlarla muaccel olacağını da kararlaştırabilirler[714]. İster her bir ifa baştan vadelere bağlansın isterse alacaklının yapacağı ihbarla muaccel hale geleceği kararlaştırılsın borca aykırı davranılacağının önceden belli olabileceği bir ara dönem söz konusu olur. Mesela, borçlu art arda ifalı bir sözleşmenin belli bir noktasında henüz muaccel olmamış edimlerin ifasından kesin olarak kaçınırsa durum böyledir[715]. Öğretide, özellikle borçlardan birinin veya birkaçının ifa edilmemesi henüz muaccel olmamış borçların da ifasını tehlikeye düşürüyor ve bunların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hakkında şüphe oluşturuyorsa alıcının, borçlu temerrüdünden doğan seçimlik haklarını kullanabileceği belirtilmektedir[716]. Bu, tipik bir borca aykırı davranılacağının önceden belli olması

---

711 **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 13.

712 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 19; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 16: "*ard arda teslim sözleşmesine konu olan her bir münferit malın mülkiyetinin geçirilmesi ani edimli birer borcun ifası iken…*". Karş. **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 17.

713 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 19. Yazar bunlara örnek olarak kira bedeli ve faizi göstermektedir. Aynı yönde: **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 17-18.

714 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 19-20; **Altınok-Ormancı** (Haklı Sebeple Fesih), s. 17.

715 Bkz. **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75.

716 **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd., 102 vd. (Yazar bunu bir sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirmekle birlikte sözleşmenin amacının alacaklıdan sözleşmeyle bağlı kalmasının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği kadar ağır şekilde ihlal edilmesi durumunda Mülga BK m. 106'ya kıyasen alacaklıya tam iki taraflı sözleşmelerdeki temerrüt için öngörülen hakların verileceğini ifade etmektedir.); **Buz** (Dönme), s. 318-319.

halidir. CISG m. 73/II'de de aynı durum borca aykırı davranılacağının önceden belli olması başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir[717]. Tekrar vurgulamak gerekirse, Alman İmparatorluk Mahkemesi de art arda teslimli bir sözleşmede gelecekteki ifaların ayıplı olacağının açıkça öngörülmesinden hareketle alacaklıya muacceliyetten önce derhâl Mülga BGB § 326'deki seçimlik haklara başvurma imkânı sunmuştur[718]. *Weidt'a* göre de art arda teslimli bir sözleşmede borçlu gelecekte muaccel olacak edimlerin ifasından kesin olarak kaçınırsa veya geleceki ifaların yapılmayacağı açıkça belli olursa borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına ilişkin kurallar uygulanır[719].

Sürekli borç ilişkilerinde ise art arda ifalı sözleşmelerden farklı olarak ifa kesintisizdir[720]. Bu sebeple, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının söz konusu olabileceği bir ara dönemden bahsedilemez[721]. Diğer borç ilişkilerinde borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına sebep olacak nitelikteki durumlar sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasındaki güven ilişkisini ciddi biçimde zedeleyebilir ve alacaklı için sözleşmeye devamı çekilmez hale getirebilir[722]. Böyle durumlar, somut olaydaki sürekli borç ilişkisi bakımından haklı sebep olarak kabul edilebildiği takdirde bunlara muhatap olan ve sözleşme ilişkisine devam etmesi çekilmez hale gelen tarafa olağanüstü fesih hakkı verilebilir[723].

---

717 Bu konuda bkz. yukarıda § 4, II, A.

718 RG 23.2.1904 – II 298/03: RGZ 57, s. 114-115 (Juris, E.T. 21.08.2018). Kararın ilgili kısmının Almanca metni için bkz. yukarıda dn. 92.

719 **Weidt**, s. 138 vd.

720 **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 11; **Altınok-Ormancı**, s. 17.

721 Karş. **Serozan** (İfa), § 18, N. 8.

722 Weidt'a göre BGB § 323 f. IV uyarınca ani edimli bir borç ilişkisinde taraflara muacceliyetten önce sözleşmeden dönme hakkı veren durumlar aynı zamanda sürekli borç ilişkilerinin derhâl feshini düzenleyen BGB § 314 f. II uyarınca "önemli sebep" (*wichtiger Grund*) teşkil eder: **Weidt**, s. 141-142.

723 **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), 192 vd.

D. Şarta Bağlı Borçlarda Durum

Şart, vadeden farklı olarak, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak şüpheli bir olaydır[724]. Şartın vadeden diğer bir farkı yalnızca borcun muacceliyetine değil, hukuki sonuçlarının doğumuna veya sona ermesine etki etmesidir[725]. TBK m. 170 vd. uyarınca taraflar aralarındaki borç ilişkisini geciktirici veya bozucu şarta bağlayabilirler. Geciktirici şart TBK m. 170/II'e göre bir sözleşmenin hukuki sonuçlarının doğmasına[726], bozucu şart ise TBK m. 173/I'e göre bir sözleşmenin hukuki sonuçlarının ortadan kalkmasına ilişkindir[727].

Taahhüt veya tasarruf işlemi bozucu şarta bağlanmışsa borca aykırı davranılacağının önceden belli olması söz konusu olamaz. Eğer bozucu şarta bağlanan bir taahhüt işlemiyse, bu işlem yapıldığı anda borç doğacak ve kural olarak muaccel olacaktır[728]. Diğer taraftan bozucu şarta bağlanan bir tasarruf işlemiyse, işlem yapıldığı anda tasarrufun konusu alacaklıya geçecektir[729]. Bozucu şartın gerçekleşmesi ise şarta bağlı işlem yapılmadan önceki durumu kendiliğinden tekrar tesis edecektir[730]. Bu süreçte borca aykırı davranılacağının önceden belli olabileceği bir ara dönem söz konusu değildir. Gelgelelim bozucu şartı ihtiva eden sözleşmede ifanın yapılması için bir de vade öngörülmüşse borca aykırı davranılacağının önceden belli olabileceği bir ara dönem mevcut olur.

---

724 **Oğuzman, Kemal / Öz, M. Turgut**; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 12. Bası, İstanbul, 2016, N. 1467, 1476; **Serozan** (İfa), § 5, N. 7; **Eren**, s. 1185, 1189-1190; **Sirmen, Lale**; Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s. 47-49.

725 **Serozan** (İfa), § 5, N. 7.

726 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1512; **Eren**, s. 1195.

727 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1543, 1547; **Eren**, s. 1195, 1200.

728 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1544; **Eren**, s. 1200.

729 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1545; **Eren**, s. 1200.

730 Borçlandırıcı işlemler bozucu şartın gerçekleşmesiyle birlikte kural olarak geleceğe yönelik olarak ortadan kalkar. Tasarruf işlemleri bakımından ise bozucu şartın gerçekleşmesi ayni etki doğurur ve tasarruf konusu tekrar devredene geçer. **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1550, 1554; **Eren**, s. 1201-1202.

Geciktirici şarta bağlı bir taahhüt işlemi yalnızca bu şart gerçekleştiğinde sonuçlarını doğurur[731]. Fakat taraflar şart gerçekleşmeden önce de yaptıkları sözleşmeyle bağlıdır[732]. Taahhüt işlemi bir geciktirici şarta bağlanırsa sözleşme kurulmakta ama sonuçlarını doğurması gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaya bağlı olarak ötelenmektedir. Sözleşmenin kurulmasından geciktirici şartın gerçekleşmesine kadar olan bu sürece *askı devresi* (*bekleme süresi*) denmekte ve bu süre boyunca alacaklının henüz doğmamış alacak hakkı üzerinde yalnızca "beklenen hakka" sahip olduğu belirtilmektedir[733]. Acaba bu durumda borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından bahsedilebilir mi? Buna olumsuz yönde cevap verilmelidir. Zira, taahhüt işlemi geciktirici şarta bağlandığında, borcun vadeye bağlanmasındaki gibi yalnızca muacceliyet ileri atılmış olmaz, bizzat borcun doğumu bu şart gerçekleşinceye dek ötelenir[734]. Dolayısıyla, sözleşme kurulmuş olsa dahi, şart gerçekleşmeden asli edim yükümlülükleri bağlamında ne bir alacak hakkından ne de bir borçtan bahsedilebilir[735]. Şart gerçekleşmeden önce borç doğmayacağı için bu sözleşmenin taraflarından biri şartın gerçekleşmesinden önce borcu ifa etmeyeceğini bildirse bile borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından bahsedilemez; bu bildirimin muhatabı yalnızca TBK m. 171/II uyarınca önlem alabilir. Aynı durum, sözleşme taraflarından birinin bu sözleşmeyi geçersiz olarak gördüğünü açıklamasında da geçerli olmalıdır. Eğer geciktirici şarta bağlanan bir tasarruf işlemiyse tasarruf konusu, şartın gerçekleşmesiyle birlikte karşı tarafa geçer[736]. Burada da durum taahhüt işlemindekiyle aynıdır: Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından bahsedilemez ama alacaklı beklenen hakkı tehlikeye düşürüldüğü takdirde TBK m. 171/II hükmüne başvurabilir. Esasen, alacaklı tasarrufi işlemler bakımından TBK m. 171/III ile de korunmuştur. Ayrıca, TBK

731 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1512, 1540; **Eren**, s. 1196.
732 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1515; **Eren**, s. 1196.
733 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1519; **Eren**, s. 1196-1197.
734 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1515-1516, 1540 vd., **Serozan** (İfa), § 5, N. 7; **Eren**, s. 1197.
735 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1515-1516, 1540 vd., **Serozan** (İfa), § 5, N. 7; **Eren**, s. 1197.
736 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1515-1516, 1540 vd.; **Eren**, s. 1198-1199.

m. 175 uyarınca taraflardan biri geciktirici şartın gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı olarak engelleyecek olursa şartın gerçekleştiği varsayılmaktadır.

Bazı yazarlar yalnızca borç ilişkisinin değil, münferit borçların da şarta bağlanabileceğini ileri sürmektedir[737]. Bu görüş kabul edilse dahi borca aykırı davranılacağının önceden belli olması bakımından yukarıda ulaşılanlardan farklı sonuçlara ulaşılmayacaktır. Ancak burada, *Yüce'nin* yaptığı bir değerlendirmeye değinmek gereklidir. *Yüce'ye* göre, borcun ifa zamanının da şarta bağlanması mümkündür ve bu durumda muacceliyet şartın gerçekleşmesiyle oluşur[738]. Örneğin, sözleşmenin yalnızca belli bir taraf "*işe girdiği takdirde*" ifa edileceği kararlaştırılmışsa durum böyledir ve burada ifa zamanı geciktirici şarta bağlanmıştır[739]. Pek tabii münferit bir borç geciktirici şarta bağlanırsa, ilgili borç, bu şart gerçekleştiğinde muaccel olacaktır. Fakat burada, şartın etkisi yine, vadeden farklı olarak, sadece muacceliyeti ötelemek değil, doğrudan münferit borcun doğumunu gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olay vuku buluncaya kadar ertelemektir[740]. Burada, borcun doğması ile muaccel hale gelmesi zaman itibariyle çakışmakla birlikte, ifa zamanının şarta bağlanması[741] söz konusu değildir.

IV. Muacceliyetten Önce İfadan Haksız Olarak Kaçınılması veya Gelecekteki İfanın Objektif Olarak Tehlikeye Düşürülmesi

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu tipik hal borçlunun muacceliyetten önce haksız olarak ifadan kaçınmasıdır[742]. Gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü durumlar da borca aykırı davranılacağının önceden belli olması

737 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1468, 1470; **Yüce**, s. 944 vd. Karş. **Sirmen**, s. 38 vd.

738 **Yüce**, s. 944. Esasen yazar münferit bir borcun şarta bağlanmasını ifa zamanının şarta bağlanmasıyla eş tutar gözükmektedir.

739 **Yüce**, s. 944.

740 **Oğuzman / Öz** (Cilt 2), N. 1470, 1515-1516, 1525; **Serozan** (İfa), § 5, N. 7; **Eren**, s. 1196 vd.

741 **Yüce**, s. 944.

742 Bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, a.

kapsamında değerlendirilmelidir[743]. Öyleyse borca aykırı davranılacağının önceden belli olabilmesi için muacceliyetten önce bunlardan birinin mevcut olması ve bunlar bakımından kesinlik şartının[744] sağlanması gerekir.

V. Kaçınmanın veya İfa Tehlikesinin Aslî Edim Yükümlülüğüne Yönelmesi

Bir sözleşme, aslî edim yükümlülüklerini, yan edim yükümlülüklerini ve yan yükümlülükleri içerebilir[745]. Aslî edim yükümlülükleri bir sözleşmenin hukuki tipini ve niteliklerini belirleyen edim yükümlülükleridir[746]. Bu yükümlülükler sözleşmeden doğan asıl borcu (aslî borç, aslî edim borcu) ifade eder[747]. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının malın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise bunun karşılığında bedel ödeme borçları veya adi kira sözleşmesinde kiraya verenin, kiralananın kullanımını kiracıya terk etme, kiracının ise bunun karşılığında bedel ödeme borcu aslî edim yükümlülükleridir[748]. Yan edim yükümlülükleri ise sözleşmenin hukuki tipini belirlemeyen, kararlaştırılmadığı takdirde sözleşmenin kurulmasına engel olmayan ve aslî edim yükümlülüğüne kıyasla ikincil nitelik ve amaç taşıyan yükümlülüklerdir[749]. Mesela, satılan malın sigortalanması veya teslimat için paketlenmesi birer yan edim yükümlülüğüdür[750]. Bunların ifası aslî edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep ve dava edilebilir[751]. Yan yükümler, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayrılır ve bunlar aslî edim yükümlülüğüne bağlıdır[752]. Dolayısıyla bunların bağımsız olarak ifası talep ve dava edilemez[753].

---

743 Bkz. yukarıda § 6, II, B, 2.
744 Bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, c ve § 6, II, B, 2, b.
745 **Eren**, s. 31 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 40 vd.; **İnan / Yücel**, s. 81 vd.
746 **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2, N. 7; **Eren**, s. 31-32; **Kılıçoğlu**, s. 40-41; **İnan / Yücel**, s. 82.
747 **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2, N. 7; **Eren**, s. 32; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 15 vd.
748 **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2, N. 7; **Eren**, s. 31-32.
749 **Eren**, s. 33; **Kılıçoğlu**, s. 41-42; **İnan / Yücel**, s. 82.
750 **Eren**, s. 36; **Kılıçoğlu**, s. 42. Satılan malın paketlenmesinin asli edim yükümlülüğüne dahil olduğu ve yan edim yükümlülüğü olmadığı görüşü için bkz. **Kuntalp, Erden**; Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971, s. 89-90.
751 **Eren**, s. 33; **Kılıçoğlu**, s. 42; **İnan / Yücel**, s. 82.
752 **Eren**, s. 37 vd.
753 **Eren**, s. 37, 41.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması için muacceliyetten önce ifasından kaçınılan yükümlülüğün kural olarak bir aslî edim yükümlülüğü olması gerekir[754]. *Decurtins'e* göre, aslî edim yükümlülüğünün bir parçası olmadıkça, bir yan yükümlülüğün ifasından kaçınılması yeterli değildir[755]. *Koller* satıcının, satılan atı beslemekten kaçındığı ve alıcının ata yem vermesi talebini kulak ardı ettiği bir durumda teslim tarihinden önce hayvanın öleceğinin veya sağlığının ciddi şekilde zarar görebileceğinin kesin şekilde öngörülmesini muacceliyetten önce ifadan kaçınılmasına yapısal olarak benzetmekte ama bu örnekte doğrudan aslî edimle ilgili bir yan yükümlülüğün ihlal edildiğini belirtmektedir[756]. Bu örneğe benzer durumlarda muacceliyetten önce ifasından kaçınılan bir yan yükümlülük olsa dahi borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasından söz edilebilir. Bunun için yan yükümlülüğün ifasından muacceliyetten önce kaçınılması sebebiyle, *Koller'in* örneğinde olduğu üzere, doğrudan aslî edim yükümlülüğünün ifasının yapılmayacağının veya çok yüksek ihtimalle tehlikeye düştüğünün öngörülmesi yeterli olmalıdır.

VI. Borçlunun Sorumlu Tutulabilmesi İçin Zarar, Uygun İlliyet Bağı ve Kusur Mevcut Olmalı

Sözleşmesel sorumluluğun genel şartları geçerli bir sözleşmenin ve mevcut bir borcun bulunması, sözleşmeye aykırı davranılmış olması, bundan bir zarar doğması, borçlunun sözleşmeye aykırı davranmakta kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır[757]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunda borçluyu sorumlu tutabilmek için de bu şartlar aranacaktır[758]. Geçerli bir sözleşmenin ve mevcut bir borcun olması ile sözleşmeye aykırı davranılması

754 **Decurtins**, s. 63.
755 **Decurtins**, s. 63.
756 **Koller** (OR AT), § 58, N. 12.
757 **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 414 vd.
758 Bkz. **Weidt**, s. 212 vd., özellikle 221-224.

koşulları yukarıda incelenmişti[759]. Zarar konusu ise aşağıda ele alınacaktır[760]. Bu sebeple, burada, kusur ve uygun illiyet bağı koşullarına değinilecektir.

Eğer borca aykırı davranılacağının önceden belli olması sonucunda bir zarar doğmuşsa borçlunun bundan sorumlu olması için muacceliyetten önce sözleşmeye aykırı davranmakta kusurlu olması gerekir. Alman hukukunda, borçlunun muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçındığı tüm durumlarda ilke olarak kusurlu olduğu kabul edilmektedir[761]. Muacceliyetten önce ifadan kaçınan borçlunun, kural olarak, bunun borca aykırı olduğunun bilincinde olması gerekmez ama bu kaçınma, vakıalar veya hukuki durum hakkında eksik veya yanlış bir bilgiye dayanıyorsa farklı olasılıklar söz konusu olur[762]. Bu olasılıklar, borçlunun muacceliyetten önceki bildirim veya davranışlarının kesin bir ifadan kaçınma teşkil edip etmediğini belirlemek için önemlidir. Kesinlik şartının sağlandığı hâllerde borçlu kural olarak kusurlu sayılmalıdır. Ancak *Weidt'a* göre, nadiren gerçekleşecek özel durumlarda borçlunun hatası mazur görülebilir: Örneğin, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınmasının gerekçesi yerleşik bir yüksek mahkeme içtihadına dayanıyorsa ama bu sorunun çözümü güncel bir mahkeme sürecinde değişmişse durum böyledir[763]. Gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü hâllerde borçlunun muacceliyetten önce sorumlu tutulup tutulamayacağında ise *aynı koşullar altında borçlu muacceliyet tarihinde sorumlu tutulabilecekse, muacceliyetten önce de sorumlu tutulabileceği* ifade edilmektedir[764]. Bu varsayımda bulunulabiliyorsa borçlunun gelecekteki ifanın tehlikeye düşmesinde kusurlu olduğu kabul edilecektir.

---

759 Bkz. yukarıda § 8, I, IV.

760 Bkz. aşağıda § 9, II altında B ve C başlıkları.

761 **Weidt**, s. 223.

762 Bu olasılıklar ve bunların muacceliyetten önceki ifadan kaçınmanın kesinliğine etkileri için bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, c.

763 **Weidt**, s. 224.

764 **Weidt**, s. 209. Ancak konu tartışmalıdır: **MünchKomm/Ernst** (2016), § 281, N. 69.

Borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi için ayrıca muacceliyetten önce ifadan kaçınması veya gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi ile alacaklının uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır[765]. Örneğin, borçlu muacceliyetten önce ifadan kaçınmamış olsaydı bile alacaklının, mesela, bir beklenmedik hal sebebiyle, aynı zarara uğrayacağı ispatlanırsa borçlu sorumlu tutulamamalıdır[766]. Gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesinin taraflardan bağımsız olarak ortaya çıkan dar anlamda beklenmedik hal veya mücbir sebepten kaynaklanması hâlinde de aynı sonuca ulaşılmalıdır[767].

§ 9. HÜKÜMLERİ

I. Aynen İfayı Talep Etmeye Devam Etme

Kıta Avrupası hukuk sisteminde, borca aykırılığın birincil sonucu aynen ifa talebi ve ifa davasıdır[768]. Alacaklı, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda da kural olarak aynen ifayı talep etmeye devam ederek muacceliyeti beklemeyi seçebilir[769]. Fakat aynen ifayı talep etmeye devam eden alacaklı, borçlunun muacceliyetten önceki ifadan kaçınmasını geri alması hâlinde artık borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına dayanamaz[770].

---

765 **Weidt**, s. 223. "*Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir.*": **Eren**, s. 563.

766 Bkz. **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 430.

767 Bkz. yukarıda § 6, II, B, 2, c.

768 **Baş**, s. 623 vd.; **Baysal**, s. 334; **Başoğlu** (Aynen İfa), s. 70 vd.; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1219: "*Kural olarak, ifası mümkün olan her türlü edim için ifa davası açılabilir ve hattâ bu, alacaklının başvurabildiği biricik yoldur.*"; **Serozan** (İfa), § 1, N. 7: "*Yargılama (usul) ve cebri icra hukuku alacaklının aynen ifa istemini güvence altına alır. İfanın engellenmesi üzerine gündeme gelen tazminat, sözleşme cezası, fesih ve dönme gibi yaptırımlar, alacaklının bu asli aynen ifa istemini sadece pekiştirmekle kalırlar; aynen ifa istemine eşlik edeler, o kadar. […] Öte yandan, borçlu da ancak özel koşullarla ve çok sıkı formalitelerle "aynen ifa" dışı yaptırımlara zorlanabilir.*"

769 **Serozan** (İfa), § 18, N. 9. Hakkın kötüye kullanıldığı hâlleri saklı tutarak: **BK-Koller**, Art. 366, N. 288, 290; **Baysal**, s. 323-324.

770 Bu konudaki açıklamalar için bkz. § 6, II, B, 1, e, cc.

A. Aynen İfa Talebinin Sınırlandırılması

Aynen ifa talebi, Kıta Avrupası hukuk sisteminde birincil sırada olduğu ve ahde vefa ilkesinin doğal bir uzantısı sayıldığı için bunun sınırlandırılmasına sıcak bakılmamaktadır[771]. Bununla birlikte, ahde vefa ilkesine verilen anlam da zaman içinde değişmiştir. Günümüzde, ahde vefa ilkesi, sözleşme adaletinden bağımsız olarak ele alınmamaktadır[772]. Sözleşme adaletinin teşkili, tarafların menfaatlerinin dengelenmesiyle mümkündür ve buna ters düşecek şekilde aynen ifa talebinde diretilmesi, ahde vefa ilkesine dayanarak haklı çıkartılamaz[773]. Somut olayda, alacaklının aynen ifa talebinde bulunması dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde zararı azaltma külfetini ihlal ediyorsa aynen ifa talebinin sınırlandırılabileceği kabul edilmektedir[774].

Borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda alacaklı buna dayanarak aynen ifadan vazgeçmediği sürece sözleşme ilişkisi ayakta kalır. Bu süre boyunca borçlu, ifadan kaçınmasını geri alabilir ama alacaklı da borçlu bunu geri almadığı sürece aynen ifadan vazgeçebilir. Ne ifadan kaçınmanın geri alındığı ne de alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği süre boyunca her şey askıda kalır[775]. *Baysal'a* göre, bu ara dönemde, aynen ifadan vazgeçmeyen alacaklı, edimin borçlunun sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsızlaşması riskine katlanırken borçlu da zararın artması riskine katlanır[776]. Başka bir ifadeyle, bu ara dönem içinde, edim borçlunun sorumlu tutulamayacağı şekilde imkânsızlaşırsa alacaklı tazminat hakkını kaybedecektir ve borçlu da bunun karşılığında ihtimalen ödeyeceği tazminatın artması riskini üstlenmektedir. Böylece risk adil bir şekilde dağıtılmış olmaktadır[777]. Dolayısıyla alacaklı bu riski göze aldıktan sonra ifa

771 **Baysal**, s. 330 vd., 335.
772 **Baysal**, s. 335.
773 **Baysal**, s. 335.
774 **Baysal**, s. 335-336; **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 141-142; **Tandoğan** (Mes'uliyet), s. 407; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1224 vd.; **Eren**, s. 1051.
775 **Decurtins**, s. 76. Baysal, bu süreçten "ara dönem" olarak bahsetmektedir: **Baysal**, s. 323.
776 **Baysal**, s. 323-324.
777 **Baysal**, s. 324.

gününe dek bekleme imkânına sahiptir ve bu süreçte, borçlunun zararı artsa bile, alacaklı yalnızca sözleşmeden dönmeyerek zararı azaltma külfetine aykırı davranmış olmaz[778]. Fakat bunun sınırı, alacaklının aynen ifa talebinde diretmesinin dürüstlük kuralına aykırı olmasıdır[779].

Weidt'a göre, zararı azaltma külfetinden yalnızca tazminat borcu ortaya çıktıktan sonra bahsedilebilir; diğer türlü aynen ifa talebi devam ederken kural olarak zararı azaltma külfeti yoktur[780]. Borca aykırı davranılacağı önceden belli olsa bile alacaklı aynen ifadan vazgeçmediği sürece tazminat borcu ortaya çıkmayacağı için zararı azaltma külfeti de söz konusu olmaz[781]. Ancak, istisnai olarak, dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, alacaklı tazminat talebini daha erkene çekmek durumunda bırakılabilir[782]. Yalnızca alacaklının sözleşmeden doğan birincil borcu, bir tâlî borca (tazminata) dönüştürmeyerek açıkça hakkını kullandığı kabul edilebiliyorsa aynen ifa talebi sınırlandırılabilir[783].

Konuyu İBK m. 366 (TBK m. 473) üzerinden ele alan *Koller'e* göre de muacceliyetten önce ifadan kaçınılması hâlinde alacaklının İBK m. 107/II'ye (TBK m. 125/I ve 125/II) kıyasen derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmekle yükümlü olduğundan bahsedilemez[784]. İBK m. 107/II uyarınca alacaklıya derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildirme yükümlülüğü yüklenmesinin sebebi bir yandan alacaklının spekülasyon yapmasını engellemek, diğer yandan ise borçlunun kendisine tanınan uygun ek süre geçtikten sonra ifa hareketlerine devam edip etmeyeceğini bilmekteki menfaatini korumaktır[785]. Yazara göre, borçlu muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini bildirdiğinde burada belirtilen iki husus da önemini kaybetmektedir[786]. Ancak somut

778 **Baysal**, s. 323-324.
779 **Baysal**, s. 323-324.
780 **Weidt**, s. 151. Borçlu, ifadan kaçınmakla aynen ifadan kurtulamaz: **Wertenbruch**, s. 191-192.
781 **Weidt**, s. 152 vd.
782 **Weidt**, s. 154.
783 **Weidt**, s. 154.
784 **BK-Koller**, Art. 366, N. 288, 290.
785 **BK-Koller**, Art. 366, N. 288.
786 **BK-Koller**, Art. 366, N. 288.

olayda, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçmeden beklemesi açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, yüklenici İMK m. 2 (TMK m. 2)'den yararlanabilecektir[787].

Aksi görüşteki *Sanlı'ya* göre, borçlunun borcunu ifa etmeyeceği açıkça anlaşıldığı andan itibaren alacaklının ikâme işlem yapmaması veya somut olay bakımından zararı azaltmaya çalışmaması olası tazminatın indirilmesine sebep olacaktır[788]. Ancak bu görüşün kabul edilmesi alacaklının birincil hakkı olan aynen ifa talebini aşırı derecede sınırlandıracak ve aynen ifayı talep etmekte önemli bir menfaati olan alacaklının bile tazminat hakkını ciddi ölçüde azaltacak veya hepten ortadan kaldıracaktır.

Sonuç itibariyle, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler kıyasen uygulansa bile, alacaklının derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmek zorunda olmadığını kabul eden ama bunun sınırını dürüstlük kuralı üzerinden çizen görüşe üstünlük tanınmalıdır. Borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda aynen ifayı talep etmeye devam eden alacaklı, bunu hiçbir meşru menfaati olmadan veya borçlunun bundan göreceği zarara kıyasla çok az bir menfaatle yapıyorsa zararı azaltma külfetine aykırı davrandığı kabul edilmelidir[789]. Örneğin, fiyatların istikrarlı şekilde yükseldiği bir piyasa ortamında, alacaklının sözleşme konusu edimi borçludan almakta özel bir menfaati yoksa aynen ifa talebi sınırlandırılmalıdır. Böyle durumlarda TBK m. 114/II yoluyla sözleşmesel sorumluluk alanında da uygulanan TBK m. 52 uyarınca hâkim, tazminattan indirim yapabilecek veya tazminatı tamamen kaldırabilecektir. Ayrıca hâkimin açılacak bir ifa davasında aynen ifa yerine tazminata hükmetmesinin de mümkün olması gerektiği savunulmaktadır[790]; ama bu, yalnızca borç muaccel olduktan sonra söz konusu olabilecektir. Alacaklı, borçlunun muacceliyetten önce ifadan kesin olarak kaçınıp kaçınmadığından yalnızca şüphe duyuyorsa, ifadan

787 **BK-Koller**, Art. 366, N. 288.
788 **Sanlı**, s. 538, dn. 745.
789 Örnekler için bkz. **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 140-142
790 **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 142.

kaçınma kesinleşmediği sürece zararı azaltma külfetinden bahsedilmemelidir[791]. Benzer şekilde, alacaklının ahde vefayı açıklığa kavuşturma imkânını[792] kullandığı durumlarda da ifadan kaçınıldığı kesinleşene kadar aynen ifa talebi sınırlandırılamamalıdır.

B. Muacceliyetten Önce Gecikme Tazminatı veya Temerrüt Faizi Talep Edilememesi

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması karşısında alacaklı, açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece, aynen ifayı talep etmeye devam ederek ifa gününü bekleyebilse de muacceliyetten önce, kıyasen dahi, TBK m. 118 veya TBK m. 125/I uyarınca gecikme tazminatı ya da TBK m. 120 vd. uyarınca temerrüt faizi talep edemez[793].

C. Alacaklının Sonradan Kararını Değiştirmesi

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü hâlinde alacaklıya TBK m. 125/II'de sayılan ek seçimlik hakların tanınabilmesi için alacaklının, borçluya TBK m. 123 uyarınca geciken ifayı yerine getirebileceği uygun bir ek süre vermesi gerekir[794]. Alacaklı, ek süre verme zorunluluğundan yalnızca TBK m. 124'te sayılan durumlardan biri mevcutsa kurtulur. Verilen uygun ek süre yararsız olarak geçmişse alacaklı, *derhâl* aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek TBK m. 125/II'de sayılan ek seçimlik haklara başvurabilir. Fakat borçluya tanınan uygun ek süre içinde borcun ifa edilmemesi, alacaklının TBK m. 125/I uyarınca aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etme hakkını

---

791 **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 210: "*Buna karşılık, alıcı, satıcının davranışlarından borcun zamanında ifa edilmeyeceği sonucunu çıkarıyorsa, bu kadar katı olmamak gerekir. Bu durumda alıcının vadeyi bekleyerek, vadede ifa yapılmazsa ikame alımı yapma imkânı korunmalıdır. Zira burada ifanın gerçekleşmeyeceği konusunda mutlak bir kesinlik yoktur.*" Gerçi borçlunun davranışları yoluyla da muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınması mümkündür. İster bildirimleri isterse davranışlarıyla olsun önemli olan borçlunun ifadan kaçınıp kaçınmadığından haklı olarak emin olunamamasıdır.

792 Bu konuda bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, d.

793 **Decurtins**, s. 77; **Koller** (OR AT), § 55, 106; BGE 69 II 244.

794 Ek süre verilmesi, borçluya varması gereken ve hukuki işlem benzeri niteliğinde bir irade açıklamasıdır. **Eren**, s. 1136.

sona erdirmez; alacaklı buna rağmen, açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece, aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmeye devam edebilir[795]. Ek süre yararsız olarak geçmesine karşın aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmeye devam eden alacaklının TBK m. 125/II'deki ek seçimlik haklara sahip olabilmesi için borçluya tekrar uygun bir ek süre vermesi ve bu süre yararsız olarak geçerse, derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerekir[796]. Alacaklı, gereğinden uzun bile olsa, verdiği ek süreyle bağlıdır[797]. Öyleyse, muacceliyetten sonraki dönemde, borçluya uygun bir ek süre vererek aynen ifayı talep eden alacaklı, bu talebiyle bağlıdır. Buna karşın, muacceliyetten önce borçlu kesin olarak ifadan kaçınmasına rağmen aynen ifayı talep etmeye devam ettiğini bildiren alacaklının bununla bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Başka bir tartışma konusu da alacaklının muacceliyetten önce seçimlik haklarını kullanabilmek için, TBK m. 125/II'ye *kıyasen*, derhâl aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmek zorunda olup olmadığıdır.

Decurtins'e göre alacaklı, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduktan sonra aynen ifayı talep etmeye devam ettiğini bildirirse bu açıklamasıyla bağlıdır[798]. Dolayısıyla aynen ifa talebinde ısrar eden alacaklının daha sonra aynen ifadan vazgeçebilmek için, tıpkı muacceliyetten sonraki dönemde olduğu gibi, borçluya ek süre vermesi ve ifadan kaçınmasını geri almadığı takdirde aynen ifadan vazgeçeceği konusunda borçluyu bilgilendirmesi gerekir[799]. Zira alacaklı, dürüstlük kuralı uyarınca borçluyu korumakla mükelleftir[800]. Ayrıca alacaklı, borçlunun sözleşmenin ifasının sürdüğünü düşünmekte haklı olacağı davranışlarda bulunursa ya da aynen ifadan vazgeçmekte mâkul olmayacak kadar uzun bir süre gecikirse aynen ifadan vazgeçme

795 **Eren**, s. 1139.
796 **Eren**, s. 1139; **Havutçu, Ayşe**; Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s. 62.
797 **Eren**, s. 1136.
798 **Decurtins**, s. 79.
799 **Decurtins**, s. 79.
800 **Decurtins**, s. 79.

hakkından mahrum kalabilecektir[801]. Başka bir ifadeyle, bu görüşe göre, alacaklı muacceliyetten önceki aynen ifadan vazgeçme açıklamasını mâkul bir süre içinde yapmakla yükümlüdür[802].

Alman hukukunda savunulan başka bir görüşe göre ise borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını takiben, alacaklı ilk başta aynen ifayı talep etse dahi daha sonra fikrini değiştirerek aynen ifadan vazgeçme imkânına sahiptir[803]. Muacceliyetten önce ifadan kaçınılması anlık bir borca aykırılık değildir, aksine borçlu tarafından geri alınmadıkça devam eden bir borca aykırılıktır[804]. Alacaklının aynen ifayı talep etmesi bu borca aykırılığı ortadan kaldıramaz[805]. Başka bir ifadeyle, alacaklı, aynen ifayı talep etmekte direterek, borçlunun muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınmasının sonuçlarını ortadan kaldıramaz veya kaçınmanın kesinliğine etki edemez. Borçlu, alacaklının aynen ifadan vazgeçme hakkını, ancak bu hak kullanılmadan önce ifadan kaçınmasını geri alarak engelleyebilir[806]. Alacaklının ciddi bir aynen ifa talebiyle karşı karşıya kalan borçlunun susması kural olarak ifa etmeme iradesinin değişmediği şeklinde yorumlanır[807]; ancak borçlunun ifa hareketlerini sürdürmeye başlaması hâlinde artık alacaklının aynen ifayı talep etmeyi bırakıp aynen ifadan vazgeçmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, borçlu zımnen ifadan kaçınmasını geri almıştır. Muacceliyetten önce ifadan kaçınılmasından sonra aynen ifadan vazgeçmeyen

---

801 **Decurtins**, s. 76-77.

802 Karş. **Serozan** (İfa), § 18, N. 9; **BK-Koller**, Art. 366, N. 288, 290. Koller'e göre, muacceliyetten önce İBK m. 107/II (TBK m. 125/I ve 125/II)'nin kıyasen uygulanması sebebiyle alacaklının muacceliyetten önce derhâl aynen ifadan vazgeçmek zorunda olduğu söylenemez. Alacaklının aynen ifa talebi yalnızca hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğindeyse sınırlandırılabilir. Eğer böyle bir durum söz konusu değilse, muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınılsa bile alacaklı, ifadan kaçınma geri alınmadıkça, aynen ifadan vazgeçmek için kural olarak kendi takdir edeceği bir uzunlukta beklemeyi tercih edebilir.

803 **Otto/Staudinger** (2004), Rn. B 96; **Wertenbruch**, s. 196; **Weidt**, s. 188 vd.

804 **Weidt**, s. 190.

805 **Weidt**, s. 190.

806 **Wertenbruch**, s. 196; **Weidt**, s. 190.

807 **Weidt**, s. 191. Yazar bunu İngiliz hukukuyla bağlantılı olarak ifade etmektedir.

alacaklının, borçlunun ifadan kaçınmasını geri almasına itiraz etme hakkı yoktur[808]. Dolayısıyla taraf menfaatleri dengelenerek sözleşme adaleti de sağlanmış olmaktadır. Sonuç olarak, bu görüşe göre, muacceliyetten önce ifadan kaçınıldıktan sonra alacaklının aynen ifayı talep etmeye devam ettiğini bildirmesi veya derhâl aynen ifadan vazgeçmeyerek susması, *sadece borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınmasını geri alabileceği zaman aralığını uzatır*[809]. Aynen ifayı talep eden veya derhâl aynen ifadan vazgeçmeden sessiz kalan alacaklı, borçlu ifadan kaçınmasını geri almadıkça aynen ifadan vazgeçme hakkına sahiptir[810].

Türk hukukunda da Alman hukukundaki taraf menfaatlerini dengeleyen görüşe üstünlük tanınmalıdır. Borçlu muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçındıktan sonra alacaklının aynen ifayı talep etmeye devam ettiğini bildirmesi veya derhâl aynen ifadan vazgeçmemesi, alacaklıyı muacceliyetten önce TBK m. 125/II'ye kıyasen seçimlik haklarını kullanma hakkından yoksun bırakmamalıdır. Burada, TBK m. 125/I ve 125/II uyarınca ek seçimlik hakların kullanılabilmesi için *derhâl* aynen ifadan vazgeçilmesi şartı muacceliyetten önceki dönemde uygulanmamalıdır[811]. Bu seçimlik hakları kullanabilmek için muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınan borçluya ek süre verilmesi ise TBK m. 124/I'e kıyasen gereksiz sayılacaktır[812]. Sonuç olarak, alacaklı aynen ifayı talep etmeyi sürdürmesine veya derhâl aynen ifadan vazgeçmemesine rağmen borçlu ifadan kaçınmasını bildirim veya davranışları yoluyla geri almıyorsa alacaklıya muacceliyetten önce, ek süre vermeksizin, TBK m. 125/II'ye *kıyasen* buradaki ek seçimlik haklara başvurma hakkı tanınmalıdır. Fakat alacaklı aynen ifadan vazgeçmeden önce, borçlu borcunu ifa edeceğini bildirirse veya doğrudan ifa hareketlerine başlarsa artık alacaklının

808 **Wertenbruch**, s. 196.
809 **Wertenbruch**, s. 196; **Weidt**, s. 191.
810 **Wertenbruch**, s. 196; **Weidt**, s. 191-192.
811 **Serozan** (İfa), § 18, N. 9; **BK-Koller**, Art. 366, N. 288, 290.
812 **Serozan** (İfa), § 18, N. 8, 9; **BK-Koller**, Art. 366, N. 288, 290.

aynen ifadan vazgeçmesi mümkün olmayacaktır. Bu hâlde sadece muacceliyetten önce yeni bir ifadan kaçınma gerçekleşirse alacaklı aynen ifadan vazgeçebilecektir.

D. Ek Seçimlik Hakların Kullanılabilmesi İçin İhtar ve Ek Süre Verme Yükümlülüğü

TBK m. 123'te karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğer tarafın uygun bir ek süre vererek gecikmiş ifayı talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, mütemerrit borçluya, aynen ifadan vazgeçilerek ifa yerine tazminat talebi veya sözleşmeden dönme yaptırımlarıyla karşılaşmaması için son bir şans vermektir[813]. Borçlunun muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçındığı hâllerde alacaklının, seçimlik haklarını kullanabilmek için, borçluya ek süre vermesine gerek olmadığı kabul edilmektedir[814]; zira borçlu borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak ortaya koymuştur. Bu sonuca TBK m. 124/I'in muacceliyetten önceki döneme kıyasen uygulanmasıyla ulaşılabilir[815]. Gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü durumlarda ise borcun ifasının muacceliyetten sonraki ek bir süre içinde bile yapılamayacağı çok yüksek ihtimalle öngörüldüğü için yine ek süre vermenin yararsız olduğu kabul edilmelidir.

TBK m. 117 uyarınca alacaklı, borçlunun ihtarıyla temerrüde düşer. İhtar, alacaklının borcun ifasını talep ettiği bir irade beyanıdır[816]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâllerinde alacaklının, borçluyu ihtar etmek zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. Diğer bir anlatımla, muacceliyetten önceki alana temerrüt hükümleri kıyasen uygulanırken, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu durumlarda

---

813 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1654; **Serozan** (İfa), § 17, N. 13; **Eren**, s. 1134; **Havutçu** (Temerrüt), s. 45 vd.

814 **Serozan** (İfa), § 18, N. 8; **Serozan** (Dönme), s. 318; **Kurt** (İmkânsızlık), s. 48, dn. 48; **Decurtins**, s. 73 vd.; **Guhl / Koller**, § 32, N. 18; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 102 vd.; **Gauch / Schluep / Emmenegger**; N. 2743;

815 **Guhl / Koller**, § 32, N. 18; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 102 vd.

816 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1508 vd.

TBK m. 117'deki ihtar koşulunun aranıp aranmayacağı konusunda fikir ayrılıkları vardır. Bir görüşe göre, borçlu muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçındıktan sonra alacaklının temerrütten doğan haklara başvurabilmesi için borçluyu ihtar etmesi gerekmez, çünkü bunun yararsız bir formalitenin ötesine geçmeyeceği ortadadır[817]. Diğer bir görüşe göre, muacceliyetten önce ifadan kaçınılmışsa ve somut olaydaki sözleşmede belirli bir vade kararlaştırılmamışsa alacaklı, borçluyu ihtar etmekten kaçınamaz ama bu ihtarı muacceliyetten önce de yapabilir[818].

İhtarın borçluyu ifaya davet etme amacı taşıdığı dikkate alındığında, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda alacaklıya *kıyasen* borçlu temerrüdünden doğan haklarını kullanabilmek için ihtarda bulunma yükümlülüğü yüklenmemelidir. Ancak muacceliyetten önce ifadan kaçınıldığı durumlarda, bu kaçınmanın *kesin* olup olmadığı şüpheliyse, alacaklı ahde vefayı açıklığa kavuşturma imkânına başvururken borçluya bir nevi ihtarda bulunacak ve borçludan borcunu ifa edeceğini ortaya koymasını talep edecektir[819]. Borçluya karşı muacceliyetten önce harekete geçebilmek için ihtar şartı aranmasa da alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerektiği kabul edilmelidir[820].

---

817 **Decurtins**, s. 73 vd. Aynı yönde: **Koller** (OR AT), § 55, N. 106. Muacceliyetten önce ifadan kesin olarak kaçınılırsa borçluyu temerrüde düşürmek için ihtara gerek yoktur: **Eren**, s. 1120; **Serozan** (İfa), § 17, N. 5. Oğuzman / Öz, bu sonucu dürüstlük kuralından çıkartmaktadır; ancak somut olayda bir yapma borcu söz konusuysa, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi hâlinde ifa imkânsızlaşacağı için zaten temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır: **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1525, dn. 438.

818 **Schenker**, N. 226. Aynı yönde: **Bläser**, s. 98-99.

819 Bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, d. Ayrıca bkz. **Serozan** (Dönme), s. 318-319.

820 **Eren**, s. 1140: "*Aynen ifadan vazgeçmek isteyen alacaklı, TBK m. 125/II'de öngörülen seçim hakkını elde edebilmek için, TBK m. 124 uyarınca süre vermek zorunda olmadığı hâllerde de borçluya vazgeçme beyanında bulunmak zorundadır. Zira vazgeçme beyanı TBK m. 125'e göre seçim hakkının kullanılması için zorunlu bir şart oluşturmaktadır.*" Karşı yönde bkz. **Havutçu** (Temerrüt), s. 63 vd., özellikle s. 65.

II. Aynen İfadan Vazgeçerek Sözleşmeden Dönme veya Müspet Zararın Tazmini

A. Aynen İfadan Vazgeçme Bildirimi

Karşılıklı borç yükleyen sözleşme taraflarından biri borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına muhatap olursa TBK m. 125/II'ye *kıyasen* burada sayılan ek seçimlik haklardan yararlanabilmek için aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmek zorundadır[821]. Bu bildirimin aynı zamanda hangi seçimlik hakkın kullanıldığını içermek zorunda olup olmadığı tartışmalıdır[822]. İçermek zorunda olduğu kabul edilirse, bildirimin borçlunun hâkimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte, kullanılan seçimlik hakka göre, ifa etmeme sebebiyle tazminat borcu doğacak veya sözleşmeden dönmenin sonuçları gerçekleşecektir[823]. İçermek zorunda olmadığı kabul edilirse, alacaklı aynen ifadan vazgeçme bildiriminden sonra hangi seçimlik hakkı kullanmayı tercih ettiğini ayrıca bildirebilecektir[824].

Aynen ifadan vazgeçme bildirimi yenilik doğuran bir haktır ve muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda sonuç doğurur[825]. Bu bildirimin sonuçlarını doğurmasıyla alacaklı karşı edimin aynen ifasını talep hakkını yitirir ve borçlu da taahhüt ettiği aslî edim yükümlülüğünü yerine getirmekten kurtulur[826]. Muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçildiğinin bildirilmesi de aynı hükümleri doğurur ve bu andan sonra borçlu ifadan

---

821 **Eren**, s. 1140; **Serozan** (İfa), § 17, N. 14. Karş. **Havutçu** (Temerrüt), s. 63 vd., özellikle s. 65.

822 Bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1668, dn. 631; **Serozan** (İfa), § 17, N. 14

823 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1668, 1671.

824 Serozan'a göre, aynen ifadan vazgeçme bildirimi, alacaklının hangi seçimlik hakkı kullandığını da kapsamalıdır. Bununla birlikte, karşı görüş kabul edilse bile aynen ifadan vazgeçme bildirimini takip edecek olan tercih bildirimi "*çarçabuk*" gerçekleştirilmelidir: **Serozan** (İfa), § 17, N. 14.

825 **Eren**, s. 1139-1140; **Havutçu** (Temerrüt), s. 60-61; **Serozan** (İfa), § 17, N. 14.

826 **Eren**, s. 1139-1140; **Havutçu** (Temerrüt), s. 60-61; **Serozan** (İfa), § 17, N. 14.

kaçınmasını geri alamaz[827]. Aynen ifadan vazgeçmeden önce ikâme işlem yapmanın riski alacaklının üzerindedir[828].

B. Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararın Tazmini

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına muhatap olan taraf muacceliyetten önce *derhâl* TBK m. 125/II'ye *kıyasen* sözleşmeden dönebilir[829]. Sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları öğretide tartışmalıdır[830]. Klasik dönme, kanunî borç ilişkisi teorisi ve ayni etkili dönme teorisi, sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracağını kabul etmektedir ama özellikle ifa edilmiş edimlerin iadesi bakımından farklı dayanaklar önermektedir[831]. Sözleşmeden dönmenin, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracağı kabul edilirse alacaklının talep edebileceği tazminatın kapsamı "*menfi zarar*" kavramı üzerinden belirlenecektir[832]. Menfi zarar, dönülen sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğranmayacak olan zarardır[833]. Bu zarar, alacaklının malvarlığının sözleşmeden döndükten sonra içinde bulunduğu durum ile böyle bir sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı içinde bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir[834]. Borçlu kusurlu değilse, menfi

---

827 Bu konuda daha önce yapılan açıklamalar için bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, e, cc. Ayrıca bkz. **Decurtins**, s. 76-77. Alman hukuku: **MünchKomm/Ernst** (2016), § 323, Rn. 109; **Staudinger/Otto** (2004), § 281, Rn. B 114. **Gernhuber**, s. 154; **Wertenbruch**, s. 196-197; **Weidt**, s. 187-188.

828 Bu konuda daha önce yapılan açıklamalar için bkz. yukarıda § 6, II, B, 1, e, cc. **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 209. Alman hukuku: **Weidt**, s. 188. Karş. CISG: **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.4, dn. 28 ve orada anılan yazarlar.

829 **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 974-975; **Kuntalp** (Satım Akdi), s. 75, 92 vd.; **BK-Weber**, Art. 97, N. 59, Art. 102, N. 55, 148 vd., Art. 107, N. 49, Art. 108, N. 12; **Gauch / Schluep / Emmeneger**, N. 2619, 2624, 2651, 2743; **CHK-Furrer/Wey**, OR 97-98, N. 89; **Schwenzer**, N. 67.09, 68.10, 68.10a; **Furrer / Müller-Chen**, § 19, N. 15, 27-28; **Eren**, s. 1073-1074; **Sanlı**, s. 465, dn. 499; **Sert / Cihan**, s. 915 vd.; **Altınok-Ormancı** (Zararı Azaltma Külfeti), s. 209, dn. 730; **Schenker**, N. 223 vd.; **Decurtins**, s. 73 vd., özellikle s. 80, dn. 1; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106 (*antizipierter Schuldnerverzug*); **BK-Koller**, Art. 366, N. 730 vd.; **Rampini**, N. 563 vd.; **Guhl / Koller**, § 32, N. 3, 18 (*antizipierter Schuldnerverzug*); **Bläser**, s. 98-99.

830 Bu tartışmalar için bkz. **Buz** (Dönme), s. 118 vd. (Yazar, ayni etkili dönme teorisini kabul etmektedir); **Serozan** (Dönme), s. 59 vd., 582 vd. (Yazar, dönüşüm teorisini kabul etmektedir); **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1688 vd. (Yazarlar klasik dönme teorisini kabul etmektedir).

831 Bu konuda bkz. **Buz** (Dönme), s. 118 vd.; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1688 vd.

832 **Buz** (Dönme), s. 240; **Serozan** (Dönme), s. 585-587; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1705.

833 **Buz** (Dönme), s. 240; **Serozan** (Dönme), s. 584; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1706.

834 **Buz** (Dönme), s. 241.

zararın tazmini istenemeyecek ve sözleşmeden dönme yalnızca ifa edilmiş edimlerin iadesini sağlayacaktır[835]. Dönmenin sözleşmeyi ortadan kaldırıcı hükmünün geçmişe etkili olduğu kabul edilirse borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda zararın hesaplanması bakımından büyük bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Çünkü, tipik menfi zarar kalemleri olan[836] sözleşmeyi kurma masrafları, alacaklının sözleşmenin ifa edileceği düşüncesiyle yaptığı harcamalar, ihtar vb. bildirimler için yapılan masraflar, edimlerin iadesi için ödenecek meblağlar, sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle üçüncü kişilere ödenen tazminat ve cazai şartlar ile başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zararların hesabında muacceliyetten önce veya muacceliyetten sonra sözleşmeden dönülmesi arasında fark olmayacaktır.

Öte yandan, dönüşüm teorisi kabul edilirse, dönme sonucunda sözleşme geçmişe yönelik olarak ortadan kalkmayacak, yalnızca içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşecektir[837]. Bu sebeple alacaklının tazminat istemi menfi zararla sınırlanmayacak ve alacaklı müspet zararın tazminini de talep edebilecektir[838]. Bu görüşteki *Serozan'a* göre, dönme hâlinde edimler iade edileceği için edimlerin değeri dışarıda tutularak geniş anlamda müspet zararın tazmini istenebilecektir[839]. Sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararın tazmini olanağı sunan bu görüşe bağlı kalınırsa, muacceliyetten önce

---

835 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1711.

836 Ayrıntılı bir liste için bkz. **Buz** (Dönme), s. 243 vd.

837 **Serozan** (Dönme), s. 73 vd.; **Serozan** (İfa), § 17, N. 16.

838 **Serozan** (Dönme), s. 589 vd., 598.

839 **Serozan** (Dönme), s. 598: "*Alacaklının istemi, dönme işlemiyle silinip yok edilmemiş sözleşmeye aykırılığa yapışan bir hukuksal sonuç, bir yaptırımdır. Bu zarar-giderimin tavan-tutarı, dönme işlemiyle başı üstüne çevrilmiş edimlerin değeri çıkarıldıktan sonra, alacaklının sözleşmeye aykırılık edilmemiş olsaydı içinde bulunacağı "farazi" elverişli durum ile, böyle bir aykırılık yüzünden onun şimdi içinde bulunduğu "gerçek" kötü durum arasındaki farktan (geniş anlamda müsbet zarardan) oluşur.*" **Serozan** (İfa), § 17, N. 19: "*Oysa sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararının, yani ifa çıkarının tazminini isteyebilmesi gerekir. Müspet zararın kapsamına edimden yoksun kalmaya bağlı tüm kazanç kayıpları girer. […] Hiç kuşku yoktur ki alacaklıya dönmenin yanısıra sunulan müspet ifa etmeme tazminatının kapsamına menfi güven zararı, yani sözleşmeyi oluşturma masrafları ayrıca dahil edilmez. […] Ya birini istersiniz ya ötekini; ama ikisini birden isteyemezsiniz.*"

sözleşmeden dönülmesi hâlinde de zararın hesaplanmasıyla ilgili CISG altında da tartışılan[840] ve hemen aşağıda değinilecek sorunlar ortaya çıkacaktır.

C. İfadan Vazgeçerek Müspet Zararın Tazmini

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla karşılaşan taraf, TBK m. 125/II'ye *kıyasen*, muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini de talep edebilir[841]. Bu, değiştirici yenilik doğuran bir hak niteliğindedir[842]. CISG'de de "*öne alınmış sözleşmeye aykırılık*" hâlinde alacaklının muacceliyetten önce, Türk hukukunda müspet zarar altında mütalaa edilen ifa menfaatini elde etmesini sağlayacak şekilde zararın tazmininin talep edilebileceği ifade edilmektedir[843]. Satış sözleşmesiyle ilgili TBK m. 213 ve 236'ya benzer olarak CISG m. 75'te ve 76'da, sırasıyla, zararın somut ve soyut yönteme dayalı olarak hesabı düzenlenmiştir. Ancak, CISG'de borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili görüşlerden Türk hukuku bağlamında yalnızca verme borçları için yararlanılabilecektir; çünkü CIGS'deki düzenlemeler milletlerarası staım sözleşmelerine ilişkindir. Ayrıca sözleşmeden dönme hakkında dönüşüm teorisi[844] kabul edilmezse, TBK m. 213 ve 236'daki somut veya soyut yöntem, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini hâlinde uygulanabilecek ama sözleşmeden dönülürse uygulanamayacaktır[845].

---

840 CISG'de de dönüşüm teorisi kabul edilmektedir: **Buz** (Dönme), s. 125, dn. 29. CISG'de muacceliyetten önce sözleşmeden dönülmesi hâlinde tazminatın hesaplanması ilgili tartışmalar ve açıklamalar için bkz. § 4, II, A.

841 BGE 69 II 244; BGer 4C.58/2004 E. 3.3; **Decurtins**, s. 77-79; **Schenker**, N. 225; **BK-Weber**, Art. 102, N. 152; **BK-Koller**, Art. 366, N.730, 731; **Koller** (OR AT), § 55, N. 3, 106; **Guhl / Koller**, § 32, N. 3, 18; **Bläser**, s. 99; **Gauch / Schluep / Emmenegger**, N. 2743; **Eren**, s. 1074.

842 **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s. 193.

843 **Schlechtriem** (Performance Interest), sub. II.4 ve II.5: "*The situations dealt with in the preceding paragraphs were characterized by the fact that an obligor had already breached the contract or had committed an anticipatory breach, which -- in the case of repudiation under Art 72(3) CISG or failure to provide adequate assurance of performance under Art 72(2) CISG - had to be treated as if a breach had already occurred. These breaches triggered claims for damages under Art 74 CISG, also allowing performance interest, calculated as the difference between the contract price and the price of a cover transaction.*"

844 Bkz. yukarıda § 9, II, B. Dönüşüm teorisi için: **Serozan** (Dönme), s. 73 vd.; **Serozan** (İfa), § 17, N. 16 vd.

845 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1313 ve burada yer alan dn. 123.

Tartışmalı olmakla birlikte, bu iki hükümde öngörülen hesaplama yöntemlerinin diğer ivazlı mal değişimi sözleşmelerine de *kıyas* yoluyla uygulanabileceği kabul edilmelidir[846]. Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâllerinde de, henüz borç muaccel olmadığı için, TBK m. 213 ve 236 hükümleri *kıyasen* uygulanacaktır.

Öte yandan, Türk hukukunda müspet zararın tazmininde fark ve mübadele teorileri mevcuttur. Bu teorilerin ileri sürülmesinin sebebi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt sonucunda aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep edecek tarafın kendi edimini ifa edip etmeyeceği hakkında kanunda bir açıklık bulunmamasıdır[847]. Klasik teori olan mübadele teorisine göre, zarar sadece ifa edilmeyen edim dikkate alınarak hesaplanacaktır ve alacaklının kendi edimini ifa etme yükümlülüğü devam edecektir[848]. Bu teori doğrultusunda aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesinin tek sonucu temerrüde düşen tarafın aslî edim yükümlülüğünün yerini tali edim yükümlülüğü olan tazminatın almasıdır[849]. Fark teorisine göre ise aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep eden alacaklı kendi edim yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda değildir[850]. Böylece müspet zararın tazmini talebinde bulunulmasıyla sözleşme ilişkisi yalnızca alacaklının tek taraflı tazminat talebinden oluşan özel bir tasfiye ilişkisine dönüşür[851]. TBK m. 213 ve 236'da açıkça müspet zararın tazmininde fark yöntemi kabul edilmiştir[852]. TBK m. 125/II altında müspet zararın hesabında da klasik teori olan mübadele teorisi artık tek başına kabul edilmemekte ve bazı yazarlar burada da *fark teorisinin* uygulanması gerektiğini ifade

846 **Eren**, s. 1142. Ayrıca bkz. **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1315.
847 **Havutçu** (Temerrüt), s. 76.
848 **Havutçu** (Temerrüt), s. 77; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1299; **Eren**, s. 1141.
849 **Havutçu** (Temerrüt), s. 77.
850 **Havutçu** (Temerrüt), s. 77; **Eren**, s. 1141-1142.
851 **Havutçu** (Temerrüt), s. 77.
852 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1315; **Serozan** (İfa), § 17, N. 22.

ederken[853], diğer bazı yazarlar alacaklının bu iki teori arasında seçim yapma imkânı olduğunu savunmaktadır[854].

Weidt'a göre, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda alacaklıya bazı haklar tanınmasının sebebi, tasarruf özgürlüğünü muacceliyetten önce ona geri kazandırmaktır[855]. Bu amaç, BGB § 323 f. IV'de alacaklıya muacceliyetten önce sözleşmeden dönme hakkı verilerek sağlanmıştır. Ancak mübadele teorisinde bahsedilen amaç tam olarak gerçekleşmemektedir; zira alacaklı mübadele teorisine göre tazminat isterse kendi edimini ifa yükümlülüğü devam etmektedir[856]. Alacaklı kendi ifa hareketlerine devam edecekse, ondan, karşı taraftan olan alacak hakkını muaccel olana kadar ayakta tutmasını beklemenin mâkul olduğu belirtilmektedir[857]. Fakat bundan, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda mübadele teorisine göre tazminat talep edilemeyeceği sonucu da çıkartılmamalıdır. Örneğin, alacaklı kendi edimini ifa ettikten sonra ama borçlunun borcu muaccel olmadan önce, borçlu borcunu ifa etmekten kesin olarak kaçınmış olabilir. Bu örnekte, alacaklının mübadele teorisine göre tazminat talep etmesi ona tasarruf özgürlüğünü tam olarak geri kazandırmaktadır. Ancak burada da "*sınırlı fark teorisinin*" mi yoksa "*mutlak fark teorisinin*" mi kabul edileceği önem taşımaktadır. Mutlak fark teorisine göre, müspet zararın tazminini isteyen alacaklı daha önce kendi edimini ifa etmişse, borçlu bu edimi iade etmekle yükümlü olacaktır[858]. Buna karşılık, sınırlı fark teorisine göre, alacaklı kural olarak fark ve mübadele teorileri arasında seçim yapma hakkına sahiptir; fakat müspet zararın tazminini talep etmeden

---

853 **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 962 vd.; **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1301; 1679 vd. (Yazarlar birbirinden farklı görüştedir); **Eren**, s. 1142.

854 **Havutçu** (Temerrüt), s. 65, 91-92; **Serozan** (İfa), § 17, 14: "*Anımsanacağı gibi, alacaklının bu iki kuram arasında serbestçe seçme yetkisinin tanınması (seçme kuramı) amaca ve adalete en uygun bulunmuş olan öneridir.*"; **Hatemi / Gökyayla**, s. 288 (Yazarlar, hâkimin somut olayda sözleşme adaletine en uygun teoriyi seçebileceğini kabul etmektedir).

855 **Weidt**, s. 214. CISG m. 72'ye ilişkin olarak aynı yönde: **Schlechtriem / Schwenzer / Fountoulakis**, s. 970; **Atamer** (CISG), s. 409.

856 **Weidt**, s. 214.

857 **Weidt**, s. 214-215.

858 **Havutçu** (Temerrüt), s. 89.

önce kendi edimini ifa etmişse bu seçim imkânı ortadan kalkmakta ve alacaklı ifa etmiş olduğu edimin iadesini gerektirecek şekilde fark teorisine başvuramamaktadır[859]. Özellikle ifa edilmiş olan edimin iadesinin yalnızca sözleşmeden dönme yoluyla sağlanabileceği düşünüldüğünde müspet zararın tazmini talebinin ifa edilmiş edimin iadesine yönelik bir sonuç doğmaması gerekir[860].

Borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda verme borçları bakımından müspet zararın hesaplanmasında temelde iki sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlar zararın hangi an dikkate alınarak hesaplanacağı ve zararı azaltma külfetinin ne ölçüde dikkate alınacağıdır. Bunları ele alırken somut ve soyut yöntemin uygulanması ayrı ayrı incelenmelidir.

Alacaklı, alıcıysa TBK m. 213, satıcıysa TBK m. 236'ya *kıyasen* zararın hesaplanması için somut yöntemi seçerse sözleşmede kararlaştırılmış fiyat ile muacceliyetten önce mâkul bir sürede dürüstlük kuralına uygun olarak yapacağı ikâme işlem arasındaki farkın tazminini borçludan talep edebilir[861]. Dolayısıyla somut yöntemde zarar, ikâme işlemin yapıldığı ana göre hesaplanacaktır. CISG altında mâkul (dürüstlük kuralına uygun) bir ikâme işlemden bahsedebilmek için bunun, aynen ifasından vazgeçilen sözleşmeyle somut olayın koşulları elverdiği ölçüde yakın şartlar taşıması gerektiği belirtilmektedir[862]. Ancak yakınlıkla kastedilen, aykırı davranılan sözleşmeyle birebir örtüşecek bir ikâme işlem yapılması değildir[863]. Örneğin, alıcının sözleşmeye konu malları almayacağını muacceliyetten önce bildirmesi sebebiyle satıcı bu malları sezon sonunda satmak zorunda kalmışsa malların yarı fiyatına satılması bile mâkul olarak değerlendirilebilir[864].

---

859 **Havutçu** (Temerrüt), s. 91-92.
860 **Havutçu** (Temerrüt), s. 91 vd.
861 **Decurtins**, s. 78.
862 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.1 ve II.b.
863 **Atamer** (CISG), s. 434.
864 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.

Somut yöntemde, ikâme işlemin yapıldığı anın mâkul olup olmadığı ise zararı azaltma külfetine göre değerlendirilecektir. Türk hukukunda aynen ifa talebinin birincilliği ilkesi geçerlidir; bu sebeple, borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu hâllerde zararı azaltma külfetinin, alacaklının aynen ifa talebini sınırlandırabilmesi yalnızca aynen ifanın talep edilmeye devam edilmesinin *açıkça hakkın kötüye kullanılması* teşkil ettiği hâllerde söz konusu olabilir[865]. Örneğin, fiyatlar istikrarlı olarak yükseliyorsa veya hızlı şekilde yükseleceğinin kuvvetle muhtemel olduğu öngörülüyorsa alıcının ya da tam tersi durumda satıcının derhâl ikâme işlem yapmamasının zararı azaltma külfetine aykırı olduğu ileri sürülebilir[866]. CISG bağlamında, ikâme işlemin böyle derhâl yapılması gereken durumlardan farklı olarak, aynen ifadan vazgeçen tarafa ikâme işlemi yapmak için belli bir süre bekleme külfeti yüklenip yüklenilemeyeceğinde tedbirli davranılmaktadır. *Schlechtriem ve Saidov*, sözleşmeye aykırı davranmamış olan tarafa ikâme işlem yapmak için bekleme külfeti yüklenebilmesinin yalnızca ileride fiyatların düşeceğinin veya yükseleceğinin neredeyse kesin olarak öngörülebilmesi durumunda mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir[867]. Ancak, her iki yazara göre de bu şartlar nadiren gerçekleşecektir[868]. Özellikle ortadan kaldırılan sözleşmenin ifa tarihinin çok uzak bir gelecekte olduğu veya ikâme işleme konu malın yüksek dalgalanmalı bir piyasada bulunduğu hâllerde işlemi yapacak tarafın gelecekteki fiyat hareketini tahmin etmesi gerçekçi olmayacağından, sözleşme ortadan kaldırıldıktan hemen sonra yapılacak bir ikâme işlem bile (beklenseydi zararın azalacağı sonradan ortaya çıksa dahi) mâkul bir işlem olarak değerlendirilecektir[869]. Genellikle,

---

865 Bu konudaki açıklamalar için bkz. § 9, I, A.

866 Örnek için bkz. **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3.c.aa.

867 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3.c.aa ve II.3.c.bb; **Saidov** (Damages), s. 234. Burada yalnızca o malın alım satımıyla uğraşan objektif ve mâkul bir kişinin bakış açısı değil, ikâme işlemi yapacak alıcı veya satıcının konuyla ilgili sübjektif deneyimi ve bilgisi de dikkate alınır. Örneğin, deneyimli bir satıcı, domates üretiminin önemli bölümünü gerçekleştiren belli başlı ülkelerde seyreden kötü hava koşullarının domates arzının düşmesine ve fiyatın yükselmesine sebep olacağını öngörebilir. **Saidov** (Damages), s. 234, dn. 28.

868 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3.c.aa ve II.3.c.bb; **Saidov** (Damages), s. 234.

869 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. II.3 vd.; **Saidov** (Damages), s. 234.

tüm bu hâllerde, zararı azaltma külfetine aykırı bir ikâme işlem yapıldığının ispatı, bunu iddia eden (sözleşmeyi ihlal etmiş) alıcı veya satıcı üzerinde olacaktır[870].

Sözleşmeye konu malın cari bir fiyatı varsa alıcı TBK m. 213, satıcı ise TBK m. 236'ya *kıyasen* soyut yönteme göre tazminat talep edebilir ve bu durumda bir ikâme işlem yapmak zorunda kalmaz[871]. Burada ortaya çıkan sorun malın piyasa fiyatının hangi anda hesaplanacağıdır. Bir görüşe göre, piyasa fiyatının hesaplanacağı gün, asıl borcun ifa tarihidir[872]. Diğer bir görüşe göre, muacceliyetten önce ifadan kaçınıldığı (borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu) an esas alınmalıdır, çünkü alacaklı bu andan sonra aynen ifadan vazgeçme imkânına sahip olmaktadır[873]. Bir başka görüş ise alacaklının aynen ifadan vazgeçerek aslî edim yükümlülüğünü, bir tâli edim yükümlülüğüne (tazminat borcu) dönüştürdüğü an dikkate alınarak piyasa fiyatının hesaplanması gerektiğini belirtmektedir[874]. Özellikle tazminat borcunun bu anda ortaya çıktığı düşünüldüğünde son görüş daha isabetlidir. Ancak piyasa fiyatının belirlenmesinde aynen ifadan vazgeçildiği anın esas alınması her durumda zararın bu tarihteki piyasa fiyatına göre hesaplanacağı anlamına gelmez; hattâ çoğu durumda bunun yapılması uygun da olmaz. Çünkü, aynen ifadan vazgeçildiği an ile aykırı davranılan sözleşmenin ifa tarihi arasında çok uzun bir zaman aralığı olabilir. *Schlechtriem'in* belirttiği üzere, böyle bir durumda tazminat, aynen ifadan vazgeçildiği (dönüşüm kuramını kabul eden CISG'e göre sözleşmeden dönüldüğü[875]) tarihe göre hesaplanırsa tarafların sözleşmede kararlaştırılmamış bir menfaat elde etme ve/veya hiç öngörmediği bir zarara uğrama

---

870 **Saidov** (Damages), s. 234. Ancak örneğin ortadan kaldırılan sözleşmedeki ifa günü uzak bir gelecekteyken yapılan ikâme işlem derhâl alım veya satım öngörüyorsa (yani ikâme işlem, ortadan kaldırılan sözleşmeden ciddi sapma hâlindeyse) bunun neden mâkul olduğunun ispatı işlemi yapan taraf üzerinde olacaktır.

871 **Decurtins**, s. 78.

872 **Leser**, s. 657.

873 **MünchKomm/Ernst** (2016), § 281, Rn. 67.

874 **Decurtins**, s. 78; **Weidt**, s. 220.

875 **Buz** (Dönme), s. 125.

olasılığı ortaya çıkar[876]. Dolayısıyla, öğretide, ikâme işleme konu mala ilişkin bir vadeli işlemler piyasası veya vadeli döviz piyasası varsa zararın hesabında aynen ifadan vazgeçildiği anda malın *vadeli işlemler piyasasında görünen aynen ifasından vazgeçilen sözleşmede kararlaştırılmış vade tarihindeki fiyatına* bakılması gerektiği belirtilmektedir[877]. Dikkat edilirse burada da zararın hesabında aynen ifadan vazgeçildiği an esas alınmaktadır ama zarar hesabı doğrudan bu tarihteki piyasa fiyatı üzerinden değil, *bu tarihte* ilgili vadeli işlemler piyasasında, aynen ifasından vazgeçilen sözleşmede kararlaştırılmış olan vadede malın fiyatının ne kadar olacağı gözüküyorsa o fiyat üzerinden yapılmaktadır. Yalnızca böyle bir vadeli işlemler piyasası yoksa aynen ifadan vazgeçildiği andaki piyasa değerinin dikkate alınabileceği ifade edilmektedir[878]. Fakat *Schlechtriem'e* göre, bu tarihteki soyut hesaplama alacaklıya umulmadık miktarda yüksek bir menfaat sağlayacaksa zararı azaltma külfeti gereği soyut yönteme değil, somut yönteme başvurulmalı ve aykırı davranılan sözleşmeye yakın şartlarda bir ikâme işlem yapılmaya çabalanmalıdır[879]. Buna karşılık, *Weidt'a* göre, alacaklının tazminatı önceden elde etmesi sebebiyle ifa menfaatine sözleşmede kararlaştırılan vadeden daha önce erişmesinin önüne basitçe tazminattan indirim yapılarak geçilebilecektir[880]. Türk hukuku bakımından *Weidt'in* önerisi daha kabul edilebilir gözükmektedir: TBK m. 114/II'nin atfı gereği haksız fiile ilişkin hükümler sözleşmesel sorumlulukta da uygulama alanı bulacaktır ve hâkimin, TBK m. 50/II uyarınca uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, hayatın olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak hakkaniyete uygun bir tazminata hükmetme yetkisi olduğu gibi TBK m. 51/I uyarınca tazminatın kapsamını belirlerken durumun gereklerini gözetme imkânı da vardır. Burada

876 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.a.

877 CISG için bkz. **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.c; **Saidov** (Damages), s. 234. Alman hukuku için bkz. **Weidt**, s. 220.

878 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.d; **Saidov** (Damages), s. 234-236.

879 **Schlechtriem** (Anticipatory Breach), sub. III.2.e.

880 **Weidt**, s. 201.

tazminatın muacceliyetten önce elde edilmesiyle ilgili söylenenler, somut yöntemde de geçerli olacaktır.

Yapma borçlarında ise muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçen alacaklının müspet zararının tazmininin hesaplanmasında ortaya çıkan sorunlar, aşağıda açıklanacağı üzere, TBK m. 113/I'deki nama ifa talebinin *kıyasen* uygulanacağının kabulü ile büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Zira bu hükmün uygulanmasıyla yapma borcunun alacaklısı, muacceliyetten önce, masrafları borçluya ait olmak üzere işi bizzat yapma veya bir üçüncü kişi eliyle yaptırma imkânına sahip olmaktadır. Şayet yapma borcu alacaklısı *nama ifa* yerine doğrudan müspet zararının tazminini talep ederse, TBK m. 473/I'in, TBK m. 125/II'ye *kıyasen* iş sahibine karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdündeki seçimlik hakları verdiğini kabul eden hâkim görüş[881] gereği muacceliyetten önce bu zararın hesabında kullanılan yöntemlerin diğer borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâllerinde de kullanılması mümkündür. Burada ise iş sahibinin tüm edimin aynen ifasından mı yoksa tamamlanmamış kısmın aynen ifasından mı vazgeçtiğine göre ayrım yapılmakta ve tazminat hesabı buna göre ele alınmaktadır[882].

D. Yapma Edimlerinde İşin Başkasına Yaptırılabilmesi

TBK m. 113/I uyarınca bir yapma borcu ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere, işin kendisince veya bir üçüncü kişi tarafından yapılmasına izin verilmesini talep edebilir. Bu hükümde düzenlenen nama ifa talebinin hukuki niteliği tartışmalıdır[883].

---

881 **Gauch**, N. 668 vd.; **Koller** (Werkvertrag), § 8, N. 347 vd.; **BK-Koller**, Art. 366, N. 25, 222 vd.; **Eren** (Özel Hükümler), s. 631; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1018-1020; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 519 vd.; **Kurt** (Eseri Teslim Borcu), s. 66-67; **Aydıncık**, s. 194-195; **Altaş**, s. 98 vd.; **Kaplan**, s. 94-95. Karş. **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 49 vd.; **Öz** (İnşaat Sözleşmesi), s. 128-129; **Gümüş**, s. 25-26; **Karakurt**, s. 195 vd.; **Ürem**, s. 149 vd.

882 Bu konuda bkz. **Koller** (Werkvertrag), § 8, N. 370 vd.

883 Bkz. **Aydıncık**, s. 87 vd.

Öğretide çoğunluk tarafından benimsenen görüşe göre TBK m. 113/I hükmü, yapma edimlerine özgü bir cebri icra imkânı sunmaktadır[884]. Buna göre, TBK m. 113/I uyarınca hakimin alacaklıya işi bizzat yapma veya üçüncü bir kişiye yaptırma konusunda izin verebilmesi için bundan daha önce alınmış ve borçluyu bu işi yapmaya mahkum eden bir mahkeme kararı gereklidir[885]. TBK m. 113/I ile hakimden alınacak izin yalnızca bu eda mahkumiyetinin cebri icrasını sağlamaya yönelik olacaktır.

Farklı görüşteki *Oğuzman / Öz'e* göre, TBK m. 113/I bir cebri icra hükmü değil, tazminat hükmüdür[886]. Bu tazminat, tıpkı ifa imkânsızlığında TBK m. 112 uyarınca ortaya çıkan tazminat gibi, müspet zararın bir parçasıdır[887]. Bunun doğal bir sonucu da nama ifa masraflarının borçludan talep edilebilmesi için borçlunun kusurunun aranmasıdır[888].

Aydıncık'a göre, TBK m. 113/I hükmü, kanun sistematiğindeki yerinden bağımsız olarak, borçlunun temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen bir hüküm olarak kabul edilmelidir[889]. Özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından TBK m. 113/I'de yapma borcu alacaklısına, aynen ifa ve gecikme tazminatı ya da aynen ifadan vazgeçerek ifa etmeme sebebiyle tazminat veya sözleşmeden dönmeye ek bir seçimlik hak tanınmaktadır[890]. Yazara göre, nama ifa talebiyle mahkemeye başvurulabilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması ve bunu takiben, kural olarak, borçluya uygun bir ek süre verildikten sonra bunun yararsız geçmesi üzerine aynen ifadan vazgeçilmesi gerekli ve yeterlidir[891]. Yazar, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek nama ifayı talep hakkını bir yenilik doğuran hak niteliğinde görmektedir ama alacaklıya müspet zarar ve nama ifa

884 Bkz. **Aydıncık**, s. 88, dn. 2'de anılan yazarlar.
885 **Aydıncık**, s. 88-89.
886 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1411 vd.; **Öz** (Eser Sözleşmesinden Dönme), s. 51, dn. 17, s. 158, dn. 26.
887 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1413, dn. 261 ve N. 1677.
888 **Oğuzman / Öz** (Cilt 1), N. 1413.
889 **Aydıncık**, s. 106-108.
890 **Aydıncık**, s. 107-108.
891 **Aydıncık**, s. 106, 107, dn. 77. Ancak ek süre verilmesi borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu durumlarda gerekli olmamalıdır. Bkz. yukarıda § 9, I, D.

talepleri arasında değişiklik yapma imkânı (*ius variandi*) tanınması gerektiğini kabul etmektedir[892].

Sonuçta, hangi görüş kabul edilirse edilsin, borca aykırı davranılacağı önceden belli olduğunda yapma borcu alacaklısının TBK m. 113/I uyarınca nama ifayı talep etme hakkı olduğu görülmektedir. Eğer cebri icra görüşü kabul edilirse bu hak doğrudan icra hukukundan kaynaklanmakta ve maddi hukuka ilişkin bir tartışmaya yer olmamaktadır. Öte yandan, nama ifanın bir tür olumlu zarar talebi teşkil ettiği görüşü kabul edilirse muacceliyetten önce TBK m. 125/II'ye *kıyasen* aynen ifadan vazgeçen alacaklı, olumlu zararının TBK m. 113/I'e göre hesaplanmasını isteyebilecektir. Son olarak, nama ifa talebinin borçlu temerrüdü hâlinde aynen ifadan vazgeçen yapma borcu alacaklısına sunulmuş ek bir seçimlik hak olduğu görüşü benimsenirse, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının bir tür nitelikli sözleşmenin müspet ihlali teşkil etmesi sebebiyle temerrüde ilişkin TBK m. 123-125 hükümleri *kıyasen* uygulanacağı için alacaklı nama ifayı da talep etme hakkına sahip olacaktır.

892 **Aydıncık**, s. 107, dn. 77 ve s. 168 vd.

SONUÇ

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması Anglo Amerikan hukukunda uzun süredir yerleşmiş ve daha sonra da milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde düzenlemeye kavuşmuş bir ifa engelidir. Bu ifa engelinin, Almanya'da 1.1.2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukuku Reform Kanunu ile getirilen BGB § 323 f. IV hükmünde de açık bir kurala bağlandığı dikkate alındığında, kavramın Kıta Avrupası hukuk sisteminde de giderek önem kazandığı ortadadır. Buna karşın, Türk hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasına ilişkin bir hukuk boşluğu bulunmaktadır. Bu boşluk sebebiyle borca aykırı davranılacağı önceden belli olduktan sonra tarafların hak ve yükümlülüklerinin neler olacağı oldukça tartışmalıdır.

Türk hukukunda, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması çoğunlukla borçlunun muacceliyetten önce borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak bildirmesi veya bu durumun onun davranışlarından açıkça anlaşılması altında ele alınmıştır. Oysa bu durumlar yalnızca borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının *sübjektif olarak* ortaya çıktığı halleri içermektedir. Diğer bir ifadeyle, borçlu gelecekteki ifayı yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen bildirim veya davranışları yoluyla muacceliyetten önce ifadan kaçınmaktadır. Burada yapılacak incelemenin konusu, borçlunun bildirim veya davranışlarından borcunu kesin olarak ifa etmeme iradesine sahip olduğunun çıkarılıp çıkarılamayacağıdır. Buraya dahil olan haller, kısaca, borçlunun muacceliyetten önce haksız ve kesin olarak ifadan kaçınması şeklinde de ifade edilebilir.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, borçlunun ifa etmeme iradesinden bağımsız şekilde, gelecekteki ifanın *objektif olarak* tehlikeye düşmesi sebebiyle de gerçekleşebilir. Bu hâllerde, ifanın hiç veya gereği gibi gerçekleşmeyeceği öngörüsü, borçlunun bildirimlerinin veya davranışlarının ötesinde, objektif belirtiler üzerine inşa olmaktadır. Dolayısıyla borçlunun kesin bir ifa etmeme iradesine sahip olup

olmadığına bakılmaz ve yalnızca gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşüp düşmediği incelenir. Esasen TBK m. 473/I uyarınca yüklenicinin tüm tahminlere göre işi vadeye yetiştiremeyeceğinin öngörülmesi durumunda iş sahibine dönme hakkı tanınmasında da bu tür bir borca aykırı davranılacağının önceden belli olması söz konusudur. Ancak bu hüküm yalnızca eser sözleşmesine özgüdür. TBK m. 123/I'de kural olarak temerrüde düşen borçluya bile gecikmiş ifayı yerine getirmesi için uygun bir ek süre verilmesi arandığına göre, eser sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde gelecekteki ifanın objektif olarak tehlikeye düşmesi yalnızca ifanın muacceliyetten sonra verilecek uygun bir ek süre içinde dahi yapılamayacağının çok yüksek ihtimalle öngörülmesiyle ortaya çıkar. Fakat TBK m. 124/II gereği ifa gününden sonra borcun ifası alacaklı için yararsızlaşacaksa veya TBK m. 124/III uyarınca (nispi) kesin vade söz konusuysa vadede ifanın yapılamayacağının öngörülmesi yeterli sayılmalıdır.

Borçlunun muacceliyetten önce ifadan kaçınması hâlinde borçluya güvenerek bu sözleşme ilişkisine girmiş olan alacaklının derhâl sözleşmesel bağlılıktan kurtulmaya çalışacağını beklemek gerçekçi değildir. Pek çok durumda alacaklı ilk olarak durumu açıklığa kavuşturmaya çalışacak ve yalnızca son çare olarak sözleşmeden dönme gibi ağır yaptırımlara başvuracaktır. İşte, borçlunun halihazırda ifadan kaçınmış olduğu ama alacaklının da buna dayanarak harekete geçmediği bu süreçte bir ara dönem söz konusu olur. Bu ara dönemde tarafların hak ve yükümlülüklerin ne olacağına ilişkin de kanunda boşluk vardır. Bu boşluk doldurulurken taraf menfaatlerini dengeleyen ve böylece sözleşme adaletini tesis eden çözümler tercih edilmelidir.

Boşluğun doldurulmasında çıkış noktası muacceliyetten önce ifadan kaçınılmasının tek başına sözleşme ilişkisi üzerinde hiçbir etkisi olmayacağıdır. Gerçekten de borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi sözleşmeyi ortadan kaldırabilecek nitelikte bir beyan değildir. Hattâ borçlu haksız bir şekilde sözleşmeden döndüğünü beyan etse dahi öğretide bunun etki doğurmayacağı kabul edilmektedir.

Dolayısıyla alacaklı, borçlunun bildirimlerine veya davranışlarına dayanarak muacceliyetten önce TBK m. 125/II'ye *kıyasen* buradaki seçimlik haklarını kullanmadığı sürece ifadan kaçınmanın geri alınabileceği kabul edilmelidir. Kısaca, geri almaya sınırlı serbesti tanıyan görüş benimsenmelidir. Örneğin, borçlu ifadan kaçınmış olmasına rağmen TBK m. 96 uyarınca erken ifa mümkünse bir an sonra fikrini değiştirip alacaklıya ifada bulunabilecek ve alacaklı da bu ifayı kabul etmekle yükümlü olacaktır. Bunun doğal bir sonucu da alacaklının TBK m. 125/II'deki seçimlik haklarını kullanmadan bir ikame işlem yapması hâlinde borçlunun ifadan kaçınmasına rağmen ifada bulunmasının riskini tamamen üstlenmesidir. Alacaklı bu ifayı reddedemeyecek ve sonuçta aynı edim için iki kere ödeme yapmış ve aynı edimi iki kere elde etmiş olacaktır.

Öte yandan, muacceliyetten önce kesin olarak ifadan kaçınıldığını kabul etmek için katı şartlar aranmakta ve borcun çok yüksek ihtimalle ifa edilmeyeceğinin varsayılabilmesi gerekmektedir. Alacaklı her olayda bundan emin olamayabilir. Hattâ borçlu bilerek ifa etme istekliliği veya kabiliyeti konusunda şüphe oluşturan davranışlarda bulunarak alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırmasını sağlamaya çalışabilir. Eğer borçlu bunda başarılı olur ve alacaklı, borca aykırı davranılacağının önceden belli olması için gereken *kesinlik şartını* sağlayacak delillere sahip olmadan sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, zaten sözleşmeyi hiç ifa etmemeyi düşünen borçlunun bir de alacaklıdan tazminat talep etme imkânı doğacaktır. Özetle, alacaklının *kesinlik şartının* gerçekleştiğinden emin olmadan borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğunu ileri sürmesi risklidir. Diğer taraftan, alacaklı bu sebeple haklarını kullanmaktan çekinerek ifa gününe kadar bekler ve borç gerçekten ifa edilmezse, önceden engelleyebileceği daha yüksek bir zarara uğrayabilecektir. Bu ikilemi gidermek için alacaklıya, borçludan uygun bir süre içinde ahde vefasını yeterli delille açıklığa kavuşturmasını talep etme imkânı sunulmalıdır. Buna dayanak olarak TBK m. 98/I'in

kıyasen uygulanması zorlama bir çözüm olacaktır ama her hâlükarda TMK m. 2/I'den yararlanılabilecektir.

Türk hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olması neticesinde hangi hükümlerin *kıyasen* uygulanacağı konusu öğretide tartışmalıdır ve bir düzenleme yapılmadıkça da tartışmalı olmaya devam edecektir. Zira konu, farklı ifa engelleri altında değerlendirilmeye ve çeşitli hükümlere *kıyasen* çözümlenmeye açıktır. Bununla beraber, bir kanunî düzenlemenin eksikliğinde, öğretideki görüşler içinden en uygun çözümü borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını sözleşmenin amacını tehlikeye atan veya bertaraf eden nitelikli bir sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiren ve bunun alacaklıya muacceliyetten önce derhâl borçlu temerrüdü hükümlerinden *kıyasen* yararlanma hakkı verdiğini savunan görüşün sunduğu kabul edilmelidir. Böylece alacaklı muacceliyetten önce aynen ifayı talep etmeye devam etme veya aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteme haklarına sahip olmaktadır. Ayrıca yapma borçlarında alacaklıya TBK m. 113/I'deki nama ifa talebine de başvurma imkânı sağlanmaktadır. Doğal olarak hiçbir hukuki nitelendirme, bunun sonuçlarının elverişliliği veya uygulamada getireceği kolaylık sebebiyle haklı çıkartılamayacaktır. Ancak Türk hukukundaki mevcut ifa engelleri sisteminde, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının bir tür sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirilmesi, gerekçeleri bakımından da isabetlidir. Bir kere, ifa imkânsızlığını borçlu bakımından değerlendiren hâkim görüş doğrultusunda borçlu borcu ifa etmeyeceğini bildirse de ifanın yapılmasını engelleyen kesin ve sürekli bir engel ortaya çıkmadığı sürece ifa imkânsızlığından söz edilemez. Temerrüt, kötü ifa veya gereği gibi ifa etmeme ise muaccel bir borcu gerektiren ifa engelleridir. Geriye kümülatif bir kavram olan sözleşmenin müspet ihlali kalmaktadır. Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin müspet ihlali hâlinde alacaklıya borçlu temerrüdünden doğan hakların sağlanıp sağlanamayacağı tartışması da önemlidir. Fakat aykırılığın kural olarak aslî edim

yükümlülüğüne yöneldiği nitelikli bir sözleşmenin müspet ihlali olarak sayılan borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasında bu hükümlerin uygulanabileceği kabul edilmelidir.

Tüm bu tartışmalardan çıkan en önemli sonuç, Türk hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç duyulduğudur. Bu düzenlemede, borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasıyla ilgili olarak yenilenmiş BGB'de getirilen kurallar ve bu düzenlemelerin temelini oluşturan CISG'deki hükümler yol gösterici olmalıdır. Ayrıca TBK'daki ifa engelleri sistemine uygun bir düzenleme getirilmesinde, Türk hukuk öğretisi ve uygulaması ile mehaz hukuktaki öğreti ve özellikle Federal Mahkeme kararlarının dikkate alınması yarar sağlayacaktır[893]. Bu çalışmada savunduğumuz görüşlere göre, TBK m. 123 ilâ 126 arasına veya bunlardan hemen sonra eklenmek üzere şöyle bir düzenleme yapılmasını öneriyoruz:

---

[893] İsviçre'de, Prof. Dr. Claire Huguenin ve Prof. Dr. Reto M. Hilty başkanlığında Federal Adalet Komisyonu oluşturulmuş ve İBK'nın Genel Hükümlerinin güncel gelişmelere uyarlanması için "OR 2020" başlığı altında bir Tasarı hazırlanmıştır. Tasarıda önerilen maddeler ve bunların gerekçeleri için bkz. http://or2020.ch (E.T. 9.11.2018). Özellikle ifa engelleri hukukuyla ilgili önemli değişiklikler önerilmiştir. Tasarıda "kusurlu ifa etmeme" (*schuldnerische Nichtleistung*) kavramı merkez alınmış (Bkz. http://or2020.ch: **Müller-Chen, Markus**; Vorbem. Art. 118-134, N. 2) ve Tasarı m. 118'de borcun ifa edilmemesi hâlinde genel olarak uygulanabilecek yaptırımlar sayılarak, CISG'e benzer şekilde, bir tür yaptırım merkezli sistem öngörülmüştür. Bununla birlikte, imkânsızlık, temerrüt ve sözleşmenin müspet ihlâli ayrımı tam olarak terk edilmemiştir (Bkz. Tasarı m. 124 vd.; http://or2020.ch: **Müller-Chen**, Vorbem. Art. 118-134, N. 3). Bu durumun eleştirisi için bkz. **Honsell, Heinrich**; "İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler", çev. Ümmühan Kaya, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı 2017/2, 189-197, s. 195. Tasarının 132. maddesinde borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kurumu, "*Absehbarer Nichterfüllung*" (Öngörülebilen İfa Etmeme) başlığı altında şöyle düzenlenmektedir: "*Borçlunun, ifada bulunmak zorunda olduğu andan önce, yükümlülüğünü, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını haklı kılacak şekilde ihlal edeceği aşikârsa, alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.* " (*Der Gläubiger kann den Vertrag auch dann aufheben, wenn schon vor dem Zeitpunkt, zu dem der Schuldner leisten muss, offensichtlich ist, dass dieser seine Pflicht in einer Weise verletzen wird, welche die Aufhebung des Vertrages rechtfertigt.*). Fakat, en azından Tasarıda öngörülen ifa engelleri sistemiyle ilgili değişiklikler TBK'ya dâhil edilmeden, böyle bir düzenlemenin, hâlen borca aykırılık merkezli bir ifa engelleri sistemi öngören TBK bakımından uygun olacağı söylenemez.

"*Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması*

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede muacceliyetten önce borcun ifa edilmeyeceği açıkça belli olursa, aynen ifadan vazgeçildiği bildirilmek kaydıyla, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

Muacceliyetten önce, borcun ifa edilmeyeceğinden haklı sebeplerle şüphelenen taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar, derhâl karşı tarafa bildirmek şartıyla, kendi ediminin ifasını askıya alabilir. İfa mâkul bir süre içinde güvence altına alınmazsa birinci fıkra uygulanır. "

KAYNAKÇA

KİTAPLAR ve MAKALELER

Altaş, Hüseyin; "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. Mad. 358)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006.

Altınok-Ormancı, Pınar; Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2011. (Kısaltma: Haklı Sebeple Fesih)

Altınok-Ormancı, Pınar; Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul, 2016. (Kısaltma: Zararı Azaltma Külfeti)

Antalya, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, İstanbul, 2017.

Atamer, Yeşim M.; "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 217-260. (Kısaltma: İfa Engelleri Hukuku)

Atamer, Yeşim M.; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul, 2005. (Kısaltma: CISG)

Ayan, Serkan; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

Aydıncık, Şirin; Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul, 2013.

Barth, Hans Rudolf; Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Zürich, 1958.

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

Başoğlu, Başak; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, 2012. (Kısaltma: Aynen İfa)

Başoğlu, Başak; "Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları", İÜHFM, Cilt LXVI, Sayı 2, Yıl 2008, İstanbul, s. 287-310. (Kısaltma: Öncelenmiş Borca Aykırılık)

Baysal, Başak; Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul, 2012.

Bläser, Alexander; Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, Zürich/St. Gallen, 2011.

Blum, Brian A.; Contracts, Examples & Explanations, 6th Edition, New York, 2013.

Bridge, Michael; "Avoidance for Fundamental Breach of Contract Under the UN Convention On The International Sale Of Goods", The International and Comparative Law Quarterly, Volume 59, No. 4, 2010, s. 911-940.

Buz, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Tıpkı Bası, Ankara, 2014. (Kısaltma: Dönme)

Buz, Vedat; "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, İstanbul, 2012, s. 91-111. (Kısaltma: Borçların İfası)

Buz, Vedat; Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005. (Kısaltma: Yenilik Doğuran Haklar)

Chitty, Joseph; Chitty on Contracts, 32nd Edition, ed. H. G. Beale, London, 2015. (Kısaltma: Chitty on Contracts)

The Commission of European Contract Law; Principles of European Contract Law Parts I and II; ed. Ole Lando & Hugh Beale, The Hague, 2000. (Kısaltma: Lando / Beale)

Davies, F. R.; Davies on Contract, 10th Edition, Robert Upex & Geoffrey Bennett (Eds.), London, 2008.

Dayınlarlı, Kemal; "Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Cilt 23, Sayı 1-2, 2003, s. 203-249.

Decurtins, Carl; Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1956.

Dural, Mustafa / Sarı, Suat; Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümler, 11. Baskı, İstanbul, 2016.

Edis, Seyfullah; Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993.

Emmerich, Volker; Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage, München, 2005.

Eiselen, Sieg; "Remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement Articles 71 and 72 of the CISG", An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, ed. John Felemegas, Cambridge, 2007, s. 461-465.

Eiselen, Sieg; "Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Articles 71 and 72 of the CISG", 2002 (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni71,72.html#N28) (Kısaltma: UNIDROIT).

Erdoğan, Ersin; "Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s. 145-176.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2017. (Kısaltma: Özel Hükümler)

Friedrich, Klaus; "Der Vertragsbruch", AcP, Bd. 178, H. 5, 1978, s. 468-493.

Fritz, Paul; "Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners", AcP, Bd. 134, H. 2, 1931, s. 197-218.

Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus; Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich, 2012.

Gauch, Peter; Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich, 2011.

Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Emmeneger, Susan; Schweizerisches OR AT, 9. Auflage, Zürich, 2008.

Gernhuber, Joachim; "Die endgültige Erfüllungsverweigerung", Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln, 1999, s. 145- 159.

Grieder, Thomas; Vertragswidrigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit, Eine Abgrenzungsproblematik in der vertraglichen Haftung, Zürich, 2002.

Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas; Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000. (Kısaltma: Guhl / Yazar)

Gujer, Hans; Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber, Zürich, 1947.

Gunther, Teubner; Gegenseitige Vertragsuntreue, Tübingen, 1975.

Gümüş, Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. Bası, İstanbul, 2013.

Gündoğdu, Fatih; Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014.

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Hrsg: Andreas Furrer / Anton K. Schnyder, Zürich-Basel-Genf, 3. Auflage, 2016. (Kısaltma: CHK-Yazar)

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, K. Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, 2017.

Havutçu, Ayşe; "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 319-339. (Kısaltma: İfa Engelleri)

Havutçu, Ayşe; Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, 1995. (Kısaltma: Temerrüt)

Honegger, Eduard; Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 1926.

Honsell, Heinrich; "İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler", çev. Ümmühan Kaya, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı 2017/2, 189-197.

Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang; Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel, 2015. (Kısaltma: BSK-Honsell / Vogt / Wiegand)

Huber, Peter / Mullis, Alastair; The CISG, Regensburg, 2007.

Huber, Ulrich; Leistungsstörungen, Bd. II, Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Handbuch des Schuldrechts, XXXVI, Tübingen, 1999.

Hürlimann, Hans; Der Sukzessivlieferungskaufvertrag, Bern, 1940.

İnal, Tamer; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, 5. Baskı, 2015, Ankara.

İnan, Ali Naim / Yücel, Özge; İnan Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2014.

İnceoğlu, M. Murat; Kira Hukuku, Cilt I, İstanbul, 2014.

Kabaklıoğlu, Yasemin Arslanyürek; Ceza Koşulu, Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018.

Kaneti, Selim; Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007.

Kanışlı, Erhan; "CISG'da ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık", MÜHFHAD, Cilt 22, Sayı 3, İstanbul, 2016, s. 1399-1456.

Kaplan, İbrahim; İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, 2013.

Karakurt, Güler Gümüşsoy; Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017.

Kartal, Dilşah Buşra / Öğün, Pınar; "TBK m. 473/I Hükmü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi", Sorumluluk Hukuku Seminerleri, ed. Başak Baysal, İstanbul, 2016, s. 229-251.

Keskin, Dilşat A.; "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 209-231.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara, 2017.

Knapp, Charles L. / Crystal, Nathan M. / Prince, Harry G.; Problems in Contract Law, Sixth Edition, New York, 2007.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Tıpkı Bası, İstanbul, 2010.

Koller, Alfred; Schweizerisches OR AT, 4. Auflage, Bern, 2017. (Kısaltma: OR AT)

Koller, Alfred; Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, Art. 363-366 OR, Bern, 1998. (Kısaltma: BK-Koller)

Koller, Alfred; Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen, 2015 (Kısaltma: Werkvertrag).

Kramer, Ernst A. / Probst, Thomas; Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Basel, 2003.

Krückmann, Paul; "Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel", AcP, Bd. 116, H. 2/3, s. 157-481.

Kuntalp, Erden; Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara, 1968. (Kısaltma: Satım Akdi)

Kuntalp, Erden; "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 263-299.

Kuntalp, Erden; Karışık Muhtevalı Akit, Ankara, 1971. (Kısaltma: Karışık Muhtevalı Akit)

Kurt, Leyla Müjde; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara, 2016. (Kısaltma: İmkânsızlık)

Kurt, Leyla Müjde; Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012. (Kısaltma: Eseri Teslim Borcu)

Larenz, Karl; Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987.

Lehmann, Heinrich; "Die positiven Vertragsverletzungen", AcP, Bd. 96, H. 1, 1905, s. 60-113.

Lemp, Paul; Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern, 1938.

Leser, Hans G.; "Die Erfüllungsverweigerung Ein Typ der Leistungsstörungen", Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, s. 643-658.

Liu, Chengwei; "Suspension or Avoidance Due To Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", 2nd Edition, 2005 (https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html#cc67). (Kısaltma: Chengwei)

Liu, Qiao; Anticipatory Breach, Oxford, 2011. (Kısaltma: Anticipatory Breach)

Liu, Qiao; "Claiming Damages upon an Anticipatory Breach: Why should an Acceptance Be Necessary?", Legal Studies, 2010, Volume 25, s. 559-577. (Kısaltma: Damages)

Marcantonio, Barrigan J.; "Unifying the Law of Impossibility", Hastings International and Comparative Law Review, Volume 8, No. 41, 1984-1985, s. 41-60.

Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan; Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München, 2015.

Münchener Kommentar zum BGB (Kısaltma: MünchKomm/Yazar (Yıl))
- Bd. II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, München, 2001.
- Bd. II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 7. Auflage, München, 2016

Nomer, Haluk Nami; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul, 2017.

Nomos Kommentar: BGB Schuldrecht, Bd. 2, 3. Auflage, Nomos, 2016. (Kısaltma: NomosKomm/Yazar)

Nomos Kommentar: BGB Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, 2017. (Kısaltma: Nomos-Hk/Yazar)

Oğuzman, Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, 1955.

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami; Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul, 2013.

Oğuzman, Kemal / Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, 15. Bası, İstanbul, 2018. (Kısaltma: Cilt 1)

Oğuzman, Kemal / Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 12. Bası, İstanbul, 2016. (Kısaltma: Cilt 2)

Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, 1929.

Öz, M. Turgut M.; "TBK m. 112", İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, 2017. (Kısaltma: TBK m. 112)

Öz, M. Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989. (Kısaltma: Eser Sözleşmesinden Dönme)

Öz, M. Turgut; İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul, 2016. (Kısaltma: İnşaat Sözleşmesi)

Özbilen, Arif Barış; "Tüketim Ödüncü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukuki Sonuçlar", TAAD, Yıl: 7, Sayı 27, 2016, s. 125-154.

Parry, David Hughes; The Sanctity of Contracts in English Law, London, 1959.

Posner, Eric A.; "Fault in Contract Law", Michigan Law Review, Volume 107, No. 8, Symposium: Fault in American Contract Law, 2009, s. 1431-1444.

Prejovic, Caslav; "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", Victoria University of Wellington Law Review, Volume 32, Issue 3, 2001, 817-842.

Rabel, Ernst; Das Recht des Warenkaufs I, eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. I, Berlin, 1957.

Rampini, Corrado; Die Nachträgliche Leistungserschwerung, St. Gallen, 2003.

Rowley, Keith A.; "A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law", University of Cincinnati Law Review, Volume 69, 2001, s. 565-639.

Saidov, Djakhongir; "Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles", Uniform Law Review, Volume 11, 2006. (Kısaltma: UNIDROIT)

Saidov, Djakhongir; The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments, Oxford, 2008. (Kısaltma: Damages)

Sanlı, Kerem Cem; Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2. Baskı, 2017.

Schenker, Franz; Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg, 1988.

Schlechtriem, Peter; "Calculation of Damages In the Event of Anticipatory Breach Under the CISG", 2006, (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem20.html#). (Kısaltma: Anticipatory Breach)

Schlechtriem, Peter; "Damages, Avoidance of the Contract and Performance Interest Under the CISG", sub. II.5 (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html). (Kısaltma: Performance Interest)

Schlechtriem, Peter / Butler, Petra; UN Law on International Sales, Berlin, 2009.

Schlechtriem, Peter / Schwenzer, Ingeborg / Fountoulakis, Christiana; Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), ed. Ingeborg Schwenzer, New York, 2010. (Kısaltma: Schlechtriem / Schwenzer / Yazar)

Schwenzer, Ingeborg; Schweizerisches OR AT, 6. Auflage, Bern, 2012.

Schwenzer, Ingeborg / Hachem, Pascal / Kee, Christopher; Global Sales and Contract Law, Oxford, 2012.

Scott, Robert E. / Kraus, Jody S.; Contract Law and Theory, 4th Edition, New Jersey, 2007.

Seliçi, Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976. (Kısaltma: Sürekli Borç İlişkileri)

Seliçi, Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1979. (Kısaltma: Müteahhidin Sorumluluğu)

Seliçi, Özer; "Kesin Vadeli İşlemler", İÜMHAD, C. 2, S. 3, 1968, s. 92-107. (Kısaltma: Kesin Vade)

Serozan, Rona; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul, 2016. (Kısaltma: İfa)

Serozan, Rona; Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015. (Kısaltma: Yöntem)

Serozan, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, 2007. (Kısaltma: Dönme)

Serozan, Rona; "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM, 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, s. 231-248. (Kısaltma: Alman İfa Engelleri Hukuku)

Serozan, Rona; "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: 'Sözleşmenin Müspet İhlali' ve 'Culpa in Contrahendo'", İÜMHAD, 1990, Cilt 15, Sayı 18, s. 27-42. (Kısaltma: Yürürlükteki İfa Engelleri)

Sert, Selin / Cihan, Ali Hulki; "Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi", Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, ERÜHFD, Cilt VIII, Sayı 2, 2013, s. 901-918.

Sirmen, Lale; Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.

Smith, J. C. / Thomas, J. A. C.; Smith & Thomas: A Casebook on Contract, 20th Edition, ed. Roger Brownsword, London, 2009.

Staub, Hermann; "Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen", Festschrift für den XXVI. deutschen Juristentag, Berlin, 1902, s. 29-56.

Staudingers Kommentar zum BGB (Kısaltma: Staudinger/Yazar (Yıl))
- Recht der Schuldverhältnisse, Leistungsstörungsrecht II, §§ 315-327, Neubearbeitung, Berlin, 2001.
- Recht der Schuldverhältnisse, Leistungsstörungsrecht II, §§ 315-326, Neubearbeitung, Berlin, 2004

Strub, Gilbey M.; "The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries", The International and Comparative Law Quarterly, Volume 38, No. 3, 1989, s. 475-501.

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 4. Tıpkı Basım, İstanbul, 2008.

Tandoğan, Haluk; Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961. (Kısaltma: Mes'uliyet)

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atillâ; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.

Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, Murat; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, 2016.

Thier, Andreas; Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Hrsg. Heinrich Honsell, Basel, 2. Auflage, 2014.

Treitel, Guenter Heinz; Treitel on the Law of Contract, London, 14th Edition, ed. Edwin Peel, London, 2015.

Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul, 1972.

Ürem, Müge; Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, 2017.

von Tuhr, Andreas; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983.

von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold; Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Zweiter Band, 3. Auflage, Zürch, 1974.

Voser, Fritz; Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 1914.

Weber, Rolf H.; Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, Art. 97-109 OR, Bern, 2000. (Kısaltma: BK-Weber)

Weidt, Heinz; Antizipierter Vertragsbruch, Tübingen, 2008.

Wertenbruch, Johannes; "Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus § 326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners", AcP, Bd. 193, H. 2/3, 1993, s. 191-203.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak; Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

Yüce, Melek Bilgin; "TBK m. 90", İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, 2017.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara, 2017.

YARGI KARARLARI

Anglo Amerikan Hukuku

Eminence Property Developments Ltd. v Kevin Christopher Heaney, of Judicature Court of Appeal (Civil Division), 2010, England and Wales Court of Appeal Civ. 1168.

Heyman v Darwins Ltd (1942) AC.

Hochster v De la Tour, Queen's Bench, 1853, 2 Ellis and Blackburn 678, 118 English Reports 922.

Ripley v Mcclure, 1849, 4 Ex 345; 154 ER 1245.

Ross T. Smyth & Co. Ltd. v T.D. Bailey Son & Co., House of Lords, 1940, 67 Lloyd's Law Reports 147.

Universal Cargo Carriers Corp v Citati, Queen's Bench, 1957, 2 QB 401.

White & Carter (Councils) Ltd v Mcgregor (1962).

Alman Hukuku

BGH 13.11.1953 – I ZR 140/52: BGHZ

BGH 19.2.1969 – VIII ZR 58/67: NJW 1969

BGH 20.1.1969 – VII ZR 79/66: BeckRS (31173378).

BGH 14.7.1971 – VIII ZR 28/70: NJW 1971.

BGH 21.3.1974 – VII ZR 139/71: NJW 19.

BGH 10.12.1975 – VIII ZR 147/74: BeckRS (31119528).

BGH 21.10.1982 - VII ZR 51/82: NJW 1983.

BGH 21.12.1984 – V ZR 233/82: NJW 1985.

BGH 18.09.1985 – VIII ZR 249/84: NJW 1986.

BGH 5.7.1990 - VII ZR 352/89: NJW-RR 1990.

BGH 18.1.1991 – V ZR 315/89: NJW 1991.

OLG Stuttgart Hinweisbeschluss 28.5.2013 – 20 U 5/12: BeckRS (12075).

RG 19.5.1882 – II 231/82: RGZ 7.

RG 26.11.1901 – III 287/01: JW 1902.

RG 4.11.1902 – II 194/02: RGZ 53.

RG 23.2.1904 – II 298/03: RGZ 57.

RG 17.9.1918 – III 100/18: RGZ 93.

RG 10.12.1935 – VII 135/35: RGZ 149.

İsviçre Hukuku

BGer 4C.58/2004

BGE 69 II 243

BGE 110 II 143

BGE 111 II 156

Türk Hukuku

Yargıtay HGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, 29.09.2010.

Yargıtay 15. HD, E. 6551/1996, K. 6962/1996, 25.12.1996.

Yargıtay 15. HD, E. 2001/2694, K. 2001/4801, 25.10.2001.

Yargıtay 15. HD, E. 2002/367, K. 2002/1946, 18.4.2002.

Yargıtay 15. HD., E. 2003/4184, K. 2004/1686, T. 25.3.2004.

Yargıtay 15. HD, E. 2005/2830, K. 2005/3054, 17.5.2005.

ÖZET

Bu tez, Türk hukukunda borca aykırı davranılacağının önceden belli olması kavramını ele almaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasını düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Bu sebeple, sözleşme kurulduktan sonraki ama muacceliyetten önceki dönemde sözleşmeye aykırı davranılıp davranılamayacağı sorusu esasen buradaki kanun boşluğunun nasıl doldurulacağına ilişkindir. Boşluk doldurulurken genellikle muacceliyetten önce sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkıp çıkmayacağı sorusu olumlu yönde cevaplanmaktadır, zira borca aykırı davranılacağının önceden belli olduğu hâllerde alacaklıyı ifa edilmeyeceği açık olan bir sözleşmeyle muacceliyete kadar bağlı tutmanın adil olmayacağı düşünülmektedir. Dolayısıyla alacaklıya muacceliyetten önce dahi *derhâl* kullanabileceği birtakım haklar tanıma çabası mevcuttur. Ancak Türk hukukunda yeknesak bir "sözleşmeye aykırılık" kavramı kabul edilmediği, aksine borçlu temerrüdü veya ifa imkânsızlığı gibi farklı tür aykırılıklar düzenlendiği için belirtilen boşluğu doldururken borca aykırı davranılacağının önceden belli olması da *düzenlenmiş aykırılıklardan* birisi altında sınıflandırılmakta ve bu aykırılığın hukuki sonuçları borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hâllerinde de *kıyasen* uygulanmaktadır.

Borca aykırı davranılacağının önceden belli olmasının sonuçlarına ek olarak, muacceliyetten önceki sözleşmeye aykırılıktan sonra ortaya çıkabilecek bazı sorunlar bakımından da boşluk doldurma faaliyetinde bulunulması gerekecektir. Örneğin, muacceliyetten önce ifadan kaçınarak sözleşmeye aykırı davranan borçlunun, bu kaçınmasını geri almasına izin verilecek midir? Diğer taraftan, bu borçlunun alacaklısı böyle bir geri almayı kabul etmek ve sözleşmeyle bağlı kalmayı sürdürmek zorunda mıdır? Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hakkında doğrudan bir düzenleme olmaması sebebiyle Türk hukukunda bu ve buna benzer konularda da boşluktan bahsedilebilecek ve bunların da borca aykırı davranılacağının önceden belli olması hallerine *kıyasen* uygulanabilecek hükümler ile sözleşme adaletine uygun olarak doldurulması gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: *Borca aykırı davranılacağının önceden belli olması, öne alınmış borca aykırılık, öncelenmiş borca aykırılık, sözleşmenin vadeden önce ihlali, vadeden önce sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin olumlu ihlali, akdin müspet ihlali*

ABSTRACT

This thesis deals with the concept of anticipatory breach under Turkish law. Turkish Code of Obligations, Law No. 6098, does not contain a direct provision regarding anticipatory breach; so whether there can be a breach of contract after the execution of the contract, but before the due date of the obligation is primarily a question of how to fill the gap in the legislation. In filling this gap, the question of whether a contract can be breached before the due date is generally answered in the positive, because it is thought that, in cases of anticipatory breach, forcing the creditor to abide by the contract until the due date is not fair. Therefore, there are efforts to grant certain rights to the creditor that can be used *immediately* even before the due date of the obligation. Having said that, since Turkish law does not acknowledge a uniform notion of "breach of contract", but provide for different types of breaches such as debtor's default or impossibility of performance, in order to fill the said gap in the law, anticipatory breach is required be categorized under one of the *regulated breaches*, so that the legal consequences of that breach can also be applied to cases of anticipatory breach by way of *analogy*.

In addition to the legal consequences of anticipatory breach, the gap filling activity should be extended to certain problems that may occur following a breach before the due date. For instance, would a debtor, who has breached the contract prior to the due date by renouncing his/her obligations, be allowed to withdraw such renunciation? Is the creditor of such debtor required to accept such withrawal, and continue being bound with the contract? As a result of having no direct provision concerning anticipatory breach, these issues also constitute gaps in Turkish law and needed to be filled in accordance with the provisions that will be applied *mutatis mutandis* to cases of anticipatory breach as well as *justice contractuelle*.

Keywords: *Anticipatory breach, breach before the due date of the obligation, breach before the due date of the contract, breach of contract before the due date, positive breach of the contract*