TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE VE TÜRK HUKUKUNDA ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

Doktora Tezi

Emre Can SİVRİKAYA

Ankara, 2026

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE VE TÜRK HUKUKUNDA ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

Doktora Tezi

Emre Can SİVRİKAYA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara, 2026

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE VE TÜRK HUKUKUNDA ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

Doktora Tezi

Emre Can SİVRİKAYA

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

1- Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

2- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

3- Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

4- Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

5- Doç. Dr. Yıldız ABİK

Tez Savunması Tarihi

25.09.2026

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK danışmanlığında hazırladığım **"Viyana Satım Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık (Ankara, 2026)"** adlı doktora 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.

Tarih: 28.09.2026
Emre Can SİVRİKAYA

TEŞEKKÜR

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı çatısı altında yazdığım işbu doktora tezi, 25 Eylül 2026 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK, Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU, Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR, Prof. Dr. Süleyman YILMAZ ve Doç. Dr. Yıldız ABİK'ten oluşan kıymetli jüri huzurunda savunulmuş ve oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Her çalışmada karşılaşılması muhtemel zorluklar söz konusudur. Ancak hukuk alanında bir doktora tezi üretme süreci, kuşkusuz gerek zaman bakımından gerekse de sarf edilecek gayret bakımından yoğun ve yorucudur. Bu süreçte aylara ve yıllara yayılan okumalar, araştırmalar, derlemeler ve nihayetinde bunlardan damla damla süzülen öz bilgiler, kişinin zihninde anlamlı ve akıcı bir bütün oluşturarak hukuk camiasının başvurabileceği bir bilimsel kaynak biçiminde yazılır. Bu noktada yazarın önünü bilimle aydınlatacak, ona yol gösterecek, bilgisini esirgemeyecek bir rehber gerekmektedir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrenci olduğum yıllarda, 3. sınıfta kendisinden Borçlar Hukuku Özel Hükümler dersini alma ve böylelikle tanışma onuruna eriştiğim sayın hocam Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK, kendisine işbu doktora tezinin başlığıyla ve inceleme konusuyla gittiğimde, teveccüh göstererek danışmanım olmayı kabul etmişler, tezin başından sonuna dek neredeyse her satırında bana yol göstermişler ve bu çalışmanın bilimsel nitelik kazanmasında yadsınamaz katkılarda bulunmuşlardır. Danışman hocama lisansta ve doktora tez sürecinde öğrettiklerinden dolayı minnettarlığımı ve şükranlarımı ifade etmek isterim.

Halihazırda Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk kürsüsündeki Araştırma Görevliliğim münasebetiyle kendisini tanıma onuruna eriştiğim, bilim insanı olmayı bizlere öğreten, yüksek lisans ve doktora tezlerimin jürilerinde yer alan, çeşitli vesilelerle yazdığım her yazımı okuyan, çevirilerde elimizin yetmediği yerlerde

yardımlarını esirgemeyen, asistanı olmaktan büyük mutluluk duyduğum sayın hocam Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU'na teşekkürlerimi ifade etmek isterim. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrenci olduğum yıllarda son sınıfta Miras Hukuku dersini almak vesilesiyle kendisini tanıma onuruna eriştiğim, akademisyenliğe ve hayata dair bana şimdiye dek çok şey katmış, tez savunma jürimde yer alma teveccühünü göstermiş, önemli katkılarda bulunmuş sayın hocam Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR'a minnettarlığımı ifade etmek isterim. Yine Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki öğrencilik yıllarımda kendisinden ders aldığım sayın hocam Prof. Dr. Süleyman YILMAZ'a, tezin öncesinde ve savunulması esnasında yönelttiği yapıcı ve değerli eleştirileri, önerileri ve katkılarından dolayı çok teşekkür ederim. Eşya Hukuku dersini, belki de Medeni Hukuk alanını bizlere sevdiren, daha öncesinde yüksek lisans tez danışmanlığımı üstlenen hem o zaman hem de işbu doktora tezinin yazımı sürecinde her daim bilgisine ve görüşüne başvurduğum sayın hocam Doç. Dr. Yıldız ABİK'e minnettarlığımı ve şükranlarımı arz ederim.

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk kürsüsündeki kıymetli hocalarımdan Dr. Öğr. Üyesi Mehmet İSTEMİ, Araştırma Görevliliğim boyunca her zaman yol gösteren, fikir veren, zorlu günlerde yardımdan geri durmayan hocam olmuştur. Tezin yazım sürecinde danıştığım konularda bana geniş vakit ayırmış, önemli katkılarda bulunmuştur, teşekkürlerimi arz ederim. Yine aynı kürsüde birlikte çalışmaktan büyük bir mutluluk duyduğum, kendilerini örnek aldığım, her akademik sancıda kendilerine başvurduğum ve doğruyu bana gösteren hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Gizem GÖRMEZ AKSOY ve Dr. Öğr. Üyesi Ekin KORKMAZ GÖKA'ya teşekkürlerimi arz ederim. Eğitim hayatımın her ânında maddî manevî yanımda olan kıymetli aileme şükranlarımı arz ederim. Nihayetinde tezin oluşturulma sürecinde biz araştırmacılara TÜBİTAK tarafından önemli bir maddî destek olarak sağlanan Yurtiçi Doktora Bursu nedeniyle Kurum'a teşekkürlerimi arz ederim.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR ..... **i**
İÇİNDEKİLER ..... **iii**
KISALTMALAR ..... **xvi**
GİRİŞ **1**
§ 1. KONUNUN TAKDİMİ **1**
§ 2. TEZ **8**
§ 3. YÖNTEM, KAPSAM VE PLÂN **12**

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

§ 4. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ **22**
I. KAVRAMSAL TARTIŞMA VE TARİHSEL GELİŞİM 22
II. ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA 30
III. KITA AVRUPASI HUKUKUNDA 52
IV. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE 55
A. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG: United Nations Convention on the International Sales of Goods) 55
B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL: Principles of European Contract Law) 58
C. Genel Çerçeve Referans Taslağı (DCFR: Draft Common Frame of Reference) 61
D. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016) 62
§ 5. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK **68**
I. GENEL OLARAK 68
II. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK KAVRAMI 71
A. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Mevcut Bir İhlâlden mi, Gelecekteki Bir İhlâlden mi?" Kaynaklandığı Sorunu 71
1. Mevcut İhlâl Kuramı (Actual Breach Theory) 72
2. Gelecekteki İhlâl Kuramı (Non-Actual Breach Theory) 73

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi 74
B. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta "İhlâl"in Yeri ve Önemi 77
1. Mukayeseli Hukukta ve Özellikle CISG Sisteminde 77
2. Türk Hukukunda 82
III. ÖNCELENME KAVRAMI 89
IV. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA KUSURUN YERİ 94
V. TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN "BOŞLUK" SORUNU 97
VI. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ 111
A. Genel Olarak 111
B. Temel Görünümler 114
1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü" – "endgültige Erfüllungsverweigerung") 126
a. Edimi İfa Etmeme İradesinin Kaçınmak Suretiyle Açıklanması 128
aa. Borçlunun Edimini İfa Etmeyeceğini Beyan Etmesi 129
bb. Borçlunun Hareketlerinden Edimini İfa Etmeyeceğinin Anlaşılması 140
b. Edimi İfadan Kaçınma Açıklamasının Hukukî Niteliği 142
c. "Kesinlik" Koşulu 151
d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi (Klärung der Vertragstreue) 169
aa. Genel Olarak 169
bb. Sözleşmeyle Bağlılığın Açıklığa Kavuşturulması için Süre Tâyin Edilmesi 176
cc. Süre Tâyin Edilmesinin Usûl ve Şartları 183
i. İfa İradesine İlişkin Kuşku Sebeplerinin Belirtilmesi 183
ii. Süre Tâyini 184
iii. Hukukî Sonuçlara İlişkin Uyarı 185
dd. Süre Tâyin Edilmesinin Hukukî Sonuçları 191
i. Borçlunun Tepkisi 191
ii. Borçlunun Tepki Vermemesi 193
(1). İfa Modalitelerinin Karşılıklı Anlaşmayla Değiştirilmesi 193
(2). Mevcut Kuşkuların Yoğunlaşması 193
ee. Usûle İlişkin Hususlar 195

ff. Genel Değerlendirme 196
e. Edimi İfadan Kaçınma Açıklamasının Geri Alınabilirliği Üzerine 196
aa. Geri Alma Açıklamasının Mümkün Olduğu Yönündeki Kuram (Tam Serbestlik Kuramı) 197
bb. Geri Alma Açıklamasının Mümkün Olmadığı Yönündeki Kuram 202
cc. Sınırlı Serbestlik Kuramı 204
2 İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesi (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Objektif Görünümü" – "objektive Erfüllungsgefährdung") 214
a. Yasal Temelleri 215
b. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesinin Kapsamı ve "Kesinlik" Koşulunun Değerlendirilmesi 218
c. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesinin Borçlunun Sorumluluk Sahasına Giren Bir Sebepten İleri Gelmesi 224
d. İfa İmkânsızlığının Bulunmaması Koşulu 228
e. Mukayeseli Hukuktaki Durum 229
aa. Alman Hukukunda 230
bb. İngiliz Hukukunda 231
i. Hayal Kırıklığı (Frustration) Doktrini 232
ii. Açıkça Görülen İfa İmkânsızlığı 233
(1). Kanıtlanmış Yetersizlik (Proved Inability): Ex Post Bakış Açısından Fiilî İfa Edememe 233
(2). Çıkarımsal Yetersizlik (Inferred Inability): Ex Ante Bakış Açısından Muhtemel İfa Edememe 235
cc. Genel Değerlendirme 237
f. Özel Bir Sorun Olarak: Kesin Vâdeli Sözleşmeler 240

İKİNCİ BÖLÜM
ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

§ 6. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HUKUKÎ NİTELİĞİ 249
I. GENEL OLARAK 249

II. BORÇLUNUN HENÜZ MUACCELİYETİN GERÇEKLEŞMESİNDEN ÖNCEKİ SÜREÇTE İFADAN KAÇINMA AÇIKLAMASININ HERHANGİ BİR HUKUKÎ ANLAMININ OLMADIĞI GÖRÜŞÜ 249
III. İFA İMKÂNSIZLIĞI GÖRÜŞÜ 252
IV. AKDİN MÜSPET İHLÂLİ GÖRÜŞÜ 257
A. Genel Olarak 257
B. İsviçre Hukukundaki "Altlama (Subsumtion)" Yaklaşımı 266
1. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Konusu 266
2. Hiç veya Gereği Gibi İfa Etmemenin Zorunlu Koşulu Olarak Muacceliyet 267
3. Sözleşmenin Tehlikeye Düşürülmesi (Vertragsgefährdung): Bağımsız Bir Bağlantı Noktası 269
a. İfa Engelleri Hukukunun Konusu Olarak Davranış Yükümlülükleri 269
b. Bir Yan Yükümlülük İhlâli Olarak Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık ... 270
V. BORÇLU TEMERRÜDÜ HÜKÜMLERİNE DAİR GÖRÜŞ 272
VI. TBK md.473 (Art.366 OR) HÜKMÜNE DAYANAN GÖRÜŞ 278
VII. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ 282
§ 7. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN KOŞULLARI 299
I. GEÇERLİ BİR SÖZLEŞME VE MEVCUT BİR BORCUN GEREKLİLİĞİ 299
A. Borcun Kaynağı: Borçlandırıcı Sözleşme ve Borcun Muhtelif Kaynakları Açısından Değerlendirme 299
B. Sözleşmeyle Borç Altına Giren Taraf Açısından Değerlendirme 300
C. Sözleşmedeki "Edim" Açısından Değerlendirme 311
1. Olumlu (Verme, Yapma) ve Olumsuz (Yapmama, Katlanma) Edimleri Açısından Değerlendirme 311
2. Aslî Edim Yükümlülüğü, Yan Edim Yükümlülüğü ve Yan Yükümler Açısından Değerlendirme 314
3. Sözleşmenin Âni, Sürekli yahut Dönemlik Edim İhtivâ Etmesi Açısından Değerlendirme 315
D. İsimsiz (Atipik) Sözleşmelerden Bilhassa "Çift Tipli Karma Sözleşmeler" Açısından Değerlendirme 319
E. Sözleşme Yapma Vaadi (Önsözleşme) Açısından Değerlendirme 321
F. Borcun Geçerli Olması Gerekliliği Açısından Değerlenme 323
G. Borcun Hüküm İfade Etmesi Gerekliliği Açısından Değerlendirme 329
H. İrade Bozuklukları ve Aşırı Yararlanma (Gabin) Açısından Değerlendirme .. 333
II. İFA İMKÂNSIZLIĞININ BULUNMAMASI 342

III. BORCUN MUACCEL OLMAMASI (MUACCELİYETİN ERTELENMESİ YA DA İFANIN SÜRECE YAYILMASI) 344
A. Genel Olarak 344
B. Vâdeye Bağlı Borç 354
1. Vâdenin Tâyini 356
a. Sözleşme ile Tâyin 357
b. Kanun Tarafından Tâyin 358
c. Hukukî İlişkinin Özelliği veya İşin Niteliği Gereği Tâyin 360
d. Dürüstlük Kuralı Gereği Tâyin 360
e. Taraflardan Biri veya Üçüncü Kişi Tarafından Tâyini 361
2. Vâdenin Türleri 363
a. Mutlak ve Nispî Vâde 363
b. Olağan, Belirli ve Kesin Vâde 364
aa. Olağan Vâde 364
bb. Belirli Vâde 366
cc. Kesin Vâde 367
3. Vâdenin Tecili (Erteleme Sözleşmesi) 372
C. İhbarla Muaccel Hâle Gelen Borç 374
D. Uzun Süreli Sözleşmelerde Özel Koşullar 375
1. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde 375
2. Sürekli Borç İlişkilerinde 388
E. Şarta Bağlı Borçlarda 392
IV. HENÜZ MUACCELİYET GERÇEKLEŞMEMİŞKEN İFADAN HAKSIZ BİÇİMDE KAÇINMA YA DA İLERİDEKİ İFANIN OBJEKTİF BİÇİMDE TEHLİKEYE DÜŞMESİ 400
V. HAKSIZ KAÇINMANIN YA DA İFAYA DAİR TEHLİKENİN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜYLE İLGİLİ OLMASI 400
VI. SORUMLULUK İÇİN ZARAR, UYGUN İLLİYET BAĞI VE KUSUR DEĞERLENDİRMESİ 404

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 8. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK İLE SONRAKİ İFA İMKÂNSIZLIĞI MÜESSESELERİNİN YARIŞMASI 408

I. TÜRK HUKUKUNDA ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ OLARAK SONRAKİ İFA İMKÂNSIZLIĞI 408
A. Genel Olarak 408
B. Sonraki İfa İmkânsızlığının Hüküm ve Sonuçları 416
C. Sonraki İfa İmkânsızlığı Sebebiyle Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Bir Sonucu Olan "Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı (vorzeitiger Rücktritt vom Vertrag)" 421
D. Sübjektif (Gerçek Olmayan) İmkânsızlığın Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık ile İlişkisi 426
II. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ OLARAK SONRAKİ İFA İMKÂNSIZLIĞI 434
§ 9. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI 438
I. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA ALACAKLININ SAHİP OLDUĞU HAKLARA DAİR GENEL AÇIKLAMALAR 438
A. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Sebebiyle Başvurulabilecek Haklar 438
B. Borçlunun Takas veya Diğer Def'i Haklarına Sahip Olması yahut Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın İki Tarafın da Fiillerinden Kaynaklanması Hâllerinde Alacaklının Hakları 443
C. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Meydana Gelen Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Alacaklının Haklarına Etkisi 448
D. Borcun Kambiyo Senedine Bağlanmasının Alacaklının Haklarına Etkisi 453
E. Müteselsil Borçluluk Hâlinin Alacaklının Haklarına Etkisi 454
II. ALACAKLININ SAHİP OLDUĞU SEÇİMLİK HAKLAR 456
A. Aynen İfa İstemini Sürdürme Hakkı 456
1. Aynen İfa İsteminin Kapsamı ve Daraltılması 457
2. Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken Gecikme Tazminatı ve Temerrüt Faizine Dair Değerlendirme 463
3. İfa Menfaati Zedelenen Tarafın (Alacaklının) Sonradan Karar Değiştirmesi 463
4. Ek Seçimlik Haklara Başvurabilmek için İhtarda Bulunma ve Ek Süre (Mehil) Tâyin Etme Yükümlülüğü 468
B. "Edimin İfasını Askıya Alma" veya "Malların Teslimini Durdurma Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR) 472

C. "Hapis Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TMK md.952 (Art.897 ZGB) 476
D. "Borçludan Açıklama Yapmasını" ve/veya "Yeterli Bir Teminat Göstermesini İsteme Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR) 478
E. Aynen İfa İsteminden Vazgeçip Sözleşmeden Dönme ya da Müspet Zararın Giderilmesini İsteme 482
1. Aynen İfa İsteminden Vazgeçme Beyanı 482
2. Sözleşmeden Dönme ve Menfî Zararın Giderilmesini İsteme 483
3. Aynen İfa İsteminden Vazgeçip Müspet Zararın Giderilmesini İsteme 486
4. İşin Başkasına Yaptırılabilmesi (Yapma Edimleri Bakımından) 496
F. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi 499
1. Sözleşmenin Sona Erdirilmesine Dair Genel Olarak 499
2. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasına Dolaylı Etkisi 501
3. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı (vorzeitiger Rücktritt vom Vertrag) 508
a. Yeni Bir Müessese Olarak "Öncelenmiş (Erken) Dönme" Kavramı 508
b. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkının Kullanılma Usûlü 513
aa. Süre Verme Yükümlülüğü 513
bb. Öncelenmiş (Erken) Dönme Bildirimi 515
cc. "Önce İfa" Yükümlülüğü Bulunan Tarafın Teminat Talep Etme ve Öncelenmiş (Erken) Dönme Haklarına Başvurup Başvuramayacağına Dair Değerlendirme 518
c. Öncelenmiş (Erken) Dönmenin Hüküm ve Sonuçları 520
G. Tazminat Hakkı 526
1. Genel Olarak 526
2. Türk Hukuku Bakımından 528
a. Müspet ve Menfî Zarar İstemlerinin Değerlendirilmesi 528
b. Gecikme Tazminatı, Temerrüt Faizi ve Munzam (Aşkın) Zararın Değerlendirilmesi 535
c. Cezaî Şartın Değerlendirilmesi 538
d. Genel Bir Değerlendirme 542
3. CISG Bakımından 545
4. Tazminat İsteminin Zamanı ve Hesaplamada Esas Alınacak An 551

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

§ 10. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN BORCA AYKIRILIK SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ 555
§ 11. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA İFAYI ASKIYA ALMA HAKKI (CISG md.71) 559
I. DÜZENLEME VE TARİHÇESİ 559
II. KAPSAMI VE FONKSİYONU 561
A. Hükmün İçeriği 561
B. Hükmün Amacı 563
C. Hükmün Kapsamı 565
1. Alacaklı yahut Borçlu Tarafından Yapılan Peşin İfa ve Karşılıklı İfa 565
2. Olası Aksaklıklar 566
3. Art Arda Teslimli (Taksitli) Sözleşmeler Bakımından Durum 566
4. Tazminatın Askıya Alınması 567
5. Modern Yaklaşımların Bir Önerisi Olarak: Genel Askıya Alma Hakkı 567
D. Hükmün Sonuçları ve Etkileri 569
E. Hükmün Emredici Olmayan Niteliği 570
III. İLERİDEKİ SÖZLEŞMESEL BİR YÜKÜMLÜLÜĞÜN ÖNEMLİ BİR KISMININ BEKLENEN VE ÖNGÖRÜLEBİLEN İHLÂLİ (CISG md.71/1) 570
A. Genel Olarak 570
B. Özel Olarak Şartlar 571
1. Sözleşmeden Doğan Bir Yükümlülüğün Beklenen İhlâli 571
2. Tehlike Sebepleri 573
a. Yükümlülüklerin Esaslı Bir Kısmının İhlâli Tehlikesi [CISG md.71/1 Hükmünün (a) bendi] 573
b. İfaya Hazırlık Aşamasında İhlâl Tehlikesi [CISG md.71/1 Hükmünün (b) bendi] 575
3. Tehlikenin Sözleşmenin Akdedilmesinden Sonra Ortaya Çıkması Şartı 577
4. Alacaklı Tarafından Tehlikenin Öngörülmesi 579
IV. İFAYI ASKIYA ALMA HAKKI 580
A. Askıya Almanın Uygulanması 580

B. Süre Sınırı 581
C. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü 582
1. Belirli Süre (Süre Bakımından Sınır) 582
2. Bildirimin Usûlü ve Şekli 582
D. Etkileri 583
1. Bildirimde Bulunulması Durumunda 583
2. Bildirimde Bulunulmaması Durumunda 583
E. Millî Hukukun Hâriç Tutulması 585
V. STOPAJ HAKKI (CISG md.71/2) 585
A. Kuralın Amacı 585
B. Satıcı için Münhasır Hak Olma Niteliği 586
C. Şartları 587
D. Sözleşmenin Tarafları Bakımından Etkileri 588
E. Üçüncü Kişiler Bakımından Etkileri 589
VI. İFANIN ASKIYA ALINMASI YA DA STOPAJ HAKKININ KAYBEDİLMESİ 590
A. Hakkın Kaybedilmesi Sebepleri 590
1. Genel Olarak 590
2. CISG md.71/2 Hükmündeki Kayba Dair Ek Sebepler 591
3. Özel Olarak: Teminat (Güvence) Hükmü 592
a. Genel Olarak 592
b. Askıda Olma Durumu 596
c. Teminat Verilmesinin Etkileri 598
d. Teminat Verilmemesinin Hüküm ve Sonuçları 598
B. Sözleşme Programının Yenilenmesi 600
VII. TAZMİNAT VE İSPAT 600
A. Alacaklının Tazminat Talepleri 600
B. Borçlunun Tazminat Talepleri 601
C. İspat Külfeti 601
§ 12. ESASLI İHLÂL HÂLİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI (CISG md.72) 602
I. DÜZENLEME VE TARİHÇESİ 602
II. KAPSAMI VE FONKSİYONU 604
A. Alacaklının İfa Tarihi (Vâde) Öncesinde Korunması 604
B. Mukayeseli Analiz 605

C. Objektif Sebepler ile Borçlunun Davranışına Dayanan Sebepler Arasındaki Ayrım 606
D. CISG md.72 Hükmünün Diğer Hukukî İmkânlardan Ayırt Edilmesi 607
III. GELECEKTEKİ ESASLI İHLÂL NEDENİYLE SÖZLEŞMEYİ ORTADAN KALDIRMA HAKKI (CISG md.72/1) 608
A. Genel Olarak Şartlar 608
B. Öncelenmiş Esaslı İhlâl 610
C. Öngörü (Tahmin) 613
IV. BİLDİRİMDE BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ (CISG md.72/2) 616
A. Kuralın Amacı 616
B. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Ön Şartlar 617
C. Usûl, Şekil ve Süre Sınırı 620
D. İspat Külfeti 621
E. Bildirimin Gerekçelendirilmesi 621
F. Teminat Verilmesine İlişkin Süre Öngörülmesi 622
G. CISG md.72/2 Hükmündeki Bildirim ile CISG md.71/3 Hükmündeki Bildirimin Birleştirilmesi 624
H. Teminat Gösterilmesi 624
1. Teminatın Yeterliliği (Elverişliliği) 624
2. Etkisi 625
3. Yeterli Teminatın Sağlanamaması 626
4. Şartların Usûl, Şekil ve Süre Sınırı 627
V. ÖNCELENMİŞ VE KESİN İFA REDDİ (BİLDİRİMDE BULUNMA GEREKMEKSİZİN, CISG md.72/3) 629
A. Kuralın Amacı 629
B. Kapsamı 629
C. İfanın Reddi Beyanı 630
D. Geri Alınabilirlik 631
VI. SÖZLEŞMENİN ORTADAN KALDIRILMASI VE BEYANI 632
A. CISG md.26 Hükmü Bağlamında 632
B. Süre Sınırı 632
C. Etkisi 633
VII. TAZMİNAT VE İSPAT 634

§ 13. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA TAZMİNATIN HESAPLANMASI 636
§ 14. ART ARDA TESLİMLİ SÖZLEŞMELERDE ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HÂLİ (CISG md.73) 643
I. DÜZENLEME VE TARİHÇESİ 643
II. KAPSAMI VE FONKSİYONU 645
A. Genel Olarak 645
B. Mukayeseli Analiz 646
III. MÜNFERİT TESLİMATA (TEK BİR TAKSİTE) İLİŞKİN AKSAKLIK (CISG md.73/1) 649
A. Hükmün Unsurları 649
B. Art Arda Teslimli Sözleşme 650
C. Sözleşmenin Esaslı İhlâli 652
D. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Usûlü, Şekli ve Süre Sınırı 654
E. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Etkileri 656
IV. GELECEKTEKİ TESLİMATLARA İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN ORTADAN KALDIRILMASI (CISG md.73/2) 656
A. Hükmün Unsurları 656
B. Güncel Yükümlülüğün İhlâli 657
C. Güncel ile Gelecekteki Sözleşmesel İhlâle İlişkin İlliyet Bağı 658
D. Sözleşmenin Gelecekteki Esaslı İhlâlinin Öngörülmesi 658
E. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması 663
1. Sözleşmenin Geleceğe İlişkin (Ex Nunc) Ortadan Kaldırılması 663
2. Önceden Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü 663
3. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması Beyanının Usûlü, Şekli ve Süre Sınırı 664
4. Etkileri 665
F. CISG md.73/2 Hükmünün CISG md.71 ve md.72 Hükümlerinden Ayırt Edilmesi 666
V. SÖZLEŞMENİN ORTADAN KALDIRILMASI HAKKININ BAĞIMLILIK NEDENİYLE GENİŞLETİLMESİ (CISG md.73/3) 667
A. Hükmün Unsurları 667
B. CISG md.73/1 Hükmüne Göre Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması 668
C. Bağımlılık 668
1. Münferit Teslimatlar Arasındaki Bağımlılık 668

2. Kriter 669
D. Sadece Gelecek ya da Geçmiş Teslimatlar Sebebiyle Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması 670
E. Etkileri 671
F. Usûlü, Şekli ve Süre Sınırı 672
VI. CISG md.73 HÜKMÜNÜN CISG md.51 HÜKMÜNDEN AYIRT EDİLMESİ 672
VII. İSPAT YÜKÜ 674

BEŞİNCİ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

§ 15. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN BAZI HUKUKÎ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI 675

I. GENEL OLARAK 675
II. BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN 675
A. Genel Hükümlerde 675
1. Haklı Sebeple Fesih 675
2. Nama İfa (TBK md.113, Art.98 OR) 682
3. İfa Güçsüzlüğü (Teminat veya Aciz) Def'i (TBK md.98, Art.83 OR) 683
4. Cayma Parası ve İfayı Engelleyen Cezaî Şart (Dönme Cezası) 690
B. Özel Borç İlişkilerinde 691
1. Eser Sözleşmesindeki Durum 693
a. Yüklenicinin İşe Başlama ve Yürütme Borcu Kapsamında Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı (TBK md.473/1, Art.366 Abs.1 OR) 695
aa. Genel Olarak 695
bb. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Devam Borcu 700
i. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Borcu 700
ii. Yüklenicinin İşe Devam Borcu 706
iii. İşin Vâdesinde Bitirilmesi Mümkün Olmayacak Şekilde Yaşanan Gecikme 708
cc. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmüne Göre Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Koşulları 713

dd. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmüne Göre Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları 717
ee. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmünün Tamamlayıcı Özellik Göstermesi 721
b. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Meydana Getirilmesi Durumunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık (TBK md.473/2, Art.366 Abs.2 OR) 722
c. Yaklaşık Bedelin Aşılması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Ermesi (TBK md.482, Art.375 OR) 733
d. Tam Tazminat Karşılığında Fesih (TBK md.484, Art.377 OR) 734
2. Kira Sözleşmesindeki Durum 735
a. Kiracının Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu (TBK md.316, Art.257f OR) 735
b. Kiracının İflâsı (TBK md.332, Art.266h OR) 738
3. Tüketim Ödüncü (Karz) Sözleşmesinde Ödünç Alanın Aczi (TBK md.390, Art.316 OR) 741
4. Hizmet Sözleşmesinde İşverenin Aczi (TBK md.436, Art.337a OR) 743
5. Yayım Sözleşmesinde Yayımcının İflâsı (TBK md.500, Art.392 OR) 745
6. Kefalet Sözleşmesinde Dönme (TBK md.599, Art.510 OR) 745
7. Bağışlama Sözü Vermede Bağışlayanın İfa Güçsüzlüğü (TBK md.296, Art.250 OR) 747
III. MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN 747
IV. DENİZ TİCARETİ HUKUKU BAKIMINDAN 750
V. İCRA VE İFLÂS HUKUKU BAKIMINDAN 750
A. Ölüm, Ehliyet Kaybı ve İflâs 750
B. Müeccel Borcun Kanun Gereği Muacceliyet Kazanması 753
§ 16. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN TESPİT VE TAVSİYELERİMİZ 754
I. GENEL OLARAK 754
II. YENİ DÜZENLEMELERE OLAN İHTİYAÇ 755
A. Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil 755
B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi 762
C. Mevcut TBK Hükümlerinin Bazılarında Revizyona Gidilmesi 772
SONUÇ 779
KAYNAKÇA 792
ÖZET 822
ABSTRACT 824

KISALTMALAR

§ : Paragraf (Alman kökenli kanunlarda "madde")

Abs. : Absatz (Alman kökenli kanunlarda "fıkra")

A.C. : Appeal Cases (Temyiz Davaları Kararları)

a.F. : alte Fassung (Mülga)

AB : Avrupa Birliği

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

ABGB : Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)

AG : Amtsgericht (Yerel Mahkeme)

A.G. : Aktiengesellschaft (Anonim Şirket)

age : adı geçen eser

All E.R. : All England Law Reports

Altb. : Altbaşlık

Art. : Article/Artikel (madde)

aşağ. : Aşağıda

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B. : Baskı

BD : … Barosu Dergisi

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)

BGE : Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)

BGer : Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)

BGH : Bundesgerichtshof (Alman Yüksek Mahkemesi)

BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi Hukuk Kararları)

bkz. : Bakınız

BÜHFD : Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C. : Cilt

c. : cümle(si)

Cc.F. **:** Code civil des Français (Fransız Medenî Kanunu)

CdC **:** Cour de Cassation (Fransız Yüksek Mahkemesi)

CFR **:** Cost and Freight

CIETAC **:** China International Economic & Trade Arbitration Commission

CIF **:** Cost, Insurance, and Freight

CISG **:** United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

CLQ **:** The Cornell Law Quarterly

C.L.R. **:** Commonwealth Law Reports

Co. **:** Company

Corp. **:** Corporation (Anonim Şirket)

C.P. **:** Common Pleas (Ortak Davalar Mahkemesi)

çev. **:** Çeviren

DAF **:** Delivered at Fronter

DCFR **:** Draft Common Frame of Reference

DDP **:** Delivered Duty Paid

DDU **:** Delivered Duty Unpaid

DEQ **:** Delivered Ex Quay

DES **:** Delivered Ex Ship

DEÜHFD **:** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Dist. Ct. **:** The United States District Court

dn. **:** Dipnot

E. **:** Esas

E.T. **:** Erişim Tarihi

eBK **:** 818 sayılı (Mülga) Borçlar Kanunu

Ed./ed. **:** Edition/editörü

eMK. **:** 743 sayılı (Mülga) Türk Kanunu Medenîsi

et al. **:** et alia (ve diğerleri)

EÜHFD **:** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Exch. **:** Abbreviation of Exchange

F. Ct. **:** Federal Court

F. Supp. **:** the Federal Supplement

FKFFK **:** 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu

FOB **:** Free on Board

FSEK **:** 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

GSÜHFD **:** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜHFD **:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD **:** Hukuk Dairesi

HGer **:** Handelsgericht (Ticaret Mahkemesi)

HGK **:** Hukuk Genel Kurulu

H.L. **:** House of Lords (Lordlar Kamarası)

HMK **:** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HPD **:** Hukuki Perspektifler Dergisi

ICAC **:** International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry

ICC **:** International Court of Arbitration

ICLQ **:** International & Comparative Law Quarterly

Inc. **:** Incorporated

InsO **:** Insolvenzordnung (Alman İflâs Kanunu)

İBGK **:** İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı

İBK **:** İçtihadı Birleştirme Kararı

İçt. Kül. **:** Türk İçtihatlar Külliyatı

İHSGHD **:** İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi

İİK **:** 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

İK **:** 4857 sayılı İş Kanunu

İKÜHFD **:** İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İNÜHFD **:** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

iss. : Issue (sayı)

İTÜSBD : İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜMHAD : İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

İÜMHAD : İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

J Cont. L : Journal of Contract Law

JdT : Journal des Tribunaux

JSTOR : Journal Storage

K. : Karar

K.B. : King's Bench

karş. : Karşılaştırınız

KassGer : Kassationsgericht (Temyiz Mahkemesi)

KGer : Kantonsgericht (Kanton Mahkemesi)

LG : Landgericht

lit. : Litera (Alman kökenli kanunlarda "bent")

LJ : Law Journal

Lloyd's Rep. : Lloyd's Law Reports

LMCLQ : Llyod's Maritime and Commercial Law Quarterly

LQR : The Law Quarterly Review

LR : Law Review

L.T. : Law Times Reports

m. : Madde

md. : Madde

MKAC : Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry

N. : Kenar Notu

NJW : Neue Juristische Wochenschrift

N.Y. : New York

N.Y. App. Div. : New York State Courts Appellate Divisions

N.Y.S. : New York State

nak. : Naklen

OGH : Oberster Gerichtshof der Republik Österreich (Avusturya Yüksek Mahkemesi)

OLG : Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)

OR : Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)

örn. : Örneğin

para. : Paragraf (Yabancı kanunlarda "fıkra")

PECL : Principle of European Contract Law

PICC : UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Pub. : Publishing

Q.B. : Queen's Bench (Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi)

Q.B.D. : Queen's Bench Division (Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi)

RB : Rechtbank (Mahkeme)

RBK : Rechtbank van Koophandel (Ticaret Mahkemesi)

ReG : Reichsgerichte (Alman İmparatorluk Mahkemesi)

RG : Resmî Gazete

RGZ : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Alman İmparatorluk Mahkemesi Hukuk Kararları)

s. : Sayfa

S. : Sayı

S.D.N.Y. : The United States District Court for the Southern District of New York

S.W. : South Westen Reporter

SCC : Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

sh. : Sahife

SMULR : Southern Methodist University Law Review

ss. : Sayfa aralığı

St. : Saint

Supr. Ct. : Supreme Court (Yüksek Mahkeme)

Supr. Ct. BC : Supreme Court of British Columbia (British Columbia Yüksek Mahkemesi)

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T. : Tarih

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti

TD : (Yargıtay) Ticaret Dairesi

Tex. Civ. App. : Texas Civil Appeals Reports (Texas Hukuk Mahkemesi Temyiz Raporları)

TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

TOKİ : Toplu Konut İdaresi Başkanlığı

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

UCC : Uniform Commercial Code (Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu)

UK : United Kingdom (Birleşik Krallık)

ULIS : Uniform Law on the International Sale of Goods (Malların Milletlerarası Satımına Dair Yeknesak Kanun)

UNIDROIT : Institut International pour l'Unification du Droit Privé

v. : Versus

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

vol. : Volume (cilt)

vs. : ve sâire

W.L.R. : Weekly Law Reports

yay. : Yayınları

YBHD : Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

yh. : Yayına hazırlayan(lar)

yuk. : Yukarıda

YÜD **:** Yaşar Üniversitesi Dergisi

yy. **:** Yüzyıl

ZGB **:** Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

Ziff. **:** Ziffer (Alman kökenli kanunlarda "numara/bent")

ZR **:** Zivilsachen-Revision

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Özel Borç İlişkileri" kısmındaki hükümler incelendiğinde hayatın olağan akışı içerisinde en çok tercih edilen sözleşmelerin başında TBK md.207 (Art.184 OR) ve devamı hükümlerinde pozitif temele bağlanmış satım sözleşmelerinin geldiği görülmektedir. İlk olarak günlük hayatta (adi işlemler sahasında) tarafların taahhüt ettikleri edim ve karşı-edimi derhâl değiştirmesini esas alan sözleşmelere *(Austauschverträge)* hemen hemen her durumda rastlamak kaçınılmazdır. Öyle ki araç alım-satımı, lokantada yemek sipariş etmek, pazar alışverişi, bedene mahsus kıyafet diktirmek, evin çatısını tamir ettirmek, tren veya uçak bileti satın almak ve benzeri basit hukukî ve iktisadî işlemlerin tümü böyledir. Keza ticarî işler sahası da bunlardan farksızdır. Örneğin müşterilerine deniz mahsulleri servis eden bir restoran, ihtiyaç duyduğu tüm balık çeşitlerini belli bir halden toptan olarak satın almaya kalktığında da yine edim ve karşı-edimin derhâl değişimini gerektiren bir sözleşme söz konusu olmaktadır. Tüm bunlarda peşin bir ifa *(Handgeschäft)* söz konusudur.[1] İşte ister adi ister ticarî işlemler sahasında olsun hayatın olağan akışı içerisinde ekseriyetle gerçekleşen bu türden işlemleri gözeten kanun koyucu, "Süreye Bağlanmamış Borç" madde başlıklı TBK md.90 (Art.75 OR) hükmünde taraflarca bir ifa zamanının (vâdenin) öngörülmediği yahut ifa zamanı hukukî ilişkinin özelliğinden hareketle anlaşılamayan her borcun, doğduğu gibi muacceliyet kazandığı anlamına gelen "derhâl muacceliyet" prensibini esas almıştır. İşbu düzenleme, "kural norm" olmakla birlikte pek çok özel hukuk müessesesinde olduğu üzere, bu kuralın da ayrıksı hâlleri mevcuttur: Ayrıksılık, "Sözleşme Özgürlüğü" madde başlıklı TBK md.26 (Art.19 OR) hükmünden kaynaklanmaktadır. Zira anılan hükme göre *"taraflar, bir*

[1] Benzer tespitler ve örnekler için bkz. **Müller, Sebastian:** Antizipierter Vertragsbruch, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 159, Zürich 2021, N. 1.

sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler."[2] İşte tarafların, kendilerine tanınan sözleşme serbestîsine istinaden, esasen doğduğu ânda muacceliyet kazanacak edimin veya karşı-edimin yahut bunların ikisinin de yerine getirileceği zamanı, çeşitli sâiklerle ilerideki bir âna ötelemeyi kararlaştırmaları (gelecekteki edimlere dair bir sözleşme, *Vertrag über künftige Leistungen)* olanaklıdır.[3] Örneğin bir üniversitenin kokteylli olarak düzenlenecek mezuniyet merâsimi için gerekli atıştırmalık ve meşrubatları hazırlayıp merâsim gününde hazır edip servis etmeyi taahhüt eden bir firma, bunların îmali için gerekli hammaddeleri üreticilerden satın alırken teslimatın merâsime birkaç gün kala yapılmasını, böylelikle malzemelerin taze taze tedarik edilmesini isteyebilir. Kaldı ki bu örnekte üniversite ile kokteyli satmayı üstlenen firma arasında akdedilen sözleşmede de atıştırmalık ve meşrubatların teslim edileceği tarih, sözleşmenin akdedildiği ândan daha ileriki bir zaman olarak tâyin edilmektedir. Görüldüğü üzere gerek firma ile hammadde üreticileri arasındaki sözleşmede gerekse üniversite ile firma arasındaki sözleşmede taraflar, borcun doğduğu ânda değil de ilerideki bir tarihte ifa edilmesini kararlaştırarak muacceliyeti ötelemekte yani TBK md.90 hükmündeki kuralın, istisnasına dayanmaktadırlar. Muacceliyeti ötelenen edimin ve/veya karşı-edimin yerine getirilmesi, edim muacceliyet kazanana kadar istenemez. Bu sebepledir ki borçlunun muacceliyet anına kadar herhangi bir ifaya veya ifaya hazırlık hareketine girişmemesi, hiçbir bir borca aykırılık hâli olarak da nitelendirilemez.

Ne var ki günlük hayatta görülen hukukî işlemler, TBK md.90 hükmü ve istisnası kadar basite indirgenmeye müsait değildir. Örneğin hammadde üreticilerinin, başka bir firmayla çok daha yüksek bir bedel üzerinden anlaşabilme ihtimalinin ortaya

[2] Roma hukukuna kadar dayanan sözleşme serbestîsi prensibi, yalnızca işaret ettiğimiz TBK md.26 hükmünde değil, liberal bir iktisat anlayışının benimsendiğini gösteren T.C. 1982 Anayasası md.48 hükmünde de *"herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir…"* cümlesiyle ifade edilmiştir.

[3] **Müller,** N.1.

çıkması yahut mevcut firmayla sözleşme hâricindeki bazı gerekçeler yüzünden anlaşmazlığa düşmesi gibi nedenlerden ötürü kararlaştırılmış hammaddeleri teslim edimini henüz muacceliyet kazanmasından önceki süreçte yerine getirmeyeceğini kesin ve açık bir biçimde beyan etmesi ve bunun üzerine kokteyli üstlenen firmanın da üniversite idaresine taze hammadde temininde karşılaştığı güçlükler yüzünden kararlaştırılan merâsim tarihinde atıştırmalık ve meşrubatları teslim edemeyeceğini beyan etmesi, ihtimal dâhilindedir. İşte böyle bir hâlde hammadde üreticilerinin kokteyli üstlenen firmaya karşı olan borcu da firmanın üniversite idaresine karşı olan borcu da henüz muacceliyet kazanmamıştır fakat her iki sözleşmedeki "ilerideki ifalar" açıkça tehlikeye girmiştir. Tarihsel perspektifle bakıldığında Kara Avrupası hukuk sistemlerinde olmasa da Anglo-Sakson hukuk sisteminde alacaklıya, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bile bazı hukukî imkânların, hakların verilip verilemeyeceği, şayet verilecekse de bunun nasıl bir dayanağı olması gerektiği fikirleri tartışılagelmiştir. Nitekim bu fikirler, çalışmamızın taşıyıcı eksenini oluşturan "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık"[4] müessesesinin ortaya atılmasına temel oluşturmuştur.

Konuya daha teknik perspektifle yaklaşmak gerekirse: Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmekten kesin bir biçimde imtinâ etmesi problemi, ilk kez Anglo-Sakson hukuk sisteminde 25 Haziran 1853 tarihli *Hochster v. De la Tour* kararında[5] gündeme gelmiştir. Alışılagelmiş hukukî kabullerin ve pratiklerin hâricinde borçlunun sadece mevcut ve muacceliyet kazanmış sözleşmesel yükümlülüklerini değil; ayrıca henüz muacceliyet kazanmamış, yani ifa vakti gelmemiş bir sözleşmeyi de ihlâl edebileceğini kabul eden işbu karar, Anglo-

[4] Anglo-Sakson hukuk sisteminde *"anticipatory breach"*, Alman hukuk sisteminde ise *"antizipierter Vertragsbruch"* terimleriyle karşılanmaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, I. Kavramsal Tartışma ve Tarihsel Gelişim.

[5] *"Hochster v. De la Tour"*, Queen's Bench, 2 Ellis and Blackburn 678, 118 English Reports 922 (Westlaw, E.T.20.10.2024).

Sakson hukuk sistemi çatısı altında sayılabilecek memleketlerde önemli doktrinel tartışmalara kapı aralamış ve çeşitli gerekçelerle eleştirilmiş olsa da zaman içerisinde duyulan ihtiyaçlar üzerine Anglo-Sakson hukuk sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi yerini bulabilmiştir. Fakat müesseseyi evrenselleştiren ve bugün sıkça uygulanmasını sağlayan gelişmeler, bilhassa milletlerarası hukuk uyumlaştırması çalışmalarında yaşanmıştır. İleride ayrı başlıklar altında değineceğimiz üzere[6] Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması *(CISG: United Nations Convention on the International Sales of Goods),* Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri *(PECL: Principles of European Contract Law),* Genel Çerçeve Referans Taslağı *(DCFR: Draft Common Frame of Reference),* Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016)* gibi pek çok milletlerarası hukuk uyumlaştırması metninde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, farklılıklar arz etse de birbirine yakın sayılabilecek hükümlerle düzenlenmiştir.[7] Millî hukuk sistemleri bakımından ise Kıta Avrupası hukuk sisteminin başını çeken Alman hukukunda 01.01.2002 tarihinde gerçekleştirilen ve kapsamlı değişiklikler öngören Borçlar Hukuku Reform Yasası *(Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)* ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi yasal bir zemine kavuşturulmuştur. Alman kanun koyucusu bu değişikliği yaparken İngiliz hukukunun kabullerinden ciddî biçimde esinlenmiş ve CISG hükümlerini de dikkate almıştır. Söz konusu değişiklik ile Alman Medenî Kanunu'na *(Bürgerliches Gesetzbuch,* anılış: *"BGB")* eklenen "sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi" sebebiyle yani akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* sebebiyle dönme hakkının kullanılabileceği durumlar arasında yer alan § 323 Abs.4 BGB hükmüne göre borç henüz muaccel olmamışken, sözleşmeden

[6] Bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, IV. Uluslararası Düzenlemelerde.
[7] Düzenlemeler için bkz. CISG md.71 vd.; Art.8:103 ve Art.9:304 PECL; III.-3:504 DCFR; Art.7.3.3 ve Art.7.3.4 PICC hükümleri.

dönme hakkının şartlarının oluşacağı aşikârsa (açıkça öngörülebilmekteyse) alacaklı muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeden dönebilir.[8]

Milletlerarası hukuk uyumlaştırma metinlerindeki ve Alman hukuk sistemindeki gelişmeler böyle olmakla birlikte 1 Temmuz 2012 gibi oldukça yakın bir tarihte yürürlük kazanan TBK'da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Keza bu eksiklik, doktrinde eleştirilmiştir.[9] Türk hukukunda açıkça bir düzenlemenin olmayışından ötürü borçlar hukuku genel hükümler ve benzeri adlarla kaleme alınan hemen hemen pek çok eserde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, çok farklı terimler ve başlıklarla anılmış, genellikle de borca aykırılık hâllerine dair sayfalar arasında birkaç cümleyle kendine yer bulabilmiştir. Bu bağlamda da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tanımı, şartları, hukukî niteliği, hüküm ve sonuçları, benzer müesseselerden farkları şeklinde sıralanabilecek analitik bir metot izlenmemiş sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa, mevcut TBK'daki hükümlerden hangilerinin tatbik edilebileceği üzerinde durulmuştur. Görüşler ileri sürülürken öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olan alacaklının, edimin muacceliyet kazanmasını beklemesine gerek olmadan, yani derhâl vaziyet alabileceği, kendisine bazı haklar sunulmasının gerektiği de ekseriyetle ifade edilmiştir. Ne var ki doktrindeki görüşler, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olan alacaklının, sadece bu sebeple bir şeyler yapma niyetinde olduğu ön kabulüyle bazı problemlere yanıt verebilecek niteliktedir. Mevcut hukuk sistemimizde bir düzenlemenin olmayışı karşısında borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini ifa etmekten kesin biçimde imtinâ ettiğinde alacaklının ne yapıp ne yapamayacağı tam bir belirsizlik arz eder: Alacaklı vâdeyi beklemeye devam mı edecek, borçluya gecikmeksizin bir ihtar mı

[8] **Müller,** N.23; **Weidt, Heinz:** Antizipierter Vertragsbruch, Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2008 s.109-111. Ayrıca bkz. Bundestagsdrucksache, T.14.05.2001, Drucksache: 14/6040, s.186. (https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf, E.T.24.10.2024)

[9] **Buz, Vedat:** "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, ss.91-111, s.111.

çekecek, ek süre (mehil) tâyin edip muacceliyet sonrasında bile durumun düzelmesini mi bekleyecek, yoksa borçlu ifadan imtinâ eder etmez alacaklı hemen bir dava yoluna mı gidecektir? Ayrıca bu hâlde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimin veya karşı-edimin başına bir iş gelirse sorumluluk kimde olacak veya nasıl paylaştırılacaktır? Sadece basit birkaç sorudan dahi anlaşılan odur ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının tahakkuk ettiği ân ile alacaklının buna istinaden haklarına başvurmak için vaziyet aldığı ân arasında ister istemez bir askı (bekleme, geçiş) dönemi olacak ve işte bu aralıkta birçok hukukî problem ortaya çıkabilecektir. Hemen yukarıda değindiğimiz yanıtsız sorular artmaya müsaittir. Alacaklının, borçlunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebileceğinden kuşkulandığı birtakım hareketlerini gözlemlemesi hâlinde ona tıpkı borçlu temerrüdünde olduğu gibi "ihtar"a benzer bir irade açıklaması yöneltip borçludan edimini ifa edip etmeyeceğine, sözleşmeyle bağlı kalıp kalmayacağına dair bir açıklama yapmasını istemesi olanaklı mıdır, olanaklıysa bunun pozitif dayanağı nerede bulunabilir? Alacaklının kuşkuları isabetliyse yani borçlunun, gerçekten de edim muacceliyet kazandığında ifadan imtinâ edeceği şimdiden aşikârsa; alacaklı harekete geçmeli midir, yoksa hâlen vâdeye kadar borçlunun ifadan imtinâ niyetini/(varsa) beyanını geri alması ve sözleşmeyle bağlılığını göstermesi ihtimali korunmaya değer midir? Borçlu, sözleşme ilişkisi kurulmasına rağmen her seferinde "vâde geldiğinde edimini ifadan imtinâ edeceğini" beyan etmiş ve/veya tutum ve davranışlarıyla bunu ortaya koymuşken, henüz vâde gelmeden fikrini değiştirdiğinde alacaklı hâlen böyle bir borçluya güvenmek zorunda kalacak mıdır? Başka bir deyişle henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ iradesi sergileyen borçlu, fikrini değiştirip de edimi ifa edeceğini beyan ettiğinde alacaklı hâlen böyle bir ifayı kabul ile yükümlü tutulabilecek midir? Nihayetinde yanıt bekleyen önemli soru ise şudur: Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren ve ifadan imtinâ hususunda direnç gösteren borçlu karşısında alacaklı,

yine de aynen ifa isteminde ısrarcı olup vâdeye dek bekleyebilecek midir, yoksa zararı azaltma külfeti sebebiyle gecikmeksizin haklarına başvurmak zorunda mı kalacaktır? Alacaklı, aleyhine işleyecek zararı azaltma külfetine katlanmayı göze alıp da her şeye rağmen aynen ifa isteminde ısrarcı olurken, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken bu niyetinden vazgeçip kendisine sunulan başka başka haklara -ileride değineceğimiz kendi ediminin ifasını askıya alma veya malların teslimini durdurma hakkı, hapis hakkı, borçludan açıklama yapmasını ve/veya yeterli bir teminat göstermesini isteme hakkı, öncelenmiş (erken) dönme hakkı ve tazminat isteme hakkı- başvurabilecek midir? Daha açık bir ifadeyle muacceliyet gerçekleşene dek alacaklının seçtiği herhangi bir haktan diğerine "geçişkenliğe" müsaade edilebilir mi?

Yukarıda dile getirdiğimiz yanıtsız sorular, TBK'daki mevcut düzenlemelerin öyle ya da böyle tatbikiyle geçiştirilemeyecek kadar önemlidir. Çünkü T.C. 1982 Anayasası md.36/2 hükmüne göre *"hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* Yine HMK md.33 hükmüne göre *"hâkim, Türk hukukunu resen uygular."* Yargılama sonucunda verilecek "Hükmün Kapsamı"na dair HMK md.297/1 (c) bendine göre hâkimin hükmü, *"...sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri..."* kapsar. Hâl böyleyken hukuku uygulamakla görevli ve hakkı dağıtmaktan imtinâ edemeyecek hâkim, tipik bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ihtilâfıyla karşı karşıya geldiğinde yukarıdaki tüm sorulara yanıt vermek, bunların hukukî sebebini kanunda göstermek ve -maalesef pozitif bir genel düzenleme olmadığından- mevcut hukuk boşluğunu[10] doldurmak mecburiyetindedir. Kısacası hâkimin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık tipine uyan bir olayla karşılaşması durumunda "somut vâkıa" ne kadar açık olsa da buna "altlayacağı *(subsumption)*" pozitif düzenlemeler mevcut değildir. Dolayısıyla hâkim, hem yanıta muhtaç pek çok

[10] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık konusunda TBK'da bir "kanun boşluğu"nun mevcut olduğu görüşleri ve bunların yanı sıra kanaatimizce isabetli olan "hukuk boşluğu"nun mevcut olduğu görüşü hakkında detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, V. Türk Borçlar Kanunu Açısından "Boşluk" Sorunu.

soruyla hem altlama faaliyetini yürütmesine esas teşkil edecek temel normun eksikliğiyle hem de herhangi bir teâmül hukuku kuralının da yokluğundan ötürü tam bir hukuk boşluğuyla karşı karşıyadır.

Çalışmamızda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik görünümlerinden herhangi birinin ortaya çıkmasından, alacaklının haklarına başvurup da borca aykırılığın öyle ya da böyle sona erdirilmesine kadar olan tüm süreç incelenmiş; bu sırada taraf menfaatlerini dengelemek ve somut olay özelinde adaleti (hakkaniyeti) tesis etmek amaçlarına matuf tüm görüşlere atıfta bulunulmuş; hâlihazırda konuya dair pozitif genel bir hükmün yokluğu sebebiyle tatbiki önerilen özel hükümler etraflıca incelenmiş; alacaklının hakları esasen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarının çoğunluğunu oluşturduğundan bunlar üzerinde ayrıca durulmuştur. Hem Türk hukukunda pozitif düzenlemenin yokluğu hem müessesenin esasen Anglo-Sakson hukukunda doğmuş olması hem de zaman içerisinde tüm milletlerarası hukuk uyumlaştırma metinlerinde yer bulmasından ötürü çalışmamız, "mukayeseli" bir borçlar hukuku incelemesini ve derlemesini merkeze almıştır. Elbette mukayeseli faaliyetler sonucunda elde edilen hukukî çıktılardan ve verilerden hangilerinin ne ölçüde Türk hukukunda tatbike müsait olduğu da ayrı ve bağımsız bir mesele olarak değerlendirilmiştir. Son tahlilde mukayeseli hukuk ve Türk hukukundan yola çıkılarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın getirdiği tüm problemlere çözüm aranmıştır.

§ 2. TEZ

Çalışmamızın tezi yani ana fikri; mukayeseli hukuk perspektifini ve milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerini esas alarak Türk hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair TBK'ya ilgili hükümlerin eklenmesi, borca aykırılık sistemimiz içerisinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın da tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk

sebebi olarak ele alınması ve böylece borca aykırılık hâllerini tamamlayacak olmasıdır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair getirilecek pozitif düzenlemeler; bilhassa sübjektif (gerçek olmayan) imkânsızlıktaki ve henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi hâlindeki kanunî belirsizliklere kayda değer bir çözüm sağlayacak, çalışmamızda çeşitli başlıklar altında inceleyeceğimiz ve -bilinçsiz de olsa- TBK'nın değişik hükümlerinde düzenlenmiş öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâllerine ilişkin "temel prensipleri" tâyin edecektir. Daha da önemlisi "tarafları yerine getirilmeyeceği açıkça anlaşılabilen bir sözleşme ilişkisiyle bağlı tutmanın bir anlamı var mıdır?" sorusu cevabına kavuşacaktır. Bu noktada akla gelebilecek kadim bir hukuk prensibi olan sözleşmeyle bağlılığı *(pacta sund servanda)*, katı bir biçimde uygulamak tarafların veya kamunun menfaatine olmadığı gibi işlem güvenliğine de hizmet etmekten uzaktır.

Doktrinde sözleşmeyle bağlılık prensibine, tarafların mevcut sözleşme ilişkisi içinde kalmamalarının, kalmalarına nispeten iktisadî açıdan daha mâkul olduğu durumlarda kuşkuyla yaklaşılmaktadır.[11] Hatta Anglo-Sakson hukukunda savunulan ve *"efficient breach"* tabir edilen aşırıcı bir düşünceye göre iktisadî açıdan daha faydalı olacaksa taraflar içinde bulundukları sözleşmeyle bağlılıktan kurtulabilme hakkına her zaman sahip olmalıdır. Taraflara böyle bir olanağın hiçbir ayrıksı hâl getirilmeden sunulması oldukça sakıncalı bir fikir olsa da hiç değilse sözleşmeden umduğu menfaati elde edemeyeceğini öngören ve bunda haklı olan tarafa, birtakım belirli şartlar altında bu olanak sunulabilir. Zira borcun yerine getirilmeyeceği yahut getirilemeyeceği öngörülmesine rağmen sözleşmeyle bağlılığın sürdürülmesi, gerek muhtemel zararların artmasına gerekse de malî kaynakların boşa harcanmasına sebebiyet vererek taraflar ve kamu açısından menfî iktisadî neticeler doğurabilir.[12] İşte tezimizin merkezindeki

[11] **Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.B, İstanbul 2020, s.342 vd.
[12] **Saidov, Djakhongir:** "Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT

öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, birtakım şartlar altında, ifa menfaati zedelenen tarafa sözleşmeyi ortadan kaldırıp tazminat isteyebilme olanağı sunarak malî kaynakların israfına engel olur ve neticede taraflar ve kamu açısından iktisadî fayda temin eder. İleride değineceğimiz üzere art arda teslimli sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın uygulanması, münferit teslimatlar için ayrı ayrı davalar açma zorunluluğunu bertaraf ederek usûl ekonomisi prensibine hizmet eder, kaynakların verimli kullanımını sağlar.[13] Örneğin hukukumuzda da TBK md.98 (Art.83 OR) hükmüne istinaden taraflardan biri, karşı tarafın ifa güçsüzlüğüne düştüğünü öğrendiğinde kendi edimini ifadan imtinâ edebilecek, nihayetinde sözleşmeden dönebilecektir. İşte bu haklarını kullanacak olan tarafı, ifa zamanına dek beklemeye mecbur bırakmamak, hakkaniyet prensibine ve iktisadî kriterlere uygun olur; keza böylece ifa menfaati zedelenen taraf, bir üçüncü kimseyle ikame sözleşme akdederek olası zararlardan kurtulabilir.[14]

Bir başka husus olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa bağlanan ve ileride inceleyeceğimiz müeyyideler, tarafların sözleşmeye daha sıkı sarılmasını ve aykırılık teşkil edebilecek hareketlerden imtinâ etmelerini de sağlayabilir.[15] Doktrinde borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ davranışları sergilemesine rağmen alacaklıya sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi bir hak verilmeyip sözleşmeyle bağlılık sürdürülürse, böyle bir sözleşme için finansman kaynakları bulmanın, sözleşmeden doğan alacakları temlik etmenin, alacaklara dair faktoring sözleşmesi akdedebilmenin güçleşeceği ifade edilmektedir. Oysa alacaklıya muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeyi sona erdirme hakkı sunulduğunda, hem

---

Principles", Uniform LR 2006, vol.11, iss.4, ss.795-823, s.798 vd.

[13] **McCamus, John D.:** The Law of Contracts, 2nd Ed., Irwin Law Inc., Toronto 2012, s.691.

[14] **O'Sullivan, Janet/Hilliard, Jonathan:** The Law of Contract, Oxford University Press, Oxford 2012, s.369.

[15] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.799.

alacaklının olası zararlarının artmasının önüne geçilir hem de borçlunun ileride ödeyeceği tazminat tutarı şimdiden düşürülmüş olur.[16]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, taraflar arasındaki hakkaniyeti ve menfaatler dengesini temine de oldukça elverişlidir. Zira müessesenin alacaklıya sağladığı haklar kadar yüklediği birtakım yükümlülükler de söz konusudur. Örneğin alacaklının ifayı askıya alma hakkını kullanmadan önce borçluya bildirimde bulunması, sözleşmeyle bağlılık gösterip göstermeyeceğinin teyit edilmesi, borçlunun yeterli bir güvence göstererek sözleşmenin ortadan kaldırılmasına engel olabilmesi, hep bu dengeye dairdir.[17]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilecek bazı sebeplerin, TBK'da ve özel hukuk alanındaki muhtelif kanunlarda dağınık biçimde hükme bağlandığı görülebilir. Fakat bu türden özel hükümlerin mevcut olmadığı durumlarda artık "boşluk"tan söz edilmelidir. Boşluğun kanun koyucunun kasıtlı susmasından mı (menfî çözümünden mi) kaynaklandığı, bilinçli mi yoksa bilinçsiz mi olduğu doktrinde tartışılagelmiş ve kesin bir çıkarım yapılamamıştır. Ne var ki boşluğun mevcut olduğunu saptadıktan sonra bunun sebebini bulmaktan ziyade problemleri ve çözüm olabilecek pozitif düzenleme önerilerini sunmak önem arz eder. Keza bundan dolayıdır ki çalışmamızda, kanun sistematiğimizde farklı hükümler içerisine konulmuş öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebepleri ve sonuçları arasındaki benzerlik ve farklılık arz eden hususlar değerlendirilmiş; bilinçli bir kanun boşluğunun tespit edildiği hâllerde ifa güçsüzlüğü (teminat veya aciz) def'inin, ifa imkânsızlığı yahut borçlu temerrüdü hükümlerinin mi yoksa daha özel nitelikli olan TBK md.473 (Art.366 OR), CISG md.72 gibi hükümlerin mi yahut da kıyas *(analogia)* metoduyla varılabilecek başka başka hukukî çarelerin mi tatbik edileceği esaslı bir tez problemi olarak incelenmiştir. Nitekim

[16] **Cumalıoğlu, Emre:** TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilen İhlal, 1.B, İstanbul 2019, s.4.
[17] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.800.

işbu inceleme sonucunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair TBK'nın genel hükümleri kısmına yeni pozitif düzenlemelerin eklenmesi gerektiği,[18] mevcut bazı hükümlerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla uyumu sağlayabilmek adına değişikliklere gidilmesi gerektiği ve nihayetinde çeşitli özel hükümlerde dağınık hâlde bulunan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık "kalıntılarının" tek bir borca aykırılık sebebi altında derlenmesi, hükme bağlanması gerektiği çıkarımlarına varılmıştır.

§ 3. YÖNTEM, KAPSAM VE PLÂN

Çalışma, birbiriyle "doğrudan bağlantılı üç" ve "dolaylı bağlantılı iki" olmak üzere toplamda beş bölümden müteşekkildir:

"Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Mukayeseli Hukuktaki Yeri" başlıklı Birinci Bölümde kavramsal tartışma yani müesseseye dair doktrindeki terminolojik çeşitlilik, müessesenin tarihsel gelişimi, Anglo-Sakson hukukunda, Kıta Avrupası hukukunda ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (anılış: *"CISG"*), Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (anılış: *"PECL"*), Genel Çerçeve Referans Taslağı (anılış: *"DCFR"*), Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri (anılış: *"PICC"*) başta olmak üzere ilgili uluslararası metinlerde nasıl ve hangi hükümlerle düzenlendiği incelenmiştir. Dolayısıyla Birinci Bölümde, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve doktrinel bilgiler ile yargı kararlarındaki köklü hukuk pratiğinden istifade edilerek bir inceleme yöntemi tercih edilmiştir. Konumuza dair yargı kararlarından kuşkusuz en önemlisi olan, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ilk kez ortaya atıldığı ve çeşitli tartışmaları bünyesinde barındıran *Hochster v. De la Tour* kararı da bu bölümde detaylıca ele alınmıştır. Esasen tez metinlerinin genellikle

[18] Doktrinde uzun bir süredir ifade edilen görüşler de bu yöndedir, bkz. **Serozan, Rona:** "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", HPD, Mayıs 2006, ss.38-51, s.47; **Yüce, Melek Bilgin:** Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul 2015, s.24.

son kısımları mukayeseli hukuk bilgilerine ayrılsa da Türk hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair herhangi bir genel nitelikli pozitif düzenleme mevcut olmadığından ve çalışmamızın pek çok kısmında mukayeseli hukukun sunduğu bilgilerden faydalanmak gerektiğinden ötürü, genel yazımın aksine, tezin ilk bölümü ve kısımlarında konuya dair mukayeseli hukuktaki bilgilere yer verilmiştir.

Devamında İngilizcede *"anticipatory breach",* Almancada *"antizipierter Vertragsbruch"* ifadeleriyle karşılanan öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın Türk hukukundaki yazarlarca nasıl adlandırıldığı ve tarafımızca hangisinin tercih edildiği gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmuştur. Bu noktada terminoloji birliğinin olmadığına vurgu yapıldıktan sonra ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın unsurları yani "öncelenme" ve "sözleşmeye aykırılık" kavramlarının çalışmamız bağlamında ne anlam ifade ettiği açıklanmış; bu bağlamda sözleşmeye aykırılığın Türk hukukundaki kullanımından ziyade, Anglo-Sakson hukuk sistemindeki mevcut ihlâl kuramı *(actual breach theory)* ve gelecekteki ihlâl kuramı *(non-actual breach theory)* üzerinden nasıl değerlendirildiği üzerinde durulmuş, sözleşmeye aykırılığın özünü teşkil eden "ihlâl" davranışı, Türk hukuku, CISG ve mukayeseli hukuk paradigmalarından -farklı açılardan- ele alınmıştır. Yine borca aykırılık sistemlerinde önemli bir yere sahip olan "kusur"un öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesinde mi yoksa bunun hüküm ve sonuçlarına başvurulmasına mı aranacağı tartışması yürütülmüştür. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair Türk hukukunda herhangi bir bilinçli, genel mahiyetli pozitif düzenlemenin olmayışından ötürü, Türk Borçlar Kanunu açısından "boşluk" sorunu da mercek altına alınmıştır.

Birinci Bölümün belki de en önemli kısmı olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkış biçimleri, borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ifadan haksız biçimde imtinâ etmesi (sübjektif görünüm) ve ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesi (objektif görünüm) olarak iki ana başlıkta ortaya konmuştur.

Elbette bu iki ana başlık altında borçlunun edimini yerine getirmemeye yönelik iradesinin nasıl ve hangi davranışlarla açıklanabileceği, edimi ifadan imtinâ açıklamasının hukuken nasıl nitelendirilebileceği, bunun kesinlik arz etmesinin önemi, borçlunun sözleşmeyle bağlılık gösterip göstermeyeceğinin teyit edilmesi, edimi ifadan imtinâ açıklamasının geri alınıp alınamayacağına yönelik doktrindeki kuramlar, ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesinin kapsamı, ifa imkânsızlığının bu noktada rolü, borçlunun sorumluluk sahası, kesin vâdeli sözleşmelerdeki özel durumlar gibi pek çok husus etraflıca açıklanmıştır.

"Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hukukî Niteliği ve Koşulları" başlıklı İkinci Bölümde müessesenin hukukî niteliğini açıklamaya yönelik; bunun herhangi bir hukukî anlamının olmadığı, ifa imkânsızlığı, akdin müspet ihlâli, borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen tatbiki, TBK md.473 hükmünün kıyasen tatbiki gibi görüşler ele alınmış ve bunlara dair genel bir değerlendirme sunulmuştur. Genel değerlendirme altbaşlığında, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamayı amaçlayan her bir görüşe karşı ileri sürülen eleştiriler ele alınmış ve bu eleştirilerin ne kadar haklı veya haksız olduğu değerlendirilmiştir. Ardından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için zorunlu şartlar olarak; geçerli bir sözleşme ilişkisinden doğmuş mevcut bir borcun gerekliliği, ifa imkânsızlığının bulunmaması, muacceliyetin taraflarca ertelenmesinden yahut ifanın sürece yayılmasından kaynaklı olarak borcun henüz muaccel olmaması, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ifadan haksız biçimde imtinâ edilmesi ya da ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşürülmesi, işbu haksız imtinânın ya da ifaya dair tehlikenin edim yükümlülüğüyle ilgili olması, zarar, uygun illiyet bağı ve kusur şartları tek tek açıklanmıştır. Elbette her bir şart açıklanırken kendi içerisinde; borçlandırıcı sözleşmeler ve borcun muhtelif kaynakları, sözleşmeye borç altına giren taraf, sözleşmedeki "edim"in niteliği, isimsiz sözleşmelerden bilhassa çift tipli karma sözleşmelerdeki durum, sözleşme yapma

vaadindeki (önsözleşme) durum, borcun geçerli olması gerekliliği, borcun hüküm ifade etmesi gerekliliği, irade bozuklukları ve aşırı yararlanma (gabin) hâlleri, nasıl tâyin edildiğine ve kendi içerisindeki türlerine göre vâdeye bağlı borçlardaki durum, ihbarla muacceliyet kazanan borçlardaki durum, art arda teslimli (dönemlik edimli) sözleşmeler ve şarta tâbi borçlardaki durum gibi pek çok ilgili husus ayrı altbaşlıklarda değerlendirilmiştir.

"Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları" başlıklı Üçüncü Bölümde çözümlenmesi ve aradan çıkarılması gereken ilk mesele olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile sonraki ifa imkânsızlığı müesseselerinin yarışması hâli ele alınmıştır. Bunu yaparken Türk hukukunda sonraki ifa imkânsızlığının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir sebebi olup olamayacağı, sonraki ifa imkânsızlığının hüküm ve sonuçları, eğer sonraki ifa imkânsızlığı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir sebebi olarak düşünülebilirse bunun alacaklıya sağlayacağı öncelenmiş (erken) dönme hakkı, sübjektif (gerçek olmayan) imkânsızlığın öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile ilişkisi ortaya konmuştur. Türk hukukuna ilişkin sunulan değerlendirmelerden sonra mukayeseli surette bu kez Viyana Satım Sözleşmesi'nde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir sebebi olarak sonraki ifa imkânsızlığı etraflıca incelenmiştir. Ardından Üçüncü Bölümün taşıyıcı eksenini teşkil eden mesele olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın alacaklıya sunacağı haklar ayrı altbaşlıklarda gösterilmiştir. Ancak alacaklının hangi hakkı seçerse seçsin etkili olabilecek "ortak hususlar" olarak: Borçlunun takas veya diğer def'i imkânlarına sahip olması yahut öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sadece borçlunun değil iki tarafın da fiillerinden kaynaklanması, sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelmiş öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın muhtemel etkileri, borcun kambiyo senedine bağlanmasının muhtemel etkileri ve ayrıksı olarak gündeme gelen müteselsil borçluluk hâlinin etkileri meselelerine etraflıca değinilmiştir.

Ortak hususlar geçildikten sonra öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap alacaklının ilk hakkı olan "aynen ifa istemini sürdürme" hakkı; bunun kapsamı ve kapsamının daraltılma sebepleri, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gecikme tazminatı ve temerrüt faizinin istenip istenemeyeceği, alacaklının sonradan karar değiştirmesinin mümkün olup olmadığı, ek seçimlik haklara başvurabilmek için ihtarda bulunma ve ek süre (mehil) tâyin etme yükümlülüğü, zararı azaltma külfetinin (CISG md.77) alacaklının aynen ifa istemine ne ölçüde tesir edebileceği gibi hususlar mercek altına alınmıştır. Ardından alacaklının ikinci hakkı olan "edimi ifasını askıya alma" veya "malların teslimini durdurma" hakkı ve bunların Türk hukukundaki "kardeşi" tabir edilebilecek TBK md.98 (Art.83 OR) hükmünün getirdiği hukukî enstrümanlar açıklanmıştır. Daha sonra alacaklının üçüncü hakkı olan "hapis hakkı" ve bunun Türk hukukundaki ender bir görünümü tabir edilebilecek TBK md.952 (Art.897 ZGB) hükmünün şartları incelenmiştir. Devamla alacaklının dördüncü hakkı olan "borçludan açıklama yapmasını" ve/veya "yeterli bir teminat göstermesini isteme" hakkı ve yine bunların Türk hukukunda ilişkili olduğu TBK md.98 hükmü ele alınmıştır. Yine alacaklının beşinci hakkı olan aynen ifa isteminden yani ilk haktan vazgeçip "sözleşmeden dönme ya da müspet zararın giderilmesini isteme" hakkı; aynen ifa isteminden vazgeçme beyanı, sözleşmeden dönmekle beraber menfî zararın giderilmesini isteme, aynen ifa isteminden vazgeçmekle beraber müspet zararın giderilmesini isteme ve nihayetinde sadece yapma edimleri bakımından gündeme gelebilecek işin başkasına yaptırılabilmesi hususları ekseninde açıklanmıştır. Daha sonra alacaklının altıncı hakkı olan "öncelenmiş (erken) dönme" hakkı CISG ve Türk hukuk sistemlerinin mukayesesi suretiyle ele alınmıştır. Fakat öncelenmiş (erken) dönme hakkı, yeni bir müessese olarak karşımıza çıktığından ötürü her şeyden evvel bir sözleşmenin sona erdirilmesine dair genel açıklamalarda bulunmak gerekmiş ve bunun üzerine öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılma usûlü, süre verme

yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, hakkı kullanma niyetinin borçluya nasıl bildirileceği, öncelikli ifa yükümlülüğü altına olan tarafın teminat talep etme ve öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurup başvuramayacağı sorunu, öncelenmiş (erken) dönmenin hüküm ve sonuçları, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sözleşmenin ortadan kaldırılmasına dolaylı etkileri gibi pek çok husus açıklığa kavuşturulmuştur. Nihayetinde alacaklının yedinci hakkı olan "tazminat isteme" hakkı konunun niteliği gereği çalışmamızın çoğu paragrafında olduğu gibi CISG ve Türk hukuk sistemlerinin mukayesesi suretiyle değerlendirilmiştir. Bu bağlamda ise müspet ve menfî zarar istemleri, gecikme tazminatı, temerrüt faizi, munzam (aşkın) zarar, cezaî şart, tazminat isteminin zamanı ve hesaplamada esas alınacak an, tazminatın henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte istenmesi nedeniyle gündeme gelebilecek problemler gibi hususlara değinilmiştir.

"Viyana Satım Sözleşmesi'nde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık" başlıklı Dördüncü Bölümde CISG'in borca aykırılık sistemine dair genel bir perspektif sunulduktan sonra CISG md.71, md.72 ve md.73 hükümleri ayrı ayrı altbaşlıklarda ve özdeş metotlar takip edilerek izah edilmiştir. Viyana Satım Sözleşmesi'nin resmî metninde her bir maddenin tek tek değil, yalnızca belli maddelerden oluşan kısımların başlıklandırıldığı görülmektedir. Ancak çalışmamızın Dördüncü Bölümünde her bir madde, hükme bağladığı konudan hareketle tarafımızca başlıklandırılmış, böylece müesseseler ve düzenlemeler arasındaki hukukî ve mantıksal bağa işaret edilmesi amaçlanmıştır.

Buna göre CISG md.71 hükmü, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta ifayı askıya alma hakkını düzenlemekte olup hükmün tarihçesi, fonksiyonu, içeriği, amacı ve kapsamı irdelenmiştir. CISG md.71 hükmü alacaklının ifayı askıya alma hakkını, esasen peşin satımlara veya tarafların aynı ânda ifayla yükümlü oldukları durumlara yani satım sözleşmesi söz konusu olduğunda akla gelen ilk ihtimale mahsus olarak tanımlamıştır.

Fakat yine de art arda teslimli (taksitli) sözleşmelerde ifayı askıya almanın mümkün olup olmadığı, aslî edim yükümlülüklerinin yanı sıra tazminatın (tâlî yükümlülüklerin) ifasını askıya almanın mümkün olup olmadığı, doktrindeki yeni görüşlerin ileri sürdüğü gibi "genel mahiyetli bir ifayı askıya alma hakkı" düzenlemesinin gerekli olup olmadığı, CISG md.71 hükmünün emredici olmayan niteliği, hüküm ve sonuçları etraflıca incelenmiştir. İfayı askıya alma hakkına başvurulabilmesinin maddî şartlarından olarak ilerideki sözleşmesel bir yükümlülüğün önemli bir kısmının beklenen ve öngörülebilen ihlâli, buna ilişkin olarak CISG md.71/1 (a) ve (b) bentlerinde sayılan tehlike sebepleri ve tehlikenin sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkmış olması gereklilikleri ayrı ayrı ele alınmıştır. Hakkın şekli şartlarından olarak alacaklının bildirimde bulunma yükümlülüğü, bildirimde süre sınırı, bildirimin şekli ve usûlü, bildirimin yapılmış yahut yapılmamış olması ihtimallerine göre değişecek hüküm ve sonuçlar da ayrıca değerlendirilmiştir. Ardından CISG md.71/2 hükmünde dayanağını bulan ve esasen ifayı askıya alma hakkının özel bir görünümünü arz eden stopaj hakkı da müessesenin amacı, uygulanma şartları, hüküm ve sonuçları sıralamasıyla sunulduktan sonra gerek ifayı askıya alma gerekse de stopaj hakkının kaybedilmesine yol açan durumlar açıklanmış, bu arada "borçlunun teminat gösterebilme olanağı" önemine binaen ayrıca mercek altına alınmıştır.

CISG md.72 hükmü ise esaslı ihlâl hâlinde sözleşmeden dönme hakkını düzenlemekte olup hükmün tarihçesi, fonksiyonu, içeriği, amacı ve kapsamı irdelenmiştir. Bu hükümle, alacaklının ifa tarihinden (vâdeden) önceki süreçte etkin biçimde korunmasının arzulandığına değinildikten sonra; esaslı ihlâle yol açabilecek objektif sebepler ile borçlunun davranışına dayanan sebepler arasındaki ayrıma, CISG md.72 hükmünün diğer hukukî enstrümanlardan farklarına, gelecekteki esaslı ihlâl kavramına, öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkına başvurulabilmesinin maddî şartlarından olarak "öncelenmiş esaslı ihlâl" ve "öngörü (tahmin)" unsurlarına açıklık

getirilmiştir. Hakkın şekli şartlarından olarak alacaklının bildirimde bulunma yükümlülüğü, bildirimde süre sınırı, bildirimin şekli ve usûlü, bildirimin muhakkak gerekçelendirilmesi, borçlunun teminat gösterebilmesi için mâkul bir süre tâyin edilmesi, CISG md.72 hükmündeki bildirim ile hemen yukarıda andığımız CISG md.71 hükmündeki bildirimin tek metinde birleştirilebilirliği, borçlunun göstereceği teminatın yeterliliği, etkisi, teminat gösterilmesinin şekli, usûlü ve buna ilişkin süre sınırı gibi meseleler tek tek açıklanmıştır. Borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir ifa reddinde bulunması hâlinde artık alacaklının bildirimde bulunma yükümlülüğünden kurtulduğu ve doğrudan doğruya öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabileceği ifade edildikten sonra sözleşmeden dönme hakkının ne şekilde ve ne kadarlık bir süre dâhilinde kullanılabileceği, ne türden hüküm ve sonuçlar doğurabileceği incelenmiştir.

Ardından CISG md.71, md.72 ve md.73 hükümlerini ilgilendiren ortak bir husus olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklının haklarından biri olan tazminatın nasıl ve hangi ân esas alınarak hesaplanabileceği, buna ilişkin doktrinde ileri sürülen metotlar ve varılan sonuçlar yargısal kararlar eşliğinde ortaya konmuştur.

CISG md.73 hükmü ise art arda teslimli sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlini düzenlemekte olup hükmün tarihçesi, fonksiyonu, içeriği, amacı ve kapsamı irdelenmiştir. Madde kapsamında vuku bulabilecek ilk ihtimal olarak münferit teslimata (tek bir taksite) ilişkin aksaklığı öngören CISG md.73/1 hükmünün unsurları, art arda teslimli sözleşmelerde esaslı ihlâlden ne anlaşılması gerektiği, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının usûlü, şekli ve süre sınırı, hüküm ve sonuçları açıklanmıştır. Vuku bulabilecek ikinci ihtimal olarak gelecekteki teslimatlara ilişkin sözleşmenin ortadan kaldırılmasını öngören CISG md.73/2 hükmünün unsurları, "güncel bir yükümlülüğün ihlâli" kavramı, güncel ile gelecekteki sözleşmesel ihlâle ilişkin illiyet bağı problemi, sözleşmenin gelecekteki esaslı ihlâlinin öngörülmesi gibi pek çok özgün

kavram ve müesseseye açıklık getirilmiştir. İşbu ikinci ihtimalin sonuçlarından olarak sözleşmenin geleceğe ilişkin *(ex nunc)* ortadan kaldırılması, alacaklının önceden bildirimde bulunma yükümlülüğü, ortadan kaldırma beyanının usûlü, şekli ve süre sınırı, hüküm ve sonuçları da ayrıca sunulmuştur.

Yine CISG md.73 hükmünün CISG md.71 ve md.72 hükümlerinden ayırt edilmesi ve ardından CISG md.73/3 hükmündeki "özel bir kural" gereğince sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkının bağımlılık nedeniyle genişlemesi hâllerine dikkat çekilmiştir. Hakkın genişlemesinin şartlarından olarak, "münferit teslimatlar arasındaki bağımlılık" kriteri ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir. Bunun sonuçlarından olarak ise sözleşmenin sadece gelecek yahut sadece geçmiş teslimatlara istinaden ortadan kaldırılması hakkı, usûlü, şekli ve süre sınırı, hüküm ve sonuçları tek tek ele alınmıştır. Nihayetinde aralarındaki benzerlikten ötürü CISG md.73 hükmünün CISG md.51 hükmünden nasıl ve hangi yönlerle ayırt edileceği de ortaya konmuştur.

"Türk Hukukunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık" başlıklı Beşinci Bölümde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bazı hukukî müesseselerle mukayesesine girişilmiştir. Burada borçlar hukukunun genel hükümleri ve özel borç ilişkileri, miras hukuku, deniz ticareti hukuku, icra ve iflâs hukuku şeklinde bazı tasnifler yapılmıştır. Borçlar hukukunun genel hükümlerinden olarak haklı sebeple fesih, nama ifa, ifa güçsüzlüğü (teminat veya aciz) def'i, cayma parası ve ifayı engelleyen cezaî şart (dönme cezası) gibi müesseseler gerektiği kadarıyla tanımlanmış ve somut olayda bunlardan biri söz konusuyken öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelemeyeceği yahut bunların öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ne gibi benzerlikler ve farklılıklar barındırdığı irdelenmiştir. Borçlar hukukunun özel borç ilişkilerinden olarak eser sözleşmesi bağlamında yüklenicinin işe başlama ve yürütme borcu kapsamında öncelenmiş (erken) dönme hakkı, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı meydana getirilmesi durumunda öncelenmiş temerrüt müessesesi, yaklaşık bedelin aşılması

sebebiyle sözleşmenin sona ermesi, tam tazminat karşılığında fesih gibi düzenlemelerin öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilişkisi mercek altına alınmıştır. Ardından kira sözleşmesinde kiracının iflâsı, tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinde ödünç alanın aczi, hizmet sözleşmesinde işverenin aczi, yayım sözleşmesinde yayımcının iflâsı, kefalet sözleşmesinde dönme gibi pek çok özel borç ilişkisi düzenlemesinde, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmediği açıklanmıştır. Miras hukuku bağlamında ise şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir türü olan miras sözleşmelerinde öncelenmiş bir ihlâlin olanaklı olup olmadığı üzerinde durulması tercih edilmiştir. Deniz ticareti hukuku bağlamında yaygın olan yolculuk çarteri sözleşmesi ve kırkambar sözleşmelerinde taşıtanın yolculuk başlamadan önce sözleşmeyi fesih haklarının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla herhangi bir ilgisinin olup olmadığı ortaya konulmuştur. Son olarak icra ve iflâs hukuku bağlamında kişinin ölümü, ehliyet kaybı veya iflâsının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilişkisine değinildikten sonra birtakım müeccel borçların kanun gereği muaccel hâle gelmesinin öncelenmiş bir ihlâlle izah edilip edilemeyeceği mercek altına alınmıştır.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair ulusal ve uluslararası mahkemelerden verilen çok sayıda yargı kararının bazen metniyle bazen de künyesiyle aktarıldığı, Türk hukukunun yanı sıra Anglo-Sakson hukuk sisteminin, Alman hukukunun ve CISG'in öngördüğü düzenlemeleri barındırarak mukayeseli bir perspektifi benimseyen işbu çalışma, Türk hukuku bakımından ihtiyaç duyulduğu kanaatinde olduğumuz pozitif düzenlemelere ilişkin tavsiyelerle tamamlanmıştır. Hukukumuza dair tespit ve tavsiyeleri aktaran kısımlarda, bilhassa TBK'ya eklenmesi gerekliliğini ifade edeceğimiz pozitif düzenlemelerin ortaya atılmasında sözleşmenin kurulmasından sonraki fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte taraflar arasında hakkaniyetli bir menfaatler dengesinin tesisine özen gösterilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

§ 4. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YERİ

I. KAVRAMSAL TARTIŞMA VE TARİHSEL GELİŞİM

İşbu çalışmanın pozitif hukuk bakımından taşıyıcı eksenini oluşturan, diğer bir deyişle temel hukukî metin kabul ettiğimiz Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini şartları ve sonuçları itibariyle açıkça hükme bağlamaktadır.[19] Ancak CISG'in Türkçe resmî tercümesi öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini ifade etmek üzere "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" terimini tercih etmiştir.[20] Kuşkusuz bu terim, metnin İngilizce aslındaki *"anticipatory breach",*[21] Almanca tercümesindeki *"Vorweggenommene Vertragsverletzung"*[22] ve Fransız literatüründeki *"Violation Anticipée du Contrat"* ifadelerinin karşılığı olarak uygun bulunmuştur. Anglo-Sakson hukuk sistemi kökenli *"antipatory breach"* kelimesi, sözlükte: *"A breach committed before there is a present duty of performance, and is the outcome of words evincing intention to refuse performance in the future"* olarak yani henüz muaccel bir ifa yükümlülüğü bulunmadan önce gerçekleştirilen ve borçlunun gelecekteki ifadan kesin surette imtinâ niyetini ortaya koyan sözlerin sonucu olan ihlâl şeklinde tanımlanmıştır.[23]

---

[19] Bkz. 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı RG'de yayımlanan Sözleşme metni.

[20] Gerçekten de Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 71, 72 ve 73. maddelerinden ibaret olan V. Bölüm I. Ayrımı "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar ve Art Arda Teslimli Sözleşmeler" başlığını taşımaktadır.

[21] https://cisg-online.org/Text-of-the-Convention (E.T.19.10.2024).

[22] https://cisg-online.org/Text-of-the-Convention (E.T.19.10.2024). Alman hukuk literatüründe ayrıca *"antizipierter Vertragsbruch"* teriminin de tercih edildiği görülür, bkz. **Weidt, Heinz:** Antizipierter Vertragsbruch, Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

[23] **Black, Henry Campbell:** Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Revised 4th Ed., West Pub. Co., St.Paul, Minnesota 1968, s.235.

Pozitif düzenleme ve CISG'in hemen yukarıdaki resmî tercümesi böyle olmakla birlikte doktrinde terimsel birliğin sağlandığını söylemek mümkün değildir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki çalışmamızda tercih ettiğimiz "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" tabiri ile sözleşmeden doğan bir borcun ifa zamanı geldiğinde çeşitli sebeplerle ifa edilmeyeceğinin veya ifa edilemeyeceğinin borç henüz muaccel olmamışken borçlu tarafından bildirilmesi yahut bunun alacaklı tarafından öngörülebilmesi, anlaşılabilir olması olgusunu kastetmekteyiz. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunu ifade etmek için Anglo-Sakson hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerin hukuk literatüründe *"anticipatory breach"*, *"anticipatory repudiation"*, *"anticipatory avoidance"*, *"anticipatory breach of contract"* gibi birbirine yakın anlamlı hukukî terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bazı milletlerarası hukuk uyumlaştırılması çalışmalarında ise *"anticipatory non-performance"* kavramının tercih edildiğine rastlamak mümkündür.[24] Kıta Avrupası'nın ağırlık kazanmış hukuk sistemi olan Alman hukukunda ise *"vorzeitiger Vertragsbruch"*, *"antizipierter Vertragsbruch"* veyahut *"vorgennommener Vertragsbruch"* gibi başlıca kavramlar göze çarpmaktadır.[25]

Türk hukukunda ise CISG'in resmî tercümesinde değindiğimiz üzere, "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" terimi kabul edilmiş olsa da doktrinde pek çok yazar tarafından farklı tabirlerin esas alındığını, bu konuda bir yeknesaklıktan söz edilemeyeceğini belirtmek gerekir. Örneğin *Serozan,*[26] *Atamer,*[27] *Başoğlu,*[28] *Kartal* ve

[24] Söz konusu kullanımlar için bkz. Art.7.3.3 PICC; Art.9:304 PECL; III.-3:504 DCFR.
[25] **Müller,** N.4; **Weidt,** s.231.
[26] **Serozan,** BK Tasarısı, s.47; **Serozan, Rona:** "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlâli" ve "Culpa in Contrahendo", İÜMHAD 1990, C.15, S.18, ss.27-42, s.36; **Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem:** Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 8.B, İstanbul 2022, § 18 N.8-9; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.B, İstanbul 2009, § 18 N.8-9.
[27] **Atamer, Yeşim M.:** "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, 1.B, İstanbul 2010, ss.317-360, s.345; **Atamer, Yeşim M.:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1.B, İstanbul 2005, s.410, dn.694. Ancak Atamer, bu eserinde "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" tabirini de sıkça kullanmıştır, bkz. **Atamer,** CISG, s.409.

Öğün,[29] *Kabaklıoğlu Arslanyürek*[30] gibi yazarların çalışmamızda da benzerini tercih ettiğimiz üzere "öncelenmiş borca aykırılık" terimini kullandıkları açıkça görülmektedir. Bunun dışında doktrinde *Oğuzman* ve *Öz, Gümüşsoy Karakurt* ve *Göka* tarafından "borca aykırı davranılacağının önceden belli olması" tabirinin kullanıldığı bilinmektedir.[31] Benzer şekilde *Sert* ve *Cihan*[32] tarafından da "borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi" tabirinin benimsendiği görülmektedir. Oldukça farklı bir tercih olarak *Antalya*[33] ise "arzulanan sözleşmenin çökmesi" kavramını esas almıştır. Hatta *Antalya*, bu tercihini İsviçre Federal Mahkemesi'nin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair emsal kararında, sözleşme taraflarının sözleşmenin amacını tehlikeye sokacak ya da bunu bertaraf edecek hareketlerden kaçınmakla yükümlü olduğu tespitine atıf yaparak gerekçelendirmektedir. Başka bir deyişle *Antalya*, terim tercihinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliği itibariyle bir tür akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* olduğu kabulünden hareket etmektedir.[34]

Yine *Yılmaz, Yelkenci* ve *Vardar Hamamcıoğlu,* CISG'in resmî tercümesine sadık kalarak "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" terimini kullanmaktadır.[35] Bundan başka *Erkan, Altınok Ormancı, Kanışlı* gibi yazarlar da "sözleşmenin öncelenmiş ihlâli"

---

[28] **Başoğlu, Başak:** "Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları", İÜHFM 2008, C.66, S.2, ss.287-310. Başoğlu, belirtilen makalenin tümünde "öncelenmiş" tabirini kullanmıştır.

[29] **Kartal, Dilşah Büşra/Öğün, Pınar:** "TBK m.473/I Hükmü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (ed.: Başak Baysal), İstanbul 2016, ss.229-252, s.231.

[30] **Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin:** "Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması", BÜHFD 2019, C.14, S.175-176, ss.887-916.

[31] **Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, 18.B, İstanbul 2020, s.515-519; **Gümüşsoy Karakurt, Güler:** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, 1.B, İstanbul 2017, s.83 vd.; **Göka, Mehmet Emir:** Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.

[32] **Sert, Selin/Cihan, Ali Hulki:** "Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi", EÜHFD, Aralık 2013, C.8, S.2, ss.901-918. Üstelik anılan yazarlar, bilhassa "öncelenmiş borca aykırılık" terimini eleştirmektedir, bkz. **Sert/Cihan,** s.904-905.

[33] **Antalya, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.III, İstanbul 2017, s.401.

[34] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.401.

[35] **Yılmaz, Süleyman:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, 1.B, Ankara 2013, s.159; **Yelkenci, Işıl:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, 1.B, İstanbul 2014, s.131; **Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah:** "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı", BÜHFD 2018, C.13, S.169-170, ss.203-256.

veya "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" tabirlerini tercih etmişlerdir.[36] Ancak söz konusu yazarlardan *Kanışlı,* bir başka eserinde "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" tabirini esas almıştır.[37] Yine *Öz,*[38] "sözleşmenin ihlâl edileceğinin anlaşılması" tabirini kullanırken; *Yıldız,*[39] "sözleşmenin erken ihlâli" terimine yer vermiştir. *Erdem* ise *bir* çalışmasında[40] "öne alınmış sözleşme ihlâli" şeklinde bir kavram kullanmış, fakat bir başka çalışmasında[41] "sözleşmeye muhtemel aykırılık" tabirini esas almıştır. Son olarak *Buz,* "sözleşmenin vâdeden önce ihlâli" terimini tercih etmiştir.[42]

Çalışmamızda tercih ettiğimiz "öncelemek" kelimesi, Türk Dil Kurumu tarafından *"1. Bir şeyi önceden yapmak, geri bırakmamak, öne almak, takdim etmek. 2. Tanıtmak, yönlendirmek amacıyla överek öne çıkarmak, lanse etmek"* şeklinde iki yakın anlamda kullanılan bir fiil olarak tanımlanmıştır.[43] Hâl böyle olunca CISG'in resmî tercümesinde yer alan "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" terimini, sözlük anlamı itibariyle en iyi karşılayan ve doktrinde de pek çok yazar tarafından benimsenmiş "öncelenmiş" tabirini kullanmanın isabetli ve yararlı olacağı kanaatindeyiz. Ancak önemle belirtmek gerekir ki çalışmamızda Viyana Satım Sözleşmesi'nin konu edindiği uluslararası mal satım sözleşmeleri mercek altına alındığından tüm borca aykırılık hâlleri değil sadece sözleşmeye aykırılık hâlleri ön plânda tutulmuş ve bu nedenle

---

[36] **Erkan, Kutluhan:** CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, 1.B, İstanbul 2013, s.120; **Altınok Ormancı, Pınar:** Zararı Azaltma Külfeti, 1.B, İstanbul 2016, s.208 vd.; **Kanışlı, Erhan:** "CISG'da ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırılması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C.II, Özel Sayı 2016, C.22, S.3, ss.1399-1456.

[37] **Kanışlı, Erhan:** CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, 1.B, İstanbul 2013, s.103.

[38] **Öz, M. Turgut:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri'nin Kısa Karşılaştırması, 1.B, İstanbul 2016, s.18.

[39] **Yıldız, Mustafa Göktürk:** Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, 1.B, İstanbul 2020, s.51.

[40] **Erdem, H. Ercüment:** "Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması", GSÜHFD 2013, C.12, S.1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu, Özel Sayı, (ed.: Enver Murat Engin), ss.259-289, s.99.

[41] **Erdem, H. Ercüment:** "Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, ss.857-894, s.869.

[42] **Buz,** İfa, s.111.

[43] https://sozluk.gov.tr/ (E.T.19.10.2024).

"öncelenmiş borca aykırılık" gibi geniş kapsamlı, sınırları belirsiz bir terim yerine sınırları daha belirgin olarak "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" terimi tercih edilmiştir.

Terim tartışmasıyla ilgili doktrinde farklı bir görüş ise "öncelemek" ya da "öne almak" sözcüklerinin "ihlâl" veya "borca aykırılık" sözcükleriyle beraber kullanımının yanlış olacağını; zira öne alınan (öncelenen) olgunun ihlâl veya borca aykırılık değil, alacaklının sözleşmeyi sona erdirebilme hakkı olduğunu ifade etmektedir.[44] Bu görüşün dayandığı tespitlerden birincisi şöyledir: CISG md.72/1 hükmü *"sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir."* şeklinde olup ihlâlin gelecekte vuku bulacak olmasına karşın şimdiden öngörülebildiğine, başka bir deyişle önceden anlaşılıp kestirilebildiğine dikkat çekmektedir. Burada ihlâl öngörülmekte, sonucunda ise sözleşmenin ortadan kaldırılma hakkı öncelenmektedir. İkinci tespite göre ise hem "İfa Güçsüzlüğü" madde başlıklı TBK md.98 (Art.83 OR) hükmünde[45] hem de CISG, PECL, DCFR, PICC gibi uluslararası metinlerde borçlunun teminat vermesi durumunda alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı bulunmamaktadır, zira hâlâ borcun ifa edileceği ümit edilmekte yani öne alınmış (öncelenmiş) bir ihlâl söz konusu olmamaktadır.[46] Üçüncü tespite göre ise borçlunun edim henüz muaccel olmamışken borcunu yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmesi doktrindeki hâkim görüşe göre sözleşmenin müspet ihlâli olarak nitelendirilir çünkü borçlu, böyle bir güven sarsan hareketiyle dürüstlük kuralından (TMK md.2, Art.2 ZGB) kaynaklanan bir yan yükümüne aykırı davranmakta ve hâlihazırda bir ihlâl yaratmaktadır. Başka bir deyişle, borcun yerine getirilmeyeceği şeklindeki bir beyan TMK md.2 hükmünden kaynaklanan söze bağlı kalma, çelişkili davranmama gibi yükümlülüklere aykırılık

[44] **Cumalıoğlu,** s.10.
[45] TBK md.98 hükmüne göre: *"Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir."*
[46] **Cumalıoğlu,** s.10.

teşkil eder ve bu aykırılık, geleceğe ilişkin öncelenen (öne alınan) bir ihlâl değil; hâlihazırdaki bir ihlâldir.[47] Dördüncü tespite göre ise TBK md.137, TBK md.138,[48] TBK md.480 (Art.373 OR), TBK md.493 (Art.385 OR) ve TBK md.565 (Art.476 OR) hükümlerinde de *"bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranma"*[49] anlamına gelecek şekilde "(öngörü)lebilmek" terimi kullanılmış olup sistematik bütünlük açısından öncelenmiş sözleşmeye aykırılık değil de öngörülebilir ihlâl kavramının tercih edilmesi isabetli olacaktır.[50]

Terim tartışmasıyla ilgili doktrinde farklı bir görüş, bizim de tercih ettiğimiz fakat sadece sözleşmelerle sınırlandırdığımız "öncelenmiş borca aykırılık" kavramını eleştirmektedir.[51] Görüşe göre *"anticipatory breach"* terimini ögelerine ayırarak filolojik açıdan incelemek gerekir. İlk olarak *"anticipatory"* teriminin türediği *"to anticipate"* fiilini "öncelemek" şeklinde tercüme etmek, kavramın tam anlamını karşılamadığı gibi bunu yalnızca zamansal açıdan bir şeyi öne almak şeklinde daraltmaktır. Oysa *"to anticipate"* fiili, bir şeyi zamansal olarak öne almanın çok daha

---

[47] **Cumalıoğlu,** s.10-11.

[48] Aşırı ifa güçlüğü müessesesine dair mehaz OR'de herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte *"Störung der Geschäftsgrundlage"* yani işlem temelinin çökmesi başlıklı § 313 BGB hükmü meseleyi şöyle ele almıştır: *"(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung." İşbu düzenlemeye göre (1) sözleşmenin temelini oluşturan durum ve koşullar, sözleşmenin akdedilmesinin ardından ciddî surette değişmiş ve taraflar bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç akdetmeyecek yahut başka bir içerikte akdedeceklerdi ise, somut olayın özelliklerinin, bilhassa yasal veya sözleşmeden doğan risk dağılımının dikkate alınması sonucunda taraflardan birinden sözleşmenin mevcut hâliyle bağlı kalmasının beklenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

(2) Tarafların sözleşmenin temeli saydıkları esaslı düşüncelerin daha sonra yanlış olduğunun anlaşılması da durum ve koşulların değişmesi anlamına gelir.

(3) Sözleşmenin uyarlanmasına herhangi bir surette imkân bulunmadığı yahut taraflardan birinden uyarlamaya razı olmasının beklenemeyeceği hâllerde, ifa menfaati zedelenen taraf sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli ilişkilerde dönme hakkı yerine fesih hakkına başvurulabilir.

[49] https://sozluk.gov.tr/ (E.T.19.10.2024).

[50] **Cumalıoğlu,** s.11-12.

[51] **Göka,** s.63 vd.

ötesinde hem bir beklentiyi hem de beklentiye uygun olarak harekete geçmeyi ifade eder. Dolayısıyla *"anticipatory breach"* teriminde öncelemek değil beklenti anlamı daha ağır basar. Görüş buna mesnet olarak da İsviçre hukuk literatüründeki yazarlardan *Schwenzer, Hachem* ve *Kee*'nin tabirini[52] *("the expectation of a breach to occur has become known as anticipatory breach",* bir ihlâlin gerçekleşeceği yolundaki beklenti, öngörülebilen ihlâl olarak bilinir.) referans göstermiştir.[53] Buradan hareketle anılan görüşe göre öncelenmiş borca aykırılık tercümesi hatalı değilse bile eksik kalmaktadır. Zira öncelenmiş olan husus borca aykırılık hâli ise, zamansal açıdan öne alınmakla birlikte yine de o ânda hâlihazırda mevcut bir borca aykırılıktan söz edildiği için öncelenmiş sıfatı gereksiz olmaktadır. Elde kalan seçenek olarak, öncelenmiş sıfatının sadece nitelediği borca aykırılığın sözleşmenin kurulmasından sonra fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ortaya çıktığını izah etmek için kullanıldığı söylenebilir.[54] Oysa anılan görüşe göre sözleşmenin kurulmasından sonra fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ortaya çıkan tek borca aykırılık türü öncelenmiş borca aykırılık değildir.[55] Kaldı ki her durumda henüz muacceliyet gerçekleşmemişken meydana gelen bir borca aykırılık sebebiyle ifa menfaati zedelenen (alacaklı) harekete geçmeyip aynen ifa talebinde sebat ederse borcun vâdesi geldiğinde artık öncelenmiş borca aykırılık değil, koşulları tamam ise borçlu temerrüdünden söz edilmelidir.[56] Yine *Göka*'nın görüşüne göre öncelenmiş olan husus, borca aykırılığın kendisi değil de bunun doğuracağı sonuçları olabilir.[57] Bu nedenle "öngörülebilen borca aykırılık" ya da "beklenen borca aykırılık" minvalindeki terimlerin tercih edilmesi, hiç değilse

[52] **Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher:** Global Sales and Contract Law, 1st Ed., Oxford University Press, Oxford 2012, N.47.136.
[53] **Göka,** s.63-64.
[54] **Göka,** s.64.
[55] Ancak yazar, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ortaya çıkan, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık dışında kalan başka ne tür borca aykırılık hâllerinin olduğunu açıklamayarak soru işaretleri yaratmıştır, bkz. **Göka,** s.64.
[56] **Göka,** s.64.
[57] **Göka,** s.65.

hâlihazırda bir borca aykırılığın söz konusu olmadığını ifade etmek açısından daha isabetli olabilir.[58]

Yukarıda katılmadığımız her iki görüş de eleştiriye açıktır. Çalışmamızda tercih ettiğimiz "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" kavramı, söz konusu görüşlerin tespitlerinin aksine oldukça isabetlidir. Zira esasen *"anticipatory breach"* müessesesi, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi veya borçlunun belli başlı davranışlarından ya da durumun koşullarından borcun ifa edilmeyeceğinin anlaşılması[59] olduğu için aslında borçlu, ileride muacceliyet ânında sebep olacağı borca aykırılığı, daha muacceliyet gerçekleşmemişken yaratmakta yani gelecekte meydana gelecek ihlâli, şu ânda ortaya çıkarmaktadır. Hâl böyle iken sözleşmeye aykırılığın öne alındığı (öncelendiği) yadsınamaz. Oysa böyle bir aykırılık, çoğu zaman ifa menfaati zedelenen (alacaklı) tarafından "öngörülebilir" nitelikte olmayabilir. Örneğin 3 Mayıs 2024 tarihinde ifa edilecek bir sözleşmenin borçlusu, henüz 24 Nisan 2024 tarihinde "edimini hiçbir zaman, ne olursa olsun yerine getirmeyeceğini" beyan ettiğinde sözleşmeye aykırılık borçlunun davranışı ile öncelenmiş olur ancak borçlunun böyle yapacağı nasıl ve ne zaman öngörülebilirdi? Kaldı ki borçlu böyle bir beyana rağmen fikrini değiştirerek 3 Mayıs 2024 tarihi geldiğinde borcunu yerine getiremez mi? Sorular, sözleşmeye aykırılığın öncelenebildiğini ancak her zaman öngörülemeyeceğini ortaya koyar mahiyettedir. Öngörülebilir ihlâl veya borca aykırılık kavramı, müesseseyi genel geçer bir şekilde ifade etmekten uzak olup, asıl olan borçlu tarafından borca (veya sözleşmeye) aykırılığın öne alınmış, öncelenmiş olmasıdır. Ayrıca öngörülebilen ihlâl tabiri, borçlunun edimini ifa etmeyeceğini veya edemeyeceğini henüz muacceliyet gerçekleşmemişken beyan etmesi olgusunu değil; bizzat alacaklının somut olayın hâl ve şartlarından bunu öngörebilmesini ifade eder. Oysa yukarıda değindiğimiz üzere bu,

[58] **Göka,** s.65.
[59] **Chitty, Joseph:** Chitty on Contracts vol.I: General Principles, (ed.: H.G. Beale), 32nd Ed., Sweet&Maxwell, London 2015, N.24-022.

öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sadece bir yönünü oluşturur. Bizim de kastettiğimiz diğer yönü, alacaklının herhangi bir öngörüsü olmaksızın borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken bir aykırılık yaratmasıdır. Bu açıdan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık tabiri genel bir çatı kavram, öngörülebilen ihlâl ise alt kavram olmaktadır.[60] İşte bu nedenle doktrinde değindiğimiz farklı görüşlere rağmen *"anticipatory breach"* terimi, çalışmamız kapsamında "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" olarak anlaşılmalıdır.

II. ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kuramı, İngiliz mahkemeleri tarafından "dahiyane bir buluş" olarak adlandırılmış[61] ve ilk kez *Hochster v. De la Tour* kararıyla hukuk literatürüne girmiştir.[62] Dolayısıyla kuram, kuşkusuz Anglo-Sakson hukukunun bir ürünüdür. Genel olarak ifade etmek gerekirse bu kurama göre; sözleşmenin taraflarından birinin edimini yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmesi veya bunun davranışlarından anlaşılabilmesi ya da ifa güçsüzlüğüne bizzat kendi fiilleriyle düşmesi durumunda diğer taraf açısından öncelenmiş bir sözleşmeye aykırılık olgusu gündeme gelmiş sayılır.[63] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ilk kez tartışıldığı 25 Haziran 1853 tarihli *Hochster v. De la Tour* kararına[64] konu olan olaya göre özetle; Albert Hochster

---

[60] Oldukça benzer bir yorum ve akıl yürütme için bkz. **Vardar Hamamcıoğlu,** s.205-206.

[61] Gerçekten de Anglo-Sakson hukuk literatürü, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kuramını *"an ingenious invention of English courts that has been well received across the common law world"* olarak nitelendirmiş, müessesenin önemine vurgu yapmıştır, bkz. **Liu, Qiao:** Anticipatory Breach, Hart Pub., Oxford and Portland, Oregon 2011, s.1

[62] **Taylor Jr., E. Hunter:** "The Impact of Article 2 of the UCC on the Doctrine of Anticipatory Repudiation", Boston College LR 1968, vol.9, iss.4, 1968, ss.917-941, s.918 vd.

[63] **Swanton, Jane:** "Discharge of Contracts for Breach", Melbourne University LR 1981, vol.13, ss.69-90, s.71; **Whittaker, Simon:** "How Does French Law Deal with Anticipatory Breaches of Contract?", ICLQ 1996, vol.45, ss.662-667, s.662; **Peel, Edwin:** The Law of Contract, 12th Ed., Sweet&Maxwell, London 2007, s.845; **McCamus,** s.693; **Fransworth, E. Allan:** On Contracts vol.II, 2nd Ed., Aspen Publishers Inc., N.Y. 1998, s.535; **Carter, J.W.:** "The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach", Modern LR 1984, vol.47, iss.4, ss.422-436, s.423; **Calamari, The Late John D./Perillo, Joseph M.:** The Law of Contracts, 4th Ed., West Group, St.Paul, Minnesota 1998, s.481; **Chitty,** General Principles, N.24-022 ve N.24-023.

[64] *"Hochster v. De la Tour"*, Queen's Bench, 2 Ellis and Blackburn 678, 118 English Reports 922 (Westlaw, E.T.20.10.2024); **Chitty,** General Principles, N.24-023; **Rowley, A. Keith:** "A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law", University of Cincinnati LR 2001, vol.69, ss.565-639, s.572 vd.; **Liu,** Anticipatory Breach, s.9 vd.; **Liu, Qiao:** "Claiming Damages upon an Anticipatory Breach: Why should an Acceptance Be Necessary?", Legal Studies 2010, vol.25, ss.559-577, s.560; **Knapp, Charles L./Crystal, Nathan M./Prince, Harry G.:** Problems in Contract Law, 6th

adında bir kişi, Edgar De la Tour adlı bir kişiyle yaptığı sözleşmede kuryelik hizmeti vermeyi taahhüt etmiştir. Sözleşme hükümlerine göre Hochster, kuryelik hizmetini sözleşmenin kurulmasından altı ay sonra ifa etmeye başlayacaktır, fakat De la Tour sözleşmenin kurulmasının üzerinden henüz iki ay geçmişken aynı iş için daha düşük bir ücretle bir başka kişiyi bulmuş ve artık Hochster'ın kuryeliğine ihtiyacının kalmadığını belirtmiştir. Söz konusu altı aylık süre dolmadan (borç henüz muaccel hâle gelmeden) Hochster, dava açarak De la Tour'un sebep olduğu zararının tazmin edilmesini talep eder. Davaya bakan Hâkim Lord Campbell C.J., daha önceden verilmiş üç mahkeme kararına istinaden Hochster'in davasında haklı olduğuna hükmeder, işte bu karar öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kuramının ilk kez tartışıldığı dava olmuştur.[65]

Davaya yakından bakmak gerekirse: Albert Hochster (davacı) adında bir kişi ile Edgar De la Tour (davalı) adlı bir kişi arasında akdedilmiş 12 Nisan 1852 tarihli sözleşme ile davalı işveren, 1 Haziran 1852 tarihinde başlayacak ve üç ay devam edecek olan Avrupa seyahati sırasında davacı Hochster'i kendisi için kurye olarak çalıştıracağını taahhüt etmiştir. Daha sonra davalı De la Tour, 11 Mayıs 1852 tarihinde davacı Hochster'e bir mektup göndermiş ve mektubunda artık bir kurye hizmeti almaya ihtiyacının kalmadığını, kendisini çalıştırmayacağını belirtmiştir. Mektubu okuyan Hochster cevaben yazdığı mektupta De la Tour'dan, kararına saygı duyduğunu ancak sözleşmeye aykırı bu davranışı sebebiyle kendisinin uğradığı zararların tazmin edilmesini istediğini ifade etmiştir. Ancak daha sonra aldığı cevap mektubunda Hochster'in tazminat talebi reddilmiş ve Hochster, 22 Mayıs 1852 tarihinde dava açmıştır. Mahkeme, yargılama sırasındaki incelemeleri neticesinde dava tarihi olan 22 Mayıs 1852 ile sözleşmenin ifasının başlayacağı tarih olan 1 Haziran 1852 arasında davacı Hochster'in başka bir işveren ile De la Tour ile yaptığı ancak ifa edilmeyeceği

---

Ed., N.Y. 2007, s.831-833; **Başoğlu,** s.301.
[65] **Rowley,** s.573.

bildirilen sözleşmeyle eşit şartlarda olan bir yeni sözleşme imzaladığını ancak bu yeni işverenle imzalanan yeni sözleşmenin ifasının 4 Temmuz 1852 tarihinde başlayacağını saptamıştır. Davacı Hochster, davalı işverenin sözleşmeyi yerine getirmeyeceğini beyan ederek aralarındaki akde aykırı davrandığı iddiasıyla uğradığı zararının giderilmesini istemiştir. Önemle vurgulamak gerekir ki Hochster'in davasının mesnedi, işverenin edimini ifa etmemesi değil, doğrudan doğruya edimini ifa etmeyeceğini beyan etmesidir.[66] Davalı De la Tour ise davaya konu edilen sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanı 1 Haziran 1852 tarihi olduğundan dolayı söz konusu tarihten önce herhangi bir sözleşme ihlâlinin gerçekleşemeyeceğini ifade etmiştir. Hatta davalı bu mantıkla, Hochster'e gönderdiği mektubunda bir sözleşme ihlâli yaratmak niyetinde olmadığını, sadece sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik bir icapta (öneride) bulunduğunu da belirtmiştir.[67] De la Tour'a göre bu anlamdaki bir öneriye muhatap olan davacı Hochster ya bu öneriyi kabul edecek ve ifa tarihinden önce sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan haklarından feragat edecek yani sözleşmeyi sona erdirmiş olacak ya da ifa tarihi gelene kadar sözleşmeyle bağlı kalıp edimini sunmaya hazır durumda bulunma yükümlülüğünü sürdürecektir.[68] Böylece öneriye muhatap olan Hochster, De la Tour'un mektubundaki sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik öneriyi kabul etmeyip ifa tarihini bekleyecek ve vâde geldiğinde ifa gerçekleşmeyeceği için artık sözleşmeye aykırı davranışa istinaden bir dava açabilecektir.

Her şeyden önce mahkeme, esasa ilişkin önemli bir sorun olarak *"bir sözleşmenin ifa günü gelmemişken bu sözleşmenin ihlâl edilmesi, hukuken mümkün müdür?"* sorusunu çözmek istemiştir.[69] Çünkü yukarıda değinildiği üzere davanın açıldığı tarih (22 Mayıs 1852) ile sözleşmede kararlaştırılan ifa tarihi (1 Haziran 1852)

[66] **Chitty,** General Principles, N.24-023; **Liu,** Anticipatory Breach, s.10. Yazara göre vurgulanması gereken husus; davacı Hochster, davasını borcun yerine getirilmediği iddiasıyla açmış olsaydı, bu davanın zamanından önce açılmış olması dolayısıyla görülmeyecek veya reddedilecek olması gerçeğidir.
[67] *Hochster v. De la Tour,* N.686.
[68] *Hochster v. De la Tour,* N.688.
[69] *Hochster v. De la Tour,* N.682.

arasında on gün vardır. İşte davalı De la Tour'un sözleşmenin yerine getirilmeyeceği şeklindeki beyanının hukukî niteliği itibariyle sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik bir öneri teşkil ettiği ve sırf bu nedenle bir sözleşme ihlâli sayılamayacağı minvalindeki savunmayı değerlendiren mahkeme, böyle bir akıl yürütmeyi isabetli bulmanın, sözleşmeyi ortadan kaldırmak niyetinde olmayan muhatabı (Hochster'i) ifa günü gelinceye değin kendi edimini yerine getirmeye hazır bulunma yükümlülüğü altında tutmak anlamına geleceğine vurgu yapmıştır.[70] Başka bir deyişle De la Tour'un savunması isabetli bulunursa henüz muacceliyetten önceki bir aşamada borcunu yerine getirmekten imtinâ eden ve bunu açıkça bildiren taraf karşısında böyle bir davranışa mâruz kalan Hochster'in borca aykırılıktan doğan haklarını kullanabilmesi için ifa zamanını beklemekten başka hiçbir hukukî çaresi kalmayacaktır.[71] Hatta bunun yanı sıra davacı Hochster, bekleme süresi boyunca kendi edimini sunmaya hazır bulunmak gibi bir yükümlülük altında kalmaya devam edecektir. İşte bu noktada mahkemenin akıl yürütmesine göre, böyle bir olayda davalının muacceliyetten önceki bir aşamada edimini ifa etmekten imtinâ etmesi durumunda davacı kendisini, gelecekteki ifa yükümlülüğünden veya edimi sunmaya hazır olarak bekleme zorunluluğundan kurtulmuş sayabilmeli ve sözleşmeye aykırılık gerçekleşmişçesine uğradığı zararın giderilmesi için bir dava açma imkânına sahip kılınmalıdır.[72] Dolayısıyla mahkeme, davalı De la Tour tarafından edimin ifasından imtinâ edilmekteyken davacı Hochster'in hiçbir şey yapmadan sadece ifa tarihini beklemek ve edimini sunmak için hazırlık yapmak yerine bir başka işverenle görüşüp yeni yeni sözleşmeler yapmaya hakkı olduğunu ifade etmiştir.[73] Yine mahkemenin akıl yürütmesine göre, özgür iradesiyle akdettiği bir sözleşmeden doğan edimini yerine getirmekten henüz muacceliyet bile gerçekleşmemişken haksız olarak imtinâ eden bir kimsenin, kendisine karşı bir dava

[70] *Hochster v. De la Tour,* N.688, 690, 691, 694.
[71] *Hochster v. De la Tour,* N.690.
[72] *Hochster v. De la Tour,* N.690.
[73] *Hochster v. De la Tour,* N.690.

açılması durumunda bunu protesto etmesi de korunmamalıdır.[74] Zira davaya kendisi sebep olmaktadır. Önemle vurgulamak gerekir ki mahkemeye göre böyle bir durumda davalıya ya ifa gününü bekleyip sözleşmeye aykırılığa istinaden bir dava açma ya da doğrudan doğruya bir dava açma hakkı arasında seçimlik imkân sunulmalıdır.[75]

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde mahkeme, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken haksız olarak edimin yerine getirilmesinden imtinâ edilmesi durumunda buna mâruz kalan tarafın ifa gününe kadar sözleşmeyle bağlı kalması için herhangi bir gerekçenin olmadığını ve sırf böyle bir imtinânın bile başlı başına bir sözleşme ihlâli sayılacağını ifade ederek davanın kabulüne karar vermiştir.[76]

Davanın Hâkimi Lord Campbell C.J., kararına mesnet olarak 1831 tarihli *Planche v. Colburn* kararını göstermiş olsa dahi anılan kararda henüz muacceliyet gerçekleşmeden önce borcun yerine getirilmesinden kaçınılmasının sözleşmenin ihlâli sayılıp sayılamayacağı hususu tartışılmadığı için öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin köklerinin *Hochster v. De la Tour* kararında oluştuğu ifade edilir.[77] Doktrinde *Liu*'ya göre ilk kez *Hochster v. De la Tour* kararında, bir sözleşme akdeden tarafların, karşılıklı biçimde muacceliyet gerçekleşene kadarki süreçte sözleşmeyi ifa etmeye "hazır ve istekli" olma hususunda örtülü bir taahhütte (ifayı tekeffül borcu) bulunduğu ve ifadan kaçınılmasına istinaden hükmedilen tazminatın buradan kaynaklandığı anlatılmak istenmiştir.[78] Ayrıca önemle vurgulamak gerekir ki *Hochster v. De la Tour* kararından önce verilmiş olup da davalının henüz muacceliyet gerçekleşmemişken haksız biçimde edimi yerine getirmekten imtinâ etmesi yahut kendisini edimi ifa edemeyecek duruma düşürmesi gibi nedenlerle davacıya belli başlı

[74] *Hochster v. De la Tour*, N.691.
[75] *Hochster v. De la Tour*, N.691.
[76] *Hochster v. De la Tour*, N.694.
[77] **Liu,** Anticipatory Breach, s.11. Anglo-Sakson hukuk sisteminde tarihsel süreç içerisinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini görebilmek için bkz. **Rowley,** s.572 vd.
[78] *"Hochster v. De la Tour"*, N.689; **Strub, Gilbey M.:** "The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries", ICLQ 1989, vol.38, iss.3, ss.475-501, s.479-480; **Liu,** Anticipatory Breach, s.13-14.

haklar tanıyan diğer kararlar bir temele oturtulmuştur.[79] Fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin icadı olarak kabul edilen *Hochster v. De la Tour* kararında bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda karşı tarafın yani sözleşmeye sadık kalan tarafın sözleşmeden dönme hakkına sahip olup olmadığı üzerinde durulmamış, sadece bu durumun bir tazminat davasına konu edilebilir nitelikte sözleşme ihlâli sayılıp sayılmayacağı irdelenmiştir.[80] Sözleşmeden dönme hakkının var olup olmaması ile tazminat istenip istenemeyeceği hususları arasındaki esas farklılık, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkmasına rağmen henüz bir zarar doğmaması ihtimalinde kendini gösterir.[81]

Hâkim Lord Campbell C.J., söz konusu davada verdiği hükmünde yeni bir kuram geliştirmek amacında olmayıp sadece kendisinden önceki benzer dava kararlarına dayandığını fakat geçmişteki kararların öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanmadığını ifade etmektedir. Burada üç mahkeme kararı önem arz eder. İlk dava olan *Short v. Stone* davasında hâlihazırda bir kadınla nişanlı olan bir erkeğin, nişanlılığı devam ederken bir başka kadınla evlenmesinden ötürü ilk nişanın son bulduğu yönünde hüküm kurulmuş ve hükmün gerekçesinde nişanın ortadan kalkmasının sebebi olarak öncelenmiş bir ihlâlin değil de imkânsızlığın mevcut olduğu belirtilmiştir. İkinci dava olan *Ford v. Tiley* davasında taraflar ifasına ileride başlanacak şekilde bir belirli süreli kira sözleşmesi imzalamışlar ancak henüz kiralanın teslimi tarihi gelmemişken kiraya veren, kiralananı bir başka kişiye kiralayıp teslim etmiştir. Bu davada kiraya verenin davranışının taraflar arasındaki mevcut belirli süreli kira sözleşmesi bakımından bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olmadığına, edimin artık imkânsızlaştığına

[79] **Liu,** Anticipatory Breach, s.17-21.
[80] **Liu,** Anticipatory Breach, s.10.
[81] **Treitel, Guenter Heinz:** Treitel on the Law of Contract, (ed.: Edwin Peel), 14th Ed., London 2015, N.17-080. Yazar, söz konusu paragraftaki mahkemenin borçluya muacceliyetten önce seçimlik bir imkân olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı tanımasını fakat zararını ancak muacceliyetten sonra talep edebilmesi yönünde hüküm kurması gerektiğini düşünmektedir.

hükmedilmiştir.[82] Üçüncü dava olan *Bowdell v. Parsons* davasında, saman satımını taahhüt eden bir satıcı, henüz teslim için kararlaştırılan vâde ânı gelmemişken sözleşmeye konu olan samanları bir başka kişiye satıp teslim etmiştir. Bu davada saman satıcısının davranışının taraflar arasındaki mevcut satım sözleşmesi bakımından bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olmadığına, ancak cins borcu söz konusu olduğu için edimin imkânsızlaştığından söz edilemeyeceğine ve satıcının hâlen saman teslimi borcunun devam ettiğine hükmedilmiştir.[83] İşte söz konusu üç karara da atıfta bulunan ancak bunlardan farklı olarak dürüstlük kuralına dayanan ve Hochster'in vâdeyi beklemesine gerek olmaksızın mevcut zararlarının tazmin edilmesi gerektiğine hükmeden, böylece yeni bir müessese yaratan Hâkim Lord Campbell C.J., tazminatın hesaplanma metodu bakımından yeni bir sıkıntıya yol açtığının farkında olmamış ve doktrinde eleştirilegelmiştir.[84]

Anglo-Sakson hukuk sisteminde de kabul gören sözleşme özgürlüğü prensibinin yansımalarından biri, kendi özgür iradeleriyle bir sözleşme akdetmekte serbest olan tarafların akdettikleri sözleşmeyle bağlı kalmasıdır. Bu durum "sözleşmenin bağlama gücü" *(the binding force of contract)*[85] veya "sözleşmenin kutsallığı" *(sanctity of contracts)*[86] olarak ifade edilir. Esasen borçlunun bir borç ilişkisine dâhil olarak, yani bir edim taahhüdünde bulunarak, alacaklısında yarattığı haklı güveni, edimini yerine getirerek karşılaması gerektiği şeklindeki etik ödeve işaret eden bu ilke[87] Kara Avrupası hukuk sisteminde dâhil ülkelerde bilinen "sözleşmeyle bağlılık" *(pacta sund servanda)* prensibini andırmakla beraber iki farklı sistem (Anglo-Sakson hukuku ve Kara Avrupası Hukuku) arasında söz konusu prensiplere istinaden geliştirilen sorumluluk hukuku

[82] **Rowley,** s.578.
[83] **Rowley,** s.577; Söz konusu kararlarla ilgili bkz. **Moses, Paul A.:** "The Doctrine of Anticipatory Breach of Contracts: Theoretically and Historically Considered", North Carolina LJ 1900-1901, vol.1, ss.321-333.
[84] **Peel,** s.848; En kritik eleştiri için bkz. **Treitel,** Contract, N.17-080, N.17-081.
[85] **Chitty,** General Principles, N.1-036.
[86] **Chitty,** General Principles, N.1-036, dn.250; **Parry, David Hughes:** The Sanctity of Contracts in English Law, London 1959, s.1 vd.
[87] **Parry,** s.2.

uygulamaları bakımından esaslı farklılaşmaların söz konusu olduğuna işaret edilmelidir.[88]

Anglo-Sakson hukukunda bir sözleşme akdederek borç taahhüdünde bulunan borçlunun alacaklıya karşı-edimini yerine getireceği hususunda bir tür garanti vermiş (tekeffül etmiş) olduğu kabul edilir ve kural olarak, her ne sebeple olursa olsun edimini ifa etmemesinden sorumlu sayılır. Nitekim Anglo-Sakson hukuk sisteminde bu konuda irdelenmesi gereken düzenleme, Restatement (2nd) of Contracts olarak bilinen, bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte yargıçlara öneri niteliğinde olması dolayısıyla itibar gören bir hukukî referans metnidir. Metnin § 235 para.2 hükmünde sözleşmeden kaynaklanan ve muaccel hâle gelen bir yükümlülüğün, herhangi bir sebeple ifa edilmemesinin borca aykırılık sayılacağı ifade edilmiştir.[89] Dolayısıyla borçlu, herhangi bir sözleşmeyle taahhüt ettiği edimini ifa etmediğinde, kendisine veya ifa yardımcısına bir kusur atfedilmeyecek olsa dahi, sorumludur. Bu durum borçlunun "katı sorumluluğu" *(strict liability)* olarak adlandırılır.[90] İşte bu açıklamalardan sonra belirtmek gerekir ki Anglo-Sakson hukukunda edimin her ne sebeple olursa olsun sözleşmeye uygun bir biçimde yerine getirilmemesi, kural olarak, sözleşmenin ihlâli sayılacağından ve kusursuz sorumluluk kabul edildiğinden ötürü Kara Avrupası

[88] Bu yönde bkz. **Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, 2.B, İstanbul 2007, s.315-316; **Başoğlu,** s.300-304; **Prejovic, Caslav:** "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", Victoria University of Wellington LR 2001, vol.32, iss.3, ss.817-842, s.825-826; **Posner, Eric A.:** "Fault in Contract Law", Michigan LR, vol.107, iss.8, Symposium: Fault in American Contract Law 2009, ss.1431-1444, s.1431.

[89] Bkz. § 235 para.2 Restatement (2nd) of Contracts hükmü: **"***When performance of a duty under a contract is due any non-performance is a breach."*

[90] **Posner,** s.1431-1432; **Prejovic,** s.825-826; **Treitel,** Contract, N.15-065. Treitel'e göre sözleşmeden doğan yükümlülüklerin birçoğu katı sorumluluğa sebep olur. Katı sorumluluk, kusursuz sorumluluğun kesin biçimde uygulanmasından doğar. Eğer bir sözleşme hükmüyle (örneğin mücbir sebep maddesi) kusursuz sorumluluk ilkesine bir ayrıksı hâl getirilmemişse, sorumluluk kusurdan tamamen bağımsız değerlendirilmelidir. Anglo-Sakson hukuk sisteminde bu katı sorumluluğu daraltabilmek amacıyla "öngörülebilirlik" (*foreseeability, remoteness*) ölçütü ortaya atılmıştır. Bu konuya dair detaylı bilgi için bkz. **Schwenzer/Hachem/Kee,** N.44.59 vd.; **Chitty on Contracts,** General Principles, N.26-109 vd. Chitty, örnek olarak, *"Hadley v. Baxendale"* davasını inceler (1954, 9 Exch. 341).

hukukuna dâhil ülkelerde olduğu gibi borçlu temerrüdü, ifa imkânsızlığı, kötü ifa, gereği gibi ifa etmeme gibi borca aykırılık türlerine ihtiyaç olmamıştır.[91]

Schwenzer, belli bir tür müeyyidenin hemen her çeşit sözleşme ihlâlinde uygulanabilir olduğu Anglo-Sakson hukuku sistemindeki bu hâli "sözleşme ihlâli yaklaşımı" *(breach of contract approach)* olarak nitelendirir.[92] *Atamer* ise bu hâli, yargıcın uyuşmazlığa "tümel olarak baktığı" ve ilk aşama itibariyle sadece "sözleşme ihlâl edilmiş midir?" sorusuna yanıt aradığı bir sorumluluk rejimi olarak ifade eder.[93] *Marcantonio* ise Anglo-Sakson hukuk sistemindeki sözleşme ihlâlinin "esaslı" *(fundamental)* veya " öncelenmiş" *(anticipatory)* olarak bir ayrıma tâbi tutulabildiğini ancak böyle bir ayrımın da her çeşit sözleşme ihlâlinin müeyyideyle karşılanacak olması sonucunu doğurmasına bir etki etmediğini; sözgelimi sistemi değiştirmediğini belirtmektedir.[94]

İngiliz hukuk sisteminde, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli *(anticipatory breach, anticipatory repudiation)*[95], borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyet gerçekleşmemişken kesin ve açık bir biçimde beyan etmesi *(renunciation)* yahut kendi sorumluluk sahasında vuku bulan nedenlerle muacceliyetten önceki aşamada edimini ifa kabiliyetini ortadan kaldırması *(self-disablement)* durumlarında

[91] **Atamer,** CISG, s.286-287.; **Başoğlu,** s.300.
[92] **Schwenzer/Hachem/Kee,** N.41.03.
[93] **Atamer,** CISG, s.287.
[94] **Marcantonio, Barrigan J.:** "Unifying the Law of Impossibility", Hastings International & Comparative LR 1984-1985, vol.8, iss.41, ss.41-60, s.44 vd.
[95] Çalışmamızda *"anticipatory breach"* terimi esas alınmış olmakla birlikte faydalandığımız eserlerde bazen *"anticipatory repudiation"* teriminin tercih edildiği görülmektedir. Şöyle ki literatürde *"anticipatory breach"* kavramı genel anlamda olmak üzere tüm öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâllerini ifade ederken tercih edilir. Oysa *"anticipatory repudiation"* kavramı borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini muacceliyetten önceki bir aşamada açıkça beyan etmesi hâlini anlatmak için tercih edilir. Sözgelimi *"anticipatory repudiation"* kavramı, *"anticipatory breach"*in ancak özel bir görünümü olarak kullanılabilir. Fakat literatürde Blum, *"repudiation"* teriminin daha isabetli olduğunu, çünkü bunun sözleşmenin kurulmasından edimin muaccel hâle gelmesi anına kadar geçen süreçte gerçekleşebilecek bir ihlâle işaret ettiğini, oysa *"breach"* teriminin kural olarak sadece muaccel borçların ihlâl edilmesini anlatmak için kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. **Blum, Brian A.:** Contracts, Examples & Explanations, 6th Ed., N.Y. 2013, s.638-639.

gündeme gelir.[96] İlk durum olan edimini ifa etmeyeceği beyanı; borçlunun, edim henüz muaccel olmamışken ifa etmeyeceğini kesin ve açık biçimde ifade etmesi ya da alacaklının yerinde olan objektif, mâkul, orta zekâlı bir üçüncü kişi nazarında borçlunun edimini ifa etmeyeceğinin kesin ve açık olduğu görünümü yaratacak davranışlarda bulunmasıyla ortaya çıkar.[97] İşte bu noktada borçlunun, alacaklının gelecekteki ifanın yerine getirilip getirilmeyeceğine dair mâkul kuşkularını ortadan kaldırmayıp susması ya da hareketsiz kalması durumunun bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabileceği ileri sürülmektedir.[98] Hatta borçlunun söz konusu davranışlarının öncelenmiş sözleşmeye aykırılık anlamına gelebileceğinin farkında olması da gerekli değildir.[99] İkinci durum olan ifa kabiliyetini ortadan kaldırmakla kastedilen ise

[96] **Chitty,** General Principles, N.24-018, N.24-030 ve N.24-031. Doktrinde Liu, eserinin "Two Evidential Modes of Establishing Anticipatory Breach" başlığı altında ayrımı şöyle açıklar: Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, klâsik olarak iki sınıfa ayrılabilir; bunlar "ifadan vazgeçme" ve "ifada yetersizlik". İlki borçlunun ifadaki isteksizliğine dayanırken ikincisi borçlunun ifayı istese dahi buna kabiliyetinin olmamasına dayanır. Bkz. **Liu,** Anticipatory Breach, s.85. Yine doktrinde Treitel, eserinde ayrımı şöyle açıklar: Henüz muacceliyet gerçekleşmeden önce taraflardan birinin sözleşmedeki edimini yerine getirmekten vazgeçmesi ya da kendisini sözleşmeyi ifa edemeyecek yetersizliğe düşürmesi hâlinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık söz konusu olur. Edimi yerine getirmekten vazgeçme, ifayı "açık" ve "mutlak" bir şekilde reddetmeyi gerektirir; fakat bunun mutlaka sarih bir beyanla ifade edilmesi gerekmez, zira borçlu ifa edebilecek durumda olsa dahi ifa konusunda isteksiz olduğunu gösteren bazı davranışlar da sergileyebilir…İfa kabiliyetsizliğinin ise "kasıtlı" olması gerekmez, yani borçlunun kendisini ifa konusunda yetersizliğe düşürme niyeti olmasa bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık söz konusu olabilir; ancak kabiliyetsizlik yine de borçlunun "kendi kusurundan" kaynaklanmalıdır. Orijinal hâli için Bkz. **Treitel,** Contract, N.17-074 – N.17-076.

[97] **Chitty,** General Principles, N.24-022; **Treitel,** Contract, N.17-075. Bu konuda örnek sayılabilecek davalarda verilen kararlar ise şöyledir: "Edimin ifa edilmeyeceği beyanı, açıkça ortaya konulmuş olması koşuluyla, doğrudan sözle ya da birtakım davranışlarla ifade edilebilir. Genellikle böyle bir beyanda bulunan tarafın sözleşmeye devam etmeme "niyetini göstermesi" gerektiği söylenir. İşte bu niyet ya sözlerle ya da davranışlarla ortaya konabilir. Bu türden bir niyetin davranışla yeterince ortaya konulup konulmadığının saptanmasındaki ölçüt; ifa etmeme beyanında bulunan borçlunun mâkul bir kişiyi sözleşmenin kendisine düşen kısmını yerine getirme niyetinde olmadığı sonucuna götürecek şekilde hareket edip etmediğidir." bkz. *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati"*, Queen's Bench 1957, 2 Q.B. 401, 437 (Westlaw, E.T.26.10.2024). Yine aynı yönde olarak bu konudaki ölçüt "tüm koşullara objektif olarak bakıldığında, yani ifa menfaati zedelenen taraf konumundaki mâkul bir kişinin bakış açısından bakıldığında, sözleşmeyi ihlâl eden borçlunun sözleşmedeki yükümlülüğünü inkâr etme veya tümüyle reddetme niyetini açıkça gösterip göstermediğidir." bkz. *"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, E.T.26.10.2024).

[98] Doktrinde "konuşan sessizlik" *(speaking silence)* olarak nitelendirilen bu hâl bakımından örnek olarak: Borçlunun alacaklı ile arasındaki mevcut bir sözleşmeyle alakalı bir başka sözleşmeden doğan edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesinden (ve şu ân mevcut sözleşmeden doğan edimini yerine getireceğini açıkça belli edip akıllardaki kuşkuya bir son vermemesinden) hâlihazırdaki sözleşmeyi de ifa etmeyeceği anlamının çıkarılması verilebilir, bkz. **Treitel**, Contract, N.17-075.

[99] Bu çıkarımı doğrulayan bir karara göre "Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın, sözleşmeyi bozmaya yönelik gerçek ve samimî bir niyet içermesi zorunlu değildir." bkz. *"Heyman v. Darwins Ltd."*, 1942 AC, s.379 (Westlaw, E.T.26.10.2024). Özellikle belirtelim ki borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken sözleşme ihlâline sebep olacak açık ve kesin ifa etmeme iradesi, hatalı bir hukuksal görüşe veya olayların yanlış değerlendirmesine dayanabilir. Örneğin borçlu, karşılıklı irade açıklamalarını

borçlunun kendi eylemleri ya da gecikmesi neticesinde borç muaccel hâle geldiğinde artık ifa etme olanağını ortadan kaldırmış olmasıdır.[100] Bu durumda da borçlunun bu sonuca kasıtlı olarak, bilerek isteyerek sebep olmuş olması gerekmez.[101]

---

yanlış yorumlayıp sözleşmenin geçerli olup olmadığına veya edimin kapsamına dair hatalı bir kanıya varmış olabilir. İşte bu gibi hâllerde henüz muacceliyet gerçekleşmemişken sözleşmenin ihlâl edileceğinin kabulünde belirleyici olan ölçüt; borçlunun kesin ve sistemli bir biçimde kendi hatalı görüşünde ısrarcı olup olmadığı ve bu yanlış yorumun düzeltilmeye uygun olup olmadığıdır. Nitekim bir karara göre "dürüstlük kuralına göre ortaya konan bir yanlış anlama, bilhassa doğrulanabilir, teyit edilebilir ise edimi yerine getirmeme iddiasında ısrar edildiği anlamına gelmez." bkz. *"Ross T. Smyth & Co. Ltd. v. T.D. Bailey Son & Co."*, House of Lords 1940, 67 Lloyd's Rep. 147, s.159 (www.i-law.com, E.T.26.10.2024). Yine daha fazlası için bkz. *"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.

[100] **Treitel,** Contract, N.17-076; **Chitty,** General Principles, N.24-029. Anglo-Sakson hukuk sisteminde borçlunun kendi eylemleri ya da gecikmesi neticesinde borcu ifa etme olanağını ortadan kaldırması durumu, esasen Türk hukukundaki sübjektif imkânsızlık sebeplerine benzemektedir, kuşkusuz bu hâl teknik ve dar anlamda bir ifa imkânsızlığı sayılamaz. Örneğin belirli bir ikinci el otomobilin parça borcu teşkil ettiği açıktır. Böyle bir ikinci el otomobili satım sözleşmesi ile alacaklıya devretme borcu altına giren borçlunun daha sonra henüz muacceliyet gerçekleşmemişken bunu bir üçüncü kişiye satıp devretmesi durumu tamamen böyledir. Bu duruma dair İngiliz hukukundaki anlayış için bkz. **Treitel,** Contract, N.17-076, dn.363 ve Amerikan hukukundaki anlayış için bkz. **Knapp/Crystal/Prince,** s.832. Alman hukukundaki anlayış için bkz. *"Ausschluss der Leistungspflicht"* başlığıyla borçlunun edim yükümlülüğünden kurtulmasını düzenleyen § 275 BGB hükmüne dair açıklamalar için bkz. **Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan:** Borçlar Hukuku I Genel Bölüm, (çev.: Kerem Öz), (ed.: Tufan Öğüz), Asıl Eserin Gözden Geçirilmiş 22.B, İstanbul 2025, § 34 N.1 vd. Türk hukukundaki anlayış için bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.229 vd.; **Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.B, İstanbul 2022, s.630 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.511 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.592 vd.; **Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.B, İstanbul 1976, s.801 vd.; **Reisoğlu, Safa:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.B, İstanbul 2013, s.346 vd.; **Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B, İstanbul 1993, s.903 vd.; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 2.B, İstanbul 1977, s.459 vd.; **Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 1.B, Ankara 2021, s.853; **Akıncı, Şahin:** Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 13.B, Konya 2022, s.331 vd.; **Ayan, Mehmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.B, Ankara 2020, s.463 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.162 vd.; **von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.I-II, (çev.: Cevat Edege), 1.B, Yargıtay Yay., Ankara 1983, s.559 vd.; **Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28.B, Ankara 2024, s.852 vd.; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28.B, Ankara 2023, N.3258; **Nomer, Halûk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19.B, İstanbul 2023, N.178.1; **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.B, İstanbul 2017, s.270 vd.; **Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, 30.B, İstanbul 2022, s.183 vd.; **İnal, H. Tamer:** Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, 8.B, Ankara 2023, s.545 vd.; **Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2.B, İzmir 2013, s.343 vd.; **Akkurt, Sinan Sami/Erdoğan, Kemal/Tokat, Hüseyin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri), 6.B, Ankara 2023, s.296 vd.; **Yavuz, Nihat:** Borçlar Hukuku El Kitabı, 2.B, Ankara 2024, s.388-389 ve s.462 vd.; **Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.III (m.83-206), 2.B, Ankara 2023, s.2226 vd.; **Yıldırım, Abdulkerim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.B, Ankara 2024, s.263 vd.; **Ozanemre Yayla, H. Tolunay:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.B, İstanbul 2023, s.450 vd. Daha detaylı bilgi için bkz. **Kurt, Leyla Müjde:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), 1.B, Ankara 2016, s.91 vd. Ayrıca ifade etmek gerekir ki gelecekte ortaya çıkabilecek bir ifa engeli sebebinin, sözleşme taraflarından herhangi birinin risk sahasına girmediği hâllerde "hayal kırıklığı" *(frustraion)* kuramına göre edim yükümlülüklerinden kurtulmak gibi bir sonuç meydana gelir. Buna karşın, gelecekte ortaya çıkabilecek bir ifa engeli sebebinin, sözleşme taraflarından birinin risk sahasına girdiği hâllerde "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" *(anticipatory breach)* teoisinin bir alt görünümü olarak nitelendirebileceğimiz *"self-disablement"* prensipleri uygulanır ve sözleşmeye uygun hareket eden tarafa bazı haklar sağlar. Bu konuda bkz. **Weidt,** s.132 vd.

Yukarıda değindiğimiz ayrım aslında ispat usûlüyle ilgilidir.[102] Zira ilk durum olarak; bir sözleşme ilişkisinde henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun ifadan kesin ve açık bir biçimde kaçındığını iddia eden alacaklı; borçlunun beyan ya da hareketlerinin, objektif, mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişiye (alacaklının konuya dair sübjektif bilgisine de sahip olarak akıl yürütebilecek mâkul üçüncü kişiye) muacceliyet ânında edimi yerine getirmeme düşüncesinde olduğunu gösterdiğini kanıtlamak zorundadır.[103] Oysa ikinci durum olarak; borçlunun sorumluluk sahasında vuku bulan sebeplerle, yani bizzat borçluya izafe edilebilecek sebeplerle, edimin muacceliyet ânında yerine getirilemeyeceğini iddia eden alacaklı, borçlunun hareketleri veya gecikmesinden dolayı gerçekten böyle bir tehlikenin doğmuş olduğunu kanıtlamak zorundadır.[104] Kuşkusuz böyle bir hâlde alacaklı, ispat hukuku bakımından, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığını iddia ettiği ândaki delillere veya bunun öncesindeki delillere yahut sonradan ortaya çıkan delillere dayanabilir.[105] Fakat her durumda alacaklının, borçlunun öncelenmiş sözleşmeye aykırı davrandığını düşündüğü ândaki şartlara göre böyle bir çıkarımı gerekçelendirilebilir ve mâkul biçimde yapabilecek olması ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın koşullarının da o ânda gerçekleşmiş olması zorunludur. İşte bu açıklamalardan ötürü hâkim, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığının kabul edildiği ndaki şartların saptanmasında, kabulden önce ya da sonra ortaya çıkan her türlü delilden yararlanabilir; ama bu saptamadan sonra "olaydan önceye dair" *(ex ante)* bir bakış açısıyla alacaklının saptanan şartlar dâhilinde öncelenmiş sözleşmeye aykırı

---

[101] **Treitel,** Contract, N.17-076; **Chitty,** General Principles, N.24-030.
[102] **Chitty,** General Principles, N.24-030; **Liu,** Anticipatory Breach, s.85 vd.
[103] **Chitty,** General Principles, N.24-030. Yazar; bir sözleşme ilişkisinde henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun ifadan kesin ve açık bir biçimde kaçındığı hususunun alacaklı tarafından ispatlamanın, ifanın zamanında yapılma olasılığı kalmadığını ispatlamaktan çok daha kolay bir şey olduğunu ifade eder. Ancak yine yazara göre; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı ileri sürecek alacaklının (davacının) pratik mülahazalarla, her iki vâkıaya da dayanması daha lehine ve yararlı sayılır. Sözleşmenin ortadan kalkacağı hususunda ispat kriteri için bkz. **Treitel,** Contract, N.17-086.
[104] **Chitty,** General Principles, N.24-030.
[105] **Liu,** Anticipatory Breach, s.85 vd., ayrıca s.90-92.

hareket edildiğini varsaymakta haklı olup olmadığını değerlendirmelidir.[106] Nihayetinde delili daha sonra ortaya çıkan bir olayı kabul ânında (öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiğini kabul ânında) bilme olanağı bulunmayan alacaklı, ileride açacağı davada, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken sözleşmeye aykırı hareket edildiğini varsaymakta haklı olduğunu bu olaya istinaden iddia edemez.[107]

Yukarıda değindiğimiz iki durumda, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kesin ve açık bir biçimde anlaşılabilir olması durumunda alacaklı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık koşullarının oluştuğunu varsayarak *(breach accepted)* tazminat talep edebileceği gibi aynen ifayı bekleyip muacceliyet ânı gelene kadar sessiz kalmayı *(breach not accepted)* tercih edebilir.[108] Henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun edimini ifa etmeyeceğinin alacaklı tarafından varsayıldığı, doğrudan bir tazminat davası açılarak ya da bunun yerine borçluya bir ihtarda bulunularak gösterilebilir.[109] Ancak bunun için alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hakkındaki varsayımının kapsayıcı ve açık bir varsayım olması gerekir.[110] Başka bir deyişle bu hâlde kısmî bir varsayımda bulunulamaz. Sözgelimi alacaklı; sözleşmenin bazı maddelerinin hâlen ayakta olduğunu varsayarken, bazı maddeleri açısından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiğini iddia edemez.[111] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının gerçekleştiği iddia edildiğinde alacaklı, hem

---

[106] **Liu,** Anticipatory Breach, s.91. Daha da detaylı ifade etmemiz gerekirse *ex ante* perspektifle incelemede bulunan hâkim, olguları değerlendirirken mevcut alacaklının pozisyonuna konulabilecek mâkul, orta zekâlı bir kimsenin o ânda (öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğunun alacaklı tarafından varsayıldığı esnada) sahip olduğu bilgilerden hareketle, sözleşmenin gelecekte ihlâl edileceğinin kesin olduğu sonucuna ulaşıp ulaşamayacağını tâyin eder.

[107] **Liu,** Anticipatory Breach, s.91.

[108] **Chitty,** General Principles, N.24-023 vd.; **Treitel,** Contract, N.17-078 vd.; **Smith, J.C./Thomas, J.A.C.:** Smith & Thomas: A Casebook on Contract, (ed.: Roger Brownsword), 20th Ed., London 2009, s.449-450. Ayrıca Amerikan hukukundaki durum için ayrı ayrı bkz. § 2-610 UCC; § 253-257 Restatement (2nd) of Contracts hükümleri ve özellikle **Rowley,** s.625.

[109] **Treitel,** Contract, N.17-079. Yalnız önemle ifade etmek gerekir ki bu durumda borçlu, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğunu varsaymış olduğunu bilmemektedir. Zaten bunun için yani borçlunun haberdar kılınması için bir ihtar veya davanın açılması gündeme gelmektedir. Oysaki basit bir hukuk mantığı yürütüldüğünde, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğunu varsaymış olduğu, borçlunun bir şekilde bilgisi dâhilindeyse, artık alacaklının bir ihtar çekmesi veya dava açması söz konusu olmasa bile borçlunun haberdar olduğu çıkarımında bulunulur.

[110] **Treitel,** Contract, N.17-079.

[111] **Treitel,** Contract, N.17-079.

borçlunun artık bu ândan sonra yerine getireceği edimi reddedebilme imkânına sahiptir[112] hem de geleceğe dair kendi edimini yerine getirme borcundan kurtulur ve borçludan hemen zararlarının giderilmesini isteyebilir.[113]

Anglo-Sakson hukuk sistemi literatüründe, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken alacaklıya böyle bir tazminat isteme olanağı sunulması yadırganmıştır.[114] Zira ilk olarak; zararı saptayabilmek bakımından sözleşme konusu edimin ifa tarihindeki değerinin esas alınması zorunlu olan hâllerde tazminata henüz muacceliyet gerçekleşmemişken karar verilecek olmasından ötürü olsa olsa tahmini bir hesaplama yapılabileceğine işaret edilmiştir.[115] İkinci olarak; bu durumun muacceliyet gerçekleşince yerine getirilmesi gereken edimi âdeta öne çekerek hızlandırmak ve dolayısıyla aslında borçlunun sürece yayılmış edimlerinin tümünü önceden ve toptan tazmin etmek zorunda kalmasının adaletsizliğe sebep olacağı ileri sürülmüştür.[116] Buna örnek olarak; taksitlere bağlanmış bir kredinin borçlusunun gelecekteki taksitleri ifa

[112] **Davies, F.R.:** Davies on Contract, (ed.: Robert Upex & Geoffrey Bennett), 10th Ed., London 2008, s.288; **Chitty,** General Principles, N.24-018 – N.24-024 ve N.24-031. Söz konusu hukukî imkân, *"the right to treat the contract as discharged"* yani Türkçeye "sözleşme ortadan kalkmış gibi davranabilme hakkı" olarak çevirebileceğimiz imkân, sadece belli başlı borca aykırılık türlerinde gündeme gelebilir. Bu imkânın koşulları gerçekleşince artık ifa menfaati zedelenen taraf (alacaklı), sadece tazminat talep etme hakkına sahip olmaz buna ilâveten sözleşme ortadan kalkmışçasına bağlı olmaktan kurtulur ve borçlu artık gelecekte edimini ifa etmek istese bile bunu reddedebilme opsiyonu elde etmiş olur. Hukukumuz bakımından oldukça ilginç işbu müesseseye dair detaylar hakkında bkz. **Chitty,** General Principles, N.24-001 – N.24-002.

[113] **Chitty,** General Principles, N.24-023 – N.24-024; **Treitel,** Contract, N.17-080. Türk hukukunda (ve tabiî Alman ve İsviçre hukukunda) geçerli olan ve borçlunun sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda bir tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklının yine de kendi edimini aynen ifa etmek zorunda olduğu anlamına gelen "mübâdele kuramının" İngiliz hukuk sisteminde geçerli olmadığı hakkında bkz. **Weidt,** s.212-213. Kanaatimizce İngiliz hukukunun kabul ettiği çözüm, Türk-İsviçre ve Alman hukuklarındaki mübâdele yönteminden çok daha isabetli ve alacaklı yararınadır. Zira borca aykırı davranan borçlunun, yerine getirmediği edimin ikamesi olarak (*seconder* bir yükümlülük olarak) tazminat ödemesi ve buna rağmen alacaklının kendi edimini ifa etmek zorunda olması durumunda sözleşmeye aykırı davranan borçlu ile sözleşmeye sadık kalan alacaklı aynı kefeye konmuş olmaktadır. Oysa alacaklı, sözleşmeyle bir edim taahhüdü altına girerken, borçlunun üstlendiği karşı-edimi elde etmek sâikiyle hareket etmektedir. Oysa bizim hukuk sistemimizde alacaklı karşı-edime kavuşamazsa, tazminatla âdeta susturulmakta, üstüne üstelik akde sadık kalmayan borçluya yine de edimini sunmak zorunda kalmaktadır. İngiliz hukuku ise bu sorunu önemsemiş, borca aykırı davranan bir borçlunun hem alacaklıdan umduğu karşı-edimi alamayacağını hem de borca aykırı davranışı sebebiyle bir tazminat ödemek zorunda kalacağını öngörmüştür. Yani aynı borçlu, Türk-İsviçre ve Alman hukukunda tazminat ödeyip akde aykırı davranışının "günahından" kurtulabilirken; İngiliz hukukunda hem tazminat ödemek zorunda kalmakta hem de alacaklıdan gelecek ediminden mahrum kalmaktadır. Kanaatimizce "sözleşme adaleti" varsa, budur.

[114] **Scott, Robert E./Kraus, Jody S.:** Contract Law and Theory, 4th Ed., New Jersey 2007, s.809 ve s.832-833; **Knapp/Crystal/Prince,** s.832-833; **Treitel,** Contract, N.17-081.

[115] **Treitel,** Contract, N.17-081.

[116] **Treitel,** Contract, N.17-081.

etmekten kesin ve açık bir biçimde imtinâ etmesi durumunda tek seferde ve toptan tüm kredi zararının tazmin edilmesi gündeme gelmektedir.[117] Anglo-Sakson hukuk literatüründe *Hochster v. De la Tour* kararında hükmedilen, önceden tazminat isteyebilme imkânının alacaklıya "sözleşme kurulurken taraflarca müzâkere edilmemiş yani yapılan sözleşme görüşmelerinde kararlaştırılmamış ilâve bir fayda" sağladığı (*additional benefits not bargained for under the contract*) ve bu gerçeğin isabetli olmadığı ifade edilmiştir.[118] Yine literatürdeki bir başka eleştiri; alacaklının muacceliyet gerçekleştiğinde borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini, önceden onun bazı davranışlarından hareketle yorumlayıp varsaymasına hukuken müsaade edilmesinin ciddî bir ikileme yol açabilecek olmasıdır.[119] Eleştiriye göre, borçlunun bazı eylemlerinden ötürü alacaklıda borcun muacceliyet ânında yerine getirilmeyeceği yönünde bir öngörü meydana gelmiş olabilir ancak alacaklı böyle bir varsayımdan hareketle tazminat isterse mahkemenin borçlunun eylemlerinin muacceliyet gerçekleştiğinde edimini yerine getirmeyeceğini "yeterince" kesin ve açık bir biçimde göstermediği yönünde hüküm kurma olasılığı da mevcuttur.[120] İşte dikkat çekmek gerekir ki bu ihtimalde bizzat alacaklı sözleşmeye aykırı davranmış sayılacak (çünkü öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olduğunu düşünen alacaklı kendi edimini ifa etmekten kaçınacak) ve bu kez borçlunun tazminat istemiyle muhatap olacaktır.[121] Ayrıca muacceliyet ânında edimini yerine getirmek istemeyen ve bununla birlikte tazminat ödemekten de kurtulmak niyetinde olan bir borçlunun plânlı, tasarlı bir biçimde alacaklıda "edimini ileride yerine getirmeyeceği" kanısı yaratıp bunu açık ve kesin

---

[117] **Treitel,** Contract, N.17-081. Ancak Treitel bu durumda sadece eleştirileri aktarmamış, *"Of course in assessing those damages the court will allow the debtor "adiscount for accelerated payment"* ifadelerini sarf ederek borçlunun önden ve ivedi bir biçimde ödemek zorunda kalacağı tazminattan hâkimin bu durumu dikkate alarak bir indirim yapacağını da belirtmiştir.

[118] **Scott/Kraus,** s.809.

[119] **Knapp/Crystal/Prince,** s.832-833. Anglo-Sakson hukuk sistemi, alacaklının içine düştüğü bu ikilem karşısında bir çözüm öngörmemektedir, bkz. **Weidt,** s.143.

[120] **Knapp/Crystal/Prince,** s.832-833.

[121] **Knapp/Crystal/Prince,** s.832-833; **Scott/Kraus,** s.815-818. Oysa Amerikan sistemi bu konuda, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, alacaklıya bir teminat talep etme imkânı tanımıştır, bkz. § 2-609 UCC hükmü.

olarak da göstermeyen beyanlarda yahut eylemlerde bulunması ve buna istinaden tazminat istemesi durumunda kendisinin sözleşmeyi ihlâl etmediğini, bilakis alacaklının böyle bir varsayımla kendi borcuna aykırı davrandığını iddia etme fırsatı olduğu belirtilmektedir.[122] Kaldı ki Anglo-Sakson hukuk sisteminde borçlu, edimini yerine getirmek isteyip istemediği yahut edimi yerine getirme kabiliyetini hâiz olup olmadığı hususunda herhangi bir açıklamada bulunmaya da zorlanamaz.[123] Kısacası ifade etmek istediğimiz husus şudur ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın borçlunun eylemleriyle ortaya çıkacağı şeklindeki bir kabulün, kötüniyetli borçluların suistimaline açık bir hukukî olanak yarattığı bir gerçektir. Doktrinde değindiğimiz eleştirilere karşın Anglo-Sakson hukukunda, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin geliştiği, kabul edildiği ve düzenlendiğini yadsınamaz.[124]

Anglo-Sakson hukuk sisteminde sözleşme ihlâlinin ilk ve temel müeyyidesi olarak alacaklının tazminat isteme hakkı karşımıza çıkar.[125] Öyle ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda da bu gerçek farklı değildir. Alacaklı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğunu varsayıp bunu delilleriyle ileri sürerse derhâl zararının giderimini talep edebilir.[126] İlâveten alacaklının böyle bir varsayımıyla birlikte, koşulları sağlanmışsa "sözleşmeyi ortadan kaldırma" (*termination*)[127] hakkı da

---

[122] **Scott/Kraus,** s.815-818.

[123] *"Ripley v. McClure"*, 1849, 4 Exch. 345; 154 ER 1245 (Westlaw, E.T.28.10.2024).

[124] **Treitel,** Contract, N.17-082. Hem Treitel'e hem de Strub'a göre tüm eleştirilere rağmen Anglo-Sakson hukukunda yerleşmiş bir müessese olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, borç ilişkisine sadık kalan (alacaklı) tarafı koruyucu ve zararı azaltıcı etkisi itibariyle faydalıdır, bkz. **Strub,** s.480. Ancak buna rağmen doktrinde Scott ve Kraus; muacceliyet ânında edimini yerine getirmek istemeyen ve bununla birlikte tazminat ödemekten de kurtulmak niyetinde olan bir borçlunun plânlı, tasarlı bir biçimde alacaklıda "edimini ileride yerine getirmeyeceği" kanısı yaratıp bunu açık ve kesin olarak da göstermeyen beyanlarda yahut eylemlerde bulunması ve buna istinaden tazminat istemesi durumunda kendisinin sözleşmeyi ihlâl etmediğini, bilakis alacaklının böyle bir varsayımla kendi borcuna aykırı davrandığını iddia etme fırsatına sahip olduğu gerçeğini vurgular. Bu gerçek sebebiyledir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin "borç ilişkisine sadık kalan (alacaklı) tarafı koruyucu ve zararı azaltıcı etkisi" çoğu kez sözde kalabilmektedir. Bkz. **Scott/Kraus,** s.815-818.

[125] **Atamer,** CISG, s.287; **Davies,** s.288; **Smith/Thomas,** s.471. Anglo-Sakson hukuk sisteminde borca aykırılığın her hâlinde netice olarak bir tazminatın istenebileceği; hatta alacaklının borca aykırı davranışlardan ötürü bir maddî zarara uğramasa bile nominal tazminat isteyebileceği ifade edilir, bkz. **Marcantonio,** s.44.

[126] **Treitel,** Contract, N.17-080; **Chitty,** General Principles, N.24-023.

[127] Anglo-Sakson hukuk literatüründe *"termination"* hakkı, sadece sınırlı ve geriye yönelik bir etkiye (*limited retrospective effect*) sahiptir. Şöyle açıklanabilir ki *"termination"* ile ortadan kaldırılan bir

mevcuttur.[128] Bu nedenle doktrinde koşullar gerçekleşmişse tazminat isteminin sözleşmenin ortadan kalktığı beyanıyla bir arada olacak şekilde ileri sürüldüğü belirtilmektedir.[129] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, kural olarak, sadece sözleşme ihlâlinin ilerideki sonuçlarının esaslı olması (bilhassa Anglo-Sakson hukuk sisteminde görülen sözleşme hükümlerinin tasnifi bakımından sözleşmedeki "*condition*" olarak sayılabilecek bir hükme aykırılık)[130] şartıyla kullanılabilir.[131] Böyle bir saptamada, edimi ifadan imtinâya yönelik eylemler bakımından, borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimini yerine getirmeyeceğini kesin ve açık bir biçimde sergilediği hususunun mâkul bir alacaklı açısından varsayılıp varsayılamayacağı irdelenmelidir.[132] Borçlunun, kendisini muacceliyet ânında edimini yerine getiremeyecek bir hâle (ifa kabiliyetsizliğine) düşürmesinden ötürü alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırmak istemesi durumunda borçlunun ifa kabiliyetsizliğinin gelecekteki ifa üzerinde yaratacağı tesirin ağırlığı değerlendirilmelidir.[133] Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılması olasılığında alacaklının kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü son bulacak ve buna mukabil henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimin ifasını tehlikeye sokan tarafın mevcut ifa

---

sözleşme, esasen tam anlamıyla geçmişe matuf *(ex tunc)* biçimde tümüyle ortadan kaldırmamakta, yalnızca *"termination"* hakkının kullanımından önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi talep edilebilmekte ancak hakkın kullanımından önce talep edilebilir hâle gelmiş olup da henüz yerine getirilmemiş edimler kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır. Oysa hukukumuzdaki geçmişe etkili *(ex tunc)* "dönme" hakkına hemen eş kabul edebileceğimiz ve iptal diye çevirebileceğimiz *"rescission"* hakkının kullanıldığı hâllerde sözleşme geriye yönelik biçimde tümüyle ortadan kalkmakta öyle ki sözleşme sanki hiç kurulmamış gibi değerlendirilmektedir. Başoğlu, İngiliz hukukuna dair değerlendirmelerinde, Treitel'in farklı eserlerine göndermede bulunarak "dönme" kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. **Başoğlu,** s.301-302. Önemle ifade etmek gerekir ki, Treitel aynı hukukî enstrümanı kastedecek şekilde *"termination"* kavramı yerine *"rescission"* kavramını tercih etmiş fakat yukarıda açıklanan sebeplerle daha sonradan *"termination"* kavramını benimsemiştir. Yazarın kendi anlatımıyla ayrıntılı bilgi için bkz. **Treitel**, Contract, N.17-083 – N.17-089 ve özellikle de N.18-001 vd.

[128] **Treitel,** Contract, N.18-083.

[129] **Treitel,** Contract, N.18-001. Hatta Liu'ya göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğunu kabul etmek, zaten sözleşmenin bu sebeple ortadan kaldırılmasını istemek anlamına da gelir, bkz. **Liu,** Claiming Damages, s.559.

[130] **Treitel,** Contract, N.18-051 ve N.18-060.

[131] **Treitel,** Contract, N.17-083.

[132] **Chitty,** General Principles, N.24-022; **Treitel,** Contract, N.17-075. Ayrıca şu kararlara bkz. *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati"*, Queen's Bench, 1957, 2 Q.B. 401, 437 (Westlaw, E.T.28.10.2024); *"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, E.T.28.10.2024).

[133] **Treitel,** Contract, N.17-086.

yükümlülüğü, artık ikincil (tâlî, "*secondary")* bir tazminat yükümlülüğü hâline bürünecektir.[134] Önemle belirtmek gerekir ki değinilen tüm bu olasılıklarda alacaklının dava ve talep hakkının özünü öncelenmiş sözleşmeye aykırılık değil, bizzat borçlunun edimin ifasını tehlikeye sokmuş olması teşkil eder.[135]

Bilindiği üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğu kesin ve açık olmasına rağmen, alacaklı bu imkâna başvurmayıp aynen ifayı isterse borçlu muacceliyet gerçekleştiğinde edimini yerine getirmek zorundadır.[136] Zaten böyle bir olasılıkta, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ortaya çıkan borçlunun borca aykırı eylemleri alacaklı tarafından önemsenmediğinden ötürü, kural olarak, herhangi bir sonuç doğmaz.[137] "Herhangi bir sonucun doğmayacak olması" ibaresi ile öncelenmiş

---

[134] **Treitel,** Contract, N.18-020.

[135] **Brownsword,** s.451; **Chitty,** General Principles, N.24-023.

[136] **Treitel,** Contract, N.17-090; **Chitty,** General Principles, N.24-025.

[137] **Liu,** Claiming Damages, s.560; **Chitty,** General Principles, N.24-025. Anglo-Sakson hukukunda aslî edimin alacaklısının henüz muacceliyet gerçekleşmemişken karşı tarafa edimin yerine getirilmesini artık talep etmediğini ve sözleşmeyi tümüyle reddettiğini beyan etmesinin de öncelenmiş bir sözleşmeye aykırılığa yol açtığı kabul edilir. Aksi hâlde, yani böyle bir durumda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bulunduğu kabul edilmezse nasıl bir sonucun gündeme geleceği *"White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor",* 1962, W.L.R. 17, 3 All E.R. 1178 (H.L.) davasında anlaşılmıştır. Olayda davacı sıfatını hâiz White & Carter (Councils) Ltd, yerel yönetimlere satmak üzere çöp kutusu îmal etmekte olup ayrıca bunların yüzeyine yerleştireceği bazı ufak tabelalar ile üçüncü kişilerin reklamlarını yayınlama hakkına sahiptir. 1954 yılında davacı şirket davalı McGregor ile onun reklamlarını muayyen miktardaki çöp kutusu üzerinde yayınlamak hususunda bir sözleşme yapmış, daha sonra 1957 yılına gelindiğinde ise mevcut sözleşme üç yıllık bir dönem için uzatılmıştır. Ancak süre uzatımına ilişkin karşılıklı görüşmelerden sonra davalı McGregor, bundan haberinin olmadığını, kaldı ki sürenin uzatıldığına dair sözleşmeyi imzalayan satış temsilcisinin bu konuda bir yetkisinin bulunmadığını beyan ederek White & Carter (Councils) Ltd şirketinden sözleşmeyi sona erdirmesini istemiştir. Bunun üzerine davacı şirket, sözleşmeyi sona erdirme çağrısını kabul etmemiş; bilakis McGregor'un reklamlarını yayınlayabilmek için gerekli ekipmanları üretmeye devam edip sözleşmede kararlaştırılan zamanda çöp kutularının üzerinde yayınlamayı sürdürmüştür. Fakat davalı, süre uzatılırken yeniden belirlenen bedeli ödemeyi kabul etmemiştir. Bunun üzerine davacı şirket, herhangi bir sözleşme ihlâli gerçekleşirse üç yıllık hizmet karşılığında taksitler hâlinde ödenecek toplam bedelin tümünün birden muaccel hâle geleceğini öngören sözleşme hükmüne istinaden tümden ödemenin aynen ifasını istemiştir. Yerel mahkeme, davalı McGregor'un satış temsilcisinin yetkili olmadığına dair itirazlarını, temsilcinin böyle bir sözleşme imzalamaya yetkiliymiş gibi bir izlenim yaratması ve davacı şirketin de böyle bir görünüme güvenmekte haklı sayılacağından ötürü reddetmiştir. Fakat aynı mahkeme, davalı McGregor'un, sözleşmenin sona erdirilmesi talebini bildirdikten sonra davacı şirketin ancak önceden yahut vâdeyi bekleyip bir tazminat isteme hakkı olduğu ve bunun yerine borçlunun kendi edimini aynen ifa ederek, karşı taraftan aynen ifayı talep edemeyeceği yönündeki iddiasını haklı bularak aynen ifaya isnat edilen davayı reddetmiştir. Davacı şirket, kararı temyiz etmiştir. Davalı McGregor, önceki emsal kararlara göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğunu kabul etmeyen tarafın bir yapma yükümlülüğü altında olmadığını (*in all of them the party who refused to accept the repudiation had no active duties under the contract*) ve somut olayda davacı şirketin borca aykırılığı kabul edip etmeme tercihinin sadece tazminatın hesaplanacağı tarihe ilişkin bir seçim hakkı olduğunu iddia etmiştir. Bunun üzerine yüksek mahkeme, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın var olduğu kabul edilmediği sürece sözleşmenin aynı şartlarla ayakta kaldığından ve davalının aynen ifa borcunun belli bir meblağı ödemekten ibaret olmasından ötürü temyiz istemini kabul etmiştir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Brownsword**, s.454 vd.

sözleşmeye aykırılığın var olduğu kabul edilmedikçe tazminat istemi ve diğer hukukî imkânlara başvurulamamasının mı kastedildiği yoksa zaten bir borca aykırılığın meydana gelmeyeceğinin mi kastedildiği hususları tartışmalıdır.[138] Fakat öncelikle belirtilmelidir ki alacaklı, aynen ifa isteminde ısrar etmiş olsa dahi muacceliyet ânında edimin yerine getirilmemesi üzerine koşulları tamam ise alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma veya tazminat isteme ya da her ikisini birlikte ileri sürme seçeneği olduğu kabul edilir.[139] Alacaklı henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun edimin ifasını tehlikeye soktuğunu kabul etmez ve aynen ifa isteminde ısrarcı olursa alacaklının daha sonra (fakat yine henüz muacceliyet gerçekleşmemişken) bundan vazgeçip doğrudan tazminat talep etmesinin mümkün olup olmadığı da doktrinde uzlaşılmış bir konu değildir. Öyle ki bir görüşe göre, alacaklının böyle bir tavır değişikliğine müsaade edilemez çünkü borçlu alacaklının her şeye rağmen aynen ifa isteminde ısrarcı olması ve sözleşmenin hâlen ayakta kalmasından ötürü ifa hazırlık hareketlerine başlamış olabilir ve bu durumda alacaklının bir tazminat isteminde bulunması borçlunun oldukça zararına olur.[140] Buna karşın aksi görüşe göre ise borçlunun böyle bir zarara uğrayabileceği durumlar ayrıksı olmak şartıyla; bilhassa borçlu, alacaklının aynen ifa isteminde ısrarcı olmasına rağmen, gelecekteki edimini yerine getirmekten kaçınacağı yönündeki eylemlerini sürdürüyor veya kaçınma olarak yorumlanan bu eylemlerini geri almıyorsa, elbette ki alacaklı ilk kararından vazgeçip öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın koşullarının gerçekleştiğini kabul edebilmeli ve bunun sağlayacağı hukukî imkânlardan yararlanabilmelidir.[141]

Anglo-Sakson hukuk sisteminde uzlaşıya varılamamış bir diğer konu ise; henüz muacceliyet gerçekleşmemişken beyanı ya da eylemleriyle edimin yerine getirilmesini

[138] **Liu,** Claiming Damages, s.561 vd.
[139] **Treitel,** Contract, N.17-091.
[140] **Treitel,** Contract, N.17-091; **Chitty,** General Principles, N.24-004.
[141] **Chitty,** General Principles, N.24-004. Ayrıca Treitel'in aktarımıyla tercih edilen görüşe göre; öncelenmiş sözleşmeye aykırılık devam etmekteyse ve şartların oluştuğu alacaklı tarafından kabul edilmişse artık alacaklının ilk kararını geri alıp bunun yerine sözleşmeyi ortadan kaldırmayı tercih etmesi engellenmemelidir, bkz. **Treitel,** Contract, N.17-091.

tehlikeye sokan borçlunun, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ve alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluştuğunu varsaymamışken zıt bir tavırla (örneğin gelecekteki edimini ifa etmeyeceği şeklindeki beyanından vazgeçtiğini ve edimini gerçekten ifa edeceğini belirterek) borcu yerine getirmekten kaçınmasını geri alıp alamayacağıdır.[142] Anglo-Sakson hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluştuğu alacaklı tarafından kabul edilmedikçe bu başlı başına bir sonuç yaratmayacağından ötürü ifadan imtinâ eden borçlunun bu tutumunu geri alabileceği ifade edilir.[143] Hatta benzer bir akıl yürütmeyle söylenebilir ki; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluştuğu alacaklı tarafından kabul edilmeden önceki süreçte öngörülemez ve borç ilişkisini taraflarca çekilmez duruma sokan bir olay meydana gelirse taraflar sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulur ve alacaklı da bir tazminat isteyemez.[144]

Nihayetinde belirtelim ki Amerikan hukuku, İngiliz hukukundan farklı olarak alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın koşullarının oluşup oluşmadığı hususunda ikileme düşmesini önlemek maksadıyla § 2-609 UCC ve § 251 Restatement (2nd) of Contracts hükümleriyle alacaklının gözünde mâkul olarak[145] gelecekteki edimin yerine getirilmesinin tehlikeye sokulması durumunda alacaklıya kendi ediminin

---

[142] § 2-610 UCC hükmü bu hususa dair açık bir düzenleme öngörerek tartışmaların önüne geçmiştir. Anılan düzenlemeye göre henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimini yerine getirmekten kaçınan borçlu, alacaklı bu sebeple sözleşmeyi sona erdirmediği, tutumunu esaslı olarak değiştirmediği ya da herhangi bir şekilde bunu kesin olarak kabul ettiğini göstermedikçe borçlu kaçınmasını geri alabilir. Kaçınmanın geri alınabilmesi için borçlunun muacceliyet gerçekleştiğinde edimini ifa etme niyeti olduğunu alacaklıya bir şekilde yansıtması zorunludur. Fakat alacaklı bunun karşılığında § 2-609 hükmünde öngörülen şartlara uygun bir teminat talep ederse, geçerli bir geri almadan söz edebilmek için bu teminatın zorunludur. Geri almayla beraber artık borçlunun sözleşmede sahip olduğu haklar tekrar canlanır, lâkin henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun ifadan kaçınmasından dolayı yaşanan gecikme nedeniyle alacaklının hakları saklıdır. Ayrıca § 2-610 UCC hükmü ihdas edilmeden önce Amerikan hukuk doktrininde bu konuya dair görülen tartışmalar için bkz. "Withdrawal of Anticipatory Repudiation of Contractual Obligations", Columbia LR 1928, vol.28, iss.8, s.1062-1067 (JSTOR, E.T.30.10.2024).

[143] **Treitel,** Contract, N.17-092.

[144] **Treitel,** Contract, N.17-092; **Chitty,** General Principles, N.24-025

[145] Sözkonusu şüphenin mâkul olup olmadığı ticarî kıstaslara göre tâyin edilir. Sözgelimi alacaklı, ticarî yaşamın gereklerine göre objektif olarak gelecekteki edimin yerine getirilip getirilmeyeceği hususunda şüpheye düşmekte haklı olmalıdır. Örneğin *"Turntables Inc. v. Gestetner",* 382 N.Y.S. 2d 798 (N.Y. App. Div. 1976) kararında alacaklı, borçlunun ödemeden acze düştüğü konusunda haksız olsa dahi borçlu ödemelerinde geciktiği, borçlunun galeri olarak gösterdiği yerin gerçekte bir irtibat merkezi olduğunun anlaşıldığı ve mevcutmuş gibi gösterdiği fabrikasının gerçekte olmamasından ötürü alacaklının gelecekteki ifa hakkındaki şüphesi mâkul bulunmuştur. Bunun için bkz. **Strub,** s.483, dn.47.

ifasını askıya alıp ayrıca borçludan uygun bir teminat isteme ve teminat verilmediği takdirde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiğini ileri sürme hakkını tanımıştır.[146] Ayrıca söz konusu hükümler sadece borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimi yerine getirmekten kaçındığı yahut muacceliyet ânında edimi yerine getirme imkânı kalmadığı hâller açısından değil, ödemeden acze düşmek de dâhil olmak üzere çok geniş bir sahada tatbik edilebilmektedir.[147]

Müessesenin tarihsel ve gelişimsel süreci, değinildiği gibi olmakla birlikte günümüzde Anglo-Sakson hukuk sistemine *(Common Law)* dâhil sayılan memleketlerdeki durum şöyledir: Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada ve ABD'nin ekseriya eyaletinde benimsenmiştir.[148] Ancak Massachusetts gibi bazı ABD eyaletlerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin kabul edilmediğini de belirtmek gerekir.[149] Ayrıca ABD'nin arz ettiği bir özellik olarak hukuk sistemlerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini ifade etmek için *"anticipatory breach"* terimi yerine *"anticipatory repudiation"* yani öncelenmiş reddetme, öncelenmiş borcu ifa etmeme tabiri tercih edilmektedir.[150] Amerikan hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin pozitif olarak düzenlendiği yer, Uniform Commercial Code'un (UCC)[151] *"Anticipatory Repudiation"* başlığını taşıyan § 2-610 hükmüdür. Buna göre; borçlu sözleşme gereği yerine getirmeyi taahhüt ettiği ancak hâlihazırda muaccel olmamış ve alacaklı için sözleşmenin değerini önemli ölçüde zedeleyecek bir edimini ifa

[146] **Knapp/Crystal/Prince,** s.839.
[147] **Knapp/Crystal/Prince,** s.839-840.
[148] **Wiesner, Donald A./Klotchman, Janisse:** "Anticipatory Breach and Unilateral Contract: A Decade of the Status Quo", University of Dayton LR 1982, vol.8, iss.1, ss.61-80, s.62.; **Tabachnik, E.:** "Anticipatory Breach of Contract", Current Legal Problems 1972, vol.25, iss.1, ss.149-178, s.149. Ayrıca belirtmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin Kanada hukuk sisteminde, Amerikan hukukuna hemen hemen paralel bir biçimde düzenlendiği ifade edilmektedir, bkz. **McCamus,** s.692; **Waddams, S.M.:** The Law of Contracts, 6th Ed., Canada Law Book, Toronto 2010, s.618 vd.
[149] **Fransworth,** s.529.
[150] Amerikan hukuk sisteminde yaygın olarak *"anticipatory repudiation"* teriminin kullanıldığı yönünde, bkz. **Fransworth,** s.527.
[151] Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu.

etmeyeceğini beyan ederse, alacaklı; (a) ticarî örf ve âdete göre mâkul bir süre ifayı bekleyebilir ya da (b) ifayı bekleyeceğini beyan etmiş olsa bile söz konusu ihlâl nedeniyle bir tazminat talep edebilir, (c) her iki durumda da alacaklı kendi edimini ilgili hükümlere uygun olarak ifa etmek veya ifasını askıya almak konusunda serbesttir.[152] Yine hemen yukarıda değindiğimiz üzere, § 2-609 UCC hükmünde alacaklının yeterli bir teminat verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.[153] Söz konusu UCC düzenlemelerinin doktrinel değerlendirmesinde bir sözleşmenin her iki tarafı bakımından da sözleşmenin yerine getirileceği yönündeki haklı beklentilere aykırı davranmama yükümlülüğü getirildiği, bunun temelinde de iyiniyet ve dürüstlük kurallarının *(good faith and fair dealing)* yer aldığı ifade edilmektedir. İlâveten UCC'nin, bu yönüyle Art.1.7 para.1 PICC hükmünde öngörülen *"uluslararası ticarette tarafların her biri dürüst ve adil bir şekilde davranmalıdır."* şeklindeki düzenlemeyle paralel olduğu da vurgulanmaktadır.[154]

Anglo-Sakson hukuk sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin gözlemlenebildiği diğer bir düzenleme ise Restatement (2nd) of Contracts adlı hukukî referans metnidir. Metnin ilk (1st) hâlinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin belki de geçmişteki kökleri sayılabilecek ileriye dönük borç ödemeden aciz hâli *(prospective inability)* ve ileriye dönük borcu ifa etmeme iradesi *(prospective*

---

[152] *"When either party repudiates the contractwith respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may (a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or (b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and (c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704)"* (işbu hükmün yayımlandığı metin için bkz. **Public Law 88-243 - December 30 1963**, https://www.congress.gov/88/statute/STATUTE-77/STATUTE-77-Pg776.pdf)

[153] *"A contract for saleimposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return."* (bkz. **Calamari/Perillo,** s.475).

[154] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.797.

unwillingness) kavramları yer almaktaydı.[155] Metnin günümüzdeki mevcut (2nd) hâlinde § 253 para.1 hükmü, borçlunun henüz karşı-edimini elde etmemişken ve muacceliyetten önceki bir zamanda, kendi edimini ifa etmeyeceğini bildirmesi durumunda alacaklının zararın tamamını (tam tazminat) talep edebileceğini öngörmektedir.[156] Kuşkusuz anılan hüküm öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın günümüz tanımına uygundur.

Nihayetinde doktrinde muacceliyetten önceki bir aşamada borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğini bildirmesi; borçlunun edimini tümüyle inkâr etmesi; borçlunun ifa zamanı geldiğinde edimini ifa edeceğine gölge düşüren çelişkili davranışları; borçlunun kabiliyeti, şahsî durumu veya ifa gücünde meydana gelen bazı değişiklikler sebebiyle ileride borcunu ifa edemeyeceğinin anlaşılması; borçlunun ölümü (borçlu tüzel kişi ise tüzel kişiliğin herhangi bir nedenle sona ermesi) veya gaipliğine hükmedilmesi; borçlunun yaptığı diğer sözleşmelerdeki davranışlarının onu sözüne sadık biri olmadığını göstermesi; borçlunun ifa öncesi hazırlık hareketlerindeki yetersizliği gibi hususlar Anglo-Sakson hukuk sistemindeki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâllerine birer çerçeve model oluşturabilir.[157]

III. KITA AVRUPASI HUKUKUNDA

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, tarihsel olarak Kıta Avrupası hukukunda kendine bir yer bulmuş değildir. Örneğin Fransız Medenî Kanunu *(Code civil des Français,* anılış: *"Cc.F.")* bazı ayrıksı durumlar hâricinde, henüz muaccel olmamış bir borcun yerine getirilmesinin talep edilebileceğini kabul etmez.[158] Oysa

[155] **Calamari/Perillo,** s.469 vd.
[156] **Wiesner/Klotchman,** s.62. § 253 para.1 Restatement (2nd) of Contracts hükmüne göre: *"where an obligor repudiates a duty before he has committed a breach by non-performance and before he has received all of the agreed exchange for it, his repudiation alone gives rise to a claim for damages for total breach."*
[157] **Cumalıoğlu,** s.17.
[158] Fransız hukukunun bu anlamda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini kabul eden İngiliz hukukundan farkları hakkında bkz. **Whittaker,** s.663 vd. Yazar, özellikle Art.1186 Cc.F. hükmünde, bir

ifade edildiği üzere, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın temelinde henüz muaccel olmamış bir borca aykırı davranılması yatar. Ancak günümüzde Hollanda, Almanya gibi Kıta Avrupası ülkelerinde ve söz konusu hukuk sisteminden etkilenen Çin gibi bazı ülkelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin reddedilmediği, aksine buna yönelik düzenlemelere gidildiği gözlemlenmektedir.[159]

Sorumluluk hukuku prensipleri açısından Anglo-Sakson hukuk sistemiyle önemli farklılıklar barındıran ve Kıta Avrupası hukuk sisteminin başını çeken Alman hukuku bakımından ise önemle vurgulamak gerekir ki 01.01.2002 tarihinde gerçekleştirilen ve kapsamlı değişiklikler öngören Borçlar Hukuku Reform Yasası *(Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)* ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi yasal bir zemine oturtulmuştur. Alman yasa koyucusu bu değişikliği yaparken İngiliz hukukunun kabullerinden ciddî biçimde esinlenmiş[160] ve CISG hükümlerini de dikkate almıştır.[161] Söz konusu değişiklik ile BGB'ye eklenen "sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi" sebebiyle yani akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* sebebiyle dönme hakkının kullanılabileceği durumlar arasında yer alan § 323 Abs.4 BGB hükmüne göre borç henüz muaccel olmamışken, sözleşmeden dönme hakkının şartlarının oluşacağı aşikârsa (açıkça öngörülebilmekteyse) alacaklı muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeden dönebilir.[162] İlâveten müteakip düzenleme

---

borcun belirli bir tarihte muaccel olacağı kararlaştırılmışsa bu tarih gelmeden önce her ne sebeple olursa olsun borcun ifasının talep edilemeyeceği, borca aykırı davranılamayacağı şeklindeki düzenlemeye dikkat çekerek, Fransız hukukunda *"öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kuramına bir yer olmadığı"* vurgusunu yapar.

[159] Art.68 Çin Sözleşmeler Kanunu, bu konuda örnek verilmektedir. Ayrıca Çin hukukunun bu anlamda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini kabul eden İngiliz hukukundan farkları hakkında bkz. **Ze, Jay Lie:** "Anticipatory Breach of Contract, the PRC System and English Comparisons", LMCLQ 2005, ss.253-271.

[160] **Müller,** N.23-24; **Marcantonio,** s.46.; **Atamer,** CISG, s.286-288.

[161] **Müller,** N.24; **Weidt,** s.110. Ayrıca bkz. Bundestagsdrucksache, T.14.05.2001, Drucksache: 14/6040, s.186. (https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf, E.T.24.10.2024)

[162] **Müller,** N.23; **Serozan, Rona:** "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM 2000, C.58, S.1-2, ss.231-248, s.244.

olarak § 324 BGB hükmü, bu konuda § 241 Abs.2 BGB hükmüne işaret ederek ihlâlin esaslı olması gerektiğini de belirtmiştir.[163]

Hollanda Medenî Kanunu'nun sözleşmeler hukukuna ilişkin genel hükümlerini düzenleyen 6. Kitabı *(Burgerlijk Wetboek Boek VI)* Art.265 hükmünde tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin temerrüde düşmesi hâlinde diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Fakat yine aynı kitabın Art.80 hükmünde borcun talep edilebilir (muaccel) hâle gelmesinden önceki aşamada imkânsızlık ve borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine yönelik beyanları da dâhil olmak üzere, alacaklının borcun tam ve doğru bir biçimde ifasından kuşku duyduğu bazı hâllerde doğrudan doğruya ifa etmemenin sonuçlarının uygulanacağı öngörülmüştür. İşte bu hüküm, esasen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa işaret eder.[164]

İsviçre ve İtalyan hukuk sistemlerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair açık bir düzenleme mevcut değildir. İtalyan Medenî Kanunu *(Codice Civile)* Art.1219 para.2 hükmünde borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini yazılı olarak beyan etmesi durumunda ihtara gerek olmaksızın temerrüdün gerçekleşeceği öngörülmüştür.[165] Kanaatimizce burada borçlunun borcunu ifa etmeyeceğine yönelik beyanının edimin muaccel hâle gelmesinden önce veya sonra gerçekleşmiş olması bakımından farklı sonuçlar öngören bir ayrım yapılmadığı için öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinden söz edilemez. Zira söz konusu hükümde borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini, muacceliyetten önce beyan etmesi üzerine, muacceliyeti beklemeye gerek olmadan doğrudan doğruya temerrüdün hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği şeklinde bir norm öngörülseydi artık kuşkusuz öncelenmiş bir sözleşmeye aykırılığın var olduğu tespiti yapılabilirdi.

---

[163] Bu bağlamda esaslı ihlâl kavramı hakkında bkz. **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.238; **Markesinis, Basil/Unberath, Hannes/Johnston, Angus:** The German Law of Contract, 2nd Ed., Hart Pub., Oxford 2006, s.431.
[164] **Cumalıoğlu,** s.18.
[165] **Cumalıoğlu,** s.18.

IV. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE

A. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG: *United Nations Convention on the International Sales of Goods*)

1980 yılında Viyana'da kabul edilip 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na *(United Nations Convention on the International Sales of Goods,* CISG*)* Türkiye 7 Nisan 2010 tarihinde taraf olmuş ve söz konusu antlaşma 1 Ağustos 2011 tarihinde ülkemizde tatbik edilmeye başlanmıştır.[166]

CISG, kendi bünyesinde belirttiği ayrıksı hâller[167] hâriç olmak üzere, mal satım sözleşmelerine tatbik edilir.[168] CISG md.3/1 hükmünde satım sözleşmeleri dışında, malzemenin esaslı bir bölümünün sipariş eden tarafından temininin taahhüt edilmiş olduğu durumlar hâricinde, îmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmelere de CISG hükümlerinin tatbik edilebileceği öngörülmüştür. Ancak

---

[166] 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı RG'de yayımlanan 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanun, işbu antlaşmaya katılmamızın uygun bulunduğuna dairdir. Kanuna istinaden Bakanlar Kurulu 11.03.2010 tarihli ve 2010/247 sayılı bir karar alarak antlaşmaya taraf olmamızı sağlamıştır. Söz konusu Bakanlar Kurulu kararı ve antlaşmanın tam metni için bkz. 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı RG. Ancak antlaşmanın ne zaman yürürlüğe gireceğine ilişkin usûlü gösteren CISG md.97 hükmündeki *"Bu Antlaşma uyarınca imza esnasında yapılan beyanların, onay, kabul veya uygun bulma anında teyit edilmesi gerekir. Beyanlar ve beyanların teyitleri, yazılı olarak yapılacak ve tevdi makamına resmi olarak bildirilecektir. Beyan, ilgili Devlet bakımından bu Antlaşmanın yürürlüğe girdiği anda hüküm ifade eder. Ancak yürürlüğe girişten sonra tevdi makamına resmi bildirimi ulaşan beyanlar, tevdi makamına ulaştığı tarihten itibaren altı ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade etmeye başlar. 94. madde uyarınca yapılan karşılıklı tek taraflı beyanlar, sonuncu beyanın tevdi makamına ulaşmasından itibaren altı ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade etmeye başlar."* düzenlemesi sebebiyle antlaşma RG'de yayımlandığı tarihte değil, ancak 01.08.2011 tarihinde resmen yürürlüğe girebilmiştir.

[167] CISG md.2 hükmünde göre: *"Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz: (a) Kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin; (b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar; (c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar; (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı; (f) Elektrik satımı."*

[168] CISG md.4 hükmüne göre: *"Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle; (a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; (b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir."* Ayrıca müteakip maddede CISG'in satıcının mallarının bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanamayacağı da öngörülmülmüştür.

maddenin devamında CISG hükümlerinin *"mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere"* tatbik edilmeyeceği de ifade edilmiştir.

CISG md.1 hükmünde öngörüldüğü üzere antlaşmanın tatbik edilebilmesi için ya satış sözleşmesini oluşturan taraflara ait olan işyerlerinin farklı âkit devletlerde bulunması ya da milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması gerekir. Ayrıca anılan maddenin üçüncü fıkrası gereğince tarafların vatandaşlığı, tacir olup olmamaları, sözleşmenin hukukî niteliği itibariyle adi veya ticarî olması önem arz etmez. Doktrinde CISG md.1 hükmündeki koşullar sağlanamamış olsa dahi tarafların aralarındaki sözleşmeye CISG hükümlerinin tatbik edileceğini kararlaştırmalarına engel olabilecek emredici bir düzenlemenin veya ilkenin olmadığı da belirtilmektedir.[169]

CISG metni mercek altına alındığında, satıcı ve alıcının yükümlülükleri ayrı ayrı düzenlendikten sonra her ikisine dair ortak birtakım hükümlerin V. Bölüm çatısı altında öngörüldüğü anlaşılmaktadır. V. Bölüm'ün I. Ayrımı ise 71, 72 ve 73. maddelerden ibaret olup "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar ve Art Arda Teslimli Sözleşmeler" başlığını taşır.[170] Anılan üç maddeden CISG md.71/2 hükmü sadece satıcı bakımından, CISG md.73/3 hükmü ise sadece alıcı bakımından uygulanırken; bunlar dışında kalan tüm fıkralar hem satıcı hem de alıcı bakımından ortak bir uygulanma alanı teşkil eder.[171]

Konumuz bakımından önem arz eden ilk hüküm olan CISG md.71, ifa menfaati zedelenen tarafa (alacaklıya) öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde hukukî niteliği itibariyle geçici bir def'i hakkı olarak düşünülebilecek bir ifayı askıya alma hakkı

---

[169] **Cumalıoğlu,** s.20.

[170] Bkz. 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı RG'de yayımlanan Sözleşme metni. Aynı şekilde bkz. **Atamer,** CISG, s.505-506.

[171] **Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg:** Commentary on The UN Convention on The Sales of Goods (CISG), (ed.: Ingeborg Schwenzer & Ulrich G. Schroeter), 5th Ed., Oxford 2022, (*Fountoulakis, Christiana)*, Art.71, N.3.

(suspension) tanımaktadır. Böylece alacaklı, edimini yerine getirmekten belli şartlar altında kaçınabilmektedir.[172]

İkinci hüküm olan CISG md.72, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın aşikâr olması ve esaslı ihlâl[173] teşkil edecek derecede ağır olması durumunda alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı *(avoidance)* tanımaktadır. Hükümde belirtildiği üzere alacaklı, sözleşmeden dönme gibi ciddî bir hukukî enstrümanı kullanmadan önce satım faaliyeti bakımından sürenin elvermesi şartıyla borçluya mâkul bir bildirimde bulunmalı ve yeterli bir teminat göstermesini talep etmelidir. Elbette borçlu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa bizzat kendi beyanıyla yol açmaktaysa, yani edimini yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmekteyse artık dönme hakkının kullanılması için herhangi bir mâkul bildirimde bulunmasına ve teminat gösterilmesinin talep edilmesine gerek yoktur.[174]

Üçüncü hüküm olan CISG md.73, art arda teslimli satım sözleşmelerinde münferit bir teslimata ilişkin yükümlülüğe aykırılığın, esaslı bir ihlâl teşkil etmesi durumunda, alacaklının sadece o teslimat bakımından sözleşmeden dönebileceği öngörülmüştür. Ancak söz konusu münferit teslimata ilişkin yükümlülüğe aykırılık, ifa menfaati zedelenen taraf açısından gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı biçimde ihlâl edileceğine dair ciddî bir gerekçe yaratmaktaysa, ileriye dönük *(ex nunc)* olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkı da yine anılan hüküm gereği mevcuttur. Hatta hükümde, münferit bir teslimata ilişkin yükümlülüğe

---

[172] **Müller,** N.29; **Cumalıoğlu,** s.20.

[173] **Müller,** N.28-29. Viyana Satım Sözleşmesi'nin borca aykırılık sistemi bakımından "esaslı ihlâl" CISG md.25 hükmünde şöyle tanımlanır: *"Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."* Ayrıca esaslı ihlâl konusu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Sarıkaya, Murat:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması "CISG" Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, 1.B, İstanbul 2017; **Kaplan Güler, Beyhan:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali (TBK-CISG), 1.B, İstanbul 2023.

[174] **Müller,** N.29; **Cumalıoğlu,** s.20.

aykırılığın, teslimatlar arasındaki bağlantı dolayısıyla daha önce yapılmış teslimlerin, sözleşmenin kurulması ânında taraflarca güdülen amaçla kullanılabilirliğini boşa çıkarması durumunda, ifa menfaati zedelenen tarafın sözleşmeyi hem geçmiş teslimatlar için geriye, hem de gelecek teslimatlar için ileriye yönelik *(ex nunc)* sona erdirebileceğine dair oldukça geniş, bizim hukukumuz bakımından fesih ve dönme enstrümanlarının birleşik şekilde kullanılması anlamına gelen son bir hak daha tanındığına dikkat çekmek gerekir.[175]

B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL: *Principles of European Contract Law*)

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL); AB mensubu devletlerden gelen hukukçular tarafından tüm AB ülkelerindeki sözleşmeler hukukunu tek tipleştirmek, AB'nin bütününde tatbik edilmesi düşünülen "Avrupa Borçlar Kanunu" gibi kodifikasyonlara zemin yaratmak ve farklı mensup devletlerde mukim taraflar için belli bir mensup devletin hukuku yerine söz konusu hukuk sistemlerinin hepsini inceleyip en adil çözümleri barındıran bir metni tercih edilebilir kılmak gibi amaçlarla meydana getirilmiştir.[176] Fakat sözleşmeler hukuku ilkelerinin hazırlanmasında sadece AB mensubu devletlerin hukuk düzenleri esas alınmamış, Avrupa'dakiler dışındaki pek çok memleketin hukuk sistemi irdelenip oralarda benimsenmiş çözümler de tartışılmış ve bazı hususlarda hiçbir AB mensubu devletin hukuk düzeninde bulunmayan yeni enstrümanlar getirilmiştir.[177] Bu denli kapsamlı bir çalışma, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair hükümler bakımından da yürütülmüştür. Komisyon, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin Anglo-Sakson hukuk düzeninde ortaya çıktığını ancak Kara Avrupası hukuk düzenine dâhil mensup devletlerin bir kısmında bu

[175] Bkz. Art arda teslimli sözleşmeler hakkındaki CISG md.73 hükmünün birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları.
[176] **The Commission of European Contract Law:** Principles of European Contract Law Parts I and II, (ed.: Ole Lando & Hugh Beale), The Hague 2000, s.xi, xxi-xxvii. Ayrıca bkz. Art.1:101, 1:103, 1:106 PECL hükümleri.
[177] **Lando/Beale,** s.xxvi.

hususta hiçbir genel norm ya da yasal düzenleme, içtihat veya doktrindeki baskın görüş gibi kaynakların olmadığını saptamıştır.[178] Kaldı ki bu hususta genel bir norm veya yasal düzenleme yahut içtihat içeren Kara Avrupası hukuk düzenleri dahi birbiriyle tam bir uyuma sahip değildir.[179]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine ve kendisine bağlanan hukukî sonuçlara Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri'nde de CISG'e paralel bir biçimde rastlamak mümkündür. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri'nde (PECL) yer alan *"Anticipatory-Non Performance"* başlığını taşıyan Art.9:304 hükmünde bir sözleşmede esaslı ihlâlin gerçekleşeceği henüz ifa zamanından önce açıkça anlaşılabilmekteyse ifa menfaati zedelenen tarafın sözleşmeyi sona erdirme hakkına *(terminate the contract)* sahip olduğu ifade edilmiştir.[180] Anılan Art.9:304 PECL hükmünün ihdas edilmesindeki temel gerekçe; sözleşen taraflardan birinin muacceliyet gerçekleştiğinde borcunu ifa etmeyeceği veya edemeyeceği açıkça belli olduktan sonra karşı tarafın hâlen sözleşmeyle bağlı kalmasının düşünülemeyeceği gerçeğidir.[181] Anılan hükmün madde başlığındaki *"Anticipatory-Non Performance"* ibaresi ile taraflardan birinin henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimini yerine getirmek konusundaki bâriz ifa isteksizliği *(unwillingness)* ya da ifa kabiliyetsizliği *(inability)* kastedilmektedir.[182] Önemle belirtelim ki henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gündeme gelen söz konusu ifa isteksizliği ya da ifa kabiliyetsizliğinin sözleşmenin esaslı ihlâline yol açıp açmayacağının ölçütü ise Art.8:103 PECL hükmündedir. "Esaslı ihlâl" ve bunun "açıkça anlaşılır olması" koşulları kümülatif olarak oluşursa Art.9:304 PECL hükmünün tatbik edilmesiyle henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gündeme gelen bu hâl, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı *(terminate the contract)* bakımından muaccel bir

[178] **Lando/Beale,** s.419.
[179] **Lando/Beale,** s.418.
[180] Art.9:304 PECL hükmüne göre: *"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."*
[181] **Lando/Beale,** s.417.
[182] **Lando/Beale,** s.417.

borcun esaslı şekilde ihlâl edilmesiyle aynı değerde ve anlamda sayılmıştır.[183] Ayrıca görüldüğü üzere Art.9:304 PECL hükmüne istinaden sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi için önceden bir ihtar çekilmesi şeklinde bir şart da getirilmemiştir.[184]

CISG bağlamında sözleşmeden dönme hakkı *(avoidance)* olarak ifade ettiğimiz imkân, PECL'de sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı *(terminate the contract)* olarak ifade edilmiş olmakla birlikte bu hakkın kullanılması için aranan şartlar, hemen hemen her iki uluslararası düzenlemede de aynı şekilde hükme bağlanmıştır. Zira her iki sözleşme bakımından da bu hakların kullanımı için esaslı bir ihlâl *(fundamental breach, non-performance)* ve mâkul sürede yeterli bir teminatın gösterilmemiş olması şartları aranmaktadır. Bu bakımından CISG md.72 ile Art.9:304 PECL arasında bir fark görülmemektedir.

Hatta yine PECL'in *"Assurance of Performance"* başlığını taşıyan Art.8:105 hükmünde CISG md.71 hükmündeki düzenlemeye çok benzer bir biçimde[185] borçlunun henüz ifa zamanından önce esaslı bir ihlâle yol açacağına dair mâkul bir inancı olan

---

[183] **Liu, Chengwei:** Suspension or Avoidance due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2nd Ed., 2005, altb.2.4.; **Lando/Beale,** s.417.

[184] **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, ss.461-465, s.462. PECL anlamında sözleşmenin ortadan kaldırılması *(terminate the contract)* müessesesi ile anlatılmak istenen Türk hukukundaki "fesih" müessesesine oldukça yakındır; çünkü Art.9:305 para.1 PECL hükmüne göre sözleşmenin ortadan kaldırılması, kural olarak, geriye etki etmez. Bkz. **Lando/Beale,** s.420 ve karş. **Başoğlu,** s.307-308.

[185] CISG md.71 ve Art.8:105 PECL hükümleri sunduğu hukukî enstrümanlar bakımından benzerdir. Ancak uygulanma şartları farklılık arz eder: Her iki hükümde de ifa menfaati zedelenen tarafa kendi ediminin ifasını askıya alma *(suspension)* hakkı verildiği bârizdir. Fakat CISG md.71 bakımından ifayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için ya borçlunun ifa veya ödeme gücünde ciddî bir yetersizlik durumu baş göstermeli ya da borçlu ifaya hazırlık hareketleri veya ifa aşamasında bazı davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğini belli etmelidir. Burada esaslı bir kısım ibaresi, metnin orijinalindeki *"substantial part of his obligations"* kavramı ile karşılanmış olup CISG md.25 hükmü anlamındaki esaslı ihlâl kavramıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Oysa Art.8:105 PECL hükmünde ifa menfaati zedelenen tarafa tanınan kendi ediminin ifasını askıya alma hakkının kullanılabilmesi için borçlunun esaslı bir ihlâle yol açması şartı aranmaktadır. Keza PECL metninde bunu ifade etmek üzere *"fundamental non-performance"* ibaresi kullanılmış ve CISG md.25 anlamındaki esaslı ihlâle denk gelen bir duruma işaret edilmiştir. Kısacası ifayı askıya alma hakkı, her iki uluslararası düzenlemede öngörülmüş olmasına rağmen CISG, bu hakkın kullanılabilmesi için yükümlülüklerin esaslı bir kısmını ifa etmemek gibi nispeten daha hafif bir ihlâl kriteri öngörmüşken; PECL, doğrudan doğruya esaslı bir ihlâl şeklinde nispeten daha ağır bir ihlâl kriteri öngörmüştür. Anlaşılan odur ki CISG ve PECL, aynı etkileri yaratan bir geçici def'i hakkının (ifayı askıya alma hakkı) kullanılma şartlarını farklı farklı düzenlemeyi tercih etmektedir.

alacaklının ifanın yapılacağına dair yeterli bir teminat gösterilmesini talep edebileceği ve teminat gösterilmedikçe, mâkul inancın da devam etmesi şartıyla kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı olduğu öngörülmüştür. Hatta hükmün devamında, bu durumda yeterli bir teminatın gösterilmemesi ve esaslı ihlâlin gerçekleşeceğine dair mâkul inancın devam etmesi şartıyla alacaklının gecikmeksizin sözleşmeyi sona erdirdiğini karşı tarafa ihtar etmesi gerektiği de öngörülmüştür.[186]

Art.9:304 PECL hükmüne ilâveten Art.8:105 PECL hükmünde ayrıca böyle bir olanağın getirilme nedeni, aşağıda incelendiği üzere, Art.7.3.4 PICC hükmünde olduğu gibi, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimin yerine getirilmesinin tehlikeye düştüğüne mâkul biçimde inanan ancak tam olarak emin olamayan tarafı haklarından yararlanma hususunda ikileme düşmekten kurtarmaktır.[187] Art.8:105 PECL hükmü öngörülmeseydi sözleşmenin esaslı olarak ihlâl edileceği hususunda mâkul şüphesi bulunan fakat tam olarak emin olamayan tarafın tek çaresi Art.9:304 PECL hükmüne istinaden sözleşmeyi ortadan kaldırmak olurdu ve daha sonra "esaslı ihlâl" ve bunun "açıkça anlaşılır olması" koşullarının kümülatif olarak gerçekleşmediği görüldüğünde bu kez bizzat ifa menfaati zedelenen taraf sözleşmeyi ihlâl etmiş olacaktı.[188]

C. Genel Çerçeve Referans Taslağı (DCFR: *Draft Common Frame of Reference*)

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine ve kendisine bağlanan hukukî sonuçlara Genel Çerçeve Referans Taslağı (DCFR) da yer vermiştir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı ifade etmek isteyen DCFR, CISG metninde ve literatürde yaygın olarak kullanılan *"anticipatory breach"* kavramı yerine yine benzer anlamda olarak

[186] **Cumalıoğlu,** s.21.
[187] **Lando/Beale,** s.370.
[188] **Lando/Beale,** s.370.

"anticipated non-performance" kavramını tercih etmiştir.[189] Hemen yukarıda incelenen PECL'de de *"anticipatory non-performance"* kavramının kullanıldığına dikkat edilecek olursa uluslararası düzenlemelerin esasen aynı müesseseyi sadece kendi içindeki sistematik terim birliğini sağlamak adına farklı kavramlardan faydalanarak düzenlediği sonucu çıkarılabilir.

DCFR'de yer alan *"Termination for Anticipated Non-Performance"* başlığını taşıyan III.-3:504 hükmüne göre borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmesi ya da hâl ve koşullardan bunun açıkça anlaşılabilmesi hâlinde esaslı bir ihlâl söz konusuysa alacaklı borç henüz muaccel olmamışken dahi sözleşmeyi sona erdirebilir. Hükümde söz edilen sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının kullanılmasının şartı olarak *"Termination for Inadequate Assurance of Performance"* başlıklı III.-3:505 DCFR hükmü borçlunun esaslı ihlâle yol açacağı konusunda alacaklının mâkul bir inancının bulunmasını ve talep edeceği uygun bir teminatın mâkul sürede gösterilmemiş olmasını aramaktadır.[190]

D. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016)*

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine ve kendisine bağlanan hukukî sonuçlara Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri'nde de (2016)[191] yer vermiştir. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri'nde yer alan *"Anticipatory Non-Performance"* başlığını taşıyan Art.7.3.3 hükmüne göre *"vadeden*

[189] **Cumalıoğlu,** s.21.
[190] **Müller,** N.34-35; **Cumalıoğlu,** s.22.
[191] UNIDROIT, uluslararası hukuku tek tipleştirme faaliyetlerine UNIDROIT Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun 1971 tarihli kararına istinaden başlamış ve UNIDROIT prensiplerinin ilk şekli 1994 yılında kabul edilmiştir. Ardından bu prensiplerin pek çok hükmünde veya bunlara dair yorumların bulunduğu resmî şerhte 2004, 2010 ve 2016 yıllarında bazı değişiklikler yapılmıştır. Fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair Art.7.3.3 ve Art.7.3.4 PICC hükümlerinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu hususta bkz. **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law:** UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 2016, s.vii vd. (https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf. (25/10/2024).

önce taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı olarak ifa etmeyeceği apaçıksa, diğer taraf sözleşmeyi sona erdirebilir." Belirtmek gerekir ki hükümde sözü edilen *"sözleşmenin sona erdirilmesi" (terminate)* Art.7.3.5 para.1 PICC hükmüne göre, kural olarak, geleceğe etkili *(ex nunc)* sonuçlar doğuracağından[192] Türk hukukundaki "fesih" müessesesini andırmaktadır.[193]

Anılan hükmün açıklamasında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın açık bir biçimde anlaşılır olması gerektiği, her ne kadar güçlü olsa da sadece bir ihlâl şüphesinin maddenin uygulanma şartı bakımından yeterli sayılamayacağı ifade edilmiştir.[194] Bu şartın gerçekleşmiş sayılacağı tipik örnek, muacceliyetten önceki aşamada borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmesi olabilir, zira artık bir ihlâl şüphesi değil, ihlâlin apaçıklığı söz konusudur. Yine bir örnek olarak 2 Nisan'da varış limanında olması kararlaştırılmış bir yük gemisinin hızı göz önüne alındığında her ne şartla olursa olsun en erken 7 Nisan'da limana ulaşacağı öngörülüyorsa artık karşı tarafın ifa menfaatinin zedeleneceği apaçık olduğundan ve zamana aykırılık esaslı bir ihlâl sayılacağından alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir.[195] Ayrıca yine maddede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın açık bir biçimde anlaşılmasının yanı sıra ihlâlin esaslı olmasının gerektiği hem CISG'de hem PECL'de hem de DCFR'de olduğu gibi zorunlu bir şart olarak öngörülmüştür. Art.7.3.3 PICC hükmünde sözü edilen esaslı ihlâl, taraflardan birinin gelecekteki edimini yerine getirmek konusundaki ifa isteksizliğine *(unwillingness)* yahut aynı hususstaki ifa kabiliyetsizliğine *(inability)* dayanabilir.[196]

---

[192] **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.263 vd.
[193] Hatta Türk hukukunda bazı yazarların PICC'in bu hükmünü tercüme ederken "fesih" kavramını kullandığı görülür. Bkz. **Dayınlarlı, Kemal:** "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan 2003, C.23, S.1-2, ss.203-249, s.244 vd.
[194] **Müller,** N.34-35; **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.258.
[195] **Cumalıoğlu,** s.22.
[196] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.804; **Müller,** N.34.

İlk kümülatif koşul olarak; ihlâlin esaslı sayılıp sayılmayacağı bakımından gerekli ölçütü, Art.7.3.1 para.2 PICC hükmü vermektedir. Hükme göre *"Bir borcun ifa edilmemesinin esaslı bir ifa etmeme hâli teşkil edip etmediği belirlenirken özellikle aşağıdaki durumların gerçekleşip gerçekleşmediği göz önüne alınır: (a) ifa etmemenin, ifaya kavuşamayan tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğundan önemli ölçüde yoksun kılmış olması, meğerki diğer taraf böyle bir sonucu öngörmemiş ve makul olarak öngöremeyecek olsun; (b) ifa edilmemiş olan borca aynen uyumun sözleşmenin özünü teşkil etmesi; (c) ifa etmemenin kasten veya dikkatsizlik ile gerçekleşmiş olması; (d) ifa etmemenin, diğer tarafın gelecekteki ifasına güvenilemeyeceği konusunda ifaya kavuşamayan taraf bakımından gerekçe oluşturması; (e) ifada bulunmayan tarafın sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde ifa hazırlığı veya ifa sebebiyle aşırı kayba uğrayacak olması…"* İkinci kümülatif koşul olarak; "açıklık" koşulunun oluşup oluşmadığının saptanmasında, doktrinde CISG md.72 hükmüyle ilgili getirilen yorumlardan hareketle, esaslı ihlâlin gerçekleşme olasılığının hayli yüksek olduğunun objektif, mâkul bir üçüncü kişi tarafından da kabul edilmesinin aranması gerektiği; ancak bunun "neredeyse kesin öngörülmesinin gerekmediği" ifade edilir.[197]

Nihayetinde ulaşılması gereken sonuç şudur ki; bir tarafın sözleşmenin esaslı ihlâl edileceğinden yalnızca şüphelenmesi, söz konusu şüpheyi gerekçelendirecek argümanlar, vâkıalar bulunsa dahi sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkına başvurmak açısından yeterli sayılamaz.[198] Hemen yukarıda incelenen iki kümülatif koşul tamam olduğunda sözleşmeyi ortadan kaldıracak tarafın Art.7.3.3 PICC hükmüne göre -CISG md.72 hükmünden farklı olarak- önceden bir ihtar çekme veya teminat isteme gibi bir yükümlülüğü söz konusu değildir.[199] İki kümülatif koşul tamam olduğunda ifa menfaati

[197] **Müller,** N.34-35; **Göka,** s.805; **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.805.
[198] **Müller,** N.34-35; **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.258.
[199] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.810.; **UNIDROIT International Institute for the**

zedelenebilecek olan taraf, derhâl sözleşmeyi ortadan kaldırabilir ve böylece henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gündeme gelen esaslı ihlâl beklentisi, sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi hakkı açısından, muaccel bir borcun esaslı ihlâliyle aynı anlamda sayılır.[200] Başka bir deyişle söz konusu iki şart (apaçık aykırılık ve esaslı ihlâl) sağlanırsa PICC, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmeyi sona erdirme hakkının varlığını kabul etmektedir. Hatta bu hâlde Art.7.3.3 PICC hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı, muaccel bir borcun ifa edilmemesiyle eş tuttuğu da yine maddenin resmî şerhinde belirtilmiştir.[201]

Sözleşmenin esaslı ihlâl edileceği hususunda şüphe uyandıran durumların "açıklık" koşulu dâhiline girip girmediğinden emin olamayan fakat şüphesinin altında mâkul gerekçeler bulunan tarafa PICC, bir başka hukukî enstrüman daha sunmuştur. Bu enstrüman, ifanın askıya alınmasıdır.[202] *"Adequate Assurance of due Performance"* başlığını taşıyan Art.7.3.4 PICC hükmüne göre ise *"diğer tarafça esaslı bir ifa etmemede bulunulacağına makul olarak inanan taraf, gereği gibi ifayı teminat altına alan uygun bir güvence verilmesini talep edebilir ve bu sırada kendi borcunu ifadan kaçınabilir. Bu güvence makul bir süre içinde verilmediği takdirde, onu talep eden taraf sözleşmeyi sona erdirebilir."* Hükmün resmî şerhine göre Art.7.3.4 PICC hükmü borçlunun sözleşmeyi ifa zamanında ifa edemeyeceğine veya ifa etmek istemeyeceğine inanmak için mâkul gerekçeleri olan ancak yine de borçlunun ifa edebilme ihtimali

---

Unification of Private Law, s.258.

[200] **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.258.

[201] Bkz. **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.258. Tıpkı yukarıda incelediğimiz PECL hükümleri gibi bir durum söz konusudur. Tekrar ifade etmek gerekirse henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gündeme gelen söz konusu ifa isteksizliği ya da ifa kabiliyetsizliğinin sözleşmenin esaslı ihlâline yol açıp açmayacağının ölçütü ise Art.8:103 PECL hükmündedir. "Esaslı ihlâl" ve bunun "açıkça anlaşılır olması" koşulları kümülatif olarak oluşursa Art.9:304 PECL hükmünün tatbik edilmesiyle henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gündeme gelen bu hâl, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı *(terminate the contract)* bakımından muaccel bir borcun esaslı şekilde ihlâl edilmesiyle aynı değerde ve anlamda sayılmıştır. PICC'in de aynı mantığı kabul ettiği aşikârdır.

[202] **Müller,** N.35. Art.7.3.4 PICC hükmünden faydalanmak isteyen tarafın ispat yükümü, Art.7.3.3 PICC hükmündeki "apaçık anlaşılma" koşulunu ispatlamaktan daha hafiftir. Nitekim Art.7.3.4 PICC hükmü uygulandığında, önceki hükümden farklı olarak sözleşme doğrudan doğruya ortadan kaldırılmamakta, öncelikle bir çare olarak ifanın askıya alınması müeyyidesine başvurulmaktadır. Bkz. **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.811 ve **Göka,** s.59, dn.271.

hâlen mevcut olduğu için Art.7.3.3 PICC hükmüne başvuramayan alacaklının menfaatini korur. Art.7.3.4 PICC hükmündeki şekilde bir düzenleme olmasaydı, önce ifa etmek durumunda olan taraf çoğu kez bir ikilem içinde kalacaktı. Şöyle ki alacaklı, eğer kararlaştırılmış ifa zamanına kadar ifayı beklerse ve borç yerine getirilmezse zarara uğrayabilir. Öte yandan, alacaklı, sözleşmeyi ortadan kaldırırsa ve daha sonra aslında sözleşmenin diğer tarafça ifa edileceği ortaya çıkarsa, bizzat kendi eylemi "sözleşmeye aykırı davranmak" anlamına geleceğinden tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.[203]

Önemle belirtmek gerekir ki Art.7.3.4 PICC hükmü, borçlunun esaslı bir ihlâle yol açacağına mâkul gerekçelerle inanan tarafın, diğer taraftan bir teminat talep etmesine ve bu sırada da kendi ediminin ifasını askıya almasına imkân tanımaktadır. Neyin yeterli bir teminat sayılacağı ise durum ve koşullara göre belirlenecektir. Öyle ki bazı durumlarda borçlunun edimini gerçekten ifa edeceğine dair bir beyanı dahi yeterli teminat sayılabilirken; diğer bazı durumlarda üçüncü bir kişiden teminat veya garanti talep edilmesi gerekli görülebilir.[204]

Nihayetinde CISG bağlamında sözleşmeden dönme hakkı *(avoidance)* olarak ifade ettiğimiz imkân, PICC'de sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı *(terminate the contract)* olarak ifade edilmiş olmakla birlikte bu hakkın kullanılması için aranan şartlar, hemen hemen her iki uluslararası düzenlemede de aynı düzenlenmiştir. Zira her iki sözleşme bakımından da bu hakların kullanımı için esaslı bir ihlâl *(fundamental breach, non-performance)* ve mâkul sürede yeterli bir teminatın gösterilmemiş olması şartları aranmaktadır. Bu bakımından CISG md.72 ile Art.7.3.4 PICC hükmü arasında bir fark görülmemektedir.[205]

[203] **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.259.
[204] **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.260.
[205] Anılan normların benzerliğine dikkat çeken bkz. **Müller,** N.34.

Art.7.3.4 PICC hükmünün uygulamadaki önemini vurgulamak için şöyle bir örnek vermek mümkündür: Yalnızca tek rıhtımı olan yani tek bir üretim tezgâhı olan tekne üreticisi tersane sahibi (A), (B) adlı kişi için 1 Mayıs'ta teslim edilmek üzere bir yat inşa etmeyi taahhüt eder. Kısa bir süre sonra (B), bir vesileyle (C)'den (A)'nın aynı dönemde (C) için de bir yat inşa etme taahhüdü altına girdiğini öğrenir. Artık (B), (A)'dan yatın zamanında teslim edileceğine dair yeterli bir teminat göstermesini isteme hakkına sahiptir ve (A), B ile olan sözleşmesini nasıl yerine getirmeyi plânladığına dair (B)'ye tatmin edici bir açıklama yapmak zorundadır.[206] Zira birbiriyle çelişki hâlinde bulunan iki taahhüt işlemi, sözleşmelerdeki alacaklı taraflar için gelecekteki esaslı ihlâlin apaçık görülebilmesi şeklinde yorumlanabilir.

İfayı askıya alma hakkı bakımından bir değerlendirmede bulunmak gerekirse CISG md.71 ve Art.7.3.4 PICC hükümlerinin sunduğu hukukî enstrümanlar bakımından benzerdir. Ancak uygulanma şartları farklılık arz eder: Her iki hükümde de ifa menfaati zedelenen tarafa kendi ediminin ifasını askıya alma *(suspension)* hakkı verildiği bârizdir. Fakat CISG md.71 bakımından ifayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için ya borçlunun ifa veya ödeme gücünde ciddî bir yetersizlik durumu baş göstermeli ya da borçlu ifaya hazırlık hareketleri veya ifa aşamasında bazı davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğini belli etmelidir. Burada esaslı bir kısım ibaresi, metnin orijinalindeki *"substantial part of his obligations"* kavramı ile karşılanmış olup CISG md.25 hükmü anlamındaki esaslı ihlâl kavramıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Oysa Art.7.3.4 PICC hükmünde ifa menfaati zedelenen tarafa tanınan kendi ediminin ifasını askıya alma hakkının kullanılabilmesi için borçlunun esaslı bir ihlâle yol açması şartı aranmaktadır. Keza PICC metninde bunu ifade etmek üzere *"fundamental non-performance"* ibaresi kullanılmış ve CISG md.25 anlamındaki esaslı ihlâle denk gelen bir duruma işaret edilmiştir. Kısacası ifayı askıya alma hakkı, her iki

[206] Örnek için bkz. **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.260.

uluslararası düzenlemede öngörülmüş olmasına rağmen CISG, bu hakkın kullanılabilmesi için yükümlülüklerin esaslı bir kısmını ifa etmemek gibi nispeten daha hafif bir ihlâl kriteri öngörmüşken; PICC, doğrudan doğruya esaslı bir ihlâl şeklinde nispeten daha ağır bir ihlâl kriteri öngörmüştür. Anlaşılan odur ki CISG ve PICC, aynı etkileri yaratan bir geçici def'i hakkının (ifayı askıya alma hakkı) kullanılma şartlarını farklı farklı düzenlemeyi tercih etmektedir.

Kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin en önemli iki sonucu olan sözleşmeden dönme *(avoidance)* hakkı ve ifayı askıya alma hakkı *(suspension)* bakımından her durumda ve uygulanan her uluslararası sözleşme çerçevesinde ayrı bir değerlendirme yapmak gereklidir. Şöyle ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde sözleşmeden dönme hakkı bakımından her ne kadar farklı terimler *(terminate the contract)* kullanılsa da CISG ve incelenen diğer uluslararası sözleşmelerde hemen hemen aynı uygulanma şartları kabul edilmiş ve aynı hükümler getirilmiştir. Oysa ifayı askıya alma hakkı bakımından PICC ve PECL neredeyse aynı düzenlemeyi kabul etmişken; CISG, bunlardan sapma gösteren ve ifanın askıya alınmasını kolaylaştıran bir yaklaşımı tercih etmiştir.

§ 5. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

I. GENEL OLARAK

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın varlığı kabul edildiğinde ortaya çıkacak sonuçların, başka bir deyişle bu hâlde ifa menfaati zedelenen tarafın sahip olduğu hakların, borçlar hukukunun ruhuna hâkim olan "sözleşmeyle bağlılık" *(pacta sund servanda)* prensibinin ayrıksılığını teşkil ettiği söylenebilir.[207] Aslında bu durum Türk-İsviçre hukuku ve diğer Kara Avrupası sistemine dâhil ülkelerin hukuku bakımından yadırganmamalıdır. Zira ifa imkânsızlığı, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme, kararlaştırılan dönme cezası, aşırı ifa güçlüğü ve uyarlama, hâkimin sözleşmeyi

[207] **Cumalıoğlu,** s.23.

yorumlaması ve tamamlaması gibi pek çok hukukî müessese, yarattığı sonuçlar itibariyle, "sözleşmeyle bağlılık" *(pacta sund servanda)* prensibinin ayrıksı alanına denk gelir.[208] Daha önce de çeşitli vesilelerle ifade edildiği üzere; teknik tanımlama açısından öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan belli nitelikteki borçlardan bir veya daha fazlasının, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ileride (ifa zamanında) "hiç veya gereği gibi" ifa edilmeyeceğinin ya da edilemeyeceğinin bizzat borçlu tarafından beyan edilmesi yahut belli başlı durumların dürüstlük kuralına göre yorumlanmasından anlaşılmasıdır.[209] Kanaatimizce söz konusu teknik tanımlamada Anglo-Sakson ve Amerikan hukuklarından farklılık arz eden ancak Türk hukuku bakımından yadırganmaması gereken bir gerçek olarak "hiç veya gereği gibi" ifa etmeme vurgusu yapılmalıdır. Zira doktrinde bir görüş, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun borcunu hiç ifa etmeyeceğini ya da ifa edemeyeceğini bildirmesinin zaten öngörülebilen ihlâl (çalışmamız terminolojisinde "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık"[210]) olduğunu belirtmekle birlikte; ayrıca borçlunun borcunu "gereği gibi ifa etmeyeceğini ya da edemeyeceğini" bildirmesi hâlini de aynı müessese içerisinde saymakta ve buna örnek olarak bir satım sözleşmesinde alıcıya dönme hakkı sağlayacak nitelikte bir ayıplı mal teslim edileceğinin bizzat satıcı tarafından -henüz muacceliyetten önce- bildirilmesi veya bunun belli başlı koşulların dürüstlük kuralına göre yorumlanıp anlaşılması durumu verilmektedir.[211] Dikkat edilirse, bu örnekte borçlu edimini ifa etmeyeceğini değil, gereği gibi ifa etmeyeceğini ya da edemeyeceğini ifade etmektedir, kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, "gereği gibi ifa etmeme" kavramıyla da açıklanabilir, bu görüşe katılmaktayız. Zira Türk hukuku bakımından borcun ifa edilmemesine dair genel kuralı düzenleyen TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünün borca aykırılıkta "hiç" veya "gereği gibi" ifa etmeme şeklinde ikili bir temel

[208] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.1010 – N.1011.
[209] **Chitty,** General Principles, N.24-022; **Liu,** Anticipatory Breach, s.85 vd.; **Cumalıoğlu,** s.23.
[210] "Öngörülebilen ihlâl" yerine "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" kavramını tercih etmemizin sebepleri ve isabetli olduğuna dair bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, I. Kavramsal Tartışma ve Tarihsel Gelişim.
[211] **Cumalıoğlu,** s.23.

ayrımı esas aldığı görülür. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da en nihayetinde bir borca aykırılık hâli olduğundan TBK md.112 hükmünün getirdiği sistemden ayrı veya farklı yorumlanmamalıdır.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, daha önce Anglo-Sakson hukuku ve uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmalarında incelediğimiz gibi, alacaklıya farklı bir hukukî enstrüman olarak "kendi ediminin ifasını askıya alma" *(suspension)* hakkı vermektedir. Fakat bunun yanı sıra her hukuk düzeninde şartları farklı olmakla birlikte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya borçludan teminat talep etme ya da edimini nasıl yerine getireceğine dair açıklamalarda bulunmasını isteme, borç konusu üzerinde hapis hakkı ya da öncelenmiş (erken) dönme hakkı[212] gibi çeşitli imkânların da verildiğini ifade etmek gerekir. Ancak sayılan tüm bu haklar, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gündeme gelen bir ihlâl hâlinde mevcuttur. Oysa ifa menfaati zedelenen taraf (alacaklı), muacceliyetin gerçekleşmesini bekleyip edim hâlen mevcutsa borçlu temerrüdünün, edim mevcut değilse kusurlu ifa imkânsızlığının kendisine sağlayacağı haklardan da faydalanabilir.

Kanaatimizce tüm bu açıklamalar; öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin, klâsik olarak muacceliyet ânı ve daha sonrasında yaşanan borca aykırılık hâllerini "tamamladığını", borca aykırılığın kapsamını ise hem "sebepler" hem "zaman" hem "başvurulacak haklar" bakımından genişlettiğini gösterir: İlk olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ifa imkânsızlığı, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. İkinci olarak öncelenmiş sözleşmeye

[212] Türk hukukunda spesifik bir görünüm olarak TBK md.473/1 hükmü gösterilebilir. Zira hükme göre *"yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."* Hükümde tanınan hakkın öncelenmiş bir dönme hakkı olduğu ilk bakışta anlaşılır. Daha detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 1, a. Yüklenicinin İşe Başlama ve Yürütme Borcu Kapsamında Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı (TBK md.473/1, Art.366 Abs.1 OR).

aykırılık sayesindedir ki alacaklının ifa menfaatini zedeleyen borca aykırılık hâlleri sadece muacceliyet ânı ve sonrasına sıkıştırılmamış, deyim yerindeyse göz göre göre gelen bir ihlâle karşı alacaklının eli güçlendirilmiştir. Üçüncü olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklı, ifa menfaatini korumak açısından belki de çok daha efektif haklara (ifayı askıya alma, teminat talep etme, yeterli açıklama ve izahatte bulunulmasını isteme ve benzeri) sahip kılınmaktadır.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edebilmek için muacceliyetin henüz gerçekleşmemiş olması (borcun müeccel olması), aykırılığın belli bir ağırlıkta olması ve edimin ifa edilmeyeceğinin veya edilemeyeceğinin muacceliyetten önce anlaşılması her zaman zorunludur. Belli bir ağırlıktaki aykırılık (ihlâl) ile kastedilen, alacaklıdan artık sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemeyecek olmasıdır.[213]

II. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK KAVRAMI

A. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Mevcut Bir İhlâlden mi, Gelecekteki Bir İhlâlden mi?" Kaynaklandığı Sorunu

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bakımından tartışılması gereken en önemli hususlardan biri, sözleşmeye aykırılığın hâlihazırda mevcut bir ihlâlden mi yoksa ileride gerçekleşecek bir ihlâlden mi ibaret olduğudur. Örneğin borçlu henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimini ifa etmeyeceğini veya edemeyeceğini beyan ettiğinde, buradaki ihlâl, ifa ânında (vâdede) mı gerçekleşecektir, yoksa borçlu bu yönde bir beyanda bulunduğu ânda zaten sözleşmeden doğan bir edimini ihlâl etmiş, yani sözleşmeye aykırılık yaratmış mıdır? İlk hâlde ileride gerçekleşecek bir ihlâl *(non-*

[213] **Cumalıoğlu,** s.24. Ayrıca öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın söz konusu üç zorunlu koşulu dışında, borcu doğuran sözleşmenin, yani öncelenmiş aykırılığın gündeme geldiği sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının gerekip gerekmediği hususunun tartışmalı olduğu ve yeri geldiğince inceleneceği ifade edilmelidir. Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, I, B. Sözleşmeyle Borç Altına Giren Taraf Açısından Değerlendirme.

actual breach) söz konusu iken; ikinci hâlde mevcut, hâlihazırda gerçekleşmiş bir ihlâl *(actual breach)* söz konusu olurken; söz konusudur.[214]

1. Mevcut İhlâl Kuramı *(Actual Breach Theory)*

Bu kuram öncelenmiş sözleşme ihlâlini, mevcut yani hâlihazırdaki bir ihlâl olarak nitelendirir. Anglo-Sakson hukuk literatüründe mevcut ihlâl kuramının kendi içerisinde ikiye ayrıldığı dikkat çeker. Bir görüşe göre sözleşme ihlâli, ifa menfaati zedelenen (alacaklı) tarafından "öngörüldüğü" ânda meydana gelmiş sayılır ve sözleşme sona erer. Aksi görüşe göre ise sözleşme ihlâli gerçekleşmiş olsa dahi sözleşme o ânda değil, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın var olduğunu kabul ettiği ânda sona erer; başka bir deyişle alacaklının kabulüne dek ihlâl, hukukî açıdan bir anlam ifade etmez.[215]

Mevcut ihlâl kuramına göre öncelenmiş ihlâl, esasen gelecekte ifa edilecek bir borcun ihlâli değildir, zira borcun ifa zamanı zaten henüz gelmemiştir. İhlâl edilen şey, borçlunun kendisini edimi yerine getirmeye hazır bulundurma (ifaya hazırlık hareketleri)[216] ve alacaklının ifaya dair güvenini kırmama biçiminde tezahür eden ikincil yükümüdür.[217] Daha açık bir anlatımla borçlu, yarattığı güvene aykırı hareket ettiğinden ötürü bir ihlâl gündeme gelmektedir.[218] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin ortaya çıktığı meşhur *Hochster v. De la Tour* davasında Hâkim Lord Campbell C.J. ve Lord Wranbury de mevcut ihlâl kuramı lehinde yorum yapmışlar ve tam da bu nedenle Lord Wranbury, "öngörülmüş, öngörülen" gibi anlamlara gelen *"anticipatory"*

---

[214] **Cumalıoğlu,** s.25.
[215] **Cumalıoğlu,** s.25.
[216] Anglo-Sakson hukuk literatüründe bu durum, "ifa edilmeyi bekleyen bir sözleşmesel ilişkiye saygı gösterme yükümlülüğünün ihlâl edilmesi" *(violating duty to respect the contractual relation pending performance)* yahut "taahhütte bulunulan tarafın ifayı bekleyen sözleşmesel ilişkideki menfaatine müdâhale etmeme yükümlülüğünün ihlâl edilmesi *(a breach of the duty not to interfere with the promisee's interest in the contractual relation pending performance)* olarak ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. **Vold, L.:** "The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contracts", Harward LR 1928, vol.41, iss.3, ss.340-376, s.363 ve s.364.
[217] **Vold,** The Tort Aspect, s.344-345. Ayrıca bkz. **Tabachnik,** s.151.
[218] **McCamus,** s.691.

kavramının isabetsiz olduğunu belirtmiştir.[219] Aynı şekilde, yukarıda incelediğimiz[220] UNIDROIT İlkeleri'nde kullanılan *"anticipatory non-performance"* kavramı da gelecekteki bir ifa etmeyişin, henüz ifa zamanı gelmemişken anlaşılamayacağı gerçeğinden hareketle isabetsiz ve yanıltıcı bulunmaktadır.[221]

Türk hukukunda *Serozan,* borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimini yerine getirmeyeceğini bildirmesini, sözleşme tarafları arasındaki edim yükümlülüklerinden bağımsız davranış yükümüne aykırılık tipinde, akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* olarak görmekte ve böylece mevcut ihlâl kuramı lehinde durmaktadır.[222]

2. Gelecekteki İhlâl Kuramı *(Non-Actual Breach Theory)*

Anglo-Sakson hukuk literatüründe *"non-actual breach theory"* olarak ifade edilen gelecekteki ihlâl kuramına göre; bir sözleşmedeki alacaklı veya borçlu tarafın sözleşmenin kurulduğu ândan itibaren ifaya hazır bulunma gibi bir yükümlülüklerinin olduğundan söz edilemez ancak tarafların muacceliyet ânında ifaya hazır olamayacakları önceden anlaşılabiliyor ve bu durum esaslı bir sözleşme aykırılığına sebep olacaksa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık mevcuttur. Zira artık burada gelecekte gerçekleşecek bir ihlâl gündeme gelmiştir.[223] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; gelecekteki ihlâl ile muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki aşamada başvurulabilecek talepler arasında âdeta bir köprü kurmakta[224] ve gelecekteki ihlâle dair müeyyideleri şimdiden talep edilebilir hâle getirmektedir.[225] Keza *Hochster v. De la*

---

[219] **Liu, Qiao:** "Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract", Cambridge LJ 2007, vol.66, iss.3, ss.574-604, s.593; ayrıca bkz. **Limburg, Herbert R.:** "Anticipatory Repudiation of Contracts", CLQ 1925, vol.10, iss.2, ss.135-180, s.139'da yer alan *"Bradley v. Newsom Sons Ltd. and Co."* (1919) A.C.

[220] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV, D. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016).*

[221] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.797.

[222] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318.

[223] **Liu,** Inferring, s.594-595.

[224] **Liu,** Anticipatory Breach, s.220.

[225] **Liu,** Anticipatory Breach, s.221.

Tour davasında söz konusu olan ve klâsik borca aykırılık doktrininden sapma gösteren iki durumdan biri, tarafların yükümlülüklerini onların rızası hilafına genişleten ve muacceliyete kadar ifaya hazır biçimde bulunma hususunda zımnî bir taahhütleri olduğu düşüncesidir.[226] Diğeri ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmiş sayılabilmesi için alacaklının bunun varlığını kabul etmesi gerektiği düşüncesidir.[227]

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce mevcut ihlâl kuramı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın özünü oluşturan "ihlâl" kavramını açıklamakta yetersiz ve isabetsizdir: Tespitimize göre ilk olarak ihlâlin mevcut bir ihlâl olduğu kabul edilirse artık, yukarıda değindiğimiz üzere, alacaklının ihlâli "öngörebildiği" ânda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluştuğu ve alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma da dâhil olmak üzere pek çok hakka sahip olduğu sonucuna varılır. Bu sonuç ise, sözleşmenin eşit konuma ve aynı irade özerkliğine sahip tarafları arasında büyük bir farklılığa ve deyim yerindeyse ayrımcılığa yol açar. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, eğer temerrüt, ifa imkânsızlığı, kötü ifa, ayıplı ifa gibi bir sorumluluk sebebi ise bunun oluşması taraflardan birinin iradesine bırakılmamalıdır. Örneğin alacaklının, edimine kavuşamadığında borçluya karşı temerrüt hükümlerine mi imkânsızlık hükümlerine mi başvuracağı kendi iradesine değil, somut olayın koşullarına (edim yok olmuş mu? Parça borcu mu cins borcu mu? Borçlu kusurlu mu kusursuz mu? Edim başlangıçta mı sonradan mı yok olmuş? Edim yok olmamış fakat nitelik yahut nicelik yönünden gereği gibi yerine getirilememiş mi?) bağlıdır. Oysa mevcut ihlâl kuramı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluşumunu alacaklının iradesine bağlamaktadır.

---

[226] **Stoljar, Samuel:** "Some Problems of Anticipatory Breach", Melbourne University LR 1974, vol.9, iss.3, ss.355-369, s.356; **Liu,** Anticipatory Breach, s.221.
[227] **Liu,** Anticipatory Breach, s.220-221.

Tespitimize göre ikinci olarak ihlâlin mevcut bir ihlâl olduğu kabul edilirse alacaklının "ihlâl öngörüsü"nün ne kadar isabetli veya haklı olduğu da saptanamaz, ölçülemez, sübjektif bir duruma işaret eder. Hatta çoğu kez alacaklının ihlâl öngörüsünde yanılması ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluştuğunu kabul edip de "kendi edimini askıya alma" veya "sözleşmeyi ortadan kaldırma" gibi bir hakkını ileri sürmesi, bizzat kendisinin sözleşmeye aykırı davranıyor olmasına yol açabilir.[228] Bu durum da edimi ifa etmekten imtinâ eden ancak alacaklıda yaratılan korunmaya layık edim güvenini ihlâl etmeyecekmiş gibi bir izlenim yaratan kötüniyetli borçlulara âdeta bir himâye kapısı açar. Belirttiğimiz üzere mevcut ihlâl kuramı, deyim yerindeyse borçlunun hem suçlu hem güçlü olmasına neden olabilecek riskler barındırır.

Tespitimize göre üçüncü olarak ihlâlin mevcut bir ihlâl olduğu kabul edilirse alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının oluştuğunu varsayıp -her ne kadar tespitinde haklı ve isabetli olsa da- sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahip olmaktadır. Alacaklının böyle bir varsayımı borçlunun iradesi ve hatta haberi bile olmadan "ikale sözleşmesi"[229] yapmaktan farksızdır. Sözleşme özgürlüğü, yalnızca sözleşme yapıp yapmama değil, yapılmış bir sözleşmeyi ortadan kaldırabilme özgürlüğünü de içinde barındırdığından mevcut ihlâl kuramının alacaklıya sunduğu imkân borçlunun iradesini hiçe sayan bir ikale sözleşmesi yapmakla eşdeğerdir.

Oysa katıldığımız ve isabetli bulduğumuz gelecekteki ihlâl kuramında ileri sürdüğümüz risklerin hiçbiri mevcut değildir. Gelecekteki ihlâl kuramı kabul edilirse, yukarıda da değindiğimiz üzere,[230] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; gelecekteki ihlâl ile muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki aşamada başvurulabilecek talepler arasında âdeta bir "köprü kurmakta" ve gelecekteki ihlâle dair müeyyideleri şimdiden talep edilebilir hâle getirmektedir. İşte zaten bu nedenle öncelenmiş

[228] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, II. Anglo-Sakson Hukukunda.
[229] Doktrinde bir görüş de ikale sözleşmesi benzetmesi yapmayı tercih eder, bkz. **Cumalıoğlu,** s.27.
[230] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, A, 2. Gelecekteki İhlâl Kuramı *(Non-Actual Breach Theory).*

sözleşmeye aykırılığın diğer sorumluluk sebeplerini yani klâsik olarak muacceliyet ânı ve daha sonrasında yaşanan borca aykırılık hâllerini "tamamladığını", borca aykırılığın kapsamını ise hem "sebepler" hem "zaman" hem "başvurulacak haklar" bakımından genişlettiğini belirtmiştik.[231] Gelecekteki ihlâl kuramıyla açıklanan bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, gelecekteki temerrüt veya kusurlu ifa imkânsızlığı nedeniyle alacaklının sahip olacağı ve fakat sadece muacceliyetten sonra kullanabileceği hakları, şimdiden alacaklıya sunmakta ve daha efektif bir hukukî himâye imkânı sağlamaktadır. Kaldı ki borçlu, mevcut ihlâl kuramında görüldüğü üzere, hemen bir ihlâlde bulunmuş ve sözleşmenin ortadan kalkmış sayılması gibi ağır bir sonuçla karşı karşıya kalmayacağından, alacaklının öngördüğü, öncelediği sözleşme ihlâlini muacceliyete kadar telâfî edebilecek (bazen teminat göstererek veya ifa edeceğine dair tatminkâr açıklamalar yaparak) ve sözleşme ilişkisinin devamını sağlayabilecektir.

İleride detaylı incelendiği üzere,[232] örneğin TBK md.98 (Art.83 OR) hükmünde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli söz konusudur[233] ve alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının oluştuğundan bahisle, yani mevcut ihlâl kuramına göre derhâl bir ihlâlin vuku bulduğundan bahisle sözleşmeyi ortadan kaldıramamaktadır. Alacaklı sadece geçici bir def'i ileri sürüp kendi edimini ifa etmekten kaçınabilmekte[234] ve borçludan teminat talep etmekte, ancak ve ancak uygun bir sürede talep edilen teminatın verilmemesi hâlinde sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânına kavuşmaktadır. Dikkat edilirse TBK md.98 hükmünde borçlunun ifa

[231] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, I. Genel Olarak.
[232] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, A, 3. İfa Güçsüzlüğü (Teminat veya Aciz) Def'i (TBK md.98, Art.83 OR).
[233] Zira TBK md.98 hükmünde anlatılan durumda da borçlunun edimini muacceliyet ânında yerine getirmeyeceği veya getiremeyeceği açıkça anlaşılmakta ve bu durum alacaklı bakımından çoğu kez esaslı bir ihlâle, yani sözleşmenin kendisi için yararsız ve çekilmez hâle gelmesine yol açabilmektedir.
[234] İleride detaylı inceleneceği üzere TBK md.98 hükmündeki "teminat def'i" olarak adlandırılan ve alacaklıya edimini ifa etmekten kaçınma yetkisi veren işbu geçici def'i hakkı, esasen CISG md.71 hükmünde gördüğümüz ve PECL, PICC gibi uluslararası hukuk uyumlaştırma metinlerinde de rastladığımız "ifayı askıya alma" *(suspension)* hakkına çok benzer, ancak tamamen aynı hukukî enstrümanlar değildir.

güçsüzlüğüne düşmüş olması, hâlihazırda bir ihlâl sayılamaz, ancak bu durum, muacceliyet ânında edimin ifa edilemeyeceğini, yani gelecekteki bir ihlâli şimdiden göstermektedir. Oysa mevcut ihlâl kuramı kabul edilseydi borçlu sırf ifa güçsüzlüğüne düşmüş olduğu ânda edimi ifa etmemiş sayılacaktı. Demek ki Türk hukuku da genel hüküm olarak gelecekteki ihlâl kuramına yakındır. Yine Türk hukukunda bir özel hüküm olarak eser sözleşmesine ilişkin TBK md.473 (Art.366 OR) hükmü incelendiğinde[235] de kanun mantığımızın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı açıklarken gelecekteki ihlâl kuramına daha yakın olduğu görülür. Zira TBK md.473 hükmünde işsahibinin muacceliyet gerçekleştikten sonra kullanabileceği temerrütten doğan haklar, âdeta muacceliyet öncesine çekilmekte; maddenin birinci fıkrasında öncelenmiş bir dönme hakkı düzenlenmekte, maddenin ikinci fıkrasında da ayıplı veya sözleşmeye aykırı meydana getirileceği belli olan bir esere karşı işsahibin haklarını öncelenmiş biçimde kullanmasına müsaade edilmektedir. Sözgelimi TBK md.473 hükmü incelendiğinde görülen odur ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, tıpkı gelecekteki ihlâl kuramının iddia ettiği gibi, gelecekteki ihlâl ile muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki aşamada başvurulabilecek talepler arasında âdeta bir "köprü kurmakta" ve gelecekteki ihlâle dair müeyyideleri şimdiden talep edilebilir hâle getirmektedir.

B. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta "İhlâl"in Yeri ve Önemi

1. Mukayeseli Hukukta ve Özellikle CISG Sisteminde

Hem Anglo-Sakson hukukunda[236] hem uluslararası hukuk metinlerinde hem Alman[237] ve Fransız[238] hukuk sistemlerinde ve hem de çalışmamızın önemli bir kısmını

[235] Daha detaylı açıklama ve tespitler için bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 1. Eser Sözleşmesindeki Durum.

[236] Anglo-Sakson hukuk sisteminde sorumluluk doğuracak bir esaslı ihlâlden söz edebilmek için sözleşmenin temeline ilişkin bir ihlâlin olması gerektiği hakkında bkz. **Schlechtriem, Peter/Butler, Petra:** UN Law on International Sales, Springer, Berlin 2009, N.269 vd. Ayrıca konumuz dışına çıkmadan kısaca ifade etmek gerekirse Anglo-Sakson hukuk sisteminde bir sözleşmedeki hükümlerin

oluşturacak CISG'de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kurucu unsurlarından biri olarak ihlâlin "esaslı bir ihlâl" *(fundamental breach)* olması aranmaktadır. Zira esaslı ihlâlin var olmadığı bir olayda alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkından da söz edilemez.[239]

İhlâlin esaslı olup olmadığının saptanmasında ihlâle konu yükümlülüğün sözleşmeyi karakterize eden bir aslî edim yükümlülüğü yahut aslî edimin ifasına hizmet eden yan edim yükümlülüğü olması önemli olmadığı gibi yükümlülüğün sözleşmenin objektif veya sübjektif esaslı noktalarıyla[240] ya da yan (ikincil) noktalarıyla ilgili olması da önemli değildir. Önem arz eden husus; sözleşmenin özelliklerine, hukukî niteliğine ve bilhassa taraf iradelerine göre aykırı davranılan sözleşme açısından ortaya çıkardığı sonuçlardır. Örneğin bir satım sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmasına rağmen nakliyeye uygun bir ambalajlama yapılmaması esasen sıradan bir yan edim yükümlülüğü olsa dahi esaslı ihlâle yol açabilir.[241] Ayrıca ifa menfaati zedelenen tarafın sözleşmeden umduğu menfaatin önemli derecede ortadan kalkması, yani esaslı ihlâlin söz konusu olması, mutlaka bir zararın meydana gelmiş olmasını gerekli kılmamaktadır.[242]

---

tümü bir *"warranty"* (tekeffül, taahhüt) olarak nitelendirilirken bazı hükümler *"condition"* olarak nitelendirilir ki bu grup hükümler tarafların sözleşme ilişkisine girmelerine sebep olan temel esaslara, olmazsa olmaz bazı meselelere işaret eder. Ancak önemli olan husus, hangi nitelikteki sözleşme hükmüne aykırı davranıldığı değil, aykırılığın sözleşmeye devam etmenin tarafların sözleşmeden umduğu menfaatin önemli derecede zedelenmesine yol açıp açmadığı, sözgelimi "ihlâlin sonucunun sözleşmedeki menfaatlere etkisinin ağırlığı"dır. Bu tespitler için bkz. **Atamer, Yeşim:** "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", Milletlerarası Satım Hukuku, (ed.: Yeşim M. Atamer), 2.B, İstanbul 2012, ss.221-266, s.232-233 ve ayrıca **Atamer,** CISG, s.293.

[237] § 323 Abs.4 BGB hükmünde henüz mucceliyet gerçekleşmemişken alacaklıya muacceliyeti beklemeden kullanabileceği bir sözleşmeden dönme hakkı sunulmuştur. Her ne kadar söz konusu hükmün lafzında açıkça esaslı ihlâl kavramı zikredilmese de doktrinde dönme hakkının kullanılabilmesi için ihlâlin esaslı olması gerektiği belirtilmektedir, bu hususlarda özellikle bkz. **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.239 ve **Markesinis/Unberath/Johnston,** s.431. Benzer yorum için bkz. **Müller,** N.25.

[238] Fransız hukukunda ihlâlin belli bir ağırlığa ulaşıp ulaşmadığı saptanırken bilhassa tarafların farazî iradelerinin ön plânda tutulduğu ve mağdur olan tarafın sözleşmenin kurulması ânında ilerideki sözleşme ihlâlini öngörmüş olsa idi sözleşmeyi yapmayacağı kabul edilebiliyorsa, ihlâlin esaslı olduğu ve kişinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu ifade edilir, bkz. **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.234.

[239] **Swanton,** s.71; **Peel,** s.849; **Liu,** Anticipatory Breach, s.70 vd. ve s.92.

[240] **Sarıkaya,** s.98 vd.

[241] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.242; **Atamer,** CISG, s.294 vd. ve s.302.

[242] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.239; **Atamer,** CISG, s.299.

CISG'de ise malın benzeri ile değiştirilmesi istemi ve dönme hakkının kullanılması, mutlaka sözleşmenin esaslı ihlâl *(fundamental breach)*[243] edilmiş olması şartına tâbidir.[244] Aynı yönde olarak CISG'de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık (sözleşmenin deyimiyle "öne alınmış sözleşmeye aykırılık") sebebine istinaden sözleşmeden dönme hakkının *(avoidance of contract)* kullanılması da CISG md.25 hükmünde tanımlanan esaslı ihlâlin gerçekleşmiş olması şartına tâbidir.[245]

CISG md.25 hükmüne göre esaslı ihlâlden söz etmek için iki kümülatif koşulun oluşması gerekir: İlk olarak sözleşmeye aykırı bir davranış mevcut olmalıdır. İkinci olarak ise sözleşmeye aykırı davranış, karşı tarafın sözleşmeden haklı şekilde beklediği menfaati önemli ölçüde ortadan kaldırmalıdır. Ancak ifa menfaati zedelenen taraf için olumsuz sayılan bu durum, ihlâlde bulunan kişi tarafından öngörülememişse ve hatta aynı hâl ve şartlar içindeki mâkul bir üçüncü kişi tarafından da öngörülemeyecek idiyse ihlâl esaslı sayılmaz. Dolayısıyla ihlâl ile sadece ifa menfaati zedelenen tarafın sözleşmeden umduğu menfaatin önemli ölçüde ortadan kalkması yetmez. Bu menfaatin, ihlâlde bulunan kişi tarafından yahut onun yerine koyabileceğimiz mâkul üçüncü bir kişi tarafından öngörülebilir olması zorunludur. Elbette bu durumda ihlâlde bulunanın yahut mâkul üçüncü kişinin menfaati öngörebilmesi şartı, kümülatif değil; kendi içinde seçimliktir. Başka bir deyişle; sözleşmede ihlâlde bulunan taraf menfaati öngörebilmiş ancak aynı hâl ve şartlar içindeki mâkul bir üçüncü kişi öngöremeyecekse yahut ihlâlde bulunan taraf menfaati öngörememiş ancak aynı hâl ve şartlar içindeki mâkul bir üçüncü kişi öngörebilecek idiyse ihlâl, esaslı sayılacaktır.

Taraflar aralarındaki sözleşmede bir hükmün veya yükümlülüğün yüksek önemi hâiz olduğu açıkça ifade etmiş veya bu durum en azından sözleşme müzâkerelerinde

---

[243] Esaslı ihlâl *(fundamental breach)* kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Atamer,** CISG, s.292 vd.; **Sarıkaya,** s.93 vd.
[244] Detaylı açıklamalar için bkz. **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.235-236; **Atamer,** CISG md.291 vd.
[245] Örnek olarak sayılan durumlar için bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.12.

ifade edilmişse artık ihlâlin esaslı sayılabilmesi için ayrıca bir karşı tarafın yahut aynı hâl ve şartlar içindeki mâkul bir üçüncü kişinin menfaati öngörebilmesi şartı aranmaz.[246] Çünkü taraflarca bilinen bir gerçeğin öngörülüp öngörülememesinden mantıken söz edilemez. "Öngörülebilme", "öngörme", "bilme", "bilmesi gerekme" ve benzeri kıstaslar hep sözleşmenin kurulduğu ân esas alınarak değerlendirilir.[247] Dolayısıyla kural olarak, sözleşmenin kurulma ânından daha sonra meydana gelen ve taraflar bakımından öngörülemeyecek hususlar sebebiyle esaslı ihlâlin oluştuğu ileri sürülemez.[248] Ancak ayrıksı durumlarda sözleşmenin kurulma ânından sonraki bir aşamada edinilen bilgiler de esaslı ihlâle yol açabilir.[249]

Sözleşmedeki herhangi bir yükümlülüğe aykırı davranılmasının esaslı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği her zaman bir hukukî yorum problemidir. Hâkim, sözleşmenin lafzını, tarafların akdi kurmadan önceki müzâkerelerini, tarafların sözleşmenin kurulmasından sonraki davranış ve tutumlarını değerlendirip ihlâle konu yükümlülüğün ifa menfaati zedelenen taraf açısından arz ettiği önemi ve koruduğu hukukî menfaati saptayacaktır.[250] İşaret ettiğimiz hukukî yorum işinde CISG md.7 hükmünde belirtilen yorum prensipleri, sistematik yorum metodu, somut olayın genel

---

[246] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.244; **Atamer,** CISG, s.303 vd.

[247] **Sarıkaya,** s.155 vd. Bu konuda doktrinde, CISG md.31/b (malın bulunduğu yerin sözleşmenin akdi ânında bilinmesi), CISG md.42/2-a (alıcının, üçüncü kişilerin hakları konusunda sözleşmenin akdi ânında bilgi sahibi olması), CISG md.73/3 (art arda teslimli sözleşmede dönme hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin akdi ânında malların sadece hep birlikte bir anlam ifade ettiğinin anlaşılabilir olması), CISG md.74 (ancak sözleşmenin akdi ânında öngörülebilir olan zararları giderim yükümlülüğü), CISG md.79/1 (sözleşmenin akdi ânında hesaba katılamayacak bir engelin varlığı hâlinde tazminat borcundan kurtulma) hükümleri örnek olarak gösterilmektedir, bunlar için bkz. **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.245.

[248] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.245; **Atamer,** CISG, s.305.
Alman hukukunda da öngörülebilirlik kriteri olarak sözleşmenin kurulma ânının esas alınması gerektiği yönünde kararlar mevcuttur, örneğin **Lando, Ole:** "Termination for Breach of Contract in the CISG, The Principles of European Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Chinese Law", The Future of European Contract Law, Essays in Honour of Ewoud Hondius, (ed.: Katharina Boele-Woelki & Willem Grosheide), Kluwer Law International 2007, ss.195-210, s.199, dn.19'daki OLG Düsseldorf 24 April 1997, CLOUT Case No: 275.
"Yeni çuval" örneği ve belirli vâdenin kesin vâde olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair alacaklının daha sonradan bulunduğu beyan örneklerinde olduğu gibi sözleşmenin kurulması ânından sonra meydana gelen durumların esaslı ihlâle yol açmayacağına ilişkin örnekler için de ayrıca bkz. **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.246; **Atamer,** CISG, s.306-307.

[249] **Sarıkaya,** s.163 vd.

[250] **Atamer,** CISG, s.300-301.

bir perspektifle irdelenmesi, bilhassa CISG md.46/2, md.48/1, md.49/1-a hükümlerinin beraberce göz önüne alınmasıyla isabetli bir sonuca varılabilir.[251]

Ayrıca esaslı ihlâlin konusunu teşkil eden yükümlülüğün taraflarca sözleşmede belirtilmiş yahut bizzat CISG'de öngörülmüş olması zorunludur.[252] Genellikle edim yükümlülükleri, işin doğası gereği zaten bu bağlamda değerlendirilir. Eğer ihlâlin konusunu teşkil eden yükümlülükler edim yükümlülükleri değil de koruma yükümlülükleriyse bunlar ancak taraflarca sözleşmede belirtilmiş yahut CISG md.8 ve md.9 hükümleri uyarınca sözleşme içeriğinde yer aldığı ifade edilebilirse esaslı ihlâlden söz edilebilir. Bu iki hipotezden biri dahi söz konusu değilse koruma yükümlülüklerinin ihlâli esaslı ihlâl olmaz ve milletlerarası özel hukuktaki "hâkimin hukuku" (*lex fori)* prensibinin atıf yapığı memleketin borçlar hukuku kabullerine göre nitelendirilir.[253]

Nihayetinde ifade edelim ki CISG sisteminde esaslı ihlâl olduğu için öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilecek örnekler şunlardır: Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün bir kısmını hiç ifa etmeme veya eksik ifa etmek[254]; henüz muacceliyet gerçekleşmemişken anlaşılan ilerideki ayıplı ifa veya kısmî ayıplı ifa nedeniyle[255] oluşan esaslı ihlâl; alıcının satıma konu mal üzerine tasarruf etmesini temin eden belgelerin teslim edilmemiş olması veya söz konusu belgelerin ileride teslim edilmeyeceğinin henüz muacceliyet gerçekleşmemişken anlaşılması[256]; borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyet gerçekleşmemişken beyan etmesi[257];

---

[251] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.237; **Atamer,** CISG, s.298.
[252] **Sarıkaya,** s.97 vd.
[253] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.238; **Atamer,** CISG, s.298-299.
[254] Art arda teslimli satım sözleşmelerinde teslim edilmeyen kısım sebebiyle kalan kısmın da ifa edilmeyeceği öngörülebiliyorsa ve bundan ötürü artık sözleşme, ifa menfaati zedelenen taraf (alıcı) açısından anlamını, önemini kaybetmişse, bkz. CISG md.73.
[255] Elbette bu durumda esaslı ihlâlin gündeme gelebilmesi için sözleşmede ayıp oranında bedelde indirim talep edilmesi ya da ücretsiz onarım talep edilmesi gibi bir seçimlik hakkın kullanımı vasıtasıyla sözleşmenin ayakta tutulması tercih edilmemiş olmalıdır.
[256] Elbette bu belgelerin esaslı ihlâle temel teşkil edecek kadar önemi hâiz olması, belgelerin verilmemesinin geçici bir sebebe dayanmaması ve herhangi bir başka yerden kolaylıkla temin edilmesinin mümkün olmaması gerekir ki esaslı ihlâl gündeme gelebilsin, bkz. **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.251; **Atamer,** CISG, s.311.
[257] **Atamer,** CISG, s.307-308.

taraf iradelerinden bağımsız olarak gelişen tabiî afet, harp, ithâlat veya ihrâcat kısıtlamaları[258]; sözleşmeye konu olan malların yahut bunların îmâlâtında faydalanılan makine ve teçhizatın üçüncü kişilere devredilmiş olması hâli.[259]

2. Türk Hukukunda

Türk borçlar hukukunda bir sözleşmeden doğan yükümlülükler; "aslî edim yükümlülüğü", "yan edim yükümlülüğü" ve "yan yükümler" olarak üç başlıkta tasnif edilir. Ayrıca bu yükümlülüklerin veya yükümlerin ihlâl edilmesi hâlinde de ikincil, tâlî *(secondary)* bir yükümlülük olarak tazminat gündeme gelir.[260] Aslî edim yükümlülüğü, bir sözleşmeyi karakterize eden ve onu diğer sözleşmelerden ayıran, sözleşmenin amacını oluşturan,[261] belki de en önemli edim yükümlülüğü türü olduğu için TBK, aslî edim yükümlülüğünde temerrüdün söz konusu olması durumunda alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır.[262] Bu nedenle kanaatimizce, aslî edim yükümlülüğünün ihlâli hemen her zaman esaslı bir ihlâl olup öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilir. Oysa yan edim yükümlülüğünün bir şekilde ihlâl edilmesi durumunda sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yan edim yükümlülüğünün de sözleşmedeki edimler arasındaki karşılıklı mübâdele ilişkisi yani *"synallagma"* ilişkisi içerisine dâhil olması ve yan edim yükümlülüğü olmaksızın aslî edim yükümlülüğünün de artık alacaklı açısından anlamını kaybetmesinin zorunlu olduğu doktrinde ifade edilmektedir.[263] Yan edim yükümlülüklerinin *"synallagma"*

---

[258] **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.279.
[259] **Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich:** International Sales Law, Oceana Publications, N.Y. 1992, s.2.
[260] Daha detaylı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.41 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.29 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.26 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.99 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.5 vd; **Nomer,** N.8.2 ve N.8.5; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.44 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.247 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.143; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.17 vd.; **Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.I (m.1-48), 2.B, Ankara 2023, s.44 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.58 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.54; **Yıldırım,** s.23 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.29 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.10 vd.
[261] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.17.
[262] **Buz, Vedat:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1998 Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2014, s.114.
[263] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.114. Ayrıca aynı fikirde olarak bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.33-34. Benzer görüşü borçlu temerrüdü bağlamında değerlendiren bkz. ve karş. **Müller,** N.50-51.

ilişkisi içerisine dâhil olup olmadığının tespitinde ise taraf iradelerine veya böyle bir irade yoksa somut olayın hâl ve şartlarına bakılması esastır.[264] Böyle bir yan edim yükümlülüğünün ihlâli, artık tümden sözleşmeden dönme hakkı sağlar. Ancak yan edim yükümlülüğü, *"synallagma"* dâhilinde olmayıp bu denli bir önemi hâiz değilse artık tümüyle sözleşmeden değil, sadece ihlâle konu yan edim yükümlülüğü bakımından sözleşmeden dönülebilir.[265]

Nihayetinde eğer bir yan edim yükümlülüğü, aslî edim kadar bir önemi hâiz olup da ihlâl edilirse sözleşmeden tümüyle dönme hakkı sağlar, ancak böyle bir önemi hâiz değilse de ihlâle konu olan basit bir yan edim yükümlülüğü bile sözleşmeden kısmen (sadece yan edim açısından) dönme hakkı sağlar. Bu bilgiden hareketle kanaatimizce yan edim yükümlülüklerinin ihlâli, tümden ya da kısmen her durumda sözleşmeden dönme hakkının gündeme gelmesi nedeniyle sözleşme ilişkisinin ortadan kalkmasına yol açabiliyorsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa da sebep olabilir. Başka bir deyişle bir yan edim yükümlülüğünün, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte, borçlu tarafından ifa zamanında yerine getirilmeyeceğinin beyan edilmesi yahut somut olayın şartlarından böyle bir çıkarımın yapılabilmesi durumunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu bir yan edim yükümlülüğü mevcuttur.[266] Doktrinde *Cumalıoğlu,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair bir düzenlemenin kararlaştırılması durumunda örneğin, satım konusunun ayıplı olarak teslim edileceğinin ve bu hâlde ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek kadar önemli olması durumunda alacaklının öncelenmiş bir sözleşmeden dönme hakkını ve diğer hakları kullanabileceğini ifade eder. Yine yazara göre satın alınan bir makinenin bakımının taahhüt edilen vakitte gerçekleştirilmeyeceğinin önceden anlaşılması durumunda da böyle bir yan edim yükümlülüğünün ihlâlinde öncelenmiş bir sözleşmeden dönme hakkı kullanılıp alacaklı,

[264] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.114.
[265] Bu görüşte olan yazarlar; Schulze, Schenker, Kriechbaum olarak belirtilir, bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.115, dn.211.
[266] Aynı fikirde **Cumalıoğlu,** s.33.

ifa zamanında makinenin bakımını bir başkasına yaptırabilmelidir. Keza yazar; bu tespitine dayanak olarak Türk hukukunda yan edim yükümlülüğünün ihlâl edileceğinin önceden anlaşılması hâlinde alacaklıya öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkının zaten verildiğini ifade edip buna örnek olarak TBK md.473/2 (Art.366 Abs.2 OR) hükmüne istinaden yüklenicinin işi ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde meydana getireceğinin belli olması durumunda işsahibinin teslim için kararlaştırılan zamanı beklemeksizin sözleşmeden dönebilmesini göstermektedir.[267]

Aslî edim ve yan edim yükümlülüklerinin dışında ayrıca yan yükümlerin de *(nebenpflichten)* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olup olamayacağı irdelenmelidir. Bilindiği üzere yan yükümler; kaynağını TMK md.2 (Art.2 ZGB) hükmündeki dürüstlük kuralından alan ve ifaya yardımcı olmak yahut karşı tarafın şahıs veya malvarlığı değerlerini korumak amacını güden, ihlâli hâlinde aynen ifası dava edilemeyen ancak bir tazminat davasına konu edilebilen yükümlerdir.[268] Yan yükümlerin ihlâl edilmesi durumunda aynen ifası talep edilemediğinden bu yükümlerde temerrüde düşmek de sözleşmeden dönmek de mümkün değildir.[269] Bunun tek ayrıksı hâli, yani yan yüküm ihlâlinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi, yan yükümün *"synallagma"* ilişkisi içerisinde yer alması yahut taraf iradelerinin yan yükümün ihlâlinde de dönmeye izin vermesidir.[270]

Ancak doktrinde aksi bir görüşe göre, yan yüküm ihlâlinde de borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümler (sözleşme sorumluluğu hükümleri)

---

[267] Bkz. **Cumalıoğlu,** s.33.

[268] **Eren,** Borçlar Genel, s.36 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.44; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.47 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.31 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.55 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.62 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.292. Daha detaylı bilgi için bkz. **Erbek Odabaşı, Özge:** "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması", İzmir BD 2020, Yıl: 85, S.3, ss.61-155.

[269] **Kocayusufpaşaoğlu,Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan,Rona/Arpacı, Abdulkadir:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 5.B, İstanbul 2010, s.11-12; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.115.

[270] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.115.

uygulanabilmelidir.[271] Doktrinde *Serozan,* yan yükümün (davranış yükümünün) ihlâli durumunda sözleşmeden dönmenin yasak olmasının *"şematik, basmakalıp"* bir fikir olduğunu, bu kabulün *"sözleşme ilişkisinin aynı zamanda bir güven ilişkisi oluşturduğu yolundaki somut gerçekliği yansıtma(dığını), somut sözleşme adaletini gerçekleştirme isteğine de yanıt verme(diğini)"* ifade etmektedir. *Serozan*'a göre TBK md.295 (Art.249 OR), TBK md.316 (Art.257f OR), TBK md.331 (Art.266g OR), TBK md.369 (Art.297 OR), TBK md.435 (Art.337 OR), TBK md.437 (Art.337b), TBK md.639/1 7. bent (Art.545 Abs.1 Ziff.7 OR) hükümleri davranış yükümünün ihlâli hâlinde sürekli edim içeren sözleşmelerin sona erdirilebilmesine izin vermektedir.[272] Yine doktrindeki aksi görüşe katılan *Cumalıoğlu,* yan yüküme aykırılık durumunda alacaklıya *"sözleşme ilişkisini çözme hakkı"* verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre bunun tipik örneği de borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borcunu yerine getirmeyeceğini beyan etmesidir. Zira sırf böyle bir beyanıyla dahi borçlu yan yüküme aykırı davranmakta ve akdin müspet ihlâline yol açmaktadır. Yan yüküme aykırı davranılması, alacaklı açısından sözleşmeyle bağlı kalması kendisinden beklenemez bir hâl teşkil ediyorsa öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkı verilmelidir.[273] Nitekim TBK md.98 (Art.83 OR) ve TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) hükümlerine istinaden sözleşmeden dönülebilmesinin sebebi, alacaklının ifa zamanı geldiğinde artık sözleşmeyle umduğu maksada kavuşamayacağını öngörebilmesidir. Eser sözleşmesine dair TBK md.473 hükmündeki dönme hakkı, hukukî tavsifi itibariyle dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümden ibaret olan "yüklenicinin özen yükümünü" ihlâl

[271] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.1308.
[272] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.311. Yazar, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu maddelerini örnek göstermiş, bunlar tarafımızca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine çevrilmiştir.
[273] **Cumalıoğlu,** s.34; Benzer görüşü borçlu temerrüdü bağlamında değerlendiren bkz. ve karş. **Müller,** N.50-52.

etmesidir. Ancak özen yükümü öylesine önemli bir yan yükümdür ki bunun ihlâli aslî edim yükümlülüğünün de yerine getirilemeyeceğini önceden ortaya koyar.[274]

Anılan bilgi ve tespitler ışığında kanaatimizce; öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, Türk hukukunda var olan bir gerçekliktir ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olan edimin aslî edim veya yan edim yükümlülüğü yahut bir yan yüküm olması önem arz etmez. Daha önce değindiğimiz üzere[275] bu konuda esas olan, edimin niteliği değil; edimin ihlâli hâlinde ifa menfaati zedelenen taraf için sözleşme ilişkisini çekilmez duruma getirip getirmediğidir. Elbette kesin bir kural olmamakla birlikte, aslî edim yükümlülüğü ihlâlinin önemine binaen esaslı bir ihlâl sayılacağı ve (diğer koşulları da oluşmuşsa) öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açacağı yadsınamaz. Bununla birlikte madem ki yan edim yükümlülükleri ister kanundan ister sözleşmeden isterse de dürüstlük kuralından doğsun, aslî edim yükümlülüğünün tam ve gereği gibi ifa edilmesine hizmet eder, öyleyse bunların ihlâli de gelecekte aslî edim yükümlülüğünün ihlâl edilmesine sebep olacağından yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açacağı yadsınmamalıdır.

Nihayetinde yan yükümlerin kendi içerisinde "ifaya yardımcı yan yükümler" ve "koruma yükümleri" olarak tasnif edildiği[276] gerçeğinden hareketle iki tespitte daha bulunmak gerekir: Kanaatimizce ilk olarak; ifaya yardımcı bir yan yükümün ihlâli, amaçsal (gaî) bir yorumla, yan edim yükümlülüğünün ihlâlinden farklı değildir. Zira her ikisi de günün sonunda aslî edim yükümlülüğünün gelecekte tam ve gereği gibi ifa edilmesine hizmet eder. Yan edim yükümlülüğü ihlâl edildiğinde hem cebren icrasının dava edilebilmesi hem de tazminata konu olabilmesi fakat yan yüküm ihlâl edildiğinde bunun sadece bir tazminata konu olabilmesi, tespit ettiğimiz gerçeği değiştirmez. Bu

[274] **Cumalıoğlu,** s.34-35.
[275] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 1. Mukayeseli Hukukta ve Özellikle CISG Sisteminde.
[276] **Eren,** Borçlar Genel, s.37 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.44; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.47 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.31 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.56 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.63 vd.

konudan bağımsız ayrı bir problemdir. Her iki müessese de aslî edimin doğru ifası için vardır. Hâl böyleyken yan yükümün ihlâli, tıpkı yan edim yükümlülüğünün ihlâli gibi, eğer sözleşme ilişkisini alacaklı için çekilmez hâle getirmekteyse bir esaslı ihlâldir ve (diğer koşulları da oluşmuşsa) öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilir. Örneğin bir sanayi tipi kuru temizleme makinesi satımında kuru temizleme makinesinin kendisi aslî edim yükümlülüğü, fakat bunun satıcı tarafından düzgünce nakledilmesi ve yerinde montajı yan edim yükümlülüğüdür. Satıcının montajı tamamladıktan sonra kuru temizleme makinesinin nasıl kullanılacağı ile ilgi bilgi vermesi, açıklamalarda bulunması ise "aydınlatma yükümü" olup hukukî niteliği itibariyle ifaya yardımcı yan yükümdür. Bu örnekte kuru temizleme makinesinin doğru bir biçimde montajlanmayıp çalışmaması (yan edim yükümlülüğünün ihlâli) ile doğru bir biçimde kullanım bilgilendirmesi yapılmadığı için makinenin çalışmaması (ifaya yardımcı yan yüküm) arasında esaslı ihlâl sayılıp sayılmamak açısından herhangi bir fark gözetilemez. Dolayısıyla her iki ihtimalde de (diğer koşulları da oluşmuşsa) öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gündeme gelebilir. Örnekteki satıcı, kuru temizleme makinesini karşı tarafa sattığını fakat montajını düzgünce yapmayacağını ifa zamanından önce beyan etse bu durum alıcı (alacaklı) için sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getirmez mi? Yahut satıcı, çamaşır makinesinin montajını düzgünce yapacağını ama bunun nasıl kullanılacağı ile ilgili hiçbir bilgi vermeyeceğini *(unwillingness)* yahut kendisi de bilmediği için bilgilendirme yapamayacağını *(inability)* beyan etse yine bu durum alıcı için sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getirmez mi? İşte bu örneklerde alıcının borca aykırılıktan doğacak haklarını kullanabilmek için teslim gününü (muacceliyeti) beklemesi etkili bir hukukî himâyeden uzaktır. Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık uygulaması, ifa zamanından sonra doğacak haklar ile muacceliyet öncesi aşama arasında bir köprü vazifesi görerek alacaklının erkenden himâyesine hizmet edecektir.

Kanaatimizce ikinci olarak; koruma yükümleri *(schutzpflichten),* sözleşmenin ifası sırasında borçlunun alacaklının veya onun etki alanındaki kimselerin şahıs yahut malvarlığı değerlerini ihlâl etmemekten ibaret olan ve edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi *(Schuldverhältnisse ohne Leistungspflicht)* yaratan yükümler[277] ise, bunların ihlâl edilmesi de alacaklı için sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getirebilir. İşte bu nedenle edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisine aykırı davranış bir esaslı ihlâle ve (diğer koşulları da oluşmuşsa) öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilir. Yukarıdaki örnekteki satıcı, kuru temizleme makinesinin montajını yaparken düşük voltajlı bir uzatma kablosu kullanıp alıcının dükkanının yanmasına sebep olsa yahut kendisinin bildiği bulaşıcı bir hastalığı, alıcıya veya işçilerine bulaşıp bunların şahısvarlığı zararına uğramasına yol açsa kuşkusuz bu, koruma yükümünün ihlâli olup satım sözleşmesi hükümlerine göre bir sorumluluğa yol açar. İşte henüz muacceliyet gerçekleşmemişken (yani kuru temizleme makinesi satılmış ancak henüz teslim edilmemişken) alıcı, satıcının beyanlarından ya da durumun koşullarından satıcının montajda kullanacağı ekipmanların kalitesiz olup risk yaratabileceğini veya bulaşıcı bir hastalık taşıdığı için montaja geldiği sırada kendisine ve işçilerine bunu bulaştırabileceğini önceden anlarsa koruma yükümünün gelecekte (ifa zamanında) ihlâl edileceğini de açıkça anlamış olur. Bu hâlde alıcının koruma yükümünün ihlâlinden doğan haklarını kullanabilmek için ifa zamanını beklemek zorunda olması, bile bile zarara katlanmaktan başka bir şey sayılamaz. Bu hâlde koruma yükümünün ihlâl edileceği belli ise (diğer koşulları da oluşmuşsa) alıcının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan faydalanması gerekir. Kaldı ki bu hâlde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kabul edilmezse, satıcının düşük kaliteli ekipman ile montaj yapıp risk

[277] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, s.12 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.42 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.44-45; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.50 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.59 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.64 vd; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.31 vd. Ayrıca belirtelim ki doktrinde Serozan, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kavramını ifade etmek üzere "davranış yükümü" *(Verhältenspflichten)* kavramını kullanmaktadır, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.310.

yaratacağını veya kendisine ve işçilerine hastalık bulaştıracağını bilen alıcı, buna rağmen ifa zamanında teslimatı ve montajı kabul etmek zorunda kalacaktır, zira edimini sunmaya gelen satıcı (borçlu), eğer alıcı tarafından reddedilirse bu sefer alacaklının temerrüdüne düşen alıcı olacaktır.[278]

III. ÖNCELENME KAVRAMI

Anglo-Sakson hukuk literatüründe bir görüş; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanabilmek için dürüst ve mâkul bir kimsenin *(reasonable person)* bir borca aykırılığın ileride gerçekleşeceğini mâkul derecede önceden fark edebilmesinin, öngörebilmesinin yeterli olması gerektiği yönündedir.[279] Elbette ileride gerçekleşeceği öngörülen borca aykırılık (ihlâl) esaslı olmalı, yani alacaklıdan sözleşmeye devam etmesi beklenemeyecek ölçüde önemli bir ihlâl, başka deyişle alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesini haklı kılacak derecede ciddî bir ihlâl söz konusu olmalıdır.[280] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edebilmek için birkaç kesin durum hâricindeki (ifa güçsüzlüğü, borçlunun edimini yerine getirmeyeceği beyanı ve borcu tümüyle inkâr etmesi hâricindeki) tüm durumlarda ihlâlin basit bir spekülasyonun ötesinde tümüyle öngörülebilir olması gerekir.[281] Nitekim bu durumun pozitif hukuka yansıması da bârizdir. Zira daha önce değinildiği üzere[282] III.-3:504 DCFR hükmüne göre borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmesi ya da hâl ve koşullardan bunun açıkça anlaşılabilmesi hâlinde esaslı bir ihlâl söz konusuysa alacaklı borç henüz muaccel olmamışken dahi sözleşmeyi sona erdirebilir. Hükümde söz edilen sözleşmenin

---

[278] Zira TBK md.106/1 hükmüne göre *"yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur."*

[279] **Chitty,** General Principles, N.24-022.

[280] **Liu,** Anticipatory Breach, s.73 vd., s.92. Keza Anglo-Sakson hukuk literatüründen E. Peel'e göre de ifa zamanında edimin yerine getirilemeyeceği mâkul biçimde öngörülebiliyorsa buna sebep olan borçlunun beyanıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gerçekleşir. Bkz. **Peel,** s.850, dn.383'te yer alan *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati",* 1957, 2 Q.B. 401 kararı.

[281] **Peel,** s.850 vd.

[282] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV, C. Genel Çerçeve Referans Taslağı *(DCFR: Draft Common Frame of Reference).*

sona erdirilmesi hakkının kullanılmasının şartı olarak III.-3:505 DCFR hükmü borçlunun esaslı ihlâle yol açacağı konusunda "alacaklının mâkul bir inancının bulunmasını" ve talep edeceği uygun bir teminatın mâkul sürede gösterilmemiş olmasını aramaktadır. Yine daha önce değinildiği üzere[283] Art.7.3.3 PICC hükmüne göre *"vadeden önce taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı olarak ifa etmeyeceği apaçıksa, diğer taraf sözleşmeyi sona erdirebilir."* Anılan hükmün açıklamasında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "açık bir biçimde anlaşılır olması" gerektiği, her ne kadar güçlü olsa da sadece bir ihlâl şüphesinin maddenin uygulanma şartı bakımından yeterli sayılamayacağı ifade edilmiştir.[284] TBK md.124 hükmünün yani mütemerrit borçluya ek süre tâyin edilmesine gerek olmayan hâlleri düzenleyen hükmün de Art.7.3.3 PICC hükmüyle benzer bir mantığa sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Alman hukukundan bir örnek olarak ise sözleşmenin müspet ihlâli sebebiyle dönme hakkının kullanılabileceği durumlar arasında yer alan § 323 Abs.4 BGB hükmüne göre borç henüz muaccel olmamışken, sözleşmeden dönme hakkının şartlarının oluşacağı aşikârsa (açıkça öngörülebilmekteyse, *offensichtlich*) alacaklı muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeden dönebilir.[285] § 323 Abs.4 BGB hükmü bağlamında ifade edilmelidir ki alacaklının buna göre sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesi için sadece bir şüphe yeterli olmayıp objektif olguların varlığı ve edimin büyük ihtimalle yerine getirilmeyeceğinin öngörülebilmesi zorunludur. Bununla birlikte borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ifayı "kesinlikle" reddetmesi hâlinde zaten "aşikârlık" sağlandığı ve bir şüphe söz konusu olmadığı için öncelenmiş (erken) dönme hakkı evleviyetle *(a fortiori)* kullanılabilir.[286]

[283] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV, D. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016)*.
[284] **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.258.
[285] **Müller,** N.23; **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.244.
[286] **Müller,** N.23-26; **Cumalıoğlu,** s.36.

Öncelenme kavramı veya koşulu bakımından CISG ise muhtelif tercihlerde bulunmuştur. Öyle ki "öne alınmış sözleşmeye aykırılığı" hüküm altına alan CISG md.71, md.72 ve md.73 hükümlerinin her birinde farklı ifadelere rastlanır. Öncelenme kavramı; CISG md.71 hükmünde "ifa etmeyeceğinin anlaşılması" *(it becomes apparent / wenn sich nach Vertragsabschluß herausstellt)* CISG md.72 hükmünde "aşikâr" *(clear / offensichtlich)* ve CISG md.73/2 hükmünde *"…dair bir ciddi gerekçe" (good grounds to conclude / triftigen Grund zu der Annahme)* olarak ifade edilmiştir. İfanın tehlikeye sokulması karşısında sözleşmeden dönmek gibi ağır bir sonuç ihtivâ eden CISG md.72 hükmünün, CISG md.71 ve md.73/2 hükümlerine nazaran en yüksek ihlâl olasılığını, yani daha kesinlik arz eden bir ihlâl durumunu şart koştuğunu belirtmek gerekir. Başka bir deyişle "aşikâr" olmak, "ifa etmeyeceğinin anlaşılması" veya "ciddî gerekçe" kavramlarından çok daha kuvvetli bir ihtimale işaret eder. Zira ihtimal gerçekleştiğinde sonuç, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilir hâle gelmesidir.[287] Yine de doktrinde, borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ileride edimini ifa etmeyeceğini bildirmesi dahi geleceğe ilişkin belirsiz bir durum olup ifa zamanı gelene kadar hâlen değişebileceği için gelecekle ilgili kesin çıkarımlar yapılamayacağı, dolayısıyla CISG md.71, md.72 ve md.73 hükümlerinde kullanılan farklı terimlere rağmen bunlar arasında bir olasılık derecelendirilmesi yapmanın doğru olmadığı ifade edilmektedir.[288] İleride farklı kanaatte olduğumuzu ve anılan görüşe katılmadığımızı gerekçeleriyle açıklayacağız.[289]

[287] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.14-16; **Atamer,** CISG, s.410; **Enderlein/Maskow,** s.291; **Honnold, John:** Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, Kluwer, Bedfordshire 2009, s.396; **Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, (ed.: Ingeborg Schwenzer & Pınar Çağlayan Aksoy), 1.B, İstanbul 2015, s.1150, 1151.
[288] **Cumalıoğlu,** s.36.
[289] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, III, B, 4. Alacaklı Tarafından Tehlikenin Öngörülmesi. Ayrıca yine bkz. ve karş. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV, D. Sözleşmenin Gelecekteki Esaslı İhlâlinin Öngörülmesi.

Bu hususta hâkim görüşe göre ise; önemli olan husus, CISG md.8/2 hükmündeki mâkul ve dürüst bir kimsenin[290], yaşam deneyimlerine göre sözleşme ihlâlinin yüksek olasılıkla gerçekleşeceğini öngörebiliyor olmasıdır.[291] Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın uygulanabilmesi bakımından "öngörülecek ihlâlin" gerçekleşme olasılığının düşük derecede bile yeterli sayılması durumunda CISG md.34 ve md.37 hükümlerinde[292] satıcıya sağlanmış olan, vâdeden önce sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı da bir anlam ifade etmez hâle gelir.[293] Ayrıca belirtelim ki ihlâl olasılığının yeterince yüksek olup olmadığı değerlendirmesinde objektif kıstaslar elde edebilmek için CISG md.71/1 (a) ve (b) bentlerinde[294] gösterilen hipotezlerden faydalanmak mümkündür.[295]

Türk hukuku açısından baktığımızda ise irade beyanlarının yorumunda hâlen geçerli güven kuramı *(Vertrauenstheorie)* burada da uygulanmaya müsaittir. Güven kuramına göre kıstas kabul edilebilecek kişi, dürüst ve mâkul üçüncü kişidir.[296]

---

[290] **Atamer,** CISG, s.410; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.72, N.15. Keza CISG md.8 hükmüne göre *"Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın. Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır. Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır."*

[291] **Schlechtriem/Butler,** N.270; **Eiselen, Sieg:** "Anticipatory Breach: 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", 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, ss.207-211, s.209.

[292] CISG md.34 hükmüne göre *"satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir, yeter ki bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır."*

CISG md.37 hükmüne göre *"malların teslim tarihinden önce teslim edilmesi halinde satıcı, teslim tarihine kadar, eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim edebilir veya sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim edebilir veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilir; yeter ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır."*

[293] **Atamer,** CISG, s.410; **Cumalıoğlu,** s.37.

[294] CISG md.71/1 hükmünün (a) bendinde *"ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik…"* ölçütü; CISG md.71/1 hükmünün (b) bendinde ise *"sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışlar(ı)…"* ölçütü getirilmiştir.

[295] **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.278-279.

[296] Güven kuramı hakkında bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.88 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,**

Öngörülebilme, edimin istenebileceği âna göre değerlendirilir. Edimi yerine getirmeye yönelik ifa hazırlık hareketleri en geç bu âna kadar bitirilip tamamlanmış olmalıdır.[297] Elbette ifa hazırlıklarının tamamlanması amacıyla bir süre belirlenmişse somut olayın özellikleri incelenmelidir. Zira ifa hazırlıklarına sözleşmede kararlaştırılan zamanda başlanmaması veya zamanında başlanmış olsa dahi gerektiği gibi devam ettirilmemesi, ifanın zamanında yapılamayacağı hususunda bir öngörü yaratabilir. Yine gönderilecek borçlarda esas alınması gereken anın, borçlunun edimi göndermesi ânı mı yoksa alacaklının edime kavuşması ânı mı olduğu, somut olay göz önünde bulundurularak saptanmalıdır.[298]

Bilindiği üzere TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmüne göre; karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, kural olarak, borçluya ifayı gerçekleştirmesine yetecek kadar bir ek süre (mehil)[299] tâyin etmesi gerekir. İşte söz konusu ek sürenin, "öngörülebilirlik" değerlendirmesinde dikkate alınıp alınmayacağı ayrı bir sorundur. Başka bir deyişle, verilecek ek sürenin, ifanın talep edilebilirliği ânının (muacceliyetin) üzerine eklenmesi ve bu suretle ortaya çıkacak yeni tarihe göre öngörülebilirliğin değerlendirilmesi, önemli bir sorundur. Aslında kuramsal açıdan değeri olan ve doktrinde henüz yanıtlanmamış bu sorunun, pratikte aynı derecede bir önemi hâiz olmadığı bellidir. Zira ilk olarak; konumuz bağlamında (CISG ekseninde) gerçekleşen satışların hemen hepsi kesin vâdeli ticarî satım sözleşmesinden ibarettir. Satım sözleşmesinde satıcının temerrüdünü düzenleyen TBK md.212/2 (Art.190 Abs.1 OR)

---

s.206-207; **von Tuhr,** s.267 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.73 vd.;**Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.278 vd.; **Reisoğlu,** s.102 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.72 ve özellikle "Güven Teorisinin Üstünlüğü" başlıklı s.73; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 13; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.120 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.82 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.223 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.337-338; **Eren,** Borçlar Genel, s.155 vd.; **Nomer,** N.25.6; **Akıntürk/Ateş,** s.46; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.110-111; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.364 vd.; **İnan, Ali Naim/Yücel, Özge:** İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.B, Ankara 2014, s.169; **Ozanemre Yayla,** s.173.

[297] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.59-61; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.79-83.

[298] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.59-61; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.79-83.

[299] Ek süre (mehil) tâyini hakkında detaylı bilgi için bkz. **Görmez, Gizem:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdünde Ek Süre Tayini, 1.B, Ankara 2024.

hükmüne göre; *"zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir."* Dolayısıyla kesin vâdeli ticarî satım sözleşmesi için -CISG kapsamındaki hemen her sözleşme için- borçlu temerrüdünde ek süre verilmesine gerek yoktur, keza bu nedenle yukarıda işaret ettiğimiz sorunun da bir önemi yoktur. İkinci olarak; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik görünümlerinden olan borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini, henüz muacceliyet gerçekleşmeden önceki bir aşamada beyan etmesi yahut tutum veya davranışlarından bunun anlaşılması hâli de TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmüne göre ek süre verilmesini gerektirmeyen bir hâl olduğundan ötürü yine yukarıda işaret ettiğimiz sorunun bir önemi yoktur. Üçüncü olarak; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın diğer bir görünümü olan borçlunun içinde bulunduğu koşullardan hareketle, alacaklının edimin zamanında yerine getirilmeyeceğini, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken öngörebilmesi hâlinde de zaten borçlu sübjektif imkânsızlık hâli içerisinde olduğundan yine bir ek sürenin verilmesi anlamsız olacak ve işaret ettiğimiz sorunun pratik önemi kalmayacaktır.[300]

IV. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA KUSURUN YERİ

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, ya borçlunun ifa etmeme yönündeki iradî hareketleri *(unwillingness)* ya da iradesi hâricinde gelişen ve ifa kabiliyetini etkileyen *(inability)* durumlar sonucunda meydana gelir. İşte bu iki farklı hipotez nedeniyle kusurun müessesenin esaslı bir unsuru olup olmadığı hususunda kesin ve değişmez bir ölçüt konulamaz. Örneğin mâlikin (satma borçlusunun) taşınmazını bir kimseye ileride devretmeyi taahhüt ettiği bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdettikten sonra, ertesi gün taşınmazını bir başka kimseye satıp tapuda devretmesi durumunda ilk müstakbel alıcı için artık ifa zamanı geldiğinde taşınmaz satımının yapılamayacağı öngörülebilir ve

[300] Benzer yönde bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.38.

borçlunun kusurlu iradî davranışlarından kaynaklanan bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebep olmuştur. Oysa mâlikin (satma borçlusunun), taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdettikten bir müddet sonra başkalarından olan alacaklarını çabalamasına rağmen tahsil edememesinden dolayı iflâsına karar verilip de tüm malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırıldığında, artık satımını vaat ettiği taşınmazı satamayacağı, alıcı tarafından muacceliyet öncesinde anlaşılır ve bu durum borçlunun hiçbir kusurunun olmadığı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa vücut verir.

Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki CISG sisteminde, satıcının sözleşmeyi ihlâl eden hareketleri ve bu arada öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde, sorumluluk için herhangi bir kusur aranmaz. Oysa CISG'in de esinlendiği Anglo-Sakson hukuk sisteminde görüşler farklılık arz eder: Bir görüşe göre sözleşme ihlâli, ancak borçlunun kastı veya ihmali nedeniyle meydana gelebilir. Borçlu sessiz kalmak suretiyle yahut hiçbir eylemde bulunmayıp da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa vücut vermiş olamaz. Borçlunun vâdesinde edimi ifa edemeyecek hâle gelmesi, kasıtlı olmasa bile hiç değilse kendi kusurlu fiilinden kaynaklanmalıdır.[301] Diğer bir görüş ise bunun tamamen aksine olup öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kusurdan bağımsız değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.[302]

Katıldığımız ve Türk hukuk sistemine uygun olan görüş de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için kusurun aranmamasıdır. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. Sayılan sorumluluk sebeplerinin hiçbirinde kusur, bir "oluşum koşulu" olmadığına göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kusur aramanın bir açıklaması olamaz. Kaldı ki kanaatimizce isabetli olan gelecekteki ihlâl kuramına *(non-actual breach theory)* göre

[301] **Rowley,** s.568; **Peel,** s.845; **Liu,** Anticipatory Breach, s.221.
[302] **Smith, John:** "Anticipatory Breach of Contract", Contemporary Issues in Commercial Law: Frestschrift in Honour of Tony Guest (Lomnika), London 1997, ss.174-193, s.176.

öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; gelecekteki ihlâl ile muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki aşamada başvurulabilecek talepler arasında âdeta bir "köprü kurmakta" ve gelecekteki ihlâle dair müeyyideleri şimdiden talep edilebilir hâle getirmektedir. Öyleyse temerrüt, ayıplı ifa, kötü ifa ve benzeri için kusur aranmamaktayken, bunların alacaklıya tanıdığı çeşitli imkânların, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken kullanımını sağlayan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için kusurun aranması çelişkili olurdu. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinde kusur, sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle ifa menfaati zedelenen tarafın (alacaklının) zararının tazmininde önemli bir unsur olabilir. Türk hukuku bakımından yine bu yönde görüş bildiren *Cumaloğlu* da borçlunun temerrüdünde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında, satım sözleşmesine konu olan malın ayıplı çıkmasından ötürü alıcının başvuracağı seçimlik haklarda borçlunun kusuru aranmadığı gibi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması için de kusurun bir şart olmadığını ifade eder. Ayrıca yazar, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden alacaklının kendi ediminin ifasını askıya alma hakkını kullanması, karşı taraftan bir teminat istemesi veya öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilmesi için de borçlunun kusurunun aranmayacağını belirtir.[303]

Nitekim İsviçre hukukundaki yaklaşımlar da öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kusurun gerekli olmadığı yönündedir: Ne borçlu temerrüdünün oluşması ne de TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmünde düzenlenen sözleşmeden dönme hakkına başvurma olanağı borçlunun kusurunu gerektirir. İşte aynı durum, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ve bunun sonuçlarından olan öncelenmiş (erken) dönme hakkı için de geçerlidir. Sözleşmeden dönmeye ilişkin tüm normların temelinde yer alan koruma düşüncesi, borçlunun sözleşmeye uygun surette ifada bulunmaması hâlinde alacaklıya sözleşmeden tek taraflı olarak ayrılma olanağı verebilmektir; bu olanak borçlunun

[303] **Cumalıoğlu,** s.38-39.

davranışının kusurlu olup olmamasına tâbi kılınamaz. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle alacaklının sözleşmenin kurulmasıyla beraber edindiği, borçlunun ifa yeteneği ve ifa iradesine duyduğu güven ortadan kalkar. Bu nedenle borçlunun kusurlu olup olmadığı irdelenmeksizin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşebileceği kabul edilmeli, alacaklıya sözleşmeden ve dolayısıyla kendi edim taahhüdünden tek taraflı olarak kurtulma hakkı tanınmalıdır.[304]

V. TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN "BOŞLUK" SORUNU

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, tabiatı gereği "borç" ve "borca aykırı davranış" olarak iki temel kavramın üzerinde şekillendirilmiştir. Bilindiği üzere borç, borçluyu alacaklı karşısında verme *(dare)*, yapma *(facere)* ya da yapmama *(non facere)* biçiminde görülen bir edimde bulunma yükümlülüğü altına sokan hukukî bir gerçeklikten ibarettir.[305] Böylece işaret ettiğimiz birden çok sayıdaki türlü türlü borcun kaynağını oluşturan, yani borçları doğuran ilişki ise "borç ilişkisi" olarak ifade edilmektedir.[306] Örnek olarak satım sözleşmesi bir borç ilişkisi iken satılanın gönderimi

---

[304] **Müller,** N.354.

[305] **von Tuhr,** s.10; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.3; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.10; **Eren,** Borçlar Genel, N.60; **Akıntürk/Ateş,** s.7; **Ayan,** Borçlar Genel, s.47; **Hatemi/Gökyayla,** s.11; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.5 vd.; **Nomer,** s.15; **Reisoğlu,** s.33; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.5 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.27; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.28; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.20; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.39-40; **Ozanemre Yayla,** s.9; **Yıldırım,** s.11; **İnan/Yücel,** s.66; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.31 vd.; **Aral, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s.29; **Aybay, Aydın:** Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 15.B, İstanbul 2020, s.8; **Söğütlü, Özlem:** Roma Özel Hukuku, 1.B, Ankara 2020, s.331; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.50; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.32. Esasen borç ilişkisinin iki yüzünün bulunduğunu ifade etmek yanlış olmaz, zira borç ilişkisi alacaklı açısından bakılırsa bir alacağa; borçlu açısından bakılırsa bir borca ve yükümlülüğe işaret eder, bkz. **İnal,** s.63 vd.; **von Tuhr,** s.9. Burada yaptığımız borç tanımıyla, kuşkusuz dar anlamda borç ilişkisi kastedilir, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.10; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.4; **Eren,** Borçlar Genel, N.60; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 1 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 1 N.9.

[306] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.12 ve özellikle N.15; **Eren,** Borçlar Genel, N.61; **von Tuhr,** s.10-11; **Seliçi, Özer:** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.2-3. Elbette bununla birlikte bir borç ilişkisi her durumda birden çok borç barındırmayabilir ve hatta bazen ayrıksı olarak tek bir borçtan dahi ibaret olabilir, bkz. **von Tuhr,** s.10-11, **Oğuzman/Öz,** C.I, N.15. Doktrinde Seliçi, *"her ne şekilde ifade edilmek istenirse istenilsin bütün deyimlerdeki ortak yön borç ilişkisinin, alacaklı ve borçlu arasındaki bütün hukuki ilişkilerin tümünü kapsadığıdır."* ifadelerini kullanmıştır, bkz. **Seliçi,** Sürekli Borç, s.4. Kısacası son olarak belirtelim ki "borç ilişkisi" kavramıyla "geniş anlamda borç ilişkisi" kavramı anlatılmak istenir, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.4; **Eren,** Borçlar Genel, N.61-62; **Seliçi,** Sürekli Borç, s.3; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 1 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 1 N.9; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.10; **Akıntürk/Ateş,** s.7; **Ayan,** Borçlar Genel, s.47; **Hatemi/Gökyayla,**

ve yerinde montajı bundan doğan bir borçtan ibarettir. Aynı şekilde kira sözleşmesi tümüyle bir borç ilişkisi iken, kiracının sözleşmeye istinaden her ay kira bedeli ödemesi ve kiraya verenin kiralananı kullanım amacına uygun olarak hazır bulundurması bir borç sayılmaktadır.

Hukukumuzda "borca aykırılık" tabiriyle esasen ve genel bir deyişle anlatılmak istenen ise herhangi bir "borcun", yani edimin yerine getirilmemesidir.[307] Ancak önemle ifade etmek gerekir ki durum böyle olmakla birlikte herhangi bir borca, yani edime aykırı davranılmasıyla söz konusu borcu yaratan borç ilişkisine (bilhassa ve hemen her zaman sözleşmeye) aykırılık da vuku bulmuş olacaktır.[308] Keza işaret ettiğimiz bu ilgi nedeniyle "borca aykırılık" ile "sözleşmeye aykırılığın" aynı anlamda kullanılmasında bir isabetsizlik olmayacağı doktrinde ifade edilmektedir.[309] Yine de borca aykırılığın her zaman bir üst kavram olduğu; haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, vekâletsiz iş görmeden veya doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklanan bir borca aykırılığın da gündeme gelebileceği gerçeği yadsınmamalıdır, ne var ki işbu çalışmada borca aykırılık, sözleşmeye aykırılık ölçeğine indirgenerek inceleme konusu yapılmıştır.

Bir borç ilişkisindeki borçlunun, taahhüt ettiği edim yükümlülüğünden ne gibi şartlar altında ve nasıl ayrıldığı değerlendirilerek örneğin borçlu temerrüdü, ifa imkânsızlığı, kötü ifa gibi hangi borca aykırılık türüne yol açtığının saptanması ise borca aykırı davranış hâline tatbik edilecek özel hukuk müeyyidelerinin tâyininde bir

---

s.11; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.40; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.32; **Ozanemre Yayla,** s.9; **Yıldırım,** s.11; **Nomer,** s.15; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.16 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.26-27; **Reisoğlu,** s.33; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.27; **İnan/Yücel,** s.66; **Söğütlü,** s.331; **Aral,** Kötü İfa, s.30; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.31-32; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.50-51; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.32 vd.

[307] Detaylı açıklamalar için bkz. **Tandoğan, Halûk:** Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s.395 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.1163 vd.

[308] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.415; **Eren,** Borçlar Genel, N.3248; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** § 24 N.1308. Sözleşmesel sorumluluk sisteminde geniş anlamda hukuka aykırılık ögesi, borçlunun sözleşmeyle taahhüt ettiği bir eyleme karşı bir şekilde hareket etmesiyle ortaya çıkar, bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** § 24 N.1305; **Hatemi/Gökyayla,** § 26 N.66 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.1172 vd.

[309] **Eren,** Borçlar Genel, N.3292.

yola çıkış noktasıdır.[310] Türk Borçlar Kanunu, nasıl bir kavram tercih edilirse edilsin, esasen çerçeve bir "borca aykırılık", "sözleşmeye aykırılık" yahut "ifa engeli"[311] sistemi benimseyen ve bir olayda bu herhangi bir biçimde gerçekleştiğinde, değişik türden özel hukuk müeyyidelerinin uygulanma şartlarını düzenleyerek, uygun müeyyideleri belirlemeye el veren, başka bir deyişle müeyyideyi esas alan bir sistem yaratmayı tercih etmemiştir.[312] Bilakis borçlunun edimi yerine getirmemeye yönelik davranışının her şeyden önce belirli bir borca aykırılık çeşidi olarak tavsif edileceği bir sistem yaratılmış ve her bir borca aykırılık çeşidine özgü birtakım özel hukuk müeyyidelerinin tatbik edilmesi benimsenmiştir.[313] İşte böylece hukukumuzda herhangi bir borca aykırılığın nasıl bir müeyyideyle karşılanacağının belirlenebilmesi için her şeyden önce borçlunun ne türden bir borca aykırılığa sebebiyet verdiğinin tespit edilmesi, eş deyişle "borca

---

[310] **Havutçu, Ayşe:** "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2.B, İstanbul 2012, ss.307-327, s.310. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ve karş. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 11 N.1-5 ve N.13; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 11 N.1-5 ve N.13; **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.31-33; **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.232 vd.; **Atamer,** İfa Engelleri, s.318 vd.

[311] "İfa engeli" mefhûmu "Diğer İfa Engelleri" madde başlıklı TBK md.111 hükmünde de öngörüldüğü üzere, sadece alacaklı temerrüdünü değil; işlem temelinin çökmesini, borca aykırı davranışı ve diğer davranış yükümlülüklerinin ihlâlini de içerecek şekilde edimin tam ve düzgün bir biçimde ifa edilmesinin gerçekleşmesini engelleyen tüm hâlleri belirtmektedir. İşte bu nedenle "ifa engelleri" kavramı, kapsam ve içerik açısından "borca aykırılık" kavramından daha geniştir ve hâlihazırda borca aykırılık hâli olarak değerlendirilmeyen alacaklı temerrüdü (TBK md.106), aşırı ifa güçlüğü (TBK md.138) ve borçlunun kusurunun olmadığı ifa imkânsızlığı (TBK md.136) durumlarını da kapsamaktadır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 11 N.1 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 11 N.1 vd.; **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.28 vd.; **Atamer,** İfa Engelleri, s.317 vd.; **İnan/Yücel,** s.597; **Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, Murat:** İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C.II-III (Madde 83-206), 3.B, İstanbul 2019, *(Öz, Turgut)*, s.1417 vd. Ancak yine de önemle belirtmek gerekir ki bu fikrin aksi yönde olan yazarlar da mevcuttur. Eren'e göre doktrinde borç ilişkisinin ifa edilmemesini ifade etmek için "ifa engelleri" *(Erfüllungshindernisse, Leistungshindernisse)* kavramı kullanılıyor olsa da daha isabetli olarak "ifa ihlâlleri" *(Erfüllungsstörungen, Leistungstörungen)* deyimi kullanılabilir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3222 ve **Eren/Dönmez,** Şerh C.III, s.2213.

[312] **Sanlı, Kerem Cem:** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2.B, İstanbul 2017, s.314-316; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 11 N.13; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 11 N.13; **Havutçu,** İfa Engelleri, s.310; **Atamer,** İfa Engelleri, s.318-319. Serozan'a göre: *"ifa 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. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 11 N.13; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 11 N.13 ve özellikle **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.115-116.

[313] **Havutçu,** İfa Engelleri, s.310; **Sanlı,** s.314-316; **Atamer,** İfa Engelleri, s.318-321; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Öz*, s.1417, dn.2.

aykırılığın kategorize edilmesi" zorunludur.[314] Buradan hareketle ifade edebiliriz ki hâkim, karşılaştığı bir ihtilâfta her şeyden önce sorumluluğun geçerli bir sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmadığını, eğer olumlu yanıt vermek mümkünse bunun hangi çeşit bir borca aykırılık olduğunu tâyin etmeli ve ardından tatbik edilecek özel hukuk müeyyidesini buna göre tercih etmelidir. Bahse konu bir borca aykırılığın vuku bulma tarzı ilgili hukuk normunda (genellikle TBK'da) spesifik olarak öngörülmemişse bile TBK'nın borcun ifa edilmemesini genel olarak düzenleyen md.112 hükmündeki[315] genel sorumluluk hükmünün uygulama kapsamı sayesinde neredeyse hiçbir durumda kanun boşluğunun bulunduğunu düşünmek kolay olmayacaktır.[316] Ancak, yasa koyucunun isimli (tipik) sözleşmelere dair özel hükümlerde kural koymakla birlikte bunlar hâricindeki sözleşmelerde değinmediği ve genel hükümlerde de değerlendirmediği hususlarda bir kasıtlı susmanın (menfî çözümün) mevcut olup olmadığı tereddüdü gündeme gelebilir.[317] İşte çalışmamızın esası olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi açısından her şeyden önce bu tereddüdün giderilmesi çok önemlidir; çünkü bu bakımdan kanun sistemimizde kasıtlı bir susma (menfî çözüm)

---

[314] **Havutçu,** İfa Engelleri, s.313; **Sanlı,** s.314-316; **Atamer,** İfa Engelleri, s.318-319, s.324-325 ve s.332-333; **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.28-32. Sözleşmeye aykırılık çeşitlerinin sadece temerrüt ve imkânsızlık hâlinden ibaret olmadığının zaman içerisinde anlaşılmasıyla birlikte bunların hâricinde kalan borca aykırılık hâllerini de ifade edebilmek için bir çatı kavram oluşturacak şekilde "akdin müspet ihlâli" kuramının Staub tarafından ileri sürülmesinin maksatlarından biri de borca aykırılık türünün saptanmasında gündeme gelebilecek sıkıntıları gidermektir, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.1; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.1; **Eren,** Borçlar Genel, N.3269; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.400-402. Bilindiği üzere borçlu, temerrüt veya kusurlu ifa imkânsızlığı hâllerinde pasif davranışta bulunmakta, yani taahhüt edilen edimin yerine getirilmesi için yapması gereken bir şeyi yapmamakta, eş deyişle borçlu borcunu yapmama fiiliyle ihlâl etmektedir. Oysa akdin müspet ihlâlinde borçlu, bilakis yapmaması, kaçınması gereken bir eylemi yapmaktadır. Borçlu, olumlu bir davranışıyla, kötü bir ifa hareketi ile sözleşmeden doğan bir borcunu ihlâl etmektedir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3269. Akdin müspet ihlâli ile ilgili daha detaylı açıklamalar için bilhassa bkz. ve karş. **Aral,** Kötü İfa, s.76 vd.

[315] TBK md.112 hükmüne göre: *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."*

[316] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Öz,* s.1417. Elbette TBK md.112 hükmündeki "hiç veya gereği gibi ifa etmeme" hâlinden söz edebilmek için her şeyden önce borcun muaccel hâle gelmiş olması zorunludur, bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.71; **Başoğlu,** s.287; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1562.

[317] Örneğin sadece bazı özel sözleşme tipleri bakımından öngörülmüş olağanüstü (haklı bir sebebe istinaden) fesih hakkının, sürekli borç yaratan diğer tüm sözleşme ilişkileri bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı şeklindeki tartışma böyledir. Elbette burada doğrudan bir borca aykırılık hâlinden değil de borca aykırılık sonrası bir hakkın kullanımından söz edilse dahi hukuk metodolojisi açısından bir fark yoktur, bkz. **Altınok Ormancı, Pınar:** Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s.105 vd.

olduğu fikri benimsenirse artık kanun boşluğuna yer olmayacağından ötürü kıyas *(analogia)* metoduyla dahi "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" tabiriyle bir borca aykırılıktan söz edilemeyecektir. Başka bir deyişle bu varsayım altında kanun koyucunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı reddettiği, en azından kabul etmeye lüzum görmediği sonucuna ulaşılacaktır.

Çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, ayırt edici niteliğini, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken *(vor Fälligkeit)*[318] vuku bulduğu kabul edilen bir borca aykırılık hâli olmasında gösterir. Bilindiği üzere TBK, sözleşmenin kurulmasından sonraki fakat edimin muacceliyetinden önceki süreçte ortaya çıkabilecek bu türden bir borca aykırılık hâli öngörmemiştir.[319] Zaten ilk olarak belirtelim ki bu hâlde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçten söz edilmesi dolayısıyla TBK'nın borçlu temerrüdüne dair hükümlerin doğrudan doğruya tatbik edilmesi mümkün değildir. İkinci olarak doktrinde ifa imkânsızlığına dair hâkim görüşün[320] alacaklıyı değil de borçluyu merkeze aldığı ve borcun yerine getirilmesinin kesin, sürekli, objektif olarak imkânsızlaşması gerektiğini kabul ettiği dikkate alındığında bu nitelikleri hâiz bir imkânsızlığın var olmadığı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumlarında TBK'nın ifa

---

[318] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8 vd.; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.315 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1562-1563; **Kartal/Öğün,** s.231-232; **Başoğlu,** s.287 vd.; **Atamer,** İfa Engelleri, s.345; **Sert/Cihan,** s.911-912. Bilindiği üzere hemen her durumda muacceliyet, vâdeye bağlı olarak tahakkuk etse dahi vâdeden çok daha geniş bir kavramdır. Çalışmamızda sözünü ettiğimiz muacceliyet, dar ve teknik anlamıyla ele alınmaktadır, konuya dair detaylı bilgi için bkz. **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *(Yüce, Melek Bilgin)*, s.1308.

[319] **Başoğlu,** s.287-289; **Sanlı,** s.314-316; **Atamer,** İfa Engelleri, s.345; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1565-1566.

[320] Doktrinde imkânsızlığın bu nitelikleri barındırması gerektiği yönündeki ifadeler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 14 N.2; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 14 N.2; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.395 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.903 vd.; **Kurt,** İmkânsızlık, s.91; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.854 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.1174 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.331 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.III, s.2226 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.634 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.511 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.474 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.801 vd.; **Reisoğlu,** s.346 vd.; **Feyzioğlu,** s.172 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.853 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.463 vd.; **von Tuhr,** s.559 vd.; **Nomer,** s.383 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.270 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.124 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.296 vd.; **Yıldırım,** s.263 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.450 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.343 vd. Ayrıca bir görüş olarak da ifa imkânsızlığı olup olmadığının saptanmasında alacaklının esas alınması gerektiği ve edimin artık cebrî icra suretiyle aynen elde edilemeyecek olmasının imkânsızlık sayılması gerektiği ileri sürülmüştür, **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1455 vd.; **Öz, M. Turgut:** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.158.

imkânsızlığına dair hükümlerinin de doğrudan doğruya tatbik edilmesi mümkün değildir.[321] İleride etraflıca değineceğimiz üzere[322] kiralananın tesliminden sonra kiracının iflâs etmesi durumunda işleyecek kira bedelleri için güvence verilememesi nedeniyle kiraya verene fesih hakkı tanıyan TBK md.332 (Art.266h OR) hükmü;[323] tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinde ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde ödünç verenin sözleşmeye konu şeyi teslimden kaçınabilme imkânını hâiz olduğunu öngören TBK md.390 (Art.316 OR) hükmü;[324] hizmet sözleşmesinde işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ve işçinin sözleşmeden doğan haklarını uygun bir süre içinde güvenceye bağlayamaması durumunda işçiye derhâl fesih imkânı sunan TBK md.436 (Art.337a OR) hükmü[325] ve borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda alacaklının bir güvence gösterilinceye değin kendi edimini yerine getirmekten imtinâ etmesine ve hatta uygun bir sürede güvence gösterilmezse sözleşmeden dönmesine olanak sağlayan genel nitelikli bir hüküm olarak

---

[321] **Kurt,** İmkânsızlık, s.48, dn.48. Ayrıca karş. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1458-1461 ve N.1574; **Gündoğdu, Fatih:** Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s.76-78 ve s.337; **Öz, M. Turgut:** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3.B, İstanbul 2016, s.183 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, 158.

[322] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 2, b. Kiracının İflâsı (TBK md.332, Art.266h OR).

[323] **Başoğlu,** s.289; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1564.

[324] **Başoğlu,** s.289; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1564. TBK md.390 hükmünde sadece ödünç konusunun tesliminden imtinâ edilebileceği öngörülmüş olmakla beraber, doktrinde TBK md.390 hükmünün koşulları sağlandığında ödünç verenin sözleşmeden dönebileceği de ifade edilir, bkz. **Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/2, 4.B, İstanbul 2008, s.351. Ancak aksi bir görüş ise TBK md.390 hükmünün yalnızca ödeme güçsüzlüğü sona erene değin ödünç konusunun tesliminden imtinâ hakkı sağladığı yönündedir, bkz. **Özbilen, Arif Barış:** "Tüketim Ödüncü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukuki Sonuçlar", TAAD 2016, Yıl:7, S.27, ss.125-154, s.148, dn.77'te mezkûr yazarlar. Özbilen'e göre TBK md.390 hükmünün sadece ödeme güçsüzlüğü sona erene değin ödünç konusunun tesliminden imtinâ hakkı sağladığının kabul edilmesi, ödünç alanın içinde bulunduğu ödeme güçsüzlüğü hâlinden kurtulmasının mümkün olmadığı hâllerde ödünç verenin sözleşmeden kurtulabilme olanağını ortadan kaldırır. İlâveten ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle, bu hâl sona erene değin, ödünç verene ödünç konusu şeyi elde tutmaya zorlamak da mâkul bir biçimde savunulamaz, **Özbilen,** s.148. Bu tartışmaya değinmemizin nedeni, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine işaret eden bir durumun mevcut olduğu gerçeğidir. Zira bir borcun ifa edilmeyeceği henüz muacceliyet gerçekleşmemişken vuku bulan bir olay sebebiyle anlaşıldığında alacaklıya -ödünç veren, ödünç sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yani ivazsız olarak yapılmış olsa dahi iade alacaklısıdır- bir dönme hakkı tanınabilmektedir. Esasen buradaki hâl; ödünç alanın, sözleşmede öngörülen vâdede ödünç konusunu faizsiz ya da faiziyle birlikte iade edemeyeceğinin ödünç veren (iade alacaklısı) tarafından açık bir şekilde anlaşılması veya öngörülmesidir, ki bu öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa işaret eder.

[325] **Başoğlu,** s.289; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1564.

TBK md.98 (Art.83 OR)[326] gibi henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süre zarfında edimin tehlikeye düştüğü hâllere dair bazı hukukî enstrümanlar söz konusu olsa bile nihayetinde bunlar sadece "borçlunun ifa güçsüzlüğü" müessesesi ile ilgilidir.[327] Eş bir deyişle; anılan hükümlerde yalnızca, *Başoğlu*'nun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir altbaşlığı gibi değerlendirdiği,[328] ifa güçsüzlüğü hâlleri dağınık bir sistemde özel kurallara bağlanmıştır.[329] Anılan özel hükümlerin ve genel nitelikli TBK md.98 hükmünün hiçbir yerinde öncelenmiş borca yahut sözleşmeye aykırılık, başlı başına genel mahiyetli bir borca aykırılık hâli olarak öngörülmediğinden bunların da doğrudan doğruya tatbik edilmesi mümkün değildir. Nitekim TBK md.98 hükmünün lafzındaki *"özellikle"* sözcüğünün kendisinden önce zikredilen *"taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi"* ifadesine sınırlı olmayan, ucu açık örnekler sunmak amacıyla tercih edildiği gerçeği göz önüne alınırsa hükmün devamındaki *"…diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse…"* cümleciğinin genel mahiyetli bir "edimin tehlikeye düşmesi hâlini" değil de sadece ve sadece "ifa güçsüzlüğü dolayısıyla alacak hakkının tehlikeye düştüğü hâlleri" kastettiği anlaşılmakta ve hükmün lafzı ne denli geniş yorumlanırsa yorumlansın kanunun, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki

---

[326] **Başoğlu,** s.289; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1564.

[327] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1565; **Başoğlu,** s.289.

[328] **Başoğlu,** s.289. Ayrıca belirtelim ki Türk hukukunda ifa güçsüzlüğü hâlleri olarak bilinen olgular, CISG md.71 hükmünde öne alınmış sözleşmeye aykırılık madde başlığı altında hükme bağlanmış ve bu duruma doktrinde de işaret edilmiştir, bkz. **Huber, Peter/Mullis, Alastair:** The CISG, Regensburg 2007, s.339 vd.

[329] **Başoğlu,** s.289. Doktrinde TBK md.98 hükmünde düzenlenen ifa güçsüzlüğü müessesesi ile TBK md.138 hükmünde düzenlenen aşırı ifa güçlüğü müessesesinin karıştırılmaması gerektiğine dikkat çekilir. İfa güçsüzlüğü hâlinde, edimin yerine getirilmesi, borçlunun malî açıdan yetersizliği nedeniyle açıkça tehlikeye girerken; aşırı ifa güçlüğü hâlinde sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve öngörülemeyen bir nedenle edimin yerine getirilmesi artık dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Teknik anlamda imkânsızlık sayılmayan, sübjektif imkânsızlık kavramını geniş ele alan yazarlar tarafından ifa güçsüzlüğü teşkil eden durumların aynı zamanda sübjektif imkânsızlık da sayılacağı ileri sürülse dahi bunun aksi yöndeki görüş, TBK md.98 hükmü anlamındaki ifa güçsüzlüğünün, borçlunun malî kabiliyetinden mutlak olarak sorumlu tutulmasından ötürü sübjektif imkânsızlık olarak düşünülemeyeceğini ifade eder, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 14 N.14; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 14 N.14; **Kurt,** İmkânsızlık, s.116, s.121-122.

süre zarfında edimin yerine getirilmesinin tehlikeye düştüğü tüm hipotezleri söz konusu hükümle düzenleme niyetinde olduğu şeklinde bir anlam çıkarılamamalıdır.[330]

İfa güçsüzlüğü hâricindeki bir nedenden ötürü edimin yerine getirilmesinin tehlikeye düşmesi durumunda alacaklıya, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki aşamada birtakım imkânlar ve haklar sunan ayrıksı ve tek hüküm, eser sözleşmesine dair TBK md.473 (Art.366 OR) hükmüdür.[331] Zaten hukukumuzda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin genel mahiyetli bir borca aykırılık hâli (örneğin temerrüt, ifa imkânsızlığı, kötü ifa ve benzeri) olarak değil de sınırlı biçimde sadece TBK md.473 hükmü bağlamında değerlendirilmesinin başka bir sebebi olamaz.[332] Daha önce de değinildiği üzere anılan hükme göre özetle yüklenicinin işe vaktinde başlamaması ya da sözleşmeye aykırı biçimde işi geciktirmesi yahut işsahibine yüklenemeyecek bir nedenden ötürü ortaya çıkan gecikme dolayısıyla tüm tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamana bitiremeyeceği "açıkça anlaşılırsa" işsahibi teslim gününü beklemeye gerek olmadan sözleşmeden dönebilir ya da benzer bir mantıkla eserin ayıplı veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak meydana getirileceği vâdeden önce görülebiliyorsa yine işsahibi henüz muacceliyet öncesi süreçte işi başkasına gördürebilecektir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi açısından anılan hükmün sınırları, yukarıda değindiğimiz ve hepsi ifa güçsüzlüğüne ilişkin olan özel veya genel hükümler kadar dar değildir. Bilhassa TBK md.473/1 hükmünde belirtilen hipotezler ("işe zamanında başlamama", "işi geciktirme", "işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme") ifa güçsüzlüğü tabir edilen bir hukukî müesseseyle sınırlı kalmayıp bilakis sözleşmenin nihaî maksadı *(Endzweck des*

[330] **Göka,** s.72 vd.
[331] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1565; **Başoğlu,** s.289; **Atamer,** İfa Engelleri, s.345; **Atamer,** CISG, s.409, dn.687; **Gümüşsoy Karakurt,** s.71-72; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.76.
[332] Örneğin **Seliçi, Özer:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1979, s.79 vd.; **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, ss.97-110, s.97 vd.; **Ürem, Müge:** Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017, s.53 vd.; **Ayan, Serkan:** İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s.323 vd.; **Gümüşsoy Karakurt,** s.71 vd.; **Öz,** İnşaat, s.127-141.

Vertrags) olan "edimi teslim etme yükümlülüğünü" tehlikeye atan[333] genel geçer üç ihtimali işaret etmektedir.[334] Nitekim TBK md.473/1 ve md.473/2 hükümlerinin ortak noktası, sözleşmenin nihaî maksadının tehlikeye düştüğü bâriz biçimde görüldüğünde işsahibinin artık muacceliyetin gerçekleşeceğe âna kadar sabretmesinin akılcı sayılamayacağı şeklindeki düşüncedir.[335] İlâveten maddede sadece eser sözleşmesine dair dört[336] hipotez için henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte işsahibine birtakım haklar sunulduğu düşünülürse amaca göre ve genişletici bir yorumla dahi anılan hükümlerin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu bütün hâllerde doğrudan doğruya tatbik edilmesi mümkün değildir.[337]

Nihayetinde böylece TBK'da sözleşmenin kurulmasından sonraki fakat edimin muacceliyetinden önceki sürece dair hükümlerin doğrudan doğruya tatbik edilip edilemeyeceği meselesi irdelenmiştir. Fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki sürece dair olmamasından ötürü atlanma riski olan bir hüküm, yine doğrudan doğruya tatbik edilmesinin mümkün olmadığını ifade ettiğimiz borçlu temerrüdü hükümleri bünyesinde yer almaktadır. "Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar" madde başlıklı TBK md.124 (Art.108 OR) hükmünün ilk fıkrasında, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bâriz (belki de temel) bir görünümü olarak değerlendirdiğimiz, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun edimi yerine getirmekten kesin biçimde imtinâ etmesinin "muacceliyetten sonra gerçekleşmesinin hukukî sonucu" düzenlenmektedir. Deyim yerindeyse aynı olgu, aynı hareket, andığımız hükümde ters-yüz olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla hukukumuzda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa

[333] **Başoğlu,** s.299; **Gümüşsoy Karakurt,** s.84 ve s.88; **Ürem,** s.54-55; **Atamer,** CISG, s.409, dn.687; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.47.
[334] **Göka,** s.73-74.
[335] **Göka,** s.74.
[336] TBK md.473 hükmünün birinci fıkrasındaki "işe zamanında başlamama", "işi geciktirme", "işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme" ve ikinci fıkrasındaki "eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi" kastedilmektedir.
[337] Doktrinde Gümüşsoy Karakurt, Sert ve Cihan, kıyasen bile uygulamanın olanaksız olduğu görüşündedir, bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.88; **Sert/Cihan,** s.915. Bununla birlikte bkz. ve karş. **Atamer,** CISG, s.409, dn.687; **Başoğlu,** s.299.

dair *"de lege lata"* durumun saptanabilmesi adına TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmü "zamanı" yönünden olmasa da "konusu" yönünden önemsenmeli ve irdelenmelidir.[338] Her şeyden önce anılan hükümle kanun, borçlunun tutumuna yahut içerisinde bulunduğu duruma bir hukukî sonuç bağlamış (hukuken önemsemiş) ve bunlardan dolayı alacaklının bir ek süre (mehil) tâyin etmesinin, başka bir deyişe aynen ifada bulunabilmesi adına borçluya son bir fırsat daha vermesinin[339] faydasız olacağı anlaşılıyorsa ek süreye (mehile) gerek olmaksızın seçimlik haklara başvurulabileceğini öngörmüştür. Esasen bu hâlde yasa koyucu, borçlunun mevcut yahut bir süredir devam eden tutum veya davranışlarından gelecekte nasıl hareket edeceğine dair bir çıkarsamada bulunmakta ve ek süre (mehil) sonuna kadar dahi edimini yerine getirmeyeceği hususu, alacaklının yerine ikame edilebilecek bir üçüncü kişinin objektif bakış açısıyla anlaşılabiliyorsa[340] hiç ek süre (mehil) tâyin etmeye ihtiyaç olmadığını peşinen varsaymaktadır.[341] İfade ettiğimiz hâle, doktrinde sıkça klâsik bir örnek olarak borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmesi verilmektedir.[342] Keza yine örnek olarak borçlunun edimi ifaya dair hazırlık hareketlerine henüz hiç başlamamış olması; sözleşmede kararlaştırılan ve kalan sürenin edimi tamamlamaya elvermeyeceğinin öngörülmesi; borçlunun edimi yerine getirebilmesi için yapması gereken hazırlıklar esnasında geçecek zamanın dürüstlük kuralı dikkate alındığında alacaklıdan durup beklemesi istenemeyecek kadar uzun olması gibi ihtimaller de sıralanabilir.[343] Doktrinde TBK md.124/1 hükmüne örnek olarak verilen bütün bu

---

[338] **Göka,** s.74.
[339] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.13; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.13; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1654.
[340] **Göka,** s.75.
[341] **Göka,** s.75.
[342] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1720; **Nomer,** N.197.8; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.12; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.12; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.315.
[343] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1720 ve N.1723; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.12; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.12; **Nomer,** N.197.8. Ayrıca bu hususta Yargıtay kararı şöyledir: *"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…"* **[Yargıtay 15.HD, E.2002/367, K.2002/1946, T.18.04.2002,** nak.: **Nomer,** s.454, dn.1800].

olaylar henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte de vuku bulabilecek niteliktedir. Şöyle ki borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce de edimini yerine getirmeyeceğini beyan edebilir yahut bunu bizzat davranış ve tutumlarıyla aşikâr edebilir. Yine henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte de borçlunun ifaya matuf hazırlık hareketlerine başlamakta hayli geç kalmasından dolayı edimin vâdesinde ifası tehlikeye düşebilir veya borçlunun davranışları hâricindeki gelişmeler nedeniyle ifanın gerçekleştirilemeyeceği objektif olarak öngörülebilir.[344] Hâl böyle olmakla birlikte *"de lege lata"* durum yadsınamayacağından TBK md.124/1 hükmünün hem lafzı hem de TBK'nın getirdiği borçlu temerrüdü sistemi nedeniyle muacceliyetten sonraki sürece ilişkin olduğu ve muacceliyetten önceki sürece doğrudan doğruya tatbik edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak zorunludur.

Yukarıda izah ettiğimiz durumlar esasen şöyle değerlendirilir: İlk olarak Türk hukukunda henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimin ifasının tehlikeye düşmesi sadece ifa güçsüzlüğü hâline işaret eder. İkinci olarak böyle bir ifa güçsüzlüğüne yakın olan ancak ondan farklılık arz eden, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı çağrıştıran bir müessese getirdiği iddia edilen TBK md.473 hükmü, yalnızca eser sözleşmesi bakımından tatbike müsaittir. Üçüncü olarak TBK md.124/1 hükmüne göre -kapsamı itibariyle oldukça sınırlı dört hipotezi esas alan TBK md.473 hükmünden[345] farklı şekilde- borçlunun içinde bulunduğu durum veya tutumundan ilerideki ifaya dair bir sonuç çıkartılmasına yalnızca "muacceliyetten sonrası" için verilmektedir. İşte öz biçimde ifade ettiğimiz saptamalar karşısında şöyle bir problemin giderilmesi çok önemlidir: Kanun koyucu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce vuku bulacak ve ilerideki ifaya dair bir sonuç çıkartılmasını gerektirecek diğer borca aykırılık hâllerini bir müeyyideye bağlamamayı tercih etmiş midir? Başka bir deyişle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sayılacak durumlarla ilgili olarak kanun; kasıtlı olarak susmuş,

[344] **Göka,** s.75.
[345] **Gümüşsoy Karakurt,** s.88.

yani menfî çözüm yaklaşımı benimsemiş midir? Böyle değilse, bu durumda açık ve teknik anlamıyla bir kanun boşluğu veya -örf ve âdet hukukunun işe yaramayacağı gerçeğinden hareketle-hukuk boşluğu mu vardır?[346]

Doktrinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hususunda "bilinçli bir susma"nın mevcut olduğu, keza bu müessesenin bilhassa § 323 Abs.4 BGB ve CISG md.72 hükümlerindeki düzenlemeler karşısında bir hukuk politikası olarak (tercihan) pozitif düzenlemeye bağlanmadığı ifade edilmiştir.[347] Tarihsel açıdan bakıldığında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın TBK'nın kabul edilmesinden (11.01.2011) evvel; BGB, CISG ve milletlerarası hukuk uyumlaştırması çalışmalarında hükme bağlanmış olmasının yanı sıra zaten müesseseye dair Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde doktrinel sahada ifade edilen pek çok görüş de mevcuttu. TBK daha tasarı aşamasındayken dünya genelindeki borca aykırılık sistemleri bakımından yaşanan gelişmelerin ve güncel meselelerin göz önünde bulundurulmadığı eleştirileri dile getirilmiş; fakat eleştirilere karşılık olarak güncel gelişmelerin değerlendirildiği, gerekli tartışmalar neticesinde "bilinçli" olarak mevcut borca aykırılık sisteminin sürdürülmesinin daha isabetli olacağı düşünülerek hareket edildiği ortaya konmuştur.[348]

Bilindiği üzere açık ve teknik anlamıyla bir kanun boşluğunun mevcut olduğunu düşünebilmek için kanunda somut olaya uygun düşen olumlu bir çözüm getirilmiş, bir hüküm öngörülmüş olmaması yeterli değildir; ayrıca bu konuda olumsuz bir çözümün de getirilmediği kesin olarak söylenebilmelidir.[349] Yukarıda değindiğimiz üzere yasa koyucunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya çıkan ifa tehlikesini sadece eser sözleşmesine dair TBK md.473 hükmünde sayılan hipotezlerde

[346] Ayrıca bkz. ve karş. **Kartal/Öğün,** s.231 vd.
[347] **Kartal/Öğün,** s.233-234; **Serozan,** BK Tasarısı, s.47. Alman hukuku için bkz. **Müller,** N.23-26.
[348] **Serozan,** BK Tasarısı, s.44; **Buz,** İfa, s.109; **Havutçu,** İfa Engelleri, s.312 vd.
[349] **Edis, Seyfullah:** Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4.Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s.124 vd.; **Serozan, Rona:** Hukukta Yöntem, 2.B, İstanbul 2015, s.113; **Dural, Mustafa/Sarı, Suat:** Türk Özel Hukuku C.I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 17.B, İstanbul 2022, N.850 vd.; **Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami:** Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 28.B, İstanbul 2022, N.327.

bir borca aykırılık olarak değerlendirdiği ve bunun hâricindeki diğer tüm sözleşmeler hakkında kasıtlı olarak sustuğu, menfî çözüm yaklaşımını benimsediği farz edilirse, elbette teknik anlamda bir kanun boşluğu gündeme gelmez. Böyle bir menfî çözüm yaklaşımının benimsenip benimsenmediği ise yasanın amacına ve bilhassa menfaatler dengesi ile sosyal gereklere dair bir incelemeyle tespit edilebilir.[350]

Ne var ki TBK md.473 hükmüyle eser sözleşmesinde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya çıkan ve ilerideki ifayı tehlikeye atan birtakım durumları, borca aykırılık olarak gören yasa koyucunun, benzer bir hukukî sonucu diğer tüm sözleşmeler için reddettiğini söylemek hemen hemen imkânsızdır ya da böyle bir tercih için mantıklı bir gerekçe bulmak zordur.[351] Başka bir deyişle eser sözleşmesi hâricindeki diğer tüm sözleşmelerde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya çıkan ifa tehlikesinin taraf menfaatleri ve sözleşme adaleti adına daha önemsiz bir risk yarattığı ya da daha az haksız bir duruma yol açtığı iddia edilemez. Örneğin bir satış sözleşmesinde satım konusunun kararlaştırılan vâdeye veya temerrütten sonra tâyin edilen mâkul bir ek süreye (mehile) rağmen teslimatının yapılamayacağı objektif biçimde öngörülebilirse alıcı bakımından muacceliyeti sabırla beklemenin çekilmezliği, eser sözleşmesindeki işsahibinin teslim gününü sabırla beklemesinin çekilmezliğinden daha az değildir.[352] Yine bir kira sözleşmesinde kiraya veren, kira konusunu kiracıya sözleşmenin akdedilmesinden 20 gün sonra teslim etmeyi taahhüt etmişken ertesi gün kira konusunu bir üçüncü kişiye satıp teslim etse kiracının TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünden veya başka hükümlerden doğan haklarını kullanabilmek için 20 günlük vâdenin gelmesini beklemek zorunda olması nasıl izah edilebilir? Kira sözleşmesinin kiracısını, eser sözleşmesinin işsahibinden daha zayıf bir hukukî himâyeye layık görmek açıklanamaz. Diğer taraftan TBK md.124/1 hükmünün

[350] **Serozan,** Hukukta Yöntem, s.114.
[351] **Göka,** s.76.
[352] **Göka,** s.76-77.

lafzı dolayısıyla borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini gösteren davranış ve tutumu sadece muacceliyetten sonraki aşamada göz önüne alınır ve henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreç bakımından menfî çözüm yaklaşımı kabul edilirse; henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki ifa tehlikesinin hükme bağlandığı eser sözleşmesi bakımından dahi TBK md.473 hükmü lafzında bundan söz edilmemesi dolayısıyla, işsahibinin başvurabileceği imkânlar anlamsızlaşır. Yasa koyucunun bu türden tercihlerde bulunmasının arka plânında var olan bir toplumsal ihtiyaç yahut himâye edilmek istenen bir menfaat bulunduğu söylenemeyeceği için öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bakımından "açık ve teknik anlamıyla bir kanun boşluğu" olduğu kabul edilmelidir. Doktrinde pek çok görüş aynı hususta bir kanun boşluğu olduğunu ifade etmektedir.[353] *Göka*'nın isabetle ileri sürdüğü üzere, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hususunda örf ve âdet hukuku kuralından söz eden herhangi bir kaynak da olmadığına göre ortada bir "hukuk boşluğu" olduğu ve bunun doldurulması gerektiği yadsınamaz.[354] Bunun önemi bilindiği üzere doktrindeki hâkim tasnife ve görüşe göre, TMK md.1 (Art.1 ZGB) hükmüne istinaden kanun boşluğu doldurulurken kanun koyucu gibi hareket edileceğinden ötürü hâkim bu boşluğu doldururken öncelikle kıyas *(analogia)* metoduna gidecektir.[355] Ancak elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından tartıştığımız bir kanun boşluğu söz konusu olduğunda çözümün hangi hükümlerde aranması gerektiği hususunda bir fikir birliği oluşmuş değildir.[356] Oysa kanaatimizce isabetli olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hususunda "hukuk

[353] Esasen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu hâlleri kıyas (örnekseme, *analogia*) yöntemiyle çözmeyi öneren doktrindeki yazarların, burada bir "boşluk" olduğunu kabul ettiğini ifade etmek gerekir. Bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1563 vd.; **Sert/Cihan,** s.903 ve s.911 vd.; **Kartal/Öğün,** s.231 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.47, dn.1; **Baysal, Başak:** Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s.320-321. Bununla birlikte doktrinde Buz, bu hususun yeni Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanmamış olmasını ciddî bir eksiklik olarak değerlendirmektedir, bkz. **Buz,** İfa, s.111.
[354] **Göka,** s.77.
[355] **Dural/Sarı,** N.887; **Oğuzman/Barlas,** N.383 vd.; **Serozan,** Hukukta Yöntem, s.117; **Edis,** s.145.
[356] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 6, I. Genel Olarak.

boşluğunun" mevcut olduğu anlayışı benimsendiğinde hâkimin hukuk yaratması gerekecektir.[357]

VI. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

A. Genel Olarak

Daha önce çeşitli vesilelerle genel bir tanımlamaya gitmiş olmamıza rağmen, kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kavramına dair kesin ve dört başı mamur bir tanımlama yapmak zordur. Çünkü öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; pek çok önemli, ayırt edici ve ortak özelliği olmasına karşın hemen her durumda ve sözleşme tipinde farklı farklı biçimlerde ortaya çıkabilen birden çok olaylar grubunu bünyesinde bulundurur. Bu zorluğa rağmen en azından müesseseyi -kendisinin de içinde bulunması gerektiğini düşündüğümüz- diğer borca aykırılık hâllerinden ayırt edebilmek adına bir tanımlamaya gitmek gerekirse öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde borçlunun edimini yerine getirmekten kesin ve haksız bir biçimde kaçınmasıyla yahut ilerideki ifanın objektif olarak tehlikeye sokulmasıyla meydana gelen bir borca aykırılık hâlidir.[358] İşbu tanımdaki birinci hipotezde anlatılmak istenen; borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde *(vor Fälligkeitszeitpunkt)* ediminin sözleşmeye uygun şekilde ifasını *(vertragsgemässe Erfüllung)* gerçekleştirmeyeceğini kesin biçimde beyan etmesi[359] ya da bu hususun doğrudan borçlunun davranışlarından

---

[357] "Hukuk yaratma" kavramı ve detaylı bilgi için bkz. **Dural/Sarı,** s.79 vd; **Oğuzman/Barlas,** s.108 vd.

[358] Tanıma dair İsviçre hukukunda bkz. **Müller,** N.8-10. Öngördüğümüz işbu tanımlamada hâlihazırda var olan bir sözleşme ihlâlinin mi *(actual breach)* müeyyideye tâbi tutulduğu yoksa henüz var olmasa da ileride gerçekleşecek bir sözleşme ihlâli *(non-actual breach)* için şimdiden bir müeyyide mi uygulandığı tartışması hakkında bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, A. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Mevcut Bir İhlâlden mi, Gelecekteki Bir İhlâlden mi?" Kaynaklandığı Sorunu. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki işbu tanımlamada tipik özellikleri itibariyle öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kapsamına dâhil sayılan fakat TBK md.98 hükmüne göre herhangi bir yükümlülük ihlâli sayılmayan "ifa güçsüzlüğü" hâli dâhil edilmemiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 6 N.26; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 6 N.26.

[359] **Müller,** N.9; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1563 ve N.1566, dn.1813; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401;

açıkça anlaşılmasıdır.[360] İkinci hipotezde anlatılmak istenen ise tarif edildiği biçimde bir "ifa etmeme iradesi" ortaya konulmaksızın fakat, kural olarak, borçlunun sorumluluk (riziko) sahasından doğan ve objektif olarak öngörülebilen bazı emâreler *(objektive Anzeichen)* nedeniyle geleceğe ilişkin bir ifa tehlikesidir. İki hipotez bakımından da esaslı ve ortak olan hususlar; bunların sözleşmenin kurulmasından sonra fakat muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman aralığında vuku bulmaları ve kural olarak, sözleşmedeki aslî edim yükümlülüğüne[361] ilişkin olmalarıdır. Fakat bu noktada İsviçre hukukundaki bir yaklaşım değişikliğine işaret etmekte fayda vardır: Karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlu temerrüdüne dair Art.107 OR (TBK md.123 ve md.125) hükmü, eski tarihli görüşlere göre alacaklıya sadece aslî edim yükümlülüğüne ilişkin bir gecikmenin söz konusu olması hâlinde sözleşmeden dönme hakkı vermektedir. Yan edim yükümlülüğü ise istisnaen, sadece karşılıklılık *(synallagma)* ilişkisi kapsamında yer alıyorsa dönme hakkına esas olabilir. Zira sözleşmeden dönme hakkı, oldukça ağır bir hukukî enstrüman olduğundan tâlî bir yükümlülük ihlâlinde hemen başvurulabilecek bir yol olarak değerlendirilmemelidir.[362] Oysa daha yeni tarihli görüşler, bir yan edim yükümlülüğüne aykırı gecikmelerden dolayı dahi alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınabileceğini savunur; yeter ki gecikme, sözleşmenin maksadına ulaşmasını engellesin. Bu görüşe göre bir yan edim yükümlülüğünün sözleşmedeki karşılıklılık *(synallagma)* ilişkisi kapsamında yer alıp almadığı sözleşmenin yorumu yoluyla tespit olunur. Borçlunun yükümlülüğüne aykırı hareketinden dolayı alacaklının akitle bağlı kalmasının kendisi açısından artık katlanılmaz bir hâl teşkil etmesi durumunda alacaklının elbette tasarruf özgürlüğünü yeniden kazanması gereklidir. İşaret edilen "katlanılmazlık" durumu, bilhassa

---

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.315 ve s.318; **Başoğlu,** s.287; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.81; **Kurt,** İmkânsızlık, s.48, dn.48; **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.220, dn.217; **Eren,** Borçlar Genel, s.1190.

[360] **Müller,** N.10; **Başoğlu,** s.287 ve s.309-310; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1563 ve N.1566, dn.1813.

[361] **Sert/Cihan,** s.911; **Göka,** s.78.

[362] **Müller,** N.50.

alacaklının sözleşmeye göre haklı olarak bekleyebileceği borç konusu şeyin (edimin) esaslı bir kısmından mahrum kalması ihtimalinde sıkça görülmektedir.[363] Son bir görüş ise sözleşmeden dönme hakkının her çeşit akdî yükümlülük ihlâline dayandırılabileceğini savunur. Buna göre borçlunun hangi çeşit yükümlülüğünün ifasında temerrüde düştüğü belirleyici kıstas değildir; sözleşmeden dönme hakkının tek sınırı, Art.2 Abs.2 ZGB (TMK md.2/2) hükmündeki dürüstlük kuralıdır.[364]

İşte İsviçre hukukundaki anılan tespitlerden hareketle söylenebilir ki doktrinel görüşlerin zaman içerisindeki evrimi; borca aykırılık hâllerinden biri olan temerrüt bakımından sözleşmeden dönme hakkına başvurulabilmesi için, gecikmenin (ihlâlin) aslî edim yükümlülüğüne ilişkin olması gerekliliğinden zaman içerisinde yan edim yükümlülüklerine ve nihayetinde herhangi bir akdî yükümlülüğe kadar genişlemiştir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından da aynı hukukî evrimin kabul edilmesinde kanaatimizce herhangi bir sakınca yoktur. Zira daha önce detaylıca değindiğimiz üzere bu hâlde esas alınması gereken kriter şudur: Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, hayatın olağan akışında genel itibariyle aslî edim yükümlülüklerine ilişkin olarak meydana gelebilir. Ancak bunun dışında ister kanundan ister sözleşmeden doğsun yan edim yükümlülükleri de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olabilir. Hatta yan yükümler dahi, ihlâli hâlinde alacaklı açısından "ağır bir ihlâl" olarak değerlendirilebilecekse öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olabilecektir. Zira kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmediğinin tâyininde edimin "aslî edim yükümlülüğü mü yan edim yükümlülüğü yoksa bir yan yüküm mü" olduğu değil de bunlardan herhangi birinin ihlâl edilmesi hâlinde alacaklıdan artık sözleşmeyle bağlı

[363] **Müller,** N.51, ayrıca bkz. N.63.
[364] **Müller,** N.52.

kalmasının beklenip beklenemeyeceği; başka bir deyişle ihlâlin, sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getirip getirmeyeceği kriteri göz önüne alınmalıdır.[365]

B. Temel Görünümler

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, doktrinde ve pratikte çoğu kez borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini kesin ve açık bir biçimde beyan etmesi hipotezi üzerinden değerlendirilmiştir.[366] Elbette somut olaylarında çoğunda olan durum da budur. Ancak bu durumda borçlu, salt ifa modalitelerini ihlâl etme niyetini beyan etmez, bunun yerine ifa yeteneğinin *(inability)* veya ifa iradesinin *(unwillingness)* bulunmadığını "çeşitli gerekçeler (bahaneler)" ileri sürerek açıklar.[367] Fakat borçlunun bu yönde bir beyanına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya tutum ve davranışlarıyla da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebileceği ifade edilmektedir.[368] Zaten hukukun bir irade beyanını açıkça bir hukukî sonuca bağlamış olduğu kabul edilirse; niteliği itibariyle tamamen aynı anlamın kuşkusuz biçimde çıkartılabildiği eylem ve davranışlara da aynı sonucu bağlamayacak olması düşünülemez.[369] Yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bağlamında borçlunun irade beyanı ile tutum ve davranışlarının örtüşmesi, sıkça rastlanılabilir bir gerçektir. Kaldı ki somut olayda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tüm koşullarının mevcut olduğu fikrine ulaşılırken hemen her zaman borçlunun "beyan" ve "davranışları" bir arada göz önünde

---

[365] Benzer yönde bkz. **Cumalıoğlu,** s.80-81. Ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 2. Türk Hukukunda. Yine bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, I, C, 2. Aslî Edim Yükümlülüğü, Yan Edim Yükümlülüğü ve Yan Yükümler Açısından Değerlendirme.

[366] **Müller,** N.74; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1563 ve N.1566, dn.1813; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.315 ve s.318; **Kurt,** İmkânsızlık, s.48, dn.48; **Sert/Cihan,** s.902 vd.; **Başoğlu,** s.287; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.81; **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.220, dn.217; **Eren,** Borçlar Genel, s.1190; **Nomer,** s.383.

[367] **Müller,** N.75.

[368] **Müller,** N.75-76; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1566, dn.1813; **Başoğlu,** s.287; **Gümüşsoy Karakurt,** s.73-74 ve s.77; **Baysal,** Müterafik, s.319 vd.; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.76-78.

[369] Nitekim doktrinde Serozan: *"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."*, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318. Serozan, görüldüğü üzere bu hâli TBK md.473 (eBK md.358) hükmü üzerinden açıklamaktadır ancak anılan hükümde zikredilen hareketlerin; borçlu henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borcunu vâdesinde yerine getirmeyeceğini bildirmiş gibi değerlendirilmesi gereğini belirtir.

bulundurulacaktır.[370] Hatta İsviçre hukukunda ifade edildiği üzere beyanın içeriğinin tespitinde "açık bir beyan" ile "örtülü bir davranış" arasında ayrım yapılması dahi doğru değildir. Her iki durumda da beyanın içeriği öncelikle sübjektif yorum metoduyla (Art.18 OR, TBK md.19) belirlenir; alacaklı borçlunun tüm davranışlarını aynı kriterlere göre değerlendirmelidir, beyanın içeriği açısından eşdeğer durumlar söz konusu ise kesin ifa reddinin açık bir beyana mı yoksa örtülü bir davranışa mı dayandığı noktasında farklı değerlendirme yapmak isabetsizdir.[371] Bazı durumlarda borçlunun susması bile örneğin edimin yerine getirilebilmesi için sözleşme taraflarının beraberce hareket etmesinin yani iş birliğinin zorunlu olduğu bir sözleşme ilişkisinde alacaklının borçluya hiçbir şekilde ulaşamaması ya da borçlunun, alacaklıyla aralarında mevcut bir diğer sözleşmenin ifasından imtinâ ettikten sonra, yani alacaklının sosyal temastan doğan güvenini sarstıktan sonra diğer sözleşmeyi ifa edip etmeyeceğini açıklamaması dürüstlük kuralı da göz önüne alınırsa (bu husus ileride "sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması" bağlamında incelenmiştir)[372] bu minvalde düşünülebilir. Gerek borçlunun beyanı vasıtasıyla gerekse de tutum ve davranışları vasıtasıyla olsun, değindiğimiz şekillerde ortaya çıkan "edime ilişkin ilerideki ifa tehlikesi *(objektive Erfüllungsgefährdung)*" ve dolayısıyla alacaklı açısından karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* bir sözleşmeyle bağlı kalmanın artık çekilmez hâle gelmesi, ancak ve ancak borçlunun edimi yerine getirmeyeceğine dair bir irade sergilemesine bağlıdır. Başka bir deyişle bu hâller ortaya çıktığında üzerinde dikkatle düşünülmesi gereken husus, borçlunun beyanları ve/veya tutum ve davranışlarından "kesin bir ifa etmeme" iradesine varılıp varılamayacağıdır, yani yapılacak değerlendirme sübjektiftir, borçlu merkezlidir.[373]

---

[370] **Göka,** s.79. Benzer olarak bkz. ve karş. **Müller,** N.77.
[371] **Müller,** N.77.
[372] Bu hususta detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.
[373] **Müller,** N. 76; **Göka,** s.79.

Bir diğer hipotez olarak borçlu; bir sözleşme ilişkisinde beyanları ve/veya tutum ve davranışları ile "kesin bir ifa etmeme" iradesi sergilememiş olmakla birlikte kendi sorumluluk (riziko) sahasından doğan birtakım sebepler ile edime ilişkin ilerideki ifayı tehlikeye sokmuş olabilir. Böyle bir hipotez hukukumuzda bilhassa ayrı bir başlık altında değerlendirilmemiş ve sadece borçluya bir ifa etmeme beyanı olarak yükletilebilecek irade faaliyeti biçiminde incelenmiştir.[374] Fakat böyle bir tavsifin isabetli olduğu söylenemez. Zira edime ilişkin ilerideki ifanın objektif olarak tehlikeye atıldığı durumlarda edimin hiç veya gereği gibi (TBK md.112) yerine getirilmeyeceği öngörüsü, sadece borçlunun beyanlarının ve/veya tutum ve davranışlarının değil; bunların çok daha ötesinde birtakım objektif emârelerin üzerine inşa edilebilir. Sonuç olarak bu gibi hâllerde doğrudan -ve belki de yüzeysel bir yaklaşımla- borçlunun kesin bir ifa etmeme iradesini hâiz olup olmadığına odaklanılmamalı, sadece ilerideki ifanın objektif olarak tehlikeye atılıp atılmadığı üzerinde durulmalıdır.[375] İşte böylece yapılacak bir değerlendirmenin konusu artık objektiflik kazanır. Örneğin, kiraya veren zaten mevcut durumda bir kiracısının olduğu bir depoyu ilerideki bir tarihte kullanıma hazır edilmek şartıyla bir üçüncü kişiye de kiralayabilir. Fakat kiraya verenin üçüncü kişiyle yeni kira sözleşmesini akdettiği esnada öngörmediği yahut öngörüp de göze aldığı birtakım şartların gerçekleşmesi sebebiyle hâlihazırdaki kiracının tahliye edilmesinin, yeni sözleşmede belirtilen kullanıma sunulma vâdesine hatta bu vâdeden çok daha sonrasına bile yetişmeyeceği objektif biçimde anlaşılabilir. İşte böyle bir örnekte, kiraya verenin edimini yerine getirip getirmeme iradesinde bir sorun yoktur ve dolayısıyla kiraya verene (kullanıma sunma borçlusuna) bir "ifa etmeme beyanında"

[374] **Müller,** N.130; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1566, dn.1813; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.76-78. İsviçre hukukunda "somut örnekler" olarak borçlunun malvarlığına ceza hukuku kapsamında el konulması, inşaat ruhsatının zamanında verilmemesi, borçlunun ağır hastalığı veya ödeme güçsüzlüğüne düşmesi, üretim tesislerinin yangın nedeniyle yitirilmesi, kamu otoriteleri ile yaşanan anlaşmazlıklar verilmiştir, bkz. **Müller,** N.131.
[375] **Göka,** s.80.

bulunmuş gibi yükletilebilecek irade faaliyetlerinden bahsetmek mümkün olmaz.[376] İfaya dair tehlike, ancak ve ancak sözleşme ilişkisine etkide bulunan ve borçluya isnat edilebilecek olgulara ilişkin olmak kaydıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında tartışılabilir.[377] Daha önce değindiğimiz gibi "zaman" yönünden olmasa da "konu" yönünden henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte de gündeme gelebilecek durumları düzenleyen TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmünde borçlunun tutumunun yanı sıra *"içinde bulunduğu durum"*un da açıkça zikredilmesinden ötürü doktrinde anılan hükme *"ifa hazırlıklarında olağanüstü derecede geride kalınmış olmasının"* da dâhil edilmesi[378] ve TBK md.473/1 hükmünde işsahibine yüklenemeyecek nedenlerle yaşanılan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre işin vâdesinde bitirilemeyeceğinin açıkça görülmesinin müeyyideye bağlanması[379] verdiğimiz "kira sözleşmesi" ile aynı minvaldeki değerlendirmenin ürünleridir. Çünkü bu gibi durumlarda borçlunun edimini yerine getirmeme konusunda kesin ve açık bir iradeyi hâiz olup olmadığı değil; edime ilişkin ilerideki ifanın objektif olarak tehlikeye atılıp atılmadığı değerlendirilir.[380] Doktrinde *Müller* ve *Göka*'nın isabetle tespit ettiği[381] gibi elbette bu hâllerde bir ifa imkânsızlığının uygulanması gereği söz konusu olmamalıdır.[382] Yine TBK md.98 hükmündeki ifa güçsüzlüğü ve TBK md.138 (§ 313

---

[376] **Göka,** s.80. Kaldı ki bu halde ifa imkânsızlığından da söz edilemez. İfayı tehlikeye düşüren objektif koşullar mevcutsa elbette sonradan ortaya çıkan objektif veya sübjektif imkânsızlık ihtimali tartışılır. Bu tartışmada asıl olan, ifayı engelleyen vâkıanın kalıcı mı yoksa geçici nitelikte mi olduğudur. Yalnızca ikinci durumda, yani engelin geçici olması hâlinde ifa tehlikesinden yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edilebilir, bkz. **Müller,** N.132. İşbu kira sözleşmesi örneğinde de engel, geçicidir. İlk başta öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tatbik sahasına giren bir durum varmış gibi görünmektedir. Oysa borçluya (kiraya verene) isnat edilebilir bir olgu söz konusu olmadığından bu halde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermeyen bir borca aykırılıktan söz edilebilecektir.

[377] **Müller,** N.130.

[378] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1720.

[379] Keza söz konusu gecikme, borçlunun ifaya hazırlık hareketlerini ciddî biçimde ihmal etmesi gibi sebeplerden ileri geliyorsa sırf bu davranışlarıyla dahi edimi ifa etmeme iradesini açık ettiği tespitinde bulunmak yanlış olmayacaktır.

[380] **Gümüşsoy Karakurt,** s.144 vd. Doktrinde Gümüşsoy Karakurt; yüklenicinin işi ifa etmeyeceğini açık bir şekilde beyan etmesi ve iş alanını terk etmesi durumunda işsahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için işin kalan kısmının vâde tarihinde bitirilip bitirilemeyeceğinin araştırılmasına gerek bulunmadığını ifade ederek bu iki hâl arasındaki farka dikkat çekmektedir, bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.146.

[381] **Müller,** N.132; **Göka,** s.81.

[382] *"Bazı durumlarda işin yalnız vade tarihine kadar tamamlanması değil, işin her zaman için ifası imkansız hale gelmiş olabilir. İşin ifasının imkansız olması durumunda artık iş sahibinin TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönmesinden söz edilemez. Böyle bir durumda TBK mad. 473 hükmü*

BGB) hükmündeki aşırı ifa güçlüğü müesseseleri dâhiline giren hâllerde de doğrudan doğruya ilgili hükümler tatbik olunur. İşte bu haklı tespitler nedeniyle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; yalnızca sınırlı durumlarda edime ilişkin ilerideki ifanın objektif olarak tehlikeye atılması şeklinde gündeme gelebilecektir.

Kısacası öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "ihlâl" ögesi, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte, başka bir deyişle borçlunun borcun yerine getirilmesine yönelik hazırlık safhasında gerçekleştirilen olumlu (yapma) yahut olumsuz (yapmama, imtinâ, ihmal) birtakım davranışları sebebiyle öngörülebilir. Bazı hâller vardır ki borçlu, edimini vâdesinde yerine getirmeye hazır ve istekli olmasına rağmen yetersizliği, maharetsizliği, talihsizliği veya üçüncü kişilerin mevcut sözleşme ilişkisine müdâhale etmesi gibi sebeplerle ifaya ilişkin hazırlık hareketlerini tamamlayamayabilir ve bu surette ortaya çıkan gecikme, edimin vaktinde yerine getirilmeyeceğini açık bir biçimde gösterebilir. Örneğin (T)'nin İtalya'daki işyerine üç haftalık bir çalışma için gidecek olan (Y)'nin vize almak için gerekli şartları sağlayamaması, borçlunun her zaman çalıştığı ve güvendiği (F) bankasının içine düştüğü zor durumlar sebebiyle borçlu ile alacaklı arasında sözleşme kurulmuş olmasına rağmen, borçlu için akreditif işlemlerini sonuçlandıramaması, borçlunun alacaklı ile akdettiği sözleşmeden doğan edimini yerine getirebilmesi için zorunlu olan diğer sözleşmeleri yapmaya yanaşmaması, borçlunun üretip teslim etmeyi taahhüt ettiği belirli bir mal için gerekli hammaddeleri temin edememesi[383] durumları böyledir.[384]

---

değil, imkansızlığa 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.", bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.148. Görüldüğü üzere Gümüşsoy Karakurt, işin vâde tarihine kadar yetiştirilememesi olgusu ile ifanın artık sürekli biçimde imkânsızlaşmış olması olgusu arasında önemli bir ayrıma gitmektedir. Aynı yönde olarak bkz. **Öz,** İnşaat, s.183-184.

[383] **Peel,** s.845- 846.

[384] Verdiğimiz son örnek olan borçlunun üretip teslim etmeyi taahhüt ettiği belirli bir mal için gerekli hammaddeleri temin edememesi hâlinde eser sözleşmesine ilişkin TBK md.473/1 hükmüne istinaden alacaklının (işsahibinin) vâdeyi beklemeden sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur. Ki biz çalışmamızda bu hakkı, "öncelenmiş (erken) dönme hakkı" olarak isimlendirmeyi tercih ettik.

Yukarıda değindiklerimize ilâveten Anglo-Sakson hukuk sisteminde kiraya verdiği binasını daha sonradan yıktıran ve fakat yenisi yaptırmayan bir ev sahibin bu davranışı da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa örnek olarak verilmektedir.[385] CISG literatüründe geçen bir kararda, satıcının sözleşmeye konu kıyafetlere dair çizimleri ve modelleri göndermekte gecikmesi, ilerleyen günlerde kıyafetlerin de zamanında teslim edilemeyeceğinin öngörülebilmesi bakımından yeterli sayılmıştır.[386] Yine benzer minvalde örnekler olarak bir gemi kirası sözleşmesinde "geminin deniz şartları için elverişli olmadığı" hususu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte açıkça anlaşılır[387] ve kiraya veren de buna rağmen sözleşmeye konu gemiyi deniz şartlarına elverişli hâle getirmek için zorunlu teknik bilgi ve ekipmanlardan mahrumsa artık ihlâl, öncelenmiş sayılır. Bilhassa deniz taşımacılığı sözleşmelerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sayılabilecek vâkıalara rastlamak mümkündür. Örneğin *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati"* kararında taşıyan (A) ile taşıtan (B) arasında yapılan yolculuk çarteri sözleşmesi uyarınca taşıtan (B), geminin malların yüklenmesi için hazır olduğuna dair ihtarı almasının ardından yedi iş günü dâhilinde malları taşıyan (A)'nın gemisine yüklemeyi taahhüt etmiştir. Her ne kadar 15 Nisan'da ihtar kendisine ulaşsa da taşıtan (B), 22 Nisan'da bile hâlen malları gemiye yüklememiştir. Ardından üçüncü bir kişinin taşıma önerisini kabul eden taşıyan (A), (B)'nin aralarındaki yolculuk çarteri sözleşmesine aykırı davranacağını öngörebildiği, başka bir deyişle (B)'nin borca aykırı hareketleri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verdiği için gemisini başka bir limana sevk etmiştir.[388]

---

[385] *"Johnstone v. Milling",* 1986, 16 Q.B.D. 460, nak.: **Taylor,** s.921.

[386] Anılan karar için bkz. bkz. *"Clothing Case",* ICC, 8786/1997, CISG-online 749. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.9, dn.27. Yine aynı yönde bkz. **Atamer,** CISG, s.410, dn.692.

[387] **Peel,** s.852.

[388] Bkz. *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati"*, Queen's Bench 1957, 2 Q.B. 401, nak.: **Carter,** s.425 vd.; ayrıca bkz. **Peel,** s.846; **Goode, Roy:** "International Restatements of Contracts and English Contract Law", Uniform LR 1998, vol.2, iss.2, ss.231-248, s.240.

Yine PICC'in *"Anticipatory non-performance"* yani öncelenmiş ifa etmeme başlıklı Art.7.3.3 maddesinin resmî şerhinde şöyle bir örnek dikkat çekmektedir: (A), 3 Şubat'ta (X) ülkesindeki limanda "M/S Paul" adlı gemiyle (B)'ye petrol teslim etmeyi taahhüt eder. 25 Ocak'ta M/S Paul limandan hâlâ 2.000 kilometre uzaktadır. Bu hızla giderse 3 Şubat'ta değil, en erken 8 Şubat'ta limana varacaktır. Zaman çok önemli olduğundan, ciddî bir gecikmenin yaşanacağı öngörülebilmekte olduğundan, (B), sözleşmeyi 3 Şubat'ı beklemeden öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden ortadan kaldırabilir.[389] Örnekten de anlaşıldığı üzere borçlunun "iradî bir hareketi" olmasa ve "kusuru" bulunmasa dahi taahhüt edilen edimin, zamanında yerine getirilemeyeceği öngörülebilir.[390]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oldukça önem arz eden görünümlerinden birisi de "borçlunun bir üçüncü kişiyle akdettiği sözleşmenin, alacaklı ile hâlihazırda aralarında kurulmuş olan sözleşmedeki borcun ifasıyla çelişiyor olması" hâlidir. Bu ihtimalde bahsedilen çelişki; ifa zamanı, ifaya ilişkin hazırlık hareketleri veya edimin bizzat kendisi ya da niteliği gibi sebeplerden ileri gelebilir ve nihayetinde borcun vâdesinde veya başka bir açıdan gereği gibi yerine getirilemeyeceği öngörülebilir. Bu hususta dikkat çekmek gerekir ki çelişen sözleşmelerin tarafları aynı ise yani borçlu alacaklıyla bir sözleşme akdettikten sonra bununla çelişir nitelikli bir başka sözleşmeyi yine aynı alacaklıyla akdetmişse artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılık değil de bir yorum problemi meydana gelir.[391]

Daha evvelden öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tarihsel olarak ortaya çıkışını izah etmek için değindiğimiz[392] *Hochster v. De la Tour* davasında De la Tour, Hochster ile daha önceden akdettiği sözleşme ile çelişecek nitelikte bir başka sözleşmeyi üçüncü

[389] **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.259.
[390] Hukukumuzda bu örnekte olduğu gibi bir hâlde TTK md.863, md.867 ve md.1153 ve devamındaki hükümlerin uygulanabileceği görüşü için bkz. **Cumalıoğlu,** s.169.
[391] **Cumalıoğlu,** s.169-170.
[392] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, II. Anglo-Sakson Hukukunda.

bir kimseyle akdetmiş ve aynı tarihlerde (aynı ifa zamanında) söz konusu işi görmeyi, üçüncü kimseye bırakmıştı. Dikkat edilirse ücret ödeme borçlusu olan De la Tour, vâde geldiğinde artık ya Hochster'i ya da üçüncü bir kimseyi seçmek zorunda kalmış ve bir çelişkiye sebebiyet vermiştir. Burada Hochster bakımından alacağı ücret edimi hususunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli, bâriz biçimde ortaya çıkmıştır. Benzer örnekleri sayısız bir biçimde vermek mümkündür: Kiraya veren (A), kiraladığı konutunu kiracı (B)'ye sözleşmenin akdedilmesinden 15 gün sonra teslim etmeyi taahhüt etmiştir. Ancak (A), bu süre zarfında aynı konutu daha yüksek kira bedeli ödemeyi taahhüt eden (C)'ye kiralayıp teslim etmiştir. İşte bu hâlde mevcut pozitif hukukumuza göre (B), 15 gün boyunca bekleyip vâde geldiğinde konut kendisine teslim edilemeyeceği için imkânsızlık veya genel borca aykırılık iddiasıyla TBK md.112 (Art.97 OR) hükme dayanabilecek veya kiraya vereni TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerine istinaden borçlu temerrüdü hükümlerine göre sorumlu tutabilecektir. Hatta bir görüş olarak *Aral* ve *Ayrancı*'ya göre bu hâlde "önemli bir ayıbın" varlığından bahisle TBK md.304 (Art.258 OR) hükmüne dayanmak da mümkündür.[393] Hangi hükme dayanırsa dayansın (B), uğradığı haksızlığa rağmen "vâdeyi" beklemek zorunda kalacaktır. Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bâriz biçimde gerçekleştiği bu örnekte (B)'nin "konutun vâdesinde teslim edilemeyeceği henüz muacceliyetten önceki süreçte açıkça öngörülebildiğinden" bahisle öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi erkenden ortadan kaldırabilmesi, kuşkusuz daha adil bir çözüm olur. Hukukumuzda bu yönde maalesef pozitif bir düzenleme olmasa da Alman hukukunda BGB'de değişiklik yapan ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni yasa bağlamında (Borçlar Hukuku Reform Yasası, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) § 323 Abs.4 BGB hükmünde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde sözleşmeden (öncelenmiş) dönme hakkı getirilmiştir.[394] İleride Türk hukuku bakımından da böyle bir

[393] **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15.B, Ankara 2022, s.338.
[394] **Müller,** N.23. Ayrıca § 323 Abs.4 BGB hükmüne göre: *"Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt*

genel hükmün TBK'da nasıl düzenlenmesi gerektiğini ortaya koyacağız.[395] Doktrinde *Cumalıoğlu* da benzer bir örnek olarak yılbaşı gecesinde sahne alması için şarkıcı (A) ile sözleşme akdeden (B) gazinosunun, şarkıcı (A)'nın yine aynı yılbaşı gecesinde sahne almak üzere daha yüksek ücret teklif eden (C) gazinosuyla bir sözleşme akdettiği öğrenmesi hâlinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanarak erkenden sözleşmeden dönüp yılbaşı gecesi için bir başka sanatçıyla anlaşabileceğini ve böylece hem gazinonun itibarını koruyabileceğini hem de yılbaşı gecesi gibi işlerin oldukça yoğun olacağı bir zamanda büyük zararlara mâruz kalmaktan kaçınabileceğini ifade etmektedir.[396]

Yine cins bir malı konu edinen bir sözleşmede, borçlunun malı, tarafı olduğu bir başka sözleşmeyi ifa edebilmek maksadıyla elinden çıkarması veya çıkaracak olması hâlinde de kuşkusuz öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi gündeme gelir.[397] Elbette bu ihtimalde *"genus non perit* (cins mal telef olmaz)" prensibi nedeniyle ifanın hâlen mümkün olduğu, henüz bir borca aykırılığın gerçekleşmediği argümanı savunulabilir. Fakat dikkat etmek gerekir ki özellikle çok büyük miktarlarda bir cins malın kısa vâdede teslimi taahhüt edilmişse aynı cins malı, aynı miktarda, kısa bir süre içerisinde temin ve teslim etmek oldukça zor olacağından yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi kuvvetle muhtemeldir.[398] Cins mal örneği bir kenara bırakılırsa parça mal bakımından da netice hemen hemen aynıdır: Galerici (G) ile alıcı (A), ikinci el bir otomobilin satımı hususunda anlaşmışlar ve (G), bir hafta sonra otomobili (A)'ye teslim etmeyi taahhüt etmiştir. Ancak (G), 2 gün sonra aynı ikinci el otomobili daha yüksek fiyat veren (B)'ye satmıştır ve 5 gün sonra teslim etmeyi taahhüt etmiştir (böylece G hem A'ya hem de B'ye bir haftalık vâde vermiştir). Bu hâlde (G)

---

der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden." Hükme göre alacaklı, dönme hakkının şartlarının sağlanacağının önceden açıkça anlaşılabilir olması hâlinde vâdeden önce sözleşmeden dönebilir [öncelenmiş (erken) dönme hakkı].

[395] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

[396] **Cumalıoğlu,** s.170.

[397] **Peel,** s.845.

[398] **Cumalıoğlu,** s.170.

bakımından birkaç olasılık söz konusudur. İlk olasılıkta (G), otomobili bir hafta sonra (A)'ya teslim edebilir; ikinci olasılıkta (G) otomobili 5 gün sonra (B)'ye teslim edebilir; üçüncü olasılıkta (G) otomobili (B)'ye teslim eder fakat hemen pişman olup otomobili (B)'den geri alıp aynı gün (A)'ya teslim edebilir. İlk olasılıkta (B) bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan faydalanmak mümkündür, ikinci olasılıkta (A) bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan faydalanmak mümkündür, üçüncü olasılıkta ise aynı gün içinde hem (A) hem de (B) bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan faydalanmak mümkündür. Kısacası (G)'nin hem (A) ile hem de (B) ile akdettiği parça borcu konulu sözleşmeyi ifa etme niyetinde olmadığı, duruma göre farklı kişilerce açıkça öngörülebilmektedir.[399] Bu olasılıkların hiçbirinde ileride değineceğimiz üzere[400] ifanın imkânsızlaşıp imkânsızlaşmadığını tartışmaya gerek yoktur; zira önem arz eden husus, borçlunun beyanlarının ve/veya tutum ve davranışlarının -ki bunun içerisine borçlunun üçüncü kişilerle çelişkiye sebebiyet verecek başka bir sözleşme akdetmesi de girer- edimini vâdesinde ifa etmeyeceğini ortaya koyup koymadığıdır.

Kanaatimizce "zincirleme öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" olarak adlandırabileceğimiz, tümüyle birbirinden bağımsız olan ancak aynı "konuda" akdedilmiş sözleşmeler bakımından da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir. Bu hâlde sözleşmelerden birinde ortaya çıkan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, diğer sözleşmede de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açar. Örneğin sınırlı sayıda *(limited collection)* ve özel dikim takım elbiseler satan (X) mağazası, (A) alıcısına 10 adet özel takım elbiseyi 25.07.2025 tarihinde teslim etmek üzere satmış ve sözleşme 05.07.2025 tarihinde akdedilmiştir. Ardından siparişin gereğini yerine getirmek için (X) mağazası, birlikte çalıştıkları (T) terzisine 10 adet özel dikim takım

[399] **Smith,** s.175-176.
[400] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 8, I, D. Sübjektif (Gerçek Olmayan) İmkânsızlığın Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık ile İlişkisi.

elbiseleri hazırlama talimatı vermiş ve (X) mağazası ile (T) arasında akdedilen eser sözleşmesinde takım elbiselerin 24.07.2025 tarihinde (X) mağazasına teslim edilmesi kararlaştırılmıştır. Ardından (T) terzisi, gerekli top kumaşları bu türden mal satan (K)'den sipariş etmiş ve 10.07.2025 tarihinde kumaşların kendisine teslim edileceği sözünü almıştır. Ne var ki kumaş dükkanında çıkan bir yangın neticesinde dükkanla birlikte tüm kumaşlar yanarak yok olmuştur. Bu hâlde (T) terzisi, yangın haberini aldığında artık edimin vâdesinde (10.07.2025) yerine getirilemeyeceği açıkça öngörülebildiğinden öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmeden vâdeyi beklemeden dönebilecektir. Yine bunu öğrenen (X) mağazası, (T) terzisinin riziko sahasına giren bir sebepten ötürü takım elbiseleri dikip de vâdesinde (24.07.2025) teslim edemeyeceğini açıkça öngörebildiğinden öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmeden vâdeyi beklemeden dönebilecektir. Nihayetinde (A) alıcısı da artık bu kadar kısa bir süre içerisinde özel dikim takım elbiselerin (X) mağazası tarafından temin edilemeyeceğini açıkça öngörebiliyorsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanarak sözleşmeden erkenden dönebilmelidir. Bu zincirleme öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta şimdiye kadar izah ettiğimiz kronolojiyi takip etmek kanaatimizce isabetli olsa da "zorunlu değildir". Şöyle ki (K)'nin dükkanındaki yangın neticesinde tüm kumaşların yok olduğunu öğrenen nihaî alıcı (A), (X) mağazasının veya (T) terzisinin ne yapacağını, "kendi aralarındaki sözleşmelerden dönüp dönmeyeceklerini beklemeye gerek olmaksızın" bizzat sırf hammaddenin temin edilemeyeceğini, zamanın kısıtlı olduğunu düşünerek de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanıp (X) mağazasıyla akdettiği satım sözleşmesinden vâdesinden önce dönebilmelidir. Yine aynı mantıkla (K)'nin dükkanındaki yangın neticesinde tüm kumaşların yok olduğunu öğrenen (X) mağazası da (T) terzisinin ne yapacağını, "kumaşçıyla kendi arasındaki sözleşmeden dönüp dönmeyeceğini beklemeye gerek olmaksızın" bizzat öncelenmiş sözleşmeye dayanıp (T) terzisiyle akdettiği eser

sözleşmesinden vâdesinden önce dönebilmelidir.[401] Zira örnek olarak verdiğimiz zincirleme öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hem kronolojik bir sırayla hem de böyle bir sıra gözetilmeden işletilebilmesi, çok büyük çaplı veya uluslararası nitelikli ticarî projelerde oldukça önem arz edecektir. Kanaatimizce ticaret hayatında "zaman" da bir nev'i paradır.

Doktrinde *Cumalıoğlu;* satım sözleşmesine konu olan bir malın, henüz alıcıya devredilmeden evvel, mal üzerinde alıcının kazanacağı mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasını, mülkiyetin içerdiği yetkileri özgürce kullanmasını engelleyebilecek birtakım kısıtlamaların getirilmesinin de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre noterde yapılan bir taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin ardından -sözleşme tapuya şerh edilmemişse- tapuda satışın yapılacağı tarih olarak tâyin edilen günden önce, konut üzerinde mülkiyet hakkını kısıtlayan sükna veya intifa gibi bir sınırlı aynî hak tesis edilirse öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gündeme gelebilir.[402] Zira alıcı, bunu tapuda satış yapılmadan önce öğrendiğinde artık ileride yapılacak satım sözleşmesinden doğan borcun (konutun mülkiyetini tam ve gereği gibi devretme borcunun) ifa edilmeyeceğini açıkça ve muacceliyetten önce anlayabilir durumdadır. Dikkat etmek gerekir ki bu durumda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; konutun satımında değil, taşınmaz satım vaadi sözleşmesinde meydana gelmiştir.

Yine *Cumalıoğlu*'na göre taşınmaz satım vaadi sözleşmesine konu olan bir konuta dair -sözleşme tapuya şerh edilmemişse- henüz tapuda satım gerçekleştirilmeden bir kira sözleşmesi akdedilmiş ve kira hakkı şerhedilmişse, her ne kadar kira ilişkisi

---

[401] Hatta bu hâlde pozitif hukukumuzda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair bir hüküm şu ân için mevcut olmasa bile (X) mağazası "işsahibi" olarak, "yüklenici" olan (T) terzisiyle akdettiği eser sözleşmesinden TBK md.473/1 hükmüne istinaden erkenden (vâdeyi beklemeden) dönebilecektir. Anılan hükme göre: *"Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."*

[402] **Cumalıoğlu,** s.171.

ileride konutun mülkiyetinin taşınmaz satım vaadi alacaklısına devredilmesine hiçbir engel teşkil etmese dahi taşınmaz satım vaadi sözleşmesi akdedilirken alıcının satıcı tarafından bilinen veya bilinmesi beklenilebilecek olan sözleşmeden umduğu menfaat ve maksatla çeliştiği oranda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilir.[403]

1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü" – *"endgültige Erfüllungsverweigerung"*)

Borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde edimini yerine getirmeyeceğini beyan ettiği yahut bu tavrın borçlunun tutum ve davranışlarından net bir biçimde anlaşılabildiği hâller "borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken ifadan haksız biçimde kaçınması (öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sübjektif görünümü) altbaşlığında tasnif edilebilir.[404] Doktrinde bu hâllere değinilirken de yaygın olarak "kaçınma (imtinâ)" kelimesinin tercih edildiği görülmüştür. Örneğin *Serozan*, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan vâdeden önce, borcunu ifa etmeyeceğini beyan etmesini *"kaçınma bildirimi"* kavramıyla tanımlarken;[405] *Eren* de bu hâli *"borçlunun ifadan, önceden açıkça kaçınması"* biçiminde anlatmayı tercih etmektedir.[406] Yine *Oğuzman* ve *Öz* de borçlunun edimini ifa etmeyeceğini beyan ettiği yahut bunun borçlunun tutum ve davranışlarından anlaşıldığı durumları toplu bir üstbaşlıkta *"vadeden önce ifadan kaçınma"* şeklinde nitelendirmektedir.[407] Bu hususu anlatmak için hemen her yazarın benimsediği "kaçınma" kavramı, esasen pozitif hukukta kullanılan yani yasal dayanağı olan bir terminolojiye işaret eder. Çünkü "kaçınma" kavramı, alacaklı temerrüdüne dair TBK md.106 (Art.91 OR) hükmünde belirtildiği gibi alacaklının *"gereken hazırlık fiillerini*

[403] **Cumalıoğlu,** s.171-172.
[404] Bkz. **Müller,** N.73 vd.
[405] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.317. Serozan'ın deyimiyle *"daha ifa günü gelmemiş bir borcun ifasından kaçınacağını bildiren borçluya…"*, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.315.
[406] **Eren,** Borçlar Genel, N.3290.
[407] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1571.

yapmaktan kaçınması" şeklinde haksızlık yani hukuka veya sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir "yapmama" yahut "yapmayı reddetme" davranışından ibarettir.[408] Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bir kenara bırakılacak olursa "ifadan kaçınma (imtinâ)" denildiğinde ise esasen çoğu durumda bir hakka dayanan bir yapmama davranışı yahut yapmayı reddetme davranışı kastedilmektedir.[409] Gerçekten de doktrinde TBK md.98 (Art.83 OR) hükmündeki ifa güçsüzlüğü def'i tarif edilirken tercih edilen yahut TBK md.140 (Art.121 OR), md.187 (Art.168 OR), md.291/3 (Art.246 Abs.3 OR) ve nihayetinde md.390 (Art.316 OR) hükümlerinde yer alan "kaçınma" ibareleri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinde tercih edilenden çok farklı bir biçimde "hakka dayanan" yani "haklı" birer yapmama davranışından ibarettir.[410] Nihayetinde belirtmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesindeki "kaçınma" ile yukarıda örnek niteliğinde saydığımız TBK hükümlerindeki "kaçınma" arasındaki ayırt edici farklılık; başlı başına bir borca aykırılık hâli olduğunu düşündüğümüz öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamındaki "kaçınma"nın, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde edimi yerine getirmekten, eş deyişle ifadan kaçınmanın haksızlığında[411] (hukuka uygun bir temeli olmamasında, sözleşmeye aykırılık teşkil etmesinde, sözleşmenin nihaî amacını tehlikeye sokmasında ve benzeri) yatar.

---

[408] **Göka,** s.82.
[409] **Göka,** s.82.
[410] Örnek olarak *"borçlunun edimi ifadan **kaçınma** hakkı bulunmamalıdır."*, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3428. Bkz. TBK md.98 hükmünde *"...karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından **kaçınabilir**."*, yine TBK md.140 hükmünde *"asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulundukça, kefili de alacaklıya ifada bulunmaktan **kaçınabilir**."*, yine TBK md.187 hükmünde *"kime ait olduğu çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusu, ifadan **kaçınabilir**..."*, yine TBK md.291/3 hükmünde *"bağışlama konusunun değeri, yüklemenin yerine getirilmesi masraflarını karşılamaz ve aşan kısım kendisine ödenmezse bağışlanan, yüklemeyi yerine getirmekten **kaçınabilir**."*, nihayetinde TBK md.390 hükmünde *"ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden **kaçınabilir**."* İşte sayıları daha da artırılabilecek örnek hükümlerde "kaçınma" hep haklı, yani hakka dayanan, hukukça korunan bir imkân olarak tanınmıştır. Oysa başlı başına bağımsız bir borca aykırılık hâli olduğunu düşündüğümüz öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında "kaçınma" veya "ifadan kaçınma" haksız, hukuka veya sözleşmeye aykırı bir davranış teşkil etmeli, yani borca aykırılığın özünü oluşturan bir davranış olarak tavsif edilebilmelidir.
[411] Keza *"Bence, borçlunun daha ifa günü gelmeden önce borcunu ifa etmeyeceğini ciddî ve kesin bir biçimde, haksız yere ve 'kusurlu olarak' (bile bile) alacaklıya duyurması, bildirmesi, alacaklının korunmaya değer güvenini kökünden sarsıcı bir davranış yükümüne aykırılıktır..."*, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318.

Gerçekten de her ne olursa olsun, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edilecekse borçlunun edimini ifa etmeyeceğine dair beyanı "haksız" olmalıdır.[412] Örneğin bizzat sözleşmeyle borçluya bu minvalde bir imtinâ hakkı verilmişse yahut karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* bir sözleşmede karşı tarafın ifa güçsüzlüğü sebebiyle, borçlu ediminin ifasını askıya alarak edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmişse, artık bu beyanlar "haksız" olarak tavsif edilemeyeceğinden öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da meydana gelmez. Bu görüşün temeli, Anglo-Sakson hukukuna dayanmaktadır.[413]

a. Edimi İfa Etmeme İradesinin Kaçınmak Suretiyle Açıklanması

Bu hâlde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte haksız bir biçimde edimini yerine getirmekten kaçınan borçlu, bir "ifa etmeme" iradesi ileri sürer. Borçlu böyle bir iradeyi, doğrudan doğruya beyanları[414] ve/veya tutum ve davranışlarıyla[415] sergileyebilir. İsviçre hukukundaki yazarlardan *Müller* ve *Rampini*'ye göre, bu hâlin gerçekleştiğini kabul etmek için borçlunun tümüyle edimi ifa etmekten imtinâ etmesi şartı aranmamalı; yalnızca sözleşmeye uygun biçimde davranmaya, bu yönde hareket etmeye yanaşmaması bile yeterli görülmelidir:[416] Örneğin borçlunun sözleşmeyle artık bağlı hissetmediğini veya sözleşmenin geçersiz oluğunu düşündüğünü ifade etmesi, iş birliğinin artık mümkün olmadığını söylemesi böyledir.[417] Fakat daha önce de değindiğimiz üzere, herhâlde, borçlunun ifadan kaçınması, kural olarak, sözleşmedeki aslî edim yükümlülüğüne ilişkin bir imtinâ niteliğinde olmalıdır.[418] Ancak

---

[412] **Müller,** N.58.
[413] **O'Sullivan/Hilliard**, s.367.
[414] **Müller,** N.74-75; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1563, N.1566, dn.1813; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.315 ve s.318; **Sert/Cihan,** s.902 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Başoğlu,** s.287; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.81; **Kurt,** İmkânsızlık, s.48, dn.48; **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.220, dn.217; **Eren,** Borçlar Genel, N.3290; **Nomer,** s.383.
[415] **Müller,** N.76; **Başoğlu,** s.287; **Gümüşsoy Karakurt,** s.73-74 ve s.77; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.76-78; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1566, dn.1813; **Baysal,** Müterafik, s.319 vd.
[416] **Müller,** N.75-76; Rampini'nin görüşü için bkz. **Göka,** s.82.
[417] **Müller,** N.75.
[418] **Göka,** s.83.

bu kuralın kanaatimizce yan edim yükümlülüklerini ve yan yükümleri de kapsar biçimde değiştirilmesi gerekli olup her tür akdî yükümlülük ihlâlinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebileceği gözden kaçırılmamalıdır.[419]

aa. Borçlunun Edimini İfa Etmeyeceğini Beyan Etmesi

Hukukumuzda sözleşmeden kaynaklanan bir borcun, doğumu ânından muaccel olması anına kadar geçen süre zarfında ihlâl edilmesine dair birtakım özel düzenlemeler bulunmakla birlikte, maalesef genel bir hükmün olmaması sebebiyle, bilhassa borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi hususunda kanunda bir boşluğun (gerçek ve teknik anlamda) mevcut olduğu ifade edilir.[420]

Çeşitli vesilelerle ifade edildiği üzere, bir sözleşmede borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde kesin bir biçimde beyan etmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın yaygın, tipik ve alışılmış bir görünümüdür.[421] Hatta bazen borçlunun işbu beyanına dair doktrinel tartışmalarda *"anticipatory breach"* kuramının sadece borçlunun bu beyanı ve borcunu inkâr etmesiyle sınırlı olduğu zannedilir. Halbuki Türkiye'nin de taraf olduğu CISG'de bu müessese, sadece borçlunun borcunu ifa etmeyeceği beyanı *(anticipatory repudiation)* ile sınırlı olarak düzenlenmeyip ileride daha detaylı değineceğimiz üzere[422] savaş, yangın, ihrâcat ve ithâlat yasakları (ambargo), iflâs ve aciz gibi durumlar da bu bağlamda değerlendirilir. Kısacası öncelenmiş sözleşmeye aykırılık *(anticipatory breach),* borçlunun borcunu ifa etmeyeceği beyanından *(anticipatory repudiation)* ile sınırlı değildir. Hâl böyle olmakla birlikte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi

[419] bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 2. Türk Hukukunda. Yine bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, I, C, 2. Aslî Edim Yükümlülüğü, Yan Edim Yükümlülüğü ve Yan Yükümler Açısından Değerlendirme.
[420] **Başoğlu,** s.287. İsviçre hukukunda da durum farksızdır, bkz. ve karş. **Müller,** N.13 ve N.22.
[421] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1566, dn.1813; bkz. **Müller,** N.9, N.87.
[422] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 8, II. Viyana Satım Sözleşmesi'nde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Sebebi Olarak Sonraki İfa İmkânsızlığı. Yine ayrıca bkz. ve karş. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, III, B, 2, a. Yükümlülüklerin Esaslı Bir Kısmının İhlâli Tehlikesi [CISG md.71/1 Hükmünün (a) bendi].

dâhiline her şeyden önce, "ifa etmeme iradesi"nin açık, kesin, net ve ciddî bir biçimde duyurulması girer.[423] Fakat bunun mutlaka "ben edimimi yerine getirmeyeceğim ya da borcumu ifa etmeyeceğim!" ve sâir beyanlarla dışarıya aktarılması gerekli değildir. Kaldı ki hayatın olağan akışında alışılageldik tecrübeler, ifadan kaçınmaya niyetli olan borçlunun bu denli dürüst ve açık davranmayı tercih etmeyeceğini ve ifadan kaçınmasına, muhtelif gerekçeler bulacağını, deyim yerindeyse, bir kılıf uyduracağını gösterir.[424] İşte bundan ötürü borçlunun sadece "edimini yerine getirmeyeceğini, borcunu ifa etmeyeceğini" beyan etmesi değil, kesin olarak edimini ifa etmeme iradesini hâiz olduğunu gösteren her türlü cümlesi veya açıklaması, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilir. Örneğin günlük hayatta sıkça karşılaşılan, borcunu ifa etmek istemeyen bir borçlunun "ortada zaten geçerli yahut bağlayıcı olan bir sözleşmenin mevcut olmadığını" kesin biçimde beyan etmesi de bu altbaşlıkta düşünülmelidir.[425] Elbette önemle vurgulanmalıdır ki bunun "kesin biçimde" olması gerekir yoksa sadece sözleşmenin yorumu konusunda taraflar arasında meydana gelen ihtilâflar veya görüş farklılıkları, metne verilebilecek değişik anlamlar, hiçbir şekilde kesin bir ifadan kaçınma hâli olarak tavsif edilmemelidir.[426] Bununla birlikte doktrinde "borcumu yerine getirmeyeceğim!" cümlesinin "ortada bir borç yok" veya "sana borcum yok" cümlesi ile tamamen aynı anlamda yorumlanması gerektiği de ifade edilmektedir.[427]

Hukuk pratiğinde sıkça meydana gelebilecek bir başka hâl ise, sözleşmenin "bu sözleşmede kararlaştırılmamış ve yasal dayanağı da bulunmayan birtakım koşullara bağlı olarak ifa edileceğinin" beyan edilmesidir. Başka bir deyişle borçlunun, hukuken hiçbir hakkı olmamasına karşın alacaklıya daha önceden hiç tartışmadıkları yeni bir şart ileri sürüp "böyle yaparsan borcumu yerine getiririm, şöyle yaparsan getirmem" demesi

[423] **Müller,** N.101; **Başoğlu,** s.287; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Sert/Cihan,** s.902 vd.; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.315 vd.; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401; **Eren,** Borçlar Genel, N.3290.
[424] **Müller,** N.75; **Weidt,** s.116.
[425] **Müller,** N.75; **Göka,** s.83.
[426] **Müller,** N.101-102; **Göka,** s.83.
[427] **Cumalıoğlu,** s.172.

de borçlunun edimini ifa etmeyeceği beyanıyla *(anticipatory repudiation)* aynı değerlendirilir.[428] Ancak sözleşmedeki ifanın akıbetinin, hukuka aykırı olarak bu tür koşullara bağlanması, borçlunun sözleşmeyle ilgili hatalı anlayışından ileri gelmekteyse ortada "kesin biçimde ifadan imtinâ hâli"nin mevcut olup olmadığı aşağıda[429] değindiğimiz yöntemlerle tespit edilmelidir. Şayet borçlu, bir hata altında olmadan sözleşmede kararlaştırılmamış birtakım koşulları varsayıp bunlara dayanarak yani sözleşme şartlarını âdeta tek taraflı değiştirmişçesine hareket ederek alacaklı bakımından sözleşmeye devam etmeyi önemli ölçüde güçleştiriyorsa artık borçlunun kesin biçimde ifadan imtinâ ettiği *(anticipatory repudiation)* düşünülmelidir.[430]

Borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan etmesi *(anticipatory repudiation),* ileride detaylıca değineceğimiz üzere,[431] CISG md.25 hükmü anlamında esaslı bir ihlâle de çoğu kez sebebiyet verebilir. *(fundamental breach).*[432] Keza CISG literatüründeki kararlara göre satıcının alıcıya sözleşmede taahhüt ettiği makinelerini üçüncü bir kimseye sattığını bildirmesi,[433] satıcının akreditif koşulları dâhilinde bulunan konişmentoya dair koşulun çıkartılmaması durumunda kendi borcunu yerine getirmeyeceğini beyan etmesi[434] esaslı bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verecektir.

Alman hukuk sisteminde ise borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine dair sözlü beyanı veya bu minvaldeki açık davranışı, edimini ifa etmek istememesi veya ifa

---

[428] **Cumalıoğlu,** s.172-173.
[429] Bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, c. "Kesinlik" Koşulu.
[430] **Müller,** N.75; **Göka,** s.84.
[431] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, III, B. Öncelenmiş Esaslı İhlâl.
[432] **Gündoğdu, Fatih:** "Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları", İKÜHFD 2011, C.10, S.2, ss.331-355, s.335-336.
[433] Bkz. "*Used Printing Machines Sase I",* OLG Celle, 24.05.1995, CISG-online 152. İşbu karar nak.: **Atamer,** CISG, s.307, dn.129.
[434] Bkz. *"Magellan Int'l Corporation v. Salzgitter Handel GmbH",* Dist. Ct. Northern District of Illinois, 07.12.1999, CISG-online 439; *"Downs Investments Pty Ltd. v. Perjawa Steel SDN BHD",* Supr. Ct. Qld, 17.11.2000, CISG-online 587. Anılan tüm bu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.11, dn.29; **Atamer,** CISG, s.410, dn.694.

etmek istese de edemeyecek olduğunu beyan etmesi hep aynı kapsamda değerlendirilir ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilir.[435]

Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise borçlunun gerçekte mevcut olmayan bir mücbir sebebi ileri sürerek edimini yerine getiremeyeceğini beyan etmesi,[436] borçlunun sözleşmenin tümüyle varlığını inkâr etmesi,[437] borçlunun iyiniyetli bile olsa sözleşmedeki bir hükmü hataya düşerek mevcut akdî ilişkiyi kendisine tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi verdiği biçiminde yanlış yorumlayıp sözleşmeyi sona erdirdiğini beyan etmesi,[438] tarafların sözleşmeyi farklı şekillerde yorumlayıp kendilerince hareket etmeleri[439] çelişkili davranış yasağına *(venire contra factum proprium)* aykırı davranışlar,[440] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilecek ihtimaller olarak ele alınmıştır.

---

[435] Detaylar için bkz. **Weidt,** s.116-120.

[436] İlgili karar için bkz. *"The Mihalis Angelos",* 1971, 1 Q.B. 164, nak.: **Carter,** s.428 vd.

[437] **Swanton,** s.71; **Peel,** s.849. Bu hususu somutlaştırmak gerekirse: Kira sözleşmesinde konutunu kiraya veren (M), konutun teslimine iki ay kala, kiracı (K) ile "aralarında bir kira sözleşmesi kurulmadığını, sadece birtakım müzâkereler gerçekleştirdiklerini lâkin bu müzâkereler neticesinde uzlaşının tesis edilemediğini" söyleyerek (K)'ye karşı konutu teslim ve kullandırma borcunun doğmadığını iddia ederse durum böyledir. Yine (A), iyiniyetli ancak hatalı olarak, temsilcisi (T)'nin bahse konu sözleşmeyi akdetmeye yetkili olmadığını ifade ederek sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürdüğünde de durum böyledir, bkz. **Smith,** s.176.

[438] **Smith,** s.176.

[439] Bir sözleşmenin tarafları olan (K) ve (L), sözleşmeyi farklı şekillerde yorumlamaktadırlar. (K), kendi yorumlamasını esas alarak edimini yerine getireceğini ifade ederken; (L) ise edimin ancak kendi yorumlamasına göre yerine getirilebileceğini ileri sürmektedir. Elbette böyle bir ihtimalde (K) haklı kabul edilirse (L) haksız, (L) haklı kabul edilirse (K) haksız sayılacaktır, bkz. **Smith,** s.176. İşte böyle bir olayda (K)'nin kendi yorumunda diretmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilir; zira (K), edimini samimiyetle yerine getireceğini belirtse de (L) haklı ise gerçekten de borç, sözleşmeye uygun olarak yahut vâdesinde ifa edilemeyecektir, bkz. **Cumalıoğlu,** s.173, dn.104.

[440] Bu konuda Avustralya mahkemelerinde gündeme gelen bir davada, borçlunun mevcut sözleşme hükümleriyle çelişen beyanı, -Türk hukuku bakımından- kaynağı TMK md.2 hükmündeki dürüstlük kuralı olan "çelişkili davranış yasağına *(venire contra factum proprium)"* aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Karara konu olaya göre taraflar arasındaki sözleşme, bir FOB *(Free on Board)* satımını konu edinmektedir. Sözleşmede kararlaştırıldığı üzere satıcı, malları 1951 senesinin ocak ve şubat ayları boyunca, Sydney limanında, alıcının on dört gün önceden çekeceği bir ihtarda göstereceği bir gemiye yükleyecektir. Ancak 31 Ocak tarihinde satıcı, malları sadece Melbourne limanından yükleme imkânı olduğunu beyan eder. Bunu öğrenen alıcı ise şubat ayı müddetince sarf ettiği bütün gayretlerine rağmen Melbourne limanından hareket edecek bir gemi bulup da satıcıya bildiremez. Ardından alıcı, mart ayının ilk günlerinde aynı malı bir başka satıcıdan daha yüksek bedelle satın almak zorunda kalır ve dolayısıyla ilk satıcıya tazminat davası açar. Satıcı ise savunmasında, 31 Ocak'ta gerçekleşen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın alıcı tarafından kabul edilmediğini ve sonrasında da zaten alıcının bir ihtar çekip de gemi tâyin etmediğini ileri sürerek davanın reddini talep eder. Yüksek Mahkeme ise satıcının "vâdesinde gönderim yapmamasını" esas alarak davanın kabulüne hükmeder. Yüksek Mahkemenin değerlendirmesine göre satıcı, alıcının bir ihtar çekip gemiyi tâyin etmesi ve bildirmesi şeklindeki sözleşme klozuna, "çelişkili davranışlarıyla" aykırı hareket etmiştir. Dolayısıyla sözleşme, bahse konu

Hukukumuz bakımından ele alacak olursak borçlunun sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişikliğe gittiğini beyan etmesi hâlinde de borçlunun kesin biçimde ifadan kaçındığı düşünülmelidir;[441] çünkü bu durum, borçlunun sözleşmeyi ilk hâliyle yani en azından taraflarca müzâkere edilip anlaşılan hükümler dâhilinde ifa etmek istemediği yönünde bir iradesini gösterir. Ne var ki Yargıtay, böyle bir olasılığı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak adlandırmamakla beraber, böyle bir beyana muhatap olan alacaklının sözleşmeden dönme hakkına sahip olması gerektiğine hükmetmiştir.[442] Başka bir deyişle Yargıtay, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa bağlanan hukukî sonuçlardan en önemlisi olan sözleşmeden "erken" dönme hakkına dikkat çekmiş fakat bunu öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla gerekçelendirmemiştir. Doktrinde *Nomer,* bu olguyu, Yargıtay'ın işaret ettiğimiz pratiğinden hareketle *"taraflarca sözleşme koşulları*

---

kloz olmadan yerine getirilmelidir. Bkz. *"Peter Turnbull v. Mundus"*, nak.: **Liu,** Anticipatory Breach, s.102. Doktrinde Cumalıoğlu'nun isabetli olarak ifade ettiği üzere Türk hukuku bakımından "çelişkili davranış yasağına *(venire contra factum proprium)"* aykırılık, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilir. Yazar buna örnek olarak (A)'nın (B)'ye önceki sözleşmeleri imzalayan temsilcisinin temsil yetkisini hâiz olmadığını bildirmesinin, (A)'nın ileride vâdesi gelecek sözleşmelerden kaynaklanan edimlerini yerine getirmeyeceğine dair mâkul bir kuşku yaratabileceğini vermekte ve esasen bu durumun akdin müspet ihlâli sebebiyle meydana gelen bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Cumalıoğlu,** s.174, dn.106. Anglo-Sakson hukuk literatüründe geçen 1831 tarihli *"Planche v. Colburn"* davasında kitap yazmayı taahhüt eden Planche'nin bu edimine karşılık Colburn, bir miktar para ödemeyi taahhüt eder ancak henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte Colburn, kitabın konusunu ve fikrini değiştirdiğini ifade eder. Doktrinde Cumalıoğlu ve Erverdi; böyle bir olay karşısında Türk hukukunda tatbik edilebilecek özel bir hükmün mevcut olmadığını, TBK md.491/3 ve FSEK md.58 hükümlerinde yayımcının edimlerini ifa etmek hususunda mütemerrit olması hâlinde yayımlatanın sözleşmeden cayma hakkını kullanabileceğinin ifade edildiğini, oysa yayımcının sadece temerrüdünde değil, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sayılan örnekteki gibi hareketlerinde de yayımlatanı sözleşmedeki sürenin sonuna dek sözleşmeyle bağlı kalmaya mecbur etmemek ve eser sözleşmesine dair TBK md.473/1 hükmünde olduğu üzere erken bir dönme hakkı tanımanın daha isabetli olacağını belirtmektedirler, bkz. **Cumalıoğlu, Emre/Erverdi, Zeynep:** "Türk Borçlar Kanunu'nun Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ile Yapılan Değişiklikler ve Getirilen Yenilikler", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, ss.389-413, s.403. Yine doktrinde *"Planche v. Colburn"* davasındaki gibi bir olayda eserin sözleşmeye aykırı bir biçimde hazırlanmış olması durumunda ise TBK md.473/1 hükmüne yahut tereddüt hâlinde TBK md.112 ve bilhassa TBK md.117 ile TBK md.123 hükümlerine gidilebileceği ileri sürülmektedir, bkz. **Franko, Nisim İ.:** Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (B.K. 373-381), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No:167, Ankara 1981, s.40.

[441] **Müller,** N.75; **Weidt,** s.117; **Göka,** s.84.

[442] İlgili Yargıtay kararına göre: *"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."* **[Yargıtay 15.HD, E.2006/4710, K.2007/5271, T.12.09.2007,** nak.: **Nomer,** s.454, dn.1801].

tek yanlı olarak değiştirilemez. Bu yöndeki bildirimi kabul etmeyen diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkı doğar." şeklinde temellendirmiştir.[443]

Önemli bir problem olarak açıklığa kavuşturulması gerekir ki borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde haksız bir biçimde, başka bir deyişle hiç veya yeterli bir gerekçe göstermeksizin, sözleşmeden döndüğünü yahut karşılıklı edimlerin aynen ifasından vazgeçip de tazminat istediğini beyan etmesi hâlinde "kesin bir biçimde ifadan kaçınma *(anticipatory repudiation)"* gündeme gelmeli midir?[444] Problemin çözümü için her şeyden önce ifade edilmelidir ki doktrinde; kanunda ancak belirli birtakım sebeplerin ortaya çıkması durumunda başvurulabileceği kabul edilen yenilik doğuran hakların hiç veya yeterli bir gerekçe olmaksızın kullanılması hâlinde bunun hiçbir hukukî sonuç yaratmayacağı görüşü egemendir.[445] Hâl böyle olunca bu hususta yürütülen başlıca ve kayda değer bir tartışma, hukukî sonuç yaratmayan bir yenilik doğuran beyanın, tahvil *(convertion)* işlemiyle, başka türden bir beyan biçiminde ele alınmasının mümkün olup olmadığıdır.[446] Alman hukukunda kabul edilen görüşe göre; haksız biçimde sözleşmeden dönülmesi veya sözleşmenin iptali yahut aynen ifadan vazgeçilip tazminat istenmesi gibi durumlarda bundan sözleşmenin geçerliliğinin borçlu tarafından kesin biçimde reddedildiği minvalinde bir anlama varılabilecekse, artık henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ifadan imtinânın mevcut olduğu sonucu çıkarılmalıdır.[447] Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair emsal kararına konu olan olayda da bir sözleşmedeki alacaklı ve borçlu karşılıklı olarak aynen ifadan vazgeçip tazminat istemişler ve Yüksek Mahkeme, bu hâlde haksız olan tarafın henüz muacceliyetin

[443] **Nomer,** N.197.10.
[444] Probleme işaret eden, bkz. **Göka,** s.84.
[445] **Buz, Vedat:** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, 235 vd.; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.219 vd. Ayrıca belirtmek gerekir ki değindiğimiz bu doktrinel kabulün yasal birtakım ayrıksı hâlleri de mevcuttur. Bunlar için bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran, s.209 vd.; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.221-225.
[446] Konuya dair daha detaylı bilgi için bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran, s.242 vd.
[447] **Weidt,** s.117; **Göka,** s.85.

gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde haksız biçimde ifadan kaçındığını ve bu surette sözleşmenin maksadını tehlikeye düşürdüğünü hüküm altına almıştır.[448] Doktrinde, *Göka'*nın ifade ettiği üzere Alman hukukunda ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin olaya yaklaşımında durum değinildiği gibi olsa da hiç veya yeterli bir gerekçe olmaksızın sözleşmeden dönüldüğü, sözleşmenin iptal edildiği yahut aynen ifadan vazgeçilip tazminat istendiği her hâl ve kârda, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde haksız biçimde ifadan imtinâ ettiğini tespit etmek isabetli olmayabilir.[449] İsabetli bir tespitte bulunabilmek adına her şeyden önce, hiç veya yeterli bir gerekçe olmaksızın kullanılan yenilik doğuran hakka ilişkin beyan incelenip bunun bir başka hukukî işleme (örneğin sözleşmenin karşılıklı ortadan kaldırılmasını sonuçlayan bir ikale işlemine) yahut serbestçe kullanılabilecek bir başka yenilik doğuran hakka çevrilmesinin (tahvilinin) somut olayda genellikle tarafların tahvil faaliyeti sonucunda ortaya çıkacak yeni hukukî işlemi yapmak hususunda varsayımsal (farazî) iradeleri uyuşmadığından bunun gerçekleşmediği yahut bir başka engelden ötürü tahvilin mümkün olmadığı saptanmalıdır.[450] Tahvil *(convertion)* hususunda sıklıkla, sakat olarak kullanılan bir yenilik doğuran hakka ilişkin irade beyanının, kural olarak, yeni bir sözleşme önerisine *(Offerte, Angebot)* dönüştürülmesi mümkün olduğundan,[451] somut olayda öneri muhatabının böyle bir öneriyi kabul etme hususunda açık ya da örtülü bir niyeti mevcutsa ve tahvilin *(convertion)* diğer

[448] **Göka,** s.85. İlgili olayda, alıcı Louis Willen A.G., satıcı RURO A.G.'den belirli bir müddet zarfında güzellik ve bakım amaçlı 200 tane özel aparat satın alma borcu altına girmiştir. Ancak alıcı, ürünlerin ayıplı olduğu iddiasıyla ilk sene özel aparatlardan sadece bir kısmını almış ve ayrıca ayıpların giderilmesini istemiştir. Bunun üzerine satıcı, alıcıya ürünleri kabul etmesi için mehil (ek süre) vermiş ve ek süre dolduktan sonra derhâl aynen ifadan vazgeçip yoksun kaldığı karın tazmini amacıyla bir dava açmıştır. Alıcı davanın reddini talep etmiş ve bizzat kendi reklam ve propaganda giderleri ile yoksun kaldığı karın giderimi amacıyla bir karşı dava açmıştır. Nihayetinde İsviçre Federal Mahkemesi, satıcının henüz muacceliyet gerçekleşmemişken kendi edimini yerine getirmekten imtinâ ettiği gerekçesiyle asıl davayı reddetmiş ve ayrıca alıcının bir karşı dava açıp yoksun kaldığı karın giderilmesini istemekle örtülü şekilde de olsa seçimlik hakkını kullandığını ve aynen ifayı talep etmekten geçerli bir biçimde vazgeçtiğini ifade ederek karşı davayı kabul etmiştir. Koller bu kararla ilgili yorumunda RURO A.G.'nin henüz muacceliyet gerçekleşmemişken haksız biçimde aynen ifadan vazgeçmesinin, kesin olarak ifadan kaçınmayı içerdiğini ifade etmektedir. Bkz. **Göka,** s.85, dn.378.

[449] **Göka,** s.85.

[450] Farklı ihtimaller hakkında detaylı bilgi için bkz. **Buz,** Yenilik Doğuran, s.242 vd.

[451] **Buz,** Yenilik Doğuran, s.243.

koşulları[452] da karşılanıyorsa ilgili sözleşme kurulmuş sayılacak[453] ve böylece henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde bir ifadan imtinâ gündeme gelmeyecektir. Doktrinde *Buz,* bu duruma örnek olarak satım sözleşmesinde alıcının kendisine gönderilen satım konusunu beğenmeyip iade etmesi ve satıcının da iadeyi kabul etmesi hâlinde sözleşmeden dönme beyanının (hiç veya yeterli bir gerekçe olmaksızın kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın), "sözleşmeyi ikale etme önerisi"ne tahvil edilerek yorumlanmasını vermektedir.[454] Öte yandan benzer biçimde, hukukî sonuç yaratmayan bir yenilik doğuran hakkın kullanımına ilişkin irade beyanının serbestçe kullanılabilecek bir başka yenilik doğuran hakka tahvili (örneğin belli sebeplerle hukukî sonuç yaratamayan olağanüstü feshin, olağan feshe tahvili)[455] mümkünse ve diğer tahvil koşulları da tamamsa bu kez ilgili yenilik doğuran hakkın hukukî sonuçları meydana gelecek ve böylece henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde bir ifadan kaçınma gündeme gelmeyecektir.[456] Şayet somut olayda tahvile imkân varken bir sebeple yapılmamışsa yahut tahvil mümkün değilse artık son çare *(ultima ratio)* yaklaşımıyla borçlunun edimini kesin biçimde ifa etmeme yahut sözleşmeyle bağlı kalmama iradesini hâiz olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki bilhassa hiç veya yeterli bir gerekçe olmaksızın başvurulan sözleşmeyi iptal etme, feshetme yahut sözleşmeden dönme hakkı, borçlunun somut

---

[452] Tahvil *(convertion)* müessesesinin gündeme gelmesi için gerekli koşullar olarak: taraflar arasındaki hukukî işlem kesin hükümsüzlükle sakat olmalıdır. Taraflar hukukî işlemin kesin hükümsüzlükle sakat olduğunu bilmemelidir. Tarafların kesin hükümsüzlüğü bilselerdi söz konusu hukukî işlemin yerine yedek bir başka hukukî işlemi yapmak hususunda varsayımsal (farazî) iradelerinin uyuştuğu söylenebilmelidir. Kesin hükümsüzlükle sakat hukukî işlem ile yedek hukukî işlem arasında doğuracakları hukukî sonuçları bakımından bir aynılık bulunmalıdır. Sözgelimi yedek hukukî işlem, taraflar açısından kesin hükümsüz olan hukukî işlemden daha ağır yükümlülükler yüklememeli ve ayrıca taraflar açısından daha elverişsiz hukukî sonuçlara yol açmamalıdır. Nihayetinde ise yapılacak tahvil işlemi, kesin hükümsüzlüğü öngören hukuk normunun amacına aykırılık teşkil etmemelidir. Bkz. **Kaneti, Selim:** Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.435-436; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.187; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.176; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.110 vd.; **Buz,** Yenilik Doğuran, s.242 vd.; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.232 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.262 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.131 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.206; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1138; **Eren,** Borçlar Genel, s.339 vd.; **Nomer,** N.42; **Hatemi/Gökyayla,** § 10 N.16; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.161-162; **Yıldırım,** s.85; **Ozanemre Yayla,** s.100-101; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.533 vd.

[453] **Buz,** Yenilik Doğuran, s.244.

[454] **Buz,** Yenilik Doğuran, s.244.

[455] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.232 vd.

[456] **Göka,** s.86.

olayı yanlış değerlendirmesinden, başka bir deyişle bu hususstaki hatasından kaynaklanıyorsa ortada kesin bir ifadan imtinâ hâlinin mevcut olup olmadığı aşağıda inceleneceği biçimde saptanmalıdır.[457]

Hemen yukarıda, "borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde haksız bir biçimde, başka bir deyişle hiç veya yeterli bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi ortadan kaldırdığını beyan etmesi hâlinde "kesin bir biçimde ifadan kaçınma *(anticipatory repudiation)"* gündeme gelmeli midir?" sorusu, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerindeki hâkim tutum ve Türk hukukundaki yenilik doğuran haklara dair görüşler çerçevesinde ele alınmıştır. Fakat Anglo-Sakson hukuk sisteminin bu soruyu yanıtlayışı oldukça farklıdır. Anglo-Sakson hukuk doktrini, burada "borçlunun iyiniyeti" üzerinden hareket etmektedir: Sözleşmeyi haksız bir biçimde (hiç veya yeterli bir gerekçe göstermeksizin) sona erdiren taraf, "iyiniyetli" ise başka bir deyişle sözleşmeyi haklı olarak sona erdirdiğini düşünmesine rağmen gerçekte böyle bir hakkı yoksa, beyanıyla sözleşme ilişkisi son bulur. Ancak bu tespitlerin aksine yargı kararları da mevcuttur, öyle ki bir davada borçlu, içinde bulunduğu sözleşmenin bir klozuna ve konunun uzmanından edindiği hukukî bir mütalaaya istinaden sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirdiğini beyan etmiştir. Buna karşılık alacaklı açtığı davada, borçlunun "sözleşmeyle bağlılığını reddettiğini" ve dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise borçlunun "iyiniyetli" olduğunu, sözleşmeyi sona erdirmezden evvel edindiği bir hukukî mütalaaya dayandığını, sözleşmeyi sona erdirdiğini açıklamasına rağmen hiçbir şekilde sözleşmeyle bağlılığını reddetmediğini, borçlunun irade açıklamalarının somut olayın tüm hâl ve şartlarıyla beraber ele alınması gerektiğini belirterek öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmediğine hükmetmiştir.[458] İleride değineceğimiz üzere[459] ifasına

[457] Bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, c. "Kesinlik" Koşulu.
[458] Anılan dava için bkz. *"Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.",* 1980, 1 W.L.R. 277 (H.L.), nak.: **Liu,** Inferring, s.577 vd.

başlanmış bir sürekli edim ihtivâ eden sözleşmede teknik sebeplerle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemeyeceğinden dolayı, borçlunun tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa değil de olsa olsa "haklı sebeple feshe" konu olabilir. Ancak sözleşme âni edim ihtivâ ediyorsa ve henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu sözleşmeyi, hakkı olmadığını bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına (iyiniyetli olmamasına) rağmen sona erdirirse, artık bu hareket "borçlunun edimini yerine getirmek istemediği *(anticipatory repudiation)"* olarak yorumlanabileceğinden öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir.[460] Fakat borçlu haklı olduğunu, zira yasadan veya sözleşmeden kaynaklanan bir hakka iyiniyetle dayandığını düşünmekteyse, sözleşmeyi sona erdirme beyanının hukuka uygun olmadığı ve hâlen sözleşmeyle bağlı sayılacağı kendisine ihtarla bildirilmelidir. Böyle bir ihtar neticesinde borçlu, sözleşmeyle bağlı kalırsa elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmez; ancak ihtara rağmen borçlunun sözleşmeyi sona erdirme hususunda diretmesi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilir.[461]

Nihayetinde borçlu edimini hiç yerine getirmeyeceğini yahut muacceliyetten sonraki süreçte tâyin edilecek uygun bir ek süre (mehil) zarfında dahi ifa edemeyeceğini kesin biçimde beyan etmişse, böyle bir beyan da henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde ifadan kaçınmanın mevcut olduğu şeklinde ele alınmalıdır.[462] Zira Alman hukukunda edimi yerine getirme iradesinin mevcut olmaması, sadece borçlunun ifa etmek istemediğini açıklamasına inhisar edilmez. Borçlunun edimi hiç yerine getiremeyeceğini veya muacceliyetin gerçekleşmesinden sonra tâyin edilecek makul bir süre dâhilinde bile yerine getiremeyeceğini açıklaması da

---

[459] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, I, C, 3. Sözleşmenin Âni, Sürekli yahut Dönemlik Edim İhtivâ Etmesi Açısından Değerlendirme.
[460] **Cumalıoğlu,** s.175.
[461] **Cumalıoğlu,** s.175-176.
[462] **Weidt,** s.118; **Göka,** s.86.

elbette aynı şekilde değerlendirilir. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, davacı şirketin davalı satıcıdan üç fazlı bakır motor sipariş ettiği bir ihtilâfta tam olarak bu hususta karar vermiştir. Buna göre sözleşme akdedildiğinde satıcı, motoru sekiz ilâ on gün içerisinde teslim edeceğini taahhüt etmiştir. Anılan süre, davacı açısından oldukça mühimdi zira; şirket, motoru acil bir siparişi yerine getirmek maksadıyla kullanacaktır. Teslim tarihinden birkaç gün evvel satıcı, sözleşmeye konu motoru hâlâ teslim etmek istediğini fakat artık bunu en erken üç ilâ dört ay sonra gerçekleştirebileceğini beyan etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu beyanı ciddî bir ifa reddi ve akdin müspet ihlâli olarak nitelendirmiş ve davacı şirketi § 326 Abs.1 BGB a.F. hükmündeki ek süre tâyin etme mecburiyetinden kurtarıp anılan hükümdeki haklarına derhâl başvurabileceği yönünde karar vermiştir.[463]

Bununla birlikte doktrinde *Göka,* yukarıda değinilen ihtimallerin bir ifa güçsüzlüğünden, aşırı ifa güçlüğünden yahut imkânsızlıktan kaynaklanması durumunda bunlara özgü hükümlerin tatbik edilmesi gerektiği kanaatindedir. Yine yazara göre borçlunun edimini ifa "edemeyeceğine" dair beyanı, sadece hâlihazırdaki durumda (şu anlık) ifaya hazır olmadığı anlamına geliyorsa kesin biçimde ifadan imtinâ edildiğinden söz edilmemelidir.[464]

Anglo-Sakson hukuk doktrininde de Alman hukukuna paralel olarak, kesin biçimde ifadan kaçınma, yalnızca borçlunun ifa etme hususunda açıkça isteksiz olmasında değil, aynı zamanda ifayı gerçekleştiremeyeceğini yahut edimi zamanında yerine getiremeyeceğini açıklamasında da görülmektedir. Hatta *Devlin J.,* bu hususu şöyle ifade eder: *"Bir kişinin ifayı gerçekleştirebilmesi için hem hazır hem de istekli olması gerekir. Bu nedenle söz veya davranış yoluyla ortaya konulan bir yetersizlik beyanı tek başına sözleşmeden dönme anlamına gelir. Bu bağlamda 'isteklilik', neşeli*

[463] **Weidt,** s.118.
[464] **Göka,** s.86-87.

veya gönüllü olmayı değil; yalnızca ifa niyetini ifade eder. 'Yapmak isterim ama yapamam' demek de 'yapmayacağım' demek gibi ifa etme niyetini ortadan kaldırır. Bir kişi 'ifa edemem' dediğinde, bu beyanla sözleşmeyi reddetmiş olur ve bu yetersizliğin sebebi önemli değildir."[465]

bb. Borçlunun Hareketlerinden Edimini İfa Etmeyeceğinin Anlaşılması

Borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde sergilediği birtakım davranışları vasıtasıyla yani örtülü biçimde (zımnen) de edimini ifa etmeme yönünde kesin bir irade gösterebilir.[466] Doktrinde *Müller, Weidt, Oğuzman* ve *Öz*, bu ihtimale örnek olarak sattığı malı üçüncü kişiye devretmeye kalkan bir satıcıyı vermektedirler.[467] Daha da somutlaştırmak gerekirse gittiği bir at çiftliğinde beğendiği yarış atını, yarış sezonunun başlayacağı tarihte kendisine teslim edilmek koşuluyla S'den satın alan A; sonradan S'nin yarış sezonunun başlayacağı tarihe kadar geçen süreçte aynı yarış atını üçüncü kişilere daha yüksek bir fiyattan satmaya kalkıştığından haberdar olursa sözü geçen örnek gerçekleşmiş olur. Bu örnekte, A'ya, S'nin gerçekten de yarış atını başka başka üçüncü kişilere daha yüksek fiyattan satıp teslim etmeyi başarıp başaramayacağı endişesi altında sabırla "vâdeyi bekleme" ve bu arada "kendi edimini ifaya (para ödemeye) hazır bulunma" yükümlülüğü yüklenememelidir.[468] Doktrinde *Weidt,* buna benzer örneklerden *"sözleşmenin ifasıyla bağdaşmayacak başka bir taahhüt işleminin yapılması"* olarak söz etmektedir.[469] Söz konusu örnekte ilk bakışta elbette S'nin yarış atını bir üçüncü kişiye daha yüksek fiyattan satmayı başaramazsa sonunda A'ya teslim edeceği ve dolayısıyla ortada "kesin bir ifa etmeme"

---

[465] Aktaran **Weidt,** s.118.
[466] **Müller,** N.76-78; **Başoğlu,** s.287; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.76-78; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1566, dn.1813; **Gümüşsoy Karakurt,** s.73-74 ve s.77; **Göka,** s.87; **Baysal,** Müterafik, s.319 vd.
[467] **Müller,** N.76; **Weidt,** s.119; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1566, dn.1813.
[468] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Göka,** s.87.
[469] **Weidt,** s.119.

iradesinin mevcut olmadığı düşünülebilir. Halbuki S'nin tarif edilen tutum ve davranışı, zaten kendisini A ile akdettiği sözleşmeyle bağlı hissetmediğini ve umduğu yüksek fiyatı yakalarsa A'ya karşı olan edimini ifa etmeyeceğini kesin biçimde göstermektedir.[470]

Nitekim Anglo-Sakson hukuk doktrininde de hemen yukarıda değindiğimiz *Devlin J.,* şu ifadeleri dile getirmiştir: *"Bir sözleşmeden vazgeçme, sözlerle olduğu kadar davranış yoluyla da gerçekleşebilir; yeter ki bu durum açıkça ortaya konulmuş olsun."*[471] Daha önce değindiğimiz[472] *Hochster v. De la Tour* davasında da bu tespit, önceki *"self-disablement"* yani borçlunun kendi kendini ifa edemez hâle getirmesi vâkıalarının yeniden değerlendirilmesinin temelini teşkil etmiştir. Bu vâkıaların yeniden yorumlanan karar gerekçesinde, borçlunun kendisini ifa edemez hâle getiren davranışı, bir imkânsızlık olarak değil; ifa etmeme iradesinin bir göstergesi olarak değerlendirilmiştir.[473]

Doktrinde *İnceoğlu*, kiralananın kiracıya henüz teslim edilmesinden önce, bunun kiracı tarafından özensiz şekilde yahut kira sözleşmesine aykırı olarak kullanılacağının açıkça anlaşıldığı hâllerde probleminin çözümün esasen öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinde bulunduğunu ileri sürmektedir.[474] Anılan yazar söz konusu tespitine, kiracının sözleşmede "konut" olarak kullanmak amacıyla kiraladığı bir taşınmazı, gerçekte "işyeri" olarak kullanacağının çevreye arz ettiği reklamlardan anlaşılması hâlini örnek olarak göstermiştir.[475] Anlaşılmaktadır ki bu hâlde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, doğrudan doğruya borçlunun tutum ve davranışlarından kaynaklanmaktadır. Bir başka örnek olarak Alman Federal Mahkemesi, kiracının kiralananı gerekli bakım ve tamiratı yaptırmaksızın tahliye

[470] **Weidt,** s.119. Benzer olarak **Göka,** s.87.
[471] Aktaran **Weidt,** s.119.
[472] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, II. Anglo-Sakson Hukukunda.
[473] **Weidt,** s.119.
[474] **İnceoğlu, M. Murat:** Kira Hukuku C.I, İstanbul 2014, s.416 vd.
[475] **İnceoğlu,** Kira Hukuku, s.416.

etmesini de kesin biçimde "ifadan kaçınma" hâli olarak hükme bağlamıştır.[476] Nihayetinde tüm bu açıklama ve örnekler gösterir ki borçlunun edimini ifa etmeme iradesini tutum ve davranışlarıyla da sergilemesi mümkündür.[477]

b. Edimi İfadan Kaçınma Açıklamasının Hukukî Niteliği

Doktrinde borçlunun edimini ifa etmeyeceğini gösteren beyanlarının yahut davranışlarının mevcut olabileceğine işaret edilmekle birlikte bunların hukuken nasıl nitelendirilmesi gerektiği gündeme gelmemiştir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki ifayı reddetmenin hukukî niteliği hususunda doktrinde oldukça sınırlı sayıda görüş ileri sürülmüştür. *von Tuhr, Peter* ve *Müller,* ifayı reddetmeyi bir hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* olarak nitelendirmiştir. *Decurtins* ise herhangi bir gerekçe göstermeksizin bunu doğrudan doğruya irade açıklamaları kategorisi altında değerlendirmiştir.[478] Bu hususta *Serozan,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair bilinçli ve genel bir değerlendirme yapmasa dahi eBK md.358 (TBK md.473, Art.366 OR) hükmünde öngörülen davranış kalıplarının, yükleniciye edimini vâdesinde ifa etmeyeceği yönündeki irade bildirimleri biçiminde yüklenebilecek birer *"irade faaliyeti"* olduğunu ifade etmiş ve böylece bunların hukukî niteliği itibariyle bir üstbaşlık olarak "irade açıklaması" sayılması gerektiğini düşünmüştür.[479] Yine doktrinde ele aldığımız hükmü değerlendiren *Başoğlu*'na göre, yüklenicinin edimini vâdesinde ifa etmeyeceğini açıklaması hukukî niteliği itibariyle bir "irade beyanı" olarak kabul edilmeliyken; TBK md.473 hükmünde öngörülen davranış kalıpları ise sözleşmenin vâdesinde ifa edilmeyeceğinin açıkça anlaşılabildiği birer "irade faaliyeti"

---

[476] Kararda ifade edildiği üzere *"Bei einem solchen Sachverhalt liegt es nahe, in der Tatsache des Auszugs des Mieters ohne Vornahme der vertraglich übernommenen Instandsetzungen bereits eine endgültige Erfüllungsverweigerung zu sehen."* (BGH 14.7.1971 – VIII ZR 28/70: NJW 1971, s.1839). Ayrıca aynı yöndeki tespitler için bkz. **Göka,** s.88.
[477] **Müller,** N.76
[478] Aktaran **Müller,** N.93.
[479] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318.

olarak düşünülmelidir.[480] Yine doktrinde *Koller,* somut olayda borçlunun kesin bir biçimde ifadan imtinâsının söz konusu olup olmadığını ele alırken, bunun "hukukî işlemlere ilişkin irade açıklamaları" bakımından getirilmiş birtakım ölçütlere göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[481]

Alman hukukunda,[482] *Rabel* ve *Krückmann,* borçlunun ifadan kaçınmaya dair açıklamasını "bir irade beyanı yahut aynı nitelikteki bir davranış *(Willenserklärung oder gleichwertiges Verhälten)*" olarak tavsif etmişlerdir.[483] Aksine *Friedrich* ise ifadan kaçınmaya yönelik bildirimin hukukî niteliği itibariyle "hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)*" olduğunu söylemiştir.[484]

Öte yandan Alman Federal Mahkemesi ise, borçlunun edimini ifa etmeyeceği yönündeki açıklamasının hukukî niteliği itibariyle borçluyu bağlayabilecek bir hukukî işlem sayılmadığını ifade etmiştir.[485] Bu yaklaşım, Alman hukukunda kesin ifa reddi *(endgültige Erfüllungsverweigerung)* kavramının dinamik niteliğini göstermesi ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık teorisinin sınırlarını belirlemesi bakımından temel

---

[480] **Başoğlu,** s.299.
[481] Aktaran **Göka,** s.88.
[482] Detaylı açıklama ve kronolojik gelişim için bkz. **Weidt,** s.78-114.
[483] Aktaran **Göka,** s.88.
[484] Aktaran **Göka,** s.89.
[485] Karara konu olayda davacı, davalı müteahhitten satın aldığı dairede ses yalıtımı bakımından ayıp mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Başlangıçta müteahhit, ayıbın varlığını tamamen reddeder ve herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını savunur. Daha sonra ise bu tutumunu değiştirerek ayıbı gidermeye hazır olduğunu bildirir. Buna rağmen davacı, artık onarım istemek yerine doğrudan ifa etmeme nedeniyle tazminat talep eder. Ancak bunu yaparken müteahhide yeniden bir ek süre vermemiş ve bu sürenin sonunda ifayı kabul etmeyeceğini bildirmemiştir. Mahkemeye göre ise ek süre verilmesinin istisnaen gereksiz olduğu şartlar başlangıçta mevcut olsa bile, bu şartlar tazminat talep edilmeden önce ortadan kalkmışsa, ifa etmeme nedeniyle tazminat talep edilebilmesi için yeniden ek süre verilmesi gerekir. (BGH, Urteil vom 05.07.1990 – VII ZR 352/89, NJW-RR 1990, s.1300).

Buradan çıkartılabilecek prensip odur ki kesin ifa etmeme iradesi, ek süreyi gereksiz kılan bir olgudur; fakat bu irade daha sonra ortadan kalkarsa, ek sürenin gereksizliği de ortadan kalkar. Bu düşünce daha sonra yani 2002 BGB reformundan sonra § 281 Abs.2 BGB ve § 323 Abs. 2 Ziff. 1 BGB kapsamında geliştirilen "ciddi ve kesin nitelikte ifayı reddetme *(ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung)"* içtihadının temel dayanaklarından biri olmuştur. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından bu kararın en önemli katkısı, *"kesin ifa etmeme beyanının hukukî etkisinin mutlak olmadığı"* prensibini ortaya koymasıdır. Karar, borçlunun başlangıçta kesin bir ifa etmeme iradesi sergilemesi nedeniyle ek sürenin gereksiz hâle geldiğini kabul etmekle birlikte, borçlunun daha sonra bu iradesinden dönerek ifaya hazır olduğunu açıklaması hâlinde bu istisnanın da sona ereceğini belirtmektedir. Böylece alacaklının, ikincil haklara geçmeden önce yeniden ek süre tanıması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

içtihatlardan biri olarak kabul edilmektedir. Keza doktrinde *Wertenbruch* da Alman Federal Mahkemesi ile aynı görüşü paylaşır.[486]

Son olarak *Weidt,* Alman Federal Mahkemesi'nin ve *Wertenbruch*'un yaklaşımlarına benzer biçimde, borçlunun edimini ifa etmeyeceğine yönelik açıklamasının hukukî niteliği itibariyle bir irade beyanı sayılamayacağını, olsa olsa "adi bir açıklama" kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Zira *Weidt'*a göre henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte gündeme gelen ifa etmeme beyanı, borçluyu bağlayacak bir irade açıklaması olarak nitelendirilemez; başka bir deyişle böyle bir beyan borçlunun muhakkak surette bağlı kalması gereken bir hukukî işlem sayılmaz. Bu beyan yalnızca adi bir açıklama olduğundan borçlunun "pişmanlık hakkı *(Reuerecht / locus poenitentiae)*" vardır.[487] *Gernhuber* ise henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan imtinâsını, hukukî niteliği itibariyle "haksız bir maddî fiil *(unerlaubten Realakt)*" olarak kabul etmiştir.[488]

Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini ifa etmeyeceğini beyan yahut tutum ve davranışlarıyla aşikâr eden bir borçlunun bu tür faaliyetlerini hukukî niteliği itibariyle "irade beyanı" yahut da "irade faaliyeti" olarak ele almak isabetli sayılamaz. Keza bunlar, en azından mevcut hukukumuz bakımından zaten "irade açıklaması"nın spesifik çeşitleridir.[489] Bilindiği üzere tanımı itibariyle irade açıklaması; bir hakkı veya hukukî ilişkiyi tesis etmek, mevcut bir hakkı veya hukukî ilişkiyi değiştirmek ya da tamamen veya kısmen ortadan kaldırmak amaçlarına matuf bir iradenin dış dünyaya bildirilmesidir.[490] İşte böyle bir irade, dış dünyaya "beyan" veya "faaliyet" olarak bildirilebilir. Bunlardan ilki olan irade beyanında irade; söz, yazı,

---

[486] Aktaran **Göka,** s.89.
[487] **Weidt,** s.187.
[488] **Göka,** s.89.
[489] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.306 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.346.
[490] **Müller,** N.94; **İnan/Yücel,** s.130; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 9 N.5-6; **Eren,** Borçlar Genel, N.345.

işaret, sembol veya iradeyi gösteren diğer birtakım eylemlerle dış dünyaya aksettirilirken; irade faaliyetinde, sözleşmenin karşı tarafına bildirilmeksizin, doğrudan doğruya fiilî hareketlerle aksettirilir.[491] İfayı reddetme beyanının açıklanmasıyla borçlu, aslında alacaklıya kararlaştırılmış ifa modalitelerine uymayacağını bildirir. İfayı reddetme, borçlunun belirli bir edim yükümlülüğünü hiç yerine getirmemesi yahut sözleşmede kararlaştırılan ifa modalitelerine uygun surette yerine getirmemesi minvalindeki kendi öz değerlendirme ve düşüncelerinin bir ifadesidir. Borçlu, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin kapsamına dair alacaklıdan ayrışan görüşlerini bildirdiği ölçüde, bu bildirim aynı zamanda onun içinde bulunduğu durumun hukukî değerlendirmesinin izharından ibarettir. Bu nedenle borçlunun iradesi, sadece sözleşmeye uygun surette bir ifayı gerçekleştirmeyi reddettiğini bildirmeye yöneliktir. Bu beyanla alacaklıya herhangi bir taviz verilmesi veya onun daha avantajlı bir hukukî konuma getirilmesi de amaçlanmaz. Başka bir deyişle borçlunun maksadı, ifayı reddetme vasıtasıyla alacaklıyı sözleşmeye tek taraflı müdâhale etmek konusunda inisiyatif almış bir duruma getirmek değildir.[492] Bu tespitleriyle *Müller*'e göre ifayı reddetme beyanı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin değiştirilmesine yönelik açık bir teklif ihtivâ etmediği müddetçe borçlunun belirli bir işlem iradesinin açıklanması anlamına gelmez ve bu sebeple de "irade beyanı" niteliği taşımaz.[493] Yine *Müller'*e göre borçlunun ifayı reddetme beyanının alacaklı tarafından öğrenilmesiyle birlikte mevcut borç ilişkisi kanun gereği kendiliğinden değiştirilmiş de olmaz. Bu nedenle ifayı reddetme, yenilik doğuran bir hakkın kullanımı üzerinden de tavsif edilmeye müsait değildir.[494]

Türk-İsviçre hukuk sistemi açısından bakılacak olursa pozitif zeminde değerlendirildiğinde borçlunun ifayı reddetme beyanı, sadece borçlu temerrüdünde

[491] **Eren,** Borçlar Genel, N.346.
[492] **Müller,** N.97.
[493] **Müller,** N.97.
[494] **Müller,** N.98.

hüküm ve sonuç doğurmaktadır. "Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar" madde başlıklı TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmü uyarınca borçlunun ifayı reddetme beyanı üzerine alacaklı ek süre tâyin etme mecburiyetinden kurtulur. Fakat bununla birlikte kanunda öngörülen hukukî sonuçların gerçekten doğup doğmayacağı borçlunun davranışına bağlıdır.[495] Dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından söylenemese de borçlu temerrüdü bakımından işaret edilen pozitif zeminde ifayı reddetme beyanının hukukî niteliğinin "hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)*" olduğunu söylemek isabetli olabilir.

Doktrinde *Göka'*nın tespit ettiği üzere henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde borçlunun ifadan imtinâya yönelik açıklaması; sadece ve sadece "borcu ifa etmeme" iradesini ortaya koymaktadır ve hiçbir şekilde bir hakkı veya hukukî ilişkiyi tesis etmeye, değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelmiş sayılamaz.[496] Yine yazara göre borçlunun ifadan imtinâya yönelik açıklamasının, hukukî niteliği itibariyle, iradenin doğrudan bir hukukî sonuca değil de sadece fiilî bir sonuca yönelmiş olduğu fakat hukuk düzeninin buna sırf bir hukukî sonuç bağlamış olmasından ötürü -irade açıklaması böyle bir hukukî sonuca yönelmemesine rağmen- bu sonucun doğduğu bir hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)*[497] olarak kabul edilmesi de isabetli sayılamaz.[498] Yine borçlunun ifadan imtinâya yönelik açıklamasının, hukukî niteliği itibariyle, iradenin dış dünyada fiilî bir değişikliğe yöneldiği ve hukukî sonucun irade açıklamasına değil de doğrudan bu maddî sonuca bağlandığı bir maddî fiil[499] olarak da kabul edilmesi isabetli sayılamaz. Doktrinde *Gernhuber,* "maddî fiillerin, meydana gelen olaylara ilişkin olduğunu düşünmeye alıştığımızı, oysa bu kavramın sadece bunları değil, ayrıca meydana gelen bildirimleri

[495] **Müller,** N.99.
[496] **Göka,** s.89.
[497] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 9 N.6; **Eren,** Borçlar Genel, N.430.
[498] **Göka,** s.89.
[499] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 9 N.6; **Eren,** Borçlar Genel, N.432.

de kapsayabileceğini" iddia etse[500] de bu hâlde, borçlunun bildiriminin fiilî sonucu, bildirimin kendisi olamaz.[501]

Doktrinde *Müller,* isabetli olarak, bir beyanın hukukî niteliğinin sadece açıklanma zamanına göre belirlenmesinin hatalı olacağını ifade eder. Zira ifayı reddetme beyanının içeriği zamandan bağımsız olarak her durumda aynıdır: Borçlu sözleşmeye uygun surette ifayı gerçekleştirmeyi reddeder; üstelik bunun sözleşmeye aykırı bir davranış teşkil edeceğinin çoğu durumda farkında olması dahi gerekmez.[502] Dolayısıyla borçlunun ifayı reddetme açıklamasının henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte (öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında) gündeme gelmesi ile muacceliyetten sonra (borçlu temerrüdü bağlamında, TBK md.124/1) gündeme gelmesi arasında bunların hukukî nitelendirmesi bakımından bir farklılık yaratmanın anlamı yoktur, zira her iki hâlde de ifayı reddetme beyanının içeriği, amacı, sonucu aynıdır; farklı olan tek şey beyanın zamanıdır.

Doktrinde hemen yukarıda işaret ettiğimiz "içerik-zaman" olgusundan hareketle borçlu temerrüdü hâricinde kalan durumlarda borçlunun ifayı reddetme beyanı bakımından da TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmünde öngörülen hukukî sonuçların kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle bazı yaklaşımlar, ifayı reddetmeyi hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* olarak ele alır ve bunun kaçınılmaz bir uzantısı olarak irade beyanlarının yorumuna ve sıhhatine dair kuralları burada da kıyasen tatbik eder.[503]

Yukarıda değindiğimiz bütün farklı görüşlerin kesiştiği veya uzlaştığı nokta, dikkat edilirse, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan

[500] Aktaran **Göka,** s.90.
[501] **Göka,** s.90.
[502] **Müller,** N.99.
[503] **Müller,** N.99.

kaçınma açıklamasının "hukuka uygun fiiller" üst başlığı altında nitelendirilmesidir.[504] Sözgelimi ifadan imtinâ açıklaması; ister hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* olarak ister maddî fiil olarak, ister irade açıklaması veya faaliyeti olarak isterse de hukukî işlem olarak kabul edilsin bunların hepsi nihayetinde hukuka uygun fiiller kapsamındaki türlü kavramlardır. Bu noktada *Tandoğan*'a göre, hukuka aykırı fiiller ve hukuka uygun fiillerin birbirinden ayırt edilmesinde eylemin neticesinde, eylemi gerçekleştirenin iradesine uygun bir hukukî sonucun meydana gelip gelmediğine dikkat edilmelidir.[505] Gerçekten de maddî fiillerde yahut hukukî işlem benzeri fiillerde *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* eylemi gerçekleştirenin doğacak hukukî sonucu istemesi ya da bilmesi gerekli olmasa da ortaya çıkan hukukî sonuç, hemen her durumda eylemi gerçekleştirenin isteğiyle ve mevcut bilgisiyle örtüşür vaziyettedir.[506] Oysa kural olarak, bir zararı giderim borcu yaratan hukuka aykırı fiillerde, eylemi gerçekleştirenin iradesi sadece hukuka aykırı sonucu meydana getirmeye matuf olup kişinin tazminat ödemeyi istediğini düşünmek hukuken mantıklı değildir.[507]

Bu açıklamalar temelinde artık ifade etmek gerekir ki sözleşme taraflarından herhangi birinin sözleşmeye, yani nihayetine borca aykırı davranması da elbette "hukuka aykırı fiiller" başlığında yer alır.[508] Hatta doktrinde, sözleşmeye aykırı davranışın da hukuka aykırı olması olgusu, taraflar arasındaki özel bir hukukî ilişkinin varlığından kaynaklandığı için *Kaneti* bu durumu "nispî hukuka aykırılık" olarak

[504] Hukuka uygun fiil kavramının ne anlama geldiği hususunda detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.301 ve N.305; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 9 N.5; **Eren,** Borçlar Genel, s.164 vd.
[505] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.4.
[506] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.4.
[507] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.4.
[508] **Kaneti, Selim:** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s.145; Keza doktrinde ifade edildiği üzere *"Sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırılık haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa tekabül eder."*, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3292. Ayrıca benzer görüşte olarak bkz. **Hatemi/Gökyayla,** § 26 N.66 vd.;**Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** § 24 N.1279 ve N.1305.

adlandırmayı tercih etmiştir.[509] Aynı yönde *Weber*, bir akdî yükümlülüğe aykırı davranan tarafın, aslında doğrudan doğruya hukuk düzenindeki bir hukuk kuralını yahut bir yükümlülüğü ihlâl etmediğini, yalnızca hukuk düzenince spesifik bir sözleşmeye dair olarak değil de genel itibariyle getirilen "borçlara uygun hareket etme yükümlülüğünü" ihlâl ettiğini ifade etmektedir.[510] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu, edimini ifa etmeyeceğini kesin biçimde beyan ettiğinde, esasen taraflar arasındaki sözleşmenin bağlayıcılığını hiçe sayıp sözleşmenin nihaî maksadını tehlikeye düşürmüş[511] olduğundan "nispî bir hukuka aykırı davranış"ta bulunmuş olmaktadır. Doktrinde *Tandoğan*'ın yaptığı ayrımdan yola çıkılırsa, kesin biçimde ifadan imtinâ eden borçlu, bu hareketinin doğurabileceği, yani muhatap olabileceği hukukî sonuçları göze alsa bile iradesinin doğrudan doğruya bir tazminat ödemeye matuf olduğu iddia edilemez.[512] İşte sırf bu mantık yürütme dahi borçlunun ifadan kaçınmasının hukukî niteliği itibariyle "hukuka uygun fiiller" üstbaşlığı altında incelenmesini yersiz kılar. Kaldı ki henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kaçınma açıklamasının hukukî niteliği itibariyle bir "hukuka uygun bir fiil" olarak ele alınması - her ne kadar doktrinde hangi hükme dayandırılacağı tartışmalı olsa dahi- bunun bir borca aykırılık hâli olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını yaratacağı fikriyle çelişir. Başka bir deyişle, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bir borca aykırılık hâliyse, bunun özünü oluşturan muacceliyetten önce ifadan imtinâ davranışı, hukuka uygun fiiller üst başlığı altında nitelendirilemez. Kanaatimizce hukuka uygun bir fiilden borca (dolayısıyla hukuka) aykırı bir sonuç çıkartılması gibi bir çelişki hukuk yönteminde olamaz.

[509] **Kaneti,** Haksız Fiil, s.145-146.
[510] Aktaran **Göka,** s.90-91.
[511] **Göka,** s.91.
[512] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.4.

Buna karşın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kesin biçimde kaçınması ile meydana geldiği durumlarda, borca aykırılığın vuku bulup bulmadığının saptanması, doğrudan borçlunun beyanlarının ve/veya tutum ve davranışlarının değerlendirilmesiyle mümkün olabilir.[513] Zaten bu itibarla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; borcun muaccel (güncel) hâle gelmesine karşın edimin hâlâ yerine getirilmediği yahut getirilemediği borçlu temerrüdü ya da imkânsızlık gibi borçlunun tutumu hâricindeki birtakım sebeplere dayanan diğer borca aykırılık hâllerinden ayırt edilebilmektedir. Sözü edilen borçlu temerrüdü ya da imkânsızlık gibi borca aykırılık hâllerinde kanunun kendisine sonuç bağladığı vâkıaların meydana gelmesiyle borca aykırılığın gerçekleştiği kabul edilir ve borçlunun tutum ve davranışları, sadece bu borca aykırılığa istinaden zarardan sorumlu sayılıp sayılamayacağı, daha açık bir deyişle "kusur" açısından önem arz eder. Bu bakımdan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nitelikli bir borca aykırılık hâlidir.[514]

Ayrıca *Koller*'in tespit ettiği gibi, ifanın reddi açıklamasının hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir irade beyanı *(Gestaltungserklärung)* olduğu kabul edilir ise[515] borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarının ne zaman "kesin şekilde ifa etmeme iradesi" barındırdığını ve sözleşmeye aykırı biçimde sözleşmenin maksadını tehlikeye soktuğunu belirlerken "hukuka uygun fiiller" üst başlığı altında yer alan "hukukî işlemlere ilişkin irade açıklamaları" için öngörülen ölçütlerden yararlanılması gerekecektir.

Ancak önemle vurgulamak gerekir ki *Koller*'in görüşüne katılmak gerekirse de, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimi ifadan imtinâ

[513] **Göka,** s.91.
[514] **Göka,** s.91.
[515] Bkz. **Koller, Alfred:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, § 55 N.116 vd.: "Rechtsnatur und Form" başlığı.

açıklamasının hukukî niteliği itibariyle bir hukuka uygun fiil [maddî fiil, hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)*, irade açıklaması ve benzeri] olduğu değildir; sadece ifadan kaçınma açıklamasının "maddî yönünde" yani içeriğinde, ruhunda bir sözleşmeye aykırılık yaratıp da sözleşmenin maksadını tehlikeye sokma niyetinin olup olmadığını belirlerken "hukukî işlemlere ilişkin irade açıklamaları"na dair ölçütlerin (yorum kuralları gibi) kullanılmasının isabetli olacağıdır.

Kısacası tümden parçaya doğru belirtmek gerekirse ilk olarak, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bir borca aykırılık hâlidir, yani müessese itibariyle "(nispî) hukuka aykırı fiiller" üst başlığı altında bulunur. İkinci olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik ve yaygın görünümünü oluşturan, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kaçınacağı yönündeki açıklaması da - doktrindeki çoğu görüşün aksine fakat *Tandoğan*'ın ayrımına paralel olarak- hukukî niteliği itibariyle "hukuka aykırı fiil" olarak değerlendirilmelidir. Üçüncü olarak ise işbu ifadan kaçınma açıklamasının ne derece bir hukuka aykırılık taşıdığının tespitinde hukuka uygun fiiller grubundaki hukukî işlemlere ilişkin irade açıklamaları için getirilen ölçütlerden (yorum kuralları gibi) yararlanılması mümkün ve hatta isabetli sayılır.

c. "Kesinlik" Koşulu

Mukayeseli hukukta henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan imtinâya yönelik beyan yahut tutum ve davranışlarının "kesinlik" arz edip etmediği konusunda katı koşulların bulunmasının gerektiği genel kabul gören bir husustur.[516] Alman hukukunda çoğunlukla öne çıkar bir görüşe göre, "kesinlik" koşulundan söz edebilmek için borçlunun beyan yahut tutum ve davranışları vasıtasıyla gerçekleştirdiği açıklamanın, somut olaydaki mevcut alacaklının konuya dair sübjektif

[516] **Weidt,** s.120.

bilgisini de hâiz olan mâkul bir üçüncü kişinin olaydan önceye ilişkin *(ex ante)* perspektifine göre objektif olarak[517] borçlunun bu hususstaki "son sözü" biçiminde[518] kabul edilebilmesi zorunludur. Borçlunun "son sözü" ifadesinden maksat, borçlunun edimini ifa etmeme iradesinin değiştirilemez ve artık geri çevrilemez niteliğidir. Bunlardan maksat ise, alacaklı bir ihtar çekse yahut ifa isteminde ısrar etse bile borçlunun ifa etmemeye dair kararını değiştirmesi sadece düşük bir ihtimal olarak değil, hemen hemen imkânsız gözükmeli ve bundan ötürü alacaklı için muacceliyetin gerçekleşmesini veya vâdeyi beklemek ya da bir ek süre (mehil) tâyin etmek sadece anlamsız birer usûlî işten, yani formaliteden ibaret olmalıdır.[519]

Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde ve Anglo-Sakson hukuk sisteminde[520] borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine yönelik beyanının "kesin", "ciddî" ve "nihaî" olması gerektiği, bununla birlikte açıkça (sarih) yahut örtülü bir biçimde (zımnen) ortaya konulabileceği görüşü hâkimdir.[521] Esasen Alman hukukunda "kesinlik" koşulu, "ciddî" ve "kesin" ifa reddi kavramlarıyla ifade edilmiştir. Bazı görüşler buna ayrıca ifa reddinin "belirli" bir biçimde yapılmış olması gerektiğini de eklemiştir. Fakat içerik bakımından işbu nitelendirmeler, büyük ölçüde aynı anlama gelen tekrar ifadeleri olmaktan öteye geçmemektedir.[522] Bir borçlunun ifayı reddetmesi ancak ciddî bir niyetle yapılmışsa kesin nitelikte olabilir. Aynı durum kuşkusuz, "belirli" nitelendirmesi için de geçerlidir. Belirsiz bir ifa reddinden borçlunun açık ve kesin ifa etmeme iradesi, tereddütsüz biçimde çıkarılamaz. Bu nedenle belirleyici olan, borçlunun ifa etmeme iradesinin kesin olarak sabit olup olmadığıdır.[523] Bu değerlendirmede esas alınan ölçü, borçlunun ifa etmeme iradesinin "sarsılmaz ve değiştirilemez" surette ortaya çıkmış olup olmadığıdır. Alacaklı, durumun mâkul bir değerlendirmesini yaptığında borçlunun

[517] **Göka,** s.92; **Weidt,** s.121; **Liu,** Anticipatory Breach, s.91.
[518] **Medicus/Lorenz,** § 36 N.12; **Weidt,** s.120-122; **Göka,** s.92.
[519] **Medicus/Lorenz,** § 36 N.12; **Koller,** § 55 N.111-112; **Weidt,** s.121; **Göka,** s.92.
[520] **Taylor,** s.920 vd.
[521] **Taylor,** s.920, **Peel,** s.845. Ayrıca bkz. **Müller,** N.101.
[522] **Weidt,** s.120.
[523] **Weidt,** s.121.

yeniden ifaya ikna edilebilmesini yalnızca ihtimal dışı değil, imkânsız olarak görmelidir. Başka bir deyişle borçlunun yeniden ifaya yöneltmek maksadıyla yapılacak yeni yeni ifa istemlerinin bir netice doğurmayacağı açık olmalıdır. İşte zaten ancak böyle bir hâlde vâdenin beklenmesi yahut bir süre tâyin edilmesi, sadece gereksiz bir formalite *(leerförmliche Förmelei)* olacaktır. Borçlunun hâlâ ikna edilebileceği ihtimalinin bulunması, kesin bir ifa reddi ile henüz kesinleşmemiş olan ve doktrinde "basit (adi) ret" olarak adlandırılan durum arasındaki farkı teşkil eder. Zaten bu fark, çoğu zaman mecazen, borçlunun bu hususta açıklamasının hemen yukarıda işaret ettiğimiz gibi "son sözü" olarak anlaşılabilmesi gerekliliği şeklinde dile getirilir.[524]

"Kesinlik" koşulunun ele alınmasında somut olaydaki mevcut alacaklının yerinde olabilecek mâkul üçüncü bir kişinin, borçlunun beyan yahut tutum ve davranışlarına objektif biçimde izafe edeceği anlam esas alınır.[525] Öyle ki alacaklı, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden döndüğü esnada bildiklerine istinaden ortada kesin biçimde ifadan kaçınma hâlinin mevcut olduğunu varsaymakta haklıysa, sözleşmeden dönülmeseydi muacceliyet gerçekleşene kadar fakat bundan (dönme tarihinden) daha sonraki bir tarihte borçlunun edimini yerine getirecek olduğu anlaşılsa dahi yine de borca aykırılık hâli gündeme gelebilecektir.[526] Keza doktrinde CISG sisteminde de aynı şekilde, borçlunun ifadan kaçınmaya yönelik beyan yahut tutum ve davranışlarının "açık" (buradaki "kesinlik" koşuluna paralel bir kavram) sayılıp sayılamayacağı değerlendirilirken, kural olarak, mâkul ve dürüst bir alacaklının böyle bir ifadan imtinâ açıklamasına izafe edeceği anlam esas alınmaktadır.[527] Yine çok benzer olarak; İngiliz hukukunda da "kesinlik" koşulunun sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesinde mevcut alacaklının yerinde olabilecek mâkul üçüncü bir kişinin, borçlunun beyan yahut tutum ve davranışlarına izafe edeceği anlam esas

[524] **Weidt,** s.121.
[525] **Göka,** s.92; **Weidt,** s.121.
[526] **Göka,** s.92.
[527] **Atamer,** CISG, s.410.

alınmaktadır.[528] Diğer bir deyişle hâkim, somut olayda borçlunun ifadan kaçınmasının "kesin"lik arz edip etmediğinin tespitine dair akıl yürütürken mevcut alacaklının yerinde olabilecek mâkul üçüncü bir kişinin o esnada (öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiğinin alacaklı tarafından ileri sürdüğü an) bildiklerinden hareketle gelecekte borca aykırı bir davranışın gerçekleşeceğinin kesin olduğu sonucuna ulaşıp ulaşamayacağını düşünecektir.[529]

Hukukumuz bakımından da yukarıda değindiğimiz üzere, borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınmaya yönelik açıklamalarının ele alınmasında, irade açıklamalarının yorumuna ilişkin kural ve ölçütlere başvurulması isabetli olur.[530] Böyle bir tespiti alacaklı yapacağına göre "kesinlik" koşulunun sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilirken elbette "alacaklının anlayışı" referans olmalıdır. Bu hususta doktrinde *Decurtins,* hâkimin somut olay hakkındaki şahsî izleniminin yeterli sayılmayacağını, borçlunun ifadan imtinâ açıklamasının muhatabının (alacaklının) da muhakkak ifadan kaçınıldığı düşüncesinde olması gerektiğini; zira somut olayda borçlunun edimi yerine

---

[528] **Treitel,** Contract, N.17-075; **Chitty,** General Principles, N.24-022. İlgili karara göre: *"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."*, bkz. *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati"*, Queen's Bench 1957, 2 Q.B. 401, 437 (Westlaw, E.T.04.12.2024). Andığımız bu birinci kararda özetle; ifadan kaçınmanın açıkça olmak şartıyla sözle ya da davranışlarla ortaya konabileceği; önemli olan hususun, ifadan kaçınan tarafın sözleşmeye devam etmeme niyetini ortaya koyması olduğu; bu yöndeki bir niyetin yeterince açık bir biçimde gösterilip gösterilmediğinin saptanmasında ise ifadan kaçınan tarafın mâkul bir kimseyi, sözleşmedeki edimini yerine getirme niyetinde olmadığı sonucuna götürecek şekilde hareket edip etmediğinin esas alınacağı ifade edilmiştir. Ayrıca bir başka ilgili karara göre: *"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."*, bkz. *"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, E.T.04.12.2024). Andığımız bu ikinci kararda özetle; tüm durum ve koşullara objektif olarak bakıldığında, yani ifa menfaati zedelenen taraf (karşı taraf) konumunda olacak mâkul bir üçüncü kişinin bakış açısıyla bakıldığında, sözleşmeye aykırı davranan tarafın sözleşmeyi terk etme veya sözleşmesel yükümlülüklerini tamamen reddetme niyetini açıkça gösterip göstermediği önemlidir.

[529] Anglo-Sakson hukuk literatüründe Liu, alacaklının o ânda ne tür bilgilere sahip olduğunun belirlenmesinde daha sonradan ortaya çıkan delillerden de faydalanılabileceğini savunur. Fakat alacaklı; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmeyi ortadan kaldırdığı ândan itibaren ortaya çıkan ve kendisi tarafından daha önceden bilinemeyecek nitelikteki delillere dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırmakta haklı olduğunu iddia edememeli yahut bu türden bir iddiası hukuken korunmamalıdır. Bkz. **Liu,** Anticipatory Breach, s.85 vd. ve s.90-92.

[530] Aynı görüşte bkz. **Göka,** s.93.

getirmekten kaçınmasının "kesin" olup olmadığının saptanmasında alacaklının, sübjektif olarak, borçlunun tutum ve davranışlarından ne tür anlamlara veya sonuçlara varabileceğinin özellikle önemli olduğunu belirtmektedir.[531]

Doktrindeki baskın görüşe göre,[532] bilindiği üzere hukukumuzda irade açıklamalarının yorumlanmasında, kural olarak, güven kuramı uygulanmaktadır. Güven kuramına göre hâkim, bizzat kendisini somut uyuşmazlıktaki muhatabın yerine koyar ve iradenin açıklandığı yer ve zamanda, dürüst ve mâkul bir muhatabın bildiği yahut bilmesi gerektiği tüm koşulları göz önüne alarak böyle bir irade açıklamasına dürüstlük kuralına göre ne türden bir anlam yüklenmesi gerektiğini değerlendirir.[533] Anlaşıldığı üzere güven kuramı gerek somut olaydaki alacaklının (muhatabın) fiilen bildiği hâlleri yani onun sübjektif bilgi ve deneyimlerini gerekse de objektif ve mâkul, soyut bir üçüncü kişi olan muhatabın bilebileceği hâlleri beraberce ele almaktadır.[534] İşte böylelikle kuruntu yapan, yani takıntılı olma ihtimali bulunan bir alacaklının, borçlunun belli seviyede kuşku yaratabilecek beyan yahut tutum ve davranışlarına peşinen ifadan kaçınmanın kesin biçimde gerçekleştiği yaftalaması engelleneceği gibi somut olaydaki alacaklının öznel, sübjektif bilgisine sahip olmayan mâkul ve objektif üçüncü bir kişinin kavrayışına göre hâlihazırda ifadan imtinânın kesin olmadığı yorumunun yapılması da önlenebilir. Aynı yönde olarak mâkul, objektif ve dürüst bir üçüncü kişi muhatap tarafından ifadan kaçınmanın kesin olarak gerçekleştiği şeklinde nitelendirilebilecek bir tutum veya davranışın somut olaydaki alacaklı (muhatap) tarafından böyle

---

[531] Aktaran **Göka,** s.94.
[532] Güven kuramı hakkında bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.88 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.206-207; **von Tuhr,** s.267 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 13; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.73 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.278 vd.; **Reisoğlu,** s.102 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.72 ve özellikle "Güven Teorisinin Üstünlüğü" başlıklı s.73; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.120 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.82 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.223 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.337-338; **Eren,** Borçlar Genel, s.155 vd.; **Nomer,** N.25.6; **Akıntürk/Ateş,** s.46; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.110-111; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.364 vd.; **İnan/Yücel**, s.169; **Ozanemre Yayla,** s.173.
[533] **Eren,** Borçlar Genel, s.155 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.337-338.
[534] **Eren,** Borçlar Genel, s.155 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.337-338.

anlamlandırılması isabetli değilse yine kesinlik koşulu sağlanmamış olacaktır.[535] Sonuç olarak önüne gelen bir ihtilâfta hâkim, borçlunun ifadan kaçınmaya yönelik beyan yahut tutum ve davranışlarının "kesinlik" koşulunu sağlayıp sağlamadığını ele alırken, somut olaydaki alacaklının (muhatabın) konuya dair öznel, sübjektif bilgisini hâiz dürüst ve mâkul üçüncü bir kişinin objektif perspektifinden de değerlendirmede bulunmak zorundadır.[536] Hâkim böyle bir faaliyetinde, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği iddiasıyla, benimsenecek görüşe göre,[537] ilgili haklarını kullanması sırasında bildiği ve bilebileceği bütün şartları titizlikle dikkate almalıdır.

Doktrinde ifadan kaçınmanın "kesin" nitelikli olduğundan söz edebilmek için borçlunun edimini ifa etmeyeceğini ciddî, açık, tereddütten uzak ve kesin bir biçimde sergilemesi gerektiği ifade edilir.[538] Esasen bakıldığında, açık olma ve ciddî olma gibi ibareler de "kesinlik" koşulunun birer yansıması veya zorunlu unsuru olarak nitelendirilmeye gayet müsait ibarelerdir.[539] Çünkü açıklık ve ciddîlik unsurlarını bir arada barındırmayan bir açıklama, mantıken "kesin" bir ifadan kaçınma açıklaması olarak düşünülemez. Bu tespiti net biçimde gösteren bir örnek olarak; alacaklı, borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine dair beyanlarında yahut tutum ve davranışlarında hiç de ciddî olmadığını, hatta bunu şakadan, lâtife olarak *(scherzerklärung, scheingeschäft, nichternstgemeinte Willenserklärung)* söylediğini biliyorsa yahut objektif, dürüst ve mâkul bir muhatap olarak bilebilecek hâldeyse borca aykırılık (dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık) meydana gelmemelidir.[540] Öte

---

[535] **Göka,** s.94.
[536] **Liu,** Anticipatory Breach, s.91; **Weidt,** s.121; **Göka,** s.94.
[537] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 6. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hukukî Niteliği.
[538] **Müller,** N.101-102; **Weidt,** s.120-121; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.316 ve s.318; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401; **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.337; **Gümüşsoy Karakurt,** s.146; **Göka,** s.95.
[539] **Weidt,** s.120 vd.
[540] Latife beyanı *(scherzerklärung, schengeschäft, nichternstgemeinte Willenserklärung)* hakkında bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.226; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.299; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.290; **Reisoğlu,** s.104; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.425; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.304; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.135; **Ayan,** Borçlar Genel, s.225 vd.; **von Tuhr,** s.273; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1272; **Hatemi/Gökyayla,** § 12 N.2; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** N.383; **Akıntürk/Ateş,** s.47-48; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.120; **İnan/Yücel,** s.273; **Yıldırım,** s.113; **Aybay,** s.50-51; **Ozanemre Yayla,** s.175-177; **Eren,** Borçlar Genel, s.401 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.622-

yandan borçlu edimini yerine getirmeme iradesini alacaklıda sadece basit bir kuşku yaratacak biçimde açıklıyorsa, elbette ifadan imtinânın "kesinlik" arz ettiği sonucuna varılamayacak fakat bu hâlde alacaklı "sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma" hakkına başvurabilecektir.[541]

Değindiğimiz "kesinlik" koşulu, maddî anlamda mutlak bir kesinlik anlamına gelmez. Doktrinde *Sanlı,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı ele alırken bu borca aykırılık hâlinin gerçekleştiğini kabul edebilmek için borçlunun edimini ifa etmeyeceğinin *"neredeyse kesin"* olması gerektiğini ifade etmektedir.[542] İsviçre hukukundaki yazarlardan *Rampini,* "kesinlik" koşulunu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında değil de TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmü bağlamında, yani muacceliyetin gerçekleşmesinden sonraki süreçte ifadan kaçınma olarak ele almıştır.[543] *Rampini*'ye göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde mütemerrit borçluya karşı alacaklının seçimlik haklarını (TBK md.125, Art.107 Abs.2, Art.109 OR) kullanabilmesi adına ek süre (mehil) tâyin etme mecburiyetinin ortadan kalkması için borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınması o kadar kesin ve açık olmalıdır ki artık ek süre (mehil) tâyin etmek sadece "boş bir formalite" olarak nitelendirilebilir olmalıdır.[544] Görüldüğü üzere *Rampini*'nin değerlendirmesinde "kesinlik" koşulu iki kümülatif husus barındırır. Birinci husus; borçlunun ifadan imtinâyı sergileme biçimi göz önüne alındığında alacaklının borçluya ek süre (mehil) tâyin ederek dahi onun düşüncesini değiştiremeyecek olmasıdır.[545] Elbette ki de yalnızca sözleşmenin geçerli olup olmadığına dair birtakım kuşkularını paylaşan bir borçlu ile kendisini sözleşmeyle hiçbir şekilde bağlı görmeyen yahut sözleşme gereklerini yerine getirmeyeceğini açıkça dile getiren borçlu arasında önemli farklar olmalı ve gözetilmelidir. İkinci husus;

624.
[541] Bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.
[542] **Sanlı,** s.175, dn.352.
[543] Aktaran **Göka,** s.95.
[544] Aktaran **Göka,** s.95. Weidt de Rampini ile aynı fikirdedir, bkz. ve karş. **Weidt,** s.121.
[545] Aktaran **Göka,** s.96. Weidt de Rampini ile aynı fikirdedir, bkz. ve karş. **Weidt,** s.121.

borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınması, sadece bir anlık için değil; bütün ileriki süreç yahut en azından ifanın uygun bir ek süre (mehil) dâhilinde bile gerçekleştirilmeyeceği açıkça anlaşılacak şekilde uzun bir süre için söz konusu olmasıdır.[546] Ancak *Rampini*'ye göre, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimi yerine getirmekten kesin biçimde kaçındığını kabul edebilmek için TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmü bağlamında olduğundan daha da katı, sıkı birtakım şartlar aranmalı, katı bir değerlendirme yapılmalıdır.[547] Buna göre alacaklı, sadece ve sadece borçlunun muacceliyetin gerçekleşmesine kadar ifadan kaçınmaya yönelik düşüncesini değiştirmeyeceğini haklı olarak farz edebiliyor ise derhâl seçimlik haklarına başvurabilir.[548] Alman hukukunda da borçlunun edimi yerine getirmekten kaçınmasının "kesinlik" gösterdiğinden söz edebilmek için alacaklının, borçlunun ifa etmemeye, yani ifadan imtinâya ilişkin iradesinin artık değiştirilemez ve geri çevrilemez olduğunu farz edebilmesi zorunludur.[549] Mevcut hukukumuz ve TBK sistemimiz bakımından katıldığımız bir görüş olarak *Göka*'ya göre ise "kesinlik" koşulunun sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesinde, borçlunun "mutlak biçimde edimini yerine getirmeyeceğinin belli olması" kadar katı bir ölçüt aranmamalıdır.[550] Esasen böylesine katı bir ölçüt aramak mantıken de isabetsizdir; çünkü henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimi ifadan kaçınması, ne kadar kesin olarak görünürse görünsün borçlunun vâde geldiğinde yahut vâdeye az bir zaman kala TBK md.96 (Art.81 OR) hükmüne[551] göre borcunu yerine getirme olasılığı her zaman mevcuttur.[552] Kısacası mevcut hukukumuz bakımından isabetli olan; katı ölçütten uzaklaşıp burada, borçlunun beyan yahut tutum ve davranışlarından, alacaklı açısından

[546] Aktaran **Göka,** s.96.
[547] Aktaran **Göka,** s.96.
[548] Aktaran **Göka,** s.96.
[549] **Weidt,** s.121; **Göka,** s.96.
[550] **Göka,** s.96.
[551] "Erken İfa" madde başlıklı TBK md.96 hükmüne göre: *"sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir…"* Yine bkz. Art.81 OR *"Vorzeitige Erfüllung"*.
[552] **Schwenzer/Hachem/Kee,** N.47.140, dn.403.

mutlak kesinlik değil de kesinliğe yaklaşan çok yüksek bir olasılıkla borcun yerine getirilmeyeceğinin anlaşılıp anlaşılmadığının esas alınmasıdır.[553]

Esasen Anglo-Sakson hukuk sistemindeki tespitlerde hemen hemen aynıdır. *Lord Wright* şu tespitlerde bulunmuştur: *"... sözleşmenin reddedilmesi (repudiation) ciddî bir meseledir; hafife alınarak kabul edilmemeli veya kolaylıkla varsayılmamalıdır."*[554] Yine içtihatlarla ortaya konulduğu üzere ölçüt odur ki *"sözleşme tarafının sözleşmeyi yerine getirmeme niyetini tamamen açık biçimde ortaya koymuş olması gerekir."*[555] Gerekli ret derecesi içtihatlarda ayrıca şu ifadelerle de tanımlanmıştır: *"Bir tarafın sözleşmeyi ifa etmeye dair mutlak bir reddi, eğer sözleşmeyi feshetme yetkisi bulunsaydı fesih sonucunu doğuracak nitelikte bir ret,*[556] *tam bir ret (total refusal),*[557] *veya artık sözleşmeyle bağlı kalmak istemediğini açık biçimde ortaya koyan bir niyet (unequivocal intention no longer to be bound)*[558] *şeklinde ifade edilebilir."*

Borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine dair beyanının teknik anlamda bir "şart"a bağlanıp bağlanamayacağı da tartışmaya açıktır. Doktrinde *Cumalıoğlu,* borçlu tarafından ileri sürülen şartın hukuken geçerli olması hâlinde, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre şart hukuken geçerli olarak kabul edilemezse artık borçlunun böyle bir beyanı doğrudan doğruya ifadan kaçınma anlamına geleceğinden öncelenmiş sözleşmeye aykırılık oluşabilir.[559] Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki Amerikan hukuk sistemindeki klâsik görüşe göre, şart

[553] **Schwenzer/Hachem/Kee,** N.47.140 vd.; **Göka,** s.96.
[554] Aktaran, **Weidt,** s.122.
[555] *"Spettabile Consorzio Veneziano & C. v. Northumberland Shipbuilding Co.",* (1919) 121 L.T. 628, 934. Ayrıca bkz. *"Freeth v. Burr",* (1874) 9 C.P. 208, 213.
[556] *"The Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzon & Co."* (1884) 9 A.C. 434, 438.
[557] *"Johnstone v. Milling",* 1986, 16 Q.B.D. 460, 467.
[558] *"Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.",* 1980, 1 W.L.R. 277, 297 (H.L.)
[559] **Cumalıoğlu,** s.176.

ihtivâ eden bir ifa etmeme beyanı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermez.[560]

Nihayetinde belirtelim ki henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınırken bu davranışının borca aykırılık teşkil ettiğinin farkında yahut bilincinde olması gerekli değildir.[561] Bununla birlikte önemlidir ki borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınmaya yönelik beyanlarda bulunması yahut bu minvalde tutum ve davranışlar sergilemesi, vâkıalara veya hukukî duruma dair hatalı (yanlış) ya da eksik bilgisinden kaynaklanıyorsa bu hâlde ortada kesin bir biçimde ifadan kaçınmanın mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Zira gayet olasıdır ki taraflar arasında vâde gelmeden önce veya vâde geldikten sonra olayların değerlendirilmesi yahut hukukî durum hususunda türlü ihtilâflar ortaya çıkabilir. Başka bir deyişle her şeyden önce bazı ihtimallerde taraflar arasında muacceliyetten önce ya da sonra olması önem arz etmeksizin vâkıalara veya hukukî duruma dair bir ihtilâf gündeme gelmesi olasıdır. Burada esasen taraflardan biri ifa etmeme iradesini ya yanlış bir hukuk görüşüne ya içinde bulunduğu sözleşmeyi hatalı yorumlamasına yahut da vâkıaları yanlış algılamasına dayandırmaktadır.[562] Sadece böyle hususlardaki görüş ayrılıkları kesin bir ifadan imtinâ hâli olarak değerlendirilemez.[563] Alman hukukunda bu hâlde ifa reddinin kesin olup olmadığının irdelenmesinde yine belirleyici olan kriter, borçlunun vâkıalara ve hukukî argümanlara gerçekten açık olup olmadığı ve objektif olarak yanlış olan fikri hakkında tartışmaya ne denli hazır olduğudur.[564]

---

[560] **Calamari/Perillo,** s.481. Örneğin sözleşme taraflarından (P)'nin finansman sağlamak gibi bir yükümlülüğü mevcut olmasa dahi karşı taraf olan (R), "P finansman sağlayana dek edimimi yerine getirmeyeceğim" diyebilir ki böyle bir cümle, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açmaz.

[561] Bu çıkarımı doğrulayan bir karara göre *"An anticipatory breach does not necessarily involve an actual intention to break the contract."* bkz. *"Heyman v. Darwins Ltd."*, 1942 AC, s.379 (Westlaw, E.T.26.10.2024). Anılan kararda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın, sözleşmeyi bozmaya yönelik gerçek ve samimî bir niyet içermesinin zorunlu olmadığına vurgu yapılır. Ayrıca bkz. **Weidt,** s.129 ve s.177-178.

[562] **Weidt,** s.123-124.

[563] **Göka,** s.97.

[564] **Weidt,** s.124.

Weidt'ın tespitleriyle içtihat hukukuna göre borçlunun belirli ihtilâf noktaları hakkında ciddî biçimde tartışmaya hazır olduğunu göstermesi, "sözleşmeyi sürdürme iradesinin bulunduğuna" işaret eder. Bu nedenle sözleşmesel hak ve yükümlülüklerin mevcudiyeti veya kapsamına dair ortaya çıkan basit fikir ayrılıkları tek başına kesin bir ifa reddinin varsayılabilmesi için yeterli değildir. Kesin bir ifa reddi ancak "somut olayın koşulları içinde, temerrüde düşmüş olan sözleşme tarafının artık ikna edilemeyeceğini gösteren güçlü olgusal unsurların mevcut olması hâlinde" kabul edilebilir.[565]

Tüm bunlarla birlikte borçlu, vâkıalara veya hukukî duruma dair hatalı (yanlış) ya da eksik bilgisine dayanan görüşü yönünde ciddî bir ifadan kaçınma iradesi sergilemiş olabilir. İşte bu noktada İsviçre hukukundaki yazarlardan olan *Koller,* TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmüne ilişkin olarak, borçlu bu hükmün tatbik sahasına dâhil sayılacak tutum ve davranışlarında kendisinin tamamen haklı olduğunu düşünse dahi bu durumun anılan hükmün uygulanması neticesini değiştirmeyeceğini önemle ifade eder.[566] Buna karşın yine İsviçre hukukundaki yazarlardan *Decurtins,* Alman hukuk literatüründe göndermede bulunarak, borçlunun önemli sayabileceğimiz vâkıalara dair hiçbir bilgisinin olmadığı ya da bunlar hakkında yanlış bilgilendirildiği açıkça anlaşılabilmekteyse kesin biçimde edimini yerine getirmekten kaçındığından söz edilemeyeceğini ileri sürer.[567] *Decurtins*'e göre borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınması, vâkıalara veya hukukî duruma dair hatalı (yanlış) ya da eksik bilgisinden kaynaklanmaktaysa borçlu, en azından, alacaklı bu hususta bağlayıcı bir mahkeme hükmü ya da merci kararı edindikten sonra, zaten kendiliğinden borcunu yerine getirme iradesine sahip olacaktır.[568] Fakat *Weidt, Decurtins'*in bu görüşünü şöyle eleştirmektedir: Bir ifa reddinin kesin olup olmadığı, borçlunun aleyhine gelen bir

[565] **Weidt,** s.124.
[566] Aktaran **Göka,** s.97.
[567] Aktaran **Göka,** s.97.
[568] Aktaran **Göka,** s.97.

karardan sonra ifaya hazır olup olmayacağına göre değil; kendisine bir ihtarla süre tâyin edildiğinde bundan etkilenip etkilenmeyeceğine yahut tutumunu değiştirip değiştirmeyeceğine göre saptanmalıdır.[569] Kanaatimizce *Decurtins'*in tespitleri karşısında *Weidt'*ın eleştirileri haklılık kazanmaktadır. Zira gerçekten de borçlunun herhangi bir mahkeme hükmü ya da merci kararına istinaden ifa iradesi göstermesi, gerçek bir irade sayılmaz, bu olsa olsa mecburiyettir. Nitekim böyle bir ihtimalde dahi borçlu inatla ifayı reddedebilir. Zaten *Weidt,* devamla, borçlunun kesinleşmiş bir mahkeme kararı üzerine "gönüllü olarak" yani kendisine karşı bir cebrî icra takibi başlatılmamışken edimini ifa edeceğini açıklamasının doktrinde "ifa reddinin özellikle bâriz bir örneği" olarak nitelendirdiğini belirtmektedir.[570]

Yine bu hususta Alman hukukunda *Weidt* tarafından ortaya atılan farklı bir görüşe göre, borçlunun vâkıalara veya hukukî duruma dair hataya düşmesinden ötürü henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ etmesi durumunda gözetilmesi gereken temel ölçüt, hataya düşen borçlunun ulaşılabilir ve hatalı görüşünü objektif biçimde tartışmaya hazır ve açık olup olmadığı konusudur. Böyle hâllerde "kesinlik" koşulu, borçlunun bir şekilde ulaşılamaz olması yahut alacaklının tartışma ve telkinlerine karşın borçlunun kategorik biçimde kendi hatalı görüşünde sebat edeceğini göstermesiyle sağlanmış sayılmalıdır.[571] Keza mantıken de isabetli ve doğru olan; borçlunun bilincinde olsa idi ifadan kaçınmaya yönelik beyan ve davranışlarını hemen geri çekeceği bir hatasından ötürü öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ağır hukukî sonuçları tatbik edilmemelidir, kısacası Alman hukukunda *Weidt*'ın dile getirdiği görüşe öncelik tanınmalıdır.

Weidt'ın katıldığımız görüşü bağlamında bazı ihtimallere dikkat çekilmeli ve farklılıkları ortaya konmalıdır: İlk ihtimal olarak; borçlu, hatasına rağmen kendi kendine

[569] **Weidt,** s.124.
[570] **Weidt,** s.124.
[571] Daha detaylı bilgi için bkz. **Weidt,** s.123 vd.; **Göka,** s.97-98.

düşünüp olayları tartmış değerlendirmiş ve ardından alacaklının yerine konabilecek dürüst, mâkul ve objektif bir üçüncü kişi tarafından da "kesin biçimde ifadan imtinâ" hâli olarak sayılabilecek tutum ve davranışlarını sürdürürse artık bunun hukukî sonuçlarına razı olmuş demektir.[572] Çünkü bu hâlde borçlunun edimi yerine getirmekten kaçınmasının hatasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı açık değildir ve görünüşte haksız, isabetsiz olarak kesin biçimde ifadan kaçınmayla karşılaşan bir alacaklı, bunun hangi gerekçelerle yapıldığını araştırmakla yükümlü tutulamaz. Fakat alacaklı buna rağmen borçlunun ifadan kaçınmasının "kesinlik" arz edip etmediğinden kuşkulanmaktaysa "sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma" seçeneğine gidebilir.[573] Şayet borçlunun ifadan kaçınmasının vâkıalar veya hukukî duruma dair bir hatasından ya da eksik bilgisinden kaynaklandığı açıkça görünmekteyse yahut somut olaydaki alacaklı tarafından bu durum bilinebilmekteyse bu, ifadan kesin biçimde imtinâ hâli olarak adlandırılmamalı ve alacaklının sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma seçeneğine başvurması gerekmelidir. İkinci ihtimal olarak; şayet henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte taraflar, borçlunun eksik bilgiyle değerlendirdiği yahut hatalı olduğu hususu zaten çoktan görüşmüş, müzâkere etmiş, tartışmış ve buna rağmen borçlu görüşünde sebat etmeyi tercih ederek edimini yerine getirmekten kaçınmayı sürdürmüşse elbette artık "kesinlik" koşulu gerçekleşmiş sayılmalıdır. Üçüncü olarak belirtmek gerekir ki; kanaatimizce üstün tutulması gereken görüş bağlamında -bilhassa ülkemizde olduğu gibi- uzun süren yargılamalar göz önüne alındığında oldukça düşük de olsa bir ihtimalin daha gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.[574] Söz konusu ihtimalde, borçlu sözleşmeyi yanlış biçimde (hatalı olarak) yorumladığından dolayı, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini ifa etmekten kaçınmakta fakat bunu yaparken, "eğer ki bu hususta bağlayıcı bir

[572] **Göka,** s.98.
[573] Bkz. aşağ. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.
[574] **Weidt,** s.126-127.

hukukî karar elde edilirse borcunu düzgün biçimde yerine getireceğini" ifade etmektedir. İşte bu ihtimalde şayet muacceliyetin gerçekleşmesine kadar kalmış olan süre, tarafların içine düştükleri ihtilâf (örneğin sözleşmenin hatalı yorumlanıp yorumlanmadığı) hususunda mahkemeden bağlayıcı bir karar elde edilmesine ve karara uygun biçimde ifanın gerçekleştirilmesine yetebilecek ise artık borçlunun ifadan imtinâsının "kesinlik" koşulunu sağlamadığı ifade edilmektedir.[575]

İngiliz hukukunda da borçlunun sözleşmenin mevcudiyeti yahut sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin kapsamı hakkında yanılması, kesin bir ifa etmeme iradesinin varlığını kabul etmeyi engellememektedir. Asıl olan borçlunun hatalı görüşünde kategorik ve mutlak surette ısrar edip etmediğidir.[576] Bu bağlamda *Lord Wright* tarafından ifade edilen şu prensip geçerlidir: *"Sırf dürüst bir yanlış anlama, bilhassa da düzeltilmeye açık bir yanlış anlama, sözleşmenin reddedildiği (repudiation) yönünde bir isnadı haklı kılmaz."*[577] Bununla birlikte borçlunun tutumu, olayın tüm şartları beraberce değerlendirildiğinde sarsılmaz görünüyorsa, bu hâlde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya çıkan bir ifa reddinin var olduğu kabul edilecektir. Bu bağlamda borçlunun sözleşmeye uygun davranmadığının bilincinde olması, vadeden önceki sözleşme ihlâlinin zorunlu bir unsuru da değildir: *"Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, mutlaka sözleşmeyi ihlâl etme yönünde gerçek bir niyetin bulunmasını gerektirmez."*[578]

İngiliz hukukundaki görüşlere göre iyiniyete dayanan bir yanılma *(bona fide* hata), borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir ifa etmeme iradesine sahip olduğunun varsayılmasını engeller. Bu kabulün temel dayanağı ise *Lord Wilberforce*'un şu ifadeleridir: *"Bir tarafın sözleşmede açıkça yer alan bir*

[575] **Weidt,** s.126-127; **Göka,** s.98-99.
[576] **Weidt,** s.125.
[577] Aktaran **Weidt,** s.125.
[578] **Weidt,** s.125.

hükme iyiniyetle dayanarak sözleşmeden dönmesi veya sözleşmeyi sona erdirmesi ve daha sonra hakları konusunda yanılmış olduğunun ortaya çıkması durumunda, sırf bu nedenle onun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ifa etmeyi reddetmiş sayılması, sözleşme hukukunun talihsiz bir girişimi olurdu."[579] Fakat *Weidt*'a göre bu anlayış, borçlunun ifadan kaçınma beyanını ve kararın bütününü hukuka aykırı biçimde sadece iyiniyet unsuruna indirgemek anlamına gelir. Tarif edilen durumda hâkimlerin çoğu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmediği yönünde kararlar vermişlerdir; ancak bunun nedeni borçlunun iyiniyetle hareket etmiş olması değildir. Asıl gerekçe, olayın tüm şartları beraberce değerlendirildiğinde borçlunun kesin bir ifa etmeme iradesinin mevcudiyetinin tespit edilememesidir.[580] Dolayısıyla bu gibi hâllerde somut olayda taraf davranışının iyice değerlendirilmesi gerekir. Bir sözleşme hükmünün hatalı yorumlanması başlı başına ve önceden *(a priori)* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcudiyetini dışlama anlamına gelmez. Zira borçlu, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin vâdesi gelmeden önce sözleşmeye dayanarak dönme hakkını kullandığında veya sözleşmeyi yalnızca kendi sözleşme anlayışına göre yerine getireceğini açıkladığında, yanılmış olsa dahi bu davranışının kategorik bir ifa etmeme iradesi olarak değerlendirilebileceği rizikosunu üstlenmiş olur.[581] Doktrindeki bir görüşe göre borçlu, bu rizikoyu ancak sözleşme hükmünün yorumlanması için mahkemeye başvurarak ve verilecek karara uyacağını açıkça göstererek ortadan kaldırabilir. Bununla birlikte borçlu bu yolla, kesin bir ifa etmeme iradesi bulunduğu yönündeki değerlendirmeyi ancak şu durumda engelleyebilir: Mahkeme kararının ifa zamanından önce verilmesi ve böylece sözleşmeye uygun ifanın hâlâ mümkün olması.[582]

"Kesinlik" koşulu altbaşlığı bağlamında Alman hukukunda somut olaylara dayalı değerlendirme anlamındaki "kazuistik metod"a dikkat çekmek gerekir. Daha

[579] Aktaran **Weidt,** s.126.
[580] **Weidt,** s.126.
[581] **Weidt,** s.126.
[582] **Weidt,** s.126.

önce belirttiğimiz üzere, borçlunun kesin bir ifa etmeme iradesine sahip olup olmadığı, olayın tüm şartlarının beraberce değerlendirilmesiyle tespit edilebilir. Bu durum alacaklıyı çoğu zaman vâkıaların değerlendirilmesi ve sözleşmenin yorumlanması açısından güç sorularla karşı karşıya bırakabilir. İçtihat hukukunda belli başlı unsurların kesin bir ifa reddinin mevcudiyeti lehine veya aleyhine emâre olarak değerlendirildiği bir kazuistik (olay tiplerine dayalı) metot geliştirilmiştir. Bunlara tek tek değinmek gerekirse:

İlk durum olarak Alman hukukunda borçlunun davranışı, kural olarak, sözleşmeye uygun surette ifayı reddetmenin yanı sıra aynı zamanda sözleşmenin içeriğini yeniden müzâkere etmeye yönelik ciddî bir istek barındırıyorsa artık kesin bir ifa reddinden söz edilmez.[583] Bilindiği üzere borçlu, sözleşmeyle bağlıdır ve sözleşmenin içeriğinde değişiklik yapılmasını tek taraflı olarak talep edemez. Bununla birlikte borçlunun müzâkereye hazır olduğunu göstermesi, ifa etmeme iradesinin sarsılmaz bir şekilde oluşmadığını ortaya koyar. Buna karşılık yeniden müzâkere teşebbüslerinin başarısız olmasından sonra borçlu, edimin ifasını önemli değişikliklere bağlamakta ısrar ederse, bu durumda ifa reddinin kesinliği söz konusu olur. Nitekim böyle bir durumda alacaklı, derhâl sözleşmeden dönebilir veya ifa menfaatinin boşa çıkarılmasından ötürü oluşan zararının giderilmesini isteyebilir.[584]

Borçlu, ifayı en baştan itibaren mutlak biçimde alacaklının başka şartları veya yeni talepleri kabul etmesine bağlarsa, sırf bu davranışı borçlunun bu konuda "son sözünü söylediğini" gösterir. Bu hâlde borçluya sözleşmeye bağlılık çağrısı yapılması ve ek süre tâyin edilmesi anlamsız kabul edilir. İngiliz hukukunda ise genel prensiplere göre değerlendirme yaparken şu hususlara bakılacaktır: Borçlunun ileri sürdüğü yeni şartlar altında gerçekleştireceği ifa, sözleşmenin esaslı bir ihlâlini teşkil ediyor mu ve

[583] **Weidt,** s.122.
[584] **Weidt,** s.123.

olayın bütün şartları alacaklının yerine konabilecek objektif, mâkul, orta zekâlı üçüncü bir kişi perspektifinden değerlendirildiğinde borçlunun yalnızca bu şekilde ifa etmek niyetinde olduğu sonucuna varılabilir mi?[585]

İkinci durum olarak borçlu, alacaklıya teslimat güçlükleri veya üretim darboğazları bulunduğunu ve bu nedenle ifanın gecikeceğini bildirirse, bu davranış Alman hukukunda, kural olarak, kesin bir ifa reddi şeklinde değerlendirilmez. Ancak borçlunun açıklamalarından, ifanın yalnızca vâde tarihinde değil, aynı zamanda vâdeden sonra tâyin edilecek makul bir süre dâhilinde de gerçekleşmeyeceğinin kesin biçimde anlaşılması hâlinde durum farklı değerlendirilir. Böyle bir durumda ek süre tâyin edilmesi anlamsız olacağından kesin bir ifa reddinin mevcudiyeti kabul edilebilir. İngiliz hukukunda ise böyle bir açıklama, ancak sözleşmede "tam vaktinde ifanın" sözleşmenin esaslı bir unsuru olarak kararlaştırılmış olması hâlinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilir. Eğer böyle bir kararlaştırma söz konusu değilse, alacaklı vâde geldiğinde henüz edimini yerine getirmemiş olan borçluya bir ek süre tâyin etmek mecburiyetinde kalacaktır.[586]

Üçüncü durum olarak borçlunun edimini ifa edemeyeceğini açıklaması, yani edimi yerine getirme konusundaki yetersizliğini *(inability)* dışa vurması, ifa etmeme iradesinin ve dolayısıyla ifa reddinin varlığına işaret edebilir. Daha teknik ifade etmek gerekirse ifa yetersizliğinin dışa yansımasının özel bir görünüm biçimi de "iflâs"tır. Bununla birlikte Alman hukukunda borçlu hakkında iflâs (insolvenz) prosedürünün başlatılması, alacaklıya borçlunun yükümlülüklerini vâde geldiğinde artık yerine getirmek istemediği veya getiremeyeceği neticesine varma hakkını doğrudan vermez. Öyle ki iflâs prosedürünün açılmasıyla birlikte borçlunun yerine iflâs idarecisi geçer.

[585] **Weidt,** s.123.
[586] **Weidt,** s.127.

Alman İflâs Kanunu (*Insolvenzordnung*, anılış: *"InsO"*) § 103 Abs.1 hükmüne[587] göre *"karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme, iflâs yargılamasının açıldığı tarihte borçlu ve diğer tarafça hiç veya tamamen ifa edilmemişse, iflâs idaresi (Insolvenzverwalter) borçlunun yerine geçerek sözleşmeyi ifa edebilir ve diğer taraftan da kendi edimini ifa etmesini talep edebilir."* Anılan hüküm, her iki tarafça da henüz tamamen yerine getirilmemiş borç ilişkileri bakımından iflâs idarecisine bir seçim hakkı tanımaktadır. Buna göre iflâs idarecisi bir yandan sözleşmenin ifasını reddedebilir diğer yandan ise sözleşmeyle bağlı kalıp edimlerin yerine getirilmesini sağlayabilir. Alman İmparatorluk Mahkemesi, iflâs idarecisinin anılan hükümde düzenlenen seçimlik imkânına istinaden "ifayı reddetmeyi" tercih etmesini, önceleri, akdin müspet ihlâli biçiminde gerçekleşen bir ifa reddi olarak değerlendirmiş ve bunun ifa etmeme nedeniyle tazminat istemine yol açabileceğini kabul etmiştir.[588]

Buna karşılık doktrinde şu itiraz ileri sürülmüştür: İflâs idarecisi ifayı reddettiğinde esasen sadece kanunun kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanmaktadır. Bu nedenle bu ret davranışını sözleşmeye aykırı bir ifa reddi olarak nitelendirmek güçtür. Bu durumda ortaya çıkabilecek tazminat istemlerinin dayanağı -her ne kadar hukuk pratiğinde büyük bir farklılık yaratmayacak olsa da- medenî hukuk hükümlerinde değil, iflâs hukukunda bulunmaktadır.[589]

Bununla birlikte alacaklı, iflâs idarecisini bu seçim hakkını kullanmaya çağırabilir. Eğer idareci mâkul bir süre dâhilinde niyetini açıklamazsa, alacaklı bunu ifa reddi olarak tavsif edebilir. Benzer prensipler İngiliz hukukunda da geçerlidir. Zira İngiliz hukukunda da yalnızca iflâsın gerçekleşmiş olması, borçlunun ifa etmeme iradesine sahip olduğu neticesini doğrudan doğurmaz. Çünkü iflâs idarecisi ekonomik

[587] § 103 Abs.1 InsO hükmü: *"Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen."*
[588] **Weidt,** s.127-128.
[589] **Weidt,** s.128.

açıdan elverişli sözleşme ilişkilerini sürdürmeye karar verebilir. Ancak alacaklı, iflâs idarecisinden mâkul bir süre dâhilinde sözleşmenin devam ettirilip ettirilmeyeceği konusunda karar vermesini talep edebilir. Bu süre zarfında herhangi bir karar verilmezse, alacaklı bu davranıştan borçlunun ifa etme iradesinin mevcut olmadığı neticesini çıkarabilir.[590]

d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*

aa. Genel Olarak

Borçlunun birtakım davranışları, alacaklıda borçlunun edimini ileride ifa etmeye istekli olup olmadığı *(unwillingness)* yahut ifaya muktedir olup olmadığı *(inability)* hususunda kuşkular yaratabilir. Benzer biçimde dış dünyaya ilişkin objektif birtakım koşullar da borçlunun ifa kabiliyetine dair kuşkular yaratabilir. Bu türden kuşkuların kaynağı çok farklı sebepler olabilir: Borçlunun daha önceden yaptığı tutarsız açıklamalar, alacaklı ile arasındaki bir başka sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin ifasında sebep olduğu aksaklıklar, bunlara örnektir.[591] Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde borçlunun ifadan kaçınmasının kesinlik arz ettiğini kabul edebilmek açısından oldukça sıkı, katı ölçütler gözetilmekte ve borcun "çok yüksek bir olasılıkla" ifa edilmeyeceğinin anlaşılması zorunlu görülmektedir. Bu ölçüte ulaşılamadıkça, borçlunun edimini ifa etmeyeceği hakkında ciddî kuşku ve endişeleri olsa da bir alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılık şeklindeki bir borca aykırılık hâline dayanma şansından söz edilemez.[592] Kaldı ki alacaklının, ifadan kaçınma hususunda "kesinlik" koşulunun sağlandığından tam olarak emin olmaksızın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanması kendisi açısından sakıncalı olabilir. Çünkü borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki

[590] **Weidt,** s.128-129.
[591] **Weidt,** s.142-143.
[592] **Göka,** s.99.

süreçte kesin biçimde ifadan kaçındığı varsayımıyla öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklı; ardından kendisine açılacak bir davada, mahkemenin "kesinlik" koşulunun gerçekleşmediğine hükmedip de alacaklının haksız olarak sözleşmeden döndüğünü tespit etmesi ihtimalinde, bizzat kendisi muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ifadan imtinâ etmiş (zira haksız olarak sözleşmeden döndü) ve öncelenmiş sözleşmeye aykırı davranmış pozisyonuna düşebilir.[593] Deyim yerindeyse alacaklı, ava giderken avlanabilir. Diğer bir açıdan bakılacak olursa; alacaklı sırf andığımız riskten ve pozisyona düşmekten korkarak haklarını kullanmaktan geri durur da vâdeye kadar sabırla bekler ve edim gerçekten yerine getirilmezse, -öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanarak- erkenden önleyebilecekken daha fazla bir zarara[594] mâruz kalabilir.[595] Hatta böyle bir ihtimalde adi değil de ticarî bir ilişki mevcutsa, ticaretin süratli ve değişken dünyasında alacaklı durduk yere zaman kaybetmiş olur ve alacaklının işleri kesintiye uğrayabilir. Örneğin sözleşmeyle elde etmeyi umduğu fakat borçlunun ifadan kesin biçimde kaçınması nedeniyle elde edemediği borç konusu şeyi, hemen alıp üçüncü kişilere arz ederek bundan para kazanan tacirin durumu, tam olarak böyledir.[596] Alacaklının risk alıp öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanmak yahut muacceliyeti bekleyip hem zaman kaybetmek hem de daha çok zarara uğramak seçenekleri arasında yaşadığı ikilemi çözümleyebilmek adına mukayeseli hukukun farklı araç ve yöntemleri mevcuttur. Bu araç ve yöntemleri şimdilik genel hatlarıyla ifade etmek gerekir ki ilk olarak; alacaklıya, borçludan uygun bir sürede sunacağı yeterli delillerle sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturmasını *(Klärung der Vertragstreue)* isteme, ikinci olarak bunun yerine güvence (teminat) vermesini talep etme[597] ve üçüncü olarak her iki hâlde de kendi ediminin ifasını askıya alma

[593] **Weidt,** s.143.
[594] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu durumlarda zararı azaltma külfetinin uygulama sahası hakkında bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, A, 1. Aynen İfa İsteminin Kapsamı ve Daraltılması.
[595] **Weidt,** s.143.
[596] **Göka,** s.99.
[597] Teminat (güvence) talebinin bilhassa ilerideki ifanın objektif olarak tehlikeye düştüğü durumlarda

(suspension) haklarından birisi ya da her ikisi sunulmaktadır. Elbette mukayeseli hukukun öngördüğü söz konusu araç ve yöntemlerin hukukumuzda da uygulanması yani alacaklının içine düşebileceği ikilemi bertaraf edebilmek adına bunlara benzer hakların kendisine verilip verilmeyeceği ya da zaten benzer imkânların mevcut olup olmadığı tartışılabilir.[598]

Alacaklının yukarıda değindiğimiz ikilemine karşı hukukumuzda değinilebilecek ilk göze çarpan düzenleme "İfa Güçsüzlüğü" madde başlıklı TBK md.98 (Art.83 OR) hükmüdür. Çünkü dikkat edilirse TBK md.98 hükmünde; borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesinden ötürü alacağı tehlikeye giren alacaklıya, borçlunun bir güvence (teminat) göstermesi için kendisine bir uygun süre verme hakkı,[599] söz konusu güvence gösterilinceye değin ödemezlik def'i[600] ileri sürüp kendi edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı ve verilen uygun süre içerisinde bir güvence gösterilmezse sözleşmeden dönme hakkı gibi ciddî enstrümanlar tanınmıştır.[601] TBK md.98 hükmünde alacaklı lehine getirilen hakların, mukayeseli hukukta alacağının artık tehlikede olduğundan ciddî biçimde endişelenen veya kuşkulanan alacaklıya sağlanan haklar ile hemen hemen örtüştüğü ifade edilebilir. Nitekim bu gerçeklikten ötürü doktrinde *Kanışlı,* ileride daha detaylı inceleyeceğimiz üzere[602] CISG md.71 hükmünde[603] sayılan hipotezlerle

---

kabul edildiğini ifade etmek gerekir, aynı yönde bkz. **Göka,** s.99, dn.461.

[598] **Göka,** s.99-100.

[599] Doktrinde TBK md.98 hükmü bağlamında alacaklının teminat verilmesine dair bir talep yahut dava hakkına sahip olmadığı ifade edilir, alacaklı sadece teminat verilmesi için uygun bir süre verme imkânına sahiptir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 6 N.23; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 6 N.23; **Eren,** Borçlar Genel, N.3129; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1127.

[600] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 6 N.23 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 6 N.23 vd.

[601] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 6 N.23-27; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 6 N.23-27; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1126; **Eren,** Borçlar Genel, s.1133-1134.

[602] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, III, B, 2. Tehlike Sebepleri.

[603] CISG md.71 hükmüne göre: *"(1) Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın;*

(a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya

(b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.

(2) Satıcı, I. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulunsa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir. (3) Malların gönderilmesinden önce veya sonra sözleşmenin ifasını askıya alan taraf,

borçlunun yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını yerine getirememesi *(not perform a substantial part of his obligations)* durumunda alacaklıya sunulan ifayı askıya alma hakkının *(suspension)* hukukumuzda aynen bir karşılığının mevcut olmadığını belirtmekle birlikte söz konusu ihtimallerde genişletici yorumla yahut kıyas *(analogia)* metoduyla TBK md.98 hükmünden faydalanmanın mümkün olduğunu ifade etmektedir.[604] Buna karşın doktrinde *Göka*'ya göre; TBK md.98 hükmünün, *Kanışlı*'nın kıyasen tatbik edilebileceğini ifade ettiği kapsamdan daha da geniş bir biçimde, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu bütün hâllerde kıyasen uygulanmasında birtakım tereddütler hâsıl olabilir. İlk olarak TBK md.98/1 hükmündeki güvence gösterilmesinin talep edilebilmesi ve ödemezlik def'i müesseselerinin esas maksadı, borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşüp düşmediğini kesin biçimde saptamak ve bu süre zarfında alacaklının bir zarara mâruz kalmasını engellemek değildir.[605] Borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi, hükmün tatbik edilebilmesi için sadece bir ön koşuldur ve güvence gösterilmesinin talep edilebilmesi ile ödemezlik def'i, yalnızca alacaklının edime dair kuşku ve endişelerini ortadan kaldırmaya matuftur.[606] İkinci olarak oldukça önemli bir husus, TBK md.98 hükmünün teknik açıdan bir "sorumluluk hükmü" niteliğini hâiz olmamasıdır. Çünkü dikkat edilirse TBK md.98/2 hükmünde *"hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede*

---

askıya alma keyfiyetini derhal karşı tarafa bildirmek ve karşı tarafın sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi durumunda ifaya devam etmek zorundadır."

[604] **Kanışlı,** Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık, s.1409, dn.29.

[605] **Göka,** s.100.

[606] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 6 N.26; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 6 N.26; **Eren,** Borçlar Genel, s.1131-1132; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1122. Alman hukuk sisteminde "sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması" *(Klärung der Vertragstreue)*; alacaklının hâlihazırdaki sözleşmesel ilişkide, kesin bir ifadan kaçınma hâlinin var olup olmadığı hususundaki objektif ve ciddî kuşkusunu ve dolayısıyla gündeme gelen ikilemini ortadan kaldırmak maksadıyla borçluya buna dair son sözünün sorulması olanağı anlamına gelmektedir. Borçlar Hukuku Reform Yasası'ndan *(Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)* önceki Alman yargı pratiğinde bu müessese, § 326 BGB hükmünün kıyas *(analogia)* yoluyla yorumlanması ile açıklanmıştır. Şöyle ki alacaklı, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçluya uygun bir süre verip sözleşmeye uygun şekilde davranacağını açıklamasını isteyebilir ve ilâveten uygun görülen durumlarda, sözleşmeye uygun davranacağına dair bir delil yahut güvence göstermesini talep edebilir. Borçlar Hukuku Reform Yasası'nda *(Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)* izah ettiğimiz yargısal pratiğe dair bir hüküm öngörülmemiş olmasına rağmen Alman hukuk doktrininde söz konusu uygulamanın sürdürülmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Weidt,** s.144 vd.

istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir." denilerek alacaklıya sadece sözleşmeden dönme hakkı tanınmış fakat tüm bunlar karşısında zararlarının giderilmesini, yani bir tazminat isteme hakkı verilmemiştir.[607] Tazminatın olmadığı bir yerde sorumluluğun olacağı düşünülemez. İşte bundan dolayı, sorumluluğa sebebiyet veren ve başlı başına bir borca aykırılık hâli olduğunu düşündüğümüz öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu hâllerde TBK md.98/2 hükmünün *Kanışlı*'nın ifade ettiği gibi "kıyasen uygulanması" bile isabetli sayılamaz.[608] Nihayetinde TBK md.98 hükmünün *"de lege lata"* hâliyle "sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması" bakımından kıyas *(analogia)* metoduyla tatbikinde, hükmün ilk fıkrasında öngörülen düzenleme ve enstrümanlar son derece yararlı olabilecekse de ikinci fıkra göz önüne alındığında hukuk tekniği itibariyle önemli sıkıntıların ve tereddütlerin yaşanacağı inkâr edilemez.[609]

Bununla birlikte özellikle İsviçre hukuk doktrinindeki birtakım görüşler; herhangi bir hükme göndermede bulunmadan, alacaklıya doğrudan doğruya sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma olanağı tanımaktadır. Bu görüşlerden *Decurtins*'e göre, hâlihazırda kesin biçimde bir ifadan kaçınma olarak nitelendirilebilecek bir durumun mevcut olmadığı fakat alacaklının borçlunun edimini yerine getirmeye niyetli olup olmadığına dair kuşkulandığı hâllerde alacaklı ister muacceliyetin gerçekleşmesine kadar sabırla bekleyecek isterse de durumun hemen açıklığa kavuşturulmasında hukuken gözetilmesi gereken bir yararı mevcutsa borçluya edimi yerine getirmeye niyetli olup olmadığı hususunda kesin ve kendisini bağlayıcı bir yanıt vermesi için süre tâyin edecektir.[610] İşte böylece verilecek süre içerisinde zorlayıcı ve bağlayıcı bir açıklama talebine muhatap olan borçlunun artık susması, önceki tutum

[607] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 6 N.26; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 6 N.26; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.92-93; **Eren,** Borçlar Genel, N.3132.
[608] **Göka,** s.101.
[609] **Göka,** s.101.
[610] Aktaran **Göka,** s.101.

ve davranışlarında sebat ettiği yani ifadan kesin biçimde imtinâ ettiği şeklinde nitelendirilecektir.[611] Doktrinde farklı bir görüş olarak *Koller*, TBK md.473 (Art.366 OR) hükmüne dair değerlendirmelerinde; işsahibi yüklenicinin edimini yerine getirmekten kesin biçimde kaçınmak niyetinde olduğu hususunda kuşkulanırsa yükleniciye bir süre verip ifa etme yönündeki iradesini beyan etmesini talep edebilir ve yüklenici verilen süreyi hiçbir şey yapmadan geçirirse ifadan kesin biçimde imtinâ ettiğini kabul edebilir, şeklinde bir sonucuna ulaşmıştır.[612] İlâveten *Koller*'e göre işsahibi, bu yönde bir varsayımı sadece yüklenicinin edimini ifa etmek konusunda bir hazırlık yapmadığını yahut isteksiz olduğunu ortaya koyan ciddî emâreler söz konusuysa yapılabilir; zira yüklenici, yeterli ve mâkul gerekçeler olmadan edimini ifa etme niyetinin olup olmadığını beyan etmeye mecbur bırakılamamalıdır.[613]

Gerçekten de henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun borca aykırı davranacağından kuşku duyan, endişelenen bir alacaklının içine düştüğü ikilemden (risk alıp öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanmak ya da muacceliyeti bekleyip alışılagelmiş borca aykırılık hâllerine dayanmaktan) ötürü hemen her zaman mevcut koşulların ve durumun bir ân önce açıklığa kavuşturulmasını istemekte haklı bir menfaati bulunur. Dolayısıyla sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması müessesesi, doktrinde *Decurtins*'in iddia ettiği gibi "haklı bir menfaatin" varlığına değil; *Koller*'in ileri sürdüğü gibi alacaklının endişe ve kuşkularının birtakım objektif ve ciddî emârelerinin bulunmasına bağlanmalıdır. Hatta böyle bir kabulün hukukî dayanağı

---

[611] **Göka,** s.101.

[612] **Müller,** N.147; **Göka,** s.102. Benzer bir görüş ve yorum olarak Kuntalp; satıcının art arda teslimli satış sözleşmelerinde sözleşmenin amacını tehlikeye sokması durumunda alıcının eBK md.106 hükmüne istinaden (TBK md.123 ve md.125) satıcıya bir ihtar çekerek sözleşmenin amacına aykırılık barındıran sebebi ortadan kaldırmasını talep edebileceğini ve satıcının gereğini yapmaması üzerine alıcının seçimlik haklarına başvurabileceğini belirtmektedir. Kuntalp, bu durumu akdin müspet ihlâli olarak değerlendirmekte ve bu ihtimaller arasına henüz vâde gelmemişken borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini ciddî ve kesin bir biçimde beyan etmesi hâlini de dâhil etmektedir. **Kuntalp, Erden:** Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s.75, s.92 vd. ve s.102 vd.

[613] **Müller,** N.147; **Göka,** s.102.

dürüstlük kuralı olarak değerlendirilebilir.[614] Zira borçlu, beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla alacaklı nezdinde edimini yerine getirmeyeceğine ilişkin objektif ve ciddî kuşkular yaratırsa artık gerek alacaklıda oluşturduğu himâyeye layık güvenle gerekse de bir sözleşme ilişkisine girerek taahhüt ettiği, kendisini bağlayan yükümlülükleriyle çelişmiş olur. İşte bu hâlde TMK md.2 (Art.2 ZGB) hükmüyle özdeşleşen "çelişkili davranış yasağı *(venire contra factum proprium)"* prensibine istinaden alacaklının, mevcut çelişkili hâli ortadan kaldırmak ve sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturmak amacıyla uygun bir süre tâyin edip borçludan edimini yerine getirip getirmeyeceğine dair niyetini, kuşkuları sona erdirecek açıklıkta, açıklamasını talep edebileceği düşüncesi mâkuldür.[615] Çünkü bilindiği üzere TMK md.2 sadece hakların kullanımı açısından değil, borçların ifa edilmesi açısından da dürüstlük kuralına riayet edilmesini öngörür. İşte bu itibarla, sözleşmenin akdedilmesinden sonraki fakat borcun muaccel olmasından önceki zaman aralığında dürüstlük kuralını ihlâl eden beyanlarda ve/veya tutum ve davranışlarda bulunan borçlu, alacaklının tâyin edeceği uygun süre dâhilinde -alacaklının yerine konabilecek dürüst, mâkul, objektif üçüncü bir kişinin perspektifinden- ikna edici ve yeterli seviyede hatta hâl ve şartlara göre delilleriyle beraber "edimini ifa edeceği iradesini" göstermezse borçlunun artık edimi yerine getirmekten kesin biçimde kaçındığı varsayılır.[616]

Alacaklının yukarıda değindiğimiz ikilemine karşı İngiliz hukuku oldukça farklı bir çözüm sunmaktadır: Alacaklının, borçlunun edimini ileride ifa edip etmeyeceği hususunda ciddî kuşkuları mevcut olsa dahi borçludan ifaya hazır veya muktedir olup olmadığı konusunda bir açıklama yapmasını talep etme imkânı yoktur. Bu husus, *"Ripley v. McClure"* kararında[617] ifade edildiği üzere, vâde tarihinden önce de sonra da geçerlidir ve günümüzde aynen uygulanagelmektedir. Ayrıca Amerikan hukukundan

[614] Görüş için bkz. **Weidt,** s.143; **Göka,** s.102.
[615] **Göka,** s.102.
[616] **Göka,** s.102-103.
[617] *"Ripley v. McClure"*, 1849, 4 Exch. 345; 154 ER 1245 (Westlaw, E.T.28.10.2024).

farklı olarak İngiliz hukukunda "güvence talep etme hakkı" olarak adlandırılabilecek bir müessese de bulunmamaktadır. Alacaklı, gelecekteki ifa konusunda bir belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda da ifaya ve ifayı kabule hazır bulunmaya devam etmek mecburiyetindedir; hatta sözleşmede alacaklı aleyhine bir öncelikle ifa yükümlülüğü kararlaştırılmışsa, bu durumda kendi edimini önceden ifa etmek zorunda da kalabilir.[618]

bb. Sözleşmeyle Bağlılığın Açıklığa Kavuşturulması için Süre Tâyin Edilmesi

İsviçre hukukunda borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için alacaklı tarafından kendisine verilecek sürenin TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) veya TBK md.473 (Art.366 OR) hükümleri anlamında bir "ek süre (mehil, *Nachfrist*)" olarak tavsif edilip edilmeyeceği de tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi ve bazı görüşler bunu ek süre olarak nitelendirirken; bizim de katıldığımız karşı görüş, sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için verilen sürenin ek süre olarak nitelendirilemeyeceği, zira bu hâlde belirli bir süre içinde ifaya çağrı amacının bulunmadığı yönündedir.[619] Oysa ifaya çağrı amacı, ek sürenin vazgeçilmez karakteristik unsurudur. Sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için verilen sürede ise ifaya çağrı değil, "ifa iradesini şimdiden (muacceliyet öncesinde) ortaya koyma" amacı güdülür. Hatta bu sebepledir ki katıldığımız karşı görüş, sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için verilecek sürenin, borçlu temerrüdündeki ek süreden (mehil, *Nachfrist*) çok daha kısa olması gerektiğini ileri sürer.[620]

Borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için alacaklı tarafından kendisine verilecek sürenin "ihtar *(die Mahnung)*" ile de ayırt edilmesi gerekir. Özellikle TBK md.117/1 anlamında ihtarın fonksiyonu, vâdenin belirsiz olduğu zamanlarda borçluyu temerrüde düşürmektir. Fakat vâdenin veya muacceliyetin belirli

[618] **Weidt,** s.143-144.
[619] **Müller,** N.150-151.
[620] **Müller,** N.151.

olduğu durumlarda da ihtar düzenlendiğine rastlamak mümkündür. İhtar, borçlunun muacceliyet ânını bildiği hâllerde ve muacceliyet ânından önce de kendisine ulaşabilir. Ancak bu hâlde yapılan ifa çağrısı, hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından "muacceliyet ânından sonraki bir zamana" ilişkindir; dolayısıyla erken düzenlenen bir ihtarın geçerliliği, daha teknik bir ifadeyle hüküm ve sonuçlarını doğurması, muacceliyetin gerçekleşmesine bağlıdır. Bu nedenledir ki İsviçre hukukunda *Widmer, Lüchinger, Wiegand, Weber, Emmenegger* gibi yazarlar, muacceliyet ânından önce düzenlenmiş ve borçluyu derhâl ifaya çağıran bir ihtarın herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacağını kabul ederler.[621] Oysa borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için alacaklı tarafından yöneltilen çağrı ise her zaman muacceliyet öncesi sürece ilişkindir ve hüküm ve sonuçlarını da zaten muacceliyet öncesi süreçte doğurmaktadır. Ayrıca ihtar, borçlu temerrüdünü gerçekleştirme amacına yönelmişken; sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma çağrısı, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanıp dayanmaması gerektiği meselesini netleştirme amacına yönelmiştir.

Ek süre (mehil, *Nachfrist*) ve ihtar *(die Mahnung)* ile sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma çağrısının farklılığına dikkat çektikten sonra şu tespitlerde bulunmak önem arz eder: Alacaklının borçluya sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için vereceği süre bir ek süre niteliği taşımadığından ve muacceliyet ânından önce derhâl ifa çağrısı yapılmasının hüküm ve sonuç doğurmayacağından hareketle ifa iradesinin açıklığa kavuşturulmasına yönelik süre verilmesinin hukuken manasız olacağı neticesine varılmamalıdır. Zira böyle bir süre, muacceliyet ânından evvel sözleşmenin ifasına yönelik hukuka aykırı bir çağrı ihtivâ etmemekte, bilakis ciddî kuşkulara rağmen sözleşmeye uygun ifanın hâlen beklenip beklenemeyeceğini açıklığa kavuşturmayı amaçlar.[622] İlâveten belirtmekte fayda vardır ki sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için tâyin edilecek süreye hiçbir hukukî sonuç

[621] **Müller,** N.152.
[622] **Müller,** N.153.

tanımamak da yerinde olmaz. Bilhassa borçlunun ifayı reddetmesi yahut ifa tehlikesi muacceliyet ânından önce neredeyse kesinlik derecesinde ortaya çıkmamış olmakla birlikte, alacaklının borçlunun davranışı veya objektif koşullar sebebiyle sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmeyeceğine dair ciddî kuşkular taşıdığı durumlarda sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için tâyin edilecek süreye bir hukukî sonuç tanınması daha da önem kazanır. Bir kere bu türden durumlarda "sözleşmesel güven ilişkisinin" bozulduğu kabul edilmelidir. Bu kuşkulara yol açan vâkıalar, borçlunun riziko sahasına[623] dâhil edilebiliyorsa alacaklının sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda erken bir aşamada açıklık elde edebilmesine imkân tanımak gerekir. Sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için süre tâyin edilmesi, işte bu korunmaya değer menfaate hizmet eder. Aksi takdirde alacaklı, gerektiğinde kendini edimini ifaya hazır bulundurmak mecburiyetinde kalacak, sözleşmenin zamanında ve gereği gibi yerine getirilmesini bir üçüncü kişi vasıtasıyla güvence altına almak isterse önemli bir maliyet riskine katlanacak veya muacceliyet ânından sonra kuşkuların haklı çıkması ihtimalinde ise pek çok zarara katlanma riskini üstlenecektir. Son olarak, sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için süre tâyin edilmesinin "hukuk güvenliğini" de temin ettiği gözden uzak tutulmamalıdır. Zira böyle bir süre dâhilinde borçlunun vereceği yanıt, sözleşmeye uygun ifaya dair kuşkuların ya doğrulanmasına ya da ortadan kalkmasına hizmet eder.[624]

Doktrinde *Göka*'ya göre TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünün borçluya, sözleşmenin gereği olan her tür davranışı yerine getirme ve aynı şekilde sözleşmenin

[623] Alman hukukunda konu bağlamında sıkça değinilen § 323 Abs.4 BGB hükmüne göre: *"Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden."* İşbu hükümde alacaklının, sözleşmeden dönme hakkının koşullarının gerçekleşeceğinin açıkça öngörülebilmesi hâlinde, muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeden dönebileceği ifade edilir. Heinz Weidt, buradan hareketle şu neticeye varmaktadır: Muacceliyet öncesi süreçte sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, borçlunun kusurundan bağımsız olduğuna göre, sözleşmeye bağlılığın açıklığa kavuşturulması çağrısına temel teşkil eden ilerideki ifaya dair "ciddî kuşku sebeplerinin" de mutlaka borçlunun sorumluluk sahasından doğmuş olmasına gerek yoktur, bkz. **Weidt,** s.145.

[624] **Müller,** N.153-154.

amacını tehlikeye düşürebilecek her tür davranıştan kaçınma yükümlülüğü getiren genel nitelikli bir borca aykırılık hükmü olduğu düşünülürse, alacaklının sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulmasını talep edebilme imkânının ve buna mukabil borçlunun bu yükümlülüğünün kaynağı doğrudan TBK md.112 hükmü olabilir. Ancak yine yazara göre alacaklıya bu mantıkla dahi bir ödemezlik def'i ileri sürme olanağı yahut borçluya uygun süre verip de güvence göstermesini talep etme hakkı tanınmak mümkün değildir; sadece bunlar için zorlama bir yorumla TBK md.98/1 (Art.83 Abs.1 OR) hükmünü kıyasen tatbik etme yoluna gidilebilir.[625] Bununla birlikte yazar; ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye atılmasının eser sözleşmesindeki özel bir yansıması sayılabilecek TBK md.473 (eBK md.358) hükmü bakımından eserin vâdesine kadar yetiştirilemeyeceğinin tespiti için mahkemeye başvurulabileceğini ifade eder.[626]

Kanaatimizce yazarın tespitlerine katılmak güçtür, tespitlerden ayrılmak gerekir: Öncelikle borçlunun sözleşmenin gereği olan her tür davranışı yerine getirme ve aynı şekilde sözleşmenin amacını tehlikeye düşürebilecek her tür davranıştan kaçınma

---

[625] **Göka,** s.103.

[626] **Göka,** s.103. Ayrıca bu tespite dayanak olabilecek bir Yargıtay kararına göre: *"...Bu durumda mahkemece yapılan keşfe bağlı olarak raporu düzenleyen teknik bilirkişi kurulundan sözleşmenin 12. maddesine göre inşaatın yapı ruhsatından itibaren 2 yıl içerisinde bitirileceği, 6 aylık ek sürede verileceği de kararlaştırıldığından ruhsatın alındığı 01.12.2014 tarihinden itibaren inşaatın tamamlanıp teslimi gereken süre 01.06.2017 olup davanın açıldığı 25.06.2015 tarihi olduğu ve 6098 sayılı TBK'nın 473. maddesinin 1. fıkrasına göre yüklenicinin ise zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanında bitiremeyeceği açıkca anlaşılıyorsa iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceğinden, dava tarihi itibari ile delil belge tutanak ve yapılan keşifte tesbit edilen bulgulara göre işin kalan kısmını da gözönünde tutarak davalı yüklenicinin teslimi gereken süreye kadar işi tamamlayıp tamamlayamıyacağı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sözleşmeye aykırılık iddiası tartışılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, teknik konuda bilirkişiden rapor alınmaksızın yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..."* **[Yargıtay 15.HD, E.2018/3930, K.2019/685, T.19.02.2019,** nak.: **Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.V (m.393-646), 1.B, Ankara 2023, s.1394-1395]. Yine bir başka karara göre: *"Davacı 22.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtar ile inşaata 6 ayı aşkın zamandır ara verildiğini bildirerek işe başlamak üzere davalıya 7 gün süre verilmiş, ihtardan sonuç alamayınca 28.1.1999 tarihinde tesbit için mahkemeye başvurmuştur. Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/37 D. İş Dosyası ile yaptırılan tesbit sonucu düzenlenen raporda inşaatın hali hazır durumu saptanmış, halen hiçbir faaliyet olmayan inşaatın süre sonu olan 7.3.1999 tarihinde bitirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Mahkemece alınan 31.3.2000 tarihli bilirkişi raporuna göre ise inşaatın ikmal oranı kalitesiz yapıldığı da gözetilerek %20 seviyesinde olup inşaat terkedilmiş durumdadır. İkmali için 18 aylık süreye ihtiyaç vardır. Dosya kapsamı delilerle davalı* yüklenicinin *mali yönden aciz halinde olduğu da saptanmış olmakla davalının mütemerrit durumda olduğunun kabulü zorunludur."* **[Yargıtay 15.HD, E.2001/2694, K.2001/4801, T.25.10.2001,** nak.: **Göka,** s.103, dn.473].

yükümlülüğü getiren genel bir kuraldan söz edilemez, dolayısıyla bunun dayanağı TBK md.112 hükmü de olamaz. Borçlunun bu türden yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ve bunun sonuçları ayrı ayrı maddelerde hükme bağlanmıştır. Örneğin borçlunun sözleşmenin "amacı" olan aslî edimi zamanında yerine getirmemesi TBK md.117 (Art.102 OR) ve devamı hükümlerinde düzenlenen borçlu temerrüdüne sebebiyet verirken; aslî edimin bir kısmının yerine getirilmemesi eksik ifaya yahut kısmî temerrüde; niteliğine uygun olarak yerine getirilmemesi ise ayıplı ifaya -TBK'nın "Özel Borç İlişkileri" kısmında her bir sözleşme tipine özgü olarak muhtelif hükümlere bağlanmıştır- sebebiyet verir. Dolayısıyla TBK md.112 (Art.97 OR) hükmü borca aykırılığın genel sonuçlarını düzenlese de özel hükümler devreye girdiğinde artık genel bir borca aykırılıktan değil özel borca aykırılık türlerinden söz etmek gerekir. Kaldı ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın pozitif hukukumuzda bir dayanağı mevcut değilken henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun sözleşmenin gereği olan her tür davranışta bulunma, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek her tür davranıştan ise kaçınma yükümlülüğünü (muacceliyete kadar böyle davranmaya hazır olma gerekliliğini) TBK md.112 hükmüne dayandırmak, oldukça kestirme ve müessesenin ayırt edici niteliklerini ihmal eden bir yaklaşım olur. Hukukumuzda muacceliyete kadarki süreçte alacaklının borçluya "edimini yerine getirmeye niyetli misin? Vazgeçmeyeceksin değil mi?" gibi bir soru sormasının pozitif dayanağı mevcut değildir, oysa sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması imkânı tam da bu cümlelerle verdiğimiz anlamı içerir. İlâveten sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması, TBK md.112 hükmünün uygulanma şartlarına da uymamaktadır. Zira sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması talebiyle karşılaşan bir borçlunun bunu reddetmesi, edimi muacceliyet ânında kesinlikle ifa etmemesi hususu ile eşit tutulamaz, başka bir deyişle sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması talebini reddetmek, doğrudan doğruya bir borca aykırılık hâli değildir, olsa olsa bu, alacaklıyı öncelenmiş

sözleşmeye aykırılığa dayanma konusunda teşvik edecek "tâlî bir mesele" olabilir. Değinilen gerekçelerle nihayetinde belirtelim ki sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması olanağının pozitif hukukumuzdaki dayanağı, genel bir borca aykırılık hükmü niteliği taşıyan TBK md.112 hükmü değil, sözleşmenin bağlayıcılığına dair evrensel ve tarihsel kabul gören "sözleşmeyle bağlılık *(pacta sunt servanda)*" prensibi olabilir. Kanaatimizce bir müesseseyi, pozitif hukuk normuna değil de evrensel bir hukuk ilkesine dayandırmak, herhâlde onun önemini veya bağlayıcılığını azaltmasa gerekir. Aksinin kabulü; teknik ve kazuistik hukukçuluğa sebep olacaktır ki, çalışmamızın nüvesini teşkil eden "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi" bu denli pozitivist ele alınmaya henüz bu yıllarda müsait değildir. Ancak şimdiye kadar değinilen hususlardan görülmektedir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, öyle ya da böyle bir vâdeyi hâiz olan hemen her sözleşme ilişkisinde rastlanması mümkün bir borca aykırılık hâlidir. Bunun her bir şartının ve sonucunun pozitif dayanağı ise kuşkusuz zamanla şekillenecektir. Kaldı ki bu hususta ileride değineceğimiz[627] CISG md.71-73 hükümleri, hatırı sayılır pozitif düzenleme başlangıçlarıdır.

Kanaatimizce bir başka husus olarak ifade edilmelidir ki borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturmasını *(Klärung der Vertragstreue)* isteme şeklindeki hukukî enstrüman eleştiriye oldukça açıktır. Zira bu hâlde alacaklıyı ikileme, tereddüde düşüren borçlu olduğu için alacaklıya borçluyla temasa geçip sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için bir süre tâyin etmesi gerektiği şeklinde bir görev yüklemek, hakkaniyetli olmayabilir. Bu hâlde borçlunun beyanı, objektif olarak ifadan kaçınma şeklinde tavsif edilebilir, ayrıca bir "açıklığa kavuşturma yükü"nün tartışılmasına gerek kalmayabilir. Bu problemle ilgili bir çözüm mahiyetinde olarak İsviçre hukukunda ifade edilen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre alacaklının sözleşmeyle bağlılığın

[627] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta İfayı Askıya Alma Hakkı (CISG md.71), § 12. Esaslı İhlâl Hâlinde Sözleşmeden Dönme Hakkı (CISG md.72), § 14. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Hâli (CISG md.73).

açıklığa kavuşturulması için süre tâyin etme hakkını kullanıp kullanmaması tamamen kendi takdirine bağlıdır. Böyle bir süre tâyin etme yönünde ne kanundan ne dürüstlük kuralından ne de iyiniyet prensibinden kaynaklanan bir yükümlülük veya külfet söz konusudur. Alacaklının erken bir aşamada borçlunun ifasından vazgeçebilmesi için, sözleşmeye göre beklemekte haklı olduğu şeyin esaslı bir kısmından mahrum kalacağına neredeyse kesinlik derecesinde inanabilmesi gerekir. Böyle bir hâlde süre tâyin edilmesi sadece boş bir formalite niteliği taşır. Buna karşılık sözleşmeye uygun ifa yalnızca tehlikeye girmişse, süre tâyin edilmesi boş bir formalite olarak görülemez. Sözleşmeye bağlılığın açıklığa kavuşturulması maksadıyla tâyin edilen süre, borçlunun vereceği yanıta bağlı olarak alacaklının sözleşmeye uygun ifa konusundaki kuşkularını ya doğrulayacak ya da ortadan kaldıracaktır. Bununla birlikte alacaklı, kural olarak, borçludan belirli bir açıklama yapmasını veya teminat göstermesini talep etme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla borçlunun yanıtından sonra alacaklı yeniden bütüncül bir değerlendirme yapmak ve elindeki bilgiler ışığında sözleşmeye uygun ifanın neredeyse kesinlik derecesinde gerçekleşmeyeceğini tespit etmek mecburiyetindedir. Bu nedenle alacaklının muacceliyet ânından evvel borçlunun ifasından vazgeçmesine imkân veren unsur, tâyin edilen süre veya borçlunun yetersiz (geçiştirmece) yanıtı değil; somut olayın tüm hâl ve şartlarıdır. Bilhassa yalnızca borçlunun yanıtı değil, diğer olgusal şartlar da sözleşmenin ifasının artık neredeyse kesin olarak gerçekleşmeyeceği neticesine varılmasını sağlayabilir. Bu bakımdan sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması için süre tâyin edilmesi, alacaklının muhtemel hukukî dezavantajları azaltmak maksadıyla başvurabileceği mâkul bir enstrüman niteliğindedir. Zira önemi dolayısıyla tekraren ifade etmek gerekir ki alacaklı, borçlunun ifasından haksız yere vazgeçer ve öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, bizzat kendisi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verme rizikosuyla karşı karşıya kalabilir.[628]

[628] **Müller,** N.155.

cc. Süre Tâyin Edilmesinin Usûl ve Şartları

Süre tâyin edilmesine ilişkin usûl ve şartlar, bir yandan muacceliyet ânından önce gerçekleştirilen ve derhâl ifayı talep eden hukuka aykırı çağrı (geçersiz ihtar) ile sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması çağrısı arasındaki ayrımı güvence altına almayı amaçlar. Diğer yandan borçlunun menfaatlerinin de uygun biçimde korunmasına hizmet eder. Zira bu hâlde borçlu, muacceliyet ânından evvel, sözleşmeye uygun surette ifa iradesini açıklamaya davet edilmekte yani uyarılmaktadır.[629]

i. İfa İradesine İlişkin Kuşku Sebeplerinin Belirtilmesi

Borçlunun süre tâyinine uygun bir şekilde tepki verebilmesini temin etmek için alacaklı, borçlunun ifa kabiliyetinin yahut ifa iradesinin bulunmadığına ilişkin ciddî endişe sebeplerini kapsamlı bir biçimde ortaya koymalıdır. Bu bağlamda satım ve eser sözleşmesine dair düzenlemelerde yer alan "ayıp ihbarına" (satım için TBK md.223/1, eser için TBK md.474/1)[630] ilişkin hükümlere kıyas metoduyla benzerlik kurulması uygun olabilir. Zira bu durumda alıcı veya işsahibi, daha sonra ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarına başvurabilmek için ayıpları "somut, detaylı, etraflıca" ortaya koymak külfeti altındadır.[631]

İşte bu yaklaşım, bir yandan hukuka aykırı erken ifa çağrısından (muacceliyet ânından evvel düzenlenecek geçersiz ihtardan) sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulması çağrısının ayırt edilebilmesini sağlar; zira alacaklının sunduğu açıklamalar sayesinde sözleşmeye uygun ifa konusunda gerçekten ciddî kuşkuların bulunup bulunmadığı değerlendirilebilir. Diğer yandan borçluya yöneltilen iddialarla

---

[629] **Müller,** N.156.

[630] TBK md.223/1 hükmüne göre: *"Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılanda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır."*

TBK md.474/1 hükmüne göre: *"İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır."*

[631] **Müller,** N.157.

ayrıntılı biçimde ilgilenme, muhtemel bir ihtilâfın daha da büyümesini önleme ve hatta alacaklının ifa iradesine ilişkin dile getirdiği kuşkuları ortadan kaldırma imkânı da temin edilmiş olur.[632]

ii. Süre Tâyini

Alacaklının, borçluya yönelik olarak bulunduğu sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması çağrısının temel unsurlarından biri, borçlunun ifa iradesini açıklayabilmesi için gereken süredir. Somut olayın hâl ve şartları, bilhassa alacaklının çağrı sırasında ileri sürdüğü sebeplerin (kuşku gerekçelerinin) karmaşıklığı ile borçlunun gerçekleştirmesi gereken işlemler veya hazırlık hareketleri dikkate alınarak, borçluya uygun (mâkul) bir süre tanınmalıdır. Bu sebeple gerekli asgarî süre, TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmünde düzenlenen ve karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlu temerrüdünde gündeme gelen ek sürenin (mehil) uygunluğu gibi soyut ve basit biçimde belirlenemez. Sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma çağrısında borçlu, sözleşmeyi ifaya değil; sadece bağlayıcı mahiyette bir "niyet açıklaması"nda bulunmaya davet edildiğinden, birkaç günlük süre çoğu kez mâkul sayılabilir. Buna karşılık açıklama için tâyin edilen süre borçlu bakımından yine de çok kısa ise, borçlunun bunu derhâl alacaklıya bildirmesi gerekmektedir.[633]

Nihayetinde ifade edilmelidir ki alacaklının dile getirdiği kuşkuları gidermek için gerekli gördüğü tedbirleri almak, elbette borçlunun sorumluluk sahasındadır. Sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma enstrümanı bakımından kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir mesnet mevcut olmadığından, alacaklı borçludan sözleşmeye uygun ifa için belirli bir türden teminat talep etme hakkına sahip değildir; örneğin bir banka teminat mektubu veya müteselsil borçluluk beyanı istemesi olanak dışıdır. Bununla birlikte borçlu, ileri sürülen kuşkuları gidermek maksadıyla yine de bir

[632] **Müller,** N.157.
[633] **Müller,** N.158.

teminat sunmak isterse, bu teminatı kısa süre içinde göstermeli ve teminatın tesisi için gerekli işlemleri gecikmeksizin yürütmelidir.[634]

iii. Hukukî Sonuçlara İlişkin Uyarı

Alacaklının, borçluya yönelik olarak bulunduğu sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması çağrısının aynı zamanda muhtemel bir edimden (aynen ifadan) vazgeçme riskine karşı bir uyarı da ihtivâ etmesinin gerekip gerekmediği ne kanundan ne doktrinden ne de içtihatlardan açıkça çıkartılabilmektedir. Benzer hukukî müesseselerle yapılacak mukayeseler de net bir tablo ortaya koymamaktadır.[635]

Esasen gerek TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) uyarınca tâyin edilen ek sürede (mehil) gerekse de satım ve eser sözleşmelerindeki ayıp ihbarları sırasında muhtemel hukukî sonuçlara dair bir bilgilendirme yapma zorunluluğu öngörülmemiştir.[636] Hatta TBK md.107/1 (Art.102 Abs.1 OR) hükmü anlamında borçluyu temerrüde düşüren ihtarda da bunun yani ihtara uymamanın hukukî sonuçları hakkında muhatabı bilgilendirme yükümlülüğünden söz edilemez.[637] Genel hükümler bakımından durum böyle olmakla birlikte bunun özel düzenlemelerde önemli ayrıksı hâlleri olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin "Kiracının Temerrüdü" madde başlıklı TBK md.315/1 (Art.257d Abs.1 OR)[638] hükmünde kiracının kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesi hâlinde kiraya verenin kiracıya yazılı olarak bir süre (diğer kira ilişkilerinde on gün, konut ve çatılı işyeri kiralarında otuz gün) tâyin ederken, borcun ödenmemesi ihtimalinde bunun hukukî sonucunu yani "akdi feshedeceğini"

---

[634] **Müller,** N.159.
[635] **Müller,** N.160.
[636] **Müller,** N.160.
[637] **Sivrikaya, Emre Can:** Borç İlişkilerinde İhtar, 2.B, Ankara 2025, s.89; **Tümerdem, Murat:** Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK md.126), 1.B, Ankara 2018, s.118.
[638] Mehaz norm olan Art.257d Abs.1 OR hükmü de tamamen aynıdır: *"Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt mindestens zehn Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage."*

bildirmesi gerektiği de öngörülmüştür. Yine benzer bir örnek olarak ürün kiraları bakımından uygulanan TBK md.362/2 (Art.282 Abs.1 OR)[639] hükmünde kiracının vâdesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesi hâlinde kiraya verenin kiracıya yazılı olarak bir süre (altmış gün) tâyin ederken, borcun ödenmemesi ihtimalinde bunun hukukî sonucunu yani "akdi feshedeceğini" bildirmesi gerektiği de öngörülmüştür.[640]

Yine özel bir düzenleme örneği olarak İsviçre'deki özel sigorta sözleşmelerine dair Sigorta Sözleşmesi Kanunu (*Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag,* anılış: *"VVG"*) Art.20 Abs.1 hükmünde *"Mahnpflicht des Versicherungsunternehmens; Verzugsfolgen"* başlığı altında sigorta şirketinin ihtarda bulunma yükümlülüğü ve temerrüdün sonuçları meselesi şöyle düzenlenmiştir: *"Sigorta primi, vâde tarihinde veya sözleşmede tanınan ek süre içerisinde ödenmezse, borçluya, temerrüdün sonuçları kendisine bildirilmek suretiyle, masrafları kendisine ait olmak üzere, yazılı olarak veya metin yoluyla ispat edilmesine imkân veren başka bir şekilde, ihtarın gönderildiği tarihten itibaren hesaplanmak üzere 14 gün içinde ödeme yapması için talepte bulunulmalıdır."*[641] Anılan İsviçre hukuku düzenlemesinin Türk hukukundaki karşılığı olarak olsa olsa TTK md.1434/3 hükmü gösterilebilir zira buna göre: *"İzleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder…"*

---

[639] Mehaz norm olan Art.282 Abs.1 OR hükmü de tamamen aynıdır: *"Ist der Pächter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Pachtzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Verpächter schriftlich eine Zahlungsfrist von mindestens 60 Tagen setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Pachtverhältnis gekündigt werde."*

[640] **Müller,** N.160.

[641] Art.20 Abs.1 VVG hükmü: *"Wird die Prämie zur Verfallzeit oder während der im Vertrag eingeräumten Nachfrist nicht entrichtet, so ist der Schuldner unter Androhung der Säumnisfolgen auf seine Kosten schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, aufzufordern, binnen 14 Tagen, von der Absendung der Mahnung an gerechnet, Zahlung zu leisten."* Ayrıca bu tespit için bkz. **Müller,** N.160.

Yine eser sözleşmesine dair TBK md.473/2 (Art.366 Abs.2 OR) hükmüne göre eserin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı yahut sözleşmeye aykırı surette meydana getirildiğinin açıkça anlaşılması hâlinde işsahibinin tâyin edeceği/ettireceği uygun süre dâhilinde bunun giderilmesini yoksa hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak kaydıyla işin devamının veya aykırılığın giderilmesinin bir üçüncü kişiye verileceği hususu yani "hukukî sonuç" bildirilmektedir. Dikkat edilirse bu ayrıksı hâlde tâyin edilen ek süre, ayrıca sonucunu, ihtimalleri de içermektedir. İsviçre hukukunda ifade edilen ve katıldığımız görüşe göre TBK md.473/2 (Art.366 Abs.2 OR) hükmüne göre alacaklı (işsahibi) planladığı ikame ifayı borçluya (yükleniciye) önceden bildirmek zorundadır; ancak borçlunun sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirmeye ne istekli ne de muktedir olduğu neredeyse kesin olarak anlaşılabiliyorsa buna dahi gerek yoktur.[642] Zira kural, ek sürenin (mehil) veya ihtarın, hukukî sonuçları içermesi zorunluluğunun olmadığı yönündedir.

İşte hemen yukarıda işaret ettiğimiz TBK'nın satım ve eser sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerindeki, İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki ve TTK'daki özel durum hâricinde ek süre (mehil) tâyininde veya ihtar düzenlenmesinde bunun hukukî sonuçları hakkında bir uyarıda bulunmak mecburiyetinden söz edilemez.

Alacaklı, borçluya ifa kabiliyetine yahut ifa istekliliğine dair kuşku sebeplerini somut ve ciddî biçimde bildirdiğinde artık borçlunun dürüstlük ve iyiniyet kuralları çerçevesinde sözleşmenin koşullarına uymaya aynen devam edeceğine kayıtsız şartsız güvenmesi pek olası değildir. Aksine borçlu, alacaklının sözleşmeye uygun ifa konusundaki kuşkularına bir yanıt vermek ve mümkünse bunları ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Buna rağmen borçlu, iş birliğine dayalı bir tutum sergilememekteyse alacaklının muacceliyet ânına dek herhangi bir hukukî enstrümana başvurmayacağı

[642] **Müller,** N.160.

varsayımına dayanamaz. Böyle bir güven himâyeye layık değildir; zira sözleşmenin veya edimin tehlikeye girmesi, borçlunun sorumluluk sahasında kalan vâkılardan veya davranışlardan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle -açıkça hukuka aykırı süre tâyin edilmesi hâlleri hâriç- borçluya sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için bir süre tâyin edilmesi yeterli bir uyarı fonksiyonu olarak kabul edilir. Çünkü muhtemel hukukî başvuru yollarının değerlendirileceği en azından örtülü (zımnî) biçimde de olsa ifade edilmiş olur. Artık bu noktadan sonra alacaklının muacceliyet ânını bekleyip de olası bir temerrüt hâlinde bu hükümlere dayanacağına dair ayrıca bir uyarı yükümlülüğünün olduğu, dürüstlük kuralından veya iyiniyet prensibinden de çıkartılamaz;[643] zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bağlamında borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için yapılan çağrı, bunun yerini ve fonksiyonunu tutar mahiyettedir.

Hukuk pratiğinde alacaklı, borçluya bir süre tâyin ederken bunun etkisini artırmak ve ciddiyetine daha da ağırlık kazandırmak maksadıyla çoğu kere sözleşmeden dönme veya tazminat istemiyle birlikte aynen ifadan vazgeçme ihtimalini de borçluya bildirir. Ancak elbette temerrüt hâlinde bunun hukukî sonuçlarına dayanılacağının beyan edilmesi veya saklı tutulması, süre tâyininin kendisi üzerinde herhangi bir etki yaratmaz.[644] İşte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bağlamında borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için yapılan çağrıda bir süre tâyin edilirken geçerli olan durum da böyledir. Sözgelimi alacaklının böyle bir çağrının etkisini ve ağırlığını artırmak maksadıyla hukukî sonuçlara [örneğin öncelenmiş (erken) dönme hakkına, ifayı askıya alma hakkına] dikkat çekmesi olanaklıdır fakat gerekli değildir; herhangi bir hukukî sonuçtan bahsetmeksizin yalnızca sözleşmeyle bağlılığın teyidini isteyen cümleler, çağrının geçerliliği açısından yeterlidir.

[643] **Müller,** N.161.
[644] **Müller,** N.162.

Yine İsviçre hukukunda savunulan fakat katılmadığımız bir görüşü borçlu temerrüdü ile paralel olarak izah etmek gerekirse: Alacaklı borçluya süre tâyin ederken aynen ifada bulunulmazsa sözleşmeden dönme hakkını kullanacağını bildirmişse bu hâlde şarta bağlı bir yenilik doğuran beyanda bulunmuş olacağından şartın gerçekleşmesi ihtimalinde -borçlu sözleşmeden dönmenin yerindeliğini tartışmadığı müddetçe- alacaklı bu beyanıyla bağlı olacak ve sözleşmeden dönecektir. Buna karşılık alacaklı borçluya süre tâyin ederken belirli hukukî başvuru yollarını saklı tuttuğunu beyan etmişse, aynen ifada bulunulmazsa sözleşme ilişkisinin değiştirilmesi yahut sonlandırılması için alacaklının ayrıca uygun bir yenilik doğuran beyanda bulunması (seçimlik haklardan birini tercih edip bunu ayrıca borçluya bildirmesi) gerekecektir.[645] Oysa kanaatimizce bu görüş gerek borçlu temerrüdündeki ek süre (mehil) için gerekse de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bağlamında borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için kabul edilebilir değildir.

Bu görüşe yönelik eleştiri odakları kanaatimizce şöyle ifade edilebilir: İlk olarak borçlu temerrüdündeki seçimlik haklar da öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktaki seçimlik haklar[646] da yenilik doğuran bir beyanla kullanılır ve yenilik doğuran hakların her ne ad altında olursa olsun şarta ve kayda bağlanması mümkün değildir. Dolayısıyla alacaklı ek süre tâyin ederken yahut sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için borçluya yönelik bir çağrıda bulunurken ileride birtakım seçimlik haklarını kullanacağından söz edecekse bunları şarta veya kayda bağlayamaz, bağlamışsa bu şart veya kayıt etki doğurmayacak ve alacaklı zamanı geldiğinde istediği seçimlik hakkına özgürce başvurabilecektir. Ne var ki bu bağlamda dikkat çekmek gerekir ki alacaklının çağrıda bulunurken şarta veya kayda bağlı olarak kullanacağını bildirdiği seçimlik hakkı [örneğin öncelenmiş (erken) dönme hakkı, ifayı askıya alma hakkı], zamanı geldiğinde tekrar muhataba varması gerekli bir beyan ile ayrıca kullanması zorunludur, yoksa

[645] **Müller,** N.162.
[646] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II. Alacaklının Sahip Olduğu Seçimlik Haklar.

sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturmaya yönelik çağrıda bu hakkın kullanılacağından söz edilmiş olması yeterli sayılamaz.

İkinci olarak alacaklı ek süre tâyin ederken yahut sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için borçluya yönelik bir çağrıda bulunurken herhangi bir seçimlik hakkı kullanacağı konusunda şart ve kayıtta bulunmuşsa İsviçre hukukunda savunulan görüş, alacaklıyı bununla sıkı sıkıya bağlı tutmaktadır. Halbuki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında ileride edimini ifa etmeyeceği yönünde alacaklıda ciddî, haklı, kuvvetli kuşkular yaratan bir borçlu karşısında alacaklının deyim yerindeyse elini, kolunu bağlamak sözleşme tarafları arasındaki menfaatler dengesine ve özel hukukun hakkaniyet anlayışına kanaatimizce terstir. Alacaklı, sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma çağrısında sırf borçluyu korkutmak ve sözleşmeye bağlı kalma iradesini pekiştirmek için aslında hiç düşünmediği bir seçimlik hakkı kullanacağını (örneğin en kısa sürede kendi ediminin ifasını askıya alacağını, başka başka ikame işlemler yapacağını) bildirmiş olabilir. Yine alacaklı aynı maksatlarla kullanmak istediği haktan daha ağır ve sert olanını [örneğin ifayı askıya almak yerine öncelenmiş (erken) dönme hakkını] kullanacağını beyan etmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde alacaklıyı ileride gerçekleşecek öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda sırf bu beyanlarıyla bağlı tutmak isabetsizdir. Zira bu hakları kullanmak alacaklının gerçek iradesini yansıtmaz, alacaklı sırf borçlu üzerinde baskı yaratmak ve sözleşmeye uygun ifayı temin etmek maksadıyla bu türden beyanlarda bulunmuş olabilir. Hatta bir ânlığına alacaklının bu beyanlarının onun gerçek iradesini yansıttığı varsayılsa bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gerçekleşene kadar alacaklı fikir değiştirebilir ve artık başka bir seçimlik hakka başvurmayı isteyebilir. Dolayısıyla her iki ihtimal göz önüne alındığında alacaklı, sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için borçluya yönelik bulunduğu çağrıda herhangi bir seçimlik hakkını kullanacağını beyan etmişse bile bununla bağlı sayılmamalı; aksinin kabulü hem hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran hak olan

seçimlik hakların mahiyetiyle bağdaşmaz hem de çoğu kez alacaklının iradesiyle örtüşmez veya alacaklının sonradan fikir değiştirme özgürlüğünü anlamsız biçimde sınırlandırır.

dd. Süre Tâyin Edilmesinin Hukukî Sonuçları

Alacaklının, borçluya yönelik olarak bulunduğu sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması çağrısı üzerine borçlu tâyin edilen süre dâhilinde sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirme konusundaki iradesini beyan ederse, tarafların sözleşmeyle aynen bağlı kalmaları gerekir; zira artık ortada bir mesele kalmamıştır. Bu türden durumlar hâricinde yetersiz ve üstünkörü bir ifa teyidi verilmesi veya böyle bir teyidin dahi hiç verilmemesi ihtimalinde hukukî sonuçların derhâl meydana gelip gelmeyeceği ihtilâflıdır. İfa iradesinin açıklanması için süre tâyin edilmesinin kabul edildiği durumlarda bu süre, borçluya sözleşmenin sürdürülmesi için tanınmış son fırsattır.[647] Bu nedenle hukukî sonuçlar bakımından borçlunun bir tepki verip vermemesi dikkate alınarak bir ayrıma gidilmesi zorunludur:

i. Borçlunun Tepkisi

Borçlu kendisine tanınan süre dâhilinde sözleşmeye uygun surette ifayı gerçekleştireceğini açıkça beyan etmezse alacaklı, borçlunun sırf bu tepkisinden derhâl öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa gitmesi gerektiği neticesini çıkaramaz. Aksine alacaklı, sözleşmeye uygun surette ifanın neredeyse kesinlik derecesinde gerçekleşmeyeceğini tekrar değerlendirmek mecburiyetindedir. Bu değerlendirme yapılırken bilhassa borçlunun gerçekten sözleşmenin ifasını üstlenip üstlenmediği veya sözleşmeye uygun surette ifadan hukuka aykırı ve kalıcı biçimde uzaklaşıp uzaklaşmadığı dikkate alınmalıdır. Ancak bu ikinci hâlde alacaklı, dürüstlük ve iyiniyet kuralları dâhilinde kesin ifa etmeme *(repudiation)* veya açık bir ifa tehlikesinin

[647] **Müller,** N.163.

mevcudiyetini varsayabilir.[648] Esasen alacaklı bakımından oldukça zahmetli görünen bu yaklaşım ise üç şekilde gerekçelendirilebilir:

İlk olarak borçlu hâlihazırda temerrüde düşmüş değildir; aksine süresi dâhilinde verdiği yanıtla sözleşmenin ifasına ve akdî güven ilişkisinin sürdürülmesine bağlı olduğunu öyle ya da böyle göstermiştir.[649]

İkinci olarak sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulmasına yönelik çağrı, neticesi itibariyle alacaklıya öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hukukî başvuru yollarını,[650] bu müessesenin bütün koşulları[651] henüz gerçekleşmemişken açmamalıdır. Bu çağrının maksadı, sözleşmeye uygun surette ifanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususundaki ciddî kuşkuları açıklığa kavuşturmakla sınırlıdır. Dolayısıyla borçlunun, alacaklının talep ettiği şekilde koşulsuz biçimde sözleşmenin ifasına bağlılığını açıklamaması hâlinde, alacaklıya muacceliyet ânından önce hukukî başvuru yollarının açılması söz konusu olmamalıdır. Bu nedenle borçlunun verdiği yanıt, alacaklının somut olayın hâl ve şartlarını göz önüne alarak yapacağı bütüncül değerlendirmesine dâhil etmesi gereken ek bir bilgi niteliğindedir; bu bilgi her ne denli mühim olsa bile tek başına belirleyici bir fonksiyon ifa etmemelidir.[652]

Üçüncü olarak, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın alacaklıya sunduğu tipik ve ağır neticeleri olan hak öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme[653] hakkıdır. Borçlunun sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması çağrısı almasına rağmen herhangi bir açıklama yapmaması veya ilerideki ifayı nasıl teminat altına alacağı konusunda yeterli bir yanıt vermemesi, hemen her durumda alacaklıya öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanabilme imkânı vermez. Böyle bir hâlde ilerideki ifanın gerçekleşmeyeceğine dair

[648] **Müller,** N.164.
[649] **Müller,** N.165.
[650] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II. Alacaklının Sahip Olduğu Seçimlik Haklar.
[651] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Koşulları.
[652] **Müller,** N.165.
[653] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi.

ciddî kuşkular, yani neredeyse kesinlik derecesine yaklaşan endişeler, § 323 Abs.4 BGB hükmü anlamında "açıkça *(offensichtlich)* öngörülebilirlik düzeyine" ulaşmış olmalıdır.[654]

ii. Borçlunun Tepki Vermemesi

(1). İfa Modalitelerinin Karşılıklı Anlaşmayla Değiştirilmesi

Buna karşılık borçlu verdiği yanıt bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verirse başka bir deyişle muacceliyet gerçekleştiğinde temerrüde düşeceğini belli ederse alacaklının dile getirdiği kuşkuları ortadan kaldırmamış ve böylece sözleşmenin ifasına yönelik ilgisizliğini göstermiş olur. Bununla birlikte bu ilgisizliğin aynı zamanda sözleşmeden doğan yükümlülüklerin kapsamında bir değişikliğe yol açıp açmayacağı ihtilaflıdır:[655] Ancak kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre alacaklının borçluya yönelik bulunduğu sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması çağrısı, borçlunun hukukî durumunda herhangi bir değişiklik yaratmadığından olsa olsa hukukî işlem benzeri bir fiil/irade açıklaması *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* niteliği taşır. Bu bakımdan söz konusu çağrı, borçlu tarafından "kabul" gerektiren ve hukukî ilişkinin değiştirilmesine sebebiyet verebilecek bir "öneri" ihtivâ etmemektedir.[656]

(2). Mevcut Kuşkuların Yoğunlaşması

Kural olarak alacaklı, çağrı ile tâyin ettiği açıklama süresinin dolmasının ardından borçluya isnat edilebilen davranışları da dikkate alarak somut olayın tüm hâl ve şartlarını yeniden bütüncül biçimde değerlendirmelidir. Borçlunun açıklamada bulunmaması yani pasif davranışı, kural olarak, bir "işlem iradesi" ihtivâ etmediğinden

[654] Bu görüşte olarak bkz. ve karş. **Weidt,** s.145.
[655] **Müller,** N.166.
[656] **Müller,** N.167.

irade beyanı olarak nitelendirilemez. Bu sebeple alacaklı, borçlunun sessizliğini ancak şu durumda borçlunun ifa kabiliyetine veya ifa istekliliğine ilişkin ciddî kuşkuların doğrulanması olarak yorumlayabilir: Dürüstlük ve iyiniyet kuralları dâhilinde sözleşmeyi ifaya hazır bir borçlunun böyle bir çağrıya itiraz edebileceğini varsayabilmesi gerekir.[657]

Sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulmasına yönelik çağrıda süre tâyin edilmesi, objektif olarak haklı kuşkuların mevcudiyetini gerektirdiğinden, dürüst bir borçludan sözleşmeye uygun ifa konusundaki -kendi görüşüne göre haksız olan- kuşkulara itiraz etmesi beklenir. Zira doktrinde ve hukuk pratiğinde benimsendiği üzere, borçlunun tepki göstermemesi sadece bir küfletin ihlâli değil, aynı zamanda akdî bir yan yükümlülüğün ihlâli olarak değerlendirilir. Borçlu, sözleşmeden kaynaklanan edim yükümlülüklerinin ifa modalitelerine uygun (tam ve doğru biçimde) gerçekleşmesini sağlamakla yükümlüdür ve bu sebeple muacceliyet ânında ifa kabiliyetinin veya ifa iradesinin bulunmadığına işaret eden objektif emâreler mevcutsa bunlara dair bir açıklama yapmak mecburiyetindedir.[658] Dolayısıyla borçlunun sessiz kalması, mevcut olgusal unsurları çoğu hâlde öyle bir yoğunlaştırır ki sözleşmeye uygun ifanın neredeyse kesinlik derecesinde gerçekleştirilmeyeceği neticesine varılır ve böylece alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiğini kabul edip bundan doğan seçimlik haklarına başvurabilmesinin yolu açılmış olur.[659] Zira bu hâlde alacaklı, borçlunun sessizliği karşısında dürüstlük ve iyiniyet kuralları dâhilinde kendisinin artık sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirmeyi amaçlamadığı neticesine varabilmekte haklıdır.

[657] **Müller,** N.168.
[658] **Müller,** N.168.
[659] **Müller,** N.169.

ee. Usûle İlişkin Hususlar

Alacaklının iddia ve ispat yükü, borçluya sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için tâyin edilen süre ile bağlantılı olan ve talebin dayandığı tüm vâkıaları kapsar.[660] Bu noktada borçlu, sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için kendisine süre tâyin edilmesinin hukuka aykırı olduğu iddiasında bulunursa, bu durumu somutlaştırma ve haklılığını ortaya koyma hususundaki ispat yükü de yine alacaklının üzerindedir. İspat konusu; sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmeyeceğine dair ciddî kuşkuları doğuran vâkıalar, tâyin edilen sürenin yeterli uzunlukta olduğu, çağrının borçlunun hâkimiyet sahasına vardığı ve nihayetinde borçlunun yanıtına rağmen sözleşmeye uygun ifanın neredeyse kesinlik derecesinde gerçekleşmeyeceğine dair nedenleri ortaya koyan açıklamalardan ibarettir.[661]

Borçluya düşen (karşı) ispat yükü ise alacaklının elinde yeterli olgusal dayanaklar bulunmadığı için ifaya hazır olunup olunmadığına dair erken bir açıklama (sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturmayı) talep etmeye yetkili olmadığı yahut böyle bir açıklamaya karşı verdiği yanıtın dürüstlük ve iyiniyet kuralları dâhilinde sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmeyeceğine dair dile getirilen kuşkuların yoğunlaşması (pekişmesi) olarak değerlendirilemeyeceğini gösteren vâkıaları ortaya koymaktan ibarettir.[662]

Borçlu, sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması için kendisine tâyin edilen sürenin hukuka uygunluğuna veya ifa modalitelerine dair bir itirazda bulunmazsa mahkeme, borçlunun verdiği yanıtı ayrıca bir inceleme yapmaksızın, genel değerlendirme kapsamında dikkate alacaktır. Bununla birlikte borçluya, verdiği yanıtın

[660] **Müller,** N.170.
[661] **Müller,** N.171.
[662] **Müller,** N.172.

en azından alacaklının dile getirdiği kuşkuların yoğunlaşmasına (pekişmesine) sebebiyet vermemesi gerektiğini gösterebilecek karşı-ispat imkânı yine de tanınmıştır.[663]

ff. Genel Değerlendirme

Tüm bu açıklamalar ışığında kısaca şu tespitlere varmak mümkündür: Borçlunun sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirmeyeceğine dair ciddî kuşkular mevcut olmakla birlikte bu ifanın "neredeyse kesinlikle" gerçekleşmeyeceği henüz söylenemiyorsa, borçlunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verdiği neticesine ulaşılmamalıdır. Ancak bu durumda alacaklının hukukî himâyeye layık menfaatleri, vâde yahut muacceliyet ânına dek beklemesini zorunlu kılmaz. İşte zaten bu nedenledir ki alacaklı, sözleşmeye uygun ifaya ilişkin kuşku gerekçelerini ortaya koyarak borçluya ifa kabiliyeti veya ifa iradesi hakkında açıklama yapması için bir süre tâyin etmeye yetkilidir. Eğer borçlunun yetersiz bir yanıt vermesi yahut muacceliyet ânında temerrüde düşeceğinin anlaşılması durumunda alacaklının dile getirdiği kuşkular doğrulanırsa, alacaklı dürüstlük ve iyiniyet kuralları dâhilinde sözleşmeye uygun ifanın neredeyse kesinlik derecesinde gerçekleşmeyeceği neticesine varabilir ve böylece öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğacak haklarını kullanma imkânı elde edebilir.[664]

e. Edimi İfadan Kaçınma Açıklamasının Geri Alınabilirliği Üzerine

Borçlunun, yukarıda değindiğimiz, ifadan kaçınmasını geri alması; borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan kesin biçimde kaçındıktan sonra fakat alacaklı, benimsenecek görüşe göre,[665] haklarına daha başvurmadan önce, edimini

[663] **Müller,** N.173.
[664] **Müller,** N.174.
[665] Eğer borçlunun ifadan kesin olarak kaçınması, hukukî niteliği itibariyle, ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilirse artık zaten "geri alma" hususunu tartışmak isabetsiz olur; çünkü imkânsızlık olgusu, borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini kesin olarak beyan etmesi, ortaya koymasıyla beraber kendiliğinden oluşmuş olur, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1574.

yerine getireceğini ifade etmesidir.[666] Borçlu ifadan imtinâsını geri aldığını, doğrudan muacceliyetin gerçekleştiği ânda yahut -TBK md.96 (Art.81 OR) hükmüne göre erken ifa kabiliyeti varsa- henüz muacceliyetten önce edimini yerine getirerek gösterebileceği gibi yeni bir beyanda bulunup kayıtsız şartsız edimi yerine getireceğini açıklayarak da ortaya koyabilir.[667]

İsviçre hukukundaki yazarlardan *Schenker,* TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmüne gidilebilecekken henüz gidilmediği, başka bir deyişle alacaklının borçlu temerrüdüne istinaden ek süre (mehil) tâyin etmeksizin seçimlik haklarını daha kullanmadığı bir ihtimalde, borçlunun muacceliyetten hemen sonra edimini yerine getirerek yahut ifada bulunma niyetini beyan ederek anılan hükmün tatbik imkânını ortadan kaldırabileceğini ileri sürer.[668] Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimi yerine getirmekten kesin biçimde kaçınan bir borçlunun bunu geri almasının mümkün olup olmadığına dair doktrindeki fikirler, esasen üç grupta irdelenebilir:

aa. Geri Alma Açıklamasının Mümkün Olduğu Yönündeki Kuram (Tam Serbestlik Kuramı)

İfadan kaçınmanın geri alınabilirliğine dair tam bir serbestlik öngören kurama göre, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini ifa etmeyeceğini açıklamasına hemen bir hukukî sonuç bağlanmamalıdır, zira borçlu muacceliyetin gerçekleşmesi anına kadar bu düşüncesini değiştirebilir ve ifadan kaçınmaya dair açıklamasını geri alabilir.[669] Sırf böyle bir ihtimalin varlığı dolayısıyla alacaklı, borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ etmiş olsa bile vâdeyi (ifa gününü) beklemek mecburiyetinde sayılır. Buna karşın

[666] **Göka,** s.103.
[667] **Göka,** s.103.
[668] **Göka,** s.104.
[669] Aktaran **Göka,** s.104.

borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya koyduğu ifadan imtinâsını, muacceliyet anına kadar geri almazsa, artık alacaklı ihtar çekmeye (TBK md.117, Art.102 OR) ve ek süre (mehil) tâyin etmeye (TBK md.123, Art.107 Abs.1 OR) gerek olmaksızın borçlu temerrüdünden doğan seçimlik haklarına (TBK md.125, Art.107 Abs.2, Art.109 OR) başvurabilir.[670] Aksi hâlde alacaklı, elbette borçlunun ifa modalitelerine uygun (tam ve gereği gibi) ifasını kabul etmek zorundadır.[671]

Alman hukukundaki yazarlardan *Weidt,* tam serbestlik kuramına katılmamakla, hatta bu görüşü eleştirmekle birlikte, edimini ifadan henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte imtinâ eden borçlunun, "pişmanlık hakkına *(Reuerecht / locus poenitentiae)*" sahip olduğunu ve alacaklıya karşı yeniden ve hiçbir kayıt koymaksızın sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirmeye hazır olduğunu açıklayarak daha önceki ifadan imtinâsını geri alabileceğini belirtmektedir. Yazara göre borçlunun böyle bir geri alma açıklaması, alacaklının sözleşmeden öncelenmiş (erken) dönme hakkını ve ifa menfaatinin gerektiğini diğer haklarını kullanma olanağını ortadan kaldırır. Çünkü borçlu, ifadan kaçınmasını geri almayı yani sözleşmeye eskisi gibi sadık kalmayı seçerek daha önce bizzat yarattığı sözleşmenin tehlikeye girmesi durumunu ortadan kaldırmış olur.[672]

Yine tam serbestlik kuramına göre alacaklı, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan kaçınmasından ötürü bir ikame işlem yapmış olsa dahi (örneğin borçlunun öncelenmiş sözleşmeye aykırı hareket edeceğini düşünen alacaklı, sözleşmeye konu malları bir üçüncü kişiden gidip satın almak zorunda kalmıştır) alacaklının ifayı kabul hususundaki yükümlülüğü sürer.[673] Keza aksi hâlde

[670] **Göka,** s.104.
[671] **Göka,** s.104.
[672] **Weidt,** s.187.
[673] **Göka,** s.104.

kendisine sunulan tam ve gereği gibi bir ifayı kabul etmeyen alacaklı, TBK md.106 (Art.91 OR) hükmüne göre bizzat temerrüde (alacaklı temerrüdüne) düşmüş olur.

Nihayetinde bu kurama göre alacaklı, sadece ve sadece borçlunun taraflar arasında tesis olunmuş güven münasebetini sarsan beyan, tavır ve davranışlarından ötürü bir zarara mâruz kalmışsa tazminat isteminde bulunabilir.[674] Aksi durumda alacaklının herhangi bir tazminat istemesi söz konusu değildir.

Tam serbestlik kuramı mevcut hukukumuz bakımından değerlendirilecek olursa; borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kaçınması, taraflar arasında tesis olunmuş güven münasebetini ağır biçimde zedeleyen, alacaklı açısından artık sözleşmeyle bağlı kalmayı ve kendi ediminin ifasına devam etmeyi çekilmez kılan bir hâl olduğu genel geçer kabul gördüğüne göre ifadan kaçınmanın geri alınabilmesine tam serbestlik tanıyan görüşe itibar edilmediğini ifade etmek mümkündür.[675]

Kanaatimizce ifadan imtinânın geri alınabilmesine tam serbestlik tanıyan görüş, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin "amacına" ve "özüne" de uygun sayılamaz. Zira ilk olarak belirtelim ki; borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan kaçınmış olması; zaten alacaklıyı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını bir ân önce kullanmak, yani bu borca aykırılık hâlini işletmek konusunda tahrik etmektedir. Alacaklı, bu hâlde muacceliyeti beklemek yerine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı işletecekken borçlunun sırf bundan korkup da ifadan kaçınmasını geri alması, ne kadar "dürüst ve samimî" sayılabilir? İkinci olarak belirtelim ki; borçlu ifadan kaçındıktan sonra bunu geri alabilecekse tekrar ifadan kaçındığında tekrar mı geri alabilecektir? İşbu soruya verilecek olumlu yanıt, taraflar

[674] **Göka,** s.104.
[675] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Kartal/Öğün,** s.245-246; **Başoğlu,** s.310; **Sert/Cihan,** s.914 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9.

için "anayasa" gibi görülen sözleşme ilişkisinin ciddiyetini deyim yerindeyse çocuk oyuncağına çevirmez mi? Üçüncü olarak, hiçbir borca aykırılık hâli yoktur ki bir kez şartları sağlandığında borçlunun iradesiyle bunun sonuçları bertaraf edilebilsin. Örneğin borçlu temerrüde düştüğünde edimini derhâl ve gereği gibi ifa etse bile artık temerrüdün sonuçları gerçekleşmiş olduğundan bir gecikme tazminatı veya duruma göre temerrüt faizi ödemek zorunda kalır. Yine edim, sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun kusuruyla imkânsızlaşmışsa artık borçlu imkânsızlığın sonuçlarından sorumlu olur, gidip edimin aynısını bulmaya çabalasa bile imkânsızlık bir kere gerçekleşmiştir. İşte bu mantıkla, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da borçlu temerrüdü veya ifa imkânsızlığı gibi -en azından kanaatimizce- bir borca aykırılık hâli olduğuna göre bunun temel şartı olan "muacceliyet öncesi ifadan imtinâ" nasıl borçlunun iradesine göre iki de bir geri alınabilir? Eleştirdiğimiz bu kuramın pratik sonucu, ipleri tamamen borçlunun elinde olan kukla bir borca aykırılık hâlini kabul etmek kadar abes olur.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki tam serbestlik kuramına göre borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya koyduğu ifadan kaçınmasını, muacceliyet anına kadar geri almazsa, artık alacaklı bir ihtar çekmeye ve ek süre (mehil) tâyin etmeye gerek olmaksızın borçlu temerrüdünden doğan seçimlik haklarına başvurabilir. Kanaatimizce bu durumu kabul etmek, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin amacına tamamen zıttır, hatta müesseseyi gereksizleştirir. Zira mevcut TBK hükümlerine göre; zaten alacaklı ortada kesin vâdeli bir sözleşme mevcutsa ihtara gerek olmaksızın ve ek süre (mehil) tâyin etmeksizin TBK md.125 hükmündeki seçimlik haklarına başvurabilmektedir. İfadan kaçınma açıklamasının her zaman geri alınabileceğini savunan tam serbestlik görüşü, bu hususta "kesin vâde" ile "öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı" eşitlemiş olmaktadır. Oysa bunlardan ilki bir ifa zamanı türü; ikincisi ise borca aykırılık türüdür. İki yabancı kavramı, tamamen aynı hukukî sonuçlara bağlayan tam serbestlik görüşü, muhtemelen kendi içerisinde çelişki gösterir. Başka bir

deyişle tam serbestlik görüşüne göre bir sözleşmede kesin vâde mevcutsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa gitmenin bir anlamı yoktur, çünkü zaten her ikisinin de alacaklıya tanıdığı imkânlar aynıdır. Oysa gayet anlaşılabilir ki kesin vâdeli sözleşmelerde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa rastlamak, hatta diğer tür vâdeli sözleşmelerden çok daha yüksek ihtimalle rastlamak mümkündür. Çünkü tarafların kesin vâde tâyin etmiş olması muacceliyete ve ifa zamanına âzamî derecede önem verdiğini gösterirken, tam serbestlik kuramına göre borçlu ifadan imtinâ edip bunu istediği ân geri alabilecekse, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa başvuramayıp "kesin" vâdeyi beklemesinin ne anlamı kalırdı? Kısacası tam serbestlik kuramı, hemen her durumda borçlu temerrüdü ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı eşitmiş gibi gören ve bu vesileyle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini gereksizleştirecek/anlamsızlaştıracak bir görüşten ibarettir.

Üstelik kanaatimizce burada tartışılması gereken bir başka husus borçlunun "ifadan imtinâ açıklamasının" ve "geri alma açıklamasının" hukukî nitelikleridir. Borçlunun ifadan imtinâ açıklamasının hukukî niteliği itibariyle basit bir irade beyanı olduğu düşünülürse bunun geri alınabilmesi hangi dayanakla mümkün olacaktır. Örneğin TBK'nın 10. maddesi önerinin ve kabulün geri alınmasını sıkı zamansal şartlara bağlamıştır; kanun koyucu iradelerin keyfe keder biçimde açıklanıp geri alınmasını prensip olarak benimsememiştir. Bunun hâricinde irade beyanlarının geri alınabilirliğine dair genel nitelikli bir hüküm de mevcut değildir. Yine borçlunun ifadan imtinâ açıklamasının hukukî niteliği itibariyle -zorlama bir yorumla-[676] yenilik doğuran hak olduğu düşünülürse zaten bu hâlde geri almadan bahsedilemeyecektir, zira yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla tükenirler, geri alınamazlar.

[676] Böyle bir yorum elbette zorlama olacaktır. Zira borçlunun ifadan imtinâ açıklaması, alacaklı ile aralarındaki sözleşme ilişkisinde hiçbir etki yaratmamakta yani yenilik doğuran bir neticeye sebebiyet vermemektedir. Sözleşme ilişkisi her şeye rağmen olduğu gibi -tüm hüküm ve sonuçlarıyla- ayaktadır.

bb. Geri Alma Açıklamasının Mümkün Olmadığı Yönündeki Kuram

Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kaçınmasını geri alamayacağını savunan kuram, esasında borçlunun ifadan kaçınma açıklamasıyla bağlı olması gerektiği düşüncesine dayanır. Alman hukukunda bu kuramı benimseyenler, borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınmasını, hukukî niteliği itibariyle, "irade beyanı" veya "aynı nitelikteki bir davranış" olarak değerlendirip borçlunun ifadan kaçınmaya dair açıklaması ile bağlı sayılması gerektiğini ve "çelişkili davranış yasağı *(venire contra factum proprium)*" nedeniyle bu iradesini geri alamayacağını ileri sürmektedirler.[677] Ancak bu görüşte oldukça önemli bir husustur ki, borçlunun ifadan imtinâya dair açıklamasıyla bağlı sayılmasının ön koşulu, kaçınmaya muhatap olan alacaklının hemen "borçluyu ifadan imtinâya dair açıklamasıyla bağlı kıldığını" beyan etmesidir. Bu noktada *Rampini* de henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini ifa etmeyeceğini beyan eden borçlunun, bu yöndeki açıklamasıyla bağlı sayılması gerektiği düşüncesindedir.[678]

Borçlunun ifadan kaçınmasını geri alamayacağını savunan kuram, sözleşme ilişkisi hâlihazırda ayakta olmasına rağmen alacaklıya, ifadan kaçınmaktan vazgeçip de edimini düzgün biçimde ifa etmek isteyen borçlunun ifasını kabul etmeme imkânı tanıdığı için tenkit edilebilir. Çünkü bu kuram, borçlar hukukunun esas kavramı sayılan "borç ilişkisi"nin sırf ifa amacıyla kurulduğu ve temel maksadın her zaman "ifa" olduğu olgusuyla hayli çelişmektedir.[679] Öte yandan bu kurama göre, borçlunun edimi yerine getirmekten kaçındığını açıklaması üzerine buna muhatap olan alacaklının bir karşı-beyanda bulunarak "borçluyu kaçınma açıklamasıyla bağlı kılması", ifadan kaçınmanın hukukî niteliği itibariyle bir öneri *(Offerte, Angebot)* ve alacaklının karşı-beyanının bir

[677] **Göka,** s.105.
[678] Aktaran **Göka,** s.105.
[679] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 1 N.7; **Göka,** s.105.

kabul *(Annahme, acceptio)* sayılması gibi garip bir varsayımı gerektirir. Halbuki alacaklının, borçluyu kaçınma açıklamasıyla bağlı kılması yani "sözde öneriyi kabul etmesi"yle sözleşmenin herhangi bir hükmü değişmemekte, yani edime veya hükümlere dair bir öneri-kabul teatisi yapılmamakta, sadece alacaklı borçlunun ifadan kaçınmasına istinaden bir dava açma olanağı kazanmaktadır. Dolayısıyla sözleşmede hiçbir değişiklik yaratmayan karşılıklı irade açıklamalarının öneri-kabul olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Alacaklının, ifadan imtinâ eden borçluya karşı ikame edeceği davada aslında davalının bir savunma aracı olan "çelişkili davranış yasağına", davacının talep temeli fonksiyonu atfedilmektedir.[680] Bu durum bile usûl hukukuna aykırılık teşkil eder. İşte değinilen tüm gerekçelerle; henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kaçınmasını geri almasını tümüyle imkânsız gören yahut alacaklının bulunacağı bir karşı-beyan neticesinde borçluyu "geri alabilme" olanağından yoksun bırakan görüş, katı ve isabetsizdir.[681]

Kanaatimizce borçlunun ifadan kaçınmasını geri alamayacağını savunan kuram, gerçekten de özellikle borçlu bakımından ağır sonuçlar doğurmaya müsait olmasından ötürü benimsenmesi mümkün olmayan bir görüştür. Kaldı ki kuramın herhangi bir temeli de mevcut değildir. Yukarıda değinildiği üzere "öneri-kabul" kavramları üzerinden ilerlemek de isabetli sayılamaz; zira ifadan kaçınmanın "öneri" gibi bağlayıcı bir niteliği yoktur. Borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte herhangi bir sebeple edimini yerine getirmekten imtinâ ettiğinde, bunu sadece muhtemelen borcunu ifa etmek ağır geldiği için yapmaktadır, yoksa içinde bulunduğu sözleşmenin hükümlerini değiştirmek gibi bir gayesi olduğu (bir öneri beyanında bulunduğu) düşünülemez. Yine aynı sebeplerle, kaçınmaya muhatap olan alacaklının borçluyu ifadan kaçınmasıyla "bağlı kılmak" için bulunacağı bir karşı-beyanın kabul niteliğini hâiz olduğu da düşünülemez. Zira kabul beyanı *(Annahme, acceptio)*,

[680] **Weidt,** s.102.
[681] **Göka,** s.106.

doktrinde görüş birliği olduğu üzere[682] kurucu yenilik doğuran bir beyandır. Oysa bu hâlde herhangi bir hakkı ya da hukukî durumu tesis eden bir vâkıadan söz edilemez.

cc. Sınırlı Serbestlik Kuramı

Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kaçınmasını geri almasına "sınırlı bir serbestlik" sunan kuramı benimsemiş yazarlar, borçlunun söz konusu ifadan kaçınmasını her zaman değil, sadece "belirli bir âna kadar" geri alabileceğini ifade ederler. Sınırlı serbestlik görüşünü savunan *Voser*'e göre,[683] kural olarak, borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine dair açıklaması, muacceliyetin gerçekleşmesi anına kadar geri alınmazsa elbette hukukî sonuçlarını doğurur. Fakat bunun ayrıksı hâli olarak, örneğin piyasa fiyatları hızla artmaktaysa, alacaklıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bile ikame işlem yapma hakkı (örneğin alacaklı borçlunun ifadan kaçınmasını geri alıp almayacağını beklemeden sözleşme konusu malı gidip bir üçüncü kişiden alabilir) tanınabilir ve bu şekilde bir ikame işlem gerçekleştikten sonra artık borçlu, ifadan imtinâsına dair açıklamasını geri alamaz başka bir deyişle alacaklıya ifasını sunmayı öneremez. Çünkü artık önerilecek bir ifa, dürüstlük kuralına açıkça aykırılık teşkil eder, TMK md.2/2 hükmü gereğince böyle bir ifa önerisi, hakkın açıkça kötüye kullanımı olacağından hukuken himâye görmez.

Doktrinde *Decurtins; Voser*'in borçlunun ifadan kaçınmasını geri almasının sınırını, piyasa fiyatlarının hızla artmasından ötürü alacaklının yapmak zorunda kaldığı bir ikame işlem üzerinden çizen bu görüşünü eleştirmekte ve kabul etmemektedir.[684] Çünkü *Decurtins*'e göre, alacaklının henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki

[682] **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.103 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.664 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.223 vd.; **von Tuhr,** s.182 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.93 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.117 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.194 vd.; **Reisoğlu,** s.68 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.163 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.189 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.532 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.801 vd.; **Nomer,** s.42 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.34 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.27 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.109; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.100 vd.; **İnan/Yücel,** s.189 vd.; **Yıldırım,** s.67 vd.; **Aybay,** s.30 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.50 vd.

[683] Aktaran **Göka,** s.106.

[684] Aktaran **Göka,** s.106.

süreçte yapacağı bir ikame işlem, tarafların mevcut akdî yükümlülükleri üzerinde herhangi bir etki yaratmaz; sözleşme ilişkisi aynen sürer. Bu itibarla alacaklı, bir ikame işlem tesis etmiş olsa bile o zamana kadar edimini yerine getirmekten kaçınan borçlu, vâde geldiğinde geçerli bir ifada bulunabilir ve alacaklı elbette böyle bir ifayı kabul yükümlülüğü altındadır. İşte buradan hareketle, yalnızca piyasa fiyatlarının hızla arttığı bir ortamda gerçekleştirilen ikame işlemin, dürüstlük kuralı gereği borçlunun ifadan kaçınmasını geri alma hakkını ortadan kaldıracağını düşünmek, geri alma hakkına "tam serbestlik" tanıyan görüş ile hemen hemen aynı yetersizliktedir. Çünkü her iki kuramın da üzerine bina edildiği ayrıksı ön şartlar, sadece çok az vâkıada karşılaşılabilecektir ve alacaklı hemen her durumda borçlunun ifadan kaçınmak hususundaki düşüncesini değiştirip değiştirmediğini anlayabilmek için vâdeye (ifa gününe) değin sabretmek mecburiyetinde kalacaktır.[685]

Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kaçınmasını geri almasına "sınırlı bir serbestlik" sunan kuramı benimsemiş diğer yazarlar; borçlunun ifadan kaçınmasını, alacaklı buna istinaden "aynen ifa talebinden vazgeçene değin" geri alabileceğini ileri sürerler. İsviçre hukukundaki yazarlardan *Lemp,* borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kaçınmasının "sözleşmenin maksadını tehlikeye attığını" ve hâl böyleyken alacaklının muacceliyete kadar borçlunun düşüncesini değiştirip değiştirmeyeceğini beklemesinin mantıklı ve haklı olmadığını fakat yine de borçlunun geri alma hakkını, sadece alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi ile kaybedeceğini ifade eder.[686] Aynı yönde düşünen *Decurtins*'e göre borçlu, kural olarak, ifadan imtinâya dair açıklamasını muacceliyetin gerçekleşmesi anına kadar geri almakta özgürdür fakat alacaklı kıyasen temerrüt hükümlerine istinaden aynen ifa talebinden vazgeçince söz konusu geri alma hakkı da ortadan kalkar. Bu tespitin doğal sonucu olarak; borçlunun edimi ifadan

[685] Aktaran **Göka,** s.106-107.
[686] Aktaran **Göka,** s.107.

kaçınma açıklamasını henüz geri almadığı ve de alacaklının aynen ifa talebinden henüz vazgeçmediği zaman zarfı dâhilinde tüm ihtimaller askıdadır. Çünkü borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimi ifadan kaçınmış olsa da sonradan fikrini değiştirip edimini yerine getirirse ve bu sırada alacaklı aynen ifa talebinden vazgeçmemiş ise elbette sunulan ifanın kabul edilmesi zorunludur. Nitekim bu ihtimalde borçlu, sunduğu ifayı kabul etmeyen alacaklısına yönelik olarak "karşı tarafın aynen ifa talebinden vazgeçmediği, dolayısıyla hâlen ifayı kabul etmesi gerektiği" yönünde esasa dair bir savunma yapabilir.[687]

Alman hukukunda da borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimi ifadan kaçınmasını geri alabilmesinin sınırını, alacaklının § 323 Abs.4 BGB hükmüne[688] göre "aynen ifa talebinden vazgeçip sözleşmeden dönmesi" olgusu tespit eder.[689]

Alman hukukundaki yazarlardan *Gernhuber*'e göre, hukuka aykırı bir eylemin yerini hukuka uygun bir eylemin alabilmesine karşı çıkmak için hiçbir mantıklı gerekçe yoktur. Şöyle ki alacaklı, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâsından ötürü "sözleşmeden dönmek" gibi geri dönülmez sonuçlar yaratmamışsa, alacaklının borçlu tarafından mâruz bırakıldığı haksız durumun süreceğine dair kuşkuları hukuken himâye edilemez. Şayet borçlu ifadan kaçınmaya dair açıklamasını geri aldıysa fakat alacaklı geri alma açıklamasına kadar bir zarara uğradıysa, elbette bunlar borçlu tarafından giderilmelidir.[690] Bununla birlikte alacaklı, borçlunun edimini ifadan kaçınmasına istinaden henüz muacceliyetin

[687] Aktaran **Göka,** s.107.
[688] § 323 Abs.4 BGB hükmüne göre: *"Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden."* İşbu hükümde alacaklının, sözleşmeden dönme hakkının koşullarının gerçekleşeceğinin açıkça öngörülebilmesi hâlinde, muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeden dönebileceği ifade edilir. Ayrıca bkz. **Müller,** N.25-26.
[689] **Müller,** N.26; **Göka,** s.107.
[690] **Göka,** s.108.

gerçekleşmesinden önce[691] sözleşmeden dönerse yahut aynen ifadan talebinden vazgeçip tazminat isterse bu ândan sonra ifadan kaçınma geri alınamaz. Çünkü yazara göre bu ihtimalde, borçlu artık ifayla yükümlü olmadığı bir borca bağlı kalacağını gösteremez.[692]

Yine aynı yönde düşünen *Weidt*'a göre de alacaklı § 323 Abs.4 BGB hükmüne istinaden henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte hem sözleşmeden dönmeyip hem de bir ikame işlem tesis edecekse "borçlunun edimi ifadan imtinâya yönelik açıklamalarını geri alabileceği" rizikosunu da göze almalıdır.[693] Başka bir deyişle alacaklı, aynen ifa talebinden vazgeçip de sözleşmeden dönmediği müddetçe tesis edeceği başka başka ikame işlemlerin veya türlü tasarrufların rizikosuna katlanmalıdır. Keza böyle bir anlayış, "sözleşme adaleti"ni de gözetir. Çünkü aksinin kabulü hâlinde alacaklı hem § 323 Abs.4 BGB hükmüne istinaden sözleşmeden dönme hakkını bir silah gibi taşıyıp mevcut sözleşmeyi yaşatacak hem de hiçbir riziko üstlenmeden piyasa koşullarına göre spekülatif ikame işlemler yapıp kazanç elde etme imkânı bulacaktır.[694] İşte tüm bu gerekçelerle, alacaklı bir ikame işlem tesis etse bile aynen ifa talebinden vazgeçip tazminat istemedikçe yahut sözleşmeden dönmedikçe borçlu ifadan kaçınmaya yönelik açıklamasını serbestçe geri alabilmeli ve alacaklı da sunulacak ifayı kabul etmekle yükümlü olmalıdır.

Weidt'ın Alman hukukundan ileri gelen görüşleri kayda değerdir, daha detaylı incelenmesi gerekir: Öncelikle henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan imtinâ açıklaması, bağlayıcı bir irade beyanı olarak nitelendirilmemelidir. Borçlu, kural olarak, her zaman bu açıklamasını geri alabilir. Ancak buna mukabil alacaklı da borçlunun ifadan imtinâsı üzerine öncelenmiş

[691] Zira § 323 Abs.4 BGB hükmü, buna olanak tanımaktadır. Ayrıca bkz. **Müller,** N.24-25.
[692] **Göka,** s.108.
[693] **Weidt,** s.188.
[694] **Weidt,** s.188.

sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını [öncelenmiş (erken) dönme hakkı, edim yerine tazminat istemi vb.] kullanabilir ve sözleşme ilişkisini artık yeni bir içeriğe "tasfiye ilişkisine *(Abwicklungsverhältnis)"* döndürebilir. İşte borçlunun ifadan imtinâsını geri alma olanağı, alacaklı henüz hukukî imkânlarını kullanmamış ve sözleşme ilişkisini dönüştürmemiş olduğu müddetçe devam eder. Ancak sözleşme ilişkisinin bu surette dönüştürülmesiyle birlikte tarafların ifa talepleri de ortadan kalkar; borçlu bunları tek taraflı olarak yeniden canlandıramaz, bu nedenle bu ândan itibaren ifadan kaçınmayı geri alma beyanı hüküm ve sonuç doğurmaz.[695] Buradaki mühim olan problem, alacaklının sözleşme ilişkisini öncelenmiş (erken) dönme hakkıyla ortadan kaldırmamış olmasına rağmen başka başka ikame işlemler yapmışsa bunun rizikosuna kimin katlanacağıdır. Alacaklı henüz mevcut sözleşme ilişkisini sona erdirmemişse borçlunun ifadan imtinâsını geri alma olanağını da ortadan kaldırmış sayılamaz. Çünkü BGB, alacaklıya aynen ifa isteminde ısrar etmek yahut sözleşmeyi sona erdirmek arasında seçim hakkı tanıdığına göre sözleşme henüz sona erdirilmemiş olduğu müddetçe borçluya da yeniden ifaya hazır olduğunu gösterebilme olanağı tanınmalıdır. Yine alacaklının borçlunun aleyhine olacak şekilde ve hiçbir riziko üstlenmeden piyasa gelişmeleri üzerinden spekülasyon yapabilmesine müsaade edilmemelidir; başka bir deyişle alacaklı, sadece bir ikame sözleşme akdetmek suretiyle borçlunun ifadan imtinâsını geri alma hakkını ortadan kaldıramamalıdır. Mevcut bir sözleşme ilişkisinin tasfiye edilmesinden yani dönüştürülmesinden önce alacaklının yaptığı tasarruflar, kendi riziko sahasında kalır. Nihayetinde borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde "ifa yerine tazminatı" düzenleyen § 281 Abs.1 BGB hükmü[696] ve yine borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde "sözleşmeden dönmeyi" düzenleyen § 323

[695] **Weidt,** s.187.

[696] § 281 Abs.1 BGB hükmüne göre: *"Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat…"* Anılan düzenlemeye göre borçlu, muaccel olan edimi hiç ifa etmez veya gereği gibi ifa etmezse, alacaklı, § 280 fıkra 1'de öngörülen şartların mevcut olması kaydıyla, borçluya ifa veya sonradan ifa için makul bir süre vermiş ve bu süre sonuçsuz kalmışsa, ifa yerine tazminat talep edebilir.

Abs.1 BGB hükmü[697] de aynı mantığa sahip düzenlemelerdir. Bu iki hüküm nazara alındığında alacaklının ancak mevcut sözleşme ilişkisini çözdükten sonra yeniden tasarruf özgürlüğünü elde edeceği, bundan önce ise yaptığı tasarrufların kendi riziko sahasında kalacağı sonucu kolaylıkla çıkarılabilir.[698] Yazarın işaret ettiği hükümler ve bunlardan hareketle yaptığı yorumlar, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa kıyasen tatbike müsaittir.

İsviçre hukukundaki yazarlardan *Müller* ise *Weidt*'ın görüşlerine zıt tespitlerde bulunmuştur: İfadan imtinâda "kesinlik" koşulu[699] borçlunun ifadan imtinâsının süreklilik göstermesini de gerektirir. Doktrinde bilhassa eski görüşler, ifadan imtinânın muacceliyetin gerçekleşmesine kadar geri alınmamış olması hâlinde, bu unsurun gerçekleştiğini kabul etmişlerdir.[700] İrade özerkliği prensibinin bir neticesidir ki herkes, kural olarak, daha önce açıkladığı iradesinden geri dönmekte serbesttir. Bununla birlikte söz konusu geri dönme imkânının sınırları vardır: Bir kişi önceki davranışıyla objektif bakımdan haklı beklentiler yaratmış ve daha sonraki davranışıyla bu beklentileri boşa çıkarmışsa, çelişkili davranış hukukî himâyeye layık değildir.[701] *Müller, Weidt'*ten[702] ve *Wertenbruch*'tan farklı olarak borçlunun ifadan kaçınmasının hukukî niteliği itibariyle "adi bir açıklama / bağlayıcılığı olmayan basit bir irade açıklaması" değil; hukukî işlem benzeri bir fiil/irade açıklaması *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* olduğu kanaatindedir. *Müller*'e göre bu nedenle de baştan itibaren geri alınamaz bir yenilik doğuran işlem söz konusu değildir.[703] Hatta çelişkili davranış yasağı *(venire contra*

---

[697] § 323 Abs.1 BGB hükmüne göre: *"Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten."* Anılan düzenlemeye göre karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borçlu, muaccel olan edimi hiç ifa etmez veya sözleşmeye uygun şekilde ifa etmezse, alacaklı, borçluya ifa veya sonradan ifa için makul bir süre vermiş ve bu süre sonuçsuz kalmışsa sözleşmeden dönebilir.
[698] **Weidt,** s.188.
[699] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, c. "Kesinlik" Koşulu.
[700] **Müller,** N.113.
[701] **Müller,** N.114.
[702] **Weidt,** s.187.
[703] **Müller,** N.115.

factum proprium) dikkate alındığında borçlunun ifadan imtinâsını geri alabilmesi tavsiye edilir; zira borçlunun sırf ifadan imtinâ edeceğini açıklamış olması, bağlı olduğu mevcut sözleşme ilişkisinde herhangi bir değişiklik yaratmamıştır. Borçlu ifadan imtinâsını geri alarak, yarattığı çelişkili davranışı ortadan kaldırmış, taahhüt ettiği sözleşmeyle bağlılığına geri dönmüş olacaktır. Alacaklı henüz aynen ifa isteminden vazgeçmemişse sırf borçlunun ifadan imtinâsının kesin olması, süreklilik göstermesi nedeniyle alacaklıda oluşturulan kanaat hukuken özellikle korunmayı gerektirmez. Yani alacaklının, borçlunun kesin surette ifadan imtinâsı üzerine zihninde oluşan tablo ve güven kırıklığının bu hâliyle hukuken muhafaza edilmesi gereksizdir. Bilakis borçlunun ifadan imtinâ açıklamasından geri dönmesiyle birlikte daha önce tehlikeye giren sözleşme ilişkisi, tekrar sıhhat kazanacaktır; işte bu noktada alacaklının güveninin korunması daha gereklidir.[704] İfadan imtinâ beyanının geri alınması ile "kesinlik" koşulu arasında bâriz bir gerilim bulunmakla birlikte, bu iki husus birbirini dışlamaz. İfadan imtinânın kesin olduğu; alacaklının bu beyanı öğrendiği anda dürüstlük ve iyiniyet kuralları çerçevesinde ve neredeyse kesinlik derecesine ulaşan bir ihtimalle, ifadan imtinânın borçluya tanınmış ifa süresi boyunca hep devam edeceğini varsayabilmesi hâlinde kabul edilir. Buna karşılık ifa süresi boyunca ifadan imtinâ beyanının geri alınıp alınmayacağı tamamen borçlunun takdirindedir. Bu nedenle ifadan imtinâ beyanının geri alınması, kendiliğinden bu beyanın "kesinlik" niteliğini ortadan kaldırmaz. Zira borçlu, kesin bir ifadan imtinâ ile sözleşmenin ifasını tehlikeye atmış ve böylece zaten bir yükümlülük ihlâlinde bulunmuştur.[705] *Müller*'e göre borçlunun ifadan imtinâ beyanının geri almasının birtakım sınırları söz konusudur: İlk olarak borçlunun tazminat sorumluluğu, ifadan imtinâ beyanını geri almasına rağmen devam eder. İfadan imtinâ nedeniyle sözleşmenin ifasını tehlikeye atan borçlu, Art.97 Abs.1 OR (TBK md.112) hükmü uyarınca alacaklının, ifadan imtinâ beyanının kesin olduğunu

[704] **Müller,** N.115.
[705] **Müller,** N.116.

düşünerek yaptığı tüm masrafları tazmin etmekle yükümlüdür. Örneğin ifadan imtinâ beyanına muhatap olan alacaklı bu konuda dava öncesi süreçte bir avukattan hukukî destek almışsa bunların borçlu tarafından tazmini gerekecektir; zira bu türden giderler, ifadan imtinâ beyanının geri alınmasıyla boşa çıkmış, lüzumsuz yere sarf edilmiş olur.[706] İkinci olarak geri alma bakımından zamansal bir sınır söz konusudur; alacaklı aynen ifa isteminden vazgeçmişse artık borçlunun başlangıçta taahhüt ettiği edimini kabul yükümlülüğü de ortadan kalkar. Bu durumda alacaklı, ifadan imtinâ beyanının geri alınmasını, herhangi bir aleyhe sonuçla muhatap olmaksızın, reddedebilir. Başka bir deyişle alacaklı bir kere aynen ifa isteminden vazgeçmişse, borçlunun ifadan imtinâsını geri almasını kabul edip etmemekte de özgürdür. Aynı şekilde alacaklının, ifadan imtinânın kesin olduğuna inanarak yaptığı önemli tasarruflar söz konusu ise yine borçlunun geri alma beyanı hukuken korunmayacaktır. Örneğin alacaklı, aynı edim konusu hakkında başka bir ikame sözleşme akdetmişse durum böyledir. Zira alacaklıya borçlunun başlangıçta taahhüt ettiği edimin aynen ifasından vazgeçme ve bu edimi bir başka ikame sözleşmeyle elde edip bunun maliyetini borçluya yükleme olanağı veren "güven durumu", borçlunun kesin biçimde ifadan imtinâ etmesiyle bir kere doğmuştur. Bu bağlamda ikame sözleşmelerin maliyetini borçluya yükleyebilmesi bakımından alacaklının mevcut sözleşmenin aynen ifasından vazgeçmiş olup olmamasının bir önemi yoktur.[707] İşte tam olarak bu noktada da *Weidt* ve *Müller*'in tespitleri taban tabana zıttır. Zira *Weidt,* borçlunun ifadan imtinâsına mâruz kalan alacaklının, mevcut sözleşmenin aynen ifası isteminden vazgeçmedikçe yaptığı ikame işlemlerin maliyetlerine kendisinin katlanacağını, bunun alacaklının riziko sahasında kaldığını düşünürken; *Müller,* alacaklının ikame işlemler yapmasına doğrudan doğruya borçlunun ifadan imtinâ etmesinin sebebiyet verdiği, bu nedenle de mevcut sözleşmedeki edime kavuşamayan

[706] **Müller,** N.117.
[707] **Müller,** N.118

alacaklının başka ikame sözleşmelerle aynı edimi elde etme ihtiyacı hissetmesinin doğal ve olağan olduğu, bunun maliyetine de borçlunun katlanması gerektiği kanaatindedir.

Hukukumuz bakımından *Altınok Ormancı* da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklı; muacceliyetin gelmesini beklemeden ikame bir işlem tesis ederse, borçlunun öncesinde edimini yerine getirmekten kaçınmış olmasına rağmen muacceliyet ânında edimini tam ve gereği gibi sunması üzerine böyle bir ifayı kabul etmek mecburiyetinde kalma rizikosunu göze aldığını açıkça ifade etmektedir.[708] Alacaklı, böyle bir sakıncayı bertaraf edebilmek adına karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının seçimlik haklarını düzenleyen TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmüne başvurarak henüz muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçip zararının giderilmesini isteyebilecektir.[709] *Altınok Ormancı*'nın bu tespitlerinden, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kaçınmış olmasına rağmen, alacaklı muacceliyet gerçekleşene kadar aynen ifa talebinden vazgeçmedikçe borçlunun borcunu ifa edebileceğini düşündüğü ve alacaklıya ikame işlem tesis etmesinden ötürü karşılaşabileceği rizikoyu ortadan kaldırmak için muacceliyetten önce aynen ifadan vazgeçme olanağı tanınması lehinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Elbette böyle bir tespit, hemen yukarıda değindiğimiz § 323 Abs.4 BGB hükmünün lafzına ve ruhuna uygun olmakla birlikte hukukumuz bakımından pozitif bir düzenleme bulunmaması nedeniyle sadece kuramsal zemine oturtulabilmektedir. Ayrıca yazarın tespitleri, kendisinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçları hususunda borçlu temerrüdüne dair hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği ön kabulünde olduğunu da göstermektedir.

---

[708] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.209.

[709] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.209. Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki Altınok Ormancı, bu tespitte bulunarak bir yandan da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçları konusunda "kıyasen" borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen hükümlerin uygulanması gerektiği görüşünü bir ön koşul olarak benimsemiş vaziyettedir.

Hukukumuz bakımından doktrinde *Cumalıoğlu,* borçlunun ifadan imtinâya dair beyanını geri alıp alamayacağı tartışmasına başlamadan evvel, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın borçlunun ifadan kaçınmaya dair beyanı ile mi yoksa söz konusu beyanın alacaklı tarafından kabulü ile mi meydana gelmiş sayılacağı ve hüküm ve sonuçlarını doğuracağını tespit etmek gerektiğini ifade etmektedir.[710] Yazara göre sırf borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine yönelik beyanı dahi hukukî niteliği itibariyle akdin müspet ihlâli olup öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verir; fakat bu durum tek başına sözleşme ilişkisinin ortadan kalmasına yol açmaz. Dolayısıyla, kural olarak, alacaklı tarafından sözleşme ilişkisi ortadan kaldırılıncaya dek borçlunun ifadan kaçınmaya yönelik beyanını geri alabilmesi mümkündür.[711] Kaldı ki yazara göre burada borçlunun yenilik doğuran bir hak kullandığından da bahsedilemez; alacaklı borçlunun beyanına istinaden sözleşme ilişkisini ortadan kaldırırsa, işte alacaklının işbu beyanı hukukî niteliği itibariyle bir yenilik doğuran hak sayılır.[712] Borçlunun beyanı, yenilik doğuran bir beyan olsaydı geri alma hususuna belki temkinli yaklaşmak gerekebilirdi. Ancak böyle bir durum da söz konusu değildir.

Yine hukukumuz bakımından doktrinde *Göka* da yukarıdaki gerekçelerle, borçlunun ifadan imtinâya dair açıklamasını geri almaya sınırlı bir imkân tanıyan ve bu sınırın "alacaklının aynen ifa talebinden vazgeçtiği an" ölçütüyle çizen sınırlı serbestlik kuramının isabetli olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla *Göka*'ya göre alacaklının aynen ifa talebinden vazgeçmesi anına değin borçluya öncelenmiş sözleşmeye aykırılık teşkil edecek ifadan kaçınmaya matuf hareketlerini düzeltme imkânı verilmesi uygun olur.[713]

Kanaatimizce de borçlunun ifadan imtinâya dair açıklamasını geri alıp alamayacağı hususunda sınırlı serbestlik görüşünü benimsemek isabetlidir. Ancak bu

[710] **Cumalıoğlu,** s.176-177.
[711] **Cumalıoğlu,** s.177; ayrıca Anglo-Sakson hukuk sistemindeki yaklaşımlar için bkz. **DeNooyer, Dena:** "Remedying Anticipatory Repudiation -Past, Present, and Future?", SMULR 1999, vol.52, iss.4, ss.1787-1816; **Fransworth,** s.542 vd.
[712] **Cumalıoğlu,** s.177.
[713] **Göka,** s.109.

kuramın temelini alacaklının "aynen ifadan vazgeçip de tazminat istemesi" yahut "sözleşmeden dönmesi" gibi ölçütlere bağlamak, hukukumuzda buna dair bir pozitif düzenlemenin bulunmaması sebebiyle sadece kuramsal veya *"de lege ferenda"* bir anlayıştan ibaret kalmaktadır. Görülüyor ki Türk hukuk doktrinindeki yazarların öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen hükümlerin kıyas *(analogia)* metoduyla uygulanabilir olduğunu düşünmesi, onların sınırlı serbestlik kuramını benimsemesini kolaylaştırmaktadır. Zira kuramın temeline oturttukları argümanlar, TBK md.125 hükmündeki alacaklının seçimlik haklarına dair düzenlemelerle paraleldir. Oysaki TBK md.125 hükmü muacceliyetten sonraki, hatta borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinden sonraki sürece ilişkindir. Borçlunun ifadan kaçınmasını geri alıp alamayacağı yönündeki tüm tartışmalar ise, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki sürece ilişkindir. Hâl böyle olunca "konu" veya "içerik" bakımından TBK md.125 kıyasa müsait olsa dahi "zaman" bakımından elverişli bir hüküm değildir. Hukukumuz bakımından bizce de sınırlı serbestlik kuramının kabul edilmesi isabetli olsa da bunun için § 323 BGB hükmüne benzer bağımsız bir madde ihdas edilmesi yahut mevcut TBK'nın 125. maddesine *"karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklıya tanınan seçimlik hakların, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun borca aykırı davranacağının açıkça öngörülebilmesi hâlinde de kullanılabileceğine"* dair bir hüküm eklenmesi zorunludur.

2. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesi (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Objektif Görünümü" – *"objektive Erfüllungsgefährdung"*)

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın özünü teşkil eden "edimin ifasının tehlikeye düşmesi" sadece borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla edimini yerine getirmeme iradesini sergilemesiyle meydana gelmez. Başka bir deyişle borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarından kendisine "edimi ifa etmeme", hatta daha geniş bir

açıdan bakılırsa "sözleşmeyle artık bağlı kalmama" iradesi izafe edilemiyor olsa dahi ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesi mümkündür. Yukarıda detaylıca değinildiği üzere[714] Alman ve Anglo-Sakson hukuku ile CISG ve muhtelif uluslararası hukuk uyumlaştırması çalışmaları tümüyle özdeş olmamakla birlikte, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bu görünüm altında da meydana gelebileceğini benzer hükümlerle öngörmüştür.[715] Fakat bu görünüm için yabancı hukukta ve uluslararası hukuk uyumlaştırması çalışmalarında anılan örnek olayların hemen hepsi hukukumuz bakımından ifa güçsüzlüğü (TBK md.98, Art.83 OR), borçlunun sorumlu olduğu sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı (TBK md.112, Art.97 OR) yahut aşırı ifa güçlüğü (TBK md.138, § 313 BGB) gibi hükümlerin tatbik sahasına girebilecek durumdadır.[716] Bunun doğal sonucu olarak hukukumuzda "ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşürülmesi" suretiyle meydana gelen öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, sadece kısıtlı ve ayrıksı hâllerde karşılaşılabilecektir.

a. Yasal Temelleri

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin "objektif" tabir edilen bu görünümünde, ilerideki ifanın tehlikeye düşmesi, borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarından ziyade fakat, kural olarak, kendi sorumluluk sahasında gerçekleşen bazı objektif nedenlerden kaynaklanır. Alman ve Anglo-Sakson hukuku ile CISG ve muhtelif uluslararası hukuk uyumlaştırması çalışmalarında bu görünümün fark edilebilmesinin, hukukumuza nazaran daha kolay olduğu düşünülebilir; zira anılan diğer hukuk sistemleri, borca aykırılığa bir tür tek tipleştirilmiş "sözleşmeye aykırılık" ya da "yüküm ihlâli" (bkz. § 280 BGB) kavramları ile yaklaşmaktadır, diğer deyişle bunlar

[714] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Mukayeseli Hukuktaki Yeri.
[715] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV. Uluslararası Düzenlemelerde.
[716] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 8, I. Türk Hukukunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Sebebi Olarak Sonraki İfa İmkânsızlığı. Yine ayrıca bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, A, 3. İfa Güçsüzlüğü (Teminat veya Aciz) Def'i (TBK md.98, Art.83 OR).

müeyyideyi referans alan hukuk sistemleridir.[717] Dolayısıyla anılan hukuk sistemlerinde yahut hukuk uyumlaştırması çalışmalarında ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye atılması, gelecekte vuku bulacağı hemen hemen kesin biçimde anlaşılan ihlâlin ağırlığı dikkate alınarak bir müeyyideye tâbi tutulabilmekte ve çoğu zaman bu ihlâlin (borca aykırılığın) "esaslı" olması şartı aranmaktadır. Oysa Türk hukuku bakımından yasa koyucu böyle bir tercihte bulunmamıştır. Daha açık belirtmek gerekirse, hukukumuzda zaten çeşitli kez değinildiği üzere, borca aykırılık sistemi bakımından tek tip veya ortak bir "borca aykırılık kavramı" olmamakla birlikte[718] mevcut borca aykırılık hâlleri de "esaslı" ve "esaslı olmayan" biçiminde tasnif edilmemektedir. Bununla birlikte İsviçre hukuk literatüründe birden fazla borca aykırılık hâlini içeren ortak bir kavram[719] olarak akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* üst başlığı altında zikredilen ve sözleşme tarafları arasındaki güveni ciddî biçimde sarsıp taraflardan birinin akitle bağlı kalmaya devamını çekilmez hâle getiren birtakım ağır borca aykırılık hâllerini "esaslı sözleşmeye aykırılık" tabiriyle ifade eden görüşler de söz konusudur.[720] Fakat yine de hiçbir şekilde "esaslı" ve "esaslı olmayan" borca aykırılık biçimindeki bir tasnifin, hukukumuz doktrininde veya pratiğinde mevcut olduğu düşünülemez. İşte bu tespitler nedeniyle "esaslı" aykırılık ölçütü zaten uygulanamayacağından, hukukumuzda ilerideki ifanın borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarının ötesinde, objektif nedenlerle - ki bunlar borçlunun sorumluluk sahasından kaynaklanır- tehlikeye düşmesi şeklinde

[717] Bkz. *"Pflichtverletzung"* kavramı. Yine Alman hukuk sistemindeki bu duruma dair değerlendirme ve açıklamalar için bkz. **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.233 vd. Gerçekten de *"Schadensersatz wegen Pflichtverletzung"* yani "Yüküm İhlâli Nedeniyle Tazminat Ödenmesi" başlıklı § 280 BGB hükmünün birinci fıkrasında *"Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat."* denmiştir. Yani Alman hukuku, borçlunun sözleşme ilişkisinden doğan herhangi bir yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, alacaklının ortaya çıkan zararın tazminini talep edebileceğini temel düzenleme olarak kabul eder.

[718] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, V. Türk Borçlar Kanunu Açısından "Boşluk" Sorunu.

[719] **Göka,** s.110.

[720] Bu yazarlar; Schwenzer, Furrer, Müller-Chen olarak sayılabilir, bkz. **Göka,** s.111, dn.506. Yazarlar bunun için *"wesentliche Vertragsverletzung"* kavramını kullanır. Aynı şekilde bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1576 ve N.1580. Türk hukukunda "çekilmezlik" kavramı ise bilhassa olağanüstü (haklı sebeple) fesih konusunu açıklamak üzere tercih edilir, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1718; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.133 ve s.136; **Seliçi,** Sürekli Borç, s.192.

meydana gelebilecek bir borca aykırılık olup olmadığı ve buna mesnet bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.

Bu araştırma bakımından değinilebilecek bir pozitif düzenleme olarak TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) hükmünde işsahibinden kaynaklanmayan (diğer deyişle borçlu durumundaki yüklenicinin sorumluluk sahasından doğan) nedenlerle işin tamamlanmasının tüm tahminlere göre vâdeye yetişmeyeceğinin açıkça öngörülmesinin bir müeyyideye tâbi tutulması; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın, borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışları yoluyla ifa etmeme iradesini kesin biçimde sergilediği durumlar hâricinde de meydana gelebileceğine işaret etmektedir.[721] Zira TBK md.473/1 hükmü, borçlunun edimini yerine getirme yahut sözleşmeyle bağlı olma iradesini hâiz olmadığı bir hâli düzenlememektedir.[722] Yani hükümde borçlunun söz veya hareketleri tartışılmamaktadır. Hükümde, işsahibine tanınan sözleşmeden erken dönme hakkı, "işin kararlaştırılan ifa zamanına yetiştirilemeyeceğinin açıkça anlaşılabilir olmasına" bağlanmıştır ve bu yüzden hüküm bağlamındaki değerlendirmelerin konusu da borçlunun tutumuna dair değil, tümüyle objektif olup doğrudan doğruya ifaya yöneliktir.[723] Hukukumuz bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye atılması" olarak tezahür eden hâline TBK md.473/1 hükmünü pozitif bir dayanak kabul etmekte kanaatimizce sakınca görülmemektedir. Keza doktrinde ifade edildiği üzere *Rampini* ve *Koller* tarafından da TBK md.473 (Art.366 OR) hükmünün, sözleşme maksadının önemli ölçüde tehlikeye girdiği ve

[721] Keza TBK md.473/2 hükmü bakımından da aynı tespitin yapılması mümkündür.

[722] Elbette hükümde sayılan durumlar var olmasa bile borçlu henüz muacceliyet gerçekleşmeden önce edimini yerine getirmekten kesin ve haksız bir biçimde yine de kaçınmış olabilir. Hatta bilhassa TBK md.473/1 hükmünde sayılan ilk iki hipotez, somut olayın şartları uygunsa, eser sözleşmesi ve diğer sözleşmeler açısından da borçlunun hareketleriyle açık ve kesin bir ifa etmeme iradesi sergilediği manasında da yorumlanabilir. Bu hâllerde TBK md.473/1 hükmü uyarınca işin vâdeye kadar bitirilip bitirilemeyeceğinin irdelenmesine gerek kalmaz. Bkz. **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.337, dn.46; **Gümüşsoy Karakurt,** s.146.

[723] **Ürem,** s.92 vd.; **Gümüşsoy Karakurt,** s.144 vd. "Kesinlik" koşulunun sağlanıp sağlanmadığının irdelenmesinde işin niteliği gereği borçlunun tutum ve davranışları göz önüne alınır ancak yine de irdeleme konusu olan husus, "ifa"dır, bkz. **Ürem,** s.95 vd.; **Gümüşsoy Karakurt,** s.145 vd. Borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini açıkça bildirmesi durumunda da TBK md.473/1 hükmünün kıyas *(analogia)* yoluyla tatbik olunabileceği yönündeki görüş için, bkz. **Başoğlu,** s.299; **Atamer,** CISG, s.409; **Kaplan, İbrahim:** İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013, s.111.

bundan ötürü alacaklıdan sözleşmeye devam etmesinin artık beklenemeyeceği bütün durumlara bir mesnet oluşturabileceği belirtilir.[724]

b. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesinin Kapsamı ve "Kesinlik" Koşulunun Değerlendirilmesi

Yukarıda değindiğimiz üzere TBK md.473/1 hükmünün temel pozitif dayanak olarak düşünüldüğü varsayımı altında, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın objektif görünümü tabir edilen ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesi durumunda alacaklıya birtakım haklar[725] sağlanabileceği de yine doğrudan TBK md.473/1 hükmünden hareketle ifade edilebilir. Her şeyden önce belirtelim ki anılan hükme gidilebilmesi, teslimin yani geniş bir biçimde ifanın "kararlaştırılan vâdeye yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılabilmesi" şartına tâbi kılınmıştır. Bununla birlikte eser sözleşmesi hâricindeki diğer sözleşmeler bakımından ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düştüğünden söz edebilmek için yalnızca "vâdedeki ifanın tehlikeye düşmesi yeterli midir?" sorusuna doktrinde *Göka,* olumsuz cevap verir.[726]

Bilindiği üzere TBK'nın genel hükümlerinde sözleşmeden dönme ve aynen ifa talebinden vazgeçip tazminat talep etme gibi haklar, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesine dair hükümler altında ayrıca düzenlenmiştir. Ek süre (mehil) tâyinine gerek olmayan hâlleri düzenleyen TBK md.124 (Art.108 OR) hükmünde ifade edilen ayrıksı durumlar hâricinde temerrüdün genel sonucuna işaret eden TBK md.125/1 (Art.107 Abs.2 OR) hükmü bir kenara

[724] **Göka,** s.111-112.
[725] TBK md.473/1 hükmüne göre alacaklıya sadece bir sözleşmeden dönme hakkı mı tanınacağı yoksa söz konusu hükmün TBK'nın borçlunun temerrüdüne dair genel hükümleriyle tamamlanıp TBK md.125 hükmündeki tüm seçimlik haklara başvurabilme olanağı mı tanınacağı doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş; TBK md.473/1 hükmünde lafız itibariyle sadece sözleşmeden dönmeden söz edilmiş olsa dahi söz konusu hükmün TBK'nın borçlunun temerrüdüne dair genel hükümleriyle tamamlanması gerektiği yönündedir. Azınlıkta olup ilk olarak Öz tarafından ortaya atılan görüş ise, TBK md.471/1 hükmü bağlamında yalnızca bir sözleşmeden dönme hakkının mevcut olduğunu ifade etmektedir. Bu konuda bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.190 vd.
[726] **Göka,** s.112.

bırakılırsa TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmündeki aynen ifadan vazgeçip müspet zarar tazminatı isteme ve TBK md.125/3 (Art.109 OR) hükmündeki sözleşmeden dönüp menfî zarar tazminatı isteme şeklindeki seçimlik haklardan birine başvurulabilmesi amacıyla öncelikle alacaklının, mütemerrit borçluya TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmüne göre uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmesi mecburidir. Kısacası hukukumuzda anılan seçimlik haklara başvurulabilmesi adına, kural olarak, mütemerrit borçluya dahi uygun bir ek süre (mehil) tâyin edilmesi şartı aranmaktadır. Hâl böyle iken *"argumentum a contrario"* yani karşıt kavram kanıtıyla (mefhûm-ı muhâlifinden) bir yorum yapılacak olursa ulaşacağımız netice; hâlihazırda henüz dar ve teknik anlamda temerrüdün mevcut olmadığı ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düştüğü durumlarda, bu tehlike yalnızca "ifanın vâde tarihine yetiştirilememesi" ihtimalindeki gibi "vâdedeki ifaya" yönelik ise söz konusu seçimlik hakların henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce kullanılamamasıdır. Nitekim böyle bir kabul, hukukumuzdaki "aynen ifa isteminin birincil olması" prensibine de uygun düşer.[727] İşte bu nedenle ilerideki ifa tehlikesinin, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vererek, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte alacaklıya birtakım haklar sağlayabilmesi için "vâdenin ötesinde bir tehlikeye" işaret etmesi gerekir.[728] Zaten TBK md.123 hükmüne göre alacaklının seçimlik haklarına başvurabilmek adına önce borçluya uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmesi zorunlu olduğundan dolayı, ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşürülmesi; yalnızca vâdedeki ifayı tehlikeye atmakla kalmayıp, "vâdeden sonra tâyin edilecek uygun bir ek sürede (mehilde) bile ifanın çok yüksek bir olasılıkla gerçekleştiremeyeceğine" işaret ediyorsa alacaklıya öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden hareket edebilme imkânı verilmelidir. Diğer bir deyişle ilerideki objektif ifa tehlikesi tabirindeki "ilerideki"

[727] Söz konusu ilkeye dair detaylı açıklamalar için bkz. **Baş, Ece:** "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, YÜD 2013, Özel Sayı, C.8, ss.623-655, s.629 vd.
[728] **Göka,** s.113.

ibaresi sadece vâdeyi veya muacceliyet ânını değil, bunun daha da ötesinde muacceliyetin gerçekleşmesinden sonra tâyin edilecek uygun bir ek süreye (mehile) kadarki zaman dilimini ihtivâ eder. Elbette böyle kabul edilirse; artık işin niteliği gereği TBK md.124/2 (Art.108 Abs.2) hükmü uyarınca edimin yerine getirilmesi, ifa gününden sonra artık alacaklı için faydasız kalacaksa yahut TBK md.124/3 (Art.108 Abs.3) hükmü uyarınca nispî kesin vâde kararlaştırılmışsa muacceliyet tarihinde ifanın gerçekleştirilemeyeceğinin öngörülmesi yeterli sayılmalıdır.[729]

Alman hukuk sisteminde ve Viyana Satım Sözleşmesi'nde benimsendiği üzere hukukumuz bakımından da andığımız seçimlik haklara, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte başvurulabilmesi için ilerideki objektif ifa tehlikesinin vuku bulacağı kesin olmasa bile kesinliğe ziyadesiyle yaklaşan, oldukça yüksek bir olasılık olması gözetilmelidir.[730] İşte bu kesinliğe yaklaşan yüksek olasılığı gözetecek olan hâkim, objektif biçimde araştırmalarda bulunup alacaklı yerine konabilecek dürüst ve mâkul üçüncü bir kimsenin somut olaydaki bilgi ve değerlendirmelerine, yani beklentilerine göre çıkarımda bulunmalıdır.[731] Nitekim Alman ve İngiliz hukuk sistemlerindeki kabulde buna paralel biçimde hâkim, alacaklının henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte aynen ifa talebinden vazgeçmesinde yahut sözleşmeden dönme hakkını kullanmasında haklı olup olmadığını saptarken, ilgili hakkın kullanıldığı hâl ve şartlarda, alacaklının "ilerideki objektif ifa tehlikesinin vuku bulacağının hayli yüksek bir olasılık" olduğunu -dürüst, mâkul ve objektif bir üçüncü kişi paradigmasıyla- varsayıp varsayamayacağını ortaya koymalıdır.[732] Bunun tabiî sonucu olarak alacaklının bu hususdaki alelâde kuşkuları yahut takıntılı, vehimli olması gibi sırf insanî özellikleri sebebiyle çok yüksek bir

[729] **Göka,** s.113.
[730] **Schlechtriem/Butler,** N.270; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.14-15; **Huber/Mullis,** s345; **Wiedt,** s.131; **Eiselen,** UNIDROIT, s.209 (g) para.
[731] **Atamer,** CISG, s.410; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.15.
[732] **Liu,** Anticipatory Breach, s.91; **Weidt,** s.130-131; **Göka,** s.114.

olasılıkla edimin yerine getirilmeyeceğini zannetmesine dayanıp da henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce anılan seçimlik haklara başvurmasına izin verilemez. Objektif ifa tehlikesinin ileride ortaya çıkıp çıkmama olasılığının değerlendirilmesinde sadece somut olaydaki piyasada iş ve işlemler yürüten, piyasa şartlarında ortalama başarıyı yakalamış dürüst bir borçlu değil, somut olaydaki borçlunun olanakları ve şimdiye kadar olan ifaya yönelik hareketleri de dikkate alınmalıdır.[733] Bu tespiti somutlaştırmak adına bir örnek olarak mesafeli satım sözleşmesine konu malların taşındığı bir konteyner gemisi, onarılması hayli vakit alacak bir biçimde ârızalansa bile hâlen satıcının muacceliyetin gerçekleşmesinden sonra alıcı tarafından tâyin edilecek bir uygun ek süre (mehil) zarfında sözleşme konusu malları bir başka konteyner gemisine aktarıp yine de teslimatı gerçekleştirme imkânı mevcutsa artık ilerideki objektif ifa tehlikesinin kesine yakın bir olasılık arz ettiği düşünülemez.[734] Ancak bu örnekte, ârızalanan konteyner gemisindeki malların teknik olanaksızlıklar veya deniz muhâlefeti sebebiyle bir başka gemiye aktarılması suretiyle yola devam edilmesi olanaklı görünmüyorsa, artık ilerideki objektif ifa tehlikesinin kesine yakın bir olasılık arz ettiği söylenebilir.

Şimdiye değin aslında "borca aykırılık" kavramından söz edilince akla ilk gelen ihtimal olan borcun "hiç ifa edilmemesi" hareketi merkeze alınarak açıklamalar yapılmıştır. Yani ilerideki objektif ifa tehlikesinin, edimin hiç yahut muacceliyetin gerçekleşmesinden sonra tâyin edilecek uygun bir ek süre (mehil) zarfında bile yerine getirilemeyeceğine dair kesinliğe yaklaşan yüksek olasılık değerlendirilmiştir. Oysa doktrinde *Göka*'nın isabetle tespit ettiği üzere, ilerideki objektif ifa tehlikesinin, edimin hiç yahut muacceliyetin gerçekleşmesinden sonra tâyin edilecek uygun bir ek süre (mehil) zarfında bile yerine getirilemeyeceğine dair değil de yalnızca "gereği gibi yerine getirmemeye" dair olması da mümkündür. Yazara göre aslında TBK md.473/2 (Art.366

[733] TBK md.473/1 hükmüne dair bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.145; **Ürem,** s.95 vd.
[734] **Göka,** s.114.

Abs.2 OR) hükmünde düzenlenen ilerideki ifanın "ayıplı olacağının" açıkça öngörülmesi nedeniyle alacaklıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte birtakım hakların verilmiş olması da bunun kanıtıdır.[735] Keza 1904 yılındaki bir davada Alman İmparatorluk Mahkemesi, art arda teslimli satım sözleşmesinde ilerideki teslimatların (ifaların) ayıplı olacağının açıkça anlaşılabilir olması dolayısıyla alacaklıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte hemen § 326 BGB a.F. hükmüne[736] dayanabilme hakkı tanımıştır.[737] İşte görülüyor ki Alman İmparatorluk Mahkemesi bu kararıyla ilerideki objektif ifa tehlikesinin edimin hiç değil de "gereği gibi" yerine getirilememesi hipotezine ilişkin olarak da ortaya çıkabileceğini kabul etmiştir. Yine ileride daha detaylı incelendiği üzere[738] CISG md.73/2 hükmüne göre *"taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir."* Başka bir deyişle anılan CISG hükmünde de art arda teslimli sözleşmelerde bir ya da daha çok teslimatta ortaya çıkan, esaslı olup olmaması önemli olmayan sözleşmeye aykırılıklardan (ayıplı ifalardan) ilerideki teslimatların sözleşmenin esaslı ihlâline *(fundamental breach of contract)* sebebiyet vereceği haklı sebeplerle (*good reasons*) anlaşılabiliyorsa alacaklı sözleşmeyi "ileriye yönelik *(ex nunc)* olarak" feshedebilmektedir.[739] Ancak hukukumuzda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi daha ziyade edimin "hiç yerine getirilmemesi" hipoteziyle ilişkilendirildiğinden dolayı edimin "gereği gibi" yerine getirilmeyeceğinin açıkça

[735] **Göka,** s.114.
[736] § 326 BGB a.F. hükmü, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde *(Gegenseitiger Vertrag)* borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde alacaklının sahip olduğu seçimlik hakları, TBK md.125 hükmüne az çok benzer biçimde düzenlemiştir.
[737] ReG 23.02.1904 - II 298/03: RGZ 57, s.113 (www.juris.de, E.T.22.01.2025)
[738] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV. Gelecekteki Teslimatlara İlişkin Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması (CISG md.73/2).
[739] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.20 vd. Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV. Gelecekteki Teslimatlara İlişkin Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması (CISG md.73/2).

anlaşılabilmesi durumunda ne olacağı hakkında bir düşünce ortaya atılmamıştır.[740] Sadece "gereği gibi ifa etmeme" hâlinde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olabileceğine dair doktrinde *İnceoğlu* kiraya verenin kira konusu şeyi henüz teslim etmeden önce bunun kiracı tarafından özensiz biçimde kullanılacağını açıkça anlamasını öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli olarak değerlendirmiştir.[741] *Göka* ise, "gereği gibi ifa etmeme" ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı bir arada incelemek hususunda TBK md.473/2 hükmüne işaret ederek en azından müeyyide[742] açısından *"borcun hiç ifa edilmeyeceğinin açıkça belli olmasıyla birebir aynı sonuçlara ulaşılacağını"* söylemenin isabetli olmayacağını belirtmiştir.[743]

Kanaatimizce TBK md.473 (Art.366 OR) hükmünün birinci ve ikinci fıkralarında işsahibine (alacaklıya) farklı hakların tanınmış olması, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın edimin "hiç ifa edilmemesi" yahut "gereği gibi ifa edilmemesi" biçiminde ortaya çıkması bakımından bir farklılık yaratılmasını haklı kılmaz. Zira TBK md.473 hükmü, olsa olsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik bir örneğinden ibaret olup bütün bir müesseseyi açıklamaya yetmez. Ayrıca TBK md.473 hükmüne işaret eden görüşlerin karşısına CISG md.72/3 hükmü konulduğunda anlaşılacaktır ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "hiç ifa etmeme" yahut "gereği gibi ifa etmeme" biçiminde ortaya çıkması hâlinde her bir hukuk sistemi farklı müeyyideler öngörebilmekte, eş deyişle alacaklıya farklı seçimlik haklar sunabilmektedir. Zira bu durum, gayet tabiî olup sadece bir hukuk politikasından veya ekonomik sistem tercihinden kaynaklanır. Nitekim TBK md.473/2 hükmündeki *"...eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa..."* hipotezi tam anlamıyla bir "gereği gibi ifa etmeme"dir. Hükmün

[740] **Göka,** s.115.
[741] **İnceoğlu,** Kira Hukuku, s.416 vd. İnceoğlu; kiraya verene, sözleşmeden dönme hakkı tanınmasının gerekliliğine dikkat çekmiştir.
[742] Yazar, buradaki müeyyide tabiri ile esasen alacaklının başvurabileceği hakları kastetmektedir.
[743] **Göka,** s.115.

devamında bu durumda alacaklıya ayıbın giderilmesini isteme yahut ayıbı üçüncü kişiye gidertme veya işin devamını tümüyle bir üçüncü kişiye bıraktırma hakları tanınmıştır. Oysa yine "gereği gibi ifa etmeme" hipotezini düzenleyen CISG md.73/2 hükmünde, hemen yukarıda değindiğimiz üzere, ardışık ayıplı ifalar sonucunda artık alacaklının sözleşmeyi ileriye etkili *(ex nunc)* biçimde feshedebileceği öngörülmüştür. İşte her iki hükümde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, "gereği gibi ifa etmeme" hâlinden meydana gelmekte ama norm koyucuların farklı politik veya ekonomik tercihlerinden dolayı tamamen farklı müeyyidelere bağlanmakta, yani alacaklıya farklı haklar tanınmaktadır. Nihayetinde kanaatimizce ulaşılan sonuç şudur ki doktrinde her ne kadar öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, "hiç ifa etmeme" hipoteziyle ilişkilendirilmiş olsa da bu durum "gereği gibi ifa etmeme"nin ilerideki edimin objektif biçimde tehlikeye atılmasına yol açamayacağı veya açsa bile bunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sayılmayacağı şeklinde yorumlanamaz. *İnceoğlu'*nun kira ile ilgili verdiği örnek oldukça bunu ortaya koyar mahiyettedir.

c. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesinin Borçlunun Sorumluluk Sahasına Giren Bir Sebepten İleri Gelmesi

İlerideki objektif ifa tehlikesinin açıkça anlaşılabildiği hâllerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edebilmek için buna, kural olarak, borçlunun sorumluluk (riziko) sahasına giren birtakım vâkıaların yol açması gerekmektedir. Örneğin hemen yukarıda verdiğimiz mesafeli satım sözleşmesinde konteyner gemisiyle alıcıya bir mal gönderecek satıcının özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi neticesinde geminin ârızalanıp yolda kalmasıyla vuku bulan ilerideki ifa tehlikesi böyledir. Zira mal tedarikini deniz yoluyla üstlenen bir satıcı, meydana gelebilecek riskleri göze almıştır, daha doğrusu bu riskler artık onun sorumluluk sahasında vuku bulur. İlerideki objektif ifa tehlikesi kesinlikle alacaklının sorumluluk sahasındaki birtakım vâkıalardan ileri

gelmemelidir.[744] Örneğin ilerideki ifanın artık objektif biçimde tehlikeye düştüğü alacaklı tarafından öngörülmesine rağmen bunun sebebi, esasen alacaklının ifayı kabule yönelik gerekli hazırlık hareketlerine yanaşmaması yahut ifanın gerçekleşebilmesi için borçluyla iş birliği yapma yükümlülüğüne aykırı davranmasıysa elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu düşünülemez.[745]

Bunlar hâricinde taraflardan hiçbirinin yani gerek alacaklının gerek de borçlunun sorumluluk (riziko) sahasına girmeyen teknik anlamda kaza (beklenmedik hâl)[746] ve mücbir sebep *(höhere Gewalt)*[747] gibi durumlarda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gündeme gelip gelmeyeceği ihtilâfa müsait bir konudur. Keza aynı yönde bir ihtilâf; TBK md.473/1 hükmüne göre işin taraflarca kararlaştırılan ifa zamanına yetiştirilemeyeceğinin açıkça anlaşılmasına sebebiyet veren gecikmenin bir mücbir sebepten yahut beklenmedik hâlden ileri gelmesinde işsahibinin (alacaklının) sözleşmeden dönme hakkına başvurup başvuramayacağı hususunda gündeme gelmiştir. Doktrindeki görüşlerden biri, yüklenicinin sorumluluk sahasına girmeyen sözgelimi bundan bağımsız biçimde meydana gelen hâllerde yüklenici herhangi bir yükümlülüğe aykırı davranmış sayılamayacağından ötürü, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte TBK md.473/1 hükmünde işsahibine sunulan sözleşmeden dönme hakkına başvurulamayacağını ve hatta sözleşme süresinin kendiliğinden uzaması gerektiğini ifade eder.[748] Doktrindeki diğer görüş ise işsahibinin sorumluluk sahası

---

[744] TBK md.473/1 hükmünde öngörülen ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması olgusu hakkında yapılan açıklamalar aynen bu hâlde de geçerlidir, bkz. **Kurt, Leyla Müjde:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, 1.B, Ankara 2012, s.104 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.52-53; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.81-82; **Ürem,** s.119 vd.; **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.353; **Kaplan,** s.97-98; **Öz,** İnşaat, s.130.

[745] **Kurt,** Eser, s.157; **Eren,** Borçlar Genel, N.3167 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 12 N.1; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 12 N.1.

[746] "Beklenmedik hâl (kaza)" kavramına dair bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.1000 vd.

[747] "Mücbir sebep *(höhere Gewalt)*" kavramına dair bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 15 N.4; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 15 N.4; **Eren,** Borçlar Genel, N.1730 vd.

[748] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.52, dn.23 ve s.154, dn.4a ve s.172, dn.94; **Öz,** İnşaat, s.129; **Kaplan,** s.98; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.3; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.3; Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur. Bir karara göre: *"Davada akdin feshedildiği bildirilmiş ise de, taleplerin ifaya yönelik olması nedeniyle davacıların amacının akdin ifası yönünde*

hâricinde vuku bulan her tür beklenmedik hâl (umulmayan hâl, kaza) ve mücbir sebeplere yüklenicinin katlanması gerektiğini, bu hâllerde yüklenicinin TBK md.480/2 (Art.373 Abs.2 OR) hükmüne istinaden hâkimden sözleşme süresinin uzatılmasını isteyemeyeceğini ve işsahibinin de TBK md.473/1 hükmüyle kendisine sunulan sözleşmeden dönme hakkına başvurabileceğini belirtir.[749] Hatta doktrindeki bir başka görüş ise eser sözleşmesi bakımından aşırı ifa güçlüğü müessesesinin özel bir yansıması sayabileceğimiz TBK md.480/2 hükmüne dâhil durumlarda yüklenicinin hâkimden sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayıp mâkul bir süre uzatımına karar vermesini isteyebileceğini savunur.[750] Fakat elbette son görüşe göre anılan hükme dâhil sayılamayacak ve işsahibinin sorumluluk sahasında da vuku bulmayan olayların sebebiyet verdiği gecikmelerde TBK md.480/2 hükmüne istinaden süre uzatımı talep edilememelidir.[751]

Doktrinde isabetle ifade edildiği üzere "kusur"un borca aykırılık hâllerindeki fonksiyonu esasen yalnızca tazminat sorumluluğu bakımından önemli ve bununla sınırlıdır.[752] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ve bunun tazminat hâricindeki diğer neticeleri de borçlunun kusurundan, sözgelimi sübjektif borca aykırılıktan bağımsız şekilde ortaya çıkar.[753] Bu durum yadsınmamalıdır da zira en yaygın borca aykırılık hâllerinden biri olan borçlu temerrüdü de bazı sonuçları hâricinde borçlunun

---

gerçekleştiğinin kabulü zorunludur. Sözleşmelerine göre ruhsat alımından itibaren 12 ay içinde inşaatın teslimi gerekmektedir. Temel üstü ruhsat 15.9.2000'de alınmış ve mahkemece bu tarihten itibaren 12 ay içinde eserin teslim edildiği görüşüyle gecikme alacağı istemi reddedilmiştir. Oysa ruhsatın sözleşmeden yaklaşık 1, 5 yıl sonra alındığı görülmektedir. Ruhsat alımı için yüklenici tarafından zamanında müracaat edilmesine rağmen idari mercilerden kaynaklanan sebeplerle ruhsat alımı gecikmiş ise bu takdirde yüklenicinin gecikmeden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir…" **[Yargıtay 15.HD, E.2005/2830, K.2005/3054, T.17.05.2005,** www.legalbank.net].

[749] Yazarın (Ürem) da katıldığı söz konusu görüş için bkz. **Ürem,** s.134 vd.

[750] **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.129 vd.; **Kurt,** Eser, s.171. İşbu üçüncü görüşün sözünü ettiği TBK md.480/2 hükmü şöyledir: *"Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir."*

[751] **Kurt,** Eser, s.147 vd. ve s.171.

[752] **Atamer,** İfa Engelleri, s.325.

[753] **Göka,** s.117. Ayrıca doktrinde Serozan'a göre; TBK md.473/1 hükmüyle ilişkili olarak *"Dikkat edilirse, bu kurallarda borçlunun kusuru bağıtı çözme hakkının ön koşulu olarak öngörülmüş değildir."* bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9.

kusurundan bağımsız olarak gerçekleşir. Yani temerrüdün gerçekleşmesi için aranmayan kusur, sadece bazı sonuçlarının gündeme gelebilmesi bakımından aranır.[754] Kaldı ki doktrinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa kıyasen borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanabileceğini savunan görüşün[755] bulunduğu da göz önüne alınırsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik görünümlerinde kusur, önemsizdir. Görüşler böyle olmakla beraber ifade etmek gerekir ki henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ilerideki ifayı açıkça tehlikeye atacak derecede ciddî olan, borçlunun sorumluluk (riziko) sahasına dâhil olmayan ve ayrıca TBK md.138 (§ 313 BGB) hükmüne de girmeyecek bir olay, çok az gündeme gelebilir. Kâğıt üzerinde tarif ettiğimiz şekilde bir ifa tehlikesi, objektif biçimde borca aykırılık teşkil ettiği ve ayrıca özel bir hükümle öngörülmediği müddetçe henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilir ve daha sonra değinilecek görüşlerden[756] birine istinaden "tazminatsız şekilde sözleşmeden dönme hakkı" sağlar. Bunun aksi yorumundan şu tespite varmak mümkündür: Diğer bütün hâllerde kanundaki adıyla "aşırı ifa güçlüğü" yahut doktrindeki adıyla "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelmiş olacağından sözleşmenin uyarlanmasında TBK md.138 hükmü[757] tatbik edilmelidir. Nihayetinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık

---

[754] **von Tuhr,** s.612; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.908; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.480; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.912; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.919; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.664; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1533-1534; **İnan/Yücel,** s.620; **Feyzioğlu,** s.241; **Akıntürk/Ateş,** s.131; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4580; **Eren,** Borçlar Genel, N.3431; **Nomer;** N.186.20; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.337; **Saymen/Elbir,** s.740; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.33; **Reisoğlu,** s.370; **Ayan,** Borçlar Genel, s.467; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.329; **Aral,** Kötü İfa, s.73; **Aybay,** s.147; **Yıldız,** s.76-77; **Ozanemre Yayla,** s.459; **Yıldırım,** s.280; **Hatemi/Gökyayla,** s.278.

[755] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 6, V. Borçlu Temerrüdü Hükümlerine Dair Görüş.

[756] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 6. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hukukî Niteliği. Daha şimdiden ifade etmek gerekir ki ifa imkânsızlığı görüşüne göre, işin tabiatı gereği, tazminatsız bir dönme hakkı sonucu doğmamalıdır. Bu hâlde bir ihtimal olarak, borçlunun sorumlu sayılamayacağı sonraki ifa imkânsızlığından söz etmek mümkündür.

[757] Sözleşmenin uyarlanması hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Baysal, Başak:** Sözleşmenin Uyarlanması, 4.B, İstanbul 2020, s.223-357; **Gümüş, Mustafa Alper:** Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m.138), 1.B, Ankara 2022, s.79 vd.; **İnal,** s.530 vd.; **Kurt,** İmkânsızlık, s.51 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.146 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.885 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.1495 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1819 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.208 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.347; **Nomer,** s.401 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.195 vd.; **Tümerdem,** s.75; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.368. TBK md.138 hükmünde "Aşırı İfa Güçlüğü" olarak ifade edilen müessese, Alman Hukukunda "işlem temelinin çökmesi" olarak düzenlenmiştir. İşlem temelinin çökmesi hakkında şöyle bir açıklama yapılır: Sözleşmenin temelini teşkil

müessesesinin "ilerideki objektif ifa tehlikesi" görünümünde meydana geldiği tüm hâllere, kural olarak, borçlunun sorumluluk (riziko) sahasındaki birtakım vâkıalar sebebiyet verecektir.[758]

d. İfa İmkânsızlığının Bulunmaması Koşulu

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin bir görünümü olan "ilerideki objektif ifa tehlikesi"nin meydana geldiğinden söz edebilmek için hâlihazırda objektif (dar ve teknik anlamda) imkânsızlık yahut sübjektif imkânsızlık hâli mevcut olmamalıdır.[759] Bilhassa edimin muacceliyet anına kadar yahut bundan sonra tâyin edilecek uygun bir ek süre (mehil) zarfında yerine getirilemeyeceğinin açık biçimde öngörülebildiği hâllerde, "edimin ifa vaktine yetiştirilememesi" kavramı ile "ifanın sürekli ve kalıcı biçimde (objektif) imkânsızlaşması" kavramı arasında ayrım yapmak

---

eden vâkıalar, daha sonradan esaslı olarak değişmişse ve taraflar söz konusu vâkıaları önceden görebilselerdi sözleşmeyi hiç veya mevcut hâliyle kurmayacaklardı ise taraflardan biri için akdî ve kanunî risk paylaşımı anlayışı ve diğer hususlar dikkate alındığında sözleşmenin ilk hâliyle bağlı kalmak artık katlanılmaz duruma geldiyse uyarlama talep edilebilir. Türk hukukunda "akdî ve kanunî risk paylaşımı" yasal olarak öngörülmüş değildir. Kanunî risk paylaşımında para alacaklısı enflasyon riskini, para borçlusu ise parayı bulamama riskini taşır. Aynı şekilde edim alacaklısı edimden yararlanma riskini, edim borçlusu ise edimi tedarik riskini taşır. Akdî risk paylaşımı, her bir özel sözleşme türündeki edimlerin niteliğine göre belirlenir. Bu konudaki detaylı açıklamalar için, bkz. **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.245-246; **Kurt,** İmkânsızlık, s.51 vd.; **İnal,** s.582 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.886- 887. Bu konudaki Yargıtay kararlarına göre ise: *"...Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk, sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (TMK mad. 1). Bu yönteme o sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir. Uyarlama daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur."* **[Yargıtay 3.HD, E.2017/6433, K.2017/10426, T.19.06.2017,** www.legalbank.net]. Aşırı ifa güçlüğü müessesesi âni bir aslî edim yükümlülüğü içeren kısa süreli borç ilişkilerinden ziyade edimin yerine getirilmesinin bir sürece yayıldığı, edimin birden çok kez yerine getirilerek alacaklının hukukî tatmininin sağlandığı hâller olan süreklilik niteliğini hâiz borç ilişkilerinde sıklıkla görülebilmektedir. Örneğin kira ve hizmet sözleşmelerinde durum böyledir. Uzun süreliğine sabit fiyatla mal teslimi borcu altına giren satıcı, aynı şartlarla toplu konut yapımını taahhüt eden yüklenici, dört yıllığına kira akdi kuran ve kira bedelini değiştirmemeyi taahhüt eden kiraya veren, enflasyon sebebiyle ciddî anlamda zarar etmeye başladığında aşırı ifa güçlüğü müessesesinin uygulanması gündeme gelebilir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s.551-552. Elbette uyarlama talepleri âni edimli sözleşmelerde de (daha ender olarak) mümkündür, örneğin tek seferlik bir malın ithâl edileceği ülke ile satıcının bulunduğu ülkenin savaşa girmesi hâli, bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.146. Doktrinde Baysal, uyarlamayı talep etme hakkının tek taraflı ve varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanılabileceğini, bu hakkın dava yoluyla kullanılmasının gerekli olmadığını ifade etmektedir, bkz. **Baysal,** Uyarlama, s.395-396. Değişik görüşler için bkz. **Gümüş,** Uyarlanma, s.467 vd. M. A. Gümüş, uyarlamanın yenilik doğuran bir dava ile talep edilmesi gerektiği fikrindedir, bkz. **Gümüş,** Borçlar Genel, s.902 vd.

[758] **Göka,** s.117.

[759] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1563, dn.1809. Söz konusu yazarların işaret edilen dipnottaki görüşleri eleştiriye açıktır, keza bu konudaki eleştiriler için bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 6, VII. Görüşlerin Değerlendirilmesi.

önem arz eder.[760] İlk durumda imkânsızlıktan söz edilmemelidir. Aksinin kabulü hâlinde TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) hükmünde öngörülen durum, ifa imkânsızlığının özel bir görünümünden ibaret olurdu. Oysa TBK md.473/1 hükmü ifa imkânsızlığı ile değil, olsa olsa borçlu temerrüdü ile ilişkilendirilebilecek bir müesseseye işaret eder.

e. Mukayeseli Hukuktaki Durum

Gerek Alman hukukunda gerekse de İngiliz hukukunda alacaklıya sözleşmeyi henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirme hakkı tanıyan husus; yalnızca sübjektif olgular, yani kesin bir ifadan imtinâ davranışı değil, aynı zamanda borçlunun davranışlarından bağımsız surette vuku bulan birtakım objektif vâkıalar nedeniyle ilerideki ifanın sözleşmeye uygun şekilde gerçekleşmeyeceği yönünde endişelerin bulunmasıdır. Alman hukuku, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "objektif görünümünü *(objektive Erfüllungsgefährdung)*", pozitif olarak, § 323 Abs.4 BGB hükmünde[761] yer alan "açıkça *(offensichtlich)* öngörülebilir düzeyde belli olma" kriteri içine dâhil etmiş vaziyettedir. Nitekim aynı yaklaşım ileride inceleneceği üzere CISG md.72/1 hükmünde;[762] daha önce incelendiği üzere Art.9:304 PECL[763] ve Art.7.3.3 PICC[764] hükümlerinde de görülmektedir. İngiliz hukukunda ise bu durum kısmen hayal kırıklığı *(frustration)* doktrini kısmen de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık

---

[760] *"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.",* bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.148.

[761] § 323 Abs.4 BGB hükmüne göre: *"Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden."* İşbu hükümde alacaklının, sözleşmeden dönme hakkının koşullarının gerçekleşeceğinin açıkça öngörülebilmesi hâlinde, muacceliyeti beklemeksizin sözleşmeden dönebileceği ifade edilir.

[762] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, III. Gelecekteki Esaslı İhlâl Nedeniyle Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı (CISG md.72/1).

[763] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV, B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri *(PECL: Principles of European Contract Law).*

[764] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV. D. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016).*

(anticipatory breach) doktrini içinde yer alan ve *"self-disablement"* olarak tabir edilen unsur aracılığıyla çözümlenmektedir.[765]

aa. Alman Hukukunda

§ 323 Abs.4 BGB hükmü, sözleşmeden dönme hakkına başvurma koşullarının ileride gerçekleşeceğinin "açıkça *(offensichtlich)* öngörülebilir düzeyde belli olma" kriterini esas alarak, vâde tarihinde ciddî bir sözleşme ihlâlinin meydana gelip gelmeyeceğine ilişkin bir öngörüde bulunulmasını gerekli kılmıştır. Bu bağlamda objektif ifa tehlikesine ilişkin unsur bakımından bu öngörünün hangi derecede olması gerektiği meselesi ihtilâflıdır. Alman hukukunda 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni yasa bağlamında (Borçlar Hukuku Reform Yasası, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) § 323 Abs.4 BGB hükmünün yeni gerekçesi oluşturulmuştur. Bu gerekçeye göre yeni düzenleme netice itibariyle CISG md.72/1 hükmüne karşılık olarak ihdas edilmiştir. Nitekim bu hüküm, önemli bir ifa etmeme tehlikesinin açıkça mevcut olması hâlinde alacaklıya sözleşmeden vâde gelmeden evvel dönme hakkı tanımaktadır. CISG md.72/1 hükmü açısından genel geçer kabul edilen görüşe göre CISG md.71/1 hükmüne göre alacaklının kendi edimini askıya almasına *(suspension)* imkân veren basit bir "fark edilebilirlik" düzeyi, sözleşmenin vâde gelmeden evvel sona erdirilmesi gibi çok daha ağır bir müeyyide için yeterli değildir. Bu nedenle CISG md.72/1 (ve hâliyle § 323 Abs.4 BGB) hükmü için çok daha yüksek bir öngörü eşiği aranmaktadır.[766]

Önemli bir sözleşme ihlâlinin meydana gelme ihtimali hem Viyana Satım Sözleşmesi hem de § 323 Abs.4 BGB hükmü bakımından somut olayın tüm hâl ve şartlarının objektif olarak değerlendirilmesiyle ve alacaklının bulunduğu konuma koyabileceğimiz mâkul bir üçüncü kişinin "olaydan önceye dair" *(ex ante)*

[765] Detaylı açıklamalar için bkz. **Weidt,** s.130.
[766] **Weidt,** s.130.

perspektifiyle belirlenmelidir. Dolayısıyla ifa gerçekleşmeden önce önemli bir sözleşme ihlâlinin meydana geleceğinin mutlak bir kesinlikle ortaya konması gerekmez. Bununla birlikte öngörünün ulaşması gereken ihtimal derecesi de ihtilâflı bir meseledir: Doktrindeki bazı görüşler, önemli bir sözleşme ihlâlinin gerçekleşmesinin neredeyse kesin sayılabilecek bir olasılıkla beklenmesi gerektiği fikrindedir. Buna karşılık doktrindeki diğer görüşler ve yargısal kararlar, bu eşiğin fazla yüksek olduğundan bahisle eleştiriler yöneltmektedir. Anılan karşı görüşe göre önemli bir sözleşme ihlâlinin meydana geleceği hususundaki öngörü için "herkes için ikna edici nitelikte olan ve çok yüksek derecede, yakın bir olasılık" yeterli sayılmalıdır.[767]

Önemli bir husus olarak ifade edilmelidir ki gerek Viyana Satım Sözleşmesi gerekse de Alman hukuku bakımından sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce sona erdirilebilmesi [öncelenmiş (erken) dönme hakkı] için ifa tehlikesinin sözleşmeye göre hangi tarafın sorumluluk sahasında kalan bir rizikodan kaynaklandığı belirleyici değildir. Bu husus, sadece tazminat talebinin ileri sürülmesi bakımından önem arz edecektir.[768]

bb. İngiliz Hukukunda

İleride ortaya çıkacak bir ifa engeli ne taraflardan birinin ne de diğerinin akdî riziko sahasına giriyorsa, İngiliz hukukunda bu durum, hayal kırıklığı *(frustration)* doktrini çerçevesinde sözleşmeden doğan yükümlülüklerin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden (genellikle vâdenin gelmesinden) önce ve kendiliğinden sona ermesi gerekliliğini gündeme getirir. Buna mukabil söz konusu ifa engeli, taraflardan birinin sözleşmeye göre sorumlu olduğu riziko sahasına giriyorsa diğer tarafın sözleşmeyi henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden (genellikle vâdenin gelmesinden) önce sona

[767] **Weidt,** s.131.
[768] **Weidt,** s.131.

erdirme hakkı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık *(anticipatory breach)* doktrini içinde yer alan ve *"self-disablement"* olarak tabir edilen unsur bağlamında değerlendirilir.[769]

i. Hayal Kırıklığı *(Frustration)* Doktrini

Hayal kırıklığı *(frustration)* doktrininin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden (genellikle vâdenin gelmesinden) önce ve kendiliğinden sözleşmeden yani ifa yükümlülüğünden kurtulmak için aradığı şartları, yapısal olarak, § 323 Abs.4 BGB ve CISG md.72/1 hükümleri bağlamında aranan şartlara benzemektedir. İfa zamanı gelmeden önce ortaya çıkan bir engelin sözleşmenin maksadını ortadan kaldıracak kadar uzun süre devam edip etmeyeceği belirsizse yani kestirilemiyorsa, taraflardan birinin kesin bir açıklık oluşuncaya kadar beklemesi gerekmez. Bunun yerine tarafların, gelecekteki gelişmelere ilişkin bir öngörüye dayanarak kendi edim yükümlülüklerinden kurtulmuş farz edilebilmeleri mümkündür. Burada da kriter, mâkul ve ihtiyatlı bir sözleşme taraflarının değerlendirmesine göre sözleşmenin maksadının ortadan kalkmasının, mâkul bir üçüncü kişinin "olaydan önceye dair" *(ex ante)* perspektifinden beklenebilir olmasıdır.

Adını aynı adlı karardan alan *"Embiricos"* prensibi, *Scrutton J.* tarafından şu sözlerle ifade edilmiştir: *"...ticaretle uğraşan kişilerden, sözleşmeyle bağlı olup olmadıklarını ancak uzun bir gecikmenin sonunda fiilen ne olacağını görerek anlamaları için beklemeleri istenmemelidir. Karar vermeleri gereken anda, mâkul ticarî olasılıklara dayanarak hareket edebilmelidirler."*[770]

Bu nedenle *"anticipatory breach"* terminolojisine benzer biçimde, bu durum için âdeta *"anticipatory frustration"* terimi yani henüz muacceliyetin

[769] **Weidt,** s.132.
[770] *"Embiricos v. Sydney Reid & Co."* [1914] 3 KB 45, nak.: **Weidt,** s.132, dn.74.

gerçekleşmesinden (genellikle vâdenin gelmesinden) önce sözleşme maksadının ortadan kalkması ifadesi kullanılabilir.[771]

ii. Açıkça Görülen İfa İmkânsızlığı

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık *(anticipatory breach)* doktrininin genellikle *"self-disablement"* veya *"self-created impossibility"* olarak adlandırılan unsurunda ise şu durumlar ele alınır: Borçlu, esaslı bir sözleşme ihlâli teşkil etmeksizin edimini yerine getiremeyecek durumda olduğunu açıkça ortaya koymuşsa ve bu yetersizlik kendi akdî riziko sahasına giriyorsa, söz konusu unsur gerçekleşmiş sayılır. *"Self"* kelimesi modern hukukta esasen yalnızca terminolojik bir ayrım yapılması maksadıyla kullanılmaktadır. Bu kelime, sözleşme maksadının ortadan kalması *(frustration)* doktrini kapsamına giren ve borçlunun riziko sahasına dâhil olmayan durumlarla ayrım yapmak için kullanılmaktadır. Bununla birlikte ileride ortaya çıkabilecek bir ifa engelinin ne ölçüde açık ve belirgin olması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.[772]

(1). Kanıtlanmış Yetersizlik *(Proved Inability)*: Ex Post Bakış Açısından Fiilî İfa Edememe

Devlin J. modern hukuka ilişkin temel kararında bu unsur hakkında bir yan değerlendirme *(obiter dictum)* yaparak şu tespitlerde bulunmuştur: *"...sözleşmenin ihlâl edilip edilmediğine ilişkin meseleler Embiricos v. Sydney Reid & Co. kararında ortaya konulan prensibe -frustration- göre belirlenemez... Vâde öncesi sözleşme ihlâli muhakkak fiilen kanıtlanmalıdır, varsayıma dayanılamaz."*[773] Buna göre alacaklının, sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirildiği

[771] **Weidt,** s.132.
[772] **Weidt,** s.132-133.
[773] *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati"*, Queen's Bench 1957, 2 Q.B. 401, 449, nak.: **Weidt,** s.133, dn.77-78.

ânda mevcut şartlara göre borçlunun ifayı gerçekleştiremeyeceğini mâkul biçimde düşünmesi tek başına yeterli değildir. Bunun yerine, kapsamlı bir "olaydan sonrasına dair" *(ex post)* değerlendirme neticesinde borçlunun esaslı bir sözleşme ihlâli gerçekleştirmeksizin edimini yerine getirmesinin gerçekte mümkün olmadığının ortaya konulması gerekir. İşte bu durum doktrinde "kanıtlanmış yetersizlik *(proved inability)*" olarak adlandırılmaktadır. Hatta doktrinde *Treitel,* bu yaklaşımı şu cümleyle açıklamaktadır: *"yetersizlik, fiilen gerçekleşmiş olmalıdır."*[774]

Alacaklı bu durumda, sonradan elde edilen bilgiler sayesinde, sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirilmesini haklı gösterebilir. Buna mukabil daha sonra ortaya çıkan yeni bilgiler, sözleşmenin vâde öncesinde sonra erdirilmesinin haksız olduğunu da gösterebilir. Hatta bu hâlde alacaklı, bizzat kendisinin vâdeden önce ifadan imtinâ ettiği yani kendisinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verdiği yönünde bir ithamla karşılaşabilir. Dolayısıyla alacaklının bu unsurdan herhangi bir riziko almaksızın yararlanabilmesi için, ifa zamanı gelmeden önce, sözleşmenin vâde öncesinde sona erdirilmemesi hâlinde gerçekte esaslı bir sözleşme ihlâlinin kesin olarak gerçekleşeceğinin sabit olması gerekir.[775]

Bu nedenlerle *"self-disablement"* olarak tabir edilen unsur iki açıdan daha dar kapsamlıdır: Birincisi bu unsur, § 323 Abs.4 BGB ve CISG md.72 hükümlerinde düzenlenen objektif ifa tehlikesi unsurundan daha dar bir içeriği haizdir; çünkü anılan hükümler sadece bir öngörüde bulunulmasını yeterli saymaktadır. İkincisi bu dar yoruma göre söz konusu unsur, borçlunun ifaya olan sadakatini hâlihazırda ihlâl etmiş olmasına dayanır. Zira borçlunun edimini sözleşmeye uygun surette ifa etmeyeceği

[774] **Treitel, Guenter Heinz:** Remedies for Breach of Contract, Oxford 1988, s.406.
[775] **Weidt,** s.134.

kesin olarak sabit olduğundan borçlu daha vâde gelmeden önce sözleşmeyi ifaya hazır olma/hazırlanma yükümlülüğünü ihlâl etmiş sayılır.[776]

(2). Çıkarımsal Yetersizlik *(Inferred Inability)*: Ex Ante Bakış Açısından Muhtemel İfa Edememe

Buna mukabil doktrinde alacaklının, borçlunun ileride edimini sözleşmeye uygun surette ifa edemeyeceğini mâkul surette öngörebilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir. İşte bu kabul, "çıkarımsal yetersizlik *(inferred inability)*" olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşü savunanlar, *Devlin J.'*nin dar yaklaşımının İngiliz hukuku içinde değerleme bakımından çelişkilere yol açtığını ikna edici argümanlarla ortaya koymaktadırlar. Öncelikle sözleşme maksadının ortadan kalması *(frustration)* doktrini kapsamında, bir tarafın edim yükümlülüğünden kurtulmasını gelecekteki gelişmelere ilişkin bir olasılık değerlendirmesine dayandırabileceği fikri benimsenmektedir. Oysa ifa tehlikesine dair durumlar, sözleşme maksadının ortadan kalkması *(frustration)* doktrini kapsamında mı yoksa henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce sözleşme ihlâli *(anticipatory breach)* doktrini kapsamında mı değerlendirildiğine bakılmaksızın aynı şekilde ele alınmalıdır.[777]

Devlin J., henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçteki sözleşme ihlâlinin mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için ihlâlin gerçekleşeceğine dair bir öngörüyü yeterli görmemektedir. Bunun sebebi, yazarın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa kaçınılmaz bir netice olarak bağladığı tazminat sorumluluğunu sadece bir olasılık değerlendirmesine dayandırmak istememesidir. Yazar, bunu şu cümlelerle ifade etmiştir: *"Tazminat talep edebilme hakkı, bir haksız eylemin gerçekleşmiş olmasına ve fiilen bir zarara uğranılmış olmasına bağlıdır; bir haksız eylemin işlenmesinin veya bir*

[776] **Weidt,** s.134.
[777] **Weidt,** s.134-135.

zararın doğmasının muhtemel olup olmadığına ilişkin bir kişinin tahminine bağlı değildir.[778] Fakat bu problem ilk olarak, esasen dava hakkı ile sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirilmesi [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı için "farklı kriterler" öngörülmek suretiyle giderilebilir. Buna göre tazminat talebi içeren bir dava hakkının mevcudiyeti için sözleşmeye aykırılığın kesin olarak gerçekleşeceğinin ortaya konulması gerekir. Buna mukabil öncelenmiş (erken) dönme hakkı, nispeten daha zayıf bir ölçüt olan kuvvetli ihtimal değerlendirmesine isnat edilebilir.[779]

İkinci olarak, sözleşmede belirli bir kategoriye girmeyen ve "isimlendirilmemiş sözleşme klozu *(innominate term)*" tabir edilen yükümlülüklerin ihlâl edildiği durumlara da işaret edilmektedir. Bu tür durumlarda sözleşmenin sona erdirilebilmesi için, mâkul bir üçüncü kişinin, ihlâlin neticelerinin ağır olacağını değerlendirmesi yeterli kabul edilmektedir.[780] Hatta bu konuda verilen önemli bir kararda *Seiler LJ.,* bir geminin kira sözleşmesi *(charterparty)* süresi dâhilinde geçici olarak denize elverişsiz hâle gelmesinin muhtemel neticelerine ilişkin olarak şu tespitlerde bulunmuştur: *"Kira sözleşmesini yapan taraf, bir sözleşmeye aykırılığın giderilmesindeki gecikme fiilen çok uzun sürüyorsa veya mâkul bir öngörüye göre uzun sürecek gibi görünüyorsa ve bu sebeple sözleşmenin ticarî maksadının ortadan kalkacağı anlaşılabiliyorsa sözleşmeyi haklı olarak sona erdirebilir."*[781] İşte henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya çıkan ifa tehlikesi de kapsam bakımından bu duruma oldukça benzemektedir. İlâveten *Devlin J.*'nin dar yaklaşımı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık

[778] **Weidt,** s.135. Gerçekten de yazara göre: *"...the right to damages depends on a wrong done and injury actually sustained, not on someone's estimate of whether a wrong is likely to be done or an injury likely to be sustained."* Anılan cümle için bkz. *"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati"*, Queen's Bench 1957, 2 Q.B. 401, 449.
[779] **Weidt,** s.135.
[780] **Weidt,** s.135.
[781] *"Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd."*, Queen's Bench 1962, 2 Q.B. 26, 57, nak.: **Weidt,** s.135, dn. 89.

doktrininin kendi içindeki iki temel görünümü[782] arasında da değerlendirme çelişkilerine sebebiyet vermektedir. Zira borçlunun muacceliyetten önce ifayı reddetmesi hâlinde borçlunun vâde geldiğinde direngen tutumundan vazgeçerek edimini yerine getirip getirmeyeceği esasen hiçbir zaman mutlak bir kesinlikle öngörülemez. İfa reddinin kesinliği, mâkul bir üçüncü kişinin perspektifinden değerlendirilir ve aslında nihayetinde bir öngörü niteliği taşır. Buna rağmen alacaklı, sözleşmenin vâde gelmeden sona erdirilmesi imkânını [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını işbu öngörüye dayanarak kullanabilir.[783] Bu nedenle İngiliz hukuk sistemi içerisinde tutarlılık sağlayan ve daha isabetli kabul edilen görüşe göre, *"self-disablement"* olarak adlandırılan unsur, § 323 Abs.4 BGB ve CISG md.72 hükümlerinde düzenlenen objektif ifa tehlikesi unsuruyla aynı dogmatik temele dayanmaktadır. Bu unsur, sözleşme maksadının ortadan kalkması *(frustration)* doktriniyle birlikte ele alındığında, bu hükümlerin tatbik sahasını da kapsamaktadır. Bu nedenle söz konusu unsur, dogmatik bakımdan mevcut bir akdî yükümlülüğün ihlâline değil, sözleşmenin ifasının objektif olarak tehlikeye girmesine dayanmaktadır.[784]

cc. Genel Değerlendirme

İncelenen hukuk sistemlerinde ve uluslararası hukuk yeknesaklaştırması metinlerinde objektif ifa tehlikesi sebebiyle sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirilmesine imkân tanıyan iki temel ve yapısal olarak farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bir yaklaşıma göre borçlunun kesin ve ciddî şekilde ifayı reddetmesi hâli hâricinde sözleşmenin vâde gelmeden sona erdirilmesi ancak ve ancak şu durumda haklı kabul edilir: Daha başlangıçta önemli bir sözleşme

[782] Detaylı açıklamalar için bkz. Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü" – *"endgültige Erfüllungsverweigerung"*). Ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 2. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesi (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Objektif Görünümü" – *"objektive Erfüllungsgefährdung"*).
[783] **Weidt,** s.135.
[784] **Weidt,** s.136.

ihlâlinin gerçekleşeceği kesin olarak ortaya konulmuş olmalıdır. Buna göre "olaydan sonrasına dair" *(ex post)* bir perspektiften yapılan değerlendirme neticesinde, vâde tarihinde ortaya çıkacağı öngörülen önemli bir ifa etmeme tehlikesinin gerçekten gerçekleşmiş olacağı teyit edilebilmelidir. Bu yaklaşım, İngiliz hukuku bakımından kısmen savunulmaktadır. Aynı şekilde Art.9:304 PECL[785] ve Art.7.3.3 PICC[786] hükümlerinin de bu anlayışa dayandığı görülmektedir.[787]

Buna mukabil ikinci yaklaşımda sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirilmesi [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı, § 323 Abs.4 BGB ve CISG md.72/1 hükümlerinde olduğu gibi, mâkul bir üçüncü kişinin "olaydan öncesine dair" *(ex ante)* perspektifinden önemli bir ifa etmemenin çok yüksek bir ihtimalle gerçekleşeceği yönündeki bir öngörüye dayanmaktadır. Bu değerlendirme kıstası, İngiliz hukukunda sözleşme maksadının ortadan kalkması *(frustration)* doktrini kapsamına dâhil olan hâllerde uygulanmaktadır. Doktrinde ise bu yaklaşımın öncelenmiş sözleşmeye aykırılık doktrini bakımından da geçerli olması gerektiği savunulmaktadır.[788] *Weidt'*a göre öngörüye dayanan bu yaklaşım daha isabetli kabul edilmelidir. Zira sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirilmesi [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının maksadı, "yaklaşan ifa engelleri" karşısında alacaklının vâde tarihine kadar beklemek mecburiyetinde kalmasının önüne geçmektir. Oysa beklemenin katlanılamaz hâle gelmesi için önemli bir sözleşme ihlâlinin kesin olarak gerçekleşeceğinin önceden ortaya konulması gerekmez; bunun mâkul bir değerlendirmeyle "olaydan öncesine dair" *(ex ante)* perspektiften çok yüksek bir olasılıkla öngörülebilmesi yeterlidir. Bu durumda alacaklı açısından ciddî biçimde yaklaşan bir risk karşısında kesin bir karar alabilme ve ekonomik planlamasını buna

[785] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV, B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri *(PECL: Principles of European Contract Law).*
[786] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV. D. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016).*
[787] **Weidt,** s.137.
[788] **Weidt,** s.137.

göre yeniden düzenleyebilme gereksinimi doğabilir. Ayrıca bu yaklaşım, henüz muacceliyet öncesi süreçte söz konusu olan kesin ifa reddi durumlarıyla da değerlendirme bakımından çelişki doğmasını engeller. Çünkü bu durumlarda da ifa etmemenin vâde tarihinde gerçekleşeceği yönündeki değerlendirme aslında çok yüksek bir olasılık yargısına dayanmaktadır. Fakat bununla birlikte söz konusu olasılığın derecesi hususunda doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Doktrindeki görüşler, çok yüksek olasılık ölçütü ile -belirsizlikler bir yana bırakıldığında- gelecekte ifa etmemenin neredeyse kesin olarak beklenmesi ölçütü arasında değişmektedir. *Weidt*'a göre ikinci görüşün tercih edilmesi daha isabetlidir. Çünkü öngörüler, doğaları gereği, sonradan yanlış çıkma riski taşır. Borçlunun menfaatleri ve sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sona erdirilmesinin ağır neticeleri dikkate alındığında, öngörüde hata yapılması ihtimali mümkün olduğunda azaltılmalıdır.[789] Bu katı ölçütün altında kalan durumlarda alacaklı, borçlunun sözleşmeyle bağlılık iradesinin açıklığa kavuşturulmasına yönelik bir mekanizmaya[790] başvurmakla yetinmelidir. Bu katı yaklaşım ayrıca öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sübjektif görümü olan kesin ifa reddi için aranan koşullarla karşılaştırıldığında da destek bulmaktadır. Zira bu hâlde borçlunun ifa etmeme iradesinin mâkul bir üçüncü kişinin perspektifinden kesin olarak sabit olması gerekir. Buna karşılık sadece yüksek bir ihtimalin bulunduğu hâllerde alacaklı, borçlunun ifa etmeme iradesinin artık değişmez bir nitelik kazandığını varsayamaz.[791]

[789] **Weidt,** s.137.
[790] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.
[791] **Weidt,** s.138.

f. Özel Bir Sorun Olarak: Kesin Vâdeli Sözleşmeler

Doktrinde genel geçer kabul edildiği üzere "vâde", geleceği kesin sayılan bir ândan ibarettir.[792] Sözleşme tarafları, işbu anı, sabit bir takvim gününe yahut belli bir sürenin geçmesine bağlı olarak doğrudan doğruya tâyin edebilir ya da vâde ânının sonradan yapılacak bir "ihbar"la belirleneceği hususunda anlaşabilirler.[793] Vâdenin özel ve çoğunlukla ticarî hayatta yaygın bir çeşidi olan kesin vâde *(Fixgeschäft)* ise ifanın gerçekleştirileceği zaman diliminin bâriz sınırlarla, özel bir önem atfedilerek ve vurgulanarak tâyin edildiği ve bu önemli ândan daha sonra yapılacak bir ifanın kabul edilmeyeceğinin kararlaştırıldığı yahut somut olayın koşullardan çıkartılabildiği hâllerde söz konusu olur.[794] Kesin vâde, çoğu kere tarafların iradesinden ya da bazen edimin niteliğinden kaynaklanır.[795] Tarif ettiğimiz şekliyle kesin vâdeli sözleşmelerde, edimin vâdesinde yerine getirilemeyeceğinin açıkça öngörülmesi durumunda imkânsızlığa mı yoksa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mı başvurulacağının tespitinde tereddütler gündeme gelebilir. Keza hemen aynı tereddütler, kesin vâdeli bir sözleşmeden doğan edimin vâdesinde yerine getirilmemesi durumunda imkânsızlığına mı yoksa borçlu temerrüdü hükümlerine mi başvurulması gerektiği hususunda da mevcut olup mesele, doktrinde ihtilâflıdır.[796]

Doktrinde kesin vâdeli sözleşmeler, "edim" ile "vâde (ifa zamanı)" arasındaki bağlantının sıkı olup olmadığından hareketle "mutlak (objektif) kesin vâde" ve "nispî (sübjektif) kesin vâde" biçiminde iki başlıkta tasnif olunur.[797] Ayrımın önemi, edim

---

[792] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce,* s.1316.
[793] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1010 vd.; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1316.
[794] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1318-1319; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.16; **Sivrikaya,** s.17; **Keskin, Dilşad A.:** "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", GÜHFD 2007, C.11, S.1-2, ss.209-231, s.212, dn.16 ve s.214.
[795] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.689-700; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1320.
[796] **Keskin,** s.217 vd.; **Sivrikaya,** s.17 vd.; **Kurt,** İmkânsızlık, s.107 vd.; **Seliçi, Özer:** "Kesin Vadeli İşlemler", İÜMHAD 1968, C.2, S.3, ss.92-107, s.92 vd.; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.187 vd.; **Gümüşsoy Karakurt,** 148 vd.
[797] **Keskin,** s.214; **Sivrikaya,** s.17-18.

vâdesinde yerine getirilmezse tatbik edilecek borca aykırılık hâlinin de bu tasnife göre saptanacak olmasındadır. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte öyle ya da böyle edimini yerine getirmekten kesin biçimde imtinâ ettiği hâllerde,[798] borcu doğuran sözleşmenin kesin vâdeli olup olmadığı gözetilmeksizin doğrudan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin uygulanması gerekmektedir.[799] Çünkü henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimin vâdesinde yerine getirilmesi hâlihazırda mümkün iken, borçlu böyle bir ifadan vâde gelmeden önce açıkça beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla kaçınmaktadır.[800] Sonuç olarak somut olayda ifa imkânsızlığına mı yoksa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mı gidilmesi gerektiği tereddüdünde "kesin vâde"nin önem arz ettiği durum, ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesidir. Dolayısıyla bu başlık altındaki tespitler, "kesin vâdeli bir sözleşmede, ifanın en azından muacceliyet anına yetişmeyeceğinin açıkça öngörülebilir olması" bakımından geçerlidir.

Doktrinde ifade edildiği üzere nispî (sübjektif) kesin vâde ise edimin muhakkak belli bir zamanda yerine getirilmesi gerekliliğinin, yani ifa zamanındaki önemli vurgunun, tümüyle taraf iradelerinden kaynaklandığı vâde türüdür.[801] Nispî kesin vâdeli sözleşmelerde tâyin olunan vâde, taraflar için özel bir anlam arz etmekle beraber "edimin içeriğine" dâhil sayılmaz; sadece ifanın zaman itibariyle tarzını ortaya koyan bir anlaşma söz konusudur.[802] Diğer bir deyişle, taraflar "vâde geçtikten sonra artık

---

[798] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü" – *"endgültige Erfüllungsverweigerung"*).

[799] Bkz. ve karş. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1574; **Öz,** İnşaat, s.232. Doktrinde anılan yazarlara göre; eser sözleşmesinde yüklenicinin edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde beyan etmesi, borçlunun sorumlu olacağı sonraki imkânsızlık hâli sayılmalıdır. İşbu görüş, anılan yazarların ifa imkânsızlığını, edimin alacaklı tarafından cebrî icrasının sağlanmasının mümkün olmadığı durumlara özgülemesi temeline dayanır. Daha detaylı bilgi için bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 6, III. İfa İmkânsızlığı Görüşü.

[800] Şayet borçlu, ifanın vâdeye kadar yetişmeyeceği açık ve kesin bir biçimde bârizken edimini yerine getirmeyeceğini bildirir yahut buna işaret eden hareketler içerisine girerse yine aynı şekilde "kesin vâdeye dair tartışmalara" göre bir çözüm bulunması gereklidir.

[801] **Kurt,** İmkânsızlık, s.107; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce,* s.1321; **Nomer,** N.197.12 ve N.197.13; **Sivrikaya,** s.18-19.

[802] **Kurt,** İmkânsızlık, s.107; **Seliçi,** Kesin Vade, s.93; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce,* s.1321; **Sivrikaya,** s.18-19.

ifanın kabul edilmeyeceği" hususunda anlaşmış olsalar bile nispî kesin vâde söz konusuysa edimin vâdeden sonra bile ifası istenebilir ve böyle bir ifa gerçekleştirilmeye müsaittir.[803] Oysa mutlak (objektif) kesin vâde mevcut olsaydı vâdeden sonra ne ifa istenebilir ne de edim ifa edilebilirdi. Nispî kesin vâdeye örnek olarak, muhakkak belli bir tarihte alıcıya teslim edilmek kaydıyla satın alınmış ve "zamana bağlı olarak işlevini yitirmeyecek" bir malın vâde tarihinde teslim edilememesi hâli gösterilebilir.[804] Bu hâlde edimin aynen ifası, nispî kesin vâdenin geçmesinden sonra bile hâlen olanaklı olduğundan ötürü ifa imkânsızlığı gerçekleşmez ve borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler tatbik edilir.[805] Sonuç olarak nispî (sübjektif) kesin vâdenin tâyin edilmiş olması önemini; sadece edimin vâdesinde yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmesinde[806] ve de alacaklının uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmesi gerekmeksizin[807] aynen ifa isteminden vazgeçip müspet zararının giderilmesini isteme yahut sözleşmeden dönüp menfî zararının giderilmesini isteme seçimlik haklarına başvurabilmesinde gösterir.[808] İşte bu açıklamalar nedeniyle nispî kesin vâdeli sözleşmelerde, edimin vâdesinde yerine getirilemeyeceği önceden açıkça

---

[803] **Kurt,** İmkânsızlık, s.107; **Keskin,** s.217; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.9.

[804] **Göka,** s.119.

[805] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1321; **Kurt,** İmkânsızlık, s.107; **Seliçi,** Kesin Vade, s.94; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.16; **Nomer,** N.197.13.

[806] Bkz. TBK md.117/2 hükmü.

[807] Bkz. TBK md.124/3 hükmü.

[808] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.993; **Seliçi,** Kesin Vade, s.94; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.2 ve N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.2 ve N.16; **Nomer,** N.197.12 ve N.197.13. Bu hususta doktrinde; ihtara ve ek süre (mehil) tâyin edilmesine ihtiyaç olmadığı noktasında tartışma olmamakla birlikte TBK md.125/2 hükmünde öngörülen "derhâl aynen ifa isteminden vazgeçtiğini bildirme mecburiyetinin" bu hâlde gündeme gelip gelmeyeceği tartışılmıştır. Bahse konu hükümden; derhâl bildirimde bulunmayan bir alacaklının hâlihazırda aynen ifayı istemeye devam ettiği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Bundan ötürü doktrinde, kesin vâde olan durumlarda ihtar ve ek süre (mehil) tâyin edilmesi gerekliliğinin ortadan kalkmasının tek başına yeterli olmayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, taraflarca "vâdeden sonra ifanın artık kabul edilmeyeceği"nin öngörülmesine rağmen TBK md.125 bağlamındaki seçimlik haklarına başvurmak isteyen bir alacaklıya derhâl aynen ifa isteminden vazgeçtiğini bildirme zorunluluğunun yüklenmesi, TMK md.2 hükmündeki dürüstlük kuralıyla bağdaştırılamaz. Dolayısıyla "vâdeden sonra aynen ifanın artık kabul edilemeyeceğinin" bâriz olduğu durumlarda böyle bir bildirim yapılmamış olmasına karşın alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının giderilmesini isteyebileceğinin -ve hatta bir karine olarak böyle davranacağının- kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Tüm bu hususlarda detaylı bilgi için bkz. **Seliçi,** Kesin Vade, s.98 ve s.106-107; **Keskin,** s.219-220; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1733. Hatta Oğuzman ve Öz, bu türden bir sonucun TBK md.124 hükmündeki tüm durumlar açısından geçerli olacağı kanaatindedir. Ayrıca "ihtar" ve "ek süre (mehil)" müesseseleri arasındaki ilişkiler için bkz. **Sivrikaya,** s.78 vd.; **Görmez,** s.247 vd.

öngörülebilse bile bu hâl, sübjektif bir imkânsızlık (ifa güçsüzlüğü) yahut ifa imkânsızlığı (dar ve teknik anlamda objektif imkânsızlık) oluşturmaz.[809] Kaldı ki henüz borç muaccel olmadığından doğrudan borçlu temerrüdü hükümleri de tatbik edilemeyeceğine göre işte tüm bu hâller, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kapsamında ele alınmak zorundadır.[810]

Sözleşmede mutlak (objektif) kesin vâde söz konusu ise bunun anlamı, ifa zamanı bakımından kesinliğin doğrudan doğruya "edimin özelliğine" bağlı olduğu ve vâdenin böyle adlandırılmasında tarafların iradesinin önemli olmadığıdır.[811] Zira mutlak kesin vâdeli bir sözleşme mevcut ise edimin yerine getirileceği ân yahut zaman aralığı, niteliği itibariyle "edimin içeriğine" dâhildir, yani edimin ifa edilebileceği biricik ifa zamanı bellidir ve o ândan sonra artık alacaklı açısından talep edilebilirlik ve borçlu açısından da bir ifa edilebilirlik olanağı söz konusu olamaz.[812] Doktrinde bu durumu açıklamak için klişeleşmiş örnekler olarak; nadir gerçekleşen bir güneş tutulmasının videoya kaydedilmesi veya düğün merâsiminde fotoğraf çekilmesi ya da belli bir saatte kalkacak uçağa yetişilebilmesi maksadıyla taksi işletmesiyle anlaşılması yahut belli bir tarihte konferans vermesi için bir uzmanla yapılan sözleşmelerde "vaktinde gerçekleştirilmeyen ifanın artık daha sonra telâfîsi olanaklı olmadığından" mutlak (objektif) kesin vâde mevcuttur.[813] Andığımız bütün bu hâllerde, sözleşme taraflarının maksatlarından veya menfaatlerinden bağımsız biçimde borca konu edim, sadece belli bir ân yahut zaman aralığı dâhilinde yerine getirilebilir. İşte böyle edim yükümlülükleri

---

[809] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.993, dn.1078 ve buradan hareketle bkz. aynı eser N.1728 vd.; **Seliçi,** Kesin Vade, s.93-94, dn.4 ve dn.98; **Nomer,** N.197.12 ve N.197.13; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1321; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.16; **Kurt,** İmkânsızlık, s.107.

[810] Nasıl tanımlanırsa tanımlansın muacceliyet, borçlu temerrüdün esaslı, vazgeçilmez ve ayrıksılığı olmayan bir koşuludur. Bkz. **Sivrikaya,** s.30 vd.

[811] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1320-1321; **Kurt,** İmkânsızlık, s.107.

[812] **Nomer,** N.197.12 ve N.197.13; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1321; **Seliçi,** Kesin Vade, s.93-94; **Kurt,** İmkânsızlık, s.107-108; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.16.

[813] Bu hususta çeşitli örneklere dair bkz. **Seliçi,** Kesin Vade, s.93; **Kurt,** İmkânsızlık, s.107-108; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.16; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1320-1321; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1499.

söz konusu olduğunda sözleşmenin de mutlak kesin vâdeyi hâiz olduğu hususunda bir tereddütten bahsedilemez. Ancak alacaklının sözleşme sayesinde varmayı umduğu maksadın veya sözleşmeden beklediği menfaatin, edimin niteliği itibariyle, ifanın kararlaştırılan zamanda yapılmasına bağlı olduğu sözleşmeler bakımından durum biraz farklılaşmaktadır. Zira böyle sözleşmelerde borcun vâdeden sonra da yerine getirilebilme olanağı mevcut olmakla beraber, yalnızca böyle bir gecikmiş ifada alacaklının hiçbir hukukî menfaati bulunmaz. Bu duruma örnek olarak; sipariş edilen bir damatlığın veya gelinliğin düğünden önce teslim edilmemesi gösterilebilir; çünkü bu hâlde damatlık veya gelinlik vâdeden (düğün tarihinden) sonra da hâlen teslim edilebilir vaziyettedir ancak alacaklının artık böyle bir ifada hiçbir hukukî menfaati kalmamıştır.[814] Önemle değinmek gerekir ki "mutlak (objektif) kesin vâde" doktrinde farklı anlamların yüklenebildiği bir kavramdır. İlk görüş olarak mutlak kesin vâdeyi dar ve teknik anlamıyla ele alan yazarlar, böyle bir vâdeden sadece edimin niteliği itibariyle belli bir ân yahut süre geçtikten sonra ifa edilemeyeceği durumların anlaşılması gerektiğini ileri sürerler.[815] Dar ve teknik anlamı esas alan yazarlar; mutlak kesin vâdenin tâyininde sözleşme taraflarının irade veya hukukî menfaatlerinin etkili olmadığını ve hemen yukarıda değindiğimiz damatlık-gelinlik örneği gibi olan hâllerde ifa imkânsızlığı müessesesinin "sürekli" olma şartının sağlanmadığını, başka bir deyişle vâdeden sonra hâlen edimin yerine getirilmesi olanaklı olduğu için yalnızca borçlu temerrüdü hükümlerinin gündeme geleceğini ifade ederler.[816] Aksi ve ikinci görüş olarak mutlak kesin vâdeyi geniş anlamıyla ele alan yazarlar, borcun "belli bir

[814] **Keskin,** s.216-217; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.191-192; **Kurt,** İmkânsızlık, s.107-109; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.993, dn.1078 ve buradan hareketle bkz. aynı eser N.1728 vd.

[815] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.993, dn.1078 ve buradan hareketle bkz. aynı eser N.1728 vd.; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *(Öz, Turgut)*, s.1437; **Kurt,** İmkânsızlık, s.108; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.190.

[816] **Kurt,** İmkânsızlık, s.109; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.993, dn.1078 ve buradan hareketle bkz. aynı eser N.1728 vd.; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Öz*, s.1437. Doktrinde Serozan, mutlak kesin vâdenin gündeme gelebilmesi için edimin vâdeden sonra yerine getirilmesinin sadece faydasız kalmasının yeterli sayılamayacağını, bunun tamamıyla olanaksızlaşması gerektiğini ifade etmektedir. Fakat yazar, daha sonra "uyulmazsa ifanın ifa sayılmadığı" işlemleri mutlak kesin vâdeli olarak nitelendirmeyi tercih etmiştir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.10 ve N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.10 ve N.16; **Seliçi,** Kesin Vade, s.94, dn.4.

zamanda" yerine getirilmesinin mecburi olduğu hâllere ilâveten, vâdeden sonra gerçekleştirilecek bir ifada alacaklının hiçbir hukukî menfaatinin bulunmadığı durumlarda da mutlak kesin vâdenin mevcut olduğunu ileri sürerler.[817] Bu gibi hâllerde vâdeden sonra gerçekleştirilecek bir ifa, artık "sözleşmede taahhüt edilen edimin" yerine getirilmesi olarak düşünülemeyeceğinden ötürü vâdenin geçmesinden itibaren edim sürekli biçimde imkânsızlaşmaktadır.[818] Üçüncü bir görüş ise mutlak kesin vâde barındıran bir sözleşmenin mevcut olup olmadığının her bir somut olayda sözleşme içeriğinin, taraf maksatları ve menfaatlerinin yorumlanması neticesinde belli olabileceğini ve sadece sözleşmede taahhüt edilmiş edimlerin niteliklerini esas alarak evvelden kesin bir yargıda bulunmanın isabetli olmadığını ileri sürer.[819] Keza üçüncü görüşte sayabileceğimiz *Gündoğdu,* hemen yukarıda değindiğimiz damatlık-gelinlik örneği için vâdeye (düğün merâsimi gününe) kadar hazırlanıp teslim edilememiş kıyafetlerin yine de hâlen teslim edilebileceğinden bahisle, ifanın sürekli biçimde imkânsızlaşmadığını ileri sürmenin -örneğin, bir başka düğünde giyilebileceğini iddia etmenin- TMK md.2 hükmündeki dürüstlük kuralının ihlâli sayılacağını tespit etmiştir.[820] Nihayetinde dördüncü bir görüş ise mutlak kesin vâde–nispî kesin vâde şeklindeki tasnifi, TBK'nın ilgili hükümleri ve borca aykırılık sistemi karşısında anlamsız bulur. Zira bu son görüş, TBK md.117/2 (Art.102 Abs.2 OR) hükmü ile TBK md.124 (Art.108 OR) hükmünün ikinci ve üçüncü fıkraları göz önüne alındığında kesin vâde ihtivâ eden sözleşmelerin mutlak–nispî kesin vâde olarak tasnif edilmesinin isabetli olmadığını, zira gerek mutlak gerekse de nispî kesin vâde olsun pozitif hukuka göre zaten bunun sonucunun "ihtar çekilmesine" ve "ek süre (mehil) tâyin edilmesine" gerek duyulmayan borçlu temerrüdü hâli olduğunu ileri sürer.[821]

[817] **Kurt,** İmkânsızlık, s.108; **Keskin,** s.214-217; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.190.
[818] **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.190; **Keskin,** s.216; **Seliçi,** Kesin Vade, s.94, dn.4.
[819] **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.190-192.
[820] **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.191-192.
[821] Bkz. **Keskin,** s.215, dn.29; **Seliçi,** Kesin Vade, s.98 vd.

Doktrinde bizim de katıldığımız tespite göre imkânsızlık müessesesinin, objektif (dar ve teknik anlamda) yahut sübjektif anlamda ele alınsın, her zaman "süreklilik" arz etmesi gereken bir borca aykırılık hâli olduğu düşünüldüğünde, edimin vâdesinde yerine getirilmemesi, imkânsızlığa yol açacak mutlak kesin vâdeli sözleşmelerin, ifanın yalnızca belli bir ân yahut zaman diliminde gerçekleştirilebildiği durumlarla sınırlandırılması önemlidir.[822] Keza pozitif hukuk da bu tespiti teyit eder. Çünkü TBK md.124/2 hükmünde açık bir şekilde *"borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa"* denilerek ek süre (mehil) tâyinine gerek olmayan bir temerrüt durumu düzenlemiştir. İşte bu hüküm mevcutken "ifanın yararsız kalması" ibaresini ayrıca kendi içerisinde önem sırasına koyup da vâdeden sonra edimin yerine getirilmesinde "hiçbir" yarar kalmaması durumunda artık borçlu temerrüdünün değil de ifa imkânsızlığının söz konusu olacağını ifade etmek isabetli sayılamaz. Kaldı ki TBK'nın sisteminde borçlu temerrüdü ve ifa imkânsızlığı şeklindeki borca aykırılık hâllerinin birbirinden ayırt edilmesinde esasen ifanın "mümkün olup olmadığı" kriteri gözetilmiştir; ayrıca alacaklının mümkün olan bir gecikmiş ifada artık menfaatinin kalmaması ise sadece temerrüdün alacaklıya sağlayacağı seçimlik haklara başvurulabilmesinde kolaylık sağlamak üzere öngörülmüştür.[823] TBK md.124/3 hükmünde ise nispî kesin vâdeli sözleşmelerde[824] ek süre (mehil) tâyin edilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir. İfanın belirli bir ân yahut zaman zarfında gerçekleştirilmemesi durumunda edimi artık telâfî olanağı bulunmayan mutlak kesin vâde içeren sözleşmeler buraya dâhil edilmemelidir; zira bu tür sözleşmelerde "edimin içeriğine" ilişik olan zamandan sonra artık zaten ifa mümkün olmadığı için borçlu temerrüdüne ilişkin

[822] **Kurt,** İmkânsızlık, s.109; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Öz*, s.1437.
[823] Bkz. ve karş. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.104, dn.172.
[824] Hükmün ifadeleriyle *"borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa."*

hükümler tatbik edilememektedir.[825] Bu tespitlerden ötürü mutlak kesin vâde kavramına dar ve teknik anlamda bakmak isabetli olsa gerekir.[826]

Nihayetinde, değindiğimiz hangi görüş benimsenirse benimsensin öncelikle mutlak kesin vâdenin kapsamı, yani ne anlama geldiği tespit edilmeli ve söz konusu vâdenin mevcut olduğu durumlarda ortak bir netice olarak borcun vâdesinde ifa edilmemesinin imkânsızlığa sebebiyet verdiği kabul edilmelidir.[827] İşte bu noktada "mutlak kesin vâdeyi hâiz bir sözleşmede borçlunun edimini vâdesinde yerine getirmemesi" ile "öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın" aynı hukukî sonuçlara yol açıp açmayacağı meselesi tartışılmaya değerdir. Esasen yürütülecek bu tartışma, hem doktrinde genel kabul gören görüşe göre[828] hem de Yargıtay'a göre[829] kural olarak, borçlu temerrüdü hükümlerinin tatbik edildiği "geçici imkânsızlık hâli" ile "mutlak

---

[825] **Kurt,** İmkânsızlık, s.109-110. Sonuç itibariyle doktrindeki "mutlak" ve "nispî" kesin vâdeli işlem şeklinde bir ayrıma gerek olmadığı; çünkü bunların her ikisinin de TBK md.124/3 hükmü kapsamına dâhil olduğu yönündeki görüşe katılmak, kanaatimizce uygun olmaz.

[826] İfade etmek gerekir ki bu tartışmada TMK md.2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralının hak ve borçların kapsamını saptayıcı yönü ile aynı maddenin ikinci fıkrasında öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağının düzeltici (tashih edici) etkisi; somut olayda ne tür bir ifa engelinin tatbik olunacağının tespitinde değil, tatbik edileceği tespit edilen ifa engeline ilişkin hükümlerin, doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçlarının sınırlandırılmasında görev alacaktır. Örneğin doktrinde tavsiye edildiği gibi mutlak kesin vâde sayılmayan fakat alacaklının vâdeden sonraki bir zamanda yapılacak ifada herhangi bir menfaatinin artık kalmadığı hâllerde, alacaklıya temerrütten doğan seçimlik haklarına başvurabilmek için, TBK md.117/2 ve md.124/2 hükümlerinin beraberce uygulanmasıyla, ihtar çekme ve ek süre (mehil) tâyin etme zorunluluğu yüklenmemesinin yanında alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiğini bildirme yükümlülüğü altında da olmadığının kabulünde TMK md.2 hükmünden faydalanmak mümkün olacaktır.

[827] **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.191-192; **Keskin,** s.216-217; **Kurt,** İmkânsızlık, s.109-110.

[828] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1488; **Eren,** Borçlar Genel, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 14 N.2; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 14 N.2; **Kurt,** İmkânsızlık, s.170. Ayrıca ifade etmek gerekir ki doktrinde ve Yargıtay uygulamasında geçici ifa imkânsızlığının ne kadar devam edeceği belli değilse ve somut olayın hâl ve şartlarından taraflardan sözleşme ile bağlı kalmaları artık beklenemeyecekse bunun teknik anlamıyla bir imkânsızlığa yol açacağı kabul edilir.

[829] Bir Yargıtay kararına göre *"Gerçekten, BK. 117. maddesi hükmünce borcun ifası borçluya yüklenmeyen durumlar sonucu imkansızlaşırsa borç sona erer. Borcun sona ermesinin sonuçlarından birisi de, tarafların sebepsiz zenginleşme kurallarına göre daha önceden aldıklarını geri vermek zorunda kalmalarıdır. Ancak, bunun istenebilmesi için ifa imkansızlığının mutlak olması yani borcun objektif olarak herkes bakımından yerine getirilme olanağının kalmamış olması gerekir. Şayet, borç objektif olarak imkansız değil de, geçici bir süre için imkansız hale gelmişse, burada, BK.117/I. maddesinin uygulama olanağı kalmaz. Somut olaya bu açıdan bakıldığında İdari Mahkemesince imar planının iptalinden sonra, plan düzenlemeye yetkili olan mercice imar planı çalışmalarına başlanıldığı, belgenin bütünü ile ele alınarak durumun değerlendirileceğinin 16.2.2004 tarihli yazı ile bildirildiği görülmektedir. İdari merciiler bu tür bir çalışmaya girişmiş, inşaatın bulunduğu sahada plan çalışmalarına başlanılmış, 1866 ada 61 parseldeki A-B-C Blok inşaatları imar mevzuatı açısından yeni bir hukuki statü kazanarak bu durum kesinleşmişse ortaya çıkan imkansızlık geçici imkansızlık sayılacağından borcun, dolayısı ile karşılıklı edimleri içeren sözleşmenin ifasında imkansızlığın bulunduğu düşünülemez."* **[Yargıtay 15.HD, E.2003/4184, K.2004/1686, T.25.03.2004,** www.hukukturk.com].

kesin vâdeli sözleşmenin" aynı olayda vuku bulması hâlinde gündeme gelecek tartışmayla paralellik arz eder. Öyle ki geçici imkânsızlık hâli, mutlak kesin vâdeli bir sözleşmenin vâdesinde ifa edilmesinin önüne geçerse, hiç tereddüt yoktur ki, doğrudan doğruya dar ve teknik anlamda sürekli, objektif bir ifa imkânsızlığı meydana gelmiş olur.[830] Ancak işbu başlık altında değerlendirdiğimiz "ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesi" hususundaki "kesinlik" koşulu, geçici imkânsızlık hâlindekinden farklılık arz eder. Çünkü geçici imkânsızlık hâline esas teşkil eden engel, devam ettiği müddetçe aşılmazdır, fakat sadece bir noktada ortadan kalkabilir mahiyettedir.[831] Zaten bundan ötürü engel ortadan kalkana kadar ifanın gerçekleştirilemeyeceği kesindir. Oysa ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düştüğü ve bilhassa ifanın muacceliyet ânında bile gerçekleştirilemeyeceğinin açıkça öngörülebildiği hâllerde ortada ifaya dair "aşılmaz bir engel" yoktur, sadece çok yüksek -hatta kesinliğe yaklaşır- bir olasılıkla ifanın gerçekleştirilemeyeceği bellidir. İşte bu nedenle mutlak kesin vâdeli sözleşmeler açısından da ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesi, imkânsızlığa değil, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açar.[832]

[830] **Kurt,** İmkânsızlık, s.171-172; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.105; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1488.
[831] **Kurt,** İmkânsızlık, s.169.
[832] **Göka,** s.124.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

§ 6. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK[833]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bakımından hukukumuzda bir "hukuk boşluğu" mevcuttur.[834] Bilindiği üzere TMK md.1/2 (Art.1 Abs.2 ZGB) hükmüne göre hâkim, hukuk boşluğunu doldurmak maksadıyla bir kanun koyucu *(modo legislatoris)* gibi hareket etmekle görevli olduğundan öncelikle kıyas metoduna *(analogia)* başvurur. Kıyas, konumuz bakımından hâkimin elinin altındaki esas metot olması münasebetiyle önemlidir. Şimdilik kısaca ifade etmek gerekirse doktrinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair hukuk boşluğunun doldurulması bakımından ifa imkânsızlığı görüşü hâricindeki diğer görüşlerin kıyas metodunu kullandığı bâriz biçimde görülmektedir.[835]

II. BORÇLUNUN HENÜZ MUACCELİYETİN GERÇEKLEŞMESİNDEN ÖNCEKİ SÜREÇTE İFADAN KAÇINMA AÇIKLAMASININ HERHANGİ BİR HUKUKÎ ANLAMININ OLMADIĞI GÖRÜŞÜ

Borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan kaçınma açıklamasının herhangi bir hukukî anlamının olmadığı görüşünde önde gelen yazarlardan *von Tuhr*'a göre "Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar" madde başlıklı TBK md.124/1 hükmündeki *"borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya*

---

[833] Türk hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair doktrinel görüşler; bu müessesenin özünü oluşturan borçlunun henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimi yerine getirmekten haksız ve kesin bir biçimde kaçınması olgusu bağlamında şekillenmiştir.

[834] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, V. Türk Borçlar Kanunu Açısından "Boşluk" Sorunu.

[835] **Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd.; **Başoğlu,** s.310; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9; **Göka,** s.125.

tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa" ibarelerinden yola çıkılırsa muaccel bir borcun borçlusu, edimini yerine getirmeyeceğini açıkça beyan etmekteyse kendisine bir ihtarda bulunmak da ek süre (mehil) tâyin etmek de anlamsızdır.[836] Borçlunun bu yöndeki beyanı, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya konulmuşsa, dikkate dahi alınmamalıdır; zira muacceliyet gerçekleşene dek borçlu her zaman fikrini ve tutumunu değiştirebilir.[837] Elbette bu tespitin geçerliliği, borçlunun edimini ifa etmeyeceği beyanının niteliğine bağlıdır.

Doktrinde *Hatemi, Gökyayla* ve *Akkanat*'a göre[838] borçlu edimini yerine getirmeyeceğini açıkça beyan ederse, aslında ek süre (mehil) tâyin edilmesine gerek olmayan durumları öngören TBK md.124/1 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki neticesinde onu temerrüde düşürmek için ihtar düzenlenmesine de gerek olmaz. Yine aynı hukukî sonuca, farklı bir akıl yürütmeyle ulaşan başka bir görüşe göre ise edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya koyan borçlu, edim muaccel hâle geldiğinde, artık dürüstlük kuralı uyarınca ihtar düzenlenmesine gerek olmaksızın[839] temerrüde düşer[840] ve temerrüdün hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya "muacceliyet ânından" itibaren doğmaya başlar.[841] İlâveten borçlunun ifadan kaçınmaya dair beyanı üzerine yahut edimin yerine getirilmesi uzun hazırlıklar gerektirmesine karşın borçlunun hiçbir hazırlık hareketine yanaşmaması

---

[836] **von Tuhr,** s.611-612.
[837] **von Tuhr,** s.611, dn.53.
[838] **Akkanat, Halil:** "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.39, dn.136; **Hatemi/Gökyayla,** s.277.
[839] Keza doktrinde def'aten ifade edildiği üzere borçlu, edimini yerine getirmeyeceğini vâdeden evvel beyan ederse artık TBK md.117/1 hükmündeki temerrüt ihtarına da gerek kalmaz, bkz. **Barlas, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1991, s.65; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.218; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.299. Bununla birlikte bir başka görüşe göre borçlunun fikrini değiştirme ihtimali söz konusu olduğundan dolayı yine de bir ihtar düzenlenmelidir, bkz. **Akkanat,** s.39, dn.137.
[840] **Akkanat,** s.39, dn.135; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 918.
[841] **Akkanat,** s.40; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 918. Anılan son yazarlar, eski Ticaret Kanunu'nun 646. maddesinde, borçlunun bu şekildeki davranışlarının *"taahhüdün kat'iyen nakzı"* deyimiyle ifade edildiğini belirttikten sonra Yargıtay'ın ilgili kararına işaret etmişlerdir: *"Davalı taahhüdünü kat'iyyen nakzetmiş ve davacının ihtar tarihine kadar geçen devreye ait tazminat talebinden feragat ettiği anlaşılmamış bulunmasına göre, davalının taahhüdünü ihlal ettiği tarihten itibaren tazminata hükmedilmek gerekirken yalnız ihtar tarihinden sonrası için tazminata hükmedilip o tarihten evvelki zamana ait tazminat talebinin reddedilmesi kanuna muhalif…tir."* **[Yargıtay TD, K.1215/2530, T.22.11.1957,** nak.: **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop,** s.918, dn.25.]

durumunda TBK md.124/1 hükmüne istinaden herhangi bir ek süre (mehil) tâyin edilmesine gerek olmaksızın alacaklı seçimlik haklarına başvurabilir.[842] Borçlunun beyanı üzerine artık edimin ifasının yapılmayacağı aşikâr olduğuna göre, alacaklının zaten aynen ifa isteminde bulunması da anlamsızdır, "derhâl bildirmemiş olsa dahi" alacaklı, aynen ifa istemi hâricindeki diğer seçimlik haklarına başvurabilmelidir.[843] Zira artık, aynen ifa istemi söz konusu olamayacaktır.

İtalyan Medenî Kanunu *(Codice Civile)* Art.1219 para.2 hükmünün ikinci bendine göre borçlu edimini yerine getirmeyeceğini yazılı şekilde açıklarsa yine ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmüş sayılır.[844]

Kanaatimizce borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ açıklamasının herhangi bir hukukî anlamının olmadığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira anılan görüşler, dikkat edilirse, borçlunun böyle bir beyanına sadece temerrüt ve sonrası süreci düzenleyen TBK md.124/1 hükmü bağlamında yaklaşmaktadır. Kuşkusuz mesele temerrüt olsaydı anılan görüşlerin hepsine katılmak gerekirdi. Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, tamamen "muacceliyet öncesi süreçle" ilişkili olduğundan yukarıdaki tespitlere katılmak güçtür. Gerçekten de daha muacceliyet gerçekleşmemişken ilerideki edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde ortaya koyan bir borçlu, zaten muacceliyet ânında bir ihtara bile gerek olmaksızın temerrüde düşecek ve karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* bir sözleşme

---

[842] **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.1381 ve N.1407; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.894; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1719; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.950, s.960; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.496; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.938; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.314 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.227 vd.

[843] İsviçre Federal Mahkemesi önceki tarihli bir kararında, edimini yerine getirmeyeceğini kesin surette beyan eden borçluya ek süre (mehil) tâyin edilmesine ve aynen ifa isteminden vazgeçildiğinin derhâl bildirilmesine gerek olmadığına hükmetmiştir. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre borçlu, alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiğine yönelik bildirimini derhâl yapmadığını bir itiraz sebebi olarak ileri sürerse bunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kabul edilmelidir, bkz. BGE 48 II 224. Ancak İsviçre Federal mahkemesi daha sonraki tarihli bir kararında, kural olarak süre tâyinine gerek olmayan durumlarda dahi alacaklının tazminat ve sözleşmeden dönme haklarına başvurabilmesi için aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl bildirmesi gerektiğine hükmetmiştir, bkz. BGE 54 II 33. Kararlar nak.: **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop,** s.959, dn.35 ve dn.36.

[844] Bkz. İtalyan Medenî Kanunu *(Codice Civile)* Art.1219 para.2 hükmünün ikinci bendi: *"quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione…"*

mevcutsa alacaklının seçimlik haklarını kullanması için böyle bir tutum ve davranışta ısrar eden borçluya ek süre (mehil) tâyin etmesi de gerekmeyecekti. Ancak bu tespitler sadece borçlu temerrüdü için isabetli ve geçerli sayılabilir. Kanaatimizce borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen dahi uygulanmasının doğru olmayacağı, başlı başına bağımsız, yeni bir borca aykırılık hâli olarak pozitif düzenlemeye kavuşturulması gereken öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta yukarıda değindiğimiz tespitler, ne "zamansal" bakımdan ne de "içerik" bakımından isabetli sayılabilir.

III. İFA İMKÂNSIZLIĞI GÖRÜŞÜ

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı, başlı başına bağımsız bir borca aykırılık hâli olarak değil de sadece bir "ifa imkânsızlığı" olarak tavsif eden görüşün esası; ifa imkânsızlığı müessesesini doktrindeki baskın görüşten ayrılarak, "alacaklı perspektifiyle" açıklamasıdır.[845] Buna göre ifa imkânsızlığı; borçlunun gerçekleştireceği ifanın önünde sürekli, kesin ve mutlak bir engel meydana geldiğinde değil, "alacaklı edimin aynen ifasını cebrî icra yoluyla temin edemeyecek hâle geldiğinde" gerçekleşmiş sayılır.[846] Aslında ilk bakışta verme edimlerinin imkânsızlaşması açısından, andığımız görüş ile imkânsızlıktan söz edebilmek için edimin yerine getirilmesinin mümkün olup olmadığını esas alan baskın görüş arasında pratik açıdan göze çarpan bir farklılaşma yoktur. Çünkü bilindiği üzere ilamların icrası hakkındaki İİK md.24 ve devamı hükümlerine istinaden alacaklının verme ediminin yerine getirilmesini cebrî icra marifetiyle temin etmesi kolay ve olanaklıdır. İşte verme edimleri bakımından andığımız görüş ile baskın görüş arasında günlük hukuk hayatında bir çatışmadan değil örtüşmeden söz etmek gerekir. Örneğin kira sözleşmesine konu ikinci el otomobil yangın veya yıldırım düşmesi sonucunda yok olursa andığımız görüş alacaklının

[845] **Kurt,** İmkânsızlık, s.81 vd. ve bilhassa s.85-87.
[846] Doktrinde söz konusu görüşü ilk kez dile getiren M. Kemal Oğuzman'dır, bkz. **Oğuzman, M. Kemal:** Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.15 vd. Keza yazarın dâhil olduğu daha sonra yazılan eserlerde ve benzer diğer eserlerde de bu görüş süregelmiştir, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1455 vd.; **Öz,** İnşaat, s.183 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.158.

otomobili artık cebrî icra marifetiyle elde edememesi gerekçesiyle; baskın görüş ise borçlunun ifasının önünde sürekli, kesin ve mutlak bir engel meydana geldiği gerekçesiyle ifa imkânsızlığının gündeme geldiğini tespit edecektir.

Bir borca aykırılık hâli olarak borçlunun sorumlu olduğu, sonraki ifa imkânsızlığı müessesesini borçlu perspektifinden açıklayan -baskın- görüş ile alacaklı perspektifinden açıklayan görüş arasındaki esaslı ayrım, "yapma edimi" söz konusu olduğunda ortaya çıkar.[847] İmkânsızlığa alacaklı üzerinden bakan görüşe göre bir yapma ediminin borçlusu, beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin ve haksız bir biçimde imtinâ ederse alacaklı, borçlunun yapma edimini yerine getirmesini cebrî icra marifetiyle temin edemeyeceğinden ifa imkânsızlığı gündeme gelecektir.[848] Hâliyle artık yapma borcu sona erecek[849] ve alacaklı TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne göre borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığına istinaden derhâl müspet zararının giderilmesini isteyebilecektir.[850] Fakat, verme ediminde olduğu üzere, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimin ifasından imtinâ edilmesine rağmen edimin cebrî icrası hâlen olanaklıysa alacaklının muacceliyeti beklemekten başka seçeneği olmaz.[851] Esasen kanaatimizce önemli bir sorun olan bu durum, "ifa imkânsızlığı görüşünü" savunanlara göre, bu ihtimalde borçlu bir ifa güçsüzlüğüne

[847] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1458.
[848] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1458-1461 ve N.1574; **Öz,** İnşaat, s.183 vd.; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.76-78 ve s.337; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.158.
[849] Oğuzman ve Öz; sadece borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı hâlinde değil, ayrıca borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında da borcun sona ermesi ve ardından bunun yerini derhâl tazminat ödeme yükümlülüğünün alması gerektiğini ileri sürmektedirler, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1472 vd. Ancak hâkim görüş; borçlunun sorumlu tutulacağı ifa imkânsızlığında borcun sona ermeyeceğini; sadece artık ifası imkânsızlaşmış olan edimin içeriğinin değişeceğini ve bunun bir tazminat ödeme borcu hâlini alacağını ifade eder. Dolayısıyla örneğin; böyle bir durumda alacaklının kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü hâlen devam eder ve buna mukabil, borçlu kendi ediminin ifası için bir güvence (teminat) vermişse, bunlar ayrıca tazminata dönüşen borcun yerine getirileceğini de güvence altına almış sayılır, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 16 N.3; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 16 N.3; **Başoğlu,** s.293-294, dn.27; **Kurt,** İmkânsızlık, s.178, dn.326; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.853-854.
[850] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1458-1461 ve N.1574; **Öz,** İnşaat, s.184; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.158.
[851] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1574.

düşmediği ve alacaklı da edimi hâlen cebrî icra marifetiyle elde edebileceği için alacaklının muacceliyete kadar beklemesinde kayda değer bir sorun yoktur.[852] Oysa bu görüşe adi işlemler bakımından getireceğimiz eleştiri, alacaklıdan muacceliyete kadar sabretmesini beklemenin hukuken izah edilemeyecek olmasıdır. Alacaklı, borcuna sadık kalmayacağının sinyallerini veren, muacceliyet öncesi güven sarsıcı davranışlar sergileyen bir borçluya karşı hangi gerekçeyle sabırla muacceliyeti beklemelidir? Hukuken izah edilemeyen bu sorunun çözümü yeni bir borca aykırılık hâli olarak kabul edilmesi gereken öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan geçer. Bu görüşe ticarî işlemler bakımından getireceğimiz eleştiri ise, ticarî yaşamın hız, sürat, işlem güvenliği, ardışık alım-satımlardan kâr etme pratiği gibi gerçekleri göz önüne alınırsa tacir olan bir alacaklının, borçluya karşı muacceliyete kadar beklemesinin kabul edilemeyecek bir çelişki olmasıdır. Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık -pek tabiî ticarî işlemlerde de uygulanabilir- ticarî yaşamın ilkelerine uygun bir çözüm sunar.

Kısacası *Oğuzman* ve *Öz,* doktrinde hâkim olan ve ifa imkânsızlığı müessesesini "borçlu perspektifinden" ele alan görüşün, ifanın alacaklı tarafından cebrî icra marifetiyle temin edilebileceği bazı hâlleri de imkânsızlık olarak nitelendirdiğini ifade ettikten sonra ifanın borçludan ziyade "alacaklı bakımından" önem arz ettiğini, her ne gerekçeyle olursa olsun alacaklının edimin ifasına kesinlikle kavuşamayacağı tüm durumların ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.[853] *Oğuzman* ve *Öz*'e göre bilhassa "verme edimlerinde" borcun yerine getirilmesi imkânsızlaşmadıkça yani cebrî icra hâlen mümkün oldukça alacaklı vâdeye değin beklemek mecburiyetindedir. Borçlu ifa güçsüzlüğüne düşmemiş ve edim de imkânsızlaşmamışsa bunda bir sorun yoktur. Öte yandan borçlunun "iş görme edimini" kesinlikle yerine getirmeyeceğini beyan etmesi hâlinde bir kimseye işi zorla yaptırtmak

[852] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1574.
[853] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1456-1457. Aynı şekilde doktrinde Tunçomağ da cebrî icra marifetiyle alacağın ifası mümkün ise ifa imkânsızlığının kabul edilemeyeceği görüşünü savunmaktadır, bkz. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.821 ve dn.42'de anılan yazarlar.

olanaklı olmadığı için alacaklı edimin ifasının imkânsızlaştığını varsayarak TBK md.112 hükmüne istinaden derhâl tazminat isteyebilir.[854] Hâkim görüşe göre ise alacaklı, borçlu temerrüdü gerçekleştikten sonra temerrüt hükümlerine istinaden talepte bulunabilecektir. Bu noktada doktrinde *Antalya* da *"cebrî icra ile elde edilemeyecek borcun borçlusunun kesin olarak ifada bulunmayacağını beyan etmesi"*ni ifa imkânsızlığı hâli olarak nitelendirmektedir.[855]

Eleştirdiğimiz ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı "ifa imkânsızlığı" olarak gören görüşe göre, TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) hükmü "ifayı sağlayan" bir hüküm olmayıp sadece bir tazminat düzenlemesinden ibarettir.[856] Buna göre henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimi yerine getirmekten kaçınması üzerine ifanın imkânsızlaşmasıyla birlikte TBK md.112 hükmüne istinaden talep edilecek tazminatın kapsamına TBK md.113/1 hükmüne göre "masrafı borçluya ait olarak işin bir üçüncü kimseye yaptırılması" yahut "doğrudan alacaklı tarafından yapılması" da girer.[857] Çünkü sözleşmede taahhüt edilen "yapma edimi" bir üçüncü kimse marifetiyle tam ve düzgün biçimde ifa edilse ve ortaya çıkan sonuç, alacaklıya

---

[854] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1456-1458. Oğuzman ve Öz şöyle bir örnek vermektedirler: *"Badanacı (B) bedel konusunda anlaştığı (A)'nın evini boyamayı taahhüt etmiştir. İşin yapılacağı günden bir hafta önce, (B) daha iyi bir müşteri bulduğu inancıyla (A)'ya telefon etmiş ve işten vazgeçtiğini söyleyerek telefonu kapatmıştır. Baskın görüşün doğal sonucu olarak, (A)'nın vadeye kadar bekleyerek (B)'yi temerrüde düşürmesi ve daha sonra usulüne uyarak TBK. m. 125 uyarınca "ifadan vazgeçme ve tazminat" talebini veya "sözleşmeden dönerek tazminat" talebini bildirmesi gerekecektir. Buna karşılık, (B)'nin telefondaki beyanı imkânsızlık sayılırsa, o anda TBK. m. 112 uyarınca boyama borcu sona ermiş ve yerine (A)'nın olumlu (müspet) zararının tazmini borcu doğmuştur. Baskın görüş doğrultusunda, vadeden önce de alacaklının kıyasen temerrüt hükümlerine başvurabilmesi önerilerek belirttiğimiz sakınca giderilmek istenir ise; böyle bir zorlama kıyasa muhtaç olmak yerine benimsediğimiz imkânsızlık anlayışı ile doğrudan TBK. m. 112 hükmüne dayanmanın hukuk tekniğine daha uygun düşmesi bir yana; bu tür bir kıyas da alacaklının ifadan vazgeçtiğini veya sözleşmeden döndüğünü bildirme zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yukarıdaki örneği geliştirerek bu sakıncayı gösterelim: (B)'nin telefonu kapatması üzerine (A), (C) adında bir boyacı ile anlaşmıştır. Öte yandan, umduğu daha iyi müşteriyi kaçıran (B), yaptığına pişman olarak, tam sözleşmedeki vade günü araç gereciyle (A)'nın kapısını çalmıştır. Bu takdirde, (B)'ye karşı borçlu temerrüdünden doğan "ifadan vazgeçerek tazminat isteme" veya "sözleşmeden dönme" haklarından birini kullandığını bildirmemiş olan (A), tam vade geldiğinde ifayı teklif eden (B)'ye karşı bu haklarını nasıl kullanabilir? Adaletsiz sonucu önlemek için dürüstlük kuralına dayanarak bu hakların gene de kullanılabileceği veya kullanılmış sayılması gibi çözümler önerilmek istenir ise; herhalde imkansızlığı bizim gibi anlayarak durumu mevcut hükümler (TBK. m.112) çerçevesinde çözmek, bu çok yapay ve zorlama çözümlere tercih edilmelidir."* Bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1459.

[855] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.231.

[856] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1460; **Öz,** İnşaat, s.129.

[857] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1460; **Öz,** İnşaat, s.129.

sunulsa dahi borçlu perspektifinden düşünüldüğünde bu durum, ifa değil; "masrafları karşılamaya yönelik bir tazminat ödemek" anlamına gelir. Diğer bir deyişle andığımız görüşe göre alacaklı nihayetinde yapma ediminin sonucunu tam ve düzgün biçimde elde etse bile bu kazanımın ifa imkânsızlığı müessesesi sayesinde olduğu fikri benimsenmektedir.[858]

İfa imkânsızlığı görüşünde olan yazarlar ayrıca, "bir işin yapılması" hakkında verilen ilamların İİK md.30/1 hükmüne göre icraya konulmasının ve bu ilamın gereği yerine getirilmezse İİK md.343 gereği borçlunun 3 aya kadar tazyik hapsine çarptırılmasının sadece borçlunun "edimini yerine getirmemeye yönelik beyanının" yapma borcunu imkânsızlaştırmadığına bir delil olduğunu belirtmektedirler.[859] Bu düşünceye göre borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ etmesine rağmen alacaklı hâlen ifayı sağlayabileceği kanaatindeyse ve bunda haklıysa ifa imkânsızlığı gündeme gelmez.[860] Yazarlara göre alacaklı, borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan ettiği ânda yapma edimini imkânsızlaşmış varsayıp tazminat talep edebilir yahut bir ifa davası açıp aynen ifaya yönelik bir ilam elde ettikten sonra bunu icraya koyabilir. Fakat en geç ilamın icraya konulmasının ardından hareketsiz kalan borçluya uygulanacak tazyik hapsi de bir yarar sağlamazsa alacaklının ifanın hâlen mümkün olduğu yönündeki kanaatinin haksız olduğu anlaşılacak ve artık o ânda ifa imkânsızlığının gerçekleştiği kabul edilecektir.[861]

[858] **Göka,** s.127.
[859] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1461.
[860] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1461.
[861] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1461.

IV. AKDİN MÜSPET İHLÂLİ GÖRÜŞÜ

A. Genel Olarak

Doktrinde *Arslanlı, "satıcının henüz borcu muaccel olmadan mebî' teslim etmeyeceğini kat'i olarak beyan etmesi"* hâlini -konumuz bağlamında- örnek olarak verdikten sonra bunlar bakımından Alman hukuk sisteminde "akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)"* kavramının tercih edildiğini; hukukumuz bakımından da *von Tuhr*'un İsviçre hukuk sisteminden hareketle tavsiye ettiği gibi TBK md.112 (eBK md.96) ve TBK md.124/1 (eBK md.107/1) hükümlerinin genişletici bir yorumuyla, tam iki tarafa borç yükleyen âni edim ihtivâ eden sözleşmelerde sözleşme maksadının tehlikeye sokulmasını esas alan Alman hukuk sistemine benzer neticelere ulaşılabileceğini; sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde "haklı sebep" kavramının zaten bu gereksinimi karşılamaya yönelik olduğunu; yine şirket sözleşmelerinde haklı sebeple feshin kıyasen tatbiki mümkün olmadığında temerrüt hükümleri sayesinde alacaklıya bir fesih hakkı verilmesinin mecburi olduğunu ifade etmiştir.[862]

Tespitlerine özetle değindiğimiz *Arslanlı* gibi Türk-İsviçre hukuk sisteminde çoğunlukta kalan görüşlere ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya koyması durumunda akdin müspet ihlâline dair kurallar tatbik edilir.[863] Zira bu hâlde borçlu, sözleşmenin maksadını tehlikeye atacak şekilde hareket etmektedir. Borçlunun bu türden bir hareketinin haklı bir sebebi yoksa yahut iddia edilen sebep geçersizse taraflar arasındaki edim ilişkisinden bağımsız olarak TMK md.2 hükmünden doğan güven ve sadakat yükümlülüğüne aykırılık mevcuttur. Önemle vurgulamak gerekir ki

---

[862] **Arslanlı, Halil:** Ticarî Bey', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Sermet Matbaası, İstanbul 1952, s597-599.

[863] **Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm:** Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Madde: 41-109 (TBK: 41-108), (çev.: Recai Seçkin), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1950, s.721; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.402 ve s.477; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401 ve s.406; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974-975.

kastettiğimiz husus, "yan edim yükümlülüğüne" aykırılık olarak değil, bizzat âkit taraflar arasındaki edim ilişkisinden bağımsız ve soyut olan "güven ilişkisinden doğan davranış yükümlülüklerine" aykırılık şeklindeki bir akdin müspet ihlâlinin meydana geldiğidir.[864]

Doktrindeki hâkim görüş, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini akdin müspet ihlâlinin *(die positive Vertragsverletzung)* bir türü olarak ele almaktadır.[865] Fakat akdin müspet ihlâli görüşündeki yazarlar arasında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve hukukî sonuçları açısından bir fikir birliği mevcut değildir. Nitekim öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve hukukî sonuçlarına dair esasen üç farklı görüş ele alınabilir:

İsviçre hukuk literatüründe *Oser, Schönenberger* ve *Honegger* tarafından savunulan birinci görüşe göre, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin biçimde kaçınması "borç muaccel olana kadar" her daim geri alınabilecek olduğu için alacaklı, vâdeye dek beklemek zorundadır.[866] Borçlu söz konusu kaçınmayı muacceliyetin gerçekleşmesine kadar geri almazsa alacaklı, ihtar çekmeden ve ek süre (mehil) tâyin etmeden karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki borçlu temerrüdünden doğan seçimlik haklarına başvurabilir.[867] Aksi durumda yani haklarını kullanmayan alacaklı, borçlunun

---

[864] **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.37; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318.

[865] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974-975; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Kuntalp,** s.75 ve s.92 vd.; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.401-402; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1578. Elbette belirtmek gerekir ki değinilen yazarlar; öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini "gereği gibi ifa etmeme" yahut "kötü ifa *(Schlechterfüllung)*" başlığı altında değerlendirmektedir. Zira yazarlar, gereği gibi ifa etmeme ve kötü ifa gibi kavramlar mevcut olduğundan akdin müspet ihlâli kavramını tercih etmek için haklı bir sebep olmadığını dile getirirler. Eren; Alman hukukundaki yazarların büyük çoğunluğunun, İsviçre hukukundaki yazarların ise bir kısmının akdin müspet ihlâli kavramını esas aldıklarını; İsviçre/Türk hukuk sisteminde ise gereği gibi ifa etmeme kavramının esas alındığını ifade eder, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3268. Kanaatimizce de TBK'nın terminolojisine sadık kalmak adına "gereği gibi ifa etmeme" (bkz. TBK md.112 hükmü lafzı) kavramı tercih edilesidir; zira akdin müspet ihlâli, yasal bir kavram olmayıp yalnızca doktrinde kullanılagelmiştir.

[866] **Göka,** s.128.

[867] **Göka,** s.128.

gerçekleştireceği ifayı kabul etmek yükümlülüğü altındadır.[868] Hatta öyle ki alacaklı, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ etmesi nedeniyle bir ikame sözleşme[869] yapmak zorunda kalmış olsa dahi alacaklının sunulan ifayı kabul etme yükümlülüğü varlığını korur.[870] Durum bu açıdan alacaklının aleyhine olsa da borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ etmesi elbette yine de akdin müspet sayılacağından alacaklı, borçlunun sözleşme ilişkisindeki güveni zedeleyen beyan ve tutumları sebebiyle bir zarara mâruz kalmışsa tazminat talep edebilir.[871]

İkinci görüş, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesinden kaynaklanan bir akdin müspet ihlâli -hatta daha spesifik olarak kötü ifa- olduğunu tespit etmekte ve alacaklıya tazminat istemine ilâveten "sözleşmeden dönme" hakkı tanınmasının isabetli olacağını ileri sürer.[872] İsviçre hukuk literatüründe *Schwenzer, Furrer* ve *Müller-Chen,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçları meselesini "kötü ifa" kavramı ekseninde ele almakta ve kötü ifanın bir sözleşmeyi esaslı biçimde ihlâl etmesi *(wesentliche Vertragsverletzung)* yani taraflar arasındaki güveni zedelemesi durumunda[873] genel hüküm olarak TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) ve kanunun özel borç ilişkilerinde düzenlenen muhtelif sözleşmelere dair dönme haklarına kıyasen alacaklıya bir dönme hakkı tanınması gerektiğini ifade ederler.[874] Söz konusu dönme hakkı, borçlunun kusurundan bağımsız değerlendirilmelidir.[875] Keza bu görüşte olarak *Serozan,* borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kendi iradî hareketleriyle mevcut akdî ilişkiyi haksız

---

[868] **Göka,** s.128.
[869] Bu konuda daha önceki açıklama ve örnekler için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, e, cc. Sınırlı Serbestlik Kuramı.
[870] **Göka,** s.129.
[871] **Göka,** s.129.
[872] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9; **Baysal,** Müterafik, s.321, dn.1112; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1578.
[873] **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1578 ve N.1580; **Göka,** s.129.
[874] **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1578 ve N.1580; **Göka,** s.129.
[875] **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1575; **Göka,** s.129.

biçimde çözmesinin veya kendini sözleşmeyle bağlı saymadığını beyan etmesinin "güven ilişkisini kökünden sarsması" nedeniyle davranış (akde sadakat) yükümlülüğüne aykırılık olarak meydana gelen bir akdin müspet ihlâli olduğunu belirtmekte ve bunun alacaklıya muacceliyetten önceki süreçte borçlunun kusurundan bağımsız biçimde sözleşmeden dönme hakkı sağlaması gerektiğini ileri sürmektedir.[876] *Serozan,* önerdiği sözleşmeden dönme hakkını TMK md.2/1 (Art.2 Abs.1 ZGB) ve TBK md.473 (Art.366 OR), TBK md.332 (Art.266h OR), TBK md.436 (Art.337a OR) hükümlerinin "toplu kıyası" neticesinde temellendirmektedir.[877] Ayrıca belirtelim ki andığımız ikinci görüşteki bütün yazarlar, borçlunun kusurundan bağımsız olarak düşünülen sözleşmeden dönme hakkına ilâveten alacaklının, borçlunun kusur bulunması şartıyla, tazminat da isteyebileceğini ileri sürerler.[878] Bu noktada önemlidir ki yazarlar, alacaklının sözleşmeden dönme hakkına başvurması hâlinde mevcut akdî ilişkinin ortadan kalkmayıp artık bir "tasfiye ilişkisine" evrildiğini ve bundan ötürü tazminat isteminin sadece menfî zarara mahsus olmadığını kabul eden dönüşüm kuramını *(Umwandlungstheorie)* esas almışlardır.[879] Nihayetinde ise *Schwenzer*'e ve *Serozan*'a göre, borçlunun kötü ifası sözleşmeye esaslı biçimde aykırılık teşkil ediyorsa alacaklı, ek süre (mehil) tâyin etmeksizin sözleşmeden dönme hakkına başvurabilir.[880]

Doktrinde akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* kuramını benimseyenler arasında çoğunluk tarafından savunulan[881] ve İsviçre Federal Mahkemesi[882] ile aynı yönde olan üçüncü görüşe göre, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda meydana gelen akdin müspet ihlâlinin ağırlığı karşısında alacaklı, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2

[876] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9.
[877] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9
[878] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1578 ve N.1580.
[879] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.73 vd. ve s.589 vd.
[880] **Göka,** s.130; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8.
[881] **Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974-975.
[882] **Eren,** Borçlar Genel, N.3290; **Göka,** s.130.

OR) hükmünün kıyas metoduyla uygulanması neticesinde hükümde öngörülen seçimlik haklara henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte dahi başvurabilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi buna dair verdiği kararda henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimi yerine getirmekten kaçınmasının *"her iki sözleşme tarafına da yüklenen ve tarafların sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya bertaraf edecek davranışlardan kaçınmasını gerektiren genel yükümlülüğün ihlâli şeklinde"* alacaklının akdî ilişkiye duyduğu güveni kaçınılmaz biçimde sona erdiren bir akdin müspet ihlâli sayılacağını[883] saptadıktan sonra şuna hükmetmiştir: *"Yerel mahkemenin verdiği hükmün gerekçesi, âkit taraflardan birinin edimini yerine getirmekten haksız biçimde kaçınmasının, diğer tarafa sadece sözleşmeden dönme hakkı vereceği yönündeki yanlış bir varsayıma dayanmaktadır; ancak esasen Art.107 OR vd. hükümlerinin kıyas metoduyla tatbiki mümkün olduğundan hiç değilse somut olayın koşulları bunların uygulanmasına müsaitse anılan hükümde zikredilen tüm hukukî imkânlara başvurulabilmelidir. Bu nedenle taraflardan birinin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce edimini ifa etmeyeceğini açıklaması hâlinde diğer taraf, dilerse sözleşmeden dönüp menfî zarar tazminatı isteyebilir dilerse edimin aynen ifa edilmesinde ısrar edebilir -fakat elbette karşı tarafın edimi henüz muaccel hâle gelmediğinden gecikme tazminatı isteyemez- dilerse de aynen ifadan vazgeçip bunun yerine edimin yerine getirilmemesinden ötürü bir tazminat isteyebilir ki genel kabul edilen görüşe göre bundan kasıt, sözleşmedeki müspet menfaat veya ifa menfaatinden ibarettir."*[884] İşte bu üçüncü görüşe göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılık

[883] Kararlar için bkz. BGE 69 II 244, BGE 69 II 243, BGE 110 II 143, nak.: **Cumalıoğlu,** s.180, dn. 130. Ayrıca bkz. **Göka,** s.130.

[884] 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*

durumlarında borçlunun yükümlülüğe aykırı hareketleri o denli ağır olduğundan artık alacaklıdan sözleşmeyle bağlı kalması beklenmemelidir zira burada "nitelikli bir akdin müspet ihlâli" gündeme gelmiştir.[885] Bu noktada *Weber,* taraflardan biri bakımından sözleşmeyi sürdürmeyi artık çekilmez kılan akdin müspet ihlâllerinin -elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği tüm hâllerin- borçlu temerrüdüyle eş görülmesi gerektiğini kabul eder.[886] Söz gelimi *Weber*'e göre TBK md.119-122 (Art.103-106 OR) hükümlerinin kıyas metoduyla tatbiki neticesinde borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bile hemen temerrüdün hüküm ve sonuçlarıyla sorumlu tutulmalıdır.[887] Zaten bilhassa borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde beyan ettiği hâllerde artık temerrüt için gerekli olan "muacceliyet şartının" beklenmesine de mantıken gerek kalmaz.[888] Bu kabulün neticesinde borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ ederse alacaklı, TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerine istinaden dilerse aynen ifadan vazgeçip müspet zararının giderilmesini isteyebilir dilerse de sözleşmeden dönüp menfî zararının giderilmesini isteyebilir. Yani alacaklı bu haklar arasında seçim yapma imkânına sahiptir; çünkü borçlunun öncelenmiş sözleşmeye aykırı hareketleri karşısında alacaklının karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* bir akdî ilişkiyle bağlı kalmayı sürdürmesini beklemek apaçık bir haksızlıktır.[889] İlâveten önemle vurgulamak gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği hâllerde TBK md.124/1 (Art.108

Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, worunter nach allgemein anerkannter Auffassung das positive Vertragsinteresse oder Erfüllungsinteresse zu verstehen ist." Bu hususta ayrıca bkz. ve karş. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.317, dn.183; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974-975; **Göka,** s.131.

[885] **Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd.; **Göka,** s.131. Bunun için kullanılan tabir: *"Qualifizierte positive Vertragsverletzung"*

[886] **Göka,** s.132.

[887] **Eren,** Borçlar Genel, N.3290; **Göka,** s.132.

[888] **Göka,** s.132.

[889] **Göka,** s.132.

Abs.1 OR) hükmünün kıyas metoduyla tatbiki neticesinde alacaklı uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmeden işbu seçimlik haklara başvurabilecektir.[890]

İşte andığımız üç görüş böyle olmakla birlikte ortak uzlaşı noktası olarak Alman hukuk sisteminde borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan etmesi, "yan yükümlülük ihlâli" şeklinde ortaya çıkan bir akdin müspet ihlâli olarak değerlendirilmektedir.[891] Gerçekten de § 323 Abs.4 BGB hükmünde öngörülen düzenlemede henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden dönmenin şartlarının oluşacağı açıkça anlaşılabiliyorsa (aşikârsa)[892] alacaklının muacceliyeti beklemeden sözleşmeden dönebileceği ifade edilmektedir. İşte bu düzenleme, tamamen akdin müspet ihlâli niteliğindedir.[893]

Anglo-Sakson hukuk sisteminde bir görüş, akdin müspet ihlâline *(die positive Vertragsverletzung)* benzer olarak, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesini, "ifa etmeme *(non-performance)*" yahut "kötü ifa *(mal-performance)*" olarak değil de alacaklının edimin ifasına dair hukuken mâkul sayılabilecek beklentisini ihlâl *(destruction of the promisee's legitimate expectation of performance)* olarak nitelendirmektedir.[894] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sübjektif görünümü[895] yani borçlunun iradî davranışlarından kaynaklanan sözleşmeye aykırılık, borçlunun hem kendisini edimi yerine getirmeye hazır şekilde bulundurma hem de alacaklının ifaya olan haklı güvenini zedelememe yükümlülüğüne aykırılığa karşı bir müeyyide olarak düşünülebilir.

---

[890] **Göka,** s.132.
[891] İlgili kararlar için bkz. Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 11, 84; Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 149, 403, nak.: **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.317, dn.183; **Weidt,** s.96 vd.
[892] **Müller,** N.24-25; **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.244.
[893] **Serozan,** Yeni Alman İfa Engelleri, s.244.
[894] **Smith,** s.175.
[895] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü" – *"endgültige Erfüllungsverweigerung"*).

Borçlunun bu yöndeki hareketlerini, işlem temelinin çökmesi kuramının[896] özünü teşkil eden "hayal kırıklığı *(frustration)*" kavramına dayandıran ve ifadaki gecikme, sözleşmenin yıpranmasına sebebiyet verecekse alacaklının tazminatsız biçimde sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesi gerektiğini savunan görüşler de Anglo-Sakson hukuk literatüründe görülmektedir.[897]

Amerikan hukuk sisteminde ise *Uniform Commercial Code* (UCC)'deki hükümler ile âkit taraflara zımnen de olsa "sözleşmenin yerine getirileceğine dair karşılıklı beklentileri ihlâl etmeme" yükümlülüğü yüklendiği, bu yükümlülüğün esasını ise "iyiniyet ve dürüst müzâkere *(good faith and fair dealing)*" prensiplerinin teşkil ettiği belirtilmekte ve *"uluslararası ticarette tarafların her biri dürüst ve adil bir şekilde davranmalıdır." şeklindeki* Art.1.7 para.1 PICC hükmüne de işaret edilmektedir.[898]

Son olarak hukukumuz bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliği itibariyle akdin müspet ihlâli olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeki bazı yazarlara göre; böyle bir ihlâlin neticesinde alacaklı, sözleşmeyle bağlı kalması dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenemeyeceği hâllerde, sözleşmeden dönebilmeli ve zararının giderilmesini isteyebilmelidir. Bu bağlamda alacaklının sözleşmeden dönmek için borçluya bir süre tâyin etmesi gerekmediği gibi ifayı beklemeyi tercih etmesi de hâlen mümkündür.[899] Bu görüşün ağırlıklı olarak ön plâna çıkan yazarı *Serozan,* andığımız tespitlere ulaşırken TMK md.2 (Art.2 ZGB), TBK

[896] Türk hukuku için bkz. ve karş. TBK md.138 hükmü.
[897] **Carter,** s.422 vd.
[898] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.797.
[899] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.37; **Serozan, Rona:** "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlâli" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", İÜMHAD 1968, C.2, S.3, ss.108-129, s.125; **Yüce,** s.23, dn.59.

md.98 (Art.83 OR) ve TBK md.473 (Art.366 OR) hükümlerini içeren toplu bir kıyas metodunu izlemeyi tercih etmiştir.[900]

Doktrindeki bir diğer görüş olarak *Antalya*'ya göre alacaklı, borçlunun kusuru mevcutsa[901] TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne istinaden bir tazminat talep edebilir ve sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı hâlinde olduğu üzere, borçlu temerrüdüne dair hükümlere göre borçluya bir ek süre (mehil) bile tâyin etmeksizin seçimlik haklarına başvurabilir,[902] bu arada elbette sözleşmeden dönebilir.[903] *Antalya*'ya göre borçlunun "aciz hâli" hâricindeki ifanın tehlikeye girdiği tüm hâllerde TBK md.112 hükmü tatbik edilmelidir.[904] Anlaşılacağı üzere *Antalya*'nın görüşü, alacaklının muacceliyete dek beklemesine gerek olmaksızın sözleşmeden dönüp zararının giderilmesini talep edebilmesidir. Bu noktada yazar, her ne kadar "ek süre (mehil) tâyin edilmesine gerek olmadığı"nı ifade etse de bu hususta tartışmaya açık bir kapı bırakmakta fayda vardır.

Doktrinde değinilmesi gereken son bir görüş olarak *Oğuzman* ve *Öz*'e göre, henüz ifanın veya muacceliyetin söz konusu olmadığı bir zaman diliminde müspet bir davranış ile kötü ifaya sebebiyet verilmesinden bahsedilemez. İlâveten yazarlara göre TBK md.112 hükmüne istinaden tazminatın nasıl hesaplanabileceği de bu süreçte zaten belirsizdir.[905] Yine *Oğuzman* ve *Öz, Serozan*'ın savunduğu ve hemen yukarıda değindiğimiz "edim yükümünden bağımsız olarak taraflar arasındaki güven ilişkisinin ihlâli" şeklinde özetlenebilecek görüşü isabetsiz olarak nitelendirmektedirler. Zira edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinin ihlâl edilmesi, sadece tazminat talep edebilme imkânı verir yoksa sözleşmeden dönme hakkı vermez.[906] İşte bu sebeplerden ötürü *Oğuzman* ve *Öz,* borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte

[900] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9.
[901] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.404.
[902] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.477.
[903] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.403 ve s.477.
[904] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.70.
[905] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1571.
[906] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1573.

edimini yerine getirmeyeceğini açıklamasının akdin müspet ihlâli olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. Ancak doktrinde bir görüş olarak *Cumalıoğlu,* yan yükümlülüklerin ihlâl edilmesinin tek neticesinin "tazminat" olarak düşünülemeyeceği görüşündedir. Zira yazara göre nasıl ki sürekli edim ihtivâ eden sözleşmeler bakımından sözleşme ilişkisini çekilmez kılan hareketler, birer fesih sebebi olarak değerlendirilmektedir; öyleyse ne türden olursa olsun sözleşmenin maksadını tehlikeye sokan ve alacaklının korunmaya layık güvenini sarsan borçluya karşı "sözleşmenin sona erdirilebilmesi" gerekmektedir. Dolayısıyla *Cumalıoğlu,* borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya koyduğu ifadan imtinâ açıklamasını, akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* olarak düşünmektedir.[907]

Tüm bunlar hâricinde hukukumuz bakımından doktrinde akdin müspet ihlâli görüşü, borçlunun borcunu yerine getirmeyeceğini beyan ederek doğrudan aslî edim yükümlülüğüne ilişkin bir ihlâl bildiriminde bulunduğu, bunun yan yükümlülüğünün ihlâli olarak değerlendirilip de akdin müspet ihlâli müessesesine başvurulamayacağı ve sözleşmenin maksadını ihlâl yahut ifasını tehlikeye atma fikrinin, zaten borçlu temerrüdünün özünü teşkil eden bir fikir olarak, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık konusunda kanundaki teknik ve gerçek boşluğu doldurmaya uygun olmadığı yönünde de eleştirilere mâruz kalmıştır.[908]

B. İsviçre Hukukundaki "Altlama *(Subsumtion)*" Yaklaşımı

1. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Konusu

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın konusu, en genel anlamıyla, sözleşmeye uygun surette bir ifanın gerçekleşmemesidir; başka bir deyişle, sözleşmeden doğan bir

[907] **Cumalıoğlu,** s.183.
[908] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.317.

edim borcunun gelecekte hiç veya gereği gibi ifa edilmeyeceğinin neredeyse kesinlik derecesine varan bir ihtimalle öngörülebilmesidir. Dolayısıyla bu müessese, dogmatik açıdan bir ifa engeline dayanır; ancak söz konusu ifa engelinin gerçekleşmesi, ilgili edim borcunun muaccel olmasını bir noktada zorunlu kılar.[909]

İsviçre doktrini ve hukuk pratiğinde, içtihatlarda egemen olan görüş, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı Art.107 Abs.2 (TBK md.125/1 ve md.125/2) hükmünde borçlu temerrüdü bakımından getirilen seçimlik haklarla ilişkilendirmektedir. Nitekim böyle bir bağlantının dogmatik açıdan iki temelde kurulması mümkündür: Birincisi, gelecekte ortaya çıkacak bir ifa engeline dayanılmasıdır fakat bu hâlde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile borçlu temerrüdü arasında "muacceliyet" unsuruyla ilgili bir gerilim/çatışma meydana gelir. İkincisi ise neredeyse kesinlik derecesine varan bir ihtimalle gerçekleşeceği öngörülen hiç veya gereği gibi ifa etmeme hâlinin, akdin müspet ihlâlinin bir görünüm biçimi olarak değerlendirilmesidir.[910]

2. Hiç veya Gereği Gibi İfa Etmemenin Zorunlu Koşulu Olarak Muacceliyet

Tüm ifa engeli hâllerinin müşterek noktası, nihayetinde sözleşmeye uygun surette ifanın tamamen yahut kısmen gerçekleşmemesidir. Nitekim bu sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ise alacaklının talep hakkının konusunu teşkil eder. Bu talep hakkı ise farklı türden seçimlik haklarda somutlaşır.

Borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeye uygun surette ifayla yükümlü olmadığından, alacaklının herhangi bir hak üzerinden talebini ileri sürebilmesi de muacceliyetin gerçekleşmesine bağlıdır. Zaten bu sebepledir ki henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte düzenlenen bir ihtar yahut ikame edilen bir eda davası, sözleşmede kararlaştırılmış ifa klozlarına tesir etmez;

[909] **Müller,** N.236.
[910] **Müller,** N.237.

yalnızca olsa olsa borçlunun muacceliyet ânındaki ifa yükümlülüğünü şimdiden teyit etmiş olur.[911]

Bilindiği üzere bir borcun hiç ifa edilmemesi hâli, genellikle, borca aykırılık kategorilerinden biri olan borçlu temerrüdü kapsamında ele alınır. Buna bağlı olarak ortaya çıkan yükümlülük ihlâli, diğer unsurların yanı sıra, alacaklının borçluya bir ifa çağrısında *(Leistungsaufforderung)* bulunmasını yahut sözleşmede tâyin edilmiş bir kesin vâdenin *(Fixgeschäft)* veya fesih kaydının *(Kündigungsabrede)* mevcudiyetini zorunlu kılar. Bu surette alacaklı, muacceliyet gerçekleştiğinde alacağını talep etme yetkisini ortaya koymuş olur. Dolayısıyla borç muacceliyet kazanmadıkça borçlu temerrüdünün varlığından dogmatik açıdan söz etmek olanaksızdır. Muacceliyet unsurundan vazgeçilmesi ayrıca akdî ilişkiye hukuken kabul edilemez bir müdâhale anlamına gelir; zira bu durum bizzat sözleşmeden kaynaklanan talep hakkının esaslı bir unsurunu, yani hakkın kullanılabileceği zamanı ortadan kaldırmış olur. Bu sebeplerle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, dogmatik açıdan "erken temerrüt" gibi bir tabirle karşılanamayacağı gibi "borçlu temerrüdü" kavramıyla da özdeş tutulamaz.[912]

Bir edim yükümlülüğünün kötü ifası *(Schlechterfüllung)* ise buna karşılık sözleşmenin nitelik bakımından ayıplı şekilde yerine getirilmesini ifade eder. Erken ifa hâlinde borçlu, kendisine tanınmış olan "zamansal ifa ertelemesi" avantajından feragat etmiş olur. İfa edilen yükümlülük bakımından, vâde tarihinde ifa gerçekleştirilmiş olsaydı mevcut olacak hukukî durum tesis edilir. Dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık *(antizipierter Vertragsbruch)* müessesesinin uygulama alanı ortadan kalkar. İfa etmeme *(Nichterfüllung)* ve kötü ifanın *(Schlechterfüllung)* dogmatik açıdan incelenmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bu borca aykırılık hâlleriyle eş tutulamayacağını göstermiştir. Buna bağlı olarak hemen aşağıdaki altbaşlıklarda

[911] **Müller,** N.238.
[912] **Müller,** N.239.

öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamındaki yükümlülüğe aykırılığın, sözleşmenin tehlikeye düşürülmesinde *(Vertragsgefährdung)* aranması gerektiği ortaya konulacaktır.[913]

3. Sözleşmenin Tehlikeye Düşürülmesi *(Vertragsgefährdung)*: Bağımsız Bir Bağlantı Noktası

a. İfa Engelleri Hukukunun Konusu Olarak Davranış Yükümlülükleri

Sözleşmenin kurulması, taraflar arasında nitelikli ve özel bir hukukî bağ doğurur. Bu bağ, sadece kararlaştırılan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle sınırlı değildir; aynı zamanda birtakım "davranış yükümlülüklerini" de ihtivâ eder. Dolayısıyla sözleşme sadece "sözleşme maksadının" gerçekleştirilmesini değil, aynı zamanda dürüstlük ve güven prensibine (TBK md.2, Art.2 ZGB) uygun bir hareketi de gerektiren karmaşık bir hukukî yapı yaratır.[914] Elbette bu davranış yükümlülükleri akdî niteliktedir. Bu tespit, bilhassa tarafların açık (sarih) veya örtülü (zımnî) biçimde bir davranış yükümlülüğü kararlaştırdığı hâllerde tartışmasızdır; bu çeşit yükümlülükler genellikle hizmet sözleşmelerinde sıklıkla görülmektedir. Kaldı ki taraflar belirli bir davranış yükümlülüğünü açıkça kararlaştırmamış olsalar dahi, söz konusu yükümlülük akdî niteliğini yitirmez. Bir yandan da kanunda öngörülmüş davranış yükümlülükleri, geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olmasını ön şart olarak gerektirir. Öte yandan diğer davranış yükümlülükleri, hâkim tarafından yürütülecek "sözleşmenin tamamlanması" yoluyla sözleşmeden doğan yükümlülükler bütününe dâhil edilir.[915] Davranış yükümlülüklerinin akdî mahiyeti sebebiyle, bunlara aykırı davranılması elbette taraflar için bir yükümlülük ihlâli teşkil eder. Dolayısıyla böyle bir davranış, bir yan

[913] **Müller,** N.240-241.
[914] **Müller,** N.242.
[915] **Müller,** N.243.

yükümlülüğün gereği gibi ifa edilmemesi anlamına gelir ve bunun hukukî dayanağı, zaten genel bir borca aykırılık hükmü olan Art.97 Abs.1 OR (TBK md.112) olarak kabul edilir.[916]

b. Bir Yan Yükümlülük İhlâli Olarak Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık

Taraflar arasında nitelikli ve özel bir hukukî bağ sebebiyle sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmeyle ilgili tüm davranışlarını dürüstlük ve güven prensibine uygun surette yönlendirmekle yükümlüdürler. Bu nedenle her iki taraf da sözleşmeye sadık kalmak ve böylece kararlaştırılan sözleşme maksadının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak zorundadır. Dolayısıyla sözleşmenin maksadını tehlikeye düşüren yahut gerçekleşmesini engelleyen her türlü davranıştan imtinâ edilmesi bir zorunluluktur.[917] Sözleşmeye uygun surette ifanın gerçekleşmeyeceği, borçlunun kesin bir ifa etmeme beyanı[918] yahut açık bir ifa tehlikesi[919] sebebiyle neredeyse kesin olarak öngörülebiliyorsa, sözleşme maksadının gerçekleştirilmesi de artık ciddî biçimde tehlikeye girmiş demektir. Her iki ihtimalde de sözleşmeyle amaçlanan edimin yerine getirilmesi olanağı, borçluya isnat edilebilen sebeplerle fiilen ortadan kalkmış olur. Bu hâlde ise alacaklının, borçlunun sözleşmeye sadık kalacağına dair güveni sarsılmıştır. Alacaklı, sözleşmeden bekleyebileceği şeyi esaslı surette elde edemeyecek vaziyette olduğundan ötürü onun vâde tarihini beklemeye mecbur edilmesi yahut ifayı teminat altına almak için -rizikosu kendine ait olmak üzere- aynı konuya ilişkin başka başka sözleşmeler yapmak zorunda bırakılması mâkul değildir. İşte bu nedenlerle öncelenmiş

[916] **Müller,** N.244.
[917] **Müller,** N.245.
[918] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü" – *"endgültige Erfüllungsverweigerung"*).
[919] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 2. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesi (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Objektif Görünümü" – *"objektive Erfüllungsgefährdung"*).

sözleşmeye aykırılık müessesesi, bir "yan yükümlülük ihlâli" olarak vâde tarihinden önce de sözleşmeden kaynaklanan ifa ârızaları olabileceğini gösterir.[920]

Borçlunun ifadan imtinâ beyanını geri alabilmesi,[921] tespit edilen yükümlülük ihlâline engel teşkil etmez. Gerçi işbu geri alma ile sözleşme maksadının tehlikeye düşmesi vâkıası da ortadan kalkar. Aynı durum, alacaklı tarafından fark edilemeyen bir sebeple ortadan kalkan ifa tehlikesi açısından da geçerlidir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren vâkıalar ortadan kalktıktan sonra alacaklı, artık sözleşmeyle bağlı kalmak zorundadır; ancak gerektiğinde borçlu tarafından uğratıldığı zararların tazminini talep edebilir. İfadan imtinâ beyanı geri alınmadığı yahut objektif ifa tehlikesi ortadan kalkmadığı/kaldırılmadığı müddetçe, alacaklının sözleşmeye uygun surette ifanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve borçlunun sözleşmeyle bağlılığı konularında duyduğu kuşkular hukuken himâyeye layıktır. Öyle ki bu durum -doktrinde ileri sürülen eski görüşlerin aksine- alacaklının daha önce bir ikame sözleşme akdedip etmediğinden bağımsızdır. Alacaklının hukukî himâye ihtiyacını, üçüncü bir kişiyle sözleşme akdedip etmediğinin ispatına bağlamak isabetli değildir.[922]

İşte İsviçre doktrininde *Müller'*in benimsediği görüşe göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktaki "haksızlık (hukuka aykırılık)" unsuru, taraflar arasındaki nitelikli ve özel hukukî bağdan doğan davranış yükümlülükleri esas alınarak tespit edilmelidir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kavramı belirsiz değildir; buradaki yükümlülük ihlâli, henüz gerçekleşmemiş olmakla beraber, önceden öngörülen bir vâkıaya -yani esasen ileride ortaya çıkacak bir ifa ârızasına- dayanır. Bu durum, söz

[920] **Müller,** N.246.
[921] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, e. Edimi İfadan Kaçınma Açıklamasının Geri Alınabilirliği Üzerine.
[922] **Müller,** N.247.

konusu ifa ârızası henüz gerçekleşmeden önce dahi bir sözleşme ihlâlinin mevcudiyetini kabul edebilmeyi haklı ve isabetli kılar.[923]

V. BORÇLU TEMERRÜDÜ HÜKÜMLERİNE DAİR GÖRÜŞ

Bu başlık altındaki görüş ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda bunu hukukî niteliği itibariyle akdin müspet ihlâli olarak değerlendirmeksizin, kıyasen borçlu temerrüdü hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğini savunur.[924] Daha detaylı açıklamak gerekirse borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin biçimde kaçınırsa alacaklı, TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmünün kıyasen tatbikiyle, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin olarak sağlanan tüm seçimlik haklara muacceliyetten önce sahip olur ve boş yere muacceliyeti beklemek zorunda kalmaz.[925] Hatta öyle ki bu hâlde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) de kıyas metodu neticesinde tatbik edilebilecek ve alacaklı seçimlik haklarına başvurabilmek için ayrıca borçluya uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmek mecburiyetinde kalmayacaktır.[926] İlâveten *Decurtins*'e göre, edimini yerine getirmek istemeyen yahut yerine getirmeyeceğini açıkça beyan eden bir borçluya ifada bulunması istemiyle bir ihtar çekmek anlamsızdır, yani bu nedenle seçimlik hakların kullanılması için ek süreye (mehil) ihtiyaç olmadığı gibi ihtar çekmeye de gerek yoktur.[927] Keza *Decurtins*'in

---

[923] **Müller,** N.247-248.

[924] **Eren,** Borçlar Genel, N.3290. Eren, borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiğini açıkça ifada etmekle birlikte bu uygulamanın doğrudan doğruya mı yoksa kıyas *(analogia)* metoduyla mı olacağı konusunda bir bilgi vermemektedir. Ayrıca tartışmalar için bkz. ve karş. **Altınok Ormancı,** Zarar, s.209, dn.730; **Sert/Cihan,** s.915 vd.; **Sanlı,** s.465, dn.499; **Cumalıoğlu,** s.183.

[925] **Göka,** s.133.

[926] **Göka,** s.133.

[927] **Göka,** s.133. Aslında *Decurtins*'in bu tespiti, TBK md.117/2 hükmünün dürüstlük kuralıyla biraz daha genişletilip "dürüstlük kuralı gereği ihtarın gereksiz olması" argümanıyla hemen hemen aynı yöndedir. Pozitif bir düzenlemesi olmamakla beraber doktrinde alacaklının temerrüt için borçluya ihtarda bulunmasının dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenemeyeceği hâllerde ihtar çekilmesine ihtiyaç olmadan borçlu temerrüdünün meydana geleceği kabul edilmektedir. Esasen bu argümanın altında, borcun ne zaman yerine getirilmesi gerektiğini somut olayın koşulları yahut işin niteliği gereği bizzat borçlunun bilmek veya anlamak mecburiyetinde olduğu ya da alacaklıdan çok daha iyi bilebilecek bir konumda olduğu hâllerde alacaklının dürüstlük kuralı uyarınca ihtar çekmesinin bir mantığı olmadığı düşüncesi yatar. Çünkü bu hâllerde borçlu ifa zamanını bildiğinden ötürü artık ihtarın bilgilendirici,

görüşüne benzer olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda andığımız kararlarında da henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimi yerine getirmeyeceği kesin biçimde anlaşılamamaktaysa borçluya bir süre vermenin gerektiği görüşü benimsenmiştir; fakat buna rağmen alacaklı muacceliyete dek beklemeyi tercih ederse de artık TBK md.117/1 (Art.102 Abs.1 OR) hükmü anlamında bir ihtar çekmesine yahut TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmü bağlamında bir ek süre (mehil) tâyin etmesine gerek kalmayacaktır.[928]

Ancak önemle belirtmek gerekir ki alacaklı, henüz muacceliyetten önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmekten imtinâ etmesine rağmen aynen ifayı istemek hususundaki ısrarına devam ederse, borç muaccel hâle gelene kadar bir gecikme tazminatı isteyemez.[929] Zira henüz muacceliyet öncesi süreçte bulunulduğundan ötürü ortada bir "gecikme" yoktur. Zaten bu nedenle bu görüşe göre, işin niteliği gereği, alacaklının henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte başvurabileceği seçimlik hakları, borçlu temerrüdünde olana nispeten daha kısıtlıdır. Doktrinde *Başoğlu,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanması yönündeki görüşün olumlu taraflarından biri olarak alacaklıya sözleşmeden dönme yahut müspet zararının giderilmesini isteme konusunda seçimlik bir imkân tanımasına dikkat çekmiştir. Ancak yine *Başoğlu*'na göre bu hâlde müspet

koruyucu, anımsatıcı fonksiyonlarından söz edilemez. Doktrinde buna klâsik örnek olarak bir apartmandaki ortak kalorifer kazanının bakım ve tamirini sürekli biçimde taahhüt eden bir kapıcının, borcunu ne zamanlarda ne sıklıkta ifa etmesi gerektiğini, alacaklılardan (kat mâliklerinden) çok daha iyi bilebileceğinden borcunu ifa etmediğinde temerrüde düşürülebilmesi için kendisine ihtar çekilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı verilir. Yine bir vekil, müvekkili hakkında kendisine ulaşan bir hukukî işlemden doğan borcun ne zaman ifa edilmesi gerektiğini bilmek ve gözetmekle yükümlü olduğundan (müvekkili orada bulunmayabilir) kendisine dürüstlük kuralı uyarınca bir ihtar çekilmesine gerek olmaksızın temerrüde düşebilir. Ancak bu gerekçelerin yanı sıra "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" bağlamında düşünülecek olursa, borçlu çeşitli vesilelerle edimini hiçbir biçimde yerine getirmeyeceğini bildirmişse dürüstlük kuralı uyarınca yine kendisine bir ihtar çekilmesine gerek olmaksızın temerrüde düşmelidir. Tüm bu hususlar için bkz. **von Tuhr,** s.610; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.918; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.477; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.498; **Feyzioğlu,** s.239; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.911; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.670; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.920-921; **İnan/Yücel,** s.619; **Ayan,** Borçlar Genel, s.470; **Yıldız,** s.48; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4568; **Eren,** Borçlar Genel, N.3426; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.5; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.5; **Nomer,** N.186.14 ve N.186.15; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.337; **Aybay,** s.146; **Yıldırım,** s.280; **Akıntürk/Ateş,** s.130; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.328.

[928] **Cumalıoğlu,** s.183. Ayrıca anılan kararlar için bkz. BGE 69 II 244 vd.

[929] **Göka,** s.133. Keza İsviçre Federal Mahkemesi de bu kanaattedir, bkz. BGE 69 II 244 vd.

zararın nasıl hesaplanabileceği problemi gündeme gelecektir. Nitekim bilhassa "fark kuramının *(Differenztheorie)*" tatbik edildiği hâllerde alacaklının malvarlığının borcun zamanında yerine getirilmiş olması ihtimalinde içinde bulunacağı hâli, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte (öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde) saptamak ciddî problemlere sebebiyet verebilir.[930]

Bu noktada bilindiği üzere borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için, kural olarak, ihtar çekilmesi şarttır. Borcun muaccel hâle gelmesinden sonraki süreçte borçlunun edimini ifa etmeyeceğine dair beyanda bulunması, hemen yukarıda açıklandığı üzere, dürüstlük kuralı uyarınca artık bir ihtar çekilmesini gereksiz kılar ve borçlu ihtarsız biçimde temerrüde düşürülebilir. Fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini açıklaması durumunda bunun artık ihtar gerektirip gerektirmediği meselesi doktrinde muhtelif görüşlere sebebiyet vermiştir: Bir görüşe göre edim henüz muaccel hâle gelmemişken borçlu ifayı gerçekleştirmeyeceğine yönelik açıklamalarda bulunmuş ve bu iradesini "fiilen" de ortaya koymuşsa (klâsik bir örnek olarak borçlu satım konusu şeyi, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bir üçüncü kişiye satıp da satıp teslim etmişse) artık ihtar çekilmesine gerek olmaksızın borçlu "edimin muaccel hâle gelmesiyle birlikte" dürüstlük kuralı uyarınca kendiliğinden mütemerrit olmalıdır.[931] Diğer bir görüşe göre ise henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu edimini yerine getirmeyeceğine dair açıklamalar yapmış olsa dahi muacceliyet gerçekleşinceye dek bu fikrinden vazgeçebilir. Dolayısıyla mühim olan husus; borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçteki beyanı değil, edim muaccel hâle geldikten sonra yaptığı ifayı gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğine dair

[930] **Başoğlu,** s.292. Buna rağmen borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyasen tatbikinin isabetli olacağı savunulmaktadır, bkz. ve karş. **Sert/Cihan,** s.915-916.

[931] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.918; **Feyzioğlu,** s.238. Hatta bu durum, doktrinde *"öncelenmiş borca aykırılık (anticipatory breach, antizipierter vertragsbruch)"* veya *"sözleşmenin erken ihlâli"* terimleriyle izah edilmekte ve temerrüt hükümlerinin bu hâlde kıyasen uygulanabilirlik kazandığı ifade edilmektedir, bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.670; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.921.

açıklamalardır. Şayet edim muaccel olduktan sonra bile borçlu hâlen ifayı gerçekleştirmeyeceğini beyan etmekteyse dürüstlük kuralı uyarınca ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmelidir.[932]

Doktrinde *Göka,* bu bakımdan *Schenker*'in gerekçelerini ayrıca değerlendirmenin önemli olduğunu ifade eder. Şöyle ki *Schenker*'e göre, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde edimi yerine getirmekten kaçınması durumunda borçlunun temerrüdüne dair genel hükümler olan TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümleri kıyas metoduyla tatbik edilmelidir fakat esasen burada söz konusu olan problem hiçbir biçimde borçlu temerrüdüyle ilgili değildir.[933] Zira temerrüde sebebiyet veren borçlunun hareketi iki şekilde olabilir: Birinci ihtimal, borçlunun muaccel hâle gelen edimini kendisine çekilen ihtara rağmen yerine getirmemiş olmasıdır. İkinci ihtimal ise tarafların beraberce belirli bir vâde tâyin etmiş olmalarına rağmen borçlunun vâdesinde borcunu ifa etmemiş olmasıdır.[934] Dikkat edilirse iki ihtimalde de her şeyden önemlisi edimin muaccel hâle gelmiş olmasıdır, yani muacceliyet şartı gerçekleşmeden önce, borçlu taahhüt ettiği edimi yerine getirmekle yükümlü olmaz. Keza bundan ötürü de henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu temerrüdünden söz edilemez ve alacaklı da borç muaccel olmadıkça, muacceliyet öncesi aşamada borçluyu temerrüde düşüremez.[935] Fakat borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kaçınması durumunda yani borçlunun henüz temerrüde düşmemesine rağmen gelecekte sözleşmeye aykırı hareket edeceğinin hemen hemen kesin biçimde öngörülebilmesi durumunda alacaklıdan karşılıklı borç doğuran bir sözleşmeyle bağlı kalmaya devam

---

[932] **von Tuhr,** s.611; **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.755. Doktrinde borçlu, muacceliyetten önceki süreçte edimini ifa etmeyeceğini açık ve kesin bir şekilde ifade etmiş olsa dahi bunun muacceliyet ve temerrüt üzerinde herhangi bir etkisinin olmayacağı ifade edilmiştir, bkz. **Önen, Turgut:** Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No:95, Kalite Matbaası, Ankara 1975, s.40.

[933] **Göka,** s.134.

[934] **Göka,** s.134.

[935] **Göka,** s.134.

etmesi beklenemeyeceğinden alacaklıya TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerinin kıyas metoduyla tatbiki sayesinde seçimlik haklardan, uygun bir ek süre (mehil) tâyini gerekmeksizin, faydalanma olanağı sunulmalıdır.[936] Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmemesi, esasen bir borca aykırılık hâline sebebiyet vermeyeceği ve edimin yerine getirilmeyeceğine dair açıklamalarda bulunulması dahi edim yükümlülüğünü muacceliyet öncesi sürece çekemeyeceği için TBK md.119-122 (Art.103-106 OR) hükümlerindeki borçlu temerrüdüne dair sonuçlar, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ifayı gerçekleştirmekten imtinâ eden borçlu bakımından tahakkuk etmez.[937] Çünkü pozitif hukuk açısından henüz muacceliyet gerçekleşmemişken borçlunun edimini ifa etmemesi bir borca aykırılık oluşturmaz. İşte bu gerekçelerle, taraflar sözleşmede beraberce belirli bir vâde tâyin etmemişlerse, alacaklı borçluya ihtar çekmek mecburiyetindedir fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ edilmesi durumunda söz konusu ihtar, henüz borç muaccel olmamışken dahi çekilebilecektir.[938]

Hukukumuz bakımından ise *Oğuzman* ve *Öz*'e göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda henüz ifa zamanı gelmediğinden, başka bir deyişle edim henüz muaccel olmadığından temerrüt hükümlerine gitmek, kıyasen bile câiz olamayacak kadar TBK'nın sistematiğine zıttır. Kaldı ki borçlu temerrüdünün hüküm ve sonuçlarından olan temerrüt faizi, gecikme tazminatı, hasarı borçlunun üstlenecek olması gibi kuralların tatbiki de işin niteliğiyle çelişecek ve uygulanma olanağı bulunmayacaktır.[939]

---

[936] **Göka,** s.134.
[937] **Göka,** s.134.
[938] **Göka,** s.134.
[939] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1572. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüşün esinlendiği TBK md.473 hükmünün esasen bir çeşit erken temerrüt (temerrütten kaynaklanan hakların erkenden kullanılmasını sağlayan) düzenlemesi olmadığı hakkındaki açıklamalar için ise ayrıca bkz. ve karş. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.48 vd.

Yine hukukumuz bakımından *Cumalıoğlu,* borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen dahi tatbik edilmesinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın niteliğiyle bağdaşmayacağını ifade etmektedir.[940] Yazar görüşüne mesnet olarak, borçlu temerrüdünün hüküm ve sonuçlarıyla ilgili düzenlemelerden biri olan TBK md.119 (Art.103 OR) hükmünün uygulanacak olması hâlinde borçlunun beklenmedik hâlden ve mücbir sebepten[941] bile sorumlu olacağı örneğini vermektedir. Zira edimini yerine getirmeyeceği yönündeki beyanıyla "kusurlu" addedilecek borçlunun, TBK md.119/2 hükmündeki kurtuluş imkânından faydalanması sadece alacaklı nezdinde gerçekleşen beklenmedik hâllerde olanaklıdır.[942] Yine *Cumalıoğlu*'na göre borçlu temerrüdünün hüküm ve sonuçlarıyla ilgili düzenlemelerden TBK md.118 (Art.103 Abs.1 OR) hükmündeki gecikme tazminatı, TBK md.120 (Art.104 OR) hükmündeki temerrüt faizi ve TBK md.122 (Art.106 OR) hükmündeki aşkın zarar gibi kalemlerin talep edilebilmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki edimini vâdesinde yerine getirmeyecek veya getiremeyecek bir borçlunun, bu hâli henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan etmesi, "edimini yerine getirememesi bizzat kendi kusurundan ileri gelse" bile dürüstlük kuralına uygun bir hareket tarzıdır. İşte böyle bir hareket tarzını benimseyen ve henüz muacceliyet gerçekleşmediği için temerrüde de düşmemiş olan bir borçlunun temerrüdün ağır sonuçlarından sorumlu tutmak, borçlu temerrüdü müessesesinin hukukî niteliğiyle de bağdaşmaz.[943]

---

[940] **Cumalıoğlu,** s.184.

[941] Gerçekten de doktrinde Eren'e göre TBK md.119 hükmündeki beklenmedik hâlden sorumluluk, "mücbir sebepten" kaynaklanan sorumluluğu da ihtivâ edecek biçimde geniş anlaşılmalıdır, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3455. Yine aynı görüşte bkz. ve karş. **Petek, Hasan:** "Borçlunun Temerrüdünde Beklenmedik Hâlden Sorumluluk", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, (yh. Emel Badur/Gamze Turan Başara), Ankara 2016, ss.321-344, s.332.

[942] **Petek,** s.341; **Eren,** Borçlar Genel, N.3459.

[943] **Cumalıoğlu,** s.184.

VI. TBK md.473 (Art.366 OR) HÜKMÜNE DAYANAN GÖRÜŞ

Bir başka görüş ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair hukuk boşluğunun, TBK md.473 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tüm sözleşmelere tatbik edilerek doldurulabileceği yönündedir.[944] Bunun en önemli sonucu, TBK md.473 hükmü bağlamında işsahibine tanınan henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden dönme hakkının, kıyasen tüm öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâllerinde alacaklıya tanınabilecek olmasıdır.[945] Bu görüşü savunanlardan *Atamer*, Türk-İsviçre hukuk sisteminde genel bir kural olarak mevcut olmayan ve yalnızca TBK md.473 hükmünde eser sözleşmesi bakımından düzenlenmiş olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklının bilhassa sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının uluslararası hukuk uyumlaştırması çalışmalarında (Art.9:304 PECL, Art.7.3.3 PICC ve III.-3:504 DCFR) genel olarak hükme bağlandığına dikkat çeker.[946] Yine doktrinde *Başoğlu*'na göre TBK md.473 hükmünde düzenlenen sonuçların, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu bütün hâllerde tatbiki en mâkul yaklaşım olacaktır fakat kıyas yapılırken TMK md.2 hükmündeki dürüstlük kuralı ve ifa güçsüzlüğüne dair olan TBK md.98 (Art.83 OR), TBK md.332 (Art.266h OR) ve TBK md.436 (Art.337a OR) hükümleri de muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır.[947] Zira *Başoğlu,* TBK md.473 hükmünü kıyasen uygulama yönündeki görüşün alacaklıya "dönme hakkı" vermesi sebebiyle gayet olumlu olduğu fakat eser sözleşmesine mahsus bir hükmü, herhangi bir sınırlamaya gitmeksizin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği tüm sözleşmesel ilişkilere kıyasen uygulamanın sakıncalı olabileceği kanaatindedir.[948] Anılan düzenlemelerden "İfa Güçsüzlüğü" madde başlıklı TBK md.98 hükmü *"karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada*

[944] **Başoğlu,** s.310; **Atamer,** CISG, s.409, dn.687.
[945] **Başoğlu,** s.310; **Atamer,** CISG, s.409, dn.687.
[946] **Atamer,** İfa Engelleri, s.345; **Başoğlu,** s.310.
[947] **Başoğlu,** s.310.
[948] **Başoğlu,** s.299.

güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir." şeklindedir. Yine "Kiracının İflası" madde başlıklı TBK md.332 hükmü *"kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir. Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir."* şeklindedir. Nihayetinde "İşverenin Ödeme Güçsüzlüğüne Düşmesi" madde başlıklı TBK md.436 hükmü *"işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir."* şeklindedir. Kanaatimizce yazar, bu üç maddeye işaret ederek esasen görüşünün temelini oluşturan TBK md.473 hükmünü bir şekilde kısıtlamak veya daha sıkı şartlara bağlamak niyetindedir. Zira salt hâliyle TBK md.473 hükmü alacaklıya (işsahibine) sıkı şartlara bağlanmamış, doğrudan bir sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır. Oysa dürüstlük kuralı ve ifa güçsüzlüğüne dair yukarıda değindiğimiz maddeler, sözleşmeden dönme hakkını "son çare *(ultima ratio)*" olarak düşünmüş, alacaklının öncelikle borçludan bir teminat (güvence) talep etmesi gerektiğini, eğer bu teminat uygun bir sürede gösterilemezse artık alacaklının sözleşmeden dönme hakkına başvurabileceğini öngörmektedir. Açıkçası Başoğlu'nun TBK md.473 hükmünü merkeze koyan ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya dönme hakkı tanıyan ancak bunu ifa güçsüzlüğüne dair diğer düzenlemelerle sınırlandıran yaklaşımı CISG'in "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık" hakkındaki md.71, md.72 ve md.73 hükümlerine daha uygundur. Zira anılan uluslararası düzenlemelerde de sözleşmeden dönme hakkı, birtakım aşamalardan (örneğin ifayı

askıya alma, güvence gösterilmesini talep etme gibi) sonra, âdeta bir son çare olarak gündeme gelmektedir. CISG bir kenara bırakılacak olursa dahi Başoğlu'nun görüşü, özel hukukun tümüne hâkim, kadim bir prensip olan *"favor contractus"* yani sözleşme ilişkisini ayakta tutacak şekilde davranma gereğine de uygundur. Anladığımız kadarıyla yazarın TBK md.473 hükmünü TMK md.2 hükmündeki dürüstlük kuralıyla sınırlamasının altındaki düşünce de işbu kadim prensip olsa gerekir. Fakat yine kanaatimizce başlı başına müstakil bir borca aykırılık hâli olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa uygulanacak pozitif hukuku tespit ederken TBK'nın bir hükmünü merkeze almak, daha sonra bunu diğer hükümlerle harmanlayıp sınırlandırmak isabetli sayılmamalıdır. Açıkçası bu, oldukça zorlama bir yaklaşım olup her bir somut olaya uygun düşmeme yani altlanamama *(non-subsumption)* riski barındırmaktadır. Uygun çözüm, ileride değineceğimiz üzere, "Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık" madde başlıklı yeni bir TBK maddesi ihdas etmek ve hâlihazırdaki 6098 sayılı Kanun'un bazı maddelerinde (örneğin TBK md.124, Art.108 OR gibi) bu yeni müesseseye uygunluğu sağlamak maksadıyla birtakım değişikliklere gitmektir.[949]

Hukukumuz bakımından ise doktrinde *Kartal* ve *Öğün,* eser sözleşmesine mahsus bir düzenleme olan TBK md.473/1 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği tüm akdî ilişkilere kıyasen bile olsa genel bir hüküm gibi tatbiki fikrine karşı çıkmaktadırlar. Anılan yazarlara göre TBK md.473/1 hükmü, eser sözleşmesinde sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmeyeceğinin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte anlaşılabildiği hâllere bir sonuç bağlamaktadır. Açıkça görülmektedir ki anılan hükümde işsahibine vâdeyi beklemeden sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Fakat *Kartal* ve *Öğün,* TBK md.473/1 hükmünün kendi içerisinde dahi bazı boşluklar ihtivâ ettiğine dikkat çekmektedirler. Çünkü TBK md.473/1 hükmünde sözleşmeden dönme hakkının nasıl kullanılabileceği ve işsahibine

[949] Detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II. Yeni Düzenlemelere Olan İhtiyaç.

bunun hâricinde bir hak verilip verilmediği hususları belirsizdir. Yine işsahibinin hangi hâllerde TBK md.473/1 hükmüne dayanabileceği de belirsizdir. İşte böyle boşluklar barındıran ve kendi bünyesinde birlik teşkil edememiş bir hükmün genel hüküm olarak tatbiki çok güçtür. Tüm bunların ötesinde TBK md.473/1 hükmü, eser sözleşmesindeki bilhassa "ifaya hazırlık faaliyetlerinin önemi" esas alınarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla anılan hükmün, diğer tüm sözleşmesel ilişkilere kıyas metoduyla genel bir hüküm gibi tatbiki hususunda, her bir tip sözleşmedeki ifaya hazırlık faaliyetlerinin niteliği, önemi ve yoğunluğuna bakılması gerekecektir. Ancak bilindiği üzere eser sözleşmesinde diğer pek çok sözleşmeden farklı olarak, "ifaya hazırlık faaliyetlerinin" gereğince yapılması, oldukça önem arz eder ve çoğu kez vâde geldiğinde sözleşmeye uygun bir ifanın yapılıp yapılmayacağını tâyin eder. İşte bu nedenledir ki eser sözleşmesi bahse konu olduğunda ifaya hazırlık hareketleri safhasında bile işsahibi ve yüklenici arasında yoğun bir temas ve sıkı bir güven ilişkisi ortaya çıkar. Bu gerçeklik, eser sözleşmesini diğer tüm sözleşmelerden belirgin biçimde farklılaştırır. Yüklenicinin ifaya hazırlık faaliyetlerinde yaratacağı bir aksaklık, taraflar arasında tesis edilmiş güven ilişkisini temelinden sarsar. Kanun koyucu TBK md.473/1 hükmünü, tüm bu durumları ele alarak ihdas etmiştir. Bu denli özgü koşulları bünyesinde barındıran TBK md.473/1 hükmünün, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği diğer tüm sözleşme ilişkilerine kıyasen dahi olsa uygulanması isabetli olamaz.[950]

Yine hukukumuz bakımından doktrinde *Cumalıoğlu,* TBK md.473/1 ve TBK md.98 hükümlerinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair önemli hükümler olduğunu ve kıyas imkânının sınırlandırılmasının adil çözüm arayışlarını güçleştireceğini belirterek öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâllerinde TBK md.473 hükmünü kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüşe açık bir kapı bırakmıştır.[951]

[950] **Kartal/Öğün,** s.249.
[951] **Cumalıoğlu,** s.188.

Son olarak değinmek gerekir ki İsviçre hukukundaki yazarlardan *Koller*'e göre ise TBK md.473 (Art.366 OR) hükmünün iki fıkrasının da gerisinde, sözleşme maksadının ciddî biçimde tehlikeye girdiğinin fark edilmesi hâlinde "işsahibinin vâdeye dek teslimi beklemesinin mâkul sayılamayacağı" minvalinde bir temel gerekçe bulunur.[952] İşte bu temel gerekçe, genişletilerek yani kıyasen diğer tüm sözleşme ilişkileri bakımından da tatbike müsaittir.[953] Fakat *Koller*, TBK md.473 (Art.366 OR) hükmünü hukukî niteliği itibariyle "muacceliyetten önce temerrüt hükmü" olarak ele aldığından, sözleşme maksadının ciddî biçimde tehlikeye girdiği hâllerde, alacaklının sadece sözleşmeden dönme hakkını değil, bunun yanı sıra aynen ifa talebinden vazgeçip borçlu temerrüdündeki diğer tüm seçimlik hakları kullanabilme olanağının mevcut olduğunu ifade etmektedir.[954]

VII. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda değindiğimiz her bir görüş bakımından değerlendirme yapmak gerekirse: Öncelikle bilhassa "yapma edimleri" söz konusu olduğunda henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun kesin biçimde edimi yerine getirmekten kaçınmasını, bir "ifa imkânsızlığı" hâli olarak nitelendiren görüşün benimsenebilmesi, bir ön koşul olarak, bu görüşteki yazarların ileri sürdürdüğü -ancak hâkim görüş sayılmayan- ifa imkânsızlığı anlayışının kabul edilmesine bağlıdır.[955] Keza doktrinde söz konusu ifa imkânsızlığı anlayışına karşı çıkan *Kurt*'a göre, borca aykırılık hâllerinden biri olan ifa imkânsızlığı, tıpkı borçlu temerrüdü veya kötü ifa gibi "maddî hukuka" dair bir sorundur ve bu sorunu alacaklının edimine cebrî icra marifetiyle kavuşup kavuşamayacak olması kriteri üzerinden çözmeye çalışmak isabetli

[952] **Göka,** s.135.
[953] **Göka,** s.135.
[954] **Göka,** s.135.
[955] **Başoğlu,** s.294.

sayılamaz.[956] İlâveten *Kurt,* bir alacağın cebrî icra marifetiyle elde edilip edilemeyeceğinin ifa imkânsızlığı şeklindeki borca aykırılık hâlinin bir nedeni değil, olsa olsa sonucu olabileceğini ve bunun somut olayda ifa imkânsızlığının mevcut olduğunu yalnızca teyit edebileceğini fakat imkânsızlık olgusunu açıklamakta yetersiz kalacağını belirtmektedir.[957] Bu bağlamda bilhassa TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) ve İİK md.30/1 hükümleri ifa imkânsızlığını alacaklı perspektifiyle açıklayan görüşün benimsenmesini ve henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun kesin biçimde "yapma edimini" yerine getirmekten kaçınmasını, bir "ifa imkânsızlığı" hâli olarak tavsif etmeyi zorlaştırmaktadır.

Yukarıda değindiğimiz üzere,[958] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliği hususunda ifa imkânsızlığı görüşünü benimseyen yazarlar, bir borca aykırılık hâli olan ifa imkânsızlığını açıklarken TBK md.113/1 hükmünü "ifa"yı temin eden bir hüküm olarak değil de sadece bir tazminat hükmü olarak ele almaktadırlar.[959] Ne var ki doktrinde *Aydıncık*'ın tespit ettiğine göre TBK md.113/1 hükmü zaten ifa imkânsızlığı müessesesiyle ilgili olmadığı gibi bir tazminat hükmü olarak da nitelendirilmemelidir.[960] *Aydıncık,* TBK md.113/1 hükmünde bahsedilen nama ifayı isteme hakkının, aynen ifa isteminin bir parçası olmadığını benimsemekte fakat bunun yine de son tahlilde bir çeşit ifa niteliğinde olduğunu belirtmektedir.[961] Kanaatimizce de TBK md.113/1 hükmünün tatbiki neticesinde alacaklı işi bizzat kendisi yapmak yahut borçlu hâricindeki bir üçüncü kimseye yaptırmak suretiyle sözleşmede kararlaştırılan yapma ediminin ifasına tam ve düzgün biçimde kavuşma olanağını hâizken, sadece söz konusu yapma edimini (ifayı) borçlu gerçekleştirmediği yahut gerçekleştirmeyi

[956] **Kurt,** İmkânsızlık, s.90.
[957] **Kurt,** İmkânsızlık, s.90.
[958] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, III. İfa İmkânsızlığı Görüşü.
[959] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1460; **Öz,** İnşaat, s.129.
[960] **Aydıncık, Şirin:** Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013, s.106. Anılan yazar, TBK md.113/1 hükmünün yapma borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklıya TBK md.125 hükmündeki seçimlik haklara ek bir hak sağlayacağı görüşündedir, bkz. **Aydıncık,** s.106-108.
[961] **Aydıncık,** s.102-104.

reddettiği için bir borca aykırılık hâli olan ifa imkânsızlığı gündeme gelmemelidir. Nihayetinde TBK md.113/1 hükmü karşısında, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan kaçınması -hiç değilse şahsî edim içermeyen yapma borçları için- ifa imkânsızlığı teşkil etmez. Başka bir deyişle, bu hâlde gündeme gelecek öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliği ifa imkânsızlığı değildir.

Ayrıca ifa imkânsızlığı görüşünü benimseyen yazarlar, bir işin yapılmasına dair elde edilen ilamların İİK md.30/1 hükmüne göre yerine getirilmesinin ve bunun gereğini yapmayan borçlunun İİK md.343 hükmüne istinaden tazyik hapsine tâbi tutulmasının sadece borçlunun edimini ifa etmeme beyanının bir "yapma ediminin" ifasını imkânsızlaştırmadığına delil oluşturacağını ifade ederler.[962] Dolayısıyla borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte "yapma" şeklindeki bir edimini yerine getirmekten imtinâ etmesi durumunda alacaklıya seçimlik enstrümanlar olarak ifa imkânsızlığına istinaden tazminat isteme yahut aynen ifaya zorlamaya yönelik bir dava açıp İİK md.30/1 ile md.343 hükümlerindeki usûlünden faydalanma imkânı tanınmaktadır. Fakat alacaklı, borçlunun edimi yerine getirmemeye yönelik beyanını bir kere ifa imkânsızlığı olarak nitelendirip tazminat talep ettikten sonra artık tercihini değiştirip de aynen ifaya zorlamaya yönelik bir dava açamaz.[963] Bu görüşteki yazarların kullandığı ifadelere aynen değinmek gerekirse, böyle bir hâlde ifa imkânsızlığı gibi objektif bir vâkıa, "alacaklının sübjektif anlayışına bağlanmaktadır".[964] Ancak bu görüş, kuramı itibariyle kendi içinde tutarlı olsa dahi hukuk pratiğinde çözümsüz sorunlara sebebiyet verebilir: Bilindiği üzere İİK md.30/1 hükmü, TBK md.113/1 hükmünden çok daha kapsamlı olup gerek şahsî edim borcu niteliğindeki gerekse bu nitelikte olmayan yapma edimlerinin ilamlı icrasını

[962] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1461.
[963] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1461.
[964] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1461, dn.1653.

öngörmektedir.[965] Fakat dikkat edilmesi gereken husus İİK md.30/1 hükmünde, TBK md.113/1 hükmünden farklı olarak, şahsî edim borcu niteliğini hâiz olmayan yapma borçları açısından alacaklıya işi bizzat yapma olanağı tanınmış değildir. Şahsî edim borcu niteliğini hâiz olmayan yapma edimleri hususunda elde edilen ilamların yerine getirilmesinde, icra müdürü ilk olarak işin yapımı için gerekli olan masrafı bilirkişiye hesaplattırır, daha sonra bu masrafı alacaklı rıza gösterirse ondan, göstermezse borçlunun yeterli malı haczedilip satılarak borçludan alır ve işi bir üçüncü kişiye yaptırır.[966] İşte artık burada, hemen yukarıda değindiğimiz TBK md.113/1 hükmüne dair varılanlardan farklı bir neticeye varılmaz ve borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte, şahsî edim borcu niteliğini hâiz olmayan yapma borcunun ifasından imtinâ etse bile bu durum bir ifa imkânsızlığı olarak tavsif edilemez. Yasa koyucu İİK md.343 hükmü kapsamında şahsî edim içeren yapma edimlerinin aynen ifasını cezaî yaptırım öngörmek suretiyle temin etmeyi tercih etmiştir.[967] Elbette anılan hükümde, borçlunun isterse aynen ifayı gerçekleştirebileceği ihtimali de dikkate alınmış ve ancak aynen ifanın sağlanmaması durumunda tazyik hapsi uygulanması öngörülmüştür. Şayet borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimi yerine getirmekten kesin biçimde kaçınmasının, hiç değilse şahsî edim niteliğini hâiz yapma borçları açısından, bir ifa imkânsızlığı sayılması gerektiği görüşü kabul edilirse bir işin yapılmasına karar vermesi talep edilen mahkeme, ifa imkânsızlığını re'sen dikkate alıp zaten bu istemi reddetmek mecburiyetinde kalacak ve İİK md.30/1 ile md.343 hükümleri hiç tatbik edilmeyecektir.[968] Farklı bir ihtimal olarak doktrinde

[965] **Erdoğan, Ersin:** "Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar", Ankara BD 2017, C.75, S.2, ss.145-176, s.158-160.
[966] **Erdoğan,** s.158.
[967] **Erdoğan,** s.160.
[968] *"…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."*, bkz. **Erdoğan,** s.161.

Oğuzman ve *Öz*'ün belirttiği üzere, alacaklının sübjektif anlayışına göre olayda bir ifa imkânsızlığı sonucunun ortaya çıkmayabileceği kabul edilirse[969] bu kez de mahkeme her hâlde işin yapılmasına karar vermek mecburiyetinde kalacaktır. Örneğin böyle bir hâlde, İİK md.343 hükmüne istinaden tazyik hapsine tâbi tutulan bir borçlunun, icra dairesinde de edimini yerine getirmeyeceğini kesin ve açık bir biçimde beyan etmesi ihtimalinde artık ifa, kesin biçimde imkânsızlaştığından hapis cezasının infazına son mu verilmelidir? Yanıt olumludur; zira borçlu, edimini yerine getirmemeye yönelik kesin iradesini doğrudan doğruya resmî bir makam (icra dairesi) huzurunda da açıkladığından artık yapma ediminin ifasının imkânsızlaşıp imkânsızlaşmadığı hususu alacaklının sübjektif anlayışının ötesine geçmektedir. Fakat bu tespitlerin kabulü durumunda, İİK md.343 hükmü anlamsız bir hükme dönüşecektir; çünkü anılan hükme istinaden tazyik hapsine tâbi tutulan her şahsî edim niteliğini hâiz yapma edimi borçlusu, borcunu kesin biçimde yerine getirmeyeceğini icra dairesi huzurunda bildirerek cezanın tatbikini durdurabilecektir.[970] Kaldı ki böyle bir beyanda bulunmayı tercih etmeyen borçluları tazyik hapsine tâbi tutmaya devam etmek ise kuşkusuz adaletsizlik yaratır. Nihayetinde bir borca aykırılık hâli olan ifa imkânsızlığı müessesesini alacaklı perspektifiyle izah eden ve bu itibarla borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ etmesinin bilhassa yapma borçlarında ifa imkânsızlığına yol açtığını ileri süren görüş, İİK md.30/1 ve md.343 hükümleri karşısında pozitif hukukumuz bakımından isabetli veya benimsenebilir görünmemektedir.[971]

Eleştirilmeye müsait olan ifa imkânsızlığı görüşü, borçlunun herhangi bir sebeple fikrini değiştirip ifada bulunmaya meyletmesi durumunda da kabul edilmesi güç neticelere yol açabilir. Şöyle ki eğer bir "yapma edimi" söz konusuysa borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan kaçındığı ânda ifanın

[969] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1461, dn.1653.
[970] **Göka,** s.138.
[971] **Göka,** s.138-139.

imkânsızlaştığı varsayılırsa alacaklı artık istese de ilerideki ifayı kabul edemez. Çünkü alacaklının ilerideki ifayı kabul edebileceği varsayılırsa bu kez, imkânsız bir edimin ifa edilmesi gibi hukuken izahı mümkün olmayan çelişkili bir durum meydana gelir.[972] Esasen değindiğimiz problem, ifanın imkânsız hâle gelip gelmediğinin alacaklının sübjektif anlayışına bırakılmasıyla giderilebilecek niteliktedir fakat bu hâlde de akdî ilişkisinin akıbeti tümüyle alacaklının insafına terk edilmiş olacaktır.[973]

Açıkçası öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini ortaya koymaya çalışan ifa imkânsızlığı görüşü neticeleri bakımından da adaletsizliğe yol açmaya müsaittir. Çünkü bu görüş, edimleri hiçbir izahı olmayacak şekilde ayırmakta, sadece henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifasından kaçınılan yapma edimlerinin artık imkânsızlaştığını kabul etmekte; verme edimi söz konusu olduğunda alacaklının muacceliyete dek beklemesi gerektiğini ifade etmektedir.[974] Bundan çıkan sonuç şudur ki yapma edimi söz konusuysa alacaklı TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne istinaden ifanın imkânsızlaştığından bahisle tazminat talep edebilirken; verme edimi söz konusuysa alacaklı muacceliyete dek beklemek zorunda kalmaktadır. Yani aynı haksızlığı ihtivâ eden iki durumdan birincisi derhâl müspet zararın tazmini[975] gibi ağır bir müeyyideyle karşılanırken; ikincisi hiçbir müeyyideye bağlanmamakta, alacaklıya sabır tavsiye edilmektedir. Doktrinde *Göka,* bu gerçeklerden hareketle, isabetli bir sonuç çıkartmaktadır: Yazara göre yapma edimi borçlusu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ edince müeyyideyle karşılaşırken; verme edimi borçlusu, muacceliyet gerçekleşene dek ifadan kaçınmakta tam bir serbestîye mi sahiptir? Böyle bir soruyu olumlu cevaplandırmak mümkün

[972] **Sert/Cihan,** s.913.
[973] **Göka,** s.139.
[974] Eleştiriler için bkz. ve karş. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1574; **Başoğlu,** s.295-296.
[975] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1458-1461 ve N.1574; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.158; **Öz,** İnşaat, s.184.

olmayacağından nihayetinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı hukukî niteliği itibariyle bir ifa imkânsızlığı olarak gören görüş, isabetli değildir.[976]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini ifa imkânsızlığı üzerinden açıklamaya çalışan ve bilhassa *Oğuzman* ve *Öz* tarafından savunulan görüş, kısaca şu yönlerden eleştirilmektedir: "Yapma edimi" söz konusu olduğunda, bedeli işi yapmaktan imtinâ eden borçluya ait olmak üzere, işin üçüncü bir kişiye yaptırılması olanaklı olduğundan ifa imkânsızlığı meydana gelmez. TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) hükmüyle aynen ifa gerçekleştirilir ve ilâveten bunun için İİK md.30/1 hükmü uyarınca, borçlunun işi yapması hususunda bir mahkeme ilamı da alınabilir. İİK md.343 hükmüne göre işbu ilama uymayan borçlu üç aylık tazyik cezasına çarptırılır.[977] Bunların hâricinde alacaklı, andığımız yollara hiç başvurmaksızın doğrudan "ifa etmeme" sebebine istinaden tazminat da talep edebilir.[978] Kaldı ki işin başkası tarafından yapılması hâlen mümkün ise, kural olarak, olsa olsa sübjektif (teknik olmayan) bir imkânsızlık hâlinden söz etmek mümkündür. Nihayetinde *Oğuzman* ve *Öz* tarafından savunulan görüşe karşı kanaatimizce de isabetli olarak üç temel eleştiriden bahsedilebilir. İlk olarak borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi hâlinde "objektif" bir imkânsızlık söz konusu olmaz.[979] İkinci olarak aksi hâlde yani borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi bir imkânsızlık olarak nitelendirilir ve borçlu daha sonradan fikrini değiştirip de edimini yerine getirirse, "imkânsız edimin ifası" gibi anlamsız bir sonuç ortaya çıkar.[980] Üçüncü olarak işbu görüş alacaklıya dönme hakkı tanımamakta, bilhassa verme edimi söz konusu olduğunda, borcun yerine getirilmeyeceği bilinmesine rağmen, alacaklı vâdeye dek

[976] **Göka,** s.139-140.
[977] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.921.
[978] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.922-923.
[979] **Eren,** Borçlar Genel, N.3290.
[980] **Sert/Cihan,** s.913.

beklemek mecburiyetinde kalmakta, sırf bu durum dahi taraflar arasındaki menfaatler dengesini ve hakkaniyeti ihlâl etmektedir.[981]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamak bakımından akdin müspet ihlâli görüşünü savunan yazarlar arasında, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimi yerine getirmekten imtinâ etmesini vâdeye dek her zaman geri alabileceğini ve dolayısıyla alacaklının sadece bir zarara mâruz kalmışsa tazminat isteyebileceğini düşünen *Oser* ve *Schönenberger*, *Honegger* gibi yazarlar[982] esasen alacaklıyı muacceliyete dek sabretmeye mecbur bırakırlar. Ancak yine akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* görüşü içerisinde yer alan ve çoğunluk sayılan görüşe göre,[983] borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde ortaya koymasıyla akdin amacı ciddî bir tehlikeye düşmüş olacağından alacaklı açısından artık muacceliyete dek beklemek çekilmez sayılır. Kaldı ki alacaklının taahhüt ettiği aslî edim, ifadan imtinâ eden borçlunun taahhüt ettiği aslî edimden "daha önce muaccel hâle gelecekse" alacaklı önceden bir ifada bulunmaya da mahkûm edilmemelidir.[984]

Ancak doktrinde, akdin müspet ihlâli görüşüne karşı getirilen esaslı eleştiri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı akdin müspet ihlâli olarak nitelendirmenin, alacaklıya sadece "muacceliyet öncesi süreçte" basit bir tazminat isteme imkânı sağlayacağı fakat sözleşmeden dönme hakkı vermeyeceği şeklindedir.[985] Zira akdin müspet ihlâline dair pozitif düzenleme olan TBK md.112 (Art.97 OR) hükmü sadece tazminat öngörür. Ancak söz konusu eleştiri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin, alelâde değil

[981] **Başoğlu,** s.295-296.
[982] **Göka,** s.140.
[983] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9; **Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd.; **Başoğlu,** s.287 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974-975; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Sert/Cihan,** s.903; **Kartal/Öğün,** s.244 vd.
[984] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1566, dn.1812 ve buradan hareketle bkz. aynı eser N.1105 vd.; **Sert/Cihan,** s.903.
[985] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1567 ve N.1571; **Başoğlu,** s.297 ve s.309.

özel biçimde ele alınması gereken[986] bir akdin müspet ihlâli hâli olduğu gerçeğini göz ardı eder vaziyettedir. Akdin müspet ihlâli görüşündeki yazarların çoğu ve İsviçre Federal Mahkemesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın doğrudan akdî ilişkinin maksadını tehlikeye atan yahut tümüyle ortadan kaldıran mevsuf (nitelikli) bir akdin müspet ihlâli olduğu gerçeğini kabul etmekte ve zaten bu itibarla alacaklıya ya derhâl sözleşmeden dönme imkânı verilmesi gerektiğini ya da daha fazla seçimlik hak sağlayacağı için borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilmesi gerektiğini ileri sürerler.[987] İşte böylece akdin müspet ihlâli görüşünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya sadece TBK md.112 hükmüne istinaden basit bir tazminat isteme olanağı sağladığı ve alacaklıyı muacceliyetin gerçekleşmesine kadar olan süreçte ifadan imtinâ eden borçlu karşısında himâyesiz bıraktığı yönündeki eleştiri gerçeklikten uzaktır.[988]

Bununla birlikte öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamak bakımından akdin müspet ihlâli görüşüne yöneltilen diğer bir eleştiri; borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kaçınmasının, kötü ifa yahut gereği gibi ifa etmeme olarak düşünülemeyeceği, zira edim henüz muaccel hâle gelmemişken bunun kötü ifa edildiğinden yahut gereği gibi ifa edilmediğinden söz edilemeyeceği yönündedir.[989] Anılan eleştiri, doktrinde genel geçer görüş olan TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünde kullanılan "gereği gibi ifa etmeme" kavramı mevcutken, Türk-İsviçre hukuk sisteminde artık "akdin müspet ihlâli" gibi bir

---

[986] **Göka,** s.140; **Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd.

[987] Bu hususta belirtelim ki sözleşmeden dönme hakkı sunulması gerektiği yönünde olan yazarlar için, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1578. Diğer bir görüş olan TBK md.123-125 aralığında düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyas *(analogia)* metoduyla uygulanması gerektiği yönünde olan yazarlar için, bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974-975; **Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd. Ayrıca Eren de borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmekle birlikte bunun doğrudan doğruya mı yoksa kıyas *(analogia)* metoduyla mı olacağını belirtmemektedir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3290.

[988] **Göka,** s.141.

[989] **Başoğlu,** s.296-297; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1571. Ancak bkz. ve karş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974; **Kuntalp,** Satım, s.75.

müesseseye ihtiyaç olmadığının[990] düşünülmesine dayanmaktadır. Bu noktada *Kuntalp*'in tespitini aynen aktarmak önemlidir: *"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 hâlde borç veya borçlar henüz müecceldirler. Bu itibarla, bu durumlarda aktin müspet ihlâli kavramına müracaat zaruridir."*[991] Bu durumda *Göka*'ya göre anılan eleştiri, sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı kötü ifa yahut gereği gibi ifa etmeme başlığı altında değerlendiren yazarlara karşı isabetli sayılabilir.[992] Fakat anılan eleştirinin isabetli olup olmadığını ortaya koyabilmek için âdeta bir ön koşul olarak "her yazarın kötü ifa yahut gereği gibi ifa etmeme tabirlerine nasıl bir anlam yüklediğini" araştırmak ve buna göre yorum yapmak önemlidir.[993]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamak bakımından borçlu temerrüdüne dair hükümlerin kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilmesi gerektiği görüşü[994] ise henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu temerrüdüne dair hükümlere gitmenin, TBK'nın sistematiği göz önünde bulundurulduğunda kıyasen bile isabetli olamayacağı ifade edilerek eleştirilmektedir.[995] Örneğin borçlu temerrüdüne dair TBK md.118 (Art.103 Abs.1 OR) ve md.125/1 (Art.107 Abs.2 OR) hükümlerinde öngörülen gecikme tazminatı, bunun para

---

[990] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.1; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.1; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1542-1543; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.400 ve s.402. Ayrıca tartışmalara dair detaylı bilgi için bkz. **Kuntalp,** Satım, s.73 vd.

[991] **Kuntalp,** Satım, s.75.

[992] Bu yazarlara örnek olarak bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1578.

[993] **Göka,** s.141-142.

[994] **Sanlı,** s.465, dn.499; **Sert/Cihan,** s.915; **Eren,** Borçlar Genel, N.3290. Ancak Eren de borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmekle birlikte bunun doğrudan doğruya mı yoksa kıyas *(analogia)* metoduyla mı olacağını belirtmemektedir.

[995] **Başoğlu,** s.291-292; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1572; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.13; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.13.

borçlarındaki tipik görünümü olan TBK md.120 (Art.104 OR) ve TBK md.121 (Art.105 OR) hükümlerindeki temerrüt faizi, yine TBK md.119/1 (Art.103 Abs.1 OR) hükmündeki mütemerrit borçlunun beklenmedik hâlden sorumluluğu gibi temerrüde özgü bazı yasal sonuçların, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kıyasen tatbikinin işin özelliğiyle çelişeceği ve hatta mümkün olmadığı belirtilmektedir.[996] Ancak ifade edelim ki, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde borçlu temerrüdüne dair hükümlerin kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilmesi gerektiğini düşünen yazarlar, hemen yukarıda saydığımız temerrüde özgü yasal sonuçların bir kısmının, işin özelliğiyle çeliştiklerinden ötürü, zaten kıyasa konu olamayacağını da belirtmektedirler.[997] Keza bu noktada İsviçre Federal Mahkemesi de henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte, yani edim henüz muaccel hâle gelmemişse gecikme tazminatına -aynı şekilde temerrüt faizine- hükmedilemeyeceğine işaret etmiştir.[998] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde kıyas *(analogia)* metoduyla tatbike müsait olduğu ifade edilen borçlu temerrüdüne dair hükümler, TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) ve bilhassa TBK md.125/2 ve md.124/1 (Art.107 Abs.2 ve Art.108 Abs.1 OR) hükümleridir; yani henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kıyasen dahi tatbik edilemeyeceğinden ötürü borçlu temerrüdüne dair diğer hükümler hemen hiç gündeme gelmemiş, tartışılmamıştır.[999] Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de TBK md.125/2 ve md.124/1 (Art.107 Abs.2 ve Art.108 Abs.1 OR) hükümlerinin kıyas yoluyla tatbikinde bile somut olayın hâl ve şartlarının bu denli bir kıyasa ne kadar müsait olduğu irdelenmelidir.[1000]

---

[996] **Başoğlu,** s.291-292; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1572.
[997] **Göka,** s.142.
[998] Bkz. BGE 69 II 244 vd.; **Göka,** s.142.
[999] **Göka,** s.142.
[1000] BGE 69 II 243 ve BGE 110 II 141: *"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."* Aynı yönde bkz. **Göka,** s.143.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamak bakımından borçlu temerrüdüne dair hükümlerin kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilmesi gerektiği görüşüne yöneltilen bir diğer eleştiri, alacaklının TBK md.125/2 hükmüne istinaden aynen ifa isteminden vazgeçip de müspet zararının giderilmesini istemesi durumunda tazminatın nasıl ve ne şekilde hesaplanabileceği noktasında gerçek bir problemin baş gösterecek olmasıdır.[1001] İfade etmek gerekir ki henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte müspet zarar tazminatının nasıl ve ne şekilde hesaplanacağı meselesi mukayeseli hukuk alanında da kayda değer tartışmalara yol açmıştır; ancak bu soruna dair birden çok çözüm yöntemi de öne sürülmüştür. Örneğin, milletlerarası hukuk uyumlaştırması çalışmalarından en kapsamlı olanı CISG'de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda[1002] tazminatın nasıl ve ne şekilde hesaplanması gerektiğine dair özel bir hüküm öngörülmemiş olmakla birlikte tazminata dair genel nitelikli düzenlemeler olan CISG md.74-77 hükümlerinden hareketle "kâr kaybı"nı da içerecek şekilde tazminatı hesaplama yöntemleri literatüre kazandırılmıştır.[1003] Hukukumuzda tazminatın hesaplanmasına dair düzenleme olan TBK md.236 (Art.215 OR) hükmü, "*borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Satıcı, satış bedelini ödemede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir."* demektedir. İşte buna tamamen benzer bir düzenleme olarak tazminat hesabı bakımından CISG md.74-77 hükümlerinde de somut ve soyut metodlar

[1001] **Başoğlu,** s.292.
[1002] CISG'in tercih ettiği terminolojiyle "öne alınmış sözleşmeye aykırılık".
[1003] Daha detaylı açıklamalar için, bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 13. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta Tazminatın Hesaplanması.

öngörülmüştür. TBK ve CISG hükümlerini bir arada ele almamızın sebebi şudur: Türkiye'nin yıllardır CISG'e taraf olması dolayısıyla, bilhassa satım sözleşmesi gibi "verme edimi" temelli tüm sözleşme ilişkilerinde, CISG literatüründe yürütülen tartışmalar, hukukumuzda da henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte müspet zarar tazminatının nasıl ve ne şekilde hesaplanacağı hususunda bir rehber olarak değerlendirilebilecektir.[1004] İsviçre hukukunda da *Decurtins* bu meseleye dair değerlendirmelerde bulunmuştur.[1005] Hatta hukukumuzla yine tamamen benzer biçimde tazminatın nasıl ve ne şekilde hesaplanacağı hususunda "fark" ve "mübâdele" kuramları ile somut ve soyut metodları benimseyen Alman hukukunda da henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte müspet zarar tazminatına dair detaylı incelemeler yapılmıştır.[1006] Nihayetinde *Göka,* henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte müspet zarar tazminatının hesaplanmasında bazı problemlerin mevcut olduğunu ancak bunların çözümsüz görülmemesi gerektiğini ifade eder.[1007]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamak bakımından TBK md.473 (Art.366 OR) hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki gerektiği görüşü,[1008] bilinçli bir biçimde sadece eser sözleşmesi bakımından getirilmiş özel ve ayrıksı bir hükmün tatbik sahasını, tüm sözleşmeleri içine alacak kadar genişletmesi nedeniyle doktrinde eleştirilere mâruz kalmıştır.[1009] Nitekim doktrinde *Kartal* ve *Öğün'e* göre, hâlihazırda kendi hukukî niteliği bile ciddî biçimde ihtilâflı olan TBK md.473 gibi özel bir hükmün, esasen borca aykırılık hâlleri içerisinde yer alacak ve genel bir hükümle düzenlenmesi gereken öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut

[1004] **Göka,** s.143.
[1005] **Göka,** s.143.
[1006] **Weidt,** s.212 vd.; **Göka,** s.143.
[1007] **Göka,** s.143-144.
[1008] **Başoğlu,** s.310; **Atamer,** CISG, s.409, dn.687.
[1009] **Kartal/Öğün,** s.247 vd.; **Sert/Cihan,** s.915; **Gümüşsoy Karakurt,** s.88. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki doktrinde bir görüş ise TBK md.473/1 hükmünün sadece diğer yapma edimi ihtivâ eden sözleşmelere kıyas *(analogia)* metoduyla uygulanabileceğini ileri sürmüştür, bkz. **Sert/Cihan,** s.916; **Aydıncık,** s.51.

olduğu tüm hâllerde tatbiki oldukça güçtür.[1010] Hatta öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinden bağımsız olarak, yani tamamen eser sözleşmesi bağlamında ifade etmek gerekir ki doktrindeki hâkim görüşe göre, TBK md.473/1 hükmü, borçlu temerrüdüne dair hükümlerle tamamlanmalı ve alacaklıya, mütemerrit bir borçluya karşı elinde bulunduracağı tüm seçimlik haklar henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte verilmelidir.[1011] Bununla birlikte doktrinde nispeten azınlık sayılan görüşe göre, oldukça ayrıksı bir düzenleme olan TBK md.473/1 hükmü lafzına bakılırsa alacaklıya sadece sözleşmeden dönme imkânı sunmaktadır ve bu hükmün, borçlu temerrüdüne dair TBK'daki genel hükümler ile tamamlanması isabetli değildir.[1012] Ancak azınlık sayılan görüş benimsenirse henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) hükmünün tatbik imkânı ortadan kalkmakta, yani nama ifa imkânına başvurmayı düşünen "yapma edimi" alacaklısı muacceliyete değin sabretmek mecburiyetinde bırakılmaktadır.[1013] Doktrindeki hâkim görüş benimsenirse de TBK md.473/1 hükmü borçlu temerrüdüne dair genel hükümlerle tamamlanacağından anılan ayrıksı hükmün öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği tüm durumlarda kıyasen tatbiki mümkün olmayacak yahut bu şekilde yapılacak kıyasen tatbik, zaten

[1010] **Kartal/Öğün,** s.241 ve s.249.

[1011] **Aral/Ayrancı,** s.478; **Tunçomağ, Kenan:** Borçlar Hukuku II.Cild Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri), 2.B, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s.518-519; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11.B, Ankara 2023, N.2151; **Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 6.B, İstanbul 2022, s.366-367; **Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.B, Ankara 2020, s.474; **Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1.B, Ankara 2023, *(Özdemir, Hayrunnisa),* s.518 vd.; **Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.II, 5.B, İstanbul 2010, s.119; **Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21.B, İstanbul 2021, s.550-551; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.II, 11.B, İstanbul 2022, s.1120; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18.B, İstanbul 2022, s.562; **Kurt,** Eser, s.66-67; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.98 vd.; **Aydıncık,** s.194-195; **Kaplan,** s.94-95. Ayrıca bkz. ve karş. **Öz,** İnşaat, s.128-129; **Ürem,** s.149 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49 vd.; **Gümüşsoy Karakurt,** s.195 vd.

[1012] **Öz,** İnşaat, s.128-129; **Ürem,** s.149 vd.; **Gümüşsoy Karakurt,** s.195 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49 vd.; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366-367.

[1013] Doktrinde Öz; bir eleştiri olarak nitelendirebileceğimiz azınlıkta kalan görüşün isabetli sayılabileceğini ancak kendisinin benimsediği ifa imkânsızlığı görüşüne göre, yüklenicinin işi hiç yerine getirmeyeceği yahut getiremeyeceği bâriz olduğunda artık imkânsızlıktan söz edilmesi gerektiği için alacaklının talep edeceği müspet zarar tazminatının dâhiline TBK md.113/1 hükmünde düzenlenen nama ifanın da zaten girdiğini ifade eder, bkz. **Öz,** İnşaat, s.128. Fakat elbette anılan yazarın ifa imkânsızlığı görüşü benimsenmediği sürece TBK md.113/1 hükmünün tatbik imkânı yoktur.

borçlu temerrüdüne dair hükümlerin de kıyasen tatbiki anlamına gelecektir.[1014] Başka bir deyişle kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamak bakımından öne sürülen iki farklı görüş olan "borçlu temerrüdü hükümlerine dair görüş" ile "TBK md.473 hükmüne dayanan görüş" tamamen aynı hâle gelmiş olacak, aralarında kayda değer bir fark kalmayacaktır.

Doktrinde *Göka,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı akdin müspet ihlâlinin mevsuf (nitelikli) bir hâli olarak ele alan ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde borçlu temerrüdüne dair TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerinin kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilmesini savunan görüşe katılmaktadır. Yazarla aynı yönde olarak hukukumuzda *Kuntalp* de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı, TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne göre muaccel hâle gelmiş edimler bakımından söz konusu olan bir nev'i kötü ifa yahut gereği gibi ifa etmeme şeklinde değil, sadece akdin müspet ihlâlinin bir alt türü olarak ele almaktadır.[1015]

İsviçre hukuk doktrininde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde borçlu temerrüdüne dair hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği görüşündeki *Decurtins*'e göre hâlihazırda akdin müspet ihlâli müessesesi, yasada bir hükme bağlanmamış olan, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte meydana gelen edimi yerine getirmekten kaçınma durumlarını izah etmek için kullanılıyorsa tartışılacak bir durum söz konusu olmaz. Hatta bu hâlde akdin müspet ihlâli kavramından daha isabetli olarak "atipik", "öngörülebilen" yahut "öne alınmış" veya "kurmaca" bir temerrüt müessesesinden de söz edilebilir.[1016] *Göka, Decurtins*'in bu tespitini eleştirmekte, akdin müspet ihlâli şeklinde bir tavsif yapmaksızın doğrudan doğruya borçlu temerrüdüne dair hükümlerin kıyasen tatbikini önermenin isabetli olmadığını; çünkü *Schenker*'in ifade ettiği gibi, TBK md.119-122 (Art.103-106 OR) hükümlerindeki haklardan henüz

[1014] **Göka,** s.144-145.
[1015] **Kuntalp,** Satım, s.75.
[1016] **Göka,** s.145.

muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte faydalanılamayacağını ifade etmektedir.[1017] *Göka,* ifa imkânsızlığı yahut borçlu temerrüdü hâricindeki diğer muhtelif borca aykırılık hâllerini anlatmak amacıyla geliştirilmiş akdin müspet ihlâli müessesesi mevcutken, bunu yok sayıp "öngörülebilen" yahut "öne alınmış" bir temerrüt kavramı yaratmanın gereksiz olduğunu da ifade eder.[1018] Kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, ileride etraflıca değineceğimiz üzere,[1019] akdin müspet ihlâli müessesesiyle de açıklanmaya veya onun mevsuf (nitelikli) bir türü olarak ele alınmaya tam olarak müsait olmadığından muhakkak bir pozitif düzenleme getirilmesi ihtiyacı vardır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ifa imkânsızlığı, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olgusu gözetildiğinde mevcut TBK sisteminde borca aykırılık hâlleri eksiktir. İşte bunu tamamlayacak olan yeni bir müessese, borca aykırılığın genel hükmü sayılan (aynı zamanda akdin müspet ihlâline dayanak teşkil eden) TBK md.112 hükmüyle açıklanmamalıdır. Bunun yerine önerilecek yeni bir TBK hükmü, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşme şartlarını, diğer borca aykırılık hâllerinden farklarını, hüküm ve sonuçlarını ortaya koymalıdır. Keza böylelikle getirilecek yeni bir hüküm, Türkiye'nin de yıllardır tarafı olduğu CISG'in sistemine uygun düşer. Bu hususlaki açıklamalar, Türk hukukuna dair tespit ve tavsiyeler bağlamında ayrıca ele alınacaktır.

Doktrinde üzerine başlı başına tartışmaların yürütüldüğü TBK md.473/1 hükmü, öngördüğü davranışlar (hipotezler) ele alınırsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir görünümü olan ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye atılmasının sadece eser sözleşmesinde ortaya çıkan bir hâlidir. Özel ve ayrıksı bir hüküm olduğundan ötürü

[1017] **Göka,** s.145.
[1018] **Göka,** s.145-146.
[1019] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, VII. Görüşlerin Değerlendirilmesi. Ayrıca bkz. ve karş. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II. Yeni Düzenlemelere Olan İhtiyaç.

TBK md.473/1 hükmünde sadece "işin teslim zamanına yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılabilir olmasına" bir hukukî sonuç bağlanırken; diğer tüm sözleşmelerde sadece muacceliyetin gerçekleşmesinden sonraki süreçte alacaklı tarafından tâyin edilecek uygun bir ek süre (mehil) dâhilinde dahi edimin yerine getirilmeyeceği açıkça anlaşılabiliyorsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gündeme gelmelidir.[1020]

Son olarak belirtmek gerekir ki buraya kadar anılan tüm görüşler içerisinde günümüzde pozitif bir düzenlemenin olmayışı sebebiyle hâkim görüş olarak kabul edilen ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benimsediği gibi,[1021] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, *"…tarafların sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya bertaraf edecek davranışlardan kaçınmasını gerektiren genel yükümlülüğün ihlâli şeklinde…"* gelişen bir akdin müspet ihlâli çeşidi olarak tavsif edilmeli ve alacaklıdan bu hâlde artık sözleşmeyle bağlı kalması beklenemeyeceğinden alacaklıya borçlu temerrüdüne dair TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerinin kıyasen tatbikiyle aynen ifa isteminden vazgeçip sözleşmeden dönme ve menfî zararının giderilmesini isteme yahut müspet zararının giderilmesini isteme olanakları sunulmalıdır. Hatta hâkim görüşe sadık kalınırsa alacaklıya "yapma edimi" ihtivâ eden sözleşmelerde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte dahi TBK md.113/1 hükmüne başvurma yani nama ifadan yararlanma olanağı verilmiş olacaktır.

[1020] Daha detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 1, a. Yüklenicinin İşe Başlama ve Yürütme Borcu Kapsamında Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı (TBK md.473/1, Art.366 Abs.1 OR).
[1021] BGE 69 II 243 vd.

§ 7. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN KOŞULLARI

I. GEÇERLİ BİR SÖZLEŞME VE MEVCUT BİR BORCUN GEREKLİLİĞİ

A. Borcun Kaynağı: Borçlandırıcı Sözleşme ve Borcun Muhtelif Kaynakları Açısından Değerlendirme

Borçlu temerrüdü, alacaklı temerrüdü, ifa imkânsızlığı, kötü ifa, eksik ifa, ayıplı ifa, hatta aliud olsun, herhangi bir borca aykırılık hâlinin gündeme geldiğinden söz edebilmek için ortada kurulmuş ve geçerli bir sözleşme ilişkisi olmalıdır. Bu temel mantıksal gerekçeyle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinden söz edebilmek için de her şeyden önce hâlihazırda kurulmuş ve geçerli bir sözleşmenin mevcut olması zorunludur.

Yukarıda değinilen hususların yanı sıra öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edebilmek için sözleşmeden doğan borcun ifa, ibra, takas, tecdit (yenileme), alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, sonraki kusursuz imkânsızlık gibi bir nedenle sona ermiş olmaması da gerekir. Çünkü mantıken var olmayan, sona ermiş bir borcun borçlusu tarafından yerine getirilmeyeceğinin açıklanması, anlam ifade etmeyeceği veya herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacağı kadar böyle bir borcun ilerideki ifası objektif biçimde tehlikeye de düşürülemez.[1022]

Nihayetinde önemle belirtmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; ancak borçlandırıcı sözleşmelerde, yani hukukî tavsifi itibariyle taahhüt işlemi sayılabilecek sözleşmelerde meydana gelebilecek bir borca aykırılık hâlidir. Tasarruf sözleşmelerinde[1023] örneğin ibra sözleşmesi, alacağın temliki sözleşmesi, aynî nitelikli

[1022] **Göka,** s.146-147.

[1023] "Borçlandırıcı sözleşme" kavramı ile diğer muhtelif sözleşmeler arasındaki farklar ve ayrım hakkında detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, s.46 vd. Bu noktada tasarruf sözleşmeleri arasında sayılanların hemen hepsi borçlar hukuku sahasına dâhilken yalnızca aynî sözleşmeler *(dinglicher Vertrag),* bilhassa eşya hukuku sahasına girmektedir. Bu hususiyetine istinaden değinmek gerekirse aynî sözleşmeler, aynî nitelikli bir hakkın doğumunu veya bir kimseden bir başka kimseye naklini temin etmek maksadıyla

sözleşmeler *(dinglicher Vertrag)*, neşir (yayım) sözleşmesinin yahut bir fikir veya sanat eserine dair lisans sözleşmesinin "tasarrufî nitelik barındıran ögelerinde" zaten sözleşmenin kurulması ânında tasarrufî etki de gerçekleşeceğinden, eş deyişle sözleşmenin kurulması ânında herhangi bir "borç" doğmayacağından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gündeme gelebileceği herhangi bir zemin mevcut değildir.[1024]

B. Sözleşmeyle Borç Altına Giren Taraf Açısından Değerlendirme

Bilindiği üzere hukukumuzda borçlandırıcı sözleşmeler, taraf sayısı ve hangi tarafın ve/veya tarafların borç altına girdiği kriterleri esas alınarak "tam iki tarafa borç yükleyen", "eksik iki tarafa borç yükleyen", "bir tarafa borç yükleyen" ve nihayetinde "çok taraflı" sözleşmeler olarak dört grupta tasnif edilebilir. Bu noktada TBK'da tercih edilen [bkz. TBK md.97 (Art.82 OR), TBK md.98 (Art.83 OR) ve TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) vb. hükümler] "karşılıklı borç yükleyen sözleşme" tabiri ile kuşkusuz tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubu kastedilmektedir.[1025] Tarafların asıl taahhütleri (aslî edim yükümlülükleri), birbirlerinin sebebini ve karşılığını oluşturuyorsa yani aslî edimler arasında bir tür mübâdele ilişkisinin mevcut olduğu ifade edilebiliyorsa ortada tam iki tarafa borç yükleyen *(synallagmatic)* bir sözleşme mevcuttur.[1026] Satım sözleşmesi (TBK md.207 vd.), kira sözleşmesi (TBK

---

yapılan sözleşmelerdir. Aynî sözleşmelerin bilinen ve yaygın örneği ise bir taşınır mülkiyetinin nakli için taraflar arasında yapılması gereken anlaşmadır. Zira bir bilgisayarın mülkiyetinin (K)'dan (L)'ye geçebilmesi için bilgisayarın zilyetliğinin (L)'ye geçirilmesi gerekli fakat yeterli değildir, ayrıca bu zilyetlik devri ile bilgisayarın mülkiyetinin de (L)'ye geçeceği hususunda (K) ve (L)'nin kendi aralarında anlaşmış olmaları gerekir ki işte bu konsensüs aynî sözleşmedir. Aynî sözleşme, görüldüğü üzere bir borç sözleşmesi değil, tasarruf sözleşmesidir. Verdiğimiz örnekteki aynî sözleşme, taşınır zilyetliğinin nakli esnasında mülkiyetin nakli neticesinin doğması için aranan bir irade beyanı uyuşmasını ifade eder. Bundan ötürü böyle bir sözleşmenin ifası yahut ifa edilmemesi, işin niteliği gereği düşünülemez. İfa yahut ifa edilmeme kavramlarına yabancı olan bir sözleşme türünde (aynî sözleşmede) elbette bir borca aykırılık hâli olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine de rastlanılmayacaktır. Aynî sözleşmeye dair detaylı bilgi için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.54-55; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.153-155; **Cansel, Erol:** "Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı", İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. No: 275, Ankara 1970, s.333 vd.

[1024] **Cumalıoğlu,** s.52.

[1025] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.7; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.154; **Cumalıoğlu,** s.52. Karşılıklı borç yükleyen sözleşme kavramı için İsviçre Borçlar Kanunu *"zweiseitigen Verträgen"* yani iki taraflı sözleşme tabirini kullanmışken (örneğin Art.107 OR); Alman Medenî Kanunu *"Gegenseitiger Vertrag"* yani karşılıklı sözleşme tabirini kullanmıştır. (Örneğin § 320 BGB).

[1026] Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hususunda daha detaylı bilgi için bkz. **Havutçu,** Tam İki

md.299 vd.), eser sözleşmesi (TBK md.470 vd.) ve hizmet sözleşmeleri (TBK md.393 vd.) gibi uygulaması yaygın sözleşmelerin çoğu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Edimler arasındaki *"synallagmatic"* ilişki, hemen her durumda başlangıçtan itibaren yani sözleşmenin kurulması ânından, hatta sözleşme öncesi müzâkereler ânından itibaren mevcuttur. Fakat gözden geçirme veya beğenme geciktirici (tâliki) şartlarına tâbi sözleşmelerde olduğu üzere, bazı sözleşmelerde *"synallagmatic"* ilişkinin sözleşmenin kurulmasından sonra doğması da kararlaştırılabilir.[1027] İster başlangıçtan itibaren bulunsun isterse de daha sonradan ortaya çıksın, edimler arasında bir *"synallagmatic"* ilişki mevcutsa sözleşme, tam iki tarafa borç yükler.

Bu bilgiler ışığında ifade etmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tatbik edilebileceği hususunda bir tereddüt yoktur. Keza öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde CISG md.71 hükmünde düzenlenen bir sonuç olan ifayı askıya alma *(suspension)* hakkına benzeyen TBK md.98 (Art.83 OR) hükmünün ilk fıkrasında ifa menfaati zedelenen yani hakkı tehlikeye düşen tarafın kendi edimini yerine getirmekten kaçınabileceği öngörülmüştür. İşte bunun sadece karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde gündeme gelebileceği gayet açıktır. Yine TBK md.98 hükmünün ikinci fıkrasında ise teminat gösterilmemesi hâlinde, ifa menfaati zedelenen tarafın sözleşmeden dönebileceği de öngörülmüştür.[1028] Nitekim bilindiği üzere sözleşmeden dönme hakkı da -tıpkı TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmündeki gibi- ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kullanılabilen bir haktır.[1029] Dolayısıyla daha önce ifade

---

Tarafa, s.8 vd.

[1027] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.99.

[1028] **Cumalıoğlu,** s.53.

[1029] TBK md.125/2 hükmü bağlamındaki sözleşmeden dönme hakkının, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesindekinden farkı, sadece zamansaldır. Daha açık ifade etmek gerekirse, TBK md.125/2 hükmündeki sözleşmeden dönme hakkı, muacceliyetin gerçekleşmesinden sonraki sürece, hatta borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinden sonraki sürece ilişkinken; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından biri olan ifa menfaati zedelenen tarafın sözleşmeden dönmesi, ancak henüz muacceliyetin

ettiğimiz gibi[1030] milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinin hemen hepsinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın belirgin sonuçları olan ifayı askıya alma hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı, hukukumuzda da TBK md.98 hükmü bağlamında ancak karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmeler için öngörülmüştür.

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin, hukukî tavsifi itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere mi yoksa bir tarafa borç yükleyen sözleşmelere mi daha yakın durduğu meselesi ihtilâflıdır.[1031] Sıkça rastlanması bakımından ücretsiz kullanım ödüncü (ariyet) sözleşmesi (TBK md.379 vd.) olağan tüketim ödüncü (karz) sözleşmesi (TBK md.386 vd.), ücretsiz olarak yerine getirilen vekâlet sözleşmesi (TBK md.502 vd.), ücretsiz saklama (vedia) sözleşmesi (TBK md.561 vd.), eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek olarak verilebilir. Tüm bu sözleşmelerde taraflardan biri daima borç altına girerken, diğeri ancak bazı hâllerde borç altına girer. Anılan örneklerden hareketle; ücretsiz kullanım ödüncü (ariyet) sözleşmesinde ödünç veren, sözleşme konusu şeyin kullanımını belli bir süreliğine ödünç alana bırakır, yani daima bir borç altına girer; oysa ödünç alanın herhangi bir bedel ödeme borcu yoktur, yani sadece şeyi iade etme borcu altına girer. Yine ücretsiz vekâlet sözleşmesinde vekil, müvekkilin tüm iş ve işlemlerini yapar, yani daima bir borç altına girer; oysa müvekkilin herhangi bir bedel ödeme borcu yoktur, yani sadece vekilin işlemleri yaparken, işi görürken bir masraf etmesi durumunda bu masrafı karşılamak gibi ayrıksı bir borcu vardır. İşbu eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde özellik arz eden husus, tarafların aslî edim yükümlülükleri arasında bir mübâdele, karşılıklılık yahut bir nedensellik ilişkinin mevcut olmamasıdır.[1032] İlâveten eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin edim-zaman ilişkisi bağlamında "sürekli edim" ihtivâ ettikleri ve

---

gerçekleşmesinden önceki sürece ilişkindir.
[1030] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV. Uluslararası Düzenlemelerde.
[1031] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.96 vd.; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.8 vd.; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.155.
[1032] **Cumalıoğlu,** s.53.

dolayısıyla bir kez ifasına başlanmışsa eksik iki taraflı sözleşmenin dönme hakkıyla değil, ancak "fesih" ile ortadan kaldırılabileceğini gözden kaçırmamak gerekir. Bu bilgiler neticesinde eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "daima borç altına giren taraf" bakımından meydana gelebileceğini ifade etmek mümkündür. Bazı hâllerde, ayrıksı olarak, borç altına girmeyen taraf bakımından da -nadir de olsa- öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gündeme gelebilecektir.

TBK md.26 (Art.19 OR) hükmündeki sözleşme özgürlüğü prensibi sayesinde taraflar, tabiatı itibariyle eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyi, sonradan tam iki tarafa borç yükler hâle getirebilirler. Örneğin TBK md.502/3 (Art.394 Abs.3 OR) hükmünde öngörüldüğü üzere vekâlet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça ücretsiz olarak kurulur, yani hukukî tavsifi itibariyle eksik iki tarafa borç yükler. Oysa günümüzde hemen her durumda vekâlet sözleşmesinde tarafların bir ücret kararlaştırdığı, başka bir deyişle sözleşmeyi tam iki tarafa borç yükler hâle getirdiği görülmektedir. İşte bu gibi hâllerde *"synallagmatic"* ilişki içerisinde bulunan borçlar açısından öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir. Ancak bu noktada dikkat edilmelidir ki eğer sözleşme sürekli edim ihtivâ ediyorsa, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için edimin ifasına henüz başlanmamış olmalıdır.[1033] Zira edimin ifası bir kez başlamışsa artık "muacceliyet öncesi süreç"ten söz edilemeyeceği için öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği bir zamansal zemin de kalmamış demektir.

Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise taraflardan biri daima bir borç altına girerken, diğer taraf hiçbir şekilde borç altına girmez. Bunun tabiî sonucu olarak aslî edimler -zaten tek bir edim vardır- arasında bir mübâdele, karşılıklılık yahut bir nedensellik ilişkisi, yani *"synallagmatic"* ilişki mevcut değildir. Sıkça rastlanması

[1033] Benzer örnek ve düşünce için bkz. **Cumalıoğlu,** s.53-54.

bakımından kefalet sözleşmesi (TBK md.581 vd.) ve bağışlama sözü verme (TBK md.288) bir tarafa borç yükleyen sözleşmelere örnek olarak verilebilir. Bunların sona ermeleri hemen her zaman bizzat kanun hükmüyle açıkça öngörülmüştür. Doktrinde katılmadığımız bir görüşe[1034] göre bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının zaten kendisinin bir edimi olmadığından ve edimin ifasını askıya almasından *(suspension)* söz edilemeyeceğinden dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmez. Kaldı ki bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, aynen ifa istemi veya tazminat davası açma imkânlarıyla yeterince hukukî himâye görmektedir.[1035] Ancak kanaatimizce bu görüş, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin tanımından yahut oluşum koşullarından değil de hüküm ve sonuçlarından yani ifa menfaati zedelenen tarafa tanınacak haklardan yola çıktığı için isabetli sayılamaz. İfayı askıya alma hakkı *(suspension),* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarından sadece biri olup, bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu imkânın bulunmaması dolayısıyla bu tür sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelemeyeceğini iddia etmek kabul edilemez. Bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de sadece bir taraf bakımından olsa bile bir "aslî edim yükümlülüğü" mevcuttur ve bunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu tarafından yerine getirilmesinden kesin biçimde imtinâ edeceği açıklanmış ve/veya tutum ve davranışlarından anlaşılabiliyorsa elbette "tanımı gereği" öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelecektir. Katılmadığımız görüşe eleştirilerimizi ve tespitlerimizi somutlaştırarak açıklamak gerekirse, örneğin (A)'nın çok sevdiği arkadaşı (B)'ye 15.12.2027 tarihinde bir taşınmazını bağışlamayı resmî şekilde yapılan sözleşmeyle taahhüt etmesi durumunda, ortada geçerli bir bağışlama sözü verme sözleşmesi mevcuttur. Taraflardan sadece (A) borç altına girmiş; (B) ise herhangi bir borç altına girmemiştir. Ancak sözleşmenin akdedilmesinden 6 ay sonra yani "henüz muacceliyetin

[1034] **Cumalıoğlu,** s.54.
[1035] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.155.

gerçekleşmesinden önceki süreçte" (A), 15.12.2027 tarihi geldiğinde taşınmazını hiçbir şekilde devretmeyeceğini kesin biçimde açıklıyorsa yani edimini ifa etmekten kesin biçimde imtinâ ediyorsa yahut (A)'nın daha vâde gelmeden taşınmazını bir üçüncü kişiye satmaya kalkışması nedeniyle 15.12.2027 tarihinde (B)'ye bağışlayamayacağı açıkça anlaşılabiliyorsa elbette artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmiştir. Doktrinde *Cumalıoğlu'*na ait olan katılmadığımız görüş, bu örnekte (B)'nin herhangi bir borç altına girmediğinden yani bir edimi olmadığından dolayı (A)'ya karşı "edimin ifasını askıya alma hakkını" kullanamayacağından söz ederek öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmeyeceğini ileri sürmektedir. Oysa böyle bir tespit, müessesenin tanımı yahut oluşum koşullarıyla değil, sadece "hüküm ve sonuçlarıyla" ilgilidir. Hüküm ve sonuçlardan hareketle bir müessesenin meydana gelip gelmeyeceğini açıklamak da kanaatimizce isabetli sayılamaz.

Çok taraflı sözleşmelerde ise üç veya daha çok sayıda taraf bulunduğundan aslî edimler arasında bir mübâdele, karşılıklılık yahut bir nedensellik ilişkisi, yani *"synallagmatic"* ilişki mevcut değildir. Burada artık edimler arasında bir karşılıklılık ilişkisinin olduğu söylemek çok zordur,[1036] karşılıklı olsalar dahi aralarında bir mübâdele ilişkisi kesinlikle yoktur.[1037] Sıkça rastlanması bakımından şirket (ortaklık) sözleşmesi ve ikiden fazla mirasçının yer aldığı miras paylaşım (taksim) sözleşmesi (TMK md.676, Art.634 ZGB), çok taraflı sözleşmelere örnek olarak verilebilir.[1038] Kanaatimizce bu tür sözleşmelerde *"synallagmatic"* ilişki görülmediğinden, edimler ve edimlerin gerisindeki irade açıklamaları karşılıklı değil de ortak bir amaca yönelmiş

[1036] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.155.
[1037] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.4, dn.8.
[1038] **Oğuzman/Öz,** C.1, s.50; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.6. Verdiğimiz örneklerden miras paylaşım (taksim) sözleşmesinin hukukî niteliği itibariyle tasarruf sözleşmesi olduğuna, ancak zaman zaman borçlandırıcı mahiyette unsurlar da içerebileceğine dikkat etmek gerekir. Sırf tasarruf sözleşmesi olması, yani bir "borç" doğurmaması sebebiyle bile miras paylaşım (taksim) sözleşmesinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez. Yine verdiğimiz örneklerden şirket (ortaklık) sözleşmesi de bazı ayrıksı hâller hâricinde sözleşmeden dönme ile sona ermez, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarına oldukça yabancı bir sözleşme türüdür. Şirket (ortaklık) sözleşmelerinin sözleşmeden dönme ile sona erebileceği ayrıksı hâller için bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.156.

olduğundan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez. Keza doktrinde *Cumalıoğlu,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde meydana gelebileceğini ve bunun sebebinin, yani ayırt edici unsurun *"synallagma"* ilişkisi olduğunu vurgulayarak ifade etmektedir.[1039]

Bu noktada doktrinde taraflardan birinin edimini yerine getirdiği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimini yerine getiren tarafın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalması hâlinde bunun hüküm ve sonuçlarından istifade edip edemeyeceği hususuna dair kayda değer bir tartışma mevcuttur. Eş bir deyişle tartışma, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin, *"synallagma"* ilişkisi dâhilindeki edimini yerine getirdikten sonra bile hâlen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelemeyeceği hakkındadır.[1040] Anglo-Sakson hukuk sisteminden bilhassa Amerikan hukukunda hâkim olan görüşe göre,[1041] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden ise alacaklının borcunu daha önce yerine getirdiği durumlarda meydana gelemez; zira bu ihtimalde edimini önceden tamamen yerine getirmiş olan taraf, öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanamaz. Hâkim görüşün altında yatan temel argüman, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalan tarafın "kendi edimini ifaya hazır hâlde bulundurma" yükümlülüğünün mevcut olmamasıdır.[1042] Amerikan hukuk sistemindeki kabule göre tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin edimini tamamen yerine getirmesiyle artık sözleşme tek tarafa borç yükler hâle dönüşür ve genellikle bu tür sözleşmelerde karşı-edim, bir miktar paranın ödenmesidir.[1043]

[1039] **Cumalıoğlu,** s.54.
[1040] **Cumalıoğlu,** s.54.
[1041] **Fransworth,** s.531. Keza ABD mahkemeleri de hâkim görüşe uygun biçimde kararlar vermiştir. Bkz. *"Wallace Clark & Co. v. Acheson Industries, Inc.,"* 422 F. Supp. 20 (S.D.N.Y. 1976) ve *"Franklin Society Federal Savings & Loan Association v. FarPap Corp."* 57 A.D. 2nd 607, 393 N.Y.S. 2nd 782 (1977) kararlar nak.: **Wiesner/Klotchman,** s.66 vd. Bunun yanı sıra bkz. **Dawson, Francis:** "Metaphors and Anticipatory Breach of Contract", Cambridge LJ 1981, vol.40, iss.1, ss.83-107, s.84. **Rowley,** s.569 vd.; **Carter,** 429. Yine bu konudaki Avustralya mahkemelerinin kararları için ise bkz. **Dawson,** s.101 vd.
[1042] **Wiesner/Klotchman,** s.63-65.
[1043] **Cumalıoğlu,** s.55.

Bunun tipik örneği olarak veresiye satımlarda satıcının malı teslim etmesinden sonraki süreçte alıcının satım bedelini ödeyemeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan etmesi, hâkim görüşe göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermez.[1044] Yine benzer bir örnek olarak müşterisine kredi olarak bir miktar parayı kullandıran bir banka, kredi açma ve kullandırma borcunu zaman itibariyle daha önceden yerine getirdiği için kredi taksitlerini geri ödeyemeyeceği açıkça öngörülebilen müşterisine karşı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarına, örneğin bir erken dönme hakkına sahip değildir. Zaten bu nedenle Amerikan hukukunda kredi sözleşmelerine "muacceliyet klozları" konularak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin "alacaklının edimini zaman itibariyle daha önce yerine getirdiği sözleşmelere uygulanmaması" anlayışı bertaraf edilmektedir.[1045] Nitekim hâkim görüşe uygun olarak § 253 para.1 Restatement (2nd) of Contracts hükmünde de karşılığını henüz almadığı bir edimini, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifa etmeyeceğini beyan eden borçludan, zararın tümüyle tazmin edilmesinin istenebileceği öngörülmüştür.[1046]

Anglo-Sakson hukuk literatüründe anılan görüş eleştirilere mâruz kalmaktadır.[1047] Bu eleştiriler bağlamında bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borç altına giren tarafın yahut iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimini daha önce yerine getiren ve fakat daha sonradan sözleşme ihlâline mâruz kalan tarafın hukukî durumlarının aynı olduğu, henüz edimini yerine getirmemiş tarafa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine gidebilme olanağı tanınırken, edimini yerine getiren tarafın bu olanaktan mahrum bırakılmasının isabetli sayılamayacağı ifade edilmiş;[1048]

[1044] **Wiesner/Klotchman,** s.64.
[1045] **Fransworth,** s.531-532; **Calamari/Perillo,** s.489.
[1046] § 253 para.1 Restatement (2nd) of Contracts hükmüne göre: *"Where an obligor repudiates a duty before he has committed a breach by non-performance and before he has received all of the agreed exchange for it, his repudiation alone gives rise to a claim for damages for total breach."* Ayrıca bkz. **Wiesner/Klotchman,** s.62; **Cumalıoğlu,** s.55.
[1047] **McCamus,** s.696; **Calamari/Perillo,** s.489.
[1048] **Corbin, Arthur Linton:** Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract

Florida, Texas, New Hampshire eyalet mahkemeleri de hemen yukarıda andığımız hâkim görüşün aksine, eleştirileri teyit eden biçimde kararlar vermiştir.[1049] Örneğin bunlardan Texas mahkemesi, *Pollack v. Pollack* kararında iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri edimini diğerinden zaman itibariyle daha önce yerine getirmiş olsa dahi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği yönünde hüküm kurmuştur.[1050] Yine benzer şekilde eyaletin medenî kanununu *(bkz. Louisiana Civil Code)* referans alan Louisiana mahkemesi de bir tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından birebir aynı hukukî sonuca varmış, bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği yönünde hüküm kurmuştur.[1051]

Anglo-Sakson hukuk sisteminden bilhassa Amerikan hukukunda hâkim olan görüş, hukukumuz bakımından veresiye satım sözleşmelerinde görülmektedir. Bilindiği üzere TBK md.235/3 (Art.214 Abs.3 OR) hükmüne göre *"satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır."* Hükümden anlaşıldığı üzere veresiye satım sözleşmesinde, alıcının bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi hâlinde, kural olarak, satıcının sözleşmeden dönme hakkı mevcut değildir.[1052] İşte ABD hukuk sisteminde hâkim olan görüş de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimini zaman itibariyle daha önce yerine getiren tarafı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine ve bundan doğacak haklara başvurma olanağından mahrum etmektedir. TBK md.235/3 hükmü de satım konusu şeyin zilyetliğini daha satım bedelini almamışken alıcıya devreden, yani edimini önceden ifa eden bir satıcıyı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kanaatimizce en efektif hukukî

Law vol.4, West Pub. Co., St.Paul, Minnesota 1951, § 962, s.864-865, nak.: **Wiesner/Klotchman,** s.65 ve s.76 vd.

[1049] **Wiesner/Klotchman,** s.79-80.

[1050] 46 S.W. 2nd 292 (Tex. Civ. App. 1932), nak.: **Wiesner/Klotchman,** s.75.

[1051] **Gulotta Jr., James C.:** "Anticipatory Breach – A Comparative Analysis", Tulane LR May 1976, vol.50, s.928.

[1052] **Cumalıoğlu,** s.56.

sonucu sayılabilecek sözleşmeden dönme hakkına başvurma olanağından mahrum bırakmaktadır. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede (veresiye satım sözleşmesinde) edimini zaman itibariyle daha önce yerine getiren tarafı, sözleşmeden dönme hakkından mahrum bırakan TBK md.235/3 hükmüne gaî perspektiften bakılırsa satım konusu şeyin tesliminin ardından mülkiyetin üçüncü bir kimseye devredilmesi ve satıcının sözleşmeden dönmeye kalkması hâlinde gündeme gelebilecek problemlerin önüne geçmenin amaçlandığı söylenebilir.[1053] Ancak bu bağlamda gündeme gelebilecek "iade" problemi, sözleşmeden dönme hakkının hukukî etkisini açıklayan görüşlerden[1054] hangisinin benimsendiğine göre farklılık arz edecektir. Kaldı ki TBK md.235/3 hükmüne dikkat edilirse deyim yerindeyse bir açık kapı bıraktığı, yani taraflarca aski kararlaştırılmışsa veresiye satım sözleşmesinde satıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olabileceği de öngörülmüştür.[1055]

Türk-İsviçre hukuk sisteminde -hemen yukarıda andığımız ABD hukukundaki hâkim görüşe benzer biçimde- alacaklının borcunu zaman itibariyle daha önce yerine getirdiği hâllerde TBK md.98 (Art.83 OR) hükmüne göre değil de borçlu temerrüdüne dair TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmüne göre sözleşmeden dönme imkânının mevcut olduğu görüşü ileri sürülmektedir.[1056] Türk hukukunda bir görüş olarak *Cumalıoğlu,* bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın da erken dönme hakkının da meydana gelemeyeceğini ifade ederek ABD hukuk sistemindeki hâkim görüşe yakın bir görüşü savunur.[1057] Anılan yazar, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise edimini zaman itibariyle daha önce yerine getirmiş olan tarafın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalması hâlinde artık her ne kadar edimin ifasını askıya alma hakkı *(suspension)* mevcut olmasa dahi erken

[1053] **Cumalıoğlu,** s.56.
[1054] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F, 3, c. Öncelenmiş (Erken) Dönmenin Hüküm ve Sonuçları.
[1055] **Cumalıoğlu,** s.56.
[1056] Türk-İsviçre hukuk sisteminde bu görüşe katılan yazarlar için bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.93, dn.129. Ancak doktrinde Serozan, aksi görüştedir, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.338-339.
[1057] **Cumalıoğlu,** s.57.

dönme hakkına başvurabileceğini, dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceğini belirtir. Zira *Cumalıoğlu*'na göre sırf muhatabına güvenip de edimini zaman itibariyle daha önce yerine getirmiş olan tarafın öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğacak haklardan mahrum edilmesi ve temerrüde kadar beklemeye mecbur bırakılması için mâkul bir sebep yoktur.[1058] Nihayetinde anılan yazar; veresiye satım sözleşmelerinde ise yasa koyucunun aksi yönde bir tutum benimsediğini ifade ettikten sonra bu sözleşmelerde satıcının henüz satım konusu şeyin zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmemişse (TBK md.207/2) yahut devretmiş olmasına karşın TBK md.235/3 hükmüne istinaden sözleşmeden dönme hakkını açıkça saklı tutmuşsa, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanabileceğini ve bu bağlamda erken dönme hakkını kullabileceğini belirtmektedir.[1059] Kanaatimizce yazarın veresiye satım sözleşmesine dair değerlendirmesindeki ilk hipotezine, yani satıcının "henüz satım konusu şeyin zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmemişse" öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa gidebileceğini savunan hipotezine katılmak mümkün değildir. Zira bu hâlde ortada bir veresiye satım sözleşmesi değil olsa olsa "aynı ânda ifa kuralının" geçerli olduğu sıradan bir satım sözleşmesi mevcuttur. Sıradan bir satım sözleşmesinde de borcun doğumu ile ifa edileceği ân (muacceliyet veya vâde) arasında bir zaman aralığı, yani bir süreç mevcutsa sözleşmenin iki tarafından birinin bu zaman aralığında edimini ileride ifa etmeyeceğini kesin bir biçimde beyan etmesi ve/veya tutum ve davranışlarından bunun açıkça anlaşılabilmesi durumunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilecektir.

Nihayetinde tüm bu hususlarda ifade etmek isteriz ki kanaatimizce sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen, eksik iki tarafa borç yükleyen yahut da tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmemesi bakımından bir özellik arz etmemelidir. Zira bir sözleşmenin tam iki tarafa

[1058] **Cumalıoğlu,** s.57.
[1059] **Cumalıoğlu,** s.57.

veya eksik iki tarafa yahut bir tarafa borç yüklemesi, sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hangi taraf bakımından ortaya çıkacağı meselesi ile ilgilidir. Örneğin satım sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede satıcı bakımından satım konusuna dair bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaşanabilecekken, alıcı bakımından da satım bedelini (semeni) ödeme borcuna dair bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaşanabilir. Yine bağış sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olduğunda sadece bağışlayan bakımından bağış konusu şeye dair bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaşanabilecekken, bağışlananın herhangi bir edim yükümlülüğü bulunmadığından bizzat kendi beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebep olması düşünülemez. İşte bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edebilmek için her şeyden önce kurulmuş ve geçerli bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı, ilâveten öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın irtibatlı olacağı bir edim yükümlülüğü olmalıdır. Başka bir deyişle aykırılığa konu olacak bir "edim" mevcut olmalıdır. Esasen daha önce değindiğimiz üzere,[1060] kanaatimizce bunun aslî edim yükümlülüğü veya yan edim yükümlülüğü yahut yan yüküm olması, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olabilmesi açısından bir özellik arz etmemelidir.

C. Sözleşmedeki "Edim" Açısından Değerlendirme

1. Olumlu (Verme, Yapma) ve Olumsuz (Yapmama, Katlanma) Edimleri Açısından Değerlendirme

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; hiç kuşkusuz ki bir sözleşmeden kaynaklanan "verme *(dare)*", "yapma *(facere)*" gibi olumlu edimler bakımından gerçekleşebilecek bir borca aykırılık hâlidir. Bununla birlikte kendi içerisinde "yapmama *(non-facere)*" ve

[1060] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 2. Türk Hukukunda.

"katlanma" şeklinde ikiye ayrılabilecek[1061] olumsuz edimler bakımından meselenin tartışılması gerekir. Doktrindeki bir görüşe göre olumsuz edimler içerisinden "yapmama" edimleri ifa edilmezse alacaklı, artık aynen ifa isteminde bulunamaz; fakat borçlunun aynen ifada bulunmak yerine tazminatla sorumlu olacağı kabul edilir.[1062] Anılan görüşün dayanağı ise *"yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür."* şeklindeki TBK md.113/2 (Art.98 Abs.2 OR) hükmüdür. Doktrindeki bir başka görüş ise "yapmama" edimlerinde dahi borcun sonradan yerine getirilmesinin mümkün olabileceği gerçeğinden yola çıkarak, temerrüt hükümlerinin tatbik edilebileceğini;[1063] alacaklının TBK md.113/3 (Art.98 Abs.3 OR) hükmüne dayanma olanağının yanı sıra TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerinin yahut sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine dair hükümlerin kıyasen tatbikiyle duruma göre fesih veya sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesi gerektiğini ifade eder.[1064] Hatta daha önce değindiğimiz[1065] konulara benzer şekilde; edimin cebrî icra marifetiyle yerine getirtilmesi mümkün değilse bile[1066] "yapmama" edimi ihlâl edildiğinde aynen ifa davası açılabilmeli, İİK md.30 hükmünden yararlanılabilmeli ve borçlu aleyhine İİK md.343 hükmündeki cezaya hükmedilebilmelidir.[1067] İlâveten borçlunun "yapmama" edimine aykırı davranışı sebebiyle ortaya çıkan durumun kaldırılması da bir davaya konu edilebilir; örneğin bitişikteki bahçeye kümes yapmama konulu bir olumsuz edime aykırı davranılmışsa, mevcut kümesin mahkeme kararıyla yıktırılması mümkün olmalıdır.[1068]

[1061] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 3 N.6. Ancak işaret ettiğimiz ayrımın doktrinde uzlaşıyla kabul edildiğini söylemek güçtür. Örneğin Oğuzman ve Öz, olumsuz edimleri kendi içerisinde ayırırken "kaçınma" ve "katlanma" borçları biçiminde bir tasnifi tercih eder, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.24.

[1062] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4258.

[1063] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.904 ve s.783.

[1064] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.187. Hatta yine Antalya'ya göre *"yapmama yükümlülüğünün ihlali her zaman temerrüt ya da kötü ifa sonucu doğurmayabilir, örneğin doktorun hastasıyla duygusal ilişki kurması sözleşmenin olumlu ihlali niteliğindedir."*, bkz. **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.402.

[1065] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, III. İfa İmkânsızlığı Görüşü.

[1066] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.193.

[1067] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.923-924; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.189.

[1068] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.924.

Cumalıoğlu; "yapmama" edimine aykırı davranılması hâlinde alacaklıya -kıyas neticesinde- sözleşmeden dönme hakkı verilmesi gerektiğini savunan görüşler göz önüne alındığında ve bilhassa "yapmama" ediminin *"synallagma"* ilişkisi içerisinde olduğu bir karşı-edim mevcutsa "yapmama" edimine aykırı davranışın öngörülebileceğini ve dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceğini, bunun neticesinde ise alacaklıya kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı *(suspension)*, erken dönme hakkı gibi imkânların verilebileceğini ifade etmektedir.[1069] Kanaatimizce de "yapmama" edimlerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesinde bir engel yoktur. Örneğin plak kayıt ve üretimiyle uğraşan (B) firması, akdettikleri bir rekabet yasağı sözleşmesiyle (A) firmasına karşı "1 yıl boyunca İngilizce Rock türünde" plaklar üretmemeyi, bu konuda (A) firmasının çalışma ve ilgi sahasında rekabet etmemeyi taahhüt etmiştir. Bunun karşılığında (A) firması da (B) firmasına yıl ortasında ve yıl sonunda birer kez 1.000.000 TL ödeyeceğini taahhüt etmiştir. Ancak rekabet etmemekle ("yapmama" edimiyle) yükümlü olan (B) firması, henüz sözleşmenin kurulmasının ardından İngilizce Rock şarkı söyleyen sanatçılarla prensip anlaşmaları yapmaya başlamış, İngilizce Rock şarkıları onların sesinden stüdyolarında kaydetmiş, neredeyse plak olarak piyasaya sunmaya hazır hâle gelmiştir. (B) firmasının tüm bu davranışları, (A) firması bakımından ilerideki edimin ifasının (plak üretip piyasaya sürmeme konulu "yapmama" edimi) objektif olarak tehlikeye sokulduğunu gösterir ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açar. Zira "yapmama" ediminin borçlusu, tutum ve davranışlarıyla ilerideki edimin ifasını tam ve doğru biçimde gerçekleştirmeyeceğini açıkça ve kesin bir biçimde ortaya koymaktadır. İşbu hâlde (A) firması, yıl ortasındaki ve yıl sonundaki 1.000.000 TL ödeme ediminin ifasını askıya alabileceği gibi, karşı taraftan "sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması"nı,[1070] rekabet etmeme taahhüdüne

[1069] **Cumalıoğlu,** s.80.
[1070] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip

riayet edeceğine dair yeterli güvence göstermesini talep edebilir. (A) firmasının başvurabileceği söz konusu hukukî enstrümanlar yetersiz kaldığında firma, vâdeyi (yıl ortası ve yıl sonu vâdelerini) beklemeksizin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle sözleşmeden erken dönme hakkını bir son çare *(ultima ratio)* olarak kullanabilir. Nitekim doktrinde *Cumalıoğlu* da benzer minvalde bir örnek olarak şu açıklamalarda bulunmuştur: *"(A), (B)'ye, önümüzdeki yılbaşından itibaren, arazisinde kimyasal ilaç kullanmaması karşılığında, belli miktar yakıt vermeyi borçlanmışsa; henüz yapmama borcunun ifası için belirlenen zaman gelmeden, (B)'nin, arazisinde kullanmak üzere kimyasal ilaç satın alması veya bu ilaçlan arazisinde kullanacağı beyanı üzerine veyahut araziyi bu ilaçların kullanılması zorunlu türdeki bitki yetiştirecek birine kiralaması durumunda (A), öngörülebilen ihlale ilişkin haklarını kullanabilir; kendi ediminin ifasını askıya alabilir, güvence talep edebilir ve koşulları gerçekleştiyse öncelenmiş dönme hakkını kullanabilir. Aksi takdirde (A), (B)'ye teslim etmek üzere yakıt sağlamak için harcama yapacak, depolama masrafına ve tehlikesine katlanacak, zararın ortaya çıkması ve artması söz konusu olabilecektir."*[1071]

Nihayetinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; verme, yapma ve yapmama şeklindeki tüm edim türlerinde görülmeye şartları itibariyle müsaittir.

2. Aslî Edim Yükümlülüğü, Yan Edim Yükümlülüğü ve Yan Yükümler Açısından Değerlendirme

Daha önce detaylıca değindiğimiz üzere[1072] hukukumuzda borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri; "aslî edim yükümlülüğü", "yan edim yükümlülüğü" ve bunların hâricinde "yan yükümler" olarak tasnif etmek mümkündür. CISG literatüründe ise bir sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülükler böyle bir tasnife tâbi tutulmayıp "ihlâlin

---

Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.
[1071] **Cumalıoğlu,** s.80.
[1072] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 2. Türk Hukukunda.

ağırlığı" göz önüne alınarak alacaklının kullanabileceği haklara ve sözleşmeyi ortadan kaldırıp kaldıramayacağına karar verilir. Daha önce tespit ettiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, hayatın olağan akışında genel itibariyle aslî edim yükümlülüklerine ilişkin olarak meydana gelebilir. Ancak bunun dışında ister kanundan ister sözleşmeden doğsun yan edim yükümlülükleri de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olabilir. Hatta yan yükümler dahi, ihlâli hâlinde alacaklı açısından "ağır bir ihlâl" olarak değerlendirilebilecekse öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olabilecektir. Zira kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmediğinin tâyininde edimin "aslî edim yükümlülüğü mü yan edim yükümlülüğü yoksa bir yan yüküm mü" olduğu değil de bunlardan herhangi birinin ihlâl edilmesi hâlinde alacaklıdan artık sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenip beklenemeyeceği; başka bir deyişle ihlâlin, sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getirip getirmeyeceği kriteri göz önüne alınmalıdır.[1073]

3. Sözleşmenin Âni, Sürekli yahut Dönemlik Edim İhtivâ Etmesi Açısından Değerlendirme

Bilindiği üzere sözleşmeler edim-zaman ilişkisi itibariyle tasnif edildiğinde "ani edimli", "sürekli edimli" yahut "dönemlik edimli" sözleşmeler olarak üç gruba ayrılabilir.[1074] Satım veya bağışlama sözleşmeleri âni edimli; kira veya hizmet sözleşmeleri sürekli edimli, dergi aboneliği gibi art arda teslimli sözleşmeler ise dönemlik edimlidir. Ancak bu ayrımın ve örneklerin mutlak olduğu düşünülmemelidir. Zira satım sözleşmenin hukukî niteliği itibariyle âni edimli olduğu ifade edilse dahi örneğin bir taksitle satım sözleşmesinde "taksit ödeme" gibi dönemlik edimler

[1073] Aynı yönde bkz. **Cumalıoğlu,** s.80-81.

[1074] Doktrinde Kılıçoğlu, "ani edim" ve "sürekli edim" ayrımının TBK'ya 126. maddenin eklenmesiyle gelmiş bir yenilik olduğunu ifade eder, bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4871. Doktrinde bir görüş tarafından ifade edildiği üzere aralıklı edimler arasındaki süre düzenliyse artık "dönemlik edim" mevcut sayılır. Borçlunun zaman içerisinde düzenli yahut düzensiz aralıklarla edimini yerine getirmesi gereken durumlarda "aralıklı edim" söz konusudur. bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, s.13-14. Anlaşılan odur ki Oğuzman ve Öz, pratik bir özellik arz etmese dahi "aralıklı" ve "dönemlik" edimi ayırt etmeyi tercih etmektedir.

bulunabilir. Yine benzer şekilde kira sözleşmesinin hukukî niteliği itibariyle sürekli edimli olduğu ifade edilse dahi örneğin "kiraya verenin şeyi kiracıya teslim etmesi" gibi âni edimler yahut "kira bedelinin her ayın 3'ünde ödenmesi" gibi dönemlik edimler mevcut olabilir. Örneklerden görüldüğü üzere sözleşmedeki her bir edime dair zamansal bir değerlendirme yapılması "sözleşmenin" niteliğini her zaman doğru biçimde ortaya koymamaktadır. Zaman unsuru, daha dar şekilde ele alınarak değerlendirmede yan edim yükümlülükleri, yan yükümler ve "para" gibi hemen her sözleşmede zaten görülen ve sözleşmeyi karakterize etmeyen aslî edim yükümlülükleri hâriç tutularak sadece ve sadece sözleşmenin tipik, karakteristik, özellik arz eden "tek bir aslî edim yükümlülüğü" esas alınmalı ve bunun zaman unsuruyla olan ilişkisi, aynı zamanda sözleşmenin de âni, sürekli yahut dönemlik edimli olduğunu açıklayabilmelidir.[1075]

Doktrinde "karakteristik edim" fikrini benimseyen bir görüş,[1076] doğrudan nesnel edim sonucunu *(objektiver Leistungserfolg)* esas alarak alacaklının hukukî menfaatinin bir kez âniden mi yoksa belli bir süreç içerisinde kademeli olarak mı tatmin edildiğini gözetir. Bir başka görüş[1077] ise tam tersine, edim sonucundan değil de bizzat borçlunun ifayı sağlamaya yönelik hareketlerinden yani edim fiilinden *(subjektive Leistungshandlungen)* bir değerlendirme yapmayı tercih eder. Bunlar dışında bir başka görüş[1078] ise "taraflar"dan değil de doğrudan "karakteristik edim"den yola çıkar ve ifayı sağlamaya matuf hazırlıklara önem vermeksizin karakteristik edimin ifa süresini esas alarak bir tavsif yapmayı tercih eder. Kanaatimizce ikinci görüş, yani *Serozan*'ın tespitleri doğrultusunda "edim fiili"nden hareketle sözleşmenin zaman itibariyle nitelendirmesini yapmak daha isabetlidir.

[1075] **Cumalıoğlu,** s.58.
[1076] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.7.
[1077] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.164, dn.24. Serozan'a göre, *"…edimin sürekliliğini, borçlunun edim eylemleri (subjektive Leistungshandlungen) açısından ele almak, bence daha tutarlı, üstelik borçluyu ön plâna alan modern eğilimlere ve menfaatler durumuna daha uygun düşer. Gerçekten de, böylece hem borçlu tarafından yerine getirilmiş edimlere butlan, iptal ya da dönme eliyle niçin ilişilemeyeceği daha iyi açıklanabilir, hem de eser (istisna) sözleşmelerine de sürekli sözleşme ilişkisine özgü sonuçların bağlanması olanağı sağlanır."*
[1078] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.13.

Bu bilgiler ışığında ifade edebiliriz ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçları göz önüne alındığında, işbu borca aykırılık hâlinin âni edim ihtivâ eden sözleşmelerde her zaman; sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde ise henüz borcun ifasına başlanmamış olmak kaydıyla meydana gelmesi mümkündür.[1079] Borcun ifasına başlanmış olan sürekli edimli sözleşmelerde, edim zaten her ân muaccel hâlde olduğundan dolayı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği bir zaman aralığı, bir süreç mevcut değildir. Daha ayrıntılı açıklamak gerekirse çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere[1080] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için borcun (edimin) doğumu ile muaccel hâle gelmesi arasında öyle ya da böyle bir zaman aralığı, bir süreç mevcut olmalıdır ki bu süreçte borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce edimini ifa etmeyeceğini kesin bir biçimde beyan edebilsin. Âni edimli sözleşmelerde hemen her durumda böyle bir zaman aralığı (borcun doğumu ile muacceliyet arasında) mevcuttur. Oysa sürekli edimli sözleşmelerde edim bir kez ifa edilmeye başlandı ise artık her ân muacceliyet söz konusu olacağından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği uygun bir zamansal zemin mevcut değildir. İfasına başlanmış sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde teknik sebeplerle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemese dahi bunun eksikliğini (bilhassa erken dönme hakkının eksikliğini) "haklı sebeple fesih" müessesesi giderir mahiyettedir.[1081]

Ani edimli ve sürekli edimli sözleşmelerde durum böyle olmakla birlikte dönemlik edim ihtivâ eden sözleşmelerde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceğini; fakat buna istinaden sözleşmenin ileriye *(ex nunc)* mi yoksa geçmişe *(ex tunc)* mi etkili biçimde ortadan kaldırılabileceği hususunda ihtilâfların

[1079] **Cumalıoğlu,** s.58.
[1080] Daha detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, A. Genel Olarak.
[1081] **Cumalıoğlu,** s.58.

olduğunu belirtmek gerekir.[1082] Keza bilindiği üzere sözleşmedeki karakteristik dönemlik edimlerin her birinin yerine getirilmesi, kendi içerisinde "ani" yahut "sürekli" biçimde gerçekleştirilebilir. Bilhassa "yapma" şeklindeki dönemlik edimlerde (örneğin her ayın on beşinci günü bir adet dergi sayısını alacaklının kapısına bırakma taahhüdü) yahut "yapmama" şeklindeki dönemlik edimlerde (örneğin her ayın son 5 günü yüzme havuzunu açmama taahhüdü) sözleşmenin yerine getirilmesine bir kez başlanmışsa, artık olsa olsa "fesih" müessesesi gündeme gelecektir. Dönemlik edim ihtivâ eden bir sözleşmedeki karakteristik edimin "verme" olduğu durumlarda ise sözleşmeden dönmenin mi yoksa sözleşmenin feshinin mi söz konusu olacağı hususunda dürüstlük kuralı belirleyici olmalıdır.[1083] Ancak ileride etraflıca açıklanacağı üzere[1084] CISG md.73 hükmünde art arda teslimli satım sözleşmelerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hem oluşum koşullarıyla hem de hüküm ve sonuçları itibariyle detaylı biçimde düzenlendiğini; dolayısıyla dönemlik edim ihtivâ eden sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmeyeceği bakımından bir tereddüdün olmadığını, sadece bu borca aykırılığın hüküm ve sonuçlarının ne olacağı, başka bir deyişle dönme yahut fesih enstrümanlarından hangisinin tercih edileceği meselesinin ihtilâflı görülebileceğini önemle vurgulamak gerekir.[1085]

[1082] **Cumalıoğlu,** s.58.
[1083] **Cumalıoğlu,** s.58-59.
[1084] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Hâli (CISG md.73).
[1085] Gerçekten de CISG md.73 hükmüne göre: *"(1) Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlâlini teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir. (2) Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir. (3) Münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan eden alıcı, aynı zamanda, gerçekleşmiş teslimatlara ve gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir, yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılamayacak olsun."*

D. İsimsiz (Atipik) Sözleşmelerden Bilhassa "Çift Tipli Karma Sözleşmeler" Açısından Değerlendirme

Bir diğer özellik arz eden husus ise isimsiz (atipik) sözleşmelerden bilhassa "çift tipli karma sözleşmeler *(doppeltypischer oder Zwitterverträge)*"dir,[1086] zira bunlarda karakteristik edimin tespiti oldukça güç olabilmektedir. Örneğin "kapıcılık sözleşmeleri"nde kapıcının apartman kat mâlikleri yönetimine karşı apartmanın rutin bakım, temizlik ve gözetimini üstlenmesi; buna mukabil apartman yönetiminin kendisine bir ücret ödemek yerine apartmandaki bir bağımsız bölümde kira ödemeden ikamet etme imkânı sağlamayı üstlenmesi hâlinde, ortada hem hizmet sözleşmesinin karakteristik edimini hem de konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesinin karakteristik edimini ihtivâ eden çift tipli karma bir sözleşme bulunmaktadır. Benzer bir örnek olarak bir öğretmenin ev sahibinin çocuğuna her hafta sonu İspanyolca dersi vermesi karşılığında ev sahibinin evindeki bir odada öğretmenin sürekli olarak kalmasına müsaade etmesi durumunda vekâlet sözleşmesi ile kira sözleşmesine dair karakteristik edimler bir arada bulunur. Yine benzer bir örnek olarak "hizmet barter sözleşmelerinde" bir taraf fuar sahasından bir yer kullandırmayı taahhüt ederken, diğer taraf kullandıranın 2 ay müddetle muhtelif ortamlardaki lansman-reklam faaliyetlerini yürütmeyi yahut 2 ayın sonunda bir malın mülkiyetini devretmeyi üstlenmişse ortada yine bir çift tipli karma sözleşme mevcuttur. Tüm bu örneklerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında bir sonuca varabilmek için dürüstlük kuralına ve bilhassa sürekli edimin yerine getirilmesine henüz başlanıp başlanmadığına balmak gerekmektedir.

Benzer bir problem, sözleşmenin hukukî niteliği itibariyle âni edimli olmasına karşın, bazen dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeden dönülerek geçmişe etkili *(ex tunc)*

[1086] Detaylı bilgi için bkz. **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.11 vd.; **Zevkliler/Gökyayla,** s.19; **Aral/Ayrancı,** s.85-86; **Eren,** Borçlar Özel, s.956-959; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.8; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.26 vd.; **Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1, 6.B, İstanbul 2008, s.69; **Yavuz/Acar/Özen,** Özel Hükümler, s.14; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I, 11.B, İstanbul 2022, s.32.

biçimde ortadan kaldırılması yerine sadece "fesih" ile ileriye etkili *(ex nunc)* biçimde ortadan kaldırılabildiği durumlarda görülür. Bilinen bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında[1087] "geçici-sürekli karmaşığı" bir niteliği hâiz olan inşaat sözleşmelerinde

[1087] Anılan İçtihadı Birleştirme Kararına göre: *"İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. BK m.106-108 ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılaşmaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih geriye mi, ileriye mi etkili sonuç doğuracaktır? Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (BK. m. 98/2, 43) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir? İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak MK m.2 de yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, MK m.1 in değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı"ndan yararlanılabilir. Bugün hakim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisine sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: "Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK m.2/2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkan sağlamaktır" Prof.Dr. Zahit İmre`nin Türk Medeni Hukukuna göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık`a Armağan, Ankara 1973. Sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre`de Medeni Hukuk Profesörü MERZ`in ifade ettiği gibi, bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet mülahazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof.Dr. Andreas B. SCHWARZ`ın (Medeni Kanunun 2. maddesi ile Borçlar Kanunu`nun 106-108. maddelerine ilişkin) görüşü de; özetle şöyledir: I - MK m.2 deki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumi esaslar Kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir. (Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1946, Sh. 203 vd.) II - MK m.2 deki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakimin, her hadisede "feshin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir. (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül`ula Mardin`e Armağan, İstanbul 1944, Sh. 759 vd). Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK m.106-108 uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin*

sözleşmenin sona erdirilmesinin ancak fesih ile ileriye etkili *(ex nunc)* olarak mümkün olduğu yönünde hüküm kurulmuştur. Bu hüküm, kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın inşaat sözleşmelerinde uygulanmasına engel teşkil etmemelidir. Fakat sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde edimin bir kez ifasına başlanmışsa artık edim her ân muaccel olacağından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği bir zamansal zeminin kalmadığı gerçeği de göz ardı edilmemelidir. Kanaatimizce Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği gibi "geçici-sürekli karmaşığı" bir niteliği hâiz olan inşaat sözleşmelerinde edimin ifasına henüz başlanmamışken fakat ifaya yönelik hazırlık çalışmaları sırasında (örneğin inşaatın yapılacağı sahanın etüdünün yapılması, iş makinelerinin intikal ettirilmesi, ekipmanların hazırlanması, gerekli plân ve projelerin çizilmesi, yetkili idari mercilerden gerekli izinlerin alınması ve sâir) yüklenicinin tutum ve/veya davranışları, henüz muacceliyet öncesi süreçte bile ilerideki edimin ifasını kesin biçimde tehlikeye düşürüyorsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gündeme gelebilmelidir. Başka bir deyişle kanaatimizce bu kez öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, "ifa"ya ilişkin olarak değil; "ifayı sağlama yönelik zorunlu hareketlere" ilişkin olarak meydana gelebilmelidir.

E. Sözleşme Yapma Vaadi (Önsözleşme) Açısından Değerlendirme

Bir diğer özellik arz eden husus sözleşme yapma vaadinden yani "önsözleşme"den doğan borçlarda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelemeyeceğidir. Önsözleşme; taraflardan her ikisinin birbirlerine karşı yahut sadece bir tarafın diğerine karşı ileride üçüncü bir kişi ile bir borç sözleşmesi yapmayı taahhüt

---

feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileride olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır..." **[Yargıtay İBGK, E.1983/3, K.1984/1, T.25.01.1984,** www.turkhukuksitesi.com].

etmesidir.[1088] TBK md.29 (Art.22 OR) hükmünde *"bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır."* denmek suretiyle önsözleşmenin pozitif hukukumuz bakımından geçerli olduğu, hatta bunun tıpkı ileride kurulacak "asıl sözleşme" gibi hukukî niteliği itibariyle bir taahhüt işlemi olduğuna dikkat çekilmiştir. Doktrinde *Ayrancı,* TBK md.29 hükmü olmasaydı dahi tarafların irade özgürlüğü prensibine istinaden bir önsözleşme akdetmelerinin mümkün olabileceğini ifade etmektedir.[1089] Tanımından anlaşılacağı üzere önsözleşme, "iki taraflı önsözleşme" ve "tek taraflı önsözleşme" olarak akdedilebilir. İki taraflı önsözleşmede taraflar, birbirlerine karşı kendi aralarında, ileride bir asıl sözleşme yapmayı taahhüt ederler; yani burada önsözleşmenin tarafları ile asıl sözleşmenin tarafları tamamen aynı kişilerdir. Oysa tek taraflı önsözleşmede taraflardan biri, diğerine karşı, ileride bir üçüncü kişiyle asıl sözleşme yapmayı taahhüt eder; yani burada önsözleşmenin taraflarından biri ile asıl sözleşmenin taraflarından biri farklı kişilerdir.[1090]

İster iki taraflı isterse tek taraflı olsun gerçekten de önsözleşme, asıl sözleşmenin yapılması borcu doğuran bir "borçlandırıcı sözleşme"den ibarettir.[1091] Dolayısıyla borçlandırıcı sözleşmelerin hemen hepsinde olduğu üzere önsözleşmeden de bir "borç doğar" ve bu borcun doğumu ile muaccel hâle geleceği ân arasında öyle ya da böyle bir zaman dilimi, bir süreç mevcuttur. İşte bu "borcun doğumu" ile "muaccel hâle gelmesi" arasındaki zaman aralığı yani henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreç, borçlunun edimini ifa etmeyeceğini kesin biçimde beyan edebilmesi için, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilmesi için gerekli ve yeterlidir.

[1088] **Eren,** Borçlar Genel, N.972; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.142; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.199-200; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1893 vd.; daha detaylı bilgi için bkz. **Ayrancı, Hasan:** Ön Sözleşme, 1.B, Ankara 2006.
[1089] **Ayrancı,** Ön Sözleşme, s.70 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.972.
[1090] **Ayrancı,** Ön Sözleşme, s.158; **Eren,** Borçlar Genel, N.975.
[1091] **Eren,** Borçlar Genel, N.972.

Doktrinde *Cumalıoğlu* da önsözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği görüşündedir.[1092]

Önsözleşmenin uygulamada sıkça rastlanan örneği taşınmaz satış vaadi sözleşmelerdir. Geçerliliği resmî şekilde yapılmasına bağlı olan bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde taraflardan biri diğerine karşı bir taşınmazını ileride satmayı taahhüt etmektedir. Örneğin (A), taşınmazını üç yıl sonra (B)'ye satmayı bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle taahhüt ettikten sonra henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte vâde geldiğinde asıl sözleşmeyi yapmayacağını, yani taşınmazını (B)'ye satmayacağını kesin biçimde beyan etse yahut taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yaptıktan daha iki ay sonra taşınmazını bir üçüncü kişiye devrederek (B)'ye karşı olan taahhüdünü yerine getirmeyeceğini tutum ve davranışlarıyla ortaya koymuş olsa artık bir önsözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği elbette söylenebilecektir. Bu hâlde önsözleşmedeki ifa menfaati zedelenen (B), üç yıllık vâdeyi, yani asıl sözleşmeyi akdetme zamanını beklemek yerine öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan kendi ediminin ifasını askıya alma *(suspension)* yahut duruma göre sözleşmeden "erken dönme" haklarına başvurabilecektir.

F. Borcun Geçerli Olması Gerekliliği Açısından Değerlenme

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için "geçerli" ve "sonuç doğurabilecek" yani "hüküm ifade eden" bir borçlandırıcı sözleşmenin mevcut olması zorunludur. Böyle bir borçtan söz edebilmek için ise elbette "borçlanma iradesi ve alacaklının korunmaya değer menfaati" mevcut olmalıdır.[1093] Belirttiğimiz nitelikler yoksa, yani sadece bir vaat mevcutsa örneğin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından müteşekkil olsa dahi iki arkadaşın beraberce göl kenarında gezmeyi

[1092] **Cumalıoğlu,** s.59.

[1093] Bu tespitler hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.20 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.38.

vadetmeleri hâlinde hukukî ve teknik manada bir borç doğmuş sayılmaz. İlâveten objesinin (konusunun) belirli yahut belirlenebilir olmadığı hâllerde de hukukî ve teknik manada bir borç doğmuş sayılmaz.[1094] Daha önce değindiğimiz üzere[1095] dar anlamda bir borcun doğabilmesi için buna zemin teşkil edecek "geniş anlamda borcun" yani sözleşmenin geçerli biçimde kurulmuş olması bir ön koşuldur. TBK md.1 (Art.1 OR) hükmünde işaret edildiği üzere bir sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulmaktadır. Ayrıca TBK md.2/1 (Art.2 Abs.1 OR) hükmüne göre tarafların irade açıklamaları, sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden esaslı unsurları üzerinde tamamen uyuşmuş olmalıdır.[1096]

Bir borçlandırıcı sözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için -esasen her borca aykırılık hâlinde olduğu gibi- sözleşmenin geçerli olması zorunlu bir ön koşul olduğundan, sözleşmenin geçerliliğine etki edecek hâllerin kısaca irdelenmesinde fayda görmekteyiz:

[1094] Bu tespitler hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 3 N.8; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.40.

[1095] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, A. Borcun Kaynağı: Borçlandırıcı Sözleşme ve Borcun Muhtelif Kaynakları Açısından Değerlendirme.

[1096] Bu noktada kısaca değinmekte fayda görüyoruz ki TBK md.3 ve devamı maddelerinde bir sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağı hususu düzenlenmektedir. Bu noktada önerinin (icabın) süreli olup olmadığı, sözleşme müzâkerelerinin hazırlar arasında mı hazır olmayanlar arasında mı yürütüldüğü, kabul için açık bir irade açıklamasına ihtiyaç olup olmadığı gibi pek çok kriter devreye girmektedir. Zira bir sözleşmenin kurulması ile hüküm ifade etmesi yahut tarafları bakımından haklar ve borçlar doğurması farklı olgulardır. Nitekim bazı hâllerde (örneğin eksiklik müeyyidesine tâbi hâllerde) geçerli biçimde kurulmuş olan sözleşme hüküm doğurmazken; bazı hâllerde (örneğin sözleşme öncesi müzâkerelerde koruma yükümleri bağlamında) henüz kurulmamış olan bir sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurabilir. Başka bir deyişle sözleşmenin kurulması ile hüküm ve sonuçlarını doğurması "zamansal" bakımından ayrılabilmektedir. Bunu açıkça ortaya koyan bir örnek olarak: TBK md.11/1 hükmü gereğince hazır olmayanlar (gaipler) arasındaki bir sözleşme, esasen kabul beyanının önerene "ulaştığı" ânda kurulurken, hüküm ve sonuçlarını daha önceki bir zamandan, yani kabul beyanının önerene "gönderildiği" ândan itibaren doğurmaya başlar. Yine aynı mantıksal gerekçeyle TBK md.11/2 hükmüne göre açık bir kabulün gerekli olmadığı, hazır olmayanlar arasında müzâkere edilen bir sözleşme de önerinin muhataba "ulaşma" ânından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Elbette işbu "zamansal ayrım" bunlarla sınırlı değildir. Keza bir sözleşme kurulmuş olmasına karşın henüz hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeyebilir. Örneğin geciktirici (tâliki) şarta tâbi kılınan bir sözleşme, kurulduktan sonra hüküm ve sonuç doğurmaz; sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayabilmesi için geciktirici şartın tahakkuk etmesi gereklidir. Yine benzer şekilde ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün veya kısıtlının yani sınırlı ehliyetsizin borç altına girdiği bir sözleşme, askıda geçersizdir, yani eksiklik müeyyidesine tâbidir. Bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayabilmesi için yasal temsilcinin (veli veya vasi) sözleşmeye icâzet vermesi gereklidir.

Yokluk, bir sözleşmenin hukukî ve maddî âlemde hiç kurulmamış olması, dolayısıyla da hüküm ve sonuç doğurmayacak olmasıdır. Genel bir ifadeyle yokluk hâlinde ortada geçerliliği tartışılabilecek bir sözleşme dahi mevcut değildir. En ağır müeyyide olan yokluk, TBK md.1 ve md.2 hükümlerinde işaret edilen sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunmamasından kaynaklanır. Nitekim TMK md.1/1 ve md.2/1 hükümleri "karşıt kavram *(argumentum a contrario)*" üzerinden yorumlandığında sözleşmenin kurucu unsurları yoksa sözleşmenin de yok sayılacağı anlamı çıkartılabilmektedir. Yokluk, kesin hükümsüzlük (butlan) olarak bilinen hâlden farklıdır. Zira kesin hükümsüzlükten farklı olarak yokluğun ileri sürülmesinin hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak nitelendirebilecek hâller mevcut olmadığı gibi yoklukla sakat olan bir sözleşmenin tahvil yöntemiyle geçerli bir sözleşmeye dönüştürülmesi de mümkün değildir.[1097] Bunun sonucu olarak yoklukla sakat bir sözleşmede hiçbir şekilde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez.

TBK md.19/1 (Art.18 Abs.1 OR) hükmüne göre *"bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır."*[1098] Anılan hüküm, muvazaa *(scheingeschäft)* müessesesi hakkındadır. Tarafların aralarında anlaşarak bilerek ve isteyerek, gerçekte hiç yapmayı arzu etmedikleri bir hukukî işlemi, sırf dışa karşı yapmış gibi görünmek için yapmaları

[1097] **Dural/Sarı,** s.161-165; **Oğuzman/Barlas,** s.207-217. Nitekim Yargıtay da yokluk hâlinde, yokluğu ileri sürmenin dürüstlük kuralına ve hakkın açıkça kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturduğu sebebiyle bile olsa işlemin ayakta tutulmasının, yani mevcut ve geçerli sayılmasının olanaklı olmadığı yönünde hükümler kurmuştur, bkz. **[Yargıtay 2.HD, 5577/6142, T.20.11.1970** ve **Yargıtay 2.HD, 5584/6134, T.20.11.1970,** nak.: **Oğuzman/Barlas,** s.209, dn.371.]

[1098] TMK md.2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralı, genel bir prensip olarak, bilhassa sözleşme müzâkerelerinde ve sözleşmelerin kuruluş safhasında göz önünde bulundurulur. Sözleşmelerin yorumu bahsinde bugün geçerli olan güven kuramı *(Vertrauenstheorie)* de dürüstlük kuralından kaynağını alır ve kurama göre taraflar kendilerine yöneltilen bir irade beyanını; dürüst, mâkul, iyiniyetli, orta zekâlı bir insanın idraki bağlamında kabul etmekte ve değerlendirmekte haklıdırlar. Keza bu prensip hem kanun hükümlerinin hem de taraflar için zaten bir "kanun gibi" sayılan sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında da temel teşkil eder. Yorum faaliyeti, yorum uyuşmazlığının *(auslegungsstreit)* bulunduğu durumlarda kaçınılmazdır. İşte bu yorum faaliyetinde esasen göz önüne alınması gerekenler; salt "söz" değil; tarafların gerçek istek ve gerçek iradeleridir. Bu hususlarda detaylı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.406, N.409, N.1446, N.1448, N.1455, N.1466.

hâlinde "mutlak (adi) muvazaa"; tarafların gerçekte yapmak istedikleri bir hukukî işlemi, üçüncü kişilerden gizlemek maksadıyla görünürde fakat gerçekte arzulamadıkları bir başka hukukî işlem yapmak suretiyle perdelemeleri hâlinde ise "nispî (nitelikli) muvazaa" söz konusu olur.[1099] İster mutlak muvazaa ister nispî muvazaa olsun her iki hâlde de muvazaalı işlem doktrindeki hâkim görüşe göre kesin hükümsüz, yani batıldır. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş ise muvazaalı işlemin "yokluk"la sakat olduğunu savunur.[1100] Zira her iki hâlde de taraflar, üçüncü kişileri aldatmak kastıyla gerçek iradelerine uygun olmayan bir görünürde işlem tesis etmektedirler. Kanaatimizce muvazaanın hüküm ve sonuçlarına dair hangi görüş kabul edilirse edilsin, görünürdeki hukukî işlem bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli meydana gelmez.[1101] Ancak nispî muvazaada, mutlak muvazaadan farklı olarak, tarafların gerçek amaç ve iradelerine uygun olarak tesis ettikleri fakat üçüncü kişilerden sakladıkları "gizli işlem" söz konusudur. Gizli işlem, sözleşmelerin geçerliliği için aranan ayırt etme gücü, ehliyet, TBK md.27 (Art.20 OR) hükmünde sayılan hususlara uygunluk ve sâir nitelikleri hâizse geçerlidir; zira tarafların gerçek iradeleri bu işlem üzerinde uyuşmuştur. Bunlardan en önemlisi ise gizli işlemin "şekle uygun" biçimde yapılmış olmasıdır.[1102] Gizli işlem, gerçek bir hukukî işlem olduğundan kanaatimizce burada öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli meydana gelebilir.

[1099] **Eren,** Borçlar Genel, N.1096-1097.

[1100] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.240; **von Tuhr,** s.273-274; **Ayan,** Borçlar Genel, s.232 ve s.236 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.411-412; **İnan/Yücel,** s.279 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.315; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.417; **Nomer,** s.109 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.75; **Hatemi/Gökyayla,** s.91; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.106 vd.; **Yıldırım,** s.115; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.204-206; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.300 vd.; **Reisoğlu,** s.106; **Aybay,** s.52-53; **Akıntürk/Ateş,** s.50; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** N.373; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.122 vd. Ancak doktrinde İsviçre hukuk sisteminden mülhem olan aksi bir görüş olarak Eren ve Akıncı, muvazaanın kesin hükümsüzlüğe değil, "yokluk" müeyyidesine tâbi olması gerektiğini savunur, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.1104-1105; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.141.

[1101] Aynı görüşte olarak bkz. **Cumalıoğlu,** s.62.

[1102] Örneğin saklı paylı mirasçılarından mal kaçırmak niyetinde olan bir murisin, mirasçılarından biriyle yaptığı taşınmaz bağış sözleşmesini "satım sözleşmesi yapmış gibi" göstererek gizlemesi hâlinde; görünürdeki işlem olan satım sözleşmesi, muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzdür. Tarafların gerçek iradelerine uygun, "gizli işlem" olan bağış sözleşmesi ise bir taşınmazın devrini konu edindiği için muhakkak tapuda resmî şekilde düzenlenmelidir. Böyle bir örnekte tapuda satım sözleşmesi gösterildiği, yani bağış sözleşmesi tapuda yapılmadığı için gizli işlem, her ne kadar gerçek iradelere uygun dahi olsa,

Muvazaaya çok benzer bir müessese olan "kanuna karşı hile *(in fraudem legis agere)*" hâlinde ulaşılmak istenen hukukî bir sonuca, emredici nitelikli bir hukuk kuralının yasakladığı yoldan değil de bu yolu dolanıp kanuna uygun olan bir başka yoldan ulaşma söz konusudur.[1103] Muvazaada taraflar esasen görünürde yaptıkları hukukî işlemin zaten bir hüküm ve sonuç doğurmasını arzulamazlar; kanuna karşı hilede ise gerçek amaçlarını gizleyip akdettikleri sözleşmenin sonuçlarının

---

"şekle aykırılıktan" dolayı kesin hükümsüzdür. Örnek için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.1101. Andığımız örnekte muvazaalı satım sözleşmesinde de şekle aykırı olan taşınmaz bağış sözleşmesinde de "kesin hükümsüzlük" söz konusu olduğu için öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği uygun bir zemin mevcut değildir. Oysa örneği değiştirmek gerekirse; dört kardeşten en büyüğü, manevî değeri yüksek olan aile yadigarı bir saati, en küçük kardeşine bağışlamak istese ve fakat diğer kardeşlerin gücenmemesi için bunu satım olarak ifade etse bu hâlde de nispî muvazaa söz konusu olur. Saatin satımına dair yapılacak sözleşme muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzken, gizli işlem olan taşınır bağışı - adi yazılı şekilde yapılır- herhangi bir şekle aykırılık barındırmadığı için geçerlidir. İşte bu hâlde artık gizli işlem olan taşınır bağışında kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir. Örneğin saati bağışlayacak büyük kardeş, küçük kardeşle aralarında adi yazılı surette akdettikleri taşınır bağışlama taahhüdüne aykırı olarak vâde tarihinde saati teslim etmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde beyan etse, yahut henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte saati bir üçüncü kişiye satması sebebiyle artık vâde tarihinde saati küçük kardeşe devredemeyeceği açıkça anlaşılabilirse pek tabiî öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmiş olur. Bu hâlde bağışlama sözü verme tek tarafa borç yükleyen, yani küçük kardeşi herhangi bir edim taahhüdü altına sokmayan bir sözleşme olduğu için elbette bağışlananın ifayı askıya alma *(suspension)* hakkından söz edilemez, ancak bağışlanan öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanarak "muacceliyetin gelmesini beklemeksizin" sözleşmeden erken dönme hakkını kullanabileceği gibi, sırf işbu bağışlama sözü verme nedeniyle bir masraf etmişse bunun karşılığında erkenden bir tazminat isteme olanağına da sahip olacaktır.

[1103] **Eren,** Borçlar Genel, N.1146 vd. Muvazaa ile kanuna karşı hilenin bazı olaylarda karıştırılması, net bir sınırın çizilememesi mümkündür. Yargıtay'a intikal eden bir olayda taraflar mevcut bir borcu teminat altına almak için boçlunun mülkiyetindeki bir ev üzerinde ipotek tesis etmişler ancak borcun ödenmemesi hâlinde evin mülkiyetinin alacaklıya geçeceğini kararlaştırarak TMK md.873/2 (eMK md.788) hükmündeki *"lex comissoria"* yasağından kurtulmaya çalışmış ve bunun için satış vaadi sözleşmesi akdetmişlerdir. Yargıtay bu durumda muvazaanın mevcut olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Yargıtay'ın kararı doktrinde eleştirilmiş; somut olaydaki tarafların, emredici bir hukuk kuralının yasakladığı sonuca ulaşmak için gerçek arzu ve iradelerine uygun bir satış vaadi sözleşmesi akdettikleri ve bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını da istedikleri dikkate alındığında ortada muvazaanın değil, kanuna karşı hilenin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Anılan Yargıtay kararı ve doktrinel eleştiriler: **[Yargıtay HGK, 70/1-622/5065, T.02.10.1971,** nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.569]. Hatta Yargıtay'ın muhtelif kararlarında da muvazaa ve kanuna karşı hile müesseselerinin karıştırıldığına rastlamak mümkündür, bir Yargıtay kararına göre: *"Her sosyal güvenlik yasası kendi kapsamı ve alanını belirlemiş, sigortalıları kendi bünyesinde tutmak istemiştir. Kuşkusuz, bir sistemden diğerine geçiş mümkün olup, bu geçişin muvaaza veya yapay bir geçişe dahası, yasaya karşı hileyi amaçlayan bir olguya dayanmaması gerekir."* **[Yargıtay 21.HD, E.2004/1232, K.2004/1703, T.01.03.2004,** www.legalbank.net]. Yine ilgili bir Yargıtay kararına göre: *"Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının davalıya ait işyerinde sürekli işlerde uzun süredir çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak, hizmet akti davalı ile değil, taşeronla yapılmış ve kısa sürelerle taşeron olarak görünen kişi değiştiği halde davacı işini aynen ve aralıksız olarak sürdürmüştür. Davalı ile taşeron adı verilen kişi arasında yapılan sözleşmelerde, işçinin işe alınması, nitelikleri, işten çıkartılması ve ücretlerinin belirlenmesi konularında tüm yetkiler davalı kuruma tanınmıştır. Aynı işyerinde doğrudan davalı tarafından çalıştırılan işçiler de bulunmakta ve işyerinin çalışma düzeni işle ilgili talimatlar doğrudan davalı tarafından verilmektedir. Bütün bu olgular, davacının gerçekte davalının işçisi olduğunu, asgari ücretle çalıştırılabilmesi için görünürde bir taşeronun aracı olarak gösterildiğini açıkca ortaya koymaktadır. Nitekim bu doğrultudaki uygulamalar dairemizin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu`nun kararları ile muvazaalı ve işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını engelleyici, kanuna karşı hile olarak kabul edilmiştir."* **[Yargıtay HGK, E.1995/9-866, K.1995/920, T.03.11.1995,** www.legalbank.net].

gerçekleşmesini arzu ederler.[1104] Kanuna karşı hilenin meydana gelebilmesi için: İşlemin yapılması emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanmış olmalı, kanunun izin verdiği bir başka işlem tesis edilmeli, tarafların yaptıkları işlem, emredici hukuk kuralıyla yasaklanan işlemin doğuracağı hüküm ve sonuçları meydana getirmeye elverişli olmalıdır.[1105] Esasen kanuna karşı hilenin "ahlaka aykırı" bir işlem olarak düşünülmesi de olasıdır. Ancak her şeyden önce kanuna karşı hilede emredici hukuk kuralıyla yasaklanan hususun "amaç" mı, "araç" mı olduğu tespit edilmelidir. Eğer amacın yasak olduğu kanaatine varılırsa, işbu amaca ulaşmayı hedefleyen tüm işlemler kanuna karşı hile teşkil eder. Eğer aracın yasak olduğu kanaatine varılırsa, taraflar yasaklanmamış bir başka yoldan, yani bir başka hukukî işlem ile amaçlarına erişmeleri olanaklıdır.[1106] Kanuna karşı hile, emredici bir kanun hükmüne aykırılık olduğundan TBK md.27 hükmü gereğince kesin hükümsüzlük müeyyidesiyle karşılanır, hâl böyle olunca kanuna karşı hileli işlemlerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi olanaklı değildir. Kaldı ki kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. Başka bir deyişle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin nihaî amacı, bir sözleşme ilişkisinde taraflardan biri, diğerinin "ifa menfaatini zedelemişse" zarar gören tarafı hukukî himâyeye kavuşturmaktır. Oysa kanuna karşı hilede tarafların her ikisi de açıkça kötüniyetli iken bunların hukukî himâyesi düşünülemez.

Nihayetinde belirtmek gerekir ki "yokluk" hâlinde ortada maddî -evleviyetle de- hukukî açıdan bir sözleşme zaten var olmadığından ne öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ne de bir başka borca aykırılık hâli meydana gelebilir. Kesin hükümsüzlük (butlan) açısından değerlendirmek gerekirse: İster TBK md.27 hükmünde sayılan hususlara

[1104] **Eren,** Borçlar Genel, N.1153.
[1105] **Eren,** Borçlar Genel, N.1149-1151.
[1106] **Eren,** Borçlar Genel, N.1146-1147.

aykırılıktan, yani kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması sebebiyle kesin hükümsüz olsun, isterse de muvazaa veya kanuna karşı hile nedeniyle kesin hükümsüz olsun sözleşme baştan itibaren geçersiz olduğundan ve bu durum hiçbir zaman düzelmeyeceğinden yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi mümkün değildir.

G. Borcun Hüküm İfade Etmesi Gerekliliği Açısından Değerlendirme

Hemen yukarıdaki F. altbaşlığında, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için "borcun geçerli" olması gerektiği, bunun için sözleşmenin "yokluk" yahut "kesin hükümsüzlük" müeyyidesine tâbi olmaması gerektiği incelenmişti. Borcun ve dolayısıyla borçlara kaynaklık eden bir sözleşmenin geçerli olması, gereklidir fakat yeterli değildir. Ayrıca geçerli bir sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi yani ihtivâ ettiği borçları meydana getirebilecek olması da zorunludur. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki "borcun doğması", "hüküm ifade etmesi", "muaccel hâle gelmesi" ve "vâdenin gelmesi" gibi kavramlardan her biri, çok farklı durumlara işaret eder. Daha önce değindiğimiz üzere[1107] dar ve teknik anlamda bir borç, borçlandırıcı sözleşmenin kurulmasıyla doğsa dahi bazı durumlarda birtakım tamamlayıcı olguların (unsurların) mevcut olmamasından ötürü hüküm ifade etmeyebilir, yani borç hüküm ve sonuçlarını doğurmayabilir. Söz konusu tamamlayıcı olgulara örnek olarak ise şunlar verilebilir: TMK md.16/1 (Art.19 Abs.1 ZGB) hükmüne göre sınırlı ehliyetsiz kimsenin kendisini borçlandıracak şekilde yaptığı bir hukukî işleme veli ya da vasisinin (kanunî temsilcisinin) icâzet vermesi; TMK md.184/5 hükmüne göre boşanma yahut ayrılığın fer'î sonuçlarına dair eşlerce yapılan anlaşmaların hüküm ifade edebilmesi için hâkimin onay vermesi; TMK md.462 (Art.421 ZGB) hükmünde sayılan işlemlerin kısıtlı tarafından yapılabilmesi için vesayet makamının, TMK md.463 (Art.422 ZGB)

[1107] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, A. Borcun Kaynağı: Borçlandırıcı Sözleşme ve Borcun Muhtelif Kaynakları Açısından Değerlendirme.

hükmünde sayılan işlemlerin yapılabilmesi için ise vesayet makamının yanı sıra denetim makamının da izin vermesi gibi gereklilikler, tamamlayıcı olguya işaret eder.[1108]

Tamamlayıcı olgunun bulunmadığı hukukî işlemlerden bazıları "askıda hükümsüzlük (eksiklik, tek taraflı bağlamazlık)" müeyyidesine tâbidir. Askıda hükümsüz hâllerde sözleşme geçerli olarak kurulmuştur fakat bir tarafı bağlarken, diğer taraf açısından hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için eksik unsurların yani tamamlayıcı olgunun yerine getirilmesi zorunludur. Ne zaman ki eksiklik giderilir, başka bir deyişle tamamlayıcı olgu sağlanır, o zaman sözleşme diğer taraf açısından da hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeye başlar.[1109] Örneğin TBK md.46-47 (Art.38-39 OR) hükümlerine göre yetkisiz temsilcinin yaptığı bir hukukî işlem, yetkisiz temsil olunan tarafından onanmadıkça yetkisiz temsil olunan bakımından baştan itibaren geçersiz olurken, onama hâlinde işlem baştan itibaren geçerli olur. Yine sınırlı ehliyetsiz kimsenin kendisini borçlandıracak şekilde yaptığı bir hukukî işleme veli ya da vasisi (kanunî temsilcisi) icâzet vermezse sözleşme baştan itibaren (kurulduğu ândan itibaren) kesin hükümsüz olurken, icâzet verirse sözleşme baştan itibaren geçerli şekilde hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.[1110]

Açıkladığımız ve örneklerini verdiğimiz askıda hükümsüzlük müeyyidesine tâbi bir sözleşmede doktrindeki bir görüş,[1111] her iki tarafın borcu bakımından da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelemeyeceğini ileri sürmektedir. Zira

---

[1108] Tüm bu hususlarda daha detaylı açıklamalar için bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, s.179 vd. Doktrinde Oğuzman ve Öz, "aile birliğini etkileyeceği varsayılan bazı işlemlerde eşin onayı"nı da tamamlayıcı olgu olarak nitelendirmektedir, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, s.181 vd.

[1109] **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.165-166; **Dural/Sarı,** s.167 vd.; **Oğuzman/Barlas,** s.220 vd. Doktrinde bir görüş, eksiklik (noksanlık) müeyyidesini "nispî butlan" olarak ifade etse de kanaatimizce nispî butlan, yalnızca aile hukukuna özgü ve ayrıksı bir ifadedir. Borçlar hukukunda yahut özel hukukun genelinde "nispî butlan" tabir edilen bir müeyyide söz konusu olmadığından bu görüşe katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Görüş için bkz. **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.164.

[1110] **Dural/Sarı,** N.1176-1177; **Oğuzman/Barlas,** N.769-770; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.527-528; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.165-166.

[1111] **Cumalıoğlu,** s.72.

anılan görüşe göre askıda hükümsüzlük sebebiyle henüz sözleşme ile bağlı olmayan tarafın, ediminin ifasını askıya alma hakkından yahut erken dönme hakkından söz edilemez; aynı şekilde sözleşme ile bağlı olan tarafın da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanacağı bir karşı borç mevcut değildir. Bu sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gündeme gelmeyecek ve nihayetinde uygun bir süre içerisinde ilgili kişinin/makamın icâzet vermemesiyle sözleşmenin her iki tarafı da akitle bağlı olmaktan kurtulacaktır.[1112]

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira anılan görüş, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin tanımından yahut oluşum koşullarından değil de hüküm ve sonuçlarından yani "ifa menfaati zedelenen tarafa tanınacak haklardan" yola çıktığı için isabetli sayılamaz. Askıda hükümsüz bir sözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluşum koşulları meydana gelebilir; örneğin sözleşme ile bağlı olan taraf, kendi edimini vâdesi geldiğinde ifa etmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde ortaya koyarsa ve/veya tutum ve davranışlarından bu durum açıkça anlaşılabilirse öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmiştir. Bunun sonucunda ifa menfaati zedelenen tarafın (askıda hükümsüz sözleşme ile icâzet eksikliğinden ötürü bağlı olmayan tarafın) başvurabileceği herhangi bir hakkının (örneğin ifayı askıya alma, erken dönme ve benzeri) bulunup bulunmaması, borca aykırılığın meydana geldiği gerçeğinden bağımsız bir tartışmadır. Katılmadığımız görüş, bir borca aykırılık hâlinin hüküm ve sonuçlarından hareket ederek müessesenin oluşum koşullarının sağlanmadığını ifade etmektedir, bu yorum tarzı isabetli sayılamaz. Oysa kanaatimizce askıda hükümsüz bir sözleşmede de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir ve bu hâlde ifa menfaati zedelenen taraf, TBK md.60 hükmü sebebiyle "sebeplerin yarışması" imkânından da yararlandırılabilir. Öyle ki bir ihtilâf hâlinde hâkim, ifa menfaati

[1112] **Cumalıoğlu,** s.72.

zedelenen (askıda hükümsüz sözleşme ile hâlihazırda bağlı olmayan) tarafın lehine olacak şekilde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebine yahut askıda hükümsüz olan sözleşmenin ilgili kişinin/makamın icâzetinin bulunmaması ve baştan itibaren kesin hükümsüz olması sebebine dayanarak bir hüküm kurabilmelidir.

Kaldı ki kanaatimizce "askıda hükümsüzlük safhasında", öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi mümkün olup ardından bir süre sonra ilgili kişinin/makamın icâzeti ile yani tamamlayıcı olgunun sağlanması ile sözleşme baştan itibaren geçerli hâle gelebilir ve bu hâlde ifa menfaati zedelenen taraf, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanabilir. Oysa katılmadığımız görüş kabul edildiğinde şöyle büyük bir sorun ortaya çıkmaktadır: 1 Mart 2020'de kurulmuş ve "1 Nisan 2020 tarihinde ifa edilmesi gereken" fakat askıda hükümsüz olan bir sözleşmede, sözleşme ile bağlı taraf, 8 Mart 2020 tarihinde yani henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte "edimini vâde tarihinde bile yerine getirmeyeceğini" beyan etse ve 10 Mart 2020'de ilgili kişinin/makamın icâzeti ile sözleşme baştan itibaren geçerli hâle gelse, bu durumda katılmadığımız görüşe göre askıda hükümsüz bir sözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemeyeceği için ifa menfaati zedelenen taraf, hem sözleşme ile baştan itibaren bağlı hâle gelmiş hem de mâruz kalacağı borca aykırılık karşısında "eli kolu bağlanmış" olacaktır. İleri sürdüğümüz çözüm ise iki sağlam temele dayanır: Askıda hükümsüzlük safhasında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluşum şartları sağlanırsa ifa menfaati zedelenen tarafın hukukî pozisyonu iki görünüm arz eder. İlk olarak ilgili kişinin/makamın icâzeti sağlanırsa sözleşme baştan itibaren tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için ifa menfaati zedelenen taraf da ediminin ifasını askıya alma yahut sözleşmeden erken dönme gibi haklarına başvurabilecektir. İkinci olarak ise ilgili kişinin/makamın icâzeti sağlanmazsa sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacak ancak "askıda hükümsüzlük safhasında bir kez öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaşandığı için" hâkim, TBK md.60

hükmünü[1113] esas alarak ifa menfaati zedelenen taraf için en iyi zarar giderim imkânı sunan hukukî sebebe, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sorumluluk sebebine yahut da kesin hükümsüzlük sebebine dayanarak bir karara varabilecektir. Elbette önemli bir husus olarak altını çizmek gerekir ki TBK md.60 hükmüne göre "sebepleri yarıştırabilmek için" öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, ileride açıklayacağımız üzere[1114] pozitif bir düzenlemeye yani bir kanun hükmüne bağlanmalıdır yahut mevcut TBK bakımından olsa olsa en kötü ihtimalle md.112 hükmü veya kıyasen borçlu temerrüdü hükümleri çatısı altında düşünülmelidir.

H. İrade Bozuklukları ve Aşırı Yararlanma (Gabin) Açısından Değerlendirme

TBK md.30-39 (Art.23-31 OR) hükümleri arasında düzenlenen yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (ikrah) hâllerinin sebebiyet verdiği irade bozukluklarının hukukî sonuçları doktrinde ihtilâflıdır. İlk görüşe göre irade bozukluğu *(Willensmängel)* söz konusu olduğunda "düzelebilir geçersizlik" müeyyidesi uygulanmalıdır. İrade bozukluğu altında kurulan sözleşme baştan itibaren her iki taraf açısından da geçersizdir; iradesi sakatlanmış taraf, bir yıllık süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklamazsa yahut henüz süre dolmamışken sözleşmeyi onadığını açıklarsa sözleşme baştan itibaren geçerli olur. Başka bir deyişle bu görüşe göre sözleşmenin geçerliliği yani hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi âdeta "geciktirici şarta"[1115] tâbidir.[1116] İşbu geciktirici şart, iradesi sakatlanmış tarafın bir yıllık süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklamaması yahut henüz süre dolmamışken sözleşmeyi onadığını açıklanmasıyla gerçekleşmiş sayılır. Doktrindeki ikinci görüşe göre ise

---

[1113] "Sebeplerin Yarışması" madde başlıklı TBK md.60 hükmüne göre: *"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."*

[1114] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II. Yeni Düzenlemelere Olan İhtiyaç.

[1115] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, III, E. Şarta Bağlı Borçlarda.

[1116] **Antalya, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2016, s.320-321 ve s.332-333 ve 340-341; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.166. Ayrıca "düzelebilir geçersizlik" görüşüne dair detaylı açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 36 N.68; **Oğuzman/Barlas,** N.764, dn.395; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.264.

yanılma, aldatma veya korkutma durumlarında uygulanması gereken müeyyide, "tek taraflı bağlamazlık"tır. İradesi sakatlanmış taraf sözleşme ile baştan itibaren bağlı değilken; karşı taraf baştan itibaren bağlıdır. İradesi sakatlanmış tarafın, andığımız hak düşürücü süre içerisinde, sözleşme ile bağlı olmadığını açıklamasıyla artık sözleşme her iki taraf için de baştan itibaren geçersiz sayılır. Esasen bu görüşe göre de geçersizlik, sadece iradesi sakatlanmış tarafça ileri sürülebilir ve sözleşme kurulma ânı ile hak düşürücü sürenin bitmesi ânı arasındaki safhada sadece iradesi sakatlanmış tarafı bağlamaz, diğer taraf bağlı kalmaya devam eder.[1117] Doktrindeki üçüncü ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise yanılma, aldatma veya korkutma durumlarında uygulanması gereken müeyyide, "iptal edilebilirlik (bozulabilir geçersizlik)"tir. İrade bozukluğu altında kurulan sözleşme, baştan itibaren geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurur; fakat iptal hakkına sahip olan yani iradesi sakatlanmış tarafın beyan edeceği bozucu yenilik doğurucu nitelikteki iradenin karşı tarafın hâkimiyet sahasına varmasıyla birlikte sözleşme geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde baştan itibaren kesin hükümsüz hâle gelir.[1118]

TBK md.39/1 (Art.31 Abs.1-2 OR) hükmü gereğince *"yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır."* Hükmün açık lafzına rağmen bir yıllık kısa hak düşürücü süre hâricinde, sözleşmenin kurulması ânından başlayarak hesaplanacak "uzun süre"nin olup olmadığı hususu da doktrinde ihtilâflıdır. Doktrindeki bir görüşe göre iradesi sakatlanmış taraf, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemek kaydıyla "herhangi bir

[1117] **von Tuhr,** s.302 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.379-380; **Dural/Sarı,** N.1170; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.452 vd. Ancak görüşün eleştirisi için bkz. ve karş. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 36 N.68, 69, 70, 70a.
[1118] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1421; **Eren,** Borçlar Genel, N.1257.

uzun süre üst sınırı" olmaksızın iptal hakkını kullanabilmelidir.[1119] Herhangi bir uzun süreye ihtiyaç duyulmamasının sebebi, TBK md.82 (Art.67 OR) hükmündeki sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade istemlerinin on yıllık zamanaşımına bağlanmış olmasıdır.[1120] Başka bir deyişle irade bozukluğunun bulunduğu bir sözleşme iptal edildiğinde, edimlerin iadesi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmesi gündeme geleceği için zaten TBK md.82 hükmü, TBK md.39 hükmünde bir "uzun süre" öngörülmemesinin yaratacağı tehlikeleri bertaraf edebilecektir.[1121] Doktrinde bir başka fikir ise Yargıtay'ın kararından ibarettir. Yüksek Mahkeme, her irade bozukluğunda değil de sadece aldatma (hile) durumunda on yıllık uzun sürenin kabul edilebileceği kanaatindedir.[1122] Doktrinde farklı bir görüş de Yargıtay'ın aksine, irade bozukluğu hâllerinin tümü bakımından on yıllık uzun sürenin mevcut olması gerektiğini ifade eder.[1123]

Aşırı yararlanma (gabin) hâlinde de yukarıda irade bozukluğu hâllerine dair değindiğimiz doktrinel görüşler benzer şekilde ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre aşırı yararlanma hâlinde uygulanması gereken müeyyide, iptal edilebilirliktir. Öyle ki iradesi sakatlanmış taraf, sözleşmenin kurulması ânından beri sözleşmeyle bağlıdır, hak düşürücü süre içerisinde bağlı olmadığı yönünde bir beyanda bulunmazsa sözleşme kesin olarak mevcudiyetini sürdürür.[1124] Aşırı yararlanmada sömürülen taraf, TBK md.28/2 (Art.21 OR) hükmündeki bir yıllık süre içerisinde iptal hakkını kullanırsa, sözleşme geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde kesin hükümsüz olur.[1125] Doktrindeki ikinci

---

[1119] Eren'in katıldığı ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen görüş bu yöndedir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s.469-470.
[1120] **Eren,** Borçlar Genel, N.1267.
[1121] **Eren,** Borçlar Genel, N.1267.
[1122] İlgili Yargıtay kararına göre: *"satışın 1339 senesi Haziran ayında yapıldığı ve davanın 8.9.1947 tarihinde ikame edildiği bu suretle satış tarihi ile dava tarihi arasında 24 sene geçtiği anlaşılmış Borçlar Kanununun 31. maddesindeki bir yıllık müddet her ne kadar hileye ıttıla tarihinden itibaren başlarsa da, ıttıla daha sonra olsa bile satış tarihinden itibaren on senenin müruru ile artık bir daha böyle bir davaya bakılamıyacağı cihetle müruruzaman noktasından davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmüştür."* **[Yargıtay HGK, E.1951-244, K.1951/1000, T.30.05.1951,** www.kazanci.com].
[1123] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.454; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1457, N.1492, N.1551.
[1124] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.436; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.298; **Dural/Sarı,** N.1171.
[1125] **Barlas,** s.24.

görüşe göre aşırı yararlanma hâlinde sözleşme baştan itibaren geçersizdir ancak sömürülen taraf, bir yıl ve her hâlükârda sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıl içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını beyan etmezse artık sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur, yani sözleşmenin geçerliliği askıdadır, tek taraflı bağlamazlık söz konusudur.[1126]

Kanaatimizce irade bozukluğu hâllerinde de gabin hâlinde de üstün tutulması gereken görüş, "iptal edilebilirlik" kuramı olduğundan sözleşme her şeye rağmen kurulmuş ve geçerlidir, yani hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak iradesi sakatlanmış yahut sömürülen taraf, iptal hakkını kullanırsa sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır. İşte bu iptal hakkının mevcut olduğu fakat henüz iradesi sakatlanmış yahut sömürülen tarafça kullanılmadığı safhada elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilecektir. Bu noktada doktrinde *Cumalıoğlu;* yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma hâllerinde iradesi sakatlanmış yahut sömürülen tarafın sözleşme ile bağlı olmadığını ya da sözleşmeyi iptal ettiğini beyan etmesi sonucunda artık ortada geçerli bir borç olmayacağından dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın da meydana gelemeyeceğini belirtmektedir.[1127] Ancak bu durumda kanaatimizce tıpkı "eksiklik" yani askıda geçersizlik müeyyidesinde yaptığımız[1128] değerlendirmeler takip edilmelidir. Şöyle ki irade bozukluğu yahut aşırı yararlanma sebebiyle bir sözleşmenin ileride iptal edilme olasılığı mevcutsa bile, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluşum koşulları gerçekleştiğinde meydana gelmesinde hiçbir sakınca yoktur. Örneğin (A), (S)'nin hileli açıklamaları nedeniyle "4 Nisan 2024 tarihinde teslim edilmek ve ücretin yarısı sözleşme ânında, yarısı da teslim ânında ödenmek kaydıyla" 8 litrelik doğal-yöresel sandığı zeytinyağı" satın almış ve ücretin yarısı olan 6.000 TL'yi sözleşmenin akdedildiği 4 Ocak 2024 tarihinde ödemiştir. Ardından 10 Ocak 2024 tarihinde (S),

[1126] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.464 vd.
[1127] **Cumalıoğlu,** s.77.
[1128] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, G. Borcun Hüküm İfade Etmesi Gerekliliği Açısından Değerlendirme.

zeytinyağı üretiminde problemlerin yaşandığını, teslimatı gerçekleştirmeyeceğini ancak ücret iadesi de yapamayacağını kesin biçimde bildirmiştir. (A) ise aynı gün zaten doğal-yöresel diye pazarlanan zeytinyağlarının alelâde market ürünü olduğunu öğrenmiştir. Bu hâlde (A)'nın 10 Ocak 2024'ten 10 Ocak 2025'e kadar bir yıl içerisinde sözleşmeyi aldatma sebebiyle iptal etme hakkı kuşkusuz vardır. Fakat ayrıca 10 Ocak 2024 tarihinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği de bârizdir; zira borçlu (S), edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin biçimde beyan etmiş ve ifadan imtinâ etmiştir. İşte bu hâlde (A)'nın sözleşmeyi iptal ettirmesi ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebine dayanması arasında TBK md.60 hükmü gereğince hâkimin bir karar vermesi gerekir. Hangi hukukî sebep (A)'nın zararını giderim açısından daha lehine olacak ise hâkimin buna istinaden bir hüküm kurması gerekir. Sırf bu hâlde sözleşmenin askıda geçersiz olduğundan bahisle öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelemeyeceği düşünülmemelidir. Hatta bu hâlde (A), iptal hakkını kullanmayı unutan (A), henüz muacceliyet gerçekleşmemiş olması şartıyla doğrudan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebine de dayanabilecektir. Sözgelimi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluşum şartlarının, sözleşmenin askıda geçersiz olduğu (iptal hakkının mevcut olup henüz kullanılmadığı) yahut sözleşmenin onandığı veya iptal hakkının düştüğü safhada gerçekleşmiş olması hiçbir önem arz etmeksizin (A), öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanabilmelidir. Zira TBK md.60 hükmü gerçeği göz önüne alındığında her somut olay bakımından, iptal hakkının kullanılıp sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olması sebebiyle istenebilecek menfî zarar tazminatı, iptal hakkının kullanılmaması sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren geçerli olması fakat TBK md.39/2 (Art.31 Abs.3 OR) hükmü gereğince istenebilecek tazminat ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık dolayısıyla istenebilecek tazminat hâkim tarafından alacaklıya en iyi giderim imkânı sunacak şekilde yarıştırılacaktır.

Hem irade bozukluğu hâlleriyle hem de aşırı yararlanma (gabin) hâliyle ilgili konumuz bağlamında müşterek bazı tespitlerde bulunmak mümkündür: Yanılma, aldatma ve korkutma hâllerindeki bir yıllık; aşırı yararlanmadaki bir ve beş yıllık hak düşürücü süreler dolana kadar gündemde olan "belirsizlik" durumu -irade bozukluğu hâllerinde kıyasen uygulanacak TBK md.82 (Art.67 OR) hükmüne istinaden ileri sürülen zamanaşımı def'i hâriç tutulursa- hiçbir zaman son bulmayabilir. Örneğin kişi yanıldığını veya aldatıldığını hiçbir zaman öğrenmeyebilir.[1129] Doktrinde bu ihtimalde yani süregelen "belirsizlik" durumunda ifa zamanı gelirse edimin artık muaccel olduğu kabul edilmektedir.[1130] İşte bu hâlde edimin muacceliyetine değin sürecek safhada öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelemeyeceği tartışılmalıdır. Yukarıda hem irade bozukluğu hâllerinde hem de aşırı yararlanmada (gabin) değindiğimiz doktrinel görüşlerden bizim de katıldığımız "iptal edilebilirlik müeyyidesini" esas alan kuram benimsenirse, iradesi sakatlanmış yahut sömürülen taraf iptal hakkını kullanıncaya dek sözleşme geçerli sayılıp hüküm ve sonuçlarını doğuracağından ötürü bu safhada elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi mümkündür; işbu ihtimalde TBK md.60 hükmü hakkındaki tespitlerimiz de dikkate alınmalı ve hâkim, ifa menfaati zedelenen tarafın zararları bakımından en iyi giderim imkânı sunacak hukukî sebebi esas alarak hüküm kurmalıdır. Başka bir deyişle bu ihtimalde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bahşedeceği haklar ile iptal hakkının getireceği imkânlar yarıştırılmalıdır. Diğer bir görüş olan "düzelebilir geçersizlik" müeyyidesini esas alan kuram kabul edilirse sözleşme baştan itibaren geçersiz olur; ancak iradesi sakatlanmış yahut sömürülen taraf, hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklamazsa yahut henüz süre dolmamışken sözleşmeyi onadığını açıklarsa sözleşme baştan itibaren geçerli olur. Başka bir deyişle bu görüşe göre sözleşmenin geçerliliği yani hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi âdeta

[1129] **Cumalıoğlu,** s.77.
[1130] **Barlas,** s.23.

"geciktirici şarta"[1131] tâbidir.[1132] Bu ihtimalde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelemeyeceği hususunda ileride değineceğimiz "E. Şarta Bağlı Borçlarda" altbaşlığındaki açıklamalar geçerli sayılmalıdır.[1133] Doktrinde bu ihtimalde *Cumalıoğlu,* sözleşme geçersiz olduğundan öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir sonucu olarak ortaya çıkacak "erken dönme" hakkından artık söz edilemeyeceğini ve dolayısıyla geçersiz bir sözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesine yer olmadığını savunmaktadır. Ancak devamla yazar, amaçsal (gaî) bir yorum yapıldığında bir dönme sebebi gündeme gelmişse ve dönme, iradesi sakatlanmış fakat sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklama hakkının farkında olmayan tarafa tazminat istemek gibi faydalar sağlayacaksa bu haktan kendisini mahrum etmemek gerektiğini de belirtmektedir. İlâveten yazara göre iradesini bozan sebebi bilmese dahi dönme hakkını kullanan tarafın, artık sözleşmeyi sessiz kalarak onadığından yani geçerli kıldığından da söz edilememelidir.[1134] Kanaatimizce "düzelebilir geçersizlik" müeyyidesini esas alan kuram kabul edilirse artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, hak düşürücü süre içinde yani "bekleme" safhasında meydana gelemez, zira sözleşme zaten geçersizdir. Ancak ancak iradesi sakatlanmış yahut sömürülen taraf, hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklamazsa yahut henüz süre dolmamışken sözleşmeyi onadığını açıklarsa sözleşme baştan itibaren geçerli olacağından, "bekleme" safhasında şayet öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluşum koşulları bir kez tahakkuk etmişse, sözleşmenin geçerli hâle gelmesinden itibaren yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklar kullanılabilmelidir. Başka bir deyişle kanaatimizce, geçmişte (bekleme safhasındaki) oluşum koşulları sağlanan bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli, hak düşürücü sürenin geçirilip sözleşmenin geçerli hâle gelmesinden sonraki süreçte bile

[1131] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, III, E. Şarta Bağlı Borçlarda.
[1132] **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.166; **Antalya,** Borçlar Genel C.I, s.320-321 ve s.332-333 ve 340-341. Ayrıca "düzelebilir geçersizlik" görüşüne dair detaylı açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 36 N.68; **Oğuzman/Barlas,** N.764, dn.395; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.264.
[1133] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, III, E. Şarta Bağlı Borçlarda.
[1134] Tüm bu tespitler için bkz. **Cumalıoğlu,** s.78.

menfaati zedelenen tarafa haklar bahşetmelidir. Bu bakımdan doktrinde *Cumalıoğlu*'nun andığımız tespitine yakın olduğumuzu ifade etmek gereklidir.

Nihayetinde bir başka husus ise "nitelikli sâik (temel) yanılması *(Grundlagenirrtum)*" ile "öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın" ilişkisidir. Başka bir deyişle sözleşmenin kurulmasından sonra vuku bulacak borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâsının karşı taraf bakımından "temel yanılmasına dayanak teşkil edip etmeyeceği" tartışılmaya değerdir. Doktrinde *Eren*'in aktardığına göre İsviçre Federal Mahkemesi, "bazı kararlarında ve özellikle öngörülebilir gelecek olay ve durumlar imkân verdiği ölçüde temel yanılmasının ileri sürülebileceğine" hükmetmektedir.[1135] Bu bağlamda bir olayın "gelecekteki olay" şeklinde tavsif edilebilmesi için sözleşmenin tam olarak bu olay göz önüne alınarak akdedilmiş olması ve olayın gerçekleşme olasılığının mevcut olması gereklidir.[1136] Yine *Eren*'in aktardığına göre İsviçre Federal Mahkemesi, daha yakın tarihli kararlarında öngörülebilirliği, gelecekteki olayın gerçekleşmesine sözleşmenin her iki tarafınca da kesin gözüyle bakılması olarak tanımlamıştır.[1137] Bundan amaç, sözleşmenin her iki tarafının da gelecekteki olaya dair yanılmasıdır.[1138] İşte sözleşme, üzerinde yanılgıya düşülen gelecekteki olay esas alınarak akdedilmiş olmalıdır. Tüm bu durumlarda nitelikli sâik (temel) yanılmasının TBK md.32 (Art.24 Abs.1 Ziff.4 ve Abs.2) hükmündeki şartları sağlanırsa gerçekleştiğini ifade etmek mümkün olacaktır. Oysa sözleşmenin akdedilmesinden sonra değişen hâl ve ilişkilere TBK md.32 hükmünün yani nitelikli sâik (temel) yanılmasının değil de "değişen şartlara uyarlama *(clausula rebus sic stantibus)*" prensibi ve TBK md.138 (§ 313 BGB) hükmünün tatbiki

[1135] BGE 41 II 365 vd.; 79 II 275; 95 II 409, nak.: **Eren,** Borçlar Genel, N.1203 ve kararların künyesi için bkz. dn.58.
[1136] **Eren,** Borçlar Genel, N.1203.
[1137] BGE 109 II 110 vd., nak.: **Eren,** Borçlar Genel, N.1203 ve kararın künyesi için bkz. dn.58.
[1138] BGE 117 II 218; 118 II 297 vd., nak.: **Eren,** Borçlar Genel, N.1203 ve kararın künyesi için bkz. dn.58.

gerekmektedir.[1139] Bu çerçevede kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa vücut veren olaylar, nitelikli sâik (temel) yanılmasına esas olmamalıdır. Zira hiç kimse bir sözleşmenin muacceliyet ânında ve ifa zamanında yerine getirilmesini sözleşmenin temeli saymakta (sübjektif unsur)[1140] haklı görülemez, zaten mucceliyet ve ifa zamanında edimin yerine getirilmesi "temel" değil "olağan" bir gerekliliktir. Hâl böyleyken öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik hareketi olan henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini ifa zamanı geldiğinde yerine getirmeyeceğini kesin bir biçimde açıklaması, nitelikli sâik (temel) yanılmasına vücut vermez. Böyle bir açıklama, borca aykırılık hâli olarak nitelendirilebilir yahut olsa olsa sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması müessesesiyle izah edilebilir.[1141]

Doktrinde *Cumalıoğlu,* nitelikli sâik (temel) yanılmasının ancak sözleşmenin objektif[1142] yahut sübjektif esaslı unsurlarına dair meydana gelebileceğini; bunlar hâricindeki değerlendirmelerin nitelikli sâik (temel) yanılmasına konu olamayacağını ifade eder.[1143] Yine yazar, nitelikli sâik (temel) yanılmasında geleceğe yönelik betimlemelerin, düşüncelerin göz önüne alınmaması gerektiğini, bunun yerine akdin kurulma anına göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtir. Zira akdin kurulmasından sonraki süreçte hukukî ilişkinin temelindeki değişiklikler yahut geleceğe yönelik tasavvurlarda yanılmak olsa olsa işlem temelinin çökmesi müessesesiyle ilişkilendirilebilir.[1144] İşbu tespitlerden anladığımız kadarıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, geleceğe yönelik yani akdin kurulma anına değil de sonraki sürece

[1139] **Eren,** Borçlar Genel, N.1203.
[1140] Nitelikli sâik (temel) yanılması ve unsurları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s.444 vd.; **von Tuhr,** s.285 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1388 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.104 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.338 vd.; **Yıldırım,** s.127; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.220 vd.
[1141] Sözleşmenin uyarlanması, TBK md.138 hükmü, aşırı ifa güçlüğü gibi kavramlar ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık arasındaki ilişki hakkındaki açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 2, c. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesinin Borçlunun Sorumluluk Sahasına Giren Bir Sebepten İleri Gelmesi.
[1142] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1401.
[1143] **Cumalıoğlu,** s.78.
[1144] **Cumalıoğlu,** s.78-79.

yönelik olduğundan dolayı *Cumalıoğlu* da nitelikli sâik (temel) yanılmasının öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile ilişkilendirilemeyeceği kanaatindedir.

II. İFA İMKÂNSIZLIĞININ BULUNMAMASI

Daha önce çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere hukukumuzda hâkim görüş, ifa imkânsızlığı müessesesini alacaklı değil de borçlu perspektifinden değerlendirmekte ve bir ifa imkânsızlığının mevcut olup olmadığını saptarken borçlunun edimini yerine getirmesinin önünde süreklilik arz eden, kesin bir engel olup olmadığının araştırılmasının temel ölçüt olduğunu belirtmektedir.[1145] Bununla birlikte hâkim görüş de kendi içerisinde imkânsızlığı dar (teknik ve gerçek) anlamda ele alanlar ve geniş anlamda ele alanlar şeklinde tasnif edilebilir.[1146] İmkânsızlığı dar (teknik ve gerçek) anlamda ele alanlara göre edimin yerine getirilmesi, sadece fizik kuralları veya mantık gerekleri yahut bilim ve teknolojinin mevcut seviyesi ya da hukukî bir durumdan ötürü süreklilik ve kesinlik arz edecek, yani geçici olmayacak şekilde engelleniyorsa ifa

---

[1145] Bir Yargıtay kararına göre: *"...818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 20/I.maddesine göre: "Bir akdin mevzuu gayrı mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka mugayir olursa o akit batıldır." Aynı şekilde, BK'nun 96.maddesi, "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur." hükmünü taşımaktadır. Keza, BK'nun 117.maddesi "Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.", demek suretiyle, imkânsızlık kavramını düzenlemiştir. İmkânsızlık, ifa engeli sebeplerinden birini oluşturur. Gerçekten de, imkânsızlık, sürekli, kalıcı, temelli bir ifa engelidir... Diğer bir ifadeyle imkânsızlık, borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engellere verilen isim olarak tarif edilebilir..."* **[Yargıtay HGK, E.2010/14-386, K.2010/427, T.29.09.2010,** www.legalbank.net]. Türk hukukunda imkânsızlığı, işaret ettiğimiz nitelik ve kapsamda değerlendiren ancak bazısı dar ve teknik bazısı da geniş anlamıyla imkânsızlığı ele alan yazarlar için bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.223 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.630 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.511 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.592 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.801 vd.; **Reisoğlu,** s.346 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.903 vd.; **Feyzioğlu,** s.459 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.853; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.331 vd.; **Ayan**, Borçlar Genel, s.463 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.162 vd.; **von Tuhr,** s.559 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.852 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3258; **Nomer,** N.178.1; **Hatemi/Gökyayla,** s.270 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.183 vd.; **İnal,** s.545 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.343 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.296 vd.; **Yavuz,** s.388-389 ve s.462 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.III, s.2226 vd.; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.395 vd.; **Yıldırım,** s.263 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.450 vd. Daha detaylı bilgi için bkz. **Kurt,** İmkânsızlık, s.91 vd. Ancak çalışmamızda esas aldığımız görüşün yanı sıra ayrıksı bir görüş olarak belirtelim ki ifa imkânsızlığını saptarken borçlu yerine doğrudan alacaklıyı referans alarak cebrî icra marifetiyle aynen yerine getirilemeyen edimler bakımından imkânsızlığın var olduğunu savunan görüş için bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1455 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.158 vd.

[1146] **Kurt,** İmkânsızlık, s.82 vd.

imkânsızlığı gündeme gelebilir.[1147] İmkânsızlığı geniş anlamda ele alanlar ise, dar imkânsızlık görüşünün dayanaklarına ilâveten, "ifayı gerçekleştirmek için gerekli emek veya gayret sarf edilmesinin dürüstlük kuralına göre borçludan beklenemeyeceği durumları" da imkânsızlık olarak saymaktadırlar.[1148] Bununla birlikte azınlıkta kaldığını ve dezavantajlı yönlerini daha önce ifade ettiğimiz[1149] bir görüş, imkânsızlığı borçlu değil de alacaklı perspektifinden değerlendirmekte ve alacaklının edimin aynen ifasını cebrî icra marifetiyle kesin biçimde temin edemeyeceği hâllerin ifa imkânsızlığına yol açacağını ileri sürmektedir.[1150] Kanaatimizce isabetli olan ve ilgili açıklamalarımızda hareket noktası kabul ettiğimiz imkânsızlık anlayışı, hâkim görüştür.

Tıpkı borçlu veya alacaklı temerrüdü ile ifa imkânsızlığının bir arada bulunamaması,[1151] yani bir borca aykırılıktan söz edilince diğerinden söz edilememesi gibi, ifa imkânsızlığının mevcut olduğu hâllerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gündeme gelemez.[1152] Yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesinden sonra ve fakat alacaklının henüz aynen ifa isteminden vazgeçme yahut sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmasından önce edim bir şekilde imkânsızlaşırsa artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kuralları değil, doğrudan ilgili imkânsızlık hükümleri tatbik edilmelidir.[1153] Çünkü artık ifa imkânsızlığına mâruz kalmış bir edime dair ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesi, mantıken söz konusu olamaz. Nihayetinde bu gerekçelerle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ve ifa imkânsızlığı müesseseleri bir somut olayda yarışmaz, aksine birbirlerini dışlar. Başka bir deyişle birinin şartı, diğerinin mevcut olmamasıdır.

[1147] **Kurt,** İmkânsızlık, s.82-83 ve s.91.
[1148] Andığımız görüşte bulunan yazarların değerlendirmeleri için bkz. **Kurt,** İmkânsızlık, s.84-85.
[1149] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, III. İfa İmkânsızlığı Görüşü.
[1150] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1455 vd.
[1151] Bkz. **Sivrikaya,** s.13 vd.
[1152] **Weidt,** s.109.
[1153] *"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 sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmış olsa idi tazminat talep edebilecek olan alacaklı, bunu yapmadığı için tazminat talep edemez hale gelir."*, bkz. **Baysal,** Müterafik, s.323.

III. BORCUN MUACCEL OLMAMASI (MUACCELİYETİN ERTELENMESİ YA DA İFANIN SÜRECE YAYILMASI)

A. Genel Olarak

Her şeyden önce temel bir mantıksal kabul olarak belirtmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, "müeccel" olan, başka bir deyişle "vâdeye (ecele)" tâbi tutulmuş borçlar söz konusu olduğunda meydana gelebilir. "Müeccel" bir borçtan söz edebilmek için ise borcun doğmuş olması zorunludur. Bu durumda borç süreye tâbi tutulmuş olacağı için "müeccel olma hâli", vâdenin dolduğu yani sürenin sona erdiği ânda ortadan kalkar ve borç, "muaccel" hâle *(Fälligkeit)* gelir.[1154] Şayet borcun doğumundan sonraki bir zamanda yerine getirilmesi gerekliyse; böyle bir borç muaccel değil, müeccel kabul edilecek, başka bir deyişle borç için talep edilebilirlik imkânı henüz oluşmamış olacaktır.[1155]

Yukarıda değindiğimiz anlamda talep edilebilirliğin gündeme gelebilmesi için, elbette "geçerli bir borç" mevcut olmalıdır;[1156] ancak borcun doğumu ve talep edilebilirliği mefhûmları her zaman aynı yerde kullanılamaz. Bu durumun tipik örneği olarak şu verilebilir: Bir kira sözleşmesinde kiracının aslî edim yükümlülüklerinden olan kira bedeli ödeme borcu sadece her ayın başında; kira konusu şeyi iade borcu ise kira sözleşmesinin sona ermesi ânında doğacaktır.[1157] Ancak doktrinde kanaatimizce daha isabetli olan bir diğer görüşe göre kira sözleşmesi örneği üzerinden hareket edilecek olursa bu durumda kira bedeli ödeme borcunun doğmadığını değil de doğmuş

[1154] Bu noktada belirtmekte fayda görüyoruz ki sürekli borç ilişkilerinde "süre", ifanın başlayıp da devam edeceği dönem anlamına gelir. Dolayısıyla bu tür borç ilişkilerinde ifa belli bir "anda" yapılmadığından dolayı, bu borçların zamanında ifa edilmemesinden maksat, işe başlanması için kararlaştırılan tarihte işe başlanmamış olması yahut işin devam etmesi gereken bir zamanda bırakılıp kesintiye uğratılmasıdır, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.998.
[1155] **Cumalıoğlu,** s.81.
[1156] **Barlas,** s.23.
[1157] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.19; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.5.

fakat henüz muaccel olmadığını söylemek gerekir.[1158] Başka bir deyişle kira bedeli ödeme borcu mevcut ve geçerlidir; ancak henüz muaccel olmadığından ötürü, alacaklı açısından talep edilebilirlik imkânı oluşmamıştır. Aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz üzere[1159] vâdeye tâbi tutulmuş borçlar bakımından da aynı hususlar geçerlidir. Zira vâdeye tâbi bir borç da sözleşmenin akdedilmesiyle (kurulmasıyla) doğar;[1160] lâkin vâdeye değin yani muacceliyet gerçekleşene değin alacaklı tarafından istenemez. Elbette bu tespitler, erken ifaya engel teşkil etmez. Örneğin kira bedeli, her ayın başında ödenecek olsa yani muacceliyet her ayın başında gerçekleşecek olsa bile bunun önceden de ödenmesi mümkün ve muteberdir; böyle bir ifa geçerlidir, başka bir deyişle "borç olmayan şeyin ödenmesi" olarak nitelendirilemez.[1161] Oysa bazen de erken ifa mümkün olmaz. Yine kira sözleşmesi örneği üzerinden hareketle, kira konusu şeyi iade etme borcu esasen kira sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte doğmuştur fakat bunun istenebilmesi için kira sözleşmesinin sona ermesi zorunludur. Zira TBK md.324-325 (Art.264 OR) hükümleri dikkate alındığında[1162] kira konusu şey, sözleşme sona ermeden önce iade edilse dahi kira bedeli ödeme borcu, yasal birtakım ayrıksı hâller hâricinde son bulmamaktadır.

[1158] **Yüce,** s.164-165, dn.413.

[1159] Bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, III, B. Vâdeye Bağlı Borç.

[1160] Bilindiği ve hemen her zaman görüldüğü üzere bir borç, kaynağı olan borç ilişkisiyle aynı ânda doğar. Bu tespite dair bkz. **Cumalıoğlu,** s.82, dn.136. Gerçekten de örneğin satım sözleşmesinde genellikle aynı ânda ifa kuralı geçerli olur ve peşin satış esası söz konusudur; yani satım sözleşmesinin (borç ilişkisinin) kurulmasıyla satıcının satım konusu şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcu (borç) doğar. Yine haksız fiilin (borç ilişkisi) işlendiği ânda failin zararı giderme borcu (borç) doğar. Benzer şekilde sebepsiz zenginleşmeye sebep olan vâkıa (borç ilişkisi) gerçekleşir gerçekleşmez, haksız yere zenginleşenin bunu iade etme borcu (borç) doğar.

[1161] **Cumalıoğlu,** s.82.

[1162] TBK md.324 hükmüne göre: *"Kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece kiralanan, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılsa bile kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Bu durumda, kiraya verenin yapmaktan kurtulduğu giderler kira bedelinden indirilir."* Ayrıca TBK md.325 hükmüne göre ise: *"Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer. Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür."*

"Muacceliyet" ve "vâde" gibi kavramlar göz önüne alındığında çok daha geniş bir üst yapıya işaret eden "ifa zamanı" ise borcun yerine getirileceği zaman parçasıdır; başka bir deyişle borçlunun edimini yerine getirmekle yükümlü olduğu, alacaklının da bunu isteme yetkisini kazandığı zaman aralığıdır.[1163] İfa zamanına dair temel düzenleme olan TBK md.90 (Art.75 OR) hükmüne göre *"ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur."* Buna göre ifa zamanı bakımından genel kural, borcun derhâl muaccel olmasıdır.[1164] Borcun alacaklı tarafından hemen talep edilebilir, başka bir deyişle derhâl muaccel olduğu hâllerde genellikle borçlu edimini yerine getirebilmek için birtakım hazırlıklar yapmaya gerek duymaz ancak bu gerçek, "borcun doğumu" ile "ifanın gerçekleştirilmesi" arasında hiçbir sürenin geçmeyeceği şeklinde anlaşılmamalıdır.[1165] Örneğin derhâl muaccel olacak bir para borcunun doğumu ile ödenmesi (ifanın gerçekleştirilmesi) arasında kayda değer bir sürenin mevcut olduğu genellikle söylenemez. Oysa eser sözleşmesi bağlamında bir evin boyanması borcu derhâl muaccel olduğunda bunun ifasının gerçekleştirilmesi sırasında boyacının birtakım hazırlıklar yapacağı (evin içinde boya ekipmanlarını hazır edip işler hâle getirmek, evin kirlenmemesi için gerekli koruyucuları zemine sermek ve benzeri) bir gerçektir, yani bu örnekte borcun doğumu ile ifanın tamamlanması arasında "işin niteliği gereği" belli bir süre geçecektir. Zira bir evin boyanması borcu derhâl muaccel olduğunda ifanın da derhâl, bir ânda, hemen gerçekleştirilmesi mantıken mümkün değildir. Yine bir başka örnek olarak, satım sözleşmesine konu olan malın, bir yerden başka bir yere getirilip teslim edilmesi verilebilir. Burada da borcun doğumu ile ifanın

[1163] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3598. Ayrıca Kılıçoğlu'na göre ifa zamanı, kaynağı ne olursa olsun bütün borç ilişkilerinde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla TBK'nın ifa zamanına dair hükümleri, bütün borç ilişkileri için geçerlidir, bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3597. Nitekim yazarın bu yorumunu; Türk Borçlar Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun beşinci kitabı olup onu tamamladığı yolundaki TBK md.646 hükmü; TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı yolundaki TMK md.5 hükmü ve nihayetinde Türk Ticaret Kanunu'nun, Türk Medenî Kanunu'nun ayrılmaz bir parçası olduğu yolundaki TTK md.1/1 hükmü teyit eder nitelikteki normatif düzenlemelerdendir.

[1164] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1311.

[1165] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1311.

gerçekleştirilmesi arasında ister istemez bir süre geçmektedir. Ancak tüm bu durumlarda derhâl muaccel olan borçlarda önemle üzerinde durulması gereken husus, söz konusu sürenin ifanın hazırlanması için değil, yani hazırlık hareketleri olarak değil, "bizzat ifanın gerçekleştirilmesi için" gerektiğidir.[1166] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, bir sözleşmenin kurulmasından sonraki ve fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte vuku bulabileceği[1167] için borcun derhâl muaccel olduğu hâllerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edilemez.[1168] Zira TBK md.90 hükmüne göre borcun doğumu ile muacceliyeti arasında bir süreç yoktur, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tanımı gereği muhtaç olduğu zaman aralığı, derhâl muaccel olan borçlarda mevcut değildir. İşte bu gerekçelerle öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için iki ihtimalden biri mutlaka bulunmalıdır: Birincisi, borcun muacceliyet tarihi taraflarca ertelenmiş olmalı, yani öyle ya da böyle bir vâdeye bağlanmış borç söz konusu olmalıdır. İkincisi, borcun ifası, işin niteliği gereği (örneğin art arda teslimli satım sözleşmelerinde durum böyledir) "zamana yayılıyor" olmalıdır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki "ifa zamanı" iki farklı anlamda kullanılabilmektedir. Birinci anlamıyla ifa zamanı, borcun talep edilebilirliği ânını yani muaccel olma ânını karşılamaktadır. İkinci anlamıyla ifa zamanı ise edimin borçlu tarafından yerine getirilebileceği ve buna mukabil alacaklının da böyle bir ifayı kabul etmekle yükümlü olacağı anı, yani borcun ifa edilebilirliği (ifa kabiliyeti) ânını karşılamaktadır.[1169] Birinci

---

[1166] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1311-1312.

[1167] **Sert/Cihan,** s.904.

[1168] *"Yalnız hemen işaret edelim ki, bu kurumun işlemesi için doğal olarak sözleşmenin kurulması ile edimin muacceliyet zamanı farklı olmalıdır (müeccel bir borç söz konusu olmalıdır); yani ancak ifanın vadeye bağlandığı satım sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık öncelenebilecektir. Zaten Uluslararası satım ilişkileri ve uygulaması dikkate alındığında, hemen hemen bütün sözleşmelerde ifa için, sözleşmenin ku- rulmasından sonra belirli bir süreye ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir. Dolayısıyla eğer sözleşmenin kurulması anında borç muaccel oluyorsa, yani sözleşmede belirlenmiş ya da belirlenebilir bir ifa zamanı bulunmuyorsa, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hükümleri de uygulama alanı bulmayacaktır. Bunun dışında, edimin ifa edileceği vade, taraflarca açık ya da örtülü olarak düzenlenmiş olabileceği gibi edimin niteliği gereği de söz konusu olabilir."*, bkz. **Kanışlı,** Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık, s.1402, dn.5. Anılan yazarın işbu pasajda kullandığı *"bu kurumun işlemesi"* ibaresi ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gündeme gelmesi kastedilmektedir.

[1169] **von Tuhr,** s.506; **Feyzioğlu,** s.108; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.24; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.684-685; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.334 vd.; **Barlas,** s.21; **Arsebük, Esat:** Borçlar Hukuku Birinci ve İkinci

anlamıyla ifa zamanına direnmek, borçlu temerrüdü teşkil ederken; ikinci anlamıyla ifa zamanına direnmek, alacaklı temerrüdü teşkil eder. Keza bundan ötürü doktrinde, eBK ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda tercih edilen her borcun doğumu ânında ifa olunabileceği ve icrasının talep edilebileceği yönündeki ifadeler, TBK md.90 hükmündeki her borcun doğduğu ânda muaccel olacağı ifadesinden daha isabetli olarak değerlendirilmektedir.[1170] Kısacası iki farklı anlamı olduğu göz önüne alındığında ifa zamanının alacaklı ve borçlu perspektifinden farklı farklı hükümlere tâbi olduğu, yani hüküm ve sonuçlarının farklılaştığı anlaşılmaktadır.[1171]

Bilindiği üzere bir edimi yerine getirmek için, kural olarak, vâdeyi beklemek gibi bir zorunluluktan söz edilemez. Geçerli olarak doğmuş, başka bir deyişle hüküm ifade eden her borç, her zaman, hatta zamanaşımı gerçekleşmiş olsa dahi ifa edilebilir. Zira vâdeyi beklemek, kural olarak, borçlu lehine bir olguya işaret ettiğinden, borçlu kendi lehine olan bu durumdan her zaman vazgeçebilmelidir. İşte borcun vâdesinden önce yerine getirilmesi "erken ifa" müessesesiyle açıklanır ve bu borca aykırılık teşkil etmez; bilakis erken ifa, borcu kısmen yahut tamamen sona erdiren sebepler arasında sayılabilir. Bu hususta "Erken İfa" madde başlıklı TBK md.96 (Art.81 OR) hükmüne göre *"sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir…"* Anlaşılan odur ki erken ifa, geçerli bir ifa olduğundan ötürü yerine

---

Cilt, 3.B, Ankara 1950, s.703; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.800; **Eren,** Borçlar Genel, N.2933-2934. Ayrıca bahsettiğimiz ifa zamanının farklı anlamlarda ele alınması sadece doktrinel bir olgu olmayıp yargı pratiğinde de kendisini göstermektedir. Bir Yargıtay kararına göre: *"…Bir tanım vermek gerekirse muacceliyet, bir borç ilişkisinde, alacaklının edimi isteyebileceği ve borçlunun da bu isteme uyarak, edimi ifa etmekle yükümlü olduğu anı belirler. Bir başka deyişle, söz konusu anda borç, ifa kabiliyeti kazanır ve alacaklı yine o anda edimi kabul etmekle yükümlü olur. Bir alacağın ya da borcun muaccel olması, ilke olarak edimin ifası için öngörülmüş bulunan vadenin dolmasıyla gerçekleşir. Borcun ifası için öngörülen vade kanundan, işin özelliklerinden yada dürüstlük kuralından çıkarılamıyorsa, bu durumda, BK m. 74 hükmü gereğince, borcun "hemen ifa ve derhal icrası talep edilebilir" hükmü uygulama bulacaktır…"* **[Yargıtay HGK, E.2006/21-546, K.2006/565, T.20.09.2006,** www.legalbank.net]. Yine tamamen aynı tespitleri içeren bir başka karar için bkz. **Yargıtay HGK, E.2013/10-433, K.2013/1649, T.06.12.2013,** www.legalbank.net.

[1170] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.54 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.71 vd.

[1171] **Cumalıoğlu,** s.83.

getirilmiş edim, geri istenemez.[1172] Hatta borçlunun erken ifası ile karşılaşan, başka bir deyişle borçlunun ifa yetkisine istinaden sunduğu bir ifayı alacaklı, haklı bir neden olmaksızın reddettiğinde TBK md.106/1 (Art.91 OR) hükmü gereğince alacaklı temerrüdüne düşer.[1173] Fakat borcun muhakkak vâdesinde yerine getirilmesinde alacaklının yadsınamaz bir hukukî menfaati mevcutsa, erken ifanın reddedilmesi mümkündür.[1174] Bu duruma örnek olarak faizli ödünç sözleşmeleri verilebilir; zira bu tür ilişkilerde alacaklı, vâde boyunca kapital (anapara) faizine hak kazanmaktadır. Dolayısıyla faizli ödünç sözleşmelerinde borçlunun erken ifa yetkisinden söz edilemez.[1175] Yine bir başka örnek olarak oldukça büyük miktarlardaki malları (kömür, odun ve benzeri) konu edinen bir sözleşmenin erken ifası hâlinde alacaklının malların korunması yahut depolanması için aşırı masraf yapması gerekmekteyse (yeni bir yer yahut yeni nakliye araçları kiralamak ve benzeri) de erken ifa teklifinin reddedilebilmesi mümkündür.[1176]

Hemen yukarıda değindiğimiz "erken ifa" müessesesi bir kenara bırakılacak olursa alacaklının borcun ifasını talep edebilmesi için "muacceliyet ânını" beklemesi zorunludur.[1177] TBK md.90 (Art.75 OR) gereği her borç, kural olarak, doğduğu ânda

---

[1172] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.805; **Eren,** Borçlar Genel, N.2956 vd.

[1173] TBK md.106/1 hükmüne göre: *"Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur."*

[1174] TBK, borcun vâdesinde ifasında alacaklının hukukî menfaatinin mevcut olduğu durumlarda onun çıkarını gözetmiş ve borçlunun erken ifa teklifini reddedebilmesine olanak sağlamıştır, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.2959 vd.

[1175] **Eren,** Borçlar Genel, N.2960. Doktrinde bu duruma ayrıksı olarak TKHK md.27 hükmü gösterilmektedir. Anılan hükme göre: *"Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür."* Bkz. **Cumalıoğlu,** s.83.

[1176] **Eren,** Borçlar Genel, N.2961.

[1177] Doktrinde farklı farklı tanımlamalar olsa da "muacceliyet anı", alacaklının edimin yerine getirilmesini artık talep edebileceği ân olarak açıklanmaktadır, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.1; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.1; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.994; **Eren,** Borçlar Genel, N.2933. Keza tekrar tekrar anmakta fayda gördüğümüz bir Yargıtay kararına göre: *"...Bir tanım vermek gerekirse muacceliyet, bir borç ilişkisinde, alacaklının edimi isteyebileceği ve borçlunun da bu isteme uyarak, edimi ifa etmekle yükümlü olduğu anı belirler. Bir başka deyişle, söz konusu anda borç, ifa kabiliyeti kazanır ve alacaklı yine o anda edimi kabul etmekle yükümlü olur. Bir alacağın ya da borcun muaccel olması, ilke olarak edimin ifası için öngörülmüş bulunan vadenin dolmasıyla gerçekleşir. Borcun ifası için öngörülen vade kanundan, işin özelliklerinden yada dürüstlük kuralından çıkarılamıyorsa, bu*

muaccel olacağından ötürü "muacceliyet" ve "ifa edilebilirlik" zaman itibariyle örtüşmektedir. Taraflarca vâdeye tâbi tutulmuş borçlar söz konusu olduğunda ifa edilebilirlik önce, talep edilebilirlik (muacceliyet) ise daha sonra gerçekleşir. Ancak bunun tam tersi de mümkündür. Örneğin TBK md.561 ve devamı hükümlerinde düzenlenen vedia (saklama) sözleşmesinde belirli süre kararlaştırılmışsa TBK md.564 (Art.475 OR) hükmü gereğince saklatan, sözleşme konusu şeyi her zaman geri alabilir; ancak TBK md.565/1 (Art.476 Abs.1 OR) hükmü gereğince saklayanın şeyi iade borcu, sadece sürenin sonunda yerine getirilebilir. Başka bir deyişle saklama sözleşmesinde edimin "talep edilebilirliği" alacaklının iradesine bağlanmıştır.[1178]

Bununla birlikte muacceliyetin henüz söz konusu olmadığı, başka bir deyişle "müeccel" bir edimi yerine getirmeyen borçlu, sırf bu sebeple sorumlu olmaz.[1179] Kaldı ki borcun muaccel hâle geldiğinden söz edilebilmesi için borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınmasına imkân verecek birtakım hukukî enstrümanlara (bilhassa "def'i") sahip olmamasının gerekli olup olmadığı meselesi doktrinde ihtilâflıdır.[1180] Bu hususta ki görüşlerden birine göre[1181] borcun muaccel hâle geldiğinden söz edilebilmesi için borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınmasına imkân verecek def'ilere sahip olmaması zorunludur; zira borçlunun bir def'i ileri sürmesi, muacceliyete engel olacaktır. Bir başka görüşe[1182] göre ise borçlunun ileri sürebileceği def'ilere sahip olması, muacceliyetle ilgili bir problem yaratmaz. Dolayısıyla borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ etmesine olanak tanıyabilecek birtakım def'ileri sadece elinde bulundurması -bu görüşe göre muacceliyeti etkilemeyeceğinden- kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın

---

durumda, BK m. 74 hükmü gereğince, borcun "hemen ifa ve derhal icrası talep edilebilir" hükmü uygulama bulacaktır…" **[Yargıtay HGK, E.2006/21-546, K.2006/565, T.20.09.2006,** www.legalbank.net].

[1178] Örnek için bkz. **Cumalıoğlu,** s.84.

[1179] **von Tuhr,** s.605.

[1180] **Yüce,** s.17.

[1181] **Feyzioğlu,** s.231; **Arsebük,** s.810.

[1182] **Barlas,** s.26; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.25; **von Tuhr,** s.605; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.747 ve s.905; **Akkanat,** s.9.

meydana gelmesini de engellemeyecektir. Fakat belirtmek gerekir ki borçlunun elinde bulundurduğu bu türden def'ileri usûlünce ve zamanında ileri sürmesi her ne kadar muacceliyeti ilgilendirmezse dahi temerrüde düşmesine engel olabilecektir.[1183]

Bilindiği üzere bir borcun kaynağı; sözleşme, sözleşme hâricinde kalan birtakım hukukî işlemler, haksız eylem, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, sözleşme müzâkereleri sırasında kurulan sosyal temas[1184] (edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri, *Schuldverhältnisse ohne Leistungspflicht*), güven sorumluluğu[1185] *(culpa in contrahendo)* yahut da doğrudan doğruya bir kanun hükmü olabilir.[1186]

Yukarıda belirttiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için borcun doğduğu (mevcudiyet kazandığı yahut hüküm ve sonuçlarını

[1183] Aynı yönde bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.84.

[1184] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.19. Keza anılan eserde BGB'de değişiklik yapan ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni yasa bağlamında (Borçlar Hukuku Reform Yasası, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) açık hükümlerle, bir yandan bir borç ilişkisinin tarafları diğer tarafın haklarını, hukukî varlıklarını ve çıkarlarını gözetme yükümlülüğü altına sokabileceği (§ 241 Abs.2 BGB), öte yandan da bu tarz yükümlülükleri ihtivâ eden bir yasal borç ilişkisinin sözleşme müzâkerelerinin başlaması ile (culpa in contrahendo) yahut bundan önce (iki ayrı durum olarak öngörülen) iş münasebetlerine dair bir sosyal temas ile kurulabileceği (§ 311 Abs.2 BGB) ifade edilmiştir. Böylelikle hukukumuz bakımından her ne kadar yasal bir dayanağı olmasa dahi *culpa in contrahendo* müessesesi günümüz Alman hukukunda açık bir yasal dayanağa kavuşturulmuş vaziyettedir.

[1185] Doktrinde ifade edilmektedir ki bir sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen oluşturduğu görünüm ve güvenden ötürü sözleşmenin akdedilmesinde tesir etmiş olan bir üçüncü kişinin de borcun yerine getirilmemesinden dolayı sorumluluğu gündeme gelebilir ki buna "güven sorumluluğu" denebilir. Örneğin bir kararında Yargıtay, müteahhitten daire satın alan tüketici ile TOKİ arasında sözleşme olmamasına karşın, satış ilanlarında adı görünen TOKİ'yi tüketiciye karşı taşınmazın teslim edilememesinden dolayı sorumlu tutmuştur, bkz. **Nomer,** N.15.5. Anılan Yargıtay kararına göre: *"...konut üreten herhangi şirket ya da kamu kuruluşunun güvencesi altında yapıldığı izlenimi verilerek, alıcılarda bu algıyı uyandıracak şekilde ve bu doğrultuda ilan, reklam, kampanya. broşür gibi enstrümanlar kullanılarak tüketicilerin konut edinme iradesine etki edilmesi halinde, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibi olan kamu kuruluşunun akdi sorumluluğu bulunmasa da yukarıda açıklanan nedenlerle gerek özel yasa olan 6502 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri gerekse Türk Borçlar Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin hükümleri nazara alındığında tüketicinin ifa edilmeyen sözleşme uyarınca zarar kalemlerini bu kamu kuruluşundan isteyebileceğinin kabulü gereklidir."* **[Yargıtay 6.HD, E.2022/50, K.2022/2292, T.20.04.2022,** www.legalbank.net]. Ayrıca yeri gelmişken önemle belirtmek gerekir ki doktrinde Serozan'a göre *culpa in contrahendo* sorumluluğu ancak iki kişinin karşı karşıya geldiği ikili münasebetlerde gündeme gelebilirken; güven sorumluluğu aslında sözleşmenin tarafı olmamış, ama sözleşmeyi dışarıdan etkilemiş "üçüncü kişinin" sorumluluğudur, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 19 N.3; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 19 N.3

[1186] Daha çeşitli ayrımlar da mevcuttur. Örneğin "yasa kuralları", "gelenek (örf ve âdet) hukuku" ve "yargıcın yarattığı hukuk" biçimindeki tasnif için bkz. **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.14-19; Yine bir başka ayrım olarak "borcun doğumunun iradeye dayanması hâlinde doğan borç" ve "borcun doğumunun iradeye dayanmaması hâlinde doğan borç" için bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, s.35-36. Doktrinde bir görüş ise borç ilişkilerinin kaynaklarını üçlü veya dörtlü bir şeklinde tasnif etmenin zoraki ve yapay bir ayrım olduğunu; isabetli olan ayrımın "hukukî işlemden doğan borç ilişkileri" ve "doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri" olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.323.

ortaya koyduğu) ân ile muaccel olduğu (talep edilebilirlik kazandığı) ân arasında öyle ya da böyle bir zaman aralığının, sürecin olması zorunludur. Sözleşmeden kaynaklananlar hâricindeki borçların hemen hepsi çoğu kez doğduğu ânda muaccel olur. Bu duruma örnek olarak sosyal güvenlik primi ödemelerine dair borçlar, aile hukukundan doğan muhtelif nafaka borçları ve bilhassa yardım nafakası ödeme borcu, eşyaya bağlı borçlar *(realobligation),* iyiniyetli haksız zilyedin şeyi iade borcu gibi zilyetlikten doğan borçlar verilebilir.[1187] Bunlar sözleşmeden doğmadıkları için belli aralıklarla (periyodik) ödeniyor olsalar dahi "teknik anlamda bir vâde" tâyin edilmiş olmadığından alacaklı tarafından borcun zamanında ifa edilmeyeceği kesin bir biçimde öngörülebilse bile artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edilemez; başka bir deyişle alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma, kendi ediminin ifasını askıya alma, sözleşmeden dönme ve benzeri haklara başvuramaz. Tüm bu andığımız ve örnek verdiğimiz sözleşme hâricindeki kaynaklardan doğan borçların, elbette sonradan taraflarca bir sözleşmeyle bağlanmasının önünde bir engel yoktur. Örneğin haksız fiilden dolayı zarar görenin zararını karşılamak adına daha sonradan zarar veren ile zarar gören arasında zararı gidermeye matuf bir sözleşme akdedilebilir yahut sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcu açısından, zenginleşen ve fakirleşen daha sonradan kendi aralarında malın veya bedelinin iadesine matuf bir sözleşme akdedebilirler.[1188] Bu hâlde çoğu kez tek tarafa borç yükleyen (zarar verenin zararı gidereceği, zenginleşenin zenginleşme konusunu iade edeceği) bir sözleşme meydana gelmiş olur ve taraflar beraberce bir vâde tâyin etmişlerse artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın vuku bulacağı uygun zemin de yaratılmış olur.[1189]

[1187] **Cumalıoğlu,** s.52.
[1188] **Cumalıoğlu,** s.52.
[1189] Bu noktada doktrinde Başoğlu, öncelenmiş borca aykırılığın sadece sözleşmeler açısından değil, tüm borç kaynakları açısından meydana gelebileceğini ifade eder, bkz. **Başoğlu,** s.288 vd.

"Eksik (tabiî) borç" ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık arasındaki ilişkiye bakmak gerekirse: Bilindiği üzere eksik (tabiî) borçların alacaklı tarafından talep edilebilmesi mümkünse de borçlunun edimi yerine getirmemesi üzerine ifayı gerçekleştirmeye zorlanması, cebrî icra marifetiyle edimin elde edilebilmesi mümkün değildir.[1190] Doktrinde eksik (tabiî) borçlar; kumar ve bahisten doğan borçlar (TBK md.604-606), evlenme simsarlığından doğan borçlar (TBK md.524), ahlaki ödevlerden doğan borçlar (TBK md.78/2), mâlikin iyiniyetli haksız zilyet karşısındaki borcu,[1191] zamanaşımına uğramış borçlar (TBK md.78/2) ve konkordato sonunda borcun ortadan kalkan kısmı olarak sayılmaktadır.[1192] Eksik (tabiî) borçlarda borçlunun edimini yerine getirmeye zorlanamamasından ötürü öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da meydana gelemeyecektir.[1193] Zira eksik (tabiî) borçlarda "muacceliyetin" niteliği gereği özünde bulunan edimin ifasına zorlayabilme olanağı artık söz konusu değildir.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir borç ilişkisinin objesini (konusunu) oluşturan borç ve buna mukabil alacak hakkının yanı sıra "talep hakkı *(Anspruch)*" ile olan ilişkisi de irdelenmelidir. Bilindiği üzere doktrindeki hâkim görüşe göre "alacak hakkı" ve "talep hakkı" birbirinden farklı hususlara işaret eder.[1194] Örnek olarak aynî haklar söz konusu olduğunda ortada bir alacak hakkı mevcut olmasa dahi bir talep hakkı mevcuttur, bu hâlde talep hakkı bilhassa aynî hakkın ihlâl edilmesiyle birlikte ortaya çıkar.[1195] Hemen yukarıda değindiğimiz eksik (tabiî) borçlarda ise talep hakkı dahi

---

[1190] "Eksik (tabiî) borç" kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.249 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, s.44 vd.

[1191] Doktrinde Eren, mâlikin iyiniyetli haksız zilyet karşısındaki borcunun eksik değil, tam bir borç olduğu fikrindedir. Oysa Tunçomağ, bunu eksik (tabiî) borç olarak tavsif eder.

[1192] Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.250 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.41 vd.

[1193] Aynı görüşte bkz. **Cumalıoğlu,** s.85.

[1194] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.13; **von Tuhr,** s.16-17; **Eren,** Borçlar Genel, N.213 vd.; **Antalya,** Borçlar Genel C.I, s.28; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.15 vd. Ancak bu hususta aksi görüşte olan yazarlar da mevcuttur, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, s.16, dn.50 ve **Eren,** Borçlar Genel, s.78, dn.3. Aksi görüş, genel olarak, Alman ve İsviçre hukukundan hareket ederek "alacak hakkı" ve "talep hakkı" kavramlarının aynı olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, s.43-44.

[1195] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.49.

mevcut değildir; zira talep hakkı, kişiye bir dava imkânı sunar.[1196] Bir sözleşme ilişkisinde alacak hakkı önceden mevcut olsa (sözleşmenin kurulması ânında doğmuş olsa) bile talep hakkı ancak kararlaştırılan vâdenin tahakkukuyla doğar. Borcun talep edilebilir hâle gelmesinin en önemli sonucu da borcun artık davaya konu edilebilir nitelik kazanmasıdır.[1197] Muacceliyetin yani talep edilebilirliğin gerçekleşmesinden önce alacaklının açacağı bir dava, davacının talep hakkı bulunmadığı dolayısıyla hâkim tarafından re'sen reddedilmesi gereklidir.[1198] Fakat bu hususta, Yargıtay kararlarında ve medenî yargılama hukukunda muhtelif görüşler ortaya atılmaktadır.[1199]

B. Vâdeye Bağlı Borç

Bilindiği üzere vâde, borcun yerine getirileceği zamanın, yani ifa zamanının bir süreye bağlanması olup geleceği objektif biçimde kesin olan bir ândan ibarettir.[1200] Vâde öyle ya da böyle geleceği kesinlik arz eden bir andır; bu ân muayyen bir takvimsel tarih olabileceği gibi ölüm ânı veya tabiat olayı dahi olabilir.[1201] Ancak bazı vâkıalar söz

---

[1196] **Eren,** Borçlar Genel, N.214.

[1197] Bir Yargıtay kararına göre: *"...İfa zamanı alacaklının, borçludan edada bulunmasını isteyebileceği zamandır ki hulûl etmedikçe alacaklının borçlu aleyhine dava açmağa hakkı yoktur. Buna alacağın muacceliyet kesbetmesi denilmektedir. Böylece alacağın muaccel olması için öncelikle alacaklının edayı talep ve bu sebeple borçluyu dava edebileceği zamanın gelmiş olması gerekir. Ancak, bu şart bazı hallerde borçlunun temerrüde düşmesine yetmemektedir. Çünkü borçlu edayı yerine getirmeğe mecbur olmadığı müddetçe edada bulunmadığından dolayı kendisi sorumlu tutulamaz... Kiracının temerrüde düşmüş olması için alacağın muaccel olmasından başka dava edilebilir olması gerekir veya diğer bir deyimle borçlu, edayı yerine getirmeğe mecbur olmalıdır... Kira farkının mahkemede dava edilebilir veya icrada takip edilebilir hale gelmesi için miktarının kesin olarak belli olması gerekir. Bu belirlilik ise ancak tespite ilişkin kararın kesinleşmesi ile oluşabilir ve kiracının edayı yerine getirme borcu da ancak o zaman gelmiş sayılabilir."* **[Yargıtay İBK, E.1979/1, K.1979/3, T.12.11.1979,** nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.800, dn.1].

[1198] **Cumalıoğlu,** s.85.

[1199] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.1 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.1 vd. Bu hususta farklı olan bir Yargıtay kararına göre: *"Hal böyle olunca, mahkemece, dava şartı noksanlığının ortadan kalktığı gözetilerek, davanın esasının incelenmesi ve ulaşılacak sonuca göre uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır."* **[Yargıtay 3.HD, E.2016/22416, K.2018/11055, T.06.11.2018,** www.legalbank.net].

[1200] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce,* s.1316.

[1201] Doktrinde bu bağlamda bir hukukî olay olan "ölüm"ün, kural olarak, şartın *(condicio juris)* konusu olamayacağı ifade edilir. Keza bir hukukî işlemde ölüm olayından, genel geçer şekilde söz edilmişse vâde; ancak belirli bir zaman aralığı dâhilinde vuku bulabilecek ölüm olayından söz edilmişse şart söz konusudur. Çünkü genel geçer şekilde sözü edilen ölüm olayı, bir gün herkes için mutlaka vuku bulacakken; belirli bir zaman aralığı dâhilindeki ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak kuşkuludur. Bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3626. Yine doktrinde diğer yazarlar, ölümün vâde olduğunu ifade ederler, bkz. **Pulaşlı, Hasan:** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989,

konusu olduğunda gerçekleşmenin kesinlik arz edip etmediği ihtilâflıdır. Örneğin bir hukukî olay olan "doğum"un geciktirici (tâliki) şart olarak mı yoksa vâde olarak mı nitelendirileceği tartışılır.[1202] Bir vâkıanın şartı mı vâde mi olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunda tereddüt mevcutsa borçlunun lehine olacağından "şart"ın mevcut olduğu kabul edilmesi gerektiğinden[1203] bir bebeğin sağlıklı doğması yahut depremin olması gibi vâkıalar, vâde yerine şart olarak nitelendirilebilir.[1204] Günlük hayatta görüldüğü üzere sözleşme ilişkilerindeki ifa zamanı, hemen her durumda bir vâdeye tâbi tutulmuştur, yani derhâl muacceliyet kuralı pratikte azınlıkta kalmaktadır. Tanımı böyle olmakla birlikte fonksiyonu itibariyle vâdenin gelmesiyle borç da muaccel hâle geleceği için vâde, alacaklının ifayı isteme olanağının ne zamandan itibaren mevcut olduğunu da gösterir.[1205] Fakat önemle belirtmek gerekir ki vâde, sadece muacceliyeti erteleyici, yani derhâl muacceliyeti bertaraf edici bir fonksiyonu hâizdir, vâdenin sözleşmesinin kurulmasına, geçerliliğine veya borcun doğumuna hiçbir etkisi yoktur.[1206] Ancak bazı ayrıksı hâllerde de olsa taraflar, gelecekte gerçekleşeceği kesin olan bir vâkıanın mevcut

---

s.70; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.5012. Ancak örneğin bir kimsenin iki yıl içerisinde ölmesi durumunda mevcut sözleşmenin sona ereceği kararlaştırılmışsa artık burada şarttan söz edilmelidir, bkz. **Pulaşlı,** s.70; **Eren,** Borçlar Genel, N.3626.

[1202] Doktrinde Serozan, doğum ve ölüm gibi olayların hukukî niteliği itibariyle vâde olduğunu ifade eder, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.58; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.78. Eren ise doğumun şarta konu olabileceği kanaatindedir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3631.

[1203] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.58; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.78.

[1204] Doktrinde şarta dair hükümlerin kıyas *(analogia)* metoduyla vâde müessesesine de tatbik edilebileceğini savunan görüşün (bkz. **Pulaşlı,** s.71) mevcudiyeti karşısında kanaatimizce yukarıdaki tespitin ne derece isabetli olduğu tartışılır.

[1205] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1010. Durum böyle olmakla birlikte önemle belirtmek gerekir ki henüz vâdenin gelmemesine rağmen muaccel olan borçlar da mevcuttur. Bunun tipik görünümü "muacceliyet kaydı" içeren hukukî ilişkilerdir. Örneğin muacceliyet kaydı içeren bir dönemli edimli sözleşmede borçlu edimlerden birini yerine getirirken temerrüde düştüğünde sözleşmedeki muacceliyet kaydından yahut alacaklının talebinden ötürü, henüz muacceliyet kazanmamış gelecekteki diğer tüm dönemsel edimleri yerine getirmek mecburiyetinde kalabilir. Borçlunun oldukça aleyhine olan muacceliyet kaydının geçerliliği, bazı hukukî ilişkilerde sıkı şartlara tâbi tutulmuştur. Örneğin taksitli satımlara dair temerrüdü düzenleyen TBK md.259/2 ve TKHK md.19 hükümlerinde böyledir. Hatta bazı hukukî ilişkilerde kararlaştırılan muacceliyet kaydının hükümsüz olacağı ifade edilmiştir ki konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine kararlaştırılmış muacceliyet kayıtları, TBK md.346 hükmü gereğince böyledir. Bkz. **Cumalıoğlu,** s.87.

[1206] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7.

sözleşmeyi ortadan kaldıracağını kararlaştırmış olabilirler. Bu hâlde bozucu (infisâhî) şarttan değil, bozucu nitelikteki süre tâyininden söz etmek gereklidir.[1207]

Esasen "borcun doğum anı" ile "muaccel olacağı an" arasında kanundan, hukukî ilişkiden, sözleşmeden yahut dürüstlük kuralından kaynaklanan bir zaman aralığı mevcutsa vâdeden söz etmek gerekir.[1208] Borç, vâdenin gelmesiyle birlikte talep edilebilirlik anlamında muaccel olur ve zamanaşımı da işlemeye başlar. Vâde deyim yerindeyse iki yüzü olan bir madalyon gibidir; zira vâde bir anlamda borcun ifa edileceği âna *(Termin),* diğer bir anlamda da borcun ifa edileceği süreye *(Frist)* işaret eder.[1209] *"Termin"* biçiminde karşımıza çıkan vâde, sözleşmede belirli bir gün veya saat gibi ân olarak kararlaştırılmışken; *"Frist"* biçiminde karşımıza çıkan vâde, onbeş gün veya üç ay içerisinde gibi zaman aralığı olarak kararlaştırılmış olabilir. İşte bu ikinci ihtimalde yani vâdenin belirli bir zaman aralığı olarak kararlaştırıldığı ihtimalde, sürenin sonu ifa anıdır.[1210] Bu bağlamda "ne zaman?" sorusuna verilen yanıta, yani belirli bir tarih olarak tespit edilen ve sürenin sonuna "dar (teknik) anlamda vâde";[1211] bunun hâricindeki tüm muacceliyet durumları için "ifa zamanı" denmektedir.[1212]

1. Vâdenin Tâyini

Vâde, her şeyden önce ve genelde olduğu üzere sözleşmeden hareketle belirlenir. Ancak vâdenin doğrudan bir kanun hükmüyle, durumun gereğiyle, dürüstlük kuralıyla yahut hukukî ilişkinin niteliği veya işin özelliğiyle tâyini de mümkündür.[1213]

[1207] **Pulaşlı,** s.71.
[1208] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.801 vd.
[1209] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.57; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.77.
[1210] Eren'in ifade ettiğine göre borç, belli bir zaman dâhilinde yerine getirilecekse "süre"den bahsedilir ve vâde, sürenin zaman itibariyle son sınırını teşkil eder, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.2938.
[1211] **Yüce,** s.46.
[1212] **Yüce,** s.47.
[1213] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1003 vd.

Hatta bazen vâdenin tâyini, sözleşme taraflarından birine yahut bir üçüncü kişiye bırakılmış da olabilir.[1214]

a. Sözleşme ile Tâyin

Sözleşmeyle kararlaştırılan vâde, diğer tüm hükümler gibi tarafları bağlar. Tarafların sözleşme müzâkereleri sırasında vâde hususundaki yaklaşımlarında iki olasılıktan söz etmek mümkündür: İlk olasılık olarak; bilindiği üzere vâdeye dair hükümler sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarındandır. Ancak taraflardan biri vâdeyi sözleşmenin önemli bir parçası olarak nitelendirmiş, başka bir deyişle sözleşmenin sübjektif esaslı noktası hâline getirmişse vâde üzerinde anlaşmanın temin edilememesi hâlinde TBK md.2/1 (Art.2 Abs.1 OR) hükmü gereğince sözleşme kurulmuş sayılamaz. İkinci olasılık olarak ise tarafların sözleşme müzâkereleri sırasında vâdeyi tartışmaları fakat bir uzlaşıya varamamaları yahut vâde meselesini sonraya bırakmaları hâlinde sözleşme kurulur ve TBK md.2/2 (Art.2 Abs.2 OR) hükmü gereğince vâde, daha sonradan hâkim tarafından işin özelliğine bakılarak tâyin edilir.[1215]

İşte bu bağlamda vâde, sözleşme taraflarının beraberce hareket etmesiyle doğrudan takvime bağlı bir gün olarak belirlenebileceği gibi bir vâkıanın gerçekleşmesinin üzerinden geçecek bir süreyle de belirlenebilir. İlk duruma örnek sözleşmenin 11.02.2025 tarihinde ifa edilecek olmasıyken; ikinci duruma örnek borçlunun yurtdışından dönüşünden itibaren iki hafta içinde ifanın kararlaştırılması verilebilir.[1216] Bunlar "belirli vâde" olarak anılır. Bunun hâricinde vâdenin gelecekte kesin olarak gerçekleşecek ancak ne zaman gerçekleşeceği tam olarak bilinemeyen birtakım vâkıalara (örneğin Kırkikindi yağmurlarının başlamasına, bağ bozumu veya

[1214] Bu durum tıpkı, bir sonraki altbaşlıkta inceleyeceğimiz "muacceliyet ihbarı"na benzemektedir.
[1215] **Cumalıoğlu,** s.88.
[1216] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1010; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1317 ve s.1322-1324.

hasat zamanına) tâbi tutulduğu da görülebilir.[1217] İşbu hâlde "belirsiz vâde" kararlaştırılmış olur. Bu iki vâde türü dışında ayrıksıdır ki özel bir bilgi gerektiren vâkıaya dayalı olarak dahi vâde tâyin edilebilir. Örneğin bir karı kocanın evlilik yıldönümü yahut ortak çocuklarının 18. yaş günü vâde tâyin edilebilir.[1218]

b. Kanun Tarafından Tâyin[1219]

İfa zamanına dair TBK'nın 90 ilâ 95. maddeleri arasında genel nitelikli hükümler bulunmakta olup bunlar kuşkusuz vâdenin kanun tarafından tâyinine yahut tâyin edilmiş bir vâdeden ne anlaşılması gerektiğine dair hükümlerdendir. Bunun yanı sıra vâdenin bizzat kanun hükmüyle tâyin edildiği özel hükümler de mevcuttur.[1220]

[1217] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1010; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1325.

[1218] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1010.

[1219] İşbu altbaşlıkta ifa zamanına dair düzenleyici nitelikli genel hükümlerden yalnızca doktrinel ihtilâfın bulunduklarına değinilmiştir. Bunun dışında ifa zamanı veya kararlaştırılan sürenin son gününün yasalarca tatil olarak nitelendirilen bir güne denk gelmesi durumunda sürenin kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçeceğine dair TBK md.93 hükmü; borcun mutad iş saatlerinde ifa ve kabul edileceğine dair TBK md.94 hükmü ve buna istinaden kararlaştırılan sürenin son günündeki mutad iş saati bitene kadar borcun ifa edilmesi gerektiğine yönelik anlayış; sürenin gün olarak tâyin edildiği hâllerde, sözleşmenin akdedildiği günün sayılmayacağı ve sürenin, son gün dolmuş sayılacağına dair TBK md.92/1 hükmünün 1.bendi gibi kurallar bakımından bir tereddüt mevcut değildir. Kaldı ki hemen aynı kural ve kabuller, HMK md.90-93 hükümleri aralığında ve İİK md.19 hükmünde de geçerli kılınmıştır.

[1220] Satım sözleşmesine dair *"aksine sözleşme yoksa, satılan alıcının zilyetliğine girince satış bedeli muaccel olur."* şeklindeki TBK md.234/1 hükmü; kira sözleşmesine dair *"kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür."* şeklindeki TBK md.314 hükmü; yine kira sözleşmesine dair *"kiracı, sözleşmede aksine bir hüküm veya yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve yan giderleri her kira yılının ve en geç kira süresinin sonunda ödemekle yükümlüdür."* şeklindeki TBK md.362/1 hükmü; ödünç sözleşmesine dair *"ödüncün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi veya borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa ödünç alan, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödüncü geri vermekle yükümlü değildir."* şeklindeki TBK md.392 hükmü; hizmet sözleşmesine dair *"aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir."* şeklindeki TBK md.406/1 hükmü; yine hizmet sözleşmesine dair *"sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur."* şeklindeki TBK md.442/1 hükmü; eser sözleşmesine dair *"işşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur."* şeklindeki TBK md.479 hükmü, TBK'daki vâdenin yahut ifa zamanının doğrudan kanun tarafından tâyin edildiği hâllere örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca ticaret hukukunda da kanun tarafından tâyin edilen vâdelere rastlamak mümkündür. Örnek olarak: Taşıma komisyonculuğu sözleşmesine dair *"eşyanın, taşıyıcıya veya taşıyana teslimi üzerine, komisyoncunun ücreti ödenir."* şeklindeki TTK md.920 hükmü; gemi kira sözleşmesine dair *"kira bedeli, sözleşmede kararlaştırılan zamanda, bu hususta anlaşma yoksa geminin zilyetliğinin sözleşme şartları çerçevesinde kiracıya devredildiği günden başlamak üzere aylık olarak ve peşin ödenir."* şeklindeki TTK md.1128/1 hükmü; yine gemi kira sözleşmesine dair *"kiracı, sözleşme bitiminde gemiyi, teslim aldığı hâliyle geri verir. Kiracı, gemide ve tesisatında, normal bir kullanım tarzı sonucu meydana gelen eksiklik, değişiklik veya aşınmadan sorumlu değildir."* şeklindeki TTK md.1129/1 hükmü; ticarî hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarına dair *"sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit sayılır ve alacaklı faize hak*

Genel düzenlemelerden ilki olan "Aya İlişkin Sürelerde Vade" başlıklı TBK md.91/2 hükmüne göre *"borcun ifası için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın son günü anlaşılır."* Bu hükmün ilk bakışta *"ay olarak ... belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün ayın kaçıncı günü ise, son ayın bunu karşılayan gününde dolmuş olur."* Şeklindeki TBK md.92/1 hükmünün 3.bendiyle çelişir olduğu zannedilebilir.[1221] Fakat doktrinde ifade edildiği üzere TBK md.91/2 hükmü "vâde"ye; TBK md.92/1 hükmünün 3.bendi "süre"ye dair bir yedek hukuk kuralıdır.[1222] Doktrindeki bu görüşe göre TBK md.91/2 hükmü bağlamında düşünüldüğünde sözleşmede ifa zamanı olarak örneğin "temmuz ayı" tâyin edilmişse bundan "31 Temmuz" tarihi anlaşılmalıdır. Ancak sözleşmedeki edimin üç ay sonra yerine getirileceği hususunda mutabık kalınmışsa sözleşmenin kurulduğu ân esas alınmalıdır; örneğin sözleşme ayın dokuzuncu günü akdedilmişse üç ay sonra yine o ayın dokuzuncu günü edimin yerine getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte doktrinde

---

kazanır: a) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda. b) Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda. c) Borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda. d) Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hâllerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda; şu kadar ki, kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşıyor ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir." şeklindeki TTK md.1530/4 hükmü; yine ticarî hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarına dair *"sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz."* şeklindeki TTK md.1530/5 hükmü verilebilir. Ayrıca icra-iflâs hukukunda da kanun tarafından tâyin edilen vâdelere rastlamak mümkündür. Örnek olarak: Alacaklıların hakları üzerine iflâsın tesirlerine dair "*borçlunun gayri taşınır mallarının rehni suretiyle temin edilmiş olan alacaklar müstesna olmak üzere iflâsın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar."* şeklindeki İİK md.195 hükmü; ihtiyati haciz şartlarına dair *"vadesi gelmemiş borçtan dolayı yalnız aşağıdaki hallerde ihtiyati haciz istenebilir: 1-Borçlunun muayyen yerleşim yeri yoksa; 2-Borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadiyle mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunursa; Bu suretle ihtiyati haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder."* şeklindeki İİK md.257/2 hükmü verilebilir. Tüm bunlar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.57 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.77 vd.; **Yüce,** s.196-197; **Cumalıoğlu,** s.88, dn.168.

[1221] **Cumalıoğlu,** s.88.

[1222] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.58; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.78.

farklı bir görüş ise TBK md.92/1 hükmünün 3.bendini aynı adı taşıyan gün olacak şekilde, örneğin çarşamba kurulan bir sözleşmenin, ilgili ayın çarşamba günü ifa edilmesi gerektiği şeklinde anlamlandırmaktadır.[1223] Oysa TBK md.92/1 hükmünün 2.bendi dikkate alındığında günün adının, sadece "hafta esaslı" tâyin edilen ifa zamanı bakımından önemli sayılması gerekir.[1224]

c. Hukukî İlişkinin Özelliği veya İşin Niteliği Gereği Tâyin

TBK md.90 (Art.75 OR) hükmünün açık lafzı gereği vâdenin sadece "hukukî ilişkinin özelliğinden" anlaşılabilmesi de mümkündür. Örneğin vâdeye dair sırf hukukî ilişkinin özelliğinden kaynaklanan ayrıksı bir durum olarak; eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri teslim şeklindeki aslî edim borcu, sözleşmenin akdedilmesi ânında değil; eserin tamamlanması ânında muaccel olur. Zira işin niteliği gereği yükleniciye eseri meydana getirmeye başlaması, tamamlaması ve hemen teslim etmesi için bir sürenin tanınması zorunludur.[1225] Bunun hâricinde işin niteliğinden hareketle tâyin edilecek vâdeye örnek olarak bir orkestra heyeti ile diploma merâsiminde sanatını icra etmesi için yapılan sözleşmede ifa zamanının en yakın ilk yarıyıl mezuniyeti için olduğu, daha sonraki bir yarıyılın ifa zamanı olmadığının anlaşılabilmesi verilebilir.[1226]

d. Dürüstlük Kuralı Gereği Tâyin

TBK md.90 hükmü gereğince borcun doğumu ânında muaccel olacağı[1227] kuralının önemli bir ayrıksı hâli de TMK md.2 (Art.2 ZGB) hükmünden, başka bir deyişle dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Örneğin evindeki mobilya takımını

[1223] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3649.
[1224] Aynı kanaatte bkz. **Cumalıoğlu,** s.89.
[1225] **Aral/Ayrancı,** s.481; **Yavuz/Acar/Özen,** Özel Hükümler, s.562-564; **Tandoğan,** C.II, s.128-129; **Zevkliler/Gökyayla,** s.518; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.375 vd.; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.518 ve s.521 vd.; **Eren,** Borçlar Özel, N.2118; **Öz,** *Özdemir,* s.514; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1123.
[1226] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.802.
[1227] Doktrinde TMK md.90 hükmünde geçen *"...doğumu anında..."* ibaresinin de dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerektiğine önemle işaret edilmektedir, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1004; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.801; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.686; **Eren,** Borçlar Genel, N.2937.

satan ancak bu sırada yurtdışında bir tura katılmış olan kimseden mobilyaları teslim borcunu, satım sözleşmesini kurduğu ânda ifa etmesi dürüstlük kuralı gereği beklenemez. Yine bir kasabın hayvancılıkla uğraşan bir kimseden on beş ton dana eti satın almak için sözleşme akdetmesi durumunda, sözleşmeye konu etlerin hemen teslim edilmesi dürüstlük kuralı gereğince beklenemez; zira hayvancılıkla uğraşan kişinin satım sözleşmesinin kurulması akabinde hayvanları kesmesi, kemiklerini temizlemesi, uygun koşullarda etleri tartması ve paketleyebilmesi için bir süreye sahip olması zorunludur.

Vâdenin tâyininde dürüstlük kuralının fonksiyonu hemen yukarıda değindiğimizden ibaret değildir. Vâdenin doğrudan sözleşmeyle yahut kanun tarafından tâyin edildiği hâllerde de "vâdeye dair ibarelerin" yorumlanmasında yine dürüstlük kuralına başvurulması gerekebilmektedir. Örneğin "uygun zamanda", "fırsat olur olmaz", "en yakın vakitte" benzeri ibarelerle vâdenin tarif edildiği hâllerde TBK'nın yedek hükümlerinde de bunların yorumuna dair bir kural olmadığından doğrudan dürüstlük kuralına başvurulacaktır.[1228] Yine örneğin muacceliyet ihbarında bulunmak suretiyle edim muaccel hâle getirildiğinde de borç esasen hemen talep edilemez, borçluya dürüstlük kuralına göre mâkul, uygun bir süre verilir.[1229]

e. Taraflardan Biri veya Üçüncü Kişi Tarafından Tâyini

Vâdeyi tâyin etme yetkisi, sözleşme taraflarından yalnızca birine bırakılabileceği gibi bir üçüncü kişiye de bırakılabilir. Yetkinin üçüncü kişiye bırakılması ihtimalinde üçüncü kişinin vâdeyi serbest ve keyfî bir biçimde değil; tarafların hukukî çıkarlarını, imkânlarını ve durumlarını dikkate alarak bunlar arasında bir denge kurup hakkaniyete[1230] uygun olarak bir belirlemesi gerekir.[1231] Yetkinin borçluya

[1228] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.803-804.
[1229] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1014.
[1230] **Barlas,** s.30.

bırakılması[1232] ihtimalinde ise bir ayrıma gidilmelidir: İlk olarak; eğer bu yetkiyi kullanmak borçluya borç ilişkisindeki durumu bakımından bir rahatlama imkânı veriyor ve kendine uygun bir zamanda edimi yerine getirebileceği anlamına geliyorsa; borçlu dürüstlük kuralına göre uygun zamanda vâdeyi tâyin etmelidir;[1233] aksi hâlde alacaklı hâkimden vâdeyi tâyin etmesi için talepte bulunabilir.[1234]

İkinci olarak; vâde tamamen borçlunun keyfine bırakılmış, başka bir deyişle borçlunun edimini dilediği zamanda yerine getirebileceği kararlaştırılmış ise zaten artık teknik anlamda bir eksik (tabiî) borç söz konusu olur.[1235] Artık bu durumda borçlu, vâdeyi istediği zaman olarak tâyin edebilir, borçlunun hakkını kötüye kullandığı gibi bir iddia ileri sürülemez.[1236]

Tüm bunların yanı sıra belirtmek gerekir ki bazen borçların sırf kanun hükmü gereğince, alacaklısı tarafından yerine getirilmesi istendiği ânda muacceliyet kazandığına rastlanır. Örneğin taksitli satım sözleşmelerine dair TBK md.259 hükmünde[1237] alacaklının hakkını açıkça saklı tutmuş ve diğer yasal şartların mevcut olması hâlinde taksitleri ödemede borcunda temerrüde düşen alıcıdan henüz muaccel olmasa bile geriye kalan satım bedelinin tümünü tek seferde isteyebileceği öngörülmüştür. Yine bir başka örnek olarak genel saklama sözleşmesine dair TBK

[1231] **Feyzioğlu,** s.111.
[1232] Türk hukukunda pozitif bir dayanağı olmamakla birlikte Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde borçlu dürüstlük kuralı gereğince hakkaniyete uygun şekilde tâyin edeceği bir süre içerisinde muacceliyet ihbarında bulunarak bu yetkisini kullanmalıdır. Aksi durumda alacaklı hâkimden ifa zamanını tâyin etmesi için talepte bulunabilir, bkz. **Barlas,** s.30.
[1233] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.802.
[1234] **Barlas,** s.30.
[1235] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3632; **Feyzioğlu,** s.111; **Barlas,** s.30.
[1236] **Barlas,** s.30.
[1237] TBK md.259 hükmüne göre: *"Alıcı peşinatı ödemede temerrüde düşerse satıcı, sadece peşinatı isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Alıcı taksitleri ödemede temerrüde düşerse satıcı, muaccel olmuş taksitlerin veya geri kalan satış bedelinin tamamının bir defada ödenmesini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Satıcının geri kalan satış bedelinin tamamını isteyebilmesi veya sözleşmeden dönebilmesi, ancak bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına ve alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ya da en son taksidi ödemede temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır. Ancak, satıcının dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, ödenmiş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönemez. Satıcı, satış bedelinin geri kalan kısmının tamamen ödenmesini isteme veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmadan önce, alıcıya en az onbeş günlük bir süre tanımak zorundadır."*

md.564 hükmünde sözleşmede taraflarca bir süre tâyin edilmiş olsa dahi saklayanın, saklatan tarafından her zaman bulunulabilecek talep üzerine, saklamaya konu şeyi tüm çoğalmalarıyla beraber iadeyle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Bunlar hâricinde yine paylı hak sahipliğinin söz konusu olduğu hâllerde ortaklığın giderilmesi talebi, alacaklının ifası imkânsızlaşan edim konusu yerine borçludan kaim değeri *(surrogat)* istemesi, makbuz talebi ve benzeri örnek olarak sayılabilir.[1238]

Bazı durumlarda ise vâdeyi tâyin yetkisi, sözleşme ile alacaklıya verilmiş olabilir. Bu durumda borcun alacaklının ihbarıyla muacceliyet kazanması söz konusudur ki buna "muacceliyet ihbarı" denmektedir.[1239] Alacaklının muacceliyet ihbarında bulunmasıyla artık borç, dürüstlük kuralı gereğince tâyin edilecek mâkul bir sürede yerine getirilmelidir.[1240]

2. Vâdenin Türleri

a. Mutlak ve Nispî Vâde

Mutlak vâde söz konusu olduğunda taraflar, ifa zamanını herkesçe önceden kesin biçimde bilinebilecek bir zaman yani muayyen bir takvim tarihi biçiminde tâyin ederler. Örneğin sözleşme taraflarından olan (A) şirketinin kuruluşunun dördüncü yıl dönümü gününde veya 3 Mayıs 2025 tarihinde ya da sözleşmenin akdedilmesinden beş hafta sonra ifanın gerçekleştirileceği kararlaştırılmışsa mutlak vâde söz konusu olur. Nispî vâdede ise bu denli bir netlik mevcut değildir. Öyle ki vâde, gelecekte vuku bulacağı kesin olan ancak tarihsel bakımından bunun ne zaman olacağı belli olmayan bir olaya tâbi kılınmıştır. Örneğin ev için satın alınan kombi montajının taşınmadan bir hafta sonra yapılacağının kararlaştırılması veya bir kimsenin cenaze merâsiminin

[1238] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.56-57; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.75. Anılan yazarlar bu durumları "muacceliyet öncesinde, muacceliyet belirleyici istem" olarak yahut "öncelenmiş istem", "alıkonmuş istem *(Verhältener Anspruch)"* olarak adlandırmaktadırlar.
[1239] **Feyzioğlu,** s.110.
[1240] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1014; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.801; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.688.

düzenlenmesi konusunda akdedilen sözleşmede ifa zamanının ölümden üç gün sonrası olarak kararlaştırılması yahut hasat zamanı veya bağ bozumu borcun ifa edileceğinde mutabık kalınması ya da yük gemisinin limandan ayrılmasından dört saat sonra limanın temizlenmesi konusunda yapılan sözleşmelerde hep nispî vâde mevcuttur.[1241] Hatta TBK md.290 (Art.245 OR) hükmü gereğince yapılan ölüme bağlı bağışlamalarda da nispî vâde söz konusudur.[1242]

b. Olağan, Belirli ve Kesin Vâde

Tercih ettiğimiz bir başka vâde ayrımında "olağan vâde", "belirli vâde" ve "kesin vâde"den söz etmek mümkündür.[1243]

aa. Olağan Vâde

Borçlunun edimin ifasını ne zaman gerçekleştirmesi gerektiği takvimsel bir tarih biçiminde tam olarak bilinememekteyse olağan vâde mevcuttur.[1244] Örneğin Kırkikindi yağışları başladığında, yöredeki hava 30°C'yi geçtiğinde, (A) isimli gemi borçlunun yerleşim yerindeki limana yanaştığında, yurtdışından sipariş edilen ürünler gümrüğe geldiğinde gibi kararlaştırmalarda olağan vâde söz konusudur. Esasen olağan vâde, TBK md.117 (Art.102 OR) hükmüyle ve borçlu temerrüdünün oluşumuyla sıkı bir ilişki içerisindedir. Zira olağan vâdenin gelmesine rağmen borçlu, edimin ifasını gerçekleştirmezse kendiliğinden mütemerrit olmaz; TBK md.117/1 hükmündeki *"muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer"* kuralı gereğince olağan vâde geçtiğinde alacaklının borçluya bir ihtarda bulunması zorunludur.

[1241] **von Tuhr,** s.506-507.
[1242] **Öztan, Bilge:** Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 13.B, Ankara 2023, s.169-170.
[1243] İşbu altbaşlıkta tercih ettiğimiz tasnife dair doktrinde bir fikir birliği mevcut değildir. Zira doktrindeki bir görüş vâdeyi "kesin" ve "kesin olmayan" şeklinde ikiye ayırır; bunlardan kesin olmayan vâdeyi de kendi içerisinde "belli" ve "belirlenebilir" şeklinde ikiye ayırır, bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.699. Yine doktrindeki bir başka görüş "son günü belli vâde (objektif kesin vâde, sübjektif kesin vâde, doğrudan belirli vâde, dolaylı belirli vâde, belirlenebilir vâde)" ve "son günü belirsiz vâde" şeklinde ikili bir ayrımı tercih eder, bkz. **Yüce,** s.65 vd.
[1244] **Cumalıoğlu,** s.92.

Doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre, olağan vâdenin kararlaştırıldığı bir sözleşmede edim muaccel hâle gelmişse bile alacaklı tarafından ifası henüz istenmemişse temerrüt gerçekleşmiş sayılmayacağından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşebileceği düşünülebilir. Fakat yazar, olağan vâdenin gelmesinden sonra alacaklının artık dilediği ânda edimin ifasını talep edebileceğinden dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın pratikte bir önem arz etmeyeceğini de belirtmektedir. Bu aşamada borçlu borcunu yerine getirmeyeceğini beyan ederse de alacaklının ek süre (mehil) tâyin etmeksizin sözleşmeden dönebilmesi mümkündür.[1245] Ancak kanaatimizce olağan vâde geldiğinde alacaklı bir ihtar düzenleyerek edimin ifasını talep etmemişse elbette borçlu temerrüde düşmez fakat bu zaman aralığında borçlu edimini ifa etmeyeceğini beyan etse bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gerçekleşemez. Zira edim, olağan vâde geldiğinde muaccel olmuştur; artık alacaklının ihtar düzenleyip düzenlememesi, muacceliyeti ilgilendiren bir husus değildir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği safha, daha önce çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere, "henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki" bir zaman dilimidir. Olağan vâde gelmişse, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez. Böyle bir ihtimalde alacaklının başvurabileceği tek yol, bir ihtar düzenleyerek borçluyu temerrüde düşürmek ve kendisine tanınan seçimlik hakları kullanmaktır. Alacaklı, olağan vâde geldikten yani edim muaccel olduktan sonra henüz ihtar düzenlememişken borçlunun, edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde beyan etmesi akla "öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı" getirmemelidir. Bu durumda akla gelmesi gereken müessese, "ihtarın dürüstlük kuralı gereği gereksiz olması" olarak tabir edilen ve ayrıksı olarak ihtarsız borçlu temerrüdünü sağlayan hâldir.[1246]

[1245] **Cumalıoğlu,** s.93. Kanaatimizce yazar bu tespitini "Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar" madde başlıklı TBK md.124/1 hükmüne dayandırmaktadır.
[1246] Detaylı açıklamalar için bkz. **Sivrikaya,** s.145 vd.

bb. Belirli Vâde

Olağan vâdeden farklı olarak, "belirli vâde" ve hemen bir sonraki altbaşlıkta inceleyeceğimiz "kesin vâde" hâllerinde vâde, takvim esas alınarak hesaplanabilmektedir. Belirli vâdenin gelmesiyle birlikte hem edim muaccel hâle gelir hem de TBK md.117/2 hükmü gereğince alacaklının ayrıca bir ihtar düzenlemesine lüzum olmaksızın borçlu temerrüde düşer.[1247] Örneğin edimin sözleşmenin kurulmasından sonraki ilk dolunayda ifa edileceği kararlaştırılmışsa belirli vâde söz konusu olur.[1248] Yine bir başka örnek olarak yüklenici ve işsahibinin eser sözleşmesinde beraberce istenilen konutun 03.05.2025 tarihinde teslim edileceği hususunda mutabık olması hâlinde belirli vâde mevcuttur.[1249] Doktrinde verilen ve kanaatimizce önem arz eden bir örnek ise şöyledir: Vâde, "çocuğun okulu kapandığında" biçiminde tâyin edilmişken çocuk borçluya aitse herhangi bir sorun yoktur; zira borçlu vâdeyi anlayabilecek, yani çocuğunun okulunun ne zaman kapandığını her türlü tereddütten uzak olarak bilebilecek durumdadır. Ancak çocuk alacaklıya aitse borçlunun bir başkasının çocuğunun okulunun ne zaman kapandığını her türlü tereddütten uzak olarak bilebilmesi çoğu kez mümkün olmayacağından, alacaklının okulun kapanacağı tarihi mâkul bir süre öncesinde borçluya bir şekilde bildirmesi gereklidir; yoksa borçlu vâde geldiğinde temerrüde düşse dahi temerrüdün bütün sonuçlarından mesul sayılamaz.[1250]

[1247] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.8; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.8; **Sivrikaya,** s.121 vd.

[1248] **Cumalıoğlu,** s.93.

[1249] Bu örnekle bağlantılı olarak aktarmak gerekir ki "inşaat ruhsatının alınmasından üç yıl sonra" biçiminde tâyin edilen vâde, doktrinde "belirlenebilir vâde" olarak adlandırılmaktadır, bkz. **Yüce,** s.119 vd. Ancak doktrinde başka yazarlar ve bazı Yargıtay kararları bu hâlde belirsiz vâdenin söz konusu olduğunu da ifade etmektedirler, bunlar için bkz. **Yüce,** s.122-123.

[1250] Doktrinde örneği veren Yüce, bu vâdeyi "sübjektif esasa dayalı dolaylı belirli vâde" şeklinde adlandırmaktadır, bkz. **Yüce,** s.108-112.

cc. Kesin Vâde

Kesin vâde *(Fixgeschäft)* ise esasen belirli vâdenin mevsuf (nitelikli) bir görünümü olarak adlandırılabilir.[1251] Kesin vâde ihtivâ eden bir sözleşmede taraflar, ifa zamanına büyük bir ehemmiyet atfetmişler, tâyin ettikleri zamanı ifanın yapılabileceği yegane ân olarak düşünmüşler ve böylece vâdeyi, âdeta sözleşmenin olmazsa olmaz bir unsuru olarak ele almışlardır.[1252] Keza bu sebeple kesin vâde ihtivâ eden bir sözleşme söz konusuysa edimin ifası ya tam olarak tâyin edilen tarihte yahut en geç bu âna kadar gerçekleştirilmelidir; aksi takdirde edimin ifası artık alacaklı açısından bir anlam taşımaz ve borçlu ihtara bile lüzum olmaksızın mütemerrit olur. Bu nitelikleri ön plâna çıkan kesin vâde de kendi içerisinde "sübjektif (nispî) kesin vâde" ve "objektif (mutlak) kesin vâde" olarak tasnif edilmektedir. Öyle ki sözleşmede taraflar, ifanın en geç 03.05.2025 tarihinde gerçekleştirileceğini kararlaştırmışlarsa sübjektif (nispî) kesin vâde söz konusu olur. Bu hâlde vâde geldiğinde borç muaccel olur, artık alacaklının ihtar düzenlemesine lüzum olmaksızın borçlu temerrüde düşer ve karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşme söz konusuysa alacaklı TBK md.124/3 (Art.108 Abs.3 OR) hükmü gereğince borçluya bir ek süre (mehil) dahi tâyin etmeksizin TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmündeki seçimlik haklarına başvurabilir.[1253] Önemle belirtmek gerekir ki sübjektif (nispî) kesin vâde gelmesine rağmen edimin ifa edilmemesi borçlu temerrüdüne yol açar, zira ifa imkânsızlaşmamıştır. Ayrıca TBK md.212/2 (Art.190 Abs.1 OR) hükmü[1254] nedeniyle belirli vâdeli ticarî satımlarda temerrüdün sonuçları itibariyle ortada sübjektif (nispî) kesin vâde varmış gibi kabul

---

[1251] Bkz. **Cumalıoğlu,** s.93.

[1252] **Keskin,** s.214; **Kurt,** İmkânsızlık, s.144; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.645; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.697-698.

[1253] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.8; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.8; **Sivrikaya,** s.126-127; **Görmez,** s.284; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.919; **Tümerdem,** s.140; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.682; **Eren,** Borçlar Genel, s.1256 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1727 vd.; **von Tuhr,** s.623-625; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4618 vd.

[1254] Belirli vâdeli ticarî satımlar bakımından son derece önem arz eden TBK md.212/2 hükmüne göre: *"Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir."*

edilir; tek fark olarak bu tür ticarî satımlarda alacaklının TBK md.125 hükmündeki seçimlik haklarından karine olarak aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı istediği varsayımı değişir, bunun yerine aynen ifadan vazgeçip edimin ifa edilmemesinden doğan zararlarının giderilmesini, yani müspet zarar tazminatı istediği varsayılır.[1255]

Kesin vâdenin bir diğer görünümü ise objektif (mutlak) kesin vâdedir. Objektif (mutlak) kesin vâde ihtivâ eden sözleşmelerde alacaklının sözleşmeyle ulaşmayı umduğu menfaatler ve dolayısıyla sözleşmenin maksadı edimin tam zamanında yerine getirilmesine bağlıdır.[1256] Bu türden vâde söz konusu olduğunda ifa etmemenin, borçlu temerrüdüne mi yoksa ifa imkânsızlığına mı yol açacağı hususu doktrinde ihtilâflıdır. Objektif (mutlak) kesin vâdeye aykırılığın borçlu temerrüdüne değil de ifa imkânsızlığına yol açacağını savunan görüşe göre bu tür vâdede zaman, taraflar için öylesine önemlidir ki artık edimin ayrılmaz bir unsuru hâline gelmiştir ve gecikmiş edimin ifası mümkün değildir. Objektif (mutlak) kesin vâdeyi ihtivâ eden sözleşmedeki geçici imkânsızlıklar bile tam, sürekli ve kesin bir imkânsızlık sayılır.[1257] Örneğin; üniversitenin mezuniyet merâsimi için bir tabldot yemek şirketi ile sözleşme akdedildiğinde, evlilik merâsimi için fotoğrafçı çağrıldığında yahut belirli saatte kalkacak trene yetişebilmek amacıyla bir taksi çağrıldığında, doğum günü için pasta veya nikâh günü için çiçek buketi ya da cenaze merâsimi için çelenk sipariş edildiğinde

---

[1255] Durumun pratiğine işaret eden bir Yargıtay kararına göre: *"Taraflar arasındaki sözleşme ile eki teklifte, teslim tarihi kesin olarak belirlenmiştir. Temerrüt için ayrıca ihtar gerektiğine dair sözleşmede bir hüküm de bulunmamasına göre ticari işlerde teslim süresinin geçmesiyle temerrüt gerçekleşir. TTK'nın 19. ve BK'nın 212'ye uyan kesin vadeli ticari satış işlemlerinde BK'nın 124 b.3'deki şartların gerçekleşmesi aranmayacaktır. ...., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İst. 2014, s.101) Mahkemece bu kabulün aksine BK'nın 117. maddesi yanlış yorumlanarak temerrüt için ayrıca ihtar aranması doğru değildir. Her ne kadar teslim süresi 6 ay olan 1. sıradaki sipariş ile ilgili süre, fesih tarihinde henüz dolmamışsa da, ticari satımda alıcı kısmi ifayı kabule zorlanamayacağından Mahkemece bu hususlar nazara alınarak davalının sözleşmeyi feshetmesinde haklı olduğunun kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşünce ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir."* **[Yargıtay 23.HD, E.2015/5981, K.2016/5294, T.06.12.2016,** www.legalbank.net].

[1256] **Keskin,** s.216; **Kurt,** İmkânsızlık, s.144; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.698.

[1257] **Barlas,** s.15; **Yüce,** s.74 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.59; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.79-80; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.204 ve s.212-213; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1488; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.398; **Eren,** Borçlar Genel, N.3262; **Dural, Mustafa:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.98 ve s.104.

bunların geç kalması işin niteliği gereği objektif (mutlak) kesin vâdenin kaçırıldığı anlamına gelir ve örneklerden anlaşılacağı üzere edimin ifası artık imkânsızlaşır.[1258] Bu örnekler üzerinden hareketle söylenebilir ki vâdesinden sonra ifa edilen edim -zaman edimin esaslı bir unsuru olarak düşünüldüğünden- artık taahhüt edilenden çok başka bir edime dönüştüğünden "aliud (yanlış) ifadan" bile söz etmek mümkündür.[1259] Nitekim bu sebeplerle objektif (mutlak) kesin vâdeye tâbi kılınmış bir borç söz konusu olduğunda vâdenin kaçırılması gerek edimin ifa edilebilirliğini gerekse de alacaklının edimi talep edebilirliğini ortadan kaldırdığından dolayı edimin vaktinde ifa edilmemesi, borçlu temerrüdü hükümlerine değil; ifa imkânsızlığı hükümlerine başvurulmasını gerekli kılar.[1260] Bununla birlikte edimin yerine getirilmesi hâlen olanaklı ise örneğin beş haftaya yayılan bir kursta hocanın bir derse girememesi ve bunun için bir başka gün telâfî amacıyla ders yapılabilmesi hâlen mümkünse[1261] ifa imkânsızlığı söz konusu olmayacağı için sübjektif (nispî) kesin vâdenin kaçırıldığı kabul edilerek alacaklı, borçlu temerrüdüne dair TBK md.125 hükmündeki seçimlik haklarına başvurabilecektir.[1262] Andığımız görüşe göre; sübjektif (nispî) kesin vâde ihtivâ eden sözleşmelerdeki vâde, objektif (mutlak) kesin vâde ihtivâ eden sözleşmelerde olduğu kadar ciddî bir ağırlığı hâiz değildir.[1263] Zira bu hâlde taraflarca tâyin edilen ifa zamanı,

---

[1258] Örnekler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.10; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.10; **Yüce,** s.72-74 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.698; **Keskin,** s.216; **Ozanemre Yayla,** s.479; **Yıldırım,** s.286.

[1259] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.55; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.72.

[1260] **Keskin,** s.218; **Kurt,** İmkânsızlık, s.49, dn.54; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.645 ve s.682. Keza aynı fikirde olarak **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.398-399; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.231; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.698; **Önen,** 38; **Doğan, Öykü:** Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Para Borçlarında Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları, 1.B, İstanbul 2019, s.29-30.

[1261] **Yüce,** s.79.

[1262] Bu konuda bir Yargıtay kararına göre: *"…Yukarıdaki açıklamalar ve sözleşmeler birlikte değerlendirildiğinde, ortada iki ayrı edimin söz konusu olduğu, davacının sözleşmede belirlenen bedeller dışında davalı Selahattin ve dolayısıyla şirkete ödemelerde bulunduğu, bu bedeller toplamının sadece üyelik payına ait olmayıp, davacının kooperatif aracılığı ile konutun yapımı için gerekli olan pay karşılığını da kapsadığı, üyelik devri tamamlanmış ise de şirketin yüklendiği inşaat bitirme işinin imkansız hale geldiği sonucuna varılmaktadır. Yüklenicinin edimini belirlenen günde ifa etmemesi hali ile (Bk. 101/2) ifanın imkansız hale geldiği hallerde (Bk. 107) ayrıca bir ihtara hacet kalmaksızın borçlu mütemerrit duruma düşer. Ayrıca bir mehil (önel) tayinine gerek kalmaz. Alacaklı BK. 106/sondaki hakkını kullanarak akdi feshederek BK.108. maddesinin ilk fıkrası gereğince vaad olunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir…"* **[Yargıtay HGK, E.1998/19-835, K.1998/840, T.25.11.1998,** www.legalbank.net].

[1263] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.55; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.682;

edimin esaslı bir ögesi olarak ele alınmamış, yalnızca edimin ifa modalitelerinden biri olarak düşünülmüştür; zaten bu nedenledir ki edimin ifa zamanı geçtikten sonra bile ifa edilmesi olanaklıdır ancak taraflar baştan anlaşarak bunu engellemeyi arzulamaktadırlar.[1264] Dolayısıyla sübjektif (nispî) kesin vâdeye tâbi kılınmış bir edim, borçlu tarafından vâdesinde ifa edilmemişse ifa imkânsızlığı değil, borçlu temerrüdünden söz edilmektedir. Bu noktada sübjektif (nispî) kesin vâdeye tâbi kılınmış bir edim, vaktinde ifa edilmemişse hâlihazırda bir kesin vâdeye aykırılık söz konusu olduğundan ötürü alacaklı, ihtar düzenlemeye lüzum olmaksızın borçluyu mütemerrit kılabilir. Dahası, karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşme söz konusuysa alacaklı, TBK md.124/3 hükmüne istinaden ek süre (mehil) tâyin etmeden de müteakip maddedeki seçimlik haklara gidebilecektir.[1265]

Doktrindeki farklı bir görüş ise kesin vâde söz konusu olduğunda bunu objektif (mutlak) ve sübjektif (nispî) olarak tasnif etmekte haklı bir gerekçenin olmadığını; çünkü kesin vâdeli sözleşmelerin doğuracağı sonuçlar açısından bir farklılık göstermeyeceğini savunur. Kesin vâde ihtivâ eden bir sözleşmedeki edim, vâdesinde yerine getirilmediğinde alacaklının sözleşmeyle ümit ettiği maksat gerçekleşmeyecekse dahi alacaklı hâlen edimi talep ve kabul etmeye ehildir. Başka bir deyişle edimin ifa edilebilirliği, borçlunun değil; doğrudan doğruya hâlen alacaklının iradesine tâbidir. Kesin vâde ihtivâ eden bir sözleşmede edimin yerine getirilmesinde gecikilmiş olsa dahi alacaklı bu edimi kabul edip etmemek hususunda özgürdür. Sonuç olarak objektif (mutlak) veya sübjektif (nispî) kesin vâde ayrımına gidilmeksizin edimi yerine

---

Serozan/Baysal/Sanlı, s.72.

[1264] **Gümüş,** Borçlar Genel, s.697; **Kılıç Öztürk, Gizem:** Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, 1.B, Ankara 2016, s.36-37.

[1265] **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.682; **Kılıç Öztürk,** s.37; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.698; **Yıldırım,** s.286; **Ozanemre Yayla,** s.479.

getirmekte geciken borçluya karşı temerrüt hükümleri işletilebilir; çünkü her iki hâlde de dar ve teknik manada bir ifa imkânsızlığından söz edilemez.[1266]

Nihayetinde doktrinde edimin geç yerine getirilmesinin, objektif (mutlak) kesin vâdeli sözleşmelerde ifa imkânsızlığına; sübjektif (nispî) kesin vâdeli sözleşmelerde ise borçlu temerrüdüne sebebiyet verdiği şeklindeki görüş üzerinde bir ittifak sağlanamamıştır.[1267] Nitekim anılan görüş isabetli olarak bazı eleştirilere mâruz kalmıştır: Objektif (mutlak) kesin vâdeli sözleşmelerde vâde kaçırılsa bile edimin ifası, dar ve teknik manada imkânsız değildir. Örneğin nikâh töreni için sipariş edilen pastayı vâdesine yetiştiremeyen pastacının, artık sözleşmeye konu pastayı üretmesi, teknik açıdan imkânsız değildir, yalnızca vâdeden sonra pastanın alacaklıya tesliminde kendisinin hukukî bir yararı kalmamıştır. Keza bu durumda TBK md.125 hükmü alacaklıya, aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl beyan ederek gerek edimin ifa edilmemesinden doğan zararlarının, yani müspet zararının tazminini isteme gerekse de sözleşmeden dönme ve menfî zararının tazminini isteme hakları tanımıştır. Ayrıca kesin vâde objektif (mutlak) ve sübjektif (nispî) olarak tasnif edildiğinde aynı vâkıada bile ifa imkânsızlığı hükümlerinin mi yoksa borçlu temerrüdü hükümlerinin mi tatbik edilmesi gerektiği konusunda çelişkiler ortaya çıkabilir. Hemen yukarıda verdiğimiz örnek bakımından, nikâh töreni için pasta sipariş etmek isteyen kimse, sipariş oluştururken pastacıya nikâh töreninden hiç bahsetmeden pastanın 3 Mayıs 2025 tarihinde akşam saat 19.30'da teslim edilmesini talep ettiğinde sübjektif (nispî) kesin vâde tâyin edilmiş olur. Fakat pastanın "nikâh töreni için" 3 Mayıs 2025 tarihinde akşam saat 19.30'da teslim edilmesi talep edilseydi objektif (mutlak) kesin vâde tâyin edilmiş olacaktı. Bu örnekten anlaşılan odur ki kesin vâdenin objektif (mutlak) ve sübjektif (nispî) olarak tasnif edilmesi durumunda; aynı vâkıa, aynı taraflar ve aynı edim için sırf alacaklının

[1266] **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.788-790. Bu hâlin Alman hukuk sisteminde *"beklenmezlik"* hâli olarak ifade edilmesiyle ilgili açıklamalar için bkz. ve karş. **Gümüş,** Borçlar Genel, s.698.
[1267] **Keskin,** s.220; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.698-699.

sözleşmeyi akdederken zihninden geçirdiği sebep (sâik, *juris causa)*, borçlunun sorumluluğu bakımından tatbik edilecek hükümleri önemli biçimde etkilemektedir. Oysa borçlar hukukunun genel bir prensibidir ki hukukî işlemlerde "sâik", kural olarak ehemmiyet arz etmez. Kanaatimizce de isabetli olarak objektif (mutlak) ve sübjektif (nispî) vâde ayrımına gidilmeksizin kesin vâde ihtivâ eden bir edim söz konusu olduğunda ve borçlu edimi vâdesinde ifa etmediğinde, TBK md.124/3 hükmü gereğince ihtar düzenleme prosedürü ile zaman kaybedilmeksizin borçlunun mütemerrit kılınabilmesi ve ardından TBK md.125 hükmündeki pek çok seçimlik hakkın var olması sebebiyle alacaklı gerçekten de yeterli hukukî himâye görmektedir.[1268]

3. Vâdenin Tecili (Erteleme Sözleşmesi)

Sözleşme veya kanun tarafından tâyin edilmiş yahut hukuk ilişkinin özelliği veya işin niteliği ya da dürüstlük kuralı gereğince belirlenebilen vâde olsun, her tür vâdenin sonradan bir erteleme sözleşmesi ile değiştirilebilmesi mümkündür.[1269] Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülmemiş olmasına karşın TBK md.26 (Art.19 OR) hükmünden çıkarılan sözleşme serbestîsi prensibi gereğince taraflar, ifa zamanını kendi aralarında özgürce tâyin edebildikleri gibi "muacceliyeti" yahut "vâdeyi" de tecil etme yani erteleyebilme olanağına sahiptir.[1270] Buna doktrinde "ifa zamanını uzatma sözleşmesi *(Stundungsvertrag)*" adı verilir.[1271] İlk ihtimal; sözleşmenin akdedilmesinden sonra ancak edimin henüz muaccel hâle gelmesinden önceki zaman diliminde taraflar bir sözleşme yaparak muacceliyet ânını erteleyebilirler.[1272] İkinci ihtimal ise edimin muaccel hâle gelmesinden sonra dahi taraflar bir sözleşme yaparak

[1268] Aynı yönde bkz. ve karş. **Kılıç Öztürk,** s.37-38.
[1269] **Öz, Kerem:** Tadil Sözleşmesi, 1.B, İstanbul 2016, s.154 vd.
[1270] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1006-1007; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.69; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.705.
[1271] **Eren,** Borçlar Genel, s.1079. Doktrinde ayrıca "erteleme veya tecil anlaşması *(Fristverlängerung)*" tabirinin kullanıldığı da görülmektedir, bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3675. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki TBK md.95 hükmünde sürenin uzatılabileceği açık olarak hükme bağlanmış olsa da TBK'da başlı başına bir "uzatma sözleşmesi" düzenlenmiş değildir.
[1272] **Gümüş,** Borçlar Genel, s.705; **Yıldız,** s.10.

ifa zamanını erteleyebilirler.[1273] Muacceliyetin ötelenmesi anlamına gelen ilk ihtimalde alacaklı, uzama süresi dâhilindeyken borcun ifasını artık isteyemez; başka bir deyişle alacaklı yeni muacceliyet anına dek beklemez mecburiyetindedir. Esasen bu bakımdan alacaklı, borcu talep etme hakkından bir süreliğine feragat etmiş gibi değerlendirilebilir.[1274] Kaldı ki alacaklı, uzama süresi dâhilinde borcun yerine getirilmesini talep etse bile borçlu, erteleme süresini bir "itiraz" sebebi olarak ileri sürme imkânına sahip olup hâkim de bunu re'sen dikkate alacaktır.[1275] Çünkü taraflarca kararlaştırılan bir uzatma, hukukî tavsifi itibariyle def'i değil, teknik manasıyla bir itiraz sayılır.[1276] Öyle ki uzatma sözleşmesi sonucunda alacaklının borcun ifasını isteyebilme hakkını geçici süreliğine elinden alan bir maddî vâkıa meydana gelmiştir.[1277]

Alacaklı, uzama müddeti boyunca alacağını isteme hakkından geçici de olsa feragat ettiği için alacağı üzerinde mutlaka tasarruf yetkisini hâiz olmalıdır.[1278] Ayrıca uzatma sözleşmesiyle "muacceliyet anı" değiştirildiğinden dolayı aslında borç konusunun yani taahhüt edilen edimin içeriği de değişmiş olacağı için uzatma sözleşmesinin geçerliliği bakımından -diğer tüm sözleşmelerde olduğu üzere- tarafların tam fiil ehliyetli olması ve karşılıklı olarak açıklanmış iradelerin birbirine uygun olması zorunludur.[1279]

Uzatma sözleşmesi, kural olarak, herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir.[1280] Fakat TBK md.13 (Art.12 OR) hükmünde *"kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur."* denildiği için asıl sözleşme, yazılı geçerlilik şartına tâbi ise muacceliyeti yahut muacceliyet sonrası

[1273] **Barlas,** s.32; **Eren,** Borçlar Genel, N.2950; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.705; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.69.
[1274] **Eren,** Borçlar Genel, N.2950; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.706.
[1275] **Barlas,** s.32-33; **Eren,** Borçlar Genel, N.2952; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.706-707; **Yıldız,** s.12.
[1276] **Eren,** Borçlar Genel, N.2952.
[1277] **Eren,** Borçlar Genel, N.2952; **Yıldız,** s.12; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.706-707.
[1278] **Öz,** Tadil, s.154; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.705-706; **Yıldız,** s.10.
[1279] **Eren,** Borçlar Genel, N.2951; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.705-706; **Öz,** Tadil, s.154.
[1280] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.804; **Eren,** Borçlar Genel, N.2950; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1006; **Arsebük,** s.706; **Barlas,** s.32; **Feyzioğlu,** s.116; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.686.

süreçteki ifa zamanını erteleyen uzatma sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması gerekir.[1281] Ancak doktrindeki bir görüşe göre uzatma sözleşmesi ile asıl sözleşme şartlarının borçlu aleyhine ağırlaştırılmadığı, aksine muacceliyet ânının yahut ifa zamanının ötelenmesi borçlunun lehine olduğu için TBK md.13 hükmünün uygulanması gerekli olmayıp, uzatma sözleşmeleri serbest şekilde akdedilebilmelidir.[1282]

Nihayetinde belirtelim ki uzatma sözleşmesi, borçlunun mütemerrit olmasından sonraki bir süreçte akdedilmişse, temerrüt durumu sona erer.[1283] Fakat o âna değin temerrüt nedeniyle meydana gelen hüküm ve sonuçlar (örneğin temerrüt faizi vb.) saklı kalır. Uzatma sözleşmesindeki öteleme süresi dolduğunda ise temerrüt yeniden başlar.[1284] Temerrüt faizinin bilhassa ortadan kaldırılabilmesi amacıyla tarafların bu konuda açıkça anlaşmış olmaları gereklidir.[1285]

Yukarıda değinilen hangi türden olursa olsun ortada bir vâde söz konusuysa, sözleşmenin ifası vâdeye tâbi tutulmuşsa ve dolayısıyla edimin muacceliyeti ötelenmişse artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tanımı gereği muhtaç olduğu, meydana gelebileceği zaman aralığı da mevcuttur.

C. İhbarla Muaccel Hâle Gelen Borç

Taraflar, borcun kendilerinden birinin yahut bir üçüncü kimsenin yapacağı "ihbar"a bağlı olarak muaccel hâle geleceğini sözleşmede öngörebilirler.[1286] Bu durum

---

[1281] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1006; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.153; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.69; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.706; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3676.
[1282] **Yıldız,** s.10-11; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.69; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.706.
[1283] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.687; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1007; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.69; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.706; **Yıldız,** s.12.
[1284] **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.69; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.706; **Yıldız,** s.12.
[1285] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1007; **Eren,** Borçlar Genel, N.2954.
[1286] Doktrinde Yüce bu durumu, TBK md.117/2 hükmünün sistematiğine de uygun olarak vâdeden ayrı bir müessese olarak görmüş ve *"İfa Zamanının Muacceliyet Bildirimine Bağlanması"* ifadesiyle ayrı bir başlıkta incelemiştir, bkz. **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1328. Keza doktrinde Sivrikaya bu durumu, *"Özellikle Saklı Tutulan ve Usulüne Uygun Bir Bildirimle (Muacceliyet İhbarı Hakkıyla) Vadenin Tespiti"* olarak yine vâdeden ayrı değerlendirmiş ve ayrı bir başlıkta incelemiştir, bkz.

doktrinde "muacceliyet ihbarı hakkı" olarak anılır ve kanaatimizce "vâde"den ayrı bir müesseseye işaret eder. Muacceliyet ihbarı hakkı tanınmış olması sadece muacceliyet ânının tâyin edilmesinin daha sonraya bırakılması anlamına gelir,[1287] ayrıca sözleşmenin kurulmasını, geçerliliğini veya borcun doğumunu ilgilendirmez. Anlaşıldığı üzere bir borcun muacceliyet ihbarıyla muaccel hâle geleceği kararlaştırılmışsa, tıpkı vâdede olduğu gibi, sözleşmenin kurulması ile muacceliyetin gerçekleşmesi arasında bir süre, zaman dilimi mevcut olacaktır. İşte bu süre veya zaman dilimi dâhilinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir.

D. Uzun Süreli Sözleşmelerde Özel Koşullar

"Uzun süreli sözleşmeler" mefhûmu altında, edim ve karşı-edimin karşılıklı mübâdelesinin tek seferde ve belirli bir ânda gerçekleşmediği, bilakis daha uzun bir zaman dilimine yayıldığı sözleşmeler toplanmaktadır. Bu sözleşmeler, Alman hukukundaki tasnife de paralel olarak, içerikleri itibariyle iki kategoriye ayrılabilir: Art arda teslimli sözleşmeler ve sürekli edimli sözleşmeler.

Bu bağlamda şu problem ortaya çıkmaktadır: Böyle bir sözleşmenin henüz muacceliyet kazanmamış kısmî edimler bakımından sona erdirilebilmesi için, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bu türden edimler bakımından meydana geldiğinin söylenebilmesi için müessesenin genel koşulları hâricinde birtakım özel koşullara da gerek var mıdır? İşte bu altbaşlıkta bu problem yanıtlanacaktır.

1. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde

İfanın ardı ardına gerçekleştirileceği sözleşmelerin karakteristik ve ayırt edici niteliği, borçlunun ifaya yönelik hareketlerinin aralıklı (fasılalı) biçimde tekrarlanması

Sivrikaya, s.138. Bu görüşlerin aksine Oğuzman ve Öz ise, bu müesseseyi vâdeden ayırmamış ve taraflardan birine vâdenin saptanması imkânı tanınabileceğinden söz ederek, bu imkânın kullanıma dair beyanı da *"muacceliyet ihbarı (güncellik bildirimi)"* kavramıyla nitelendirmiştir, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1012 vd.

[1287] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1329.

ve nihayetinde hareketlerin tamamlanmasıyla birlikte ifanın da gerçekleştirilmiş olmasıdır.[1288] Başka bir deyişle art arda teslimli sözleşmeler, zaman içerisine yayılmış ve karşılıklı edimler ihtivâ eden sözleşmelerdendir. Toplam edim miktarı, çoğu kere, sözleşmenin kurulması sırasında belirlenir; ancak edimlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesi uzun bir zaman dilimi boyunca âdeta "taksitler" hâlinde gerçekleşir. Nitekim bu türden sözleşmelere örnek olarak taksitli satım sözleşmesi veya kısım kısım eser teslimine ilişkin sözleşme verilebilir.[1289]

Esasen art arda teslimli sözleşmelerde borçlunun dönemsel (periyodik) ifa hareketleri, bir sürece yayılmaktadır fakat her tek bir hareket, yani her bir edimin yerine getirilmesi âni şekilde olmaktadır.[1290] Nitekim söz konusu iki özelliği de bir arada ihtivâ ettiğinden ötürü art arda ifalı sözleşmelerin "edim" perspektifinden ele alınan hukukî niteliği itibariyle "sürekli borç ilişkisi" olarak düşünülüp düşünülemeyeceği doktrinde ihtilâflıdır.[1291]

İşaret ettiğimiz tartışmaya kısaca değinmek gerekirse doktrindeki bir görüş, sözleşme gereği art arda yerine getirilecek edimlerin kapsamının baştan itibaren belli olup olmadığı hususunu ele almaktadır.[1292] Nitekim *Kuntalp,* sözleşmede bütün edimlerin kapsamı baştan belirtilmişse bunun âni edimli bir sözleşme sayılacağını; ancak baştan bu şekilde bir belirlemeye gidilmediyse sözleşmenin sürekli borç ilişkisi özelliği taşıdığını ifade eder.[1293] Benzer şekilde düşünen *Seliçi,* toplam edimin kapsamının sözleşme kurulurken, yani baştan itibaren belirlendiği sözleşmelerde edimin miktarı zamana bağlı biçimde artış göstermemekle beraber alacaklının, borçlunun periyodik olarak tekrarlanagelen ifa hareketlerinin süreceğine ilişkin güveninin sürekli

[1288] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.17; **Kuntalp,** Satım, s.14 vd.
[1289] **Weidt,** s.138.
[1290] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.12-13.
[1291] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.12 vd.; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.19 vd.
[1292] **Kuntalp,** Satım, s.9 vd.; **Seliçi,** Sürekli Borç, s.13 vd.
[1293] **Kuntalp,** Satım, s.9-11.

olmasından ötürü bu sözleşmeleri sürekli borç ilişkilerine yakın olarak değerlendirmektedir.[1294]

Doktrindeki diğer görüş ise, ifanın art arda gerçekleştirildiği sözleşmelerden hangilerinin sürekli borç ilişkisi niteliğini hâiz olduğunun tespitinde sözleşmenin karakteristik özelliği gereği alacaklının beklediği menfaatin "bir süreye yayılıp yayılmadığına" bakılması gerektiğini savunur.[1295] Bu görüşe göre, toplam edimin kapsamı sözleşme kurulurken, yani baştan itibaren belirlenmiş olsa bile alacaklının gereksinimlerini bir süre boyunca gidermek amacıyla yapılan art arda ifalı sözleşmeler, sürekli borç ilişkisi özelliği gösterir.[1296] Fakat bu görüş önemle belirtir ki ifanın art arda gerçekleştirilmesi, sadece ifayı daha kolay hâle getirmek maksadıyla kararlaştırılmışsa, artık âni edimli bir borç ilişkisinden söz edilir.[1297] Örneğin satım sözleşmesine konu olan bir fabrika makinesinin parçaları bir bir aralıklarla teslim edilecekse ve bunun böyle kararlaştırılmasının amacı sadece ifayı kolay kılmaksa ortada âni edimli sözleşme vardır. Yine bu görüş dâhilinde sayabileceğimiz *Altınok Ormancı*, ifanın art arda gerçekleştirileceği bir sözleşmede aslî edim yükümlülüğünün (karakteristik edimin) zamana yayılması, sözleşmenin özelliği ve alacaklının menfaatinden kaynaklanıyorsa başka bir deyişle aslî edimin ardı ardına yerine getirilmesi, sözleşmenin esaslı bir unsuruysa, artık bu hâlde sözleşmenin geniş anlamda sürekli borç ilişkisi niteliği gösterdiğini ifade etmektedir.[1298]

Sürekli borç ilişkilerinin ayırt edici karakteri, "zamana yayılma" olarak bilinir. Bir sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğini hâiz olduğundan söz edebilmek için

[1294] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.19-20. Anılan yazar, sürekli borç ilişkilerine mahsus kuralların, bütün edim kapsamının önceden belli ve kesin olduğu art arda teslimli satım sözleşmelerine de kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilmesi gerektiğini ifade eder.
[1295] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.15-16.
[1296] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.16.
[1297] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.16.
[1298] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.20-21.

doktrindeki bir görüş[1299] borçlunun ifa hareketlerinin zamana yayılması gerektiğini ifade ederken; diğer bir görüş[1300] alacaklı menfaatinin zamana yayılması gerektiğini belirtmektedir. Bir üçüncü görüşe göre ise karakteristik edimin[1301] kapsamı sadece ve sadece sözleşme süresine bağlı olarak saptanabilecekse sürekli bir borç ilişkisi söz konusu olabilir.[1302] Bir dördüncü görüş ise sürekli borç ilişkisinin var olup olmadığının belirlenmesinde "alacaklı menfaati" yahut "borçlunun ifa hareketleri" gibi sübjektif ve muğlak ölçütlerdense "karakteristik edimin kapsamı" gibi objektif ve daha kolay anlaşılır bir ölçütün tercih edilmesi gerektiğini isabetli görmektedir.[1303] Kanaatimizce de nasıl ki her bir sözleşme tipinin belirlenmesinde ve benzerlerinden ayırt edilmesinde bedel ödeme borcunun mukabilini oluşturan "karakteristik edim"e bakılmaktadır, yine sözleşmenin zaman itibariyle hukukî niteliğini ortaya koyarken de "karakteristik edim"in zaman ile olan objektif ve yadsınamaz bir mantığa dayanan ilişkisine bakmak en isabetli çözümdür.

Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki ifanın art arda gerçekleştirildiği bir sözleşmede tek bir edim değil, birden çok borç ve buna mukabil birden çok alacak mevcuttur.[1304] Söz konusu birden çok borcun ortaya çıkmasında ise üç ihtimal gündeme gelebilir: Birinci ihtimal olarak birden çok borç, sözleşmenin kurulması ile birlikte doğmuş fakat her birinin muaccel olacakları ân, düzenli yahut düzensiz zaman aralıkları ile müteakip biçimde vâdelere tâbi tutulmuş olabilir. İkinci ihtimal olarak birden çok borç, sözleşmenin kurulmasının üzerinden ancak belli bir zaman geçtikten sonra

[1299] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.9.
[1300] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.7.
[1301] Mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler grubu içerisinde yer alan ve esasen malın malla değişimini amaçlayan trampa sözleşmesi (TBK md.282-284) dışında kalan bütün ivazlı sözleşmelerde *(synallagmatic contracts)* bedel borcunun mukabilini oluşturan edim, esasen "karakteristik edim" niteliği taşır. Keza karakteristik edim, bu niteliği itibariyle, herhangi bir sözleşmeyi, diğer bir sözleşmeden ayırt etmeye hizmet eder, bkz. **Altınok Ormancı,** Fesih, s.8.
[1302] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.13.
[1303] **Göka,** s.151-152.
[1304] **Kuntalp,** Satım, s.19. Ayrıca *"ard arda teslim sözleşmesine konu olan her bir münferit malın mülkiyetinin geçirilmesi ani edimli birer borcun ifası iken…"*, bkz. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.16. Ayrıca bkz. ve karş. **Altınok Ormancı,** Fesih, s.17.

doğabilir.[1305] Bu noktada hemen dikkat etmek gerekir ki ikinci ihtimalde, tıpkı bozucu (infisâhî) koşulda olduğu üzere,[1306] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli meydana gelemez; zira zaten borç henüz doğmamıştır. Üçüncü ihtimal olarak birden çok borcun her birinin bilhassa gereksinime bağlı olarak alacaklının zaman zaman düzenleyeceği "ihbarlar" ile muaccel hâle geleceği de kararlaştırılmış olabilir.[1307] Hem birinci hem de üçüncü ihtimallerde yani gerek her bir borcun ifasının baştan itibaren düzenli veya düzensiz müteakip vâdelere tâbi tutulduğu hâllerde gerekse de her bir borcun alacaklının zaman zaman düzenleyeceği ihbarlar ile muacceliyet kazanacağının kararlaştırıldığı hâllerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği bir zaman aralığı (sözleşmenin kurulması ile edimin muaccel hâle gelmesi arasındaki süreç, yani henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreç) mevcuttur. Örneğin birinci yahut üçüncü ihtimale giren bir art arda ifalı sözleşmede, borçlu akdî ilişkinin belli bir ânında henüz muaccel olmamış bir veya birden çok edimi yerine getirmekten kesin biçimde imtinâ ederse ya da edimin ifa edilmeyeceği yönünde objektif bir ifa tehlikesi meydana gelirse art arda teslimli sözleşmeye öncelenmiş olarak aykırı davranmış sayılır.[1308]

İşte art arda teslimli sözleşmeler ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi yan yana geldiğinde yanıtlanması gereken problem burada ortaya çıkmaktadır. Borçlu, sözleşme ilişkisi devam ederken henüz vâdesi gelmemiş edimlerini kesin olarak yerine getirmekten imtinâ ederse yahut ilerideki ifanın gerçekleşmeyeceği başka sebeplerle açıkça anlaşılırsa, elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın genel koşulları ve kuralları tatbik edilebilir. Başka bir deyişle bu hâlde alacaklı, henüz muacceliyet kazanmamış kısmî edimler bakımından sözleşmeyi muacceliyet öncesi süreçte sona erdirebilir

[1305] Bunlara örnek olarak, "kira bedeli" ve "faiz alacağı" verilebilir, bkz. **Kuntalp,** Satım, s.19. Yine benzer görüş olarak bkz. **Altınok Ormancı,** Fesih, s.17-18.
[1306] Daha detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. İkinci Bölüm, § 7, III, E. Şarta Bağlı Borçlarda.
[1307] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.17; **Kuntalp,** Satım, s.19-20.
[1308] **Kuntalp,** Satım, s.75.

[öncelenmiş (erken) dönme hakkı]. Ancak şu husus gündeme gelmektedir: Hâlihazırda meydana gelmiş bir kısmî sözleşme ihlâlinin, sözleşmenin geri kalan kısmı bakımından özel bir etkiye sahip olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken hassas bir meseledir.[1309]

Doktrinde, art arda teslimli bir sözleşmedeki birden çok borçtan birinin yahut birkaçının yerine getirilmemesi, henüz müeccel borçların da ifasını tehlikeye atıyorsa ve bunların ifa edilip edilmeyeceğine dair bir kuşku yaratıyorsa alacaklının, borçlu temerrüdüne ilişkin TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmündeki seçimlik haklarına başvurabilmesi gerektiği ifade edilmektedir.[1310] Söz konusu durum, esasen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın çok tipik bir görünümüdür. Hatta öyle ki CISG md.73/2 hükmünde söz konusu durum, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık (CISG'in terminolojisiyle "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık") başlığı altında bilhassa düzenlenmiştir.[1311] Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi, aynı yönde olarak, ifanın art arda gerçekleştirileceği bir sözleşmede ilerideki ifaların ayıplı olacağının açıkça anlaşılması durumunda alacaklıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte § 326 BGB a.F. hükmündeki seçimlik hakları derhâl kullanabilme olanağı tanımıştır.[1312] Alman hukukundaki yazarlardan yine *Weidt*'a göre ifanın art arda

---

[1309] **Weidt,** s.138-139.

[1310] Doktrinde Kuntalp, bu durumu akdin müspet bir ihlâli olarak ele almakta ve sözleşmenin maksadının alacaklıdan artık taahhüdüyle bağlı kalmasının beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı ölçüde ağır biçimde ihlâl edilmiş olması hâlinde eBK md.106 (TBK md.125) hükmüne kıyasen alacaklıya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere dair temerrüt için tanınan hakların verilmesi gerektiğini belirtir, bkz**. Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd. ve s.102 vd.; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.318-319.

[1311] CISG md.73/2 hükmüne göre: *"Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir."* Daha detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV. Gelecekteki Teslimatlara İlişkin Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması (CISG md.73/2).

[1312] Söz konusu Alman İmparatorluk Mahkemesi kararı şöyledir: *"…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*

gerçekleştirileceği bir sözleşmede borçlu, ileride muaccel hâle gelecek (henüz müeccel) edimlerin yerine getirilmesinden kesin olarak imtinâ ederse yahut ilerideki ifaların gerçekleştirilmeyeceği açıkça anlaşılırsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair kurallar tatbik edilmelidir.[1313]

Doktrinde ifade edildiği üzere, kural olarak, art arda teslimli sözleşmelerde yerine getirilmesi gereken her bir kısmın (bağımsız her bir edimin, bölümün, parçanın) muacceliyet tarihinin farklı olduğu görülmektedir. Bunun tabiî sonucu, bu tür sözleşmelerde borçlunun sadece muacceliyet kazanmasına rağmen yerine getirmekte geciktiği kısım açısından mütemerrit olmasıdır. Türk-İsviçre hukuk doktrininde hâkim görüşe göre andığımız kuralın ayrıksı hâli, borçlunun tutum ve/veya hareketlerinden, gelecekteki kısımları da -muacceliyetin gerçekleşmesine rağmen- yerine getirmeyeceğinin anlaşılabilmesidir. İşte hâkim görüş, bu ayrıksı hâlde alacaklıya art arda teslimli sözleşmenin "bütününden" dönme hakkı sunmaktadır.[1314] Bir farklı görüşe göre tarif ettiğimiz durumlarda alacaklı "olağanüstü fesih hakkı"na başvurabilmelidir; öyle ki söz konusu fesih hakkı borçlunun sözleşmedeki güven ilişkisini ihlâl eder

---

Käufer, nachdem der Verkäufer davon Gebraucht gemacht hatte, nicht mehr frei, seine Annullierungserklärung zurückzunehmen und sich zur Vertragserfüllung bereit zu erklären." (ReG 23.02.1904 - II 298/03: RGZ 57, s.113 www.juris.de, E.T.08.02.2025). İşbu karara göre özetle ifade etmek gerekirse karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin sözleşmenin maksadına ulaşmasını tehlikeye atan akdin müspet ihlâli olarak nitelendirilebilecek davranışları karşısında diğer taraf, sözleşmeden dönebilir yahut § 326 BGB a.F. hükmüne istinaden bir ifa etmeme tazminatı talep edebilir. Bkz. kararı paylaşan **Göka,** s.25, dn.92.

[1313] **Weidt,** s.138, **Göka,** s.153.

[1314] **von Tuhr,** s.631; **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.785-786; **Aydoğdu, Murat/Tuncer, Nalan:** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri – Sözleşmeler Hukuku, 6.B, Ankara 2023, s.108; **Zevkliler/Gökyayla,** s.112-113. Ayrıca bkz. BGE 52 II 139, nak.: **Eren,** Borçlar Genel, N.3526. Doktrinde Schwarz, art arda teslimli bir satım sözleşmesinde henüz muacceliyet kazanmamış münferit teslimları da içine alacak geniş kapsamlı bir "sona erdirme hakkı" sunulabilmesi için mütemerrit olunan kısmın, gelecekteki teslimatların yerine getirilip getirilmeyeceğine kuşku düşürüp düşürmediğinin araştırılması gerektiğini, şayet bu yönde bir kuşku ya da tehlike hâsıl olmuşsa alacaklıya gereksinimini başka bir satıcından temin edebilme olanağı verilmesi gerektiğini ifade eder, bkz. **Schwarz, Andreas B.:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih, Ebül'ula Mardin'e Armağan, (çev.: Bülent Davran), Kenan Matbaası, İstanbul 1944, s.791.

Yargıtay, verdiği bir kararında kısmî temerrüt durumunda sözleşmenin tamamının feshedilemeyeceğini, gelecekteki diğer vâdeler beklenmeksizin tam fesih yapılmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağını ifade etmiştir, bkz. **Yargıtay HGK, E.587, K.130, T.12.02.1964,** nak.: **Tandoğan,** C.I/1, s.138-139. Karar oldukça yanlış görülüp doktrinde eleştirilmiştir: *"...öncelikle kararda belirtildiği gibi her vade için ayrı ayrı ihtar yapılmasını istemek belirli (muayyen) vadenin niteliğine aykırıdır. Ayrıca aslında diğer vadelere ilişkin edimini yerine getirmeyeceği açık olan satıcı için, vadelerin gelmesini bekletmek, dürüstlük kuralına aykırı olur…",* nak.: **Aydoğdu/Tuncer,** s.108. Aynı düşüncede olarak bkz. ve karş. **Zevkliler/Gökyayla,** s.165, dn.395.

biçimde davranmasından ve sözleşme maksadını tehlikeye düşürmesinden ötürü akdin müspet ihlâline dayanır.[1315] Bunun tersi bir mantıkla alacaklı, borçlunun geçmişteki kısımların (bağımsız edimlerin) ifasında gecikmesine karşın sessiz kalmışsa, artık daha sonra bunu ileri sürmesi somut olayın hâl ve şartları birlikte göz önüne alındığında TMK md.2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir.[1316]

Hukukumuzdaki pozitif düzenlemeler ele alındığında, hemen yukarıda değinilen Türk-İsviçre hukuk doktrinindeki hâkim görüşün isabetliliği ortaya çıkacaktır. TTK md.23/1 hükmünün (a) bendine göre *"sözleşmenin niteliğine, tarafların amacına ve malın cinsine göre, satış sözleşmesinin kısım kısım yerine getirilmesi mümkün ise veya bu şartların bulunmamasına rağmen alıcı, çekince ileri sürmeksizin kısmi teslimi kabul etmişse; sözleşmenin bir kısmının yerine getirilmemesi durumunda alıcı haklarını sadece teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanabilir. Ancak, o kısmın teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşılıyorsa alıcı sözleşmeyi feshedebilir."*

Yine "Birden Çok Mal Satışında" madde başlıklı TBK md.230/1 (Art.209 Abs.1-2 OR) hükmüne göre *"birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir. Ancak, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin*

[1315] **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.37; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.10; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.10; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.401-402.

[1316] Bu konudaki Yargıtay kararına göre: *"Oysa bu olayda ödemeler müteaddit defa geç yapıldığı halde bunlardan hiç birini davacı fesih sebebi yapmamış ve bu durumu müsamaha ile karşılamıştır. Hal böyle iken davacının son parti mal bedelinin geç ödendiğini ileri sürerek sevkiyatı durdurması iyiniyet kuralları ile elbette ki bağdaşamaz. Kaldı ki yukarda da değinildiği gibi, davacının akdi feshetmesinin asıl sebebi ödemelerdeki gecikme olmayıp, yaptığı zam isteminin davalı tarafça kabul edilmemiş olmasıdır. Bu husus dosya münderecatından ve özellikle davacının davalıya gönderdiği 17.09.1979 ve 24.09.1979 tarihli mektuplarından açıkça anlaşılmaktadır. Davacının B.K.nun 107. maddesi hükmüne dayanak ilk parti mal bedelinin geç ödenmesi sebebiyle sözleşmeyi bozması mümkün iken bu hakkını kullanmamıştır. Bu itibarla, davacının son partiye ait mal bedelinin ödenmesinin gecikmesi nedeniyle akdi fesihte haklı olduğu kabul edilemez."* **[Yargıtay HGK, E.1983/1112, K.1984/224, T.14.03.1984,** www.legalbank.net].

ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsaması zorunludur."

Bir başka düzenleme olarak taksitle satışlarda alıcının temerrüde düşmesi hâlinde satıcının seçimlik haklarını öngören TBK md.259/2 hükmüne göre *"alıcı taksitleri ödemede temerrüde düşerse satıcı ... sözleşmeden dönebilir. Satıcının ... sözleşmeden dönebilmesi, ancak bu hakkı açık biçimde saklı tutmuş olmasına ve alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ya da en son taksidi ödemede temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır..."* Benzer mantıkla ihdas edilen diğer bir düzenleme, ön ödemeli satışlara dair TBK md.271 (Art.227h OR) hükmüdür.

Yukarıda değinilen pozitif normlardan da anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda art arda teslimli sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa bağlı olarak henüz muacceliyet kazanmamış kısımları (her bir münferit edimleri) de ihtivâ edecek biçimde, sözleşmenin öyle ya da böyle sona erdirilmesi imkânı mevcuttur.[1317] Doktrindeki bazı görüşlere ve hemen yukarıda değindiğimiz TTK md.23/1 hükmünün (a) bendine göre başvurulabilecek hak, "fesih" olsa dahi *Cumalıoğlu,* somut bir ihtilâfta hâkimin, dürüstlük kuralını göz önünde bulundurarak lafzî açıdan sözleşme "feshedilmiş" olmakla birlikte bunun akdî ilişkiyi geçmişe *(ex tunc)* mi geleceğe *(ex nunc)* mi etkili olarak ortadan kaldıracağına karar verebileceğini ifade eder.[1318]

Bir başka mesele ise art arda teslimli sözleşmelerdeki değindiğimiz ifa ârızasının kısmî ifa[1319] ve kısmî temerrüt[1320] hâlleriyle karıştırılmaması gerektiğidir. Zira art arda

[1317] **Zevkliler/Gökyayla,** s.112-113 ve s.165; **Cumalıoğlu,** s.139.
[1318] **Cumalıoğlu,** s.139.
[1319] Kısmî ifayı düzenleyen TBK md.84 hükmüne göre: *"Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir.*

Alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınamaz." Hükümden de anlaşıldığı üzere burada art arda teslimli sözleşmelerden farklı olarak tek bir edim vardır fakat niteliği gereği değerinde herhangi bir eksilme olmaksızın bölünebilmekte ve parçalar hâlinde ifa edilebilmektedir. Oysa art arda teslimli sözleşmelerde birden fazla ve birbirinden farklı

teslimli sözleşmede esasen hukukî açıdan olmasa da iktisadî açıdan bütünlük arz eden fakat kısım kısım (parça parça) yerine getirilecek edimlerin, kural olarak, her birinin vâdesi farklı olup içlerinden biri yahut birkaçında borçlunun temerrüde[1321] düşmesi, gelecekteki diğer kısımların ifası açısından -ki henüz bunlar muaccel olmamıştır- öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermektedir.[1322]

Nihayetinde bir başka husus olarak doktrinde, art arda teslimli sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalan tarafın borçludan teminat talep etme külfetinden -aynı zamanda hakkından- söz edilmemiş olsa dahi bunun kabul edilmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüştür.[1323]

Meseleye mukayeseli hukuk ve uluslararası hukuk yeknesaklaştırması metinleri bağlamında yaklaşmak gerekirse bu hususa ilişkin en önemli düzenleme olarak ileride daha detaylı incelendiği üzere[1324] CISG md.73/2 hükmü karşımıza çıkmaktadır. Şimdiden ifade etmek gerekirse CISG md.73/2 hükmü, art arda teslimli sözleşmeler bakımından henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânını [öncelenmiş (erken) dönme hakkını], CISG md.72/1 hükmüne kıyasla değiştirmektedir. Söz konusu düzenleme, henüz yerine getirilmemiş kısmî

ânlarda muacceliyet kazanacak edimler söz konusu olup borçlunun bunlardan birini ifa etmemesi, gelecekteki edimlerin ifasını alacaklı nezdinde tehlikeye düşürmektedir. Dolayısıyla gelecekteki edimler bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilmektedir. Kısacası kısmî ifa ile art arda teslimli sözleşmeler arasında -en azından bu bakımdan- herhangi bir ilişki yoktur.

[1320] Detaylı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3525.

[1321] En yaygın rastlanılabilecek borca aykırılık hâli olarak "temerrüt" üzerinden gidilmiştir. Fakat elbette art arda teslimli sözleşmelerde edimlerden biri veya birkaçı bakımından borçlunun temerrüde düşmesi hâricinde, bu edim/edimlerin ifasının imkânsızlaşması; kötü, ayıplı veya eksik ifa edilmesi gibi diğer borca aykırılık hâlleri de gelecekte muacceliyet kazanacak edimlerin ifasını tehlikeye düşürebilir ve alacaklı henüz muaccel olmamış edimler bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını -koşulları tahakkuk etmişse- kullanabilir.

[1322] **Cumalıoğlu,** s.139-140.

[1323] Anglo-Sakson hukuk literatüründeki bir ihtilâfta taraflar arasında bir teknenin yapımını konu alan ve akdedilen altı bağımsız sözleşmeye göre her bir teknenin bedelinin altı taksitte ödeneceği ancak ikinci taksitlerin teknenin teslimi ve müteakip dönemde ifa edileceği konusunda mutabık kalınmıştır. İkinci sözleşmeye istinaden yapılan teknenin teslimi safhasında alıcı, söz konusu tekneye dair ikinci taksiti ifa etmemiştir. Daha sonra yüklenici, kalan dört teknenin yapımını durdurduğunu beyan etmiştir. Bkz. *"Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co",* 1997, 2 Lloyd's Rep. 228, nak.: **Treitel, Guenter Heinz:** "Affirmation After Repudiatory Breach", LQR 1998, vol.114, ss.22-27. Bu hâlde teminat gösterilmesi gerekliliği tartışmaya açıktır, bkz. **Cumalıoğlu,** s.140.

[1324] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV. Gelecekteki Teslimatlara İlişkin Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması (CISG md.73/2).

edimler bakımından sözleşmenin muacceliyet öncesinde sona erdirilebilmesi için ağır bir sözleşme ihlâlinin gerçekleşeceğinin "açıkça görülebilir" olması, yani çok yüksek bir olasılıkla gerçekleşeceğinin anlaşılması şartını aramaz. Bunun yerine, meydana gelmiş olan kısmî sözleşme ihlâlinin bu yönde bir varsayım için "haklı bir sebep" oluşturması yeterli görülmüştür. Bu düzenleme, gerçekleşmiş bir kısmî ihlâlin ardından ileride de yeni yeni kısmî ihlâllerin ortaya çıkacağı minvalindeki öngörüde bulunulabilmesi için gerekli olan ölçütü CISG md.72/1 hükmünde sözü edilen ölçüte nazaran daha düşük bir seviyeye indirmektedir. Doktrinde bu öngörü eşiğinin düşürülmesi, hâlihazırda kısmî bir sözleşme ihlâlinin gerçekleşmiş olması ve bunun alacaklının gelecekte sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine duyduğu güveni sarsmış bulunmasından ibaret argümanla gerekçelendirilmektedir.[1325]

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri rejimi altında ise alacaklı, art arda teslimli sözleşmenin henüz muacceliyet kazanmamış kısmını sona erdirebilmek için Art.9:304 PECL hükmünde yer alan "açıkça görülebilirlik (anlaşılabilirlik)" kriterine bağlı olan sıkı şartları karşılamak mecburiyetindedir.[1326] Bununla birlikte Art.8:103 PECL'in (c) bendiyle[1327] bağlantılı olarak Art.9:302 PECL ikinci cümlesi[1328] uyarınca da sözleşmenin henüz muacceliyet öncesi süreçte sona erdirilebilmesi olanaklıdır. İleride

---

[1325] **Weidt,** s.139.

[1326] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV, B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri *(PECL: Principles of European Contract Law).*

[1327] "Fundamental Non-Performance" başlıklı Art.8:103 PECL hükmüne göre: *"A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:*

(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or

(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or

(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance."

[1328] "Contract to be Performed in Parts" başlıklı Art.9:302 PECL hükmüne göre: *"If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned. It may terminate the contract as a whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole."* Anılan hükme göre sözleşmenin kısım kısım ifa edilmesinin öngörülmesi ve karşı-edimin söz konusu kısımlara denk düşecek şekilde bölüştürülebilir olması hâlinde, ilgili kısım bakımından esaslı bir sözleşmeye aykırılık söz konusu ise alacaklı, sözleşmeyi sona erdirme hakkını yalnızca ilgili kısım bakımından kullanabilir. Söz konusu ifa etmemenin, sözleşmenin tamamı bakımından esaslı ihlâl niteliğinde olması hâlinde alacaklı, sözleşmeyi bütünüyle sona erdirebilir.

detaylıca incelendiği üzere[1329] bu düzenleme, CISG md.72/1 hükmüne benzer surette ileride meydana gelebilecek bir ifa etmeme duruma ilişkin öngörü bakımından daha düşük bir eşiği kabul etmektedir.[1330] Bu bağlamda Art.9:302 PECL ikinci cümlesi, gerçekleşmiş bir kısmî sözleşme ihlâlinin esaslı nitelikte olması hâlinde, sözleşmenin geleceğe yönelik olarak sona erdirilmesine müsaade etmektedir. Art.8:103 PECL'in (c) bendi ise bu düzenlemeyi âdeta tamamlamakta ve "esaslılık" kıstasını bilhassa uzun süreli sözleşmeler açısından belirginleştirmektedir. Buna göre borçlunun edimini kasten ifa etmemesi ve bunun alacaklıda gelecekteki ifaya artık güvenemeyeceği yönünde haklı bir kanaat yaratması hâlinde yükümlülüğün ifa edilmemiş olması sözleşmeye "esaslı" bir aykırılık teşkil eder.[1331]

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri rejimine oldukça benzer bir çözüm yolu, UNIDROIT İlkeleri'nde de benimsenmiş olup bu ilkeler de art arda teslimli bir sözleşmenin soma erdirilmesini nispeten daha hafif öngörü şartları dâhilinde olanaklı kılmıştır.[1332] Hâlihazırda kısmî bir sözleşme ihlâli meydana gelmişse, sözleşmenin sona erdirilmesi için gerekli olan "esaslılık" kıstası burada da bilhassa uzun süreli sözleşmeler açısından farklılaşmaktadır. Art.7.3.1 para.2 PICC hükmünün (d) bendi uyarınca *"Bir borcun ifa edilmemesinin esaslı bir ifa etmeme hâli teşkil edip etmediği belirlenirken özellikle aşağıdaki durumların gerçekleşip gerçekleşmediği göz önüne alınır: ...(d) ifa etmemenin, diğer tarafın gelecekteki ifasına güvenilemeyeceği konusunda ifaya kavuşamayan taraf bakımından gerekçe oluşturması..."* İşte bu şart dâhilinde sözleşmenin geleceğe yönelik olarak sona erdirilmesi mümkündür. Bununla birlikte Art.8:103 PECL'in (c) bendinden farklı olarak, burada gerçekleşmiş sözleşme ihlâlinin "kasıtlı" olması da şart değildir. Böylece UNIDROIT İlkeleri de art arda

[1329] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, III. Gelecekteki Esaslı İhlâl Nedeniyle Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı (CISG md.72/1).
[1330] **Weidt,** s.139.
[1331] **Weidt,** s.139.
[1332] **Weidt,** s.139-140.

teslimli sözleşmeler açısından, daha önce kısmî bir sözleşme ihlâli meydana gelmişse, gelecekteki yeni yeni sözleşme ihlâllerinin gerçekleşeceğine dair öngörü kıstasında aranan şartları hafifletmektedir.[1333]

Alman hukukunda ise CISG md.73/2 hükmü yahut uluslararası hukuk yeknesaklaştırma metinlerinde olduğu gibi spesifik bir norm mevcut değildir. Henüz yerine getirilmemiş kısmî edimler bakımından sözleşmeden dönme hakkı sadece § 323 Abs.4 BGB hükmü çerçevesinde tespit ve tâyin edilebilir. Bununla birlikte Alman hukukunun da çoğu kere Viyana Satım Hukuku yahut uluslararası hukuk yeknesaklaştırma metinleriyle benzer neticelere varacak olması kuvvetle muhtemeldir. Zira hâlihazırda kısmî bir edime ilişkin ihlâl gerçekleşmişse bu vâkıa, bazı hâllerde tekrar ihlâl tehlikesine ve dolayısıyla yeni yeni sözleşme ihlâllerinin meydana gelme ihtimalinin çok yüksek olduğuna işaret edebilir.[1334]

Doktrinde Viyana Satım Hukuku'ndaki düzenlemelere paralel surette, § 323 Abs.4 BGB hükmünde yer alan "açıkça *(offensichtlich)* öngörülebilir düzeyde belli olma" kıstasının, hâlihazırda meydana gelmiş bir sözleşme ihlâli karşısında aşırı dar yorumlanmaması gerektiği ve öngörü eşiğinin düşürülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. İngiliz hukuku ise art arda teslimli bir sözleşmenin henüz ifa edilmemiş kısmının sona erdirilmesi noktasında, tek seferlik bir edim değişimine ilişkin sözleşmelerin (âni edim ihtivâ eden sözleşmeler) vâde öncesinde sona erdirilmesi için aranan yüksek şartların aynısını tatbik etmektedir.[1335]

Gelecekteki sözleşme ihlâllerine ilişkin öngörü açısından aranan şartlar noktasında değerlendirildiğinde, Viyana Satım Hukuku ile iki yeknesak hukuk modelinde (PECL ve PICC) getirilen düzenlemelerin isabetli olduğu ifade edilebilir.

[1333] **Weidt,** s.140.
[1334] **Weidt,** s.140.
[1335] **Weidt,** s.140.

Zira daha önce gerçekleşmiş bir kısmî sözleşme ihlâlinin alacaklının sözleşmenin gelecekte gereği gibi (ifa modalitelerine uygun, tam ve doğru biçimde) ifa edileceğine duyduğu güveni sarması, gelecekte yeni ihlâllerin ortaya çıkacağı yönündeki öngörü için tek seferlik edim değişimini içeren sözleşmelere (âni edim ihtivâ eden sözleşmelere) nazaran daha düşük bir eşik kabul edilmesini haklı kılmaktadır.[1336] Ne var ki Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ve UNIDROIT İlkeleri'ne yönelik olarak sistematik yapı açısından getirilen birtakım eleştiriler de göz ardı edilemez, eleştirilere göre: Anılan iki yeknesak hukuk modelinde de ilgili hükümlerin sistematik yerleşimi problemlidir. Metodolojik bakımdan CISG md.73/2 hükmü iyi bir model olarak takip edilebilirdi. Maddî içeriği açısından birbirleriyle yakın ilişkili olmaları sebebiyle Art.8:103 PECL'in (c) bendinin, Art.9:302 PECL ikinci cümlesi içerisine dâhil edilmesi daha isabetli olabilirdi. Yine borçlunun gerçekleşen sözleşme ihlâline "kasten" sebebiyet vermiş olması şartı kabul edilmemeliydi. Zira Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri'nde yansımasını bulan borca aykırılık sistematiğinde "kusur", belirleyici bir unsur olarak benimsenmemiştir. Aynı değerlendirme UNIDROIT İlkeleri için de söz konusudur. Yine UNIDROIT İlkeleri bakımından Art.7.3.1 para.2 PICC hükmünün (d) bendiyle sistematik bağlantı tesis edebilecek surette sözleşmelerin kısmen sona erdirilmesine ilişkin ayrı bir hükmün ihdas edilmesi, hâlihazırda bir gerekliliktir.[1337]

2. Sürekli Borç İlişkilerinde

Tamamen başka bir müesseseye işaret eden "sürekli borç ilişkileri", ifanın art arda gerçekleştirildiği sözleşmelerden farklıdır zira sürekli borç ilişkilerindeki ifa, her durumda kesintisizlik arz eder.[1338] Sürekli borç ilişkisinin karakteristik yani özelliğini veren unsuru, sözleşme taraflarından en az birinin sürekli bir davranışa yahut tekrarlanan ve kesintisiz edimlere yönelmiş olmasıdır. Bu tür sözleşmelerde

[1336] **Weidt,** s.140.
[1337] **Weidt,** s.140-141.
[1338] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.11; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.17.

sözleşmenin geçerlilik süresi müddetince sürekli olarak yeni edim ve koruma yükümlülükleri doğmaktadır ve sözleşmeden kaynaklanan toplam edim miktarı da sözleşmenin süresine bağlıdır.[1339] Kira, iş veya sigorta sözleşmeleri sürekli borç ilişkilerinin tipik örnekleri olarak zikredilebilir. İşte zaten anılan nedenlerle de sürekli borç yaratan sözleşmelerde -art arda teslimli sözleşmelerden farklı olarak- öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği bir ara süreçten (sözleşmenin kurulmasından sonraki fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçten) söz edilemez.[1340] Bununla birlikte elbette diğer muhtelif borç ilişkilerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilecek potansiyeli barındıran hâller, sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasında tesis edilmiş güveni[1341] ciddî olarak sarsabilir ve alacaklıdan artık sözleşmeyle bağlı kalmaya devam etmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı olabilir.[1342] Yine de sürekli borç ilişkisinde işin doğası gereği öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmeyecektir. Bu derece ağır durumlar, mevcut sürekli borç yaratan sözleşme açısından sadece bir "haklı sebep" sayılabilir ve bu davranışlarla karşılaştığı için sözleşmeyle bağlı kalması artık kendisinden beklenemeyecek olan taraf, sözleşmenin türüne göre bir olağanüstü fesih hakkına

[1339] **Weidt,** s.141.

[1340] Bkz. ve karş. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8.

[1341] Kanaatimizce sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasında tesis edilmiş güven, çoğu durumda âni veya dönemli edim ihtivâ eden sözleşmelerdeki güvenden daha önemli ve değerlidir. Zira örneğin âni edimli bir sözleşmede taraflar genellikle sözleşmenin kurulması aşamasında ve ifa aşamasında bir araya gelir, yani sosyal temasta bulunur. Oysa sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasındaki sosyal temas, sözleşme müzâkerelerinden başlayıp sözleşmenin kurulması ânından edimin veya edimlerin tümünün ifa edilmesi ve böylece borç ilişkisinin sona erdirilmesi anına kadar devam eder. Tüm bu uzun süreçte taraflar her ân birbirlerine ve edimin ifasına güven duymaya devam ederler. Daha da somutlaştırmak gerekirse, bir makinenin satımına dair sözleşmede makinenin tesliminin tam ve doğru biçimde ifasına dair taraflar arasında anlık veya kısa süreli bir güven bağı vardır. Oysa sürekli edim içeren 5 yıllık bir hizmet sözleşmesinde işveren ve işçi arasında her an, kesintisiz biçimde yinelenen bir güven bağı mevcut olsa gerekir.

[1342] Doktrinde Weidt'a göre § 323 Abs.4 BGB hükmüne istinaden âni edim ihtivâ eden bir sözleşmede taraflara henüz muacceliyet gerçekleşmemişken dönme hakkı tanıyan hâller, aynı zamanda sürekli borç doğuran sözleşmelerin olağanüstü feshini düzenleyen § 314 Abs.2 BGB hükmüne göre "önemli sebep" (*wichtigen Grund*) oluşturur, bkz. **Weidt**, s.141-142. Yazarın deyimiyle ***"…einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung eines Vertragsverhältnisses darstellen."***

başvurabilir.[1343] Sonuç olarak anılan (ifa menfaati zedelenen) taraf, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan değil, fesih müessesesinden faydalanabilir.

Alman hukuku bakımından da tespitler hemen hemen aynıdır: Sürekli bir borç ilişkisi söz konusu olduğunda sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından § 323 Abs.4 BGB hükmündeki sözleşmeden dönme usûlü tatbik edilemez. Bunun yerine "Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı (Önemli) Sebeple Feshi *(Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund)*" başlıklı § 314 BGB hükmünde öngörülen fesih usulü tatbik edilecektir.[1344] § 314 Abs.1 BGB hükmünün birinci cümlesine göre sürekli borç ilişkilerinde taraflardan her biri, haklı (önemli) bir sebebin varlığı hâlinde, fesih süresine uymaksızın sözleşmeyi feshedebilir. § 314 Abs.1 BGB hükmünün ikinci cümlesine göre ise haklı (önemli) sebep, somut olayın bütün koşulları dikkate alındığında ve tarafların karşılıklı menfaatleri tartılarak değerlendirildiğinde, fesheden taraf açısından sözleşme ilişkisinin kararlaştırılan sona erme tarihine veya fesih süresinin dolmasına kadar sürdürülmesinin kendisinden mâkul olarak beklenemeyeceği bir durumun mevcut olması hâlinde söz konusu olur.[1345]

Hemen ifade etmek gerekir ki sözleşme taraflarından birine § 323 Abs.4 BGB hükmü uyarınca basit bir borç ilişkisinden muacceliyet öncesi süreçte sözleşmeden dönme hakkı verecek sebepler, aynı zamanda sürekli bir borç ilişkisinin olağanüstü feshi bakımından da "haklı (önemli) sebep" teşkil eder.[1346]

Fakat Alman hukukunda § 314 Abs.2 BGB hükmünün birinci cümlesi gereğince yükümlülük ihlâlinin haklı (önemli) sebep teşkil etmesi için genellikle muhataba daha

[1343] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.192 vd.
[1344] **Weidt,** s.141.
[1345] § 314 Abs.1 BGB hükmüne göre: *"Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann."*
[1346] **Weidt,** s.142.

önceden bir ek süre (mehil) tâyin edilmiş yahut muhatabın -bilhassa yapmama borçlarında- ihtar edilmiş olması gerekmektedir.[1347] Bu noktada belirtmek gerekir ki sözleşmenin ihlâli olarak değerlendirilen davranışın sadece ileri sürülmesi, "ihtar" anlamına gelmez. Alacaklının fesih hakkını kullanacağını önceden bildirmesi her ne kadar şart olmasa dahi "sözleşme ilişkisinin âdeta pamuk ipliğine bağlı olduğu" ve borçlunun başka ihlâllere sebebiyet vermesi hâlinde bunun birtakım neticeleri olacağını göz önünde tutması gerektiği, alacaklının beyanından -zımnen de olsa- anlaşılmalıdır.[1348]

Viyana Satım Sözleşmesi ise tabiatı gereği sadece art arda teslimli sözleşmelere dair hususî kurallar (bkz. md.73) öngörmüştür; zira bu Sözleşme'nin tatbik sahası yalnızca satım sözleşmeleriyle yani âni edim ihtivâ eden bir sözleşme türüyle sınırlıdır.[1349] Dolayısıyla sürekli borç ilişkilerine dair CISG'de bir düzenlemenin yer almayışı ilginç değildir.

İngiliz hukuku ise basitçe karşılıklı edim mübâdelesi sözleşmeleri (satım bu gruptadır), taksitli teslim sözleşmeleri ve sürekli borç ilişkileri arasındaki ayrımı, sistemin kurucu bir unsuru olarak görmemektedir. Bu farklı sözleşme türlerinin tümüne sözleşmeye aykırılığa dair genel kurallar tatbik edilegelmiştir. Zaten anılan hukuk sisteminde sözleşmenin sona erdirilmesi, kural olarak, yalnızca "ileriye etkili *(ex nunc)*" sonuç doğurmaktadır.[1350]

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ve UNIDROIT İlkeleri de sürekli borç ilişkilerinin feshi için özel bir düzenleme öngörmemekte, bu sözleşmeleri basitçe karşılıklı edim mübâdelesi sözleşmeleri ve art arda teslimli sözleşmeler ile aynı rejime

---

[1347] **Medicus/Lorenz,** § 49 N.8. Söz konusu § 314 Abs.2 BGB hükmünün birinci cümlesine göre: *"Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig…"*
[1348] **Medicus/Lorenz,** § 49 N.8.
[1349] **Weidt,** s.142.
[1350] **Weidt,** s.142.

tâbi tutmaktadır. Bununla birlikte Alman hukukunda olduğu üzere, sürekli borç ilişkilerinin özel niteliği ve sözleşme tarafları arasındaki özel (uzun bir sürece yayılan) güven ilişkisi göz önüne alınarak bu sözleşmelerin henüz muacceliyet öncesi süreçte sona erdirilmesini § 314 BGB hükmü örneğinde olduğu gibi ayrı bir düzenlemeye tâbi tutmak daha isabetli görünmektedir. İki yeknesak hukuk modeli bakımından bilhassa eleştirilmesi gereken nokta, düzenleme tekniklerinin yeterince sistematik olmaması ve dolayısıyla genel yapının anlaşılmasının güçleşmesidir.[1351]

E. Şarta Bağlı Borçlarda

Şart (*condicio juris*, mevcut TBK'da "koşul"), vâdeden farklı biçimde, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği herkes açısından yani objektif olarak kuşkulu bir vâkıadır.[1352] Şart, yine vâdeden farklı bir biçimde, sadece edimin muaccel hâle gelmesi bakımından değil, borcun hukukî sonuçlarının meydana gelmesi yahut mevcut sonuçlarının ortadan kalkması bakımından da önem arz eder.[1353] Bilindiği üzere TBK md.170 (Art.151 OR) ve devamındaki hükümlere istinaden taraflar aralarında mevcut olan bir borç ilişkisini geciktirici yahut bozucu şarta tâbi kılabilirler. Sadece genel olarak ifade etmek gerekirse; geciktirici şart TBK md.170/2 hükmü uyarınca mevcut yani geçerli biçimde kurulmuş bir sözleşmenin hüküm ve hukukî sonuçlarının meydana gelmesiyle,[1354] bozucu şart ise TBK md.173/1 hükmü uyarınca bir sözleşmenin hüküm ve hukukî sonuçlarının sona ermesiyle yani ortadan kalkmasıyla ilgilidir.[1355] Başka bir

---

[1351] **Weidt,** s.142.

[1352] **Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 15.B, İstanbul 2020, N.1467 ve N.1476; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7; **Sirmen, Lale:** Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992, s.47-49; **von Tuhr,** s.736; **Eren,** Borçlar Genel, N.3616 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.153; **Reisoğlu,** s.449; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.991 vd.; **İnan/Yücel,** s.552; **Feyzioğlu,** s.344 vd.; **Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal:** Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1958, s.797; **Nomer,** s.530 vd.; **Aybay,** s.177; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.372; **Söğütlü,** s.276; **Karadeniz Çelebican, Özcan:** Roma Hukuku Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, 17.B, Ankara 2014, s.244; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.70-71; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.989 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.381; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.972 vd.

[1353] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7.

[1354] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1512; **Eren,** Borçlar Genel, N.3645.

[1355] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1543 ve N.1547; **Eren,** Borçlar Genel, N.3646. TBK esas alınarak

deyişle geciktirici şarta tâbi borçlar, sözleşmenin kurulmasıyla doğar ancak hüküm ve sonuçlarını doğurması şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bozucu şarta tâbi borçlar ise sözleşmenin kurulmasıyla doğar ve hüküm ve sonuçlarını şart gerçekleşene kadar doğurmaya devam eder.[1356]

Şart müessesesine dair anılan bilgiler ışığında söylenebilir ki bir sözleşme, hukukî niteliği itibariyle taahhüt yahut tasarruf işlemi olması önem arz etmeksizin, taraflarca bozucu şarta tâbi kılınmışsa artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edilemez. Çünkü şayet bozucu şarta tâbi kılınan bir sözleşme hukukî niteliği itibariyle taahhüt işlemiyse, zaten bu işlem tesis edildiği ânda borç doğacak ve TBK md.90 (Art.75 OR) hükmü gereğince borç doğduğu ânda, kural olarak, muaccel hâle gelecektir.[1357] Öte yandan bozucu şarta tâbi kılınan bir tasarruf işlemi söz konusuysa, işlemin tesis edildiği ânda tasarrufa konu edim zaten alacaklıya geçecektir.[1358] Her iki durumda da bozucu şartın tahakkuku ile şarta tâbi işlemin yapılmasından önceki durum kendiliğinden yeniden ortaya çıkacaktır.[1359] İşte bu ihtimalde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geleceği müsait bir zaman dilimi, bir ara dönem (sözleşmenin kurulması ile edimin muaccel hâle gelmesi anına kadar geçecek süreç) mevcut değildir. Sadece ayrıksı bir hâl olarak bozucu şarta tâbi kılınan bir sözleşmede ayrıca ifanın gerçekleştirilmesi için bir vâde tâyin edilmişse ancak böylelikle öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geleceği müsait bir zaman dilimi, bir ara dönem mevcut olur.[1360]

---

yapılabilecek geciktirici-bozucu şart ayrımı hâricinde; Doktrinde şartın "iradî şart" ve "iradî olmayan şart" olarak tasnif edildiğine de rastlanır. İradî şartta şart olarak nitelendirilen vâkıanın gerçekleşip gerçekleşmemesi borçlunun, alacaklının yahut bir üçüncü kişinin iradesine bağlı olabilir. İradî olmayan şart ise, anılan süjelerden bağımsız olarak gerçekleşecek yahut gerçekleşmeyecek bir vâkıadır. Başka bir deyişle iradî olmayan şart, gerçekleşmesi alacaklının veya borçlunun elinde olmayan şarttır. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.331; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.5031 vd.

[1356] **Pulaşlı,** s.141 vd.; **Sirmen,** Şart, s.130 vd. Ancak doktrinde farklı bir görüş için bkz. **Yüce,** s.164-165.

[1357] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1544; **Eren,** Borçlar Genel, N.3650 vd.

[1358] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1545; **Eren,** Borçlar Genel, N.3655 vd.

[1359] Taahhüt (borçlandırıcı) işlemleri, bozucu koşulun gerçekleşmesiyle beraber, kural olarak, geleceğe yönelik *(ex nunc)* olacak şekilde ortadan kalkar. Tasarruf işlemleri açısından ise bozucu koşulun gerçekleşmesi "aynî bir etki" yaratır ve bunun neticesinde tasarruf işlemine konu olan şey, tekrardan devredene döner, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1550 ve N.1554; **Eren,** Borçlar Genel, N.3661 ve N.3668-3669

[1360] **Göka,** s.154.

Ancak dikkat edilirse bu son ihtimalde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi "vâde" tâyin edilmiş olmasından kaynaklanır; yoksa bozucu şartın bir etkisi söz konusu değildir.

Geciktirici (tâliki) şart bakımından ise durum özellik arz eder; zira geciktirici şart, daha önce değindiğimiz üzere[1361] bir tamamlayıcı olgu olarak nitelendirilebilir. Başka bir deyişle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bağlamında bilhassa tartışılması gereken şart, geciktirici şarttır. Bir sözleşmenin tümünün yahut aslî edim yükümlülüğünün veya yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebilecek birkaç hükmünün; konu, içerik, kapsam, ifa zamanı ve sâir ögeler yönünden geciktirici şarta tâbi kılınması mümkündür.[1362] Eğer sözleşme, geciktirici şarta tâbi kılınmış fakat taraflarca bir vâde tâyin edilmemişse, şartın gerçekleştiği ânda edim de muaccel hâle gelir. Şartın gerçekleşeceği âna kadar söz konusu olan "askı dönemi" içerisinde tarafların şartın gerçekleşmesi imkânını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülükleri mevcuttur.[1363]

Geciktirici şarta tâbi kılınan bir taahhüt işlemi ise sadece şart tahakkuk ettiğinde hüküm ve sonuçlarını meydana getirir.[1364] Ancak elbette ki taraflar, yaptıkları sözleşme ile şartın gerçekleşmesine kadar olan süreçte de bağlıdır.[1365] Zira hukukî niteliği itibariyle bir taahhüt işlemi olan sözleşme, geciktirici şarta tâbi kılınırsa sözleşme kurulmakta fakat hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak yani herkes bakımından şüpheli olan bir vâkıaya bağlı olacak biçimde ertelenmektedir. İşte sözleşmenin kurulmasından geciktirici şartın gerçekleşmesine yani sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesine dek geçen bu zaman dilimine "bekleme evresi (askı süresi)" adı verilip bu müddette

[1361] bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, III, E. Şarta Bağlı Borçlarda.
[1362] **Sirmen,** Şart, s.40.
[1363] **Akipek, Şebnem:** "Tamamlayıcı Olgunun Hukukî İşleme Etkisi", AÜHFD 1995, C.44, S.1, ss.269-291, s.287.
[1364] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1512 ve N.1540; **Eren,** Borçlar Genel, N.3650.
[1365] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1515; **Eren,** Borçlar Genel, N.3650.

alacaklının henüz doğmamış fakat umulan alacak hakkı üzerinde sadece "beklenen bir hakka" sahip olduğu ifade edilmektedir.[1366] Bu durumda da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez. Çünkü hukukî niteliği itibariyle taahhüt işlemi sayılan bir sözleşme, geciktirici şarta tâbi kılındığında, bir vâde tâyin edilmesinde olduğu gibi sadece muacceliyet ötelenmiş olmaz, bilakis bizzat borcun doğumu bu şartın tahakkukuna kadar ertelenir.[1367] Başka bir deyişle sözleşme geçerli bir biçimde kurulmuş olsa bile şartın gerçekleşmesinden önceki süreçte (bekleme evresinde, askı süresinde) aslî edim yükümlülüğü doğmaz, yani hâlihazırda bir alacak hakkı da bir borç da söz konusu olmaz.[1368] İşte şartın gerçekleşmesinden önceki süreçte borç henüz doğmadığından ötürü sözleşme taraflarından biri bekleme evresindeyken (askı süresinde) beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla edimini yerine getirmeyeceğini kesin bir biçimde ortaya koysa dahi öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmez; sadece bu tutuma mâruz kalan taraf TBK md.171/2 hükmüne[1369] istinaden tedbir alabilir. Aynı tespitler, taraflardan birinin aralarındaki sözleşmeyi bir sebeple geçersiz saydığını beyan etmesi bakımından da isabetlidir. TBK md.171/2 hükmü bağlamında, şarta tâbi borçta hakkı tehlikeye giren alacaklı, beklenen hakkını koruyabilmek adına "ihtiyati haciz" yahut "tapu siciline şerh düşülmesi" gibi bazı tedbirler alabilir.[1370] Söz konusu tedbirlerin alınabilmesi için ise tehlikenin somut olması, olayın niteliğine göre borçlunun şartın gerçekleşmesinden önceki süreçte borcun gereği gibi yerine getirilmesini engelleyecek şekilde hareket etmesi gereklidir.[1371] TBK md.171/3 hükmü nedeniyle de şartın gerçekleşmesinden önceki süreçte yapılan tasarruf işlemleri ise, "şartın hükümleri"yle çeliştiği ölçüde geçersiz olur. İlâveten TBK md.175 hükmünde

[1366] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1519; **Eren,** Borçlar Genel, N.3650.
[1367] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7; **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1515-1516 ve N.1540 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3650;
[1368] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1515-1516 ve N.1540 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3650; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7.
[1369] TBK md.171/2 hükmüne göre: *"Koşula bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı koşula bağlı olmayan alacaklıların haklarını korumak üzere başvurabilecekleri önlemleri alabilir."*
[1370] **Eren,** Borçlar Genel, N.3652; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.1007; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.333-334; **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1520.
[1371] **Eren,** Borçlar Genel, N.3652.

şartın gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı biçimde engellemek yahut sağlamak gibi hâllerde şartın gerçekleşmiş yahut gerçekleşmemiş sayılması gerektiği de öngörülmüştür. Esasen TBK md.171 ve md.175 hükümleri göz önüne alındığında, hüküm ve sonuçlarını doğurması şarta tâbi kılınmış sözleşmeden veya sözleşme maddelerinden faydalanacak alacaklı ve borçlu için yeterli hukukî himâyenin sağlandığı ifade edilebilir.

Doktrinde, şartın gerçekleşmesinin "ne kadarlık bir süre" beklenmesi gerektiğinin tâyininde dürüstlük kuralının esas alınacağı ve şartın borçludan kaynaklanan sebeplerle gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda borcun o ân muaccel hâle geleceği ileri sürülmektedir.[1372]

Yine doktrinde *Cumalıoğlu* da yukarıdaki tespitlerimizle aynı görüştedir. Anılan yazara göre geciktirici (tâliki) şart gerçekleşene kadar sözleşme askıda olduğundan beklenen bir hak söz konusudur. Borcun henüz hüküm ve sonuçlarını doğurmadığı bir safhada, şart gerçekleşinceye dek öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez; kaldı ki böyle bir borca aykırı da davranılamaz. Hatta borçlu, kendisine yetki verilmiş bir "iradî geciktirici şartın" mevcut olduğu durumda "şart gerçekleşse de edimini ifa etmeyeceğini" kesin biçimde beyan etse bile şart gerçekleşmezse öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da meydana gelmez. Ancak şartın gerçekleşmesinden önceki safhada borçlunun böyle bir ifadan imtinâ beyanında bulunmuş olması, şartın gerçekleşmesinden sonra öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açacak bir sebep sayılır.[1373] Fakat *Cumalıoğlu'*nun tespitlerine ilâveten kanaatimizce borçlu, şartın gerçekleşmesinden önceki safhada ifadan imtinâ beyanında bulunmuşsa, şart gerçekleştiğinde muhakkak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geleceği söylenemez; zira borçlu her ne kadar öncesinde ifadan imtinâ beyanında bulunmuş olsa

[1372] **Yüce,** s.170.
[1373] **Cumalıoğlu,** s.73.

bile sırf şartın gerçekleşmesiyle birlikte bu fikrini değiştirip edimini tam ve gereği gibi yerine getireceğini beyan edip buna uygun davranma olanağına sahiptir. Kısacası bir borç, geciktirici şarta tâbi kılınmış ve ayrıca taraflarca bir vâde tâyin edilmişse; öncelenmiş sözleşmeye aykırılık en erken şartın gerçekleşmesinden sonra, en geç ise vâde tarihinden önce meydana gelebilecektir.

Şayet geciktirici şarta tâbi kılınan işlemin hukukî niteliği bir tasarruf işlemiyse tasarrufa konu edim, şartın tahakkukuyla beraber kendiliğinden alacaklıya yani karşı tarafa geçer.[1374] İşte bu hâlde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bakımından ulaşılması gereken sonuç aynıdır: Öyle ki burada da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşebileceğinden söz edilemez fakat alacaklı sadece beklenen bir alacak hakkının tehlikeye düşürülmesinden bahisle TBK md.171/2 hükmünden yararlanabilir. İlâveten taahhüt işlemlerinden farklı olarak alacaklı, tasarruf işlemleri açısından TBK md.171/3 hükmüyle de himâye edilir.[1375]

Doktrinde bir görüş tarafından sadece sözleşmenin yani bir borç ilişkisinin değil, bunun yanı sıra borç ilişkisinden doğan her bir münferit borcun da şarta tâbi kılınabileceği savunulmaktadır.[1376] *Göka,* anılan görüşün kabul edilmesi durumunda bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile "şart" müessesesi arasındaki bağlantı bakımından yapılan tespitlerin değişmeyeceği görüşündedir.[1377] *Yüce* ise borcun ifa zamanının da şarta tâbi olarak tâyin edilmesinin olanaklı olduğunu ve böyle bir hâlde muacceliyetin, şartın tahakkuk etmesiyle gerçekleşeceğini ifade etmektedir.[1378] Bu duruma örnek olarak ise sözleşmeden doğan borcun sadece belli bir taraf "işe girdiği

[1374] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1515-1516 ve N.1540 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3655.
[1375] TBK md.171/3 hükmüne göre: *"Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur."* Hatta yine bir "himâye düzenlemesi" olarak anmamız gerekirse TBK md.175 hükmünde taraflardan birinin geciktirici (tâliki) şartın gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı olarak engellemesi durumunda şartın gerçekleşmiş gibi sayılması gerektiği öngörülmüştür.
[1376] **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1468 ve N.1470; **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1326-1327. Ancak bkz. ve karş. **Sirmen,** Şart, s.38 vd.
[1377] **Göka,** s.156.
[1378] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1326 vd.

takdirde" ifa edileceği öngörülmüşse artık ifa zamanının geciktirici şarta tâbi kılındığı verilebilir.[1379] Hemen yukarıda andığımız görüşün ileri sürdüğü gibi sözleşmenin yani borç ilişkisinin kendisi değil de bundan doğan tek bir borç geciktirici şarta tâbi kılınırsa, söz konusu borç, şart tahakkuk ettiğinde muaccel olur. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki bu hâlde bile şart, vâdeden farklı bir biçimde, yalnızca muacceliyeti ertelemez, doğrudan tek bir münferit borcun doğumunu ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği objektif olarak yani herkes bakımından kuşkulu olan bir vâkıanın meydana gelmesine dek öteler.[1380] Bu hâlde "borcun doğması" ve "muaccel olması" zaman itibariyle aynı ânda olmakla beraber, ifa zamanı şarta tâbi kılınmış[1381] olmaz.

Nihayetinde bir başka meseleye değinmeden önce yukarıda B. altbaşlığında incelediğimiz "vâde" ile geciktirici (tâliki) şartı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık temelinde bir arada irdelemek gereklidir: Her iki müessesenin özü birbirinden farklıdır, vâde belirli bir tarihe *(dies certus an)* işaret ederken; şart doğası gereği belirsizlik *(dies incertus an)* içerir. Buna rağmen doktrinde, her iki müessesenin de tamamlayıcı olgu olduğu ileri sürülür[1382] ve ikisinin de borcun hüküm ve sonuçlarını doğurmasına yol açacağı belirtilir.[1383] Yine doktrinde *Sirmen* ise genellikle "borcun ifası" bakımından bir vâdenin tâyin edildiğine rastlandığını, fakat "borcun doğumu" bakımından dahi bir vâde kararlaştırmanın mümkün olduğunu; âni edimli borç ilişkilerinde ilk hipotezin, sürekli edimli borç ilişkilerinde ise ikinci hipotezin görüldüğünü ifade etmektedir.[1384]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında vâde, "ifaya ilişkin" olarak ele alınmaya müsaittir. Bu anlamıyla vâdede, şarttan farklı biçimde, ileride gerçekleşeceği

[1379] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1326.
[1380] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7; **Oğuzman/Öz,** C.II, N.1470 ve N.1515-1516 ve N.1525; **Eren,** Borçlar Genel, N.3650 vd.
[1381] **Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu,** *Yüce*, s.1326 vd.
[1382] **Akipek,** Tamamlayıcı Olgu, s.284.
[1383] **Oğuzman/Barlas,** N.724 vd.; **Dural/Sarı,** N.1179.
[1384] **Sirmen,** Şart, s.90.

kesin bir vâkıa söz konusu olduğundan "bekleme" hâli[1385] mevcut olmasına karşın bu bir "askı süreci" değildir.[1386] Geciktirici şartta ise şartın tahakkukuyla beraber sözleşme hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği için[1387] alacaklının "beklenen hakkı" mevcuttur. Dolayısıyla vâde, muacceliyeti askıya alırken; geciktirici şart, bizzat borcu askıya alır.[1388] Bunun tabiî sonucu olarak geciktirici şartın tahakkuk edeceği âna dek geçecek süre zarfında muacceliyet hiçbir şekilde meydana gelmez.[1389] Ancak sözleşmenin "muacceliyet kaydı" ihtivâ etmesi yahut İİK md.195/1 hükmüne göre iflâsın açılması ile muacceliyetin gerçekleşmesi kuralı gibi bazı ayrıksı hâllerde borç henüz vâde gelmemişken bile muaccel olabilir. Vâdeden önce yerine getirilen bir edim geri istenemezken, geciktirici şartın gerçekleşmesinden önce yerine getirilenler TBK md.77 (Art.62 OR) ve devamındaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden geri istenebilir.[1390] İşte tüm bu benzerlik ve farklarından ötürü vâdeden önceki süreçte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelirken -olağan ve beklenen ihtimal çoğu kez budur- geciktirici şarta tâbi kılınan bir sözleşmede şartın gerçekleşmesinden önceki askı safhasında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa rastlanmaz. Bunun tek ayrıksı hâli, yukarıda etraflıca tartıştığımız üzere; geciktirici şartın gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu, şart gerçekleşip de vâde gelse bile edimini ifa etmeyeceğini kesin bir biçimde beyan etmişse ve/veya tutum ve davranışlarından açıkça anlaşılabiliyorsa daha sonra şart gerçekleşirse alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanabilecek olmasıdır. Fakat bu ayrıksı ihtimalde bile borçlunun askı safhasında ortaya koyduğu ifadan imtinâ beyanını, şartın gerçekleşmesiyle birlikte fikir değiştirip geri çekebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

[1385] **Sirmen,** Şart, s.131 vd.; **Pulaşlı,** s.144 vd.
[1386] **Akipek,** Tamamlayıcı Olgu, s.285.
[1387] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.330, s.333; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.19; **Dural/Sarı,** N.1179.
[1388] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7.
[1389] **Eren,** Borçlar Genel, N.3650; **Barlas,** s.24.
[1390] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 5 N.7; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3427; **Eren,** Borçlar Genel, N.3653; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 5 N.7.

IV. HENÜZ MUACCELİYET GERÇEKLEŞMEMİŞKEN İFADAN HAKSIZ BİÇİMDE KAÇINMA YA DA İLERİDEKİ İFANIN OBJEKTİF BİÇİMDE TEHLİKEYE DÜŞMESİ

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik görünümlerinden biri, çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte haksız biçimde edimini yerine getirmekten yani ifayı gerçekleştirmekten kaçınmasıdır.[1391] İlerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düştüğü hâller de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair kuralların tatbik sahasında ele alınmalıdır.[1392] Dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bunlardan en az birinin mevcut olması ve bunlar açısından ayrıca "kesinlik" koşulunun da[1393] sağlanması zorunludur.

V. HAKSIZ KAÇINMANIN YA DA İFAYA DAİR TEHLİKENİN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜYLE İLGİLİ OLMASI

Daha önce detaylıca açıkladığımız üzere[1394] bir sözleşmede aslî edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ve çoğu durumda yan yükümler mevcut olabilir.[1395] Yine bilindiği üzere aslî edim yükümlülükleri; sözleşmeyi karakterize eden, bir sözleşmeyi diğerlerinden ayırt etmeye yarayan, hatta deyim yerindeyse sözleşmenin ruhunu oluşturan ve bir sözleşmenin hukukî niteliğini ve tipini tâyin eden edim

---

[1391] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü" – *"endgültige Erfüllungsverweigerung"*).

[1392] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 2. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesi (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Objektif Görünümü" – *"objektive Erfüllungsgefährdung"*).

[1393] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, c. "Kesinlik" Koşulu.

[1394] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 2. Türk Hukukunda.

[1395] Daha detaylı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.41 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.29 vd.; **İnan/Yücel,** s.81 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.26 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.99 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.5 vd; **Nomer,** N.8.2 ve N.8.5; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.44 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.247 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.44 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.143; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.17 vd.; **Yıldırım,** s.23 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.10 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.29 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.58 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.54.

yükümlülükleridir.[1396] Böyle bir fonksiyonu hâiz olan aslî edim yükümlülükleri, ayrıca hemen her durumda sözleşmeden doğan "asıl borcu" da anlatır.[1397] Örneğin bir eser sözleşmesinde yüklenicinin hiç yoktan bir eser yaratmayı veya mevcut bir eseri tadil, hatta tahrip etmeyi üstlenmesi, buna mukabil işsahibinin bir bedel ödeyecek olması; satım sözleşmesinde satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmeyi alıcının da buna mukabil bir bedel ödemeyi üstlenmesi; kira sözleşmesinde kiraya verenin, kiralananın kullanımını ve/veya ondan yararlanma hakkını kiracıya devretme, kiracının da buna mukabil bir bedel ödemeyi üstlenmesi hep birer aslî edim yükümlülükleridir.[1398] Buna karşın yan edim yükümlülükleri ise kararlaştırılıp kararlaştırılmaması sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen, sözleşmenin karakterini yahut hukukî tipini tespit edici olmayan ve aslî edim yükümlülüğüne nazaran daha tâlî (*seconder,* ikincil) mahiyette ve amaç barındıran yükümlülüklerdir.[1399] Örneğin satım sözleşmesine konu bir malın alıcıya teslim edilmeden evvel korunaklı biçimde paketlenmesi yahut daha da ötesinde rizikolara karşı malın sigorta ettirilmesi tipik bir yan edim yükümlülüğüdür.[1400] Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki bir yan edim yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi durumunda alacaklı, bunun ifasını temin maksadıyla aslî edim yükümlülüğünden bağımsız biçimde talep ve dava yollarına başvurabilir.[1401] Bu hususun oldukça önemli olmasının sebebi, "yan yükümler"in kendi içerisinde ifaya yardımcı yan yükümler ve koruma yükümlülükleri biçiminde tasnif edilmesi ve bunların hukukî akıbetinin tümüyle aslî edim yükümlülüğüne tâbi

---

[1396] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.17; **İnan/Yücel,** s.82; **Eren,** Borçlar Genel, N.88; **Kılıçoğlu,** N.223.

[1397] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.7; **Eren,** Borçlar Genel, s.31-32; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.15 vd.

[1398] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, § 2 N.7; **Eren,** Borçlar Genel, s.31-32.

[1399] **İnan/Yücel,** s.82; **Eren,** Borçlar Genel, s.32-33; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.42-44.

[1400] **Eren,** Borçlar Genel, N.99; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.43. Ancak bu vesileyle değinmek gerekir ki satılan bir malın paketlenmesi hususunun aslî edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bunun yan edim yükümlülüğü sayılamayacağı yönünde bir görüş de söz konusudur, bkz. **Kuntalp, Erden:** Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. No: 291, Ankara 1971, s.89-90.

[1401] **İnan/Yücel,** s.82; **Eren,** Borçlar Genel, N.91; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.229.

olmasıdır.[1402] İşte bundan ötürü yan yükümlerin ifası tek başına talep ve dava edilemez.[1403]

İşte borçlar hukukumuzda genel olarak andığımız özellikleri gösteren edim yükümlülükleri ve yan yükümler konusunda durum böyledir. Bunlara istinaden kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, aslî edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri bakımından meydana gelebileceği gibi daha az durumda yan yükümler bakımından da meydana gelebilir. Buna dair daha önce geniş açıklamalarda[1404] bulunmuş olmakla birlikte kısaca ifade etmek isteriz ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, Türk hukukunda var olan bir gerçekliktir ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olan edimin aslî edim veya yan edim yükümlülüğü yahut bir yan yüküm olması önem arz etmez. Yine daha da öncesinde değindiğimiz üzere[1405] bu konuda esas olan, edimin niteliği değil; edimin ihlâli hâlinde ifa menfaati zedelenen taraf için sözleşme ilişkisini çekilmez duruma getirip getirmediğidir. Elbette kesin bir kural olmamakla birlikte, aslî edim yükümlülüğü ihlâlinin önemine binaen esaslı bir ihlâl sayılacağı ve (diğer koşulları da oluşmuşsa) öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açacağı yadsınamaz. Bununla birlikte madem ki yan edim yükümlülükleri ister kanundan ister sözleşmeden isterse de dürüstlük kuralından doğsun, aslî edim yükümlülüğünün tam ve gereği gibi ifa edilmesine hizmet eder, öyleyse bunların ihlâli de gelecekte aslî edim yükümlülüğünün ihlâl edilmesine sebep olacağından yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açacağı yadsınmamalıdır.

Nihayetinde yan yükümlerin kendi içerisinde "ifaya yardımcı yan yükümler" ve "koruma yükümleri" olarak tasnif edildiği[1406] gerçeğinden hareketle iki tespitte daha

[1402] **Eren,** Borçlar Genel, s.36 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.44; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.47 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.31 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.55 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.62 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.292.
[1403] **Eren,** Borçlar Genel, N.101; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.231.
[1404] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 2. Türk Hukukunda.
[1405] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, II, B, 1. Mukayeseli Hukukta ve Özellikle CISG Sisteminde.
[1406] **Eren,** Borçlar Genel, s.37 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.44; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.47 vd.;

bulunmak gerekir: Kanaatimizce ilk olarak; ifaya yardımcı bir yan yükümün ihlâli, amaçsal (gaî) bir yorumla, yan edim yükümlülüğünün ihlâlinden farklı değildir. Zira her ikisi de günün sonunda aslî edim yükümlülüğünün gelecekte tam ve gereği gibi ifa edilmesine hizmet eder. Yan edim yükümlülüğü ihlâl edildiğinde hem cebren icrasının dava edilebilmesi hem de tazminata konu olabilmesi fakat yan yüküm ihlâl edildiğinde bunun sadece bir tazminata konu olabilmesi, tespit ettiğimiz gerçeği değiştirmez. Bu konudan bağımsız ayrı bir problemdir. Her iki müessese de aslî edimin doğru ifası için vardır. Hâl böyleyken yan yükümün ihlâli, tıpkı yan edim yükümlülüğünün ihlâli gibi, eğer sözleşme ilişkisini alacaklı için çekilmez hâle getirmekteyse bir esaslı ihlâldir ve (diğer koşulları da oluşmuşsa) öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilir.

Doktrinde katılmadığımız ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın özünün edim yükümlülükleri konusuna değil de ihlâlin "esaslı" olup olmamasına dayandığı gerçeğini göz ardı eden bir görüşe göre, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifasından imtinâ edilen edimin, kural olarak, aslî edim yükümlülüğü olması gerektiğini ileri sürer.[1407] Bu görüşün dayanak gösterdiği yazarlardan *Decurtins*'e göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından, borçlunun aslî edim yükümlülüğünün bir parçası sayılmadığı sürece sırf bir yan yükümü yerine getirmekten imtinâ etmesi yeterli görülmemelidir.[1408] Yine *Koller,* satım sözleşmesine konu olan bir atın satıldıktan sonra fakat henüz teslim edilmesinden önce satıcının, elindeki ata yem vermekten imtinâ ettiği, alıcının yem verilmesi isteklerine aldırış etmediği bir olayda teslimin yapılmasına kadar atın öleceğinin yahut ciddî olarak zarara uğrayacağının kesin biçimde öngörülebilir olmasını, "henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâya" mahiyeti itibariyle benzetmekte fakat söz konusu olayda doğrudan aslî edime ilişik,

---

Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s.31 vd.; **Eren/Dönmez,** Şerh C.I, s.56 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.63 vd.

[1407] **Göka,** s.158.

[1408] **Göka,** s.158.

onun parçası sayılabilecek bir yan yüküme aykırı davranıldığını da eklemektedir.[1409] *Göka'*ya göre bu örnekte olduğu gibi ayrıksı durumlarda, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun yerine getirmekten imtinâ ettiği bir yan yüküm olsa bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelmiş sayılabilmelidir. Elbette bunun kabul edilebilmesi için, yan yükümün yerine getirilmesinden henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kaçınılmasına istinaden, *Koller*'in örneğindeki gibi doğrudan doğruya aslî edim yükümlülüğünün ifasının gerçekleştirilmeyeceğinin yahut büyük bir olasılıkla tehlikeye girdiğinin kesin biçimde öngörülebilmesi yeterli sayılmalıdır.[1410]

VI. SORUMLULUK İÇİN ZARAR, UYGUN İLLİYET BAĞI VE KUSUR DEĞERLENDİRMESİ

Esasen haksız fiil sorumluluğuna dair TBK md.49 (Art.41 OR) hükmünden çıkartılan "fiil", "haksızlık (hukuka aykırılık)", "kusur", "zarar", "uygun illiyet bağı" gibi şartlara benzer biçimde akdî (sözleşmesel) sorumluluğun koşulları "geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme", "bundan doğan bir borç", "sözleşmeye aykırı hareket edilmesi", "bu nedenle bir zarar doğması", "borçlunun sözleşmeyi ihlâl etmekte kusurlu olması" ve nihayetinde "sözleşme ihlâliyle zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması" olarak sayılabilir.[1411] Elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi de nihayetinde bir borca aykırılık hâli olması münasebetiyle, akdî (sözleşmesel) sorumluluk çatısı altında yer alır ve bu nedenle öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta da akdî sorumluluğun genel şartlarından mülhem olarak bazı şartlar aranmaktadır.[1412] Nitekim bunlardan "geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme", "bundan doğan bir borç" ve "sözleşmeye aykırı hareket edilmesi" şartları, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık

[1409] **Göka,** s.158.
[1410] **Göka,** s.158.
[1411] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.414 vd.
[1412] **Weidt,** s.212 vd., s.221-224; **Göka,** s.158.

müessesesi bağlamında yukarıda incelenmişti.[1413] Keza "zarar" şartı apayrı olarak aşağıda incelenecektir.[1414] Dolayısıyla işbu başlıkta kalan şartlardan olan "kusur" ve "uygun illiyet bağı" şartları ele alınmaktadır.

Doktrinde bir görüş olarak *Göka*'ya göre; öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir zarara sebebiyet vermesi hâlinde borçlunun sorumlu tutulabilmesinin bir şartı, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeye aykırı hareket etmekte "kusurlu" olmasıdır.[1415] Bu görüş, esasen BGB sisteminde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmekten kesin biçimde imtinâ ettiği tüm hâllerde, kural olarak, kusurlu olduğunun varsayıldığı gerçeğine dayanmaktadır.[1416] Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ edeceğini ortaya koyan borçlunun, kural olarak, bunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vereceğinin idrakinde yahut bilincinde olması zorunlu değildir fakat söz konusu kaçınma, hukukî durum yahut olaylara dair örneğin yanlış veya eksik bir bilgiden kaynaklanıyorsa farklı ihtimallerin gündeme gelebileceğine daha önce değinmiştik.[1417] İşte söz konusu ihtimaller, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya koyduğu beyan ve/veya tutum ve davranışlarının kesin biçimde bir ifadan imtinâ oluşturup oluşturmadığını saptamak bakımından önem arz eder. Öyle ki "kesinlik" koşulunun gerçekleştiği tüm durumlarda artık borçlu, kural olarak, kusurlu sayılır.[1418] Fakat Alman hukukunda *Weidt*'a göre, sıkça karşılaşılmayacak bazı ayrıksı hâllerde "borçlunun hatası", kusur olarak değerlendirilmeyip mazur görülmelidir. *Weidt,* bu tespitine örnek olarak, henüz

[1413] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I. Geçerli Bir Sözleşme ve Mevcut Bir Borcun Gerekliliği.
[1414] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, E, 2. Sözleşmeden Dönme ve Menfî Zararın Giderilmesini İsteme. Ayrıca bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, E, 3. Aynen İfa İsteminden Vazgeçip Müspet Zararın Giderilmesini İsteme. Yine ayrıca bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, G, 2. Türk Hukuku Bakımından.
[1415] **Göka,** s.159.
[1416] **Weidt,** s.223.
[1417] Söz konusu ihtimaller ve bunların henüz muacceliyet gerçekleşmemişken gündeme gelen ifadan kaçınmanın kesinliğine dair etkileri hakkında detaylı açıklamalar için, bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, c. "Kesinlik" Koşulu.
[1418] **Göka,** s.159.

muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmekten imtinâ etmesinin gerekçesi yerleşik bir yüksek mahkeme içtihadına dayanmaktaysa fakat buna dair hukukî değerlendirmeler daha yeni tarihli bir içtihatta değişmişse borçlunun mazur görülmesi gerektiğine işaret eder.[1419] İlerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye girdiği durumlarda borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sorumlu sayılıp sayılmayacağı hususunda ise doktrinde "tamamen aynı şartlar dâhilinde borçlu ifa zamanında (edim muaccelken) sorumlu sayılabilecekse, muacceliyetten önce de artık sorumlu sayılabilmelidir" şeklinde bir ölçüt öne sürülmüştür.[1420] İşte *Göka*'ya göre böyle bir ölçüt getirmek mümkün ise borçlunun ilerideki ifanın tehlikeye düşmesinde kusurlu sayılması gerekir.[1421]

Yukarıda değindiğimiz görüşlerin aksine katıldığımız ve Türk hukuk sistemine uygun olan görüş de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için kusurun aranmamasıdır. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. Sayılan sorumluluk sebeplerinin hiçbirinde kusur, bir oluşum koşulu olmadığına göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kusur aramanın bir açıklaması olamaz. Kaldı ki kanaatimizce isabetli olan gelecekteki ihlâl kuramına *(non-actual breach theory)* göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; gelecekteki ihlâl ile muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki aşamada başvurulabilecek talepler arasında âdeta bir "köprü kurmakta" ve gelecekteki ihlâle dair müeyyideleri şimdiden talep edilebilir hâle getirmektedir. Öyleyse temerrüt, ayıplı ifa, kötü ifa ve benzeri için kusur aranmamaktayken, bunların alacaklıya tanıdığı çeşitli imkânların, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken kullanımını sağlayan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için kusurun aranması çelişkili olurdu. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinde

[1419] **Weidt,** s.224.
[1420] **Weidt,** s.209; **Göka,** s.159.
[1421] **Göka,** s.159

kusur, sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle ifa menfaati zedelenen tarafın (alacaklının) zararının tazmininde önemli bir unsur olabilir. Türk hukuku bakımından yine bu yönde görüş bildiren *Cumaloğlu* da borçlunun temerrüdünde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında, satım sözleşmesine konu olan malın ayıplı çıkmasından ötürü alıcının başvuracağı seçimlik haklarda borçlunun kusuru aranmadığı gibi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması için de kusurun bir şart olmadığını ifade eder. Ayrıca yazar, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden alacaklının kendi ediminin ifasını askıya alma hakkını kullanması, karşı taraftan bir teminat istemesi veya öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilmesi için de borçlunun kusurunun aranmayacağını belirtir.[1422]

"Kusur" tartışmasından sonra belirtmek gerekir ki borçlunun zarardan sorumlu tutulabilmesi için ilâveten henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ etmesi yahut ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesi ile alacaklının mâruz kalacağı zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır.[1423] Örneğin borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ifadan imtinâ etmeseydi bile alacaklının (mesela bir beklenmedik durum nedeniyle) mevcut zarara mâruz kalacağı kanıtlanabilirse borçlu sorumlu sayılmamalıdır.[1424] İlerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye düşmesinin sözleşme taraflarından bağımsız biçimde gelişen dar ve teknik anlamda beklenmedik hâl (kaza) veya mücbir sebepten ileri gelmesi durumunda da aynı neticeye varılmalıdır.[1425]

[1422] **Cumalıoğlu,** s.38-39.

[1423] **Weidt,** s.223. Ayrıca uygun illiyet bağı kavramı doktrinde şöyle ifade edilir: *"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.",* bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.1683.

[1424] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.430.

[1425] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 2, c. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesinin Borçlunun Sorumluluk Sahasına Giren Bir Sebepten İleri Gelmesi.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 8. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK İLE SONRAKİ İFA İMKÂNSIZLIĞI MÜESSESELERİNİN YARIŞMASI

I. TÜRK HUKUKUNDA ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ OLARAK SONRAKİ İFA İMKÂNSIZLIĞI

A. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması ânında, yani başlangıçtaki objektif imkânsızlık durumunda TBK md.27 (Art.20 OR) hükmünde de öngörüldüğü üzere sözleşme geçersiz, başka bir deyişle kesin hükümsüzdür.[1426] İşte böyle bir hâlde imkânsızlığı bilen veya kendisinden beklenebilecek özeni gösterseydi bilebilecek durumda olan borçlu, alacaklının menfî zararını yani sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğuna olan güveninin boşa çıkması nedeniyle uğramış olduğu zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Keza bu husus, başlangıçtaki objektif imkânsızlığın sonucu olduğu kadar, sözleşme müzâkereleri sırasında meydana gelen edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendirilen *"culpa in contrahendo"* yani sözleşme öncesi güven sorumluluğunun da bir sonucudur.[1427] Elbette aynı sonuçlar, alacaklı açısından da gündeme gelebilir. Fakat her iki taraf da bu durumu bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse, yani ortada iki tarafa da yüklenilebilecek bir kusur yoksa tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır. Taraflardan her ikisi de bu durumu biliyor ise TBK md.52 (Art.44

[1426] **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.186 vd.; **von Tuhr,** s.252 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.814; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.289 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.259 vd.; **Reisoğlu,** s.138 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.403 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.230 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.333; **Ayan,** Borçlar Genel, s.209; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.144 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.277; **Hatemi/Gökyayla,** § 11 N.26; **Akıntürk/Ateş,** s.57-58; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** N.258; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.118; **Aybay,** s.41; **İnan/Yücel,** s.231-232; **Yıldırım,** s.100; **Ozanemre Yayla,** s.68 vd.; **Nomer,** N.56.

[1427] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **Demircioğlu, Huriye Reyhan:** Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

OR) hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbiki neticesinde tazminat alacaklısının müterafik (birlikte) kusuru, tazminattan indirime gidilmesine yol açacaktır.

Sonraki imkânsızlık müessesesi ise TBK md.136 (Art.119 OR) ve md.137 hükümlerinde genel olarak; satım, kira, eser, hizmet, pazarlamacılık, yayım, taşıma, ölünceye kadar bakma, adi ortaklık ve benzeri sözleşmeler bakımından ise ilgili hükümlerde özel olarak düzenlenmektedir.[1428] Sonraki imkânsızlığın da teknik anlamda bir imkânsızlık olarak nitelendirilebilmesi için "süreklilik" ve "kesinlik" özelliklerini hâiz olması gerekmektedir. Zira bilindiği üzere geçici imkânsızlık durumunda borç, sonradan ifa edilebilir niteliktedir. Buna örnek olarak piyano dersi veren bir hocanın, hastalığı sebebiyle hafta sonu ders verememesi gösterilebilir, çünkü hoca iyileştiğinde veremediği dersi telâfî edebilecektir. İşte görüldüğü üzere bu hâlde gerçek ve teknik anlamda bir imkânsızlık mevcut değildir. Fakat geçici imkânsızlığın ne müddetle devam edeceği belirsizse ve dürüstlük kuralı uyarınca taraflardan böyle bir belirsizlik altında akdî ilişkiyle bağlı kalmaları beklenemeyecekse yahut sözleşmenin maksadı tehlikeye girmekteyse veya sözleşmenin maksadı ortadan kalkacaksa ya da beklenilmesi hâlinde edimin niteliği bütünüyle değişecekse veya edimin daha sonra ifa edilmesinde alacaklının bir menfaati olmayacaksa yahut nihayetinde mutlak (objektif) bir kesin vâde mevcutsa imkânsızlık tam ve kesin sayılır[1429] ve bunun ortaya çıkmasında kusuru olan

[1428] Sonraki imkânsızlığın her bir sözleşme türündeki özel görünümlerine değinmek gerekirse örneğin, satılan mala dair hasarın üstlenilmesi, sonraki ifa imkânsızlığından kaynaklanan özel bir ifa engeli hâli olarak nitelendirilebilir. Kira sözleşmesinde "Gereksinim, Yeniden İnşa ve İmar" başlıklı TBK md.350 hükmü; pazarlamacılık sözleşmesinde "Pazarlama Faaliyetinin Engellenmesi" başlıklı TBK md.456 hükmü; eser sözleşmesindeki "Eserin Yok Olması", başlıklı TBK md.483 hükmü, "İşsahibi Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması" başlıklı TBK md.485 hükmü, "Yüklenicinin Ölümü veya Yeteneğini Kaybetmesi" başlıklı TBK md.486 hükmü; yayım sözleşmesinde "Kişisel Sebeplerle Sona Ermesi" başlıklı TBK md.500/1 hükmü; ölünceye kadar bakma sözleşmesinde "Önel Verilmeksizin Fesih" başlıklı TBK md.617 hükmü; adi ortaklık sözleşmesinde "Sona Erme Sebepleri/Genel Olarak" başlıklı TBK md.639 hükmü sonraki imkânsızlığa dair özel nitelikli hükümlere örnek olarak sayılabilir.

[1429] Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre *"Şüphesiz geçici imkansızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural ''ahde vefa, söze sadakat'' ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkansızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine ''akde tahammül süresi'' denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir (Yargıtay*

tarafa TBK md.112 (Art.97 OR) hükmü tatbik edilebilir.[1430] Bununla birlikte geçici imkânsızlık hâlinde sözleşmenin yorumlanması sonucunda tâyin edilmiş tarihten sonra dahi edimin yerine getirilebileceği çıkartılabiliyorsa temerrüt hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir.[1431]

Sonraki imkânsızlığa sebep olan vâkıa, beklenmedik bir biçimde ortadan kalkarsa -geçici imkânsızlık söz konusuysa- kural olarak borcun sona erip ermemesi bundan etkilenmez. Örneğin bir sahadaki imar yasağının oraya yapı yapılmasını imkânsızlaştırması, lâkin daha sonra bu yasağın kalkması hâli böyledir. Fakat bilhassa yasağın kısa bir süreliğine öngörüldüğü durumlarda "imkânsızlık" iddiasında bulunmak, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebilir. Bu hâlde, geçici imkânsızlığın söz konusu olduğu müddet (örnekteki imar yasağı süresi) sözleşmede kararlaştırılmış vâdeye eklenip de borcun ifası talep edilebilir. Nitekim aynı mantık yürütme, kısa süreli başlangıçtaki hukukî imkânsızlık bakımından da fiilî imkânsızlık bakımından da geçerlidir.[1432]

Sonraki imkânsızlık müessesesine dair genel düzenlemeler olan TBK md.136 (Art.119 OR) ve md.137 hükümlerinde "dar anlamda borç" esas alınmıştır. Bu hükümler kapsamında borç sona erer ve fakat borç ilişkisi yani geniş anlamda borç varlığını sürdürür. Dolayısıyla TBK md.137 hükmünde öngörülen ve bölünebilir mahiyetli edimler bakımından gündeme gelebilen "kısmî imkânsızlık"[1433] hâli, kısmî

Hukuk Genel Kurulunun 28.04.2010 gün ve 2010/15-193- 235 sayılı ilamı)." **[Yargıtay HGK, E.2011/13-528, K.2011/571, T.28.09.2011,** www.legalbank.net]. Ayrıca bkz. **Dural,** s.101-102.

[1430] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.204.

[1431] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.203 ve dn.144'te sayılan yazarların görüşü; **Eren,** Borçlar Genel, N.3262.

[1432] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1488; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.165. Ancak Öz, eserinde, imkânsızlık sayılan vâkıanın ortadan kalkmasının ardından -bilhassa aradan geçen zaman açısından- artık edimin yerine getirilmesinin borçlu tarafından teklifi yahut alacaklı tarafından istenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi hâlinde borç ilişkisinin sona ermesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin, imar mevzuatındaki değişiklikler neticesinde imkânsızlaşan yapı yapma taahhüdü, yüklenici işle irtibatını kestikten ve işsahibi de arsası üzerinde başka bir projeyi tatbike koyulduktan sonra imar mevzuatının tekrar eski hâline getirilip de ilk baştaki işin mümkün olmasına rağmen, imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır.

[1433] İlişkili maddeler olarak bkz. ve karş. TBK md.409, CISG md.66, İK md.18.

hükümsüzlüğe benzetilmektedir.[1434] Ancak edimin yerine getirilmesi hâlen mümkün olan kısmında alacaklının bir menfaati kalmamışsa artık tam imkânsızlığın mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir.[1435] Doktrinde TBK md.137 hükmünün iki fıkrasının da beraberce ele alınması ve ikinci fıkra uyarınca alacaklı kısmî ifayı kabul etmeye yanaşsa bile borçlu, alacaklının edimini kısmen ifa etmesine yanaşmazsa, yine tam imkânsızlık hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.[1436] *Dural*'a göre sürekli borç doğuran bir sözleşmede edim, belli bir müddet boyunca yerine getirilemiyorsa kısmî imkânsızlık söz konusu olur. Yerine getirilebilecek kısım, alacaklının sözleşmeden beklediği maksadın gerçekleşmesine mâni olursa, tam imkânsızlıktan söz etmek gerekir.[1437] Sürekli edimlerin belli bir bölümünde ortaya çıkan geçici imkânsızlık, alacaklı için sözleşmeyi çekilmez hâle getiriyorsa, haklı nedenle fesih hakkına başvurulabileceği de bu hususta doktrindeki görüşlerden biridir.[1438] İmkânsızlık, bir veya daha fazla edimi ihtivâ edebilir. Aslî edim yükümlülüğünün yanı sıra yan edim yükümlülükleri bakımından da imkânsızlık ortaya çıkabilir.[1439] Hatta yan edim yükümlülüğünün imkânsızlaşmış olması, aslî edim yükümlülüğünün ifasını reddetme hakkı da verebilir.[1440]

Sonraki imkânsızlık, temerrütten sonra da meydana gelebilir. Bu hâlde imkânsızlığın meydana geldiği âna kadar temerrüt hükümleri, imkânsızlıktan sonra ise

---

[1434] **Eren,** Borçlar Genel, N.3264. Eren, kısmî imkânsızlık hâlinde, kısmî imkânsızlığı düzenleyen TBK md.27/2 hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbikini önermektedir.
[1435] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.1103.
[1436] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1825.
[1437] **Dural,** s.99.
[1438] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.97.
[1439] Bu konudaki Yargıtay kararına göre: *"İmkansızlık, bir veya birden çok edimi kapsayabilir. Ayrıca, edimin ifasının imkansızlığı, asli edimler yanında yan edimler için de söz konusu olabilir. İmkansızlık genellikle edim sonucuna ilişkin olmalıdır. Ancak, bazı durumlarda imkansızlık, edim fiiline ilişkin de olabilir. İmkansızlık bir insan fiilinden veya tabiat olayından doğması yanında, mantıki, hukuki veya fiili sebeplerden de kaynaklanabilir (Eren Fikret, age., s. 295., s. 186.; Bucher, Eugen: SchweizerischesObligationenrecht, AllgemeinerTeilohneDelicktrecht, Zürich 1988, s. 417)."* **[Yargıtay HGK, E.2011/13-528, K.2011/571, T.28.09.2011,** www.legalbank.net].
[1440] **Eren,** Borçlar Genel, N.3265.

imkânsızlığa ilişkin hükümler tatbik edilir.[1441] Keza bu durumda öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan da söz etmek mümkün olmaz.[1442]

Borçlunun sorumlu tutulamadığı sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde borcun sona ermesi ve başlangıçtaki objektif imkânsızlıkta -sözleşme zaten kesin hükümsüz olduğundan ötürü- öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın söz konusu olmaması, hukukumuz ile CISG'in borca aykırılık sistemleri arasındaki mühim bir farklılıktır. Sonraki ifa imkânsızlığı meydana geldiği ânda, borcun vâdesinde yerine getirilemeyeceği, işin niteliği gereği zaten kolayca öngörülebilir. Fakat sonraki ifa imkânsızlığından borçlu sorumlu tutulamıyorsa, TBK md.136 hükmüne istinaden borç sona erer. Bu hâlde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için mevcut olması zorunlu olan "geçerli" ve "müeccel" bir borçtan da söz edilemez. Taahhüt ettiği edimi imkânsızlaşan borçlu, alacaklının edimini talep hakkını da yitireceğinden dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından olan ifayı askıya alma, yeterli bir teminat gösterilmesini talep etme ve öncelenmiş (erken) dönme hakkı da gündeme gelmez. Eğer sona eren borç sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan diğer edimlerin de vâdesinde yerine getirilmeyeceği öngörülebilirse, sona eren borç bakımından olmasa da diğer edimler bakımından alacaklı bir önceki cümlede değindiğimiz haklarını kullanabilir.[1443]

Mutlak (objektif) kesin vâde ihtivâ eden bir sözleşmede edimin vâdesinde yerine getirilmemesi, sonraki objektif imkânsızlığa yol açar.[1444] Bu ihtimalde "ihlâl" ve "imkânsızlık" zaman itibariyle çakışır ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana

---

[1441] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.132 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.180 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1591; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1529; **Barlas,** s.17; **Sivrikaya,** s.44. Temerrüt ve imkânsızlığın farkını ortaya koyan bir Yargıtay kararına göre *"İmkânsızlık, ifa engeli sebeplerinden birini oluşturur. Gerçekten de, imkânsızlık, sürekli, kalıcı, temelli bir ifa engelidir. Bu niteliği ile imkânsızlık, temerrüdün karşıtıdır."* **[Yargıtay HGK, E.2010/14-386, K.2010/427, T.29.09.2010,** www.legalbank.net].

[1442] Aynı yönde bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.149.

[1443] **Cumalıoğlu,** s.150.

[1444] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, 2, e. Özel Bir Sorun Olarak: Kesin Vâdeli Sözleşmeler.

gelemez. Fakat mutlak (objektif) kesin bir vâdeye tâbi kılınmış sözleşmelerde de diğer öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedenlerinin "vâdeden önceki süreçte" ortaya çıkması mümkündür.[1445]

Doktrindeki bir görüşe göre sürekli borç doğuran sözleşmelerde borçlu ifa imkânsızlığından sorumlu tutulabilsin veya tutulamasın borçlu temerrüdüne düşmüş sayılır.[1446] Hâkim görüşe göre ise bu durumda imkânsızlık hükümleri tatbik edilmelidir.[1447] Sürekli borç doğuran sözleşmelerde imkânsızlık, bir ânda ortaya çıkan bir borca aykırılık hâlidir. Gelecekte meydana gelecek imkânsızlık öngörülebilirse bu durumda haklı sebeple fesih hakkı kullanılabilir.

Bir başka husus olarak "yapmama" edimi ihtivâ eden borç ilişkilerinde de borçlu temerrüdü yahut borçlunun sorumlu tutulabildiği sonraki ifa imkânsızlığı meydana gelebilir.[1448] Örneğin süreklilik arz eden yapmama borçları söz konusu olduğunda borçlu yapmamayı taahhüt ettiği hareketi, yapıyorsa ve borcunu ihlâl ettiği sürenin telâfîsi olanaklı değilse, ifa imkânsızlığından; olanaklıysa borçlu temerrüdünden söz edilir. Örneğin bir müzik kursu işletmecisi ile yan komşusu marangoz, 11.00 – 14.00 saatleri aralığında marangoz atölyesinin çalışmasını durdurması hususunda sözleşme akdetmiş olmalarına karşın, marangoz 11.20'ye değin yine de çalışmışsa, 14.20'ye kadar çalışmalarını durdurmak suretiyle "20 dakikalık borca aykırılık" süresini telâfî edebileceğinden ötürü bu hâlde ifa imkânsızlığı değil, borçlu temerrüdü meydana gelmiş olur.[1449]

"Yapma" edimi ihtivâ eden borç ilişkilerinde borçlunun bedensel yahut zihinsel (ruhsal) sağlığında ortaya çıkan bazı değişiklikler, edimi yerine getiremeyeceğinin

[1445] **Cumalıoğlu,** s.150.
[1446] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.204.
[1447] **Eren,** Borçlar Genel, N.3262.
[1448] **Oğuzman/Öz,** C.I, s.474 vd.; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.395 vd. ve s.470 vd.; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.187.
[1449] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.99.

öngörülebilmesini sağlar. Örneğin bir hafta sonra önemli bir beyin ameliyatı yapma borcu altına girmiş olan cerrahın bir tartışmada sinirlenip duvara yumruk atarak elinin kırılmasına sebebiyet vermesi yahut üç gün sonra bir mezuniyet balosunda konser verecek şarkıcının buzlu meşrubatlar tüketip sesinin kısılmasına sebebiyet vermesi borçlunun sorumlu tutulabileceği birer sonraki objektif imkânsızlık hâlidir. Açıkça anlaşıldığı üzere verilen örneklerde, borçlunun borcunu muacceliyet ânında yerine getiremeyeceği bârizdir.[1450]

Bir başka husus olarak değinmek gerekir ki doktrinde "yapma" edimi ihtivâ eden borç ilişkileri açısından alacaklı temerrüdünün değil, alacaklının sebebiyet verdiği ifa imkânsızlığından söz edilebileceği ve nihayetinde bu hâlde karşı-edim hasarının alacaklıya yükletileceği ifade edilir. Örneğin vaktinde (ders günü ve saatinde) dersini dinlemeye gelmeyen öğrenci (alacaklı), bizzat ifayı imkânsızlaştırmış sayılır ve karşı-edim hasarı kendisine yükletilir yani gelmemiş olsa dahi ders ücretini öder.[1451] Benzer örnekler olarak bir türkücünün konsere, bir oyuncunun sahneye veya bir sporcunun yarışmaya çıkması için organizatörün ("yapma" edimi alacaklısı) borçlunun edimini ifa edebilmesi için gerekli hazırlıkları yapmaması hatta konseri, gösteriyi veya yarışmayı iptal etmesi ya da aynı tarihte ve yerde başka bir etkinlik düzenlemesi hâllerinde türkücü, oyuncu veya sporcu, organizatörün edimini vâdesinde ifa etmeyeceğini kolaylıkla öngörebilir. İşte verilen bu örneklerde artık alacaklı temerrüdü değil, alacaklının sebebiyet verdiği sonraki ifa imkânsızlığı gündeme gelir. Kaldı ki bu örneklerde organizatör aynı zamanda "borçlu" olduğundan ötürü bu durumların her biri öncelenmiş sözleşmeye aykırılık boyutuyla da ele alınmaya müsaittir.[1452]

Bir başka husus olarak değinmek gerekir ki doktrinde sözleşmedeki maksadın daha sonradan başka bir vesileyle gerçekleşmesi veya ortadan kalkması hâllerinde de

[1450] **Cumalıoğlu,** s.151.
[1451] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.151; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.207.
[1452] **Cumalıoğlu,** s.151.

imkânsızlık hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği ifade edilir. Örneğin eve çağırılan ustanın henüz gelmeden bozuk elektrik düğmesinin ev sahibi tarafından tamir edilmesi yahut bir hastanın, doktor henüz gelmeden bir başka doktora tedavi olması gibi hâllerde bizzat alacaklının sebebiyet verdiği ifa imkânsızlığından söz etmek gerekir.[1453] Doktrindeki bir görüşe göre, alacaklı akdin müspet ihlâli olarak tavsif edilebilecek bir hareketi sebebiyle ortaya çıkan imkânsızlık yüzünden borçlunun uğradığı bütün zararı tazmin eder;[1454] yani edim hasarı, alacaklıya yükletilir.[1455] Doktrinde buna yakın bir görüşe göre; alacaklının sebebiyet verdiği sonraki ifa imkânsızlığı hususunda "gerçek (teknik) bir boşluk" söz konusudur ve dolayısıyla TBK md.325/2, md.408 ve md.485/2 hükümlerinin kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki neticesinde borçlu borcundan kurtulur ve karşı-edimi isteyebilir.[1456] Elbette bu hâlde borçlunun yapmaktan kurtulduğu masraflar ve elde ettiği faydalar denkleştirmeye tâbi tutulur.[1457] § 326 Abs.2 BGB hükmüne göre de alacaklı sonraki ifa imkânsızlığından sorumlu ise, karşı-edim hasarına katlanır; yani alacaklı kendi edimini yerine getirirken, borçlu borcundan kurtulur. Sonraki ifa imkânsızlığında her iki taraf da kusurlu ise, TBK md.114/2 (Art.99 Abs.3 OR) hükmünün atfıyla müterafik (birlikte) kusuru tazminattan indirim sebebi olarak sayan TBK md.52 (Art.44 OR) hükmü tatbik edilir.[1458]

[1453] Bu durumlarda TBK md.136 hükmü uygulanmaz. Bkz. ve karş. **İnceoğlu, M. Murat:** "İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması", AÜHFD 2008, C.57, S.4, ss.237-254, s.241; **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.329.

[1454] **İnceoğlu,** İmkansızlaşma, s.246. İnceoğlu'na göre alacaklının sebebiyet verdiği ifa imkânsızlığı hâlinde § 324 BGB hükmünden faydalanmak mümkün değildir; aksi hâlde alacaklı, akdin müspet ihlâli sebebiyle tazminat öder, bkz. **İnceoğlu,** İmkansızlaşma, s.244.

[1455] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.159; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.218-219; Nitekim *"ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır."* şeklindeki TBK md.485/2 hükmü de bunu teyit eder. Alacaklının sebebiyet verdiği ifa imkânsızlığına dair muhtelif hükümlerden olarak bkz. TBK md.175, md.325, md.408; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.154-155; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.213-214.

[1456] Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"...davalı müvekkilin karşı tarafla anlaşması ve sonrasında da davacıyı azletmesi nedeniyle, tahsili davalının kusuru ile imkansız hale geldiğinden, davacı avukatın Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinde düzenlenen yasal vekalet ücretine de hak kazandığının kabulü gerekir..."* **[Yargıtay 13.HD, E.2008/15800, K.2010/5308, T.20.04.2010,** www.legalbank.net].

[1457] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.216 ve dn.215'te sayılan yazarlar.

[1458] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.217; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.160; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.219. Gerçekten de § 326 Abs.2 BGB hükmüne göre *"Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer*

B. Sonraki İfa İmkânsızlığının Hüküm ve Sonuçları

Yukarıdaki altbaşlıkta değindiğimiz imkânsızlık müessesesine dair genel açıklamaların ardından "imkânsızlık" ve "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" müesseseleri arasındaki irtibat daha kolay bir biçimde açıklığa kavuşturulabilecektir. Daha önce çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için her şeyden önce "geçerli" yani "hüküm ve sonuç doğurabilecek" bir borç mevcut olmalıdır.[1459] Bilindiği üzere sonraki ifa imkânsızlığında borçlu sorumlu tutulamıyorsa, başka bir deyişle borçluya bir kusur yükletilemiyorsa TBK md.136 (Art.119 OR) hükmü mucibince borç sona erer. Bu hâlde sona eren borç veya borçların yerini başka türden borçlar alır, öyle ki artık taraflar arasındaki borç ilişkisi âdeta içeriğini değiştirerek devam eder ve "tasfiye ilişkisi"ne dönüşür. Önceden yerine getirilmiş edimler, TBK md.77 (Art.62 OR) ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilir, henüz yerine getirilmemiş edimlerin ifası ise TBK md.136/2 hükmü nedeniyle istenemez.[1460]

Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt." Hükme göre alacaklı, borçlunun § 275 Abs.1 ilâ 3 fıkraları uyarınca artık edimini ifa etmek zorunda olmadığı durumdan tek başına veya ağırlıklı olarak sorumluysa veya borçlunun sorumlu olmadığı bu durum alacaklının kabulde temerrüde düştüğü bir zamanda meydana gelirse, borçlu bedel isteme hakkını muhafaza eder. Ancak, kendi edimini yerine getirmekten kurtulmasının bir sonucu olarak tasarruf ettiği veya emeğini başka bir şekilde kullanarak elde ettiği veya kötüniyetle elde edemediği şey için denkleştirme yükümlüsü olur. Türk hukukunda § 326 Abs.2 BGB hükmü gibi bir düzenleme olmasa da bununla aynı mantığa dayanan TBK md.485/2 hükmü söz konusudur. Anılan hükme göre *"Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır."*

[1459] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, F. Borcun Geçerli Olması Gerekliliği Açısından Değerlendirme. Ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, G. Borcun Hüküm İfade Etmesi Gerekliliği Açısından Değerlendirme.

[1460] Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"Taraflar arasındaki sözleşmenin "Mücbir Sebepler/Etkinliğin" iptali başlıklı 4. maddesinde; "Bu anlaşma çerçevesinde "mücbir sebep" taraflardan birinin kontrolü dışında gelişen ve o tarafın bu anlaşma yükümlülüklerini yerine getirmesini imkansız kılacak genel grev, lokavt, savaş, doğal afetler, yangın, terörist hareketler ve benzerleri gibi yasalarda belirtilen ve hukuken mücbir sebep sayılan durumlar nedeni ile Mindbay Festival İstanbul 2013'nin kısmen ya da tamamen yapılmasını engelleyen durumlardır. Bu durumlar karşısında taraflar sorumlu olmayacaklar, sözleşmenin feshi ve/veya uygulanmaması veya gecikmesi nedeni ile sözleşme bedelini ve/veya uğradıkları zararları talep etme hakkına sahip olmayacaklardır." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre, edimin ifası mücbir sebepler nedeniyle imkansız hale gelmiş ise, taraflar sözleşme bedelini ve/veya uğradıkları zararlarının tazminini talep edemeyeceklerdir. Burada belirtilen "sözleşme bedeli"*

Sözünü ettiğimiz "tasfiye ilişkisi", sadece önceden yerine getirilmiş edimleri iade etmekten ibaret değildir. Her şeyden önce borçlu, alacaklıya durumu bildirmeli ve zararın artmasını engelleyecek surette davranmalıdır. Zira TBK md.136/3 hükmüne göre *"borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."* Daha önce teslim alınan edimin yerine geçen bir "kaim değer" söz konusuysa bunun da iade edilmesi borcu doğar[1461] ve akdî davranış yükümlülükleri varlığını sürdürür.[1462] Esasen hukukumuzda § 285 BGB (§ 281 BGB a.F.) ve Art.1303 Cc.F. hükümlerinde olduğu üzere, açık bir madde mevcut olmasa da doktrinde borçlunun sorumlu tutulamayacağı sonraki ifa imkânsızlığında yerine getirilmesi artık imkânsızlaşan edimin yerine borçlunun malvarlığına dâhil olan "kaim değerlerin" alacaklı tarafından istenebileceği fikri savunulmaktadır.[1463] Doktrinde *Oğuzman* ve *Öz* ise bu hususta bir açıklık bulunmadığını, dürüstlük kuralına da uygun olması şartıyla alacaklının kaim değeri isteyebileceğini, böyle bir durumda borç ilişkisi mevcudiyetini sürdüreceğinden ötürü alacaklının da kendi edimini yerine getirmeye mecbur olduğunu ifade etmektedirler.[1464]

---

davalı yüklenici şirketin edimi ifa etmesi halinde hak kazanacağı ücret olup, ifanın imkansız hale gelmiş olması nedeniyle geri vermekle yükümlü olduğu bedelin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda, davalı yüklenici, edimin ifası imkansız hale geldiğinden, artık sözleşme bedelini talep hakkına sahip bulunmayıp, bilakis TBK'nın 136/2. maddesinin 1. cümlesi hükmü uyarınca, henüz sözleşme ifa edilmeden önce peşin olarak tahsil ettiği bedeli, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince davacı tarafa iade ile yükümlüdür…" **[Yargıtay 23.HD, E.2015/9406, K.2017/2044, T.06.07.2017,** www.legalbank.net]. Yine bir başka Yargıtay kararına göre: *"...Davacı adına 07.05.2013 tarihinde ruhsat alımı için ilgili belediyeye müracaat edilmiş, ancak imar plan çalışmaları halen devam ettiğinden ruhsat talebinin uygun görülmediği bildirilmiştir. Mahkemece, sözleşmenin 9. maddesinde yer alan "sözleşmeden müşterinin vazgeçmesi halinde sözleşme tutarının %30'u gelir kaydedilip kalan tutar iade edilir" hükmü cezai şart olarak yorumlanmak suretiyle dava reddedilmiş ise de davacının tek taraflı olarak sözleşmeden cayması sözkonusu olmayıp ortaya çıkan objektif imkansızlık nedeniyle (ruhsat alınamadığından) iş yapılmadığından açılan davanın kabulü ile iş bedeline mahsuben ödenen 5.000,00 TL'nin tahsiline karar verilmesi gerekir…"* **[Yargıtay 15.HD, E.2014/6696, K.2015/3002, T.02.06.2015,** www.legalbank.net].

[1461] **Havutçu,** İfa Engelleri, s.309.

[1462] **Serozan,** BK Tasarısı, s.47; **Havutçu,** İfa Engelleri, s.325.

[1463] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.195-197; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.267-269; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.1009; **Dural,** s.183; **Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm:** İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde: 110-183 (TBK: 109-181), (çev.: Ferid Ayiter), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1950, s.845.

[1464] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1821.

Hemen yukarıda değindiğimiz hususlara ilâveten, sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünün de tatbik edileceği fikri yine doktrinde ileri sürülmektedir. Esasen TBK md.112 hükmünün lafzında işbu maddenin ifa imkânsızlığına tatbik edileceğine dair açık bir ibare mevcut değildir.[1465] Fakat anılan maddede geçen *"borç hiç ... ifa edilmezse"* ibaresinden hükmün sonraki ifa imkânsızlığına da tatbik edileceği çıkartılabilir. Kaldı ki öte yandan TBK md.112 hükmü ile TBK md.136 (Art.119 OR) hükmünün lafızları itibariyle de farklılıklar arz ettiği açıktır. Öyle ki TBK md.112 hükmünde *"...borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe..."* ibareleri tercih edilmişken, TBK md.136 hükmünde *"...borçlunun sorumlu tutulamayacağı..."* ibareleri kullanılmıştır. Bir diğer farklılık olarak TBK md.112 hükmü, hangi hâllerde tazminat talep edilebileceğini; TBK md.136 hükmü ise hangi hâllerde borcun sona ereceğini öngörmektedir. Anılan iki maddenin doğrudan ve ters anlamlarının beraberce ele alınmasıyla, borçlunun kusuruyla sebebiyet verdiği sonraki ifa imkânsızlığında borcun sona ermeyeceği, artık yerine getirilmesi imkânsızlaşan edimin yerine kusurlu borçlunun "tazminat ödemesi" gerektiği neticesine varılabilir.[1466] Bu noktada tazminat ödeme borcunun, asıl borcun içerik değiştirmiş bir görünümü mü, yoksa asıl borçtan bağımsız yeni bir borç mu olduğu; vâdesinde yerine getirilemeyeceği imkânsızlık dolayısıyla bâriz olan edim sebebiyle, alacaklıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bir dönme hakkı verilmesinin isabetli olup olmayacağı gibi konular, doktrinde ihtilâflıdır.[1467]

Doktrindeki bir görüşe göre, sonraki ifa imkânsızlığı borçluya yükletilebiliyorsa başka bir deyişle "kusurlu" sonraki ifa imkânsızlığı söz konusuysa tazmin borcu

[1465] **Havutçu,** İfa Engelleri, s.316. Havutçu'ya göre *"112.madde, "Borcun ifası imkânsızlaşmışsa veya borç gereği gibi ifa edilmezse" borçlunun kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacağı", biçiminde ifade edilebilir, hatta iki fıkraya bölünerek birinci fıkrada imkânsızlık ikinci fıkrada gereği gibi ifa etmeme düzenlenebilirdi."*
[1466] **Cumalıoğlu,** s.154.
[1467] **Cumalıoğlu,** s.154.

doğar.[1468] Daha evvel yerine getirilen edim, TBK md.77 ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenir[1469] ve alacaklı zararının giderilmesini TBK md.112 hükmüne istinaden talep edebilir. Bu noktada giderilmesi istenecek zarar, müspet zarardır. Alacaklı henüz kendi edimini yerine getirmediyse "fark kuramına *(Differenztheorie)*" göre alacaklının taahhüt ettiği edim ile borçlunun taahhüt ettiği edim arasındaki fark ve şartları oluşmuşsa manevî zararların giderilmesi[1470] istenebilir.[1471]

[1468] Sonraki ifa imkânsızlığından borçlunun sorumluk durumu, imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlunun bir kusurunun mevcut olup olmadığına göre değil; sorumlu tutulup tutulamayacağına göre tâyin edilir. Zira TBK md.136 hükmünde borçlunun kusurlu olup olmamasından değil, "sorumlu tutulamamasından" bahsedilmektedir. Bu bağlamda "Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk" başlıklı TBK md.116 hükmü, "Beklenmedik Hâlden Sorumluluk" başlıklı TBK md.119 hükmü, "Temerrüt Faizi/Genel Olarak" başlıklı TBK md.120 hükmü, "Ödünç Alanın Kullanım Hakkı" başlıklı TBK md.380/3 hükmü, "Eserin Yok Olması" başlıklı TBK md.498 hükmü ve "Saklayanın Borçları/Kullanım Yasağı" başlıklı TBK md.563 hükmü, borçlunun kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulduğu durumlara birer örnek olarak verilebilir. Öte yandan cins borçlarında, kural olarak, imkânsızlığın söz konusu olmaması anlamına gelen *"genus non perit"* prensibi, TBK md.114/1 hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbiki neticesinde alacaklı temerrüdünde borçlunun hafif ihmaliyle yol açtığı sonraki ifa imkânsızlığından sorumlu tutulmaması, alacaklının sebebiyet verdiği sonraki ifa imkânsızlığından borçlunun sorumlu olmaması, beklenmedik hâl ve mücbir sebepte borçlunun kusurundan ve sorumluluğundan bahsedilememesi, hep bu görüşü destekler. Tüm bu hususlar için bkz. **Dural,** s.110-113.

[1469] Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"BK'nun 117.maddesinde yer alan şekilde, borçluya yükletilemeyen sonraki imkansızlık hallerinde borçlunun borcu sona ereceğinden, borçlunun karşı taraftan aldığı şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmesi gerekir. Henüz almadığı şeyleri ise isteme hakkından mahrum olur. Ancak, bu durumda da istisnai olarak BK'nun 117/II. maddesine göre; taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile borçluya yüklenemeyen imkansızlık halinde borçlunun karşı taraftan aldığı şeyleri muhafaza edeceğini kararlaştırabilirler."* **[Yargıtay HGK, E.2011/13-528, K.2011/571, T.28.09.2011,** www.legalbank.net]. Bu konudaki bir diğer Yargıtay kararına göre: *"6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 136/I. maddesi gereğince sözleşme davalı iş sahibi açısından sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmiş olmakla aynı Yasa'nın 112. maddesi gereğince fesihte davalının da kusursuz olduğunun kabulü zorunludur. Ancak karşılıklı borçlanmayı içeren sözleşmelerde imkânsızlık sonucu borcun sona ermesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce iş sahibi davalı almış olduğu şeyleri ve davacı yüklenicinin sözleşme nedeniyle uğradığı menfi zararlarını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdür."* **[Yargıtay 15.HD, E.2016/1935, K.2016/3471, T.16.06.2016,** www.legalbank.net].

[1470] **von Tuhr,** s.569; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.825; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.202; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.276; **Feyzioğlu,** s.183. Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"Davacının tarihi değeri olan bir çok nadide kolleksiyonlara sahip ve bunları elde edip saklamaya meraklı olduğu şahit ve bilirkişi sözleriyle sabittir. Kendisi davalı tarafa bu kolleksiyonları arasında bir takım teşkil eden üç belge vermiştir. Bu belgeler memlekete değerli kimseler yetiştirmiş bir yüksek okulun ilk kuruluşu tarihinde verdiği ilk mezunlardan birincisi olan babasına ait şahadetname ve tayin buyrultusuyla ilk mezunlar listesi olup, Milli Eğitim tarihi bakımından gerçekten çok değerlidirler. Bunların davacının babasına ait olması onlara ayrıca önemli bir aile hatırası mahiyetini de vermektedir. Bu belgelerin kaybedilmesi karşısında davacının duyduğu üzüntünün karşılığı olan tazminat miktarının hiçbir sebep gösterilmeden 2000.- liraya indirilmesi kanuna aykırı ve davacının temyiz itirazları bu yönden yerindedir… Az önce anılan iki durum, yani zayi edilen vesikaların memleket tarihi bakımından olan değerleri ile davacının ailesi bakımından olan değerleri ve sayıları gözönünde tutulunca ve bu vesikaların onlarla kendi tarihi bakımından da özel olarak ilgilenmesi gerekli, resmi bir müessese tarafından, hem de bir maarif müessesesi tarafından ziyaa uğratılmış olduğunun ağır bir kusur teşkil ettiği ve bu kusur neticesinde davacının hem vesikalarının sahibinin oğlu, hem de bir tarihçi ve kolleksiyon sahibi sıfatiyle çok ağır bir üzüntüye uğrayarak şahsi menfaatlerinin ağır bir şekilde halele uğramış bulunduğu düşünülünce Borçlar Kanununun 98'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünce akde aykırı hareketlerde de tatbik yeri bulunan aynı kanunun 49'uncu maddesine göre 7500 lira manevi*

Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde alacak hakkı ortadan kalkmaz, sadece hakkın içeriği değişir ve alacaklı kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı sebebiyle bir zarara mâruz kalmışsa,[1472] alacak hakkının yerini artık bir "tazminat alacağı" alır. Yerine getirilmesi artık imkânsızlaşan edime tâbi olan; kefalet, rehin ve benzeri yan (fer'î) haklar da tazminat alacağına bağlı yan (fer'î) haklar olarak mevcudiyetini sürdürür.[1473] Bunun doğal ve tahmin edilebilir bir sonucu olarak asıl alacak hakkına (ifası imkânsızlaşan) karşı ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar, tazminat alacağına karşı da ileri sürülebilir.[1474] İzah ettiğimiz bu görüşte önem arz eden husus; tazminat alacağının da asıl alacağın vâdesine tâbi olmasıdır, keza bundan dolayıdır ki işlemeye başlamış zamanaşımı durmaz, devam eder ve tazminat alacağının ifası, asıl borcun vâdesinden önce istenemez.[1475] Mübâdele (değişim) kuramı benimsendiğinde tazminatı tam olarak ödeyen borçlu, alacaklıdan kendi edimini ifa etmesini isteyebilir.[1476] Bu bağlamdaki tazminatın fark kuramına göre hesap edilmesi, daha adil neticeler sunsa da, mübâdele

---

tazminata hükmedilmesi gerekli bulunmuştur." **[Yargıtay 4.HD, 1235/1321, T.10.05.1958,** nak.: **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.825-826].

[1471] **von Tuhr,** s.564; **Feyzioğlu,** s.182; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.904; **Nomer,** s.394 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1477-1478; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.1584. Ayrıca bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"b) Borçlar Kanununun 9. maddesi, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine bir tazmin müeyyidesi getirmektedir. Gerçekten bu temel kuralın anlamı; Borçlanılan edimin borçlunun kusurundan ötürü imkansızlaşması ve bu yüzden yerine getirilmemesi ya da eksik olarak yerine getirilmiş olmasıdır. Kısacası bu durumda kusura dayanan imkansızlıktan söz edilir. Öğretide egemen olan görüşe göre; borçlunun kusuru yüzünden ifa imkansız hale gelse bile taraflar arasında borç ilişkisi devam eder. Böyle bir imkansızlık yalnızca alacak hakkının içeriğini değiştirir ve imkansızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümü alır. Fakat taraflar arasında borç ilişkisi devam ettiği için örneğin rehin ya da, kefillik gibi asıl alacağa bağlı teminat: tazminat alacağı yönünden de devam eder (Bkz. Tuhr, Borçlar Hukuku, C.1-2, Yargıtay Yayınları, Yıl: 1983, Çeviren Cevat Edege, Sh. 509: Becker age., Sh. 517, 518; Tekinay age., Cilt 2; Sh. 1138; Karahasan age., Sh. 1367). İfa borçlunun kusuruyla imkansızlaşırsa, alacaklı BK. md. 96 vd. çerçevesinde olumlu zararının tazmini için istemde bulunabilir. Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, alacaklıyı, gerçekleşmesini beklediği çıkardan yoksun bırakır ki; borçlu meydana gelen olumlu zarar (İFA MENFAATI) giderimiyle sorumlu olur. Kısacası olumlu zarar alacaklının sağlıyacağı çıkarlardan yoksun kalmasının karşılığıdır."* **[Yargıtay 13.HD, E.1992/8546, K.1993/348, T.25.01.1993,** www.legalbank.net].

[1472] **Feyzioğlu,** s.181.

[1473] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.854; **Feyzioğlu,** s.181.

[1474] **Feyzioğlu,** s.188.

[1475] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.200 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.272-273; **Feyzioğlu,** s.184 ve s.188.

[1476] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.827.

(değişim) yahut fark kuramlarına göre tazminatın hesaplanması hususundaki tercih imkânı alacaklının takdirine bırakılmalıdır.[1477]

Doktrinde bir başka görüşe göre ise sonraki ifa imkânsızlığından borçlu sorumlu tutulsa dahi borç sona erer, lâkin borçlu alacaklının zararını gidermekle yükümlü olur. Bu giderim borcu, yerine getirilmesi artık imkânsızlaşan asıl borçtan bağımsızdır ve imkânsızlaşan borcun vâdesi beklenmeksizin ifası istenebilir. Bunun doğal ve tahmin edilebilir bir sonucu olarak tazminat borcu için yeni bir zamanaşımı süresi başlar. Ancak asıl borç için gösterilen teminatlar, tazminat borcu için de mevcudiyetini korur.[1478]

C. Sonraki İfa İmkânsızlığı Sebebiyle Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Bir Sonucu Olan "Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı *(vorzeitiger Rücktritt vom Vertrag)*"

Sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkına sahip olup olmadığı doktrinde ihtilâflıdır. *Schwarz*'a göre, karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* bir sözleşmenin ifası, borçlunun kusuru sebebiyle imkânsızlaşırsa alacaklıya "sözleşmeyi sona erdirme hakkı" verilmelidir.[1479] *Schwarz*, bu hususta *von Tuhr* tarafından ifade edilen "Alman hukukunda alacaklıya böyle bir imkân sunan § 325

[1477] **Feyzioğlu,** s.187; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.201 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.275 vd.; Ancak aksi fikir için bkz. ve karş. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1477-1478.

[1478] Bu görüşü savunan yazarlar olarak bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1472 vd. Ayrıca Yargıtay'ın her iki görüşü de benimseyen kararları mevcuttur. Bir Yargıtay kararına göre: *"Öğretide egemen olan görüşe göre; borçlunun kusuru yüzünden ifa imkansız hale gelse bile taraflar arasında borç ilişkisi devam eder. Böyle bir imkansızlık yalnızca alacak hakkının içeriğini değiştirir ve imkansızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümü alır. Fakat taraflar arasında borç ilişkisi devam ettiği için örneğin rehin ya da, kefillik gibi asıl alacağa bağlı teminat: tazminat alacağı yönünden de devam eder (Bkz. Tuhr, Borçlar Hukuku, C.1-2, Yargıtay Yayınları, Yıl: 1983, Çeviren Cevat Edege, Sh. 509: Becker age., Sh. 517, 518; Tekinay age., Cilt 2; Sh. 1138; Karahasan age., Sh. 1367)… Yerel mahkemece, 4 ay 7 günlük süre yerine kira sözleşmesinin süresi olan 24 ay için ifaya eklenen ceza koşulunun ödetilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır…"* **[Yargıtay 13.HD, E.1992/8546, K.1993/348, T.25.01.1993,** www.legalbank.net]. Bu konudaki bir başka Yargıtay kararına göre ise *"Kat karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmeleri yürürlükte iken, arsa (iş) sahibinin arsayı 3. kişiye tapuda satış suretiyle temlik etmesi ve yeni malikin ihtarname ile inşaatın durdurulmasını istemesi, davacı müteahhit açısından ifayı imkansız hale getirir ve sözleşme sona erer. Davacı Kooperatifin, sözleşmenin sona ermesinde kusurlu olan akidi ve arsa sahibi davalıdan müsbet ve menfi zararının tazminini talep hakkı doğmuştur."* **[Yargıtay HGK, E.1997/15-157, K.1997/444, T.21.05.1997,** www.legalbank.net].

[1479] **Cumalıoğlu,** s.156.

BGB hükmünün bilinçli bir şekilde İsviçre hukukuna yani OR'ye alınmadığı, böyle bir hâlde sadece tazminat istenebileceği" şeklindeki görüşe katılmadığını ifade etmektedir. *Schwarz;* bir kanun hükmünün hiçbir surette kanun koyucunun düşündüğü veya arzu ettiği esaslara göre yorumlanamayacağını, İsviçre kanun koyucusunun fikir ve arzularının Türkiye için anlam ifade etmeyeceğini,[1480] mülga Borçlar Kanunu'nun bu hususta BGB'den farklı olmasının sebebinin, bu konunun hiç öngörülmemiş olmasından ileri geldiğini, oysaki kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde kira sözleşmesi açısından bir fesih hakkı sunulduğunu (eBK md.249 hükmü)[1481] önemle ifade etmektedir.[1482] *Schwarz,* bilhassa bir trampa (mal değişim) sözleşmesinde edimlerden biri borçlunun sorumlu olduğu bir nedenden ötürü imkânsızlaşırsa *von Tuhr*'un düşüncesine göre alacaklının kendi ediminin ifasını hazır bulundurması gerekir oysaki bunu alacaklıdan beklemek hiç adil değildir, böyle bir hâlde alacaklı sözleşmeyi doğrudan doğruya feshedebilmelidir, demek suretiyle bu hususstaki görüşünü açıklar.[1483]

Serozan ise borçlunun edim sahasına giremeyecek alacaklıdan, kendi edimine kavuşma olanağının esirgenemeyeceğini, borçlunun bizzat kendi kusuruyla düşmediği temerrütte bile tanınan sözleşmeden dönme hakkının, borçlunun bu kez kusurlu olarak sebebiyet verdiği sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde de tanınması gerektiğini ifade eder.[1484]

Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve *Altop*'a göre, kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde sözleşmeden dönme hakkı mevcut olmalıdır. Ancak bu hâlde sözleşmeden

---

[1480] **Schwarz,** s.792.

[1481] eBK md.249 hükmüne göre: *"Mucir, mecuru akitten maksut olan kullanmağa salih bir halde müstecire teslim etmek ve icar müddeti zarfında bu halde bulundurmak ile mükelleftir.*

Mecur, akitten maksut olan kullanmak mümkün olmayıcak yahut intifa ehemmiyetli surette azalacak bir halde teslim olunursa ***müstecir akdi feshe*** *yahut ücretten münasip bir miktarın tenzilini istemeğe salâhiyettardır.*

Eğer ayıp, müstecirin yahut kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise; mucir bu tehlikeye akdi yaparken vâkıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine icarı feshedebilir."

[1482] **Schwarz,** s.793.

[1483] **Schwarz,** s.793; **Cumalıoğlu,** s.156-157.

[1484] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.212-213; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.290-291; **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.725.

dönme hakkına dair kanunda genel bir hüküm bulunmamasının başta gelen sebebi, bu imkânsızlık çeşidinin açıkça düzenlenmemesi ve TBK md.112 hükmünün geniş kapsamıyla iktifa edilmiş olmasıdır. *Tekinay, Akman, Burcuoğlu* ve *Altop*; özel sözleşme türlerinde ise sözleşmeden dönme hakkın açıkça hükme bağlandığını, kanunda bu hususta bir düzenleme bulunmamasının nedeninin kusurlu sonraki ifa imkânsızlığının açıkça anılmaması olduğunu ifade etmektedirler. Alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmaz ve fark kuramı tatbik edilecek olursa, edimini evvelden yerine getirmiş alacaklının artık edimini geri alamayacağını; sözleşmeden dönme hakkı tanınmaz ve mübâdele (değişim) kuramı tatbik edilecek olursa, alacaklının edimini yerine getirmek mecburiyetinde kalacağını belirtmektedirler.[1485]

Feyzioğlu, borçlunun kusuruyla sebebiyet verdiği sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde sözleşme ilişkisini sürdürmek alacaklı açısından manasız ve yararsız bir duruma gelmişse, ayrıksı olarak sözleşmeden dönme hakkı tanınabileceğini ve fakat bunun kural hâline dönüştürülmemesi gerektiğini ifade eder.[1486]

Tunçomağ da eserinin eski baskılarında ileri sürdüğü düşüncelerini değiştirerek, kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı ile borçlu temerrüdü arasında "güven ilkesi" ve "çıkar dengesi" açısından mühim bir farklılık bulunmadığını ifade ederek ve özel hükümlere yollamada bulunarak, kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Tunçomağ*'a göre *"her iki ifa engelinde de edimler arasındaki karşılıklı denge bozulmuş ve alacaklının borçlusunun edimine zamanında kavuşma güveni ve çıkarı temelinden sarsılmıştır."*[1487]

Kılıçoğlu'na göre geçici imkânsızlık hâlinde alacaklının, imkânsızlığa sebebiyet veren vâkıanın ortadan kalkmasını beklemesi dürüstlük kuralına göre kendisinden

[1485] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.873-874.
[1486] **Feyzioğlu,** s.190.
[1487] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.827.

istenemeyecekse, "kesin imkânsızlık hükümleri" tatbik edilmelidir. Böyle bir hâlde, alacaklı süre tâyin etmeden; eğer geçici imkânsızlık sebebiyle alacaklının ifayı beklemesi mâkul sayılabilirse, süre tâyin ettikten sonra sözleşmeden dönebilmelidir. *Kılıçoğlu,* bu tespitlerinde vâdenin gelip gelmediğine göre bir tasnif de yapmış değildir.[1488]

Havutçu ise karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde kendi kusuruyla ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşmasına sebebiyet veren tarafa karşı sözleşmeden dönme hakkı verilmemesini eleştirir. *Havutçu*'ya göre, temerrütten daha ağır bir borca aykırılık olarak nitelendirebileceğimiz kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde karşı tarafa "kendi edimini ifa ederek tazminat talep etme hakkı verilmesi" izahı güç bir hâlden ibarettir. Karşı tarafın bizzat kendi kusuruyla sebebiyet verdiği sonraki imkânsızlık hâlinde diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı yahut dönme yerine fark kuramına istinaden hesaplanacak bir tazminat talep etme hakkı verilmesi gerekmektedir.[1489] İsviçre hukukunda da alacaklıya, TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) ve md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükümlerinin kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki neticesinde TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne istinaden bir sözleşmeden dönme hakkı verilmesi fikri savunulmaktadır.[1490]

Yukarıda değindiğimiz yazarlardan farklı görüşteki *Oğuzman* ve *Öz,* kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde karşılıklı borçların kendiliğinden sona erdiğini ve sona eren edimler yerine tazminat ödeme borcu doğacağını, zararın "muacceliyet tarihi" esas

---

[1488] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.5643.

[1489] Havutçu'nun ifadelerine göre *"Gerçi bu sıkıntıların imkânsızlık üzerine borçlunun borcunun sona ermesine bağlı olarak, karşı edimi talep hakkını da yitirdiği (BK.m.117'ye kıyasen) kabul edilmesi, borçlunun giderim borcunun karşılıklı borçların sona ermesi yüzünden alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlü olacağının kabulüyle aşılması mümkündür. Ancak, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde, alacaklının tazminat davasının güçlükleriyle uğraşmak yerine sözleşmeden kurtulmayı yeğ tutmak isteyebileceği düşünüldüğünde, dönme hakkının imkânsızlıkta tanınmamış olması bir eksikliktir. Bu ayırımda A. Borcun ifa edilmemesi I.Giderim borcu II Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı terimleri yerine eskiden olduğu gibi I. Borçlunun sorumluluğu II. Sorumluluğun kapsamı denilmesi yeterli olurdu. Çünkü burada sorumluluk esasen giderim borcunu ifade etmektedir."* Bkz. **Havutçu,** İfa Engelleri, s.316.

[1490] **Cumalıoğlu,** s.158.

alınarak hesap edileceğini, ancak tazminat için muacceliyeti beklemeye gerek olmadığını, borç sona ereceğine göre sona ermiş bir sözleşmeden dönmenin mantıken olanaklı olmadığını ifade ederler. *Oğuzman* ve *Öz*'e göre doktrindeki hâkim görüş olan tazminatın asıl borcun devamı niteliğinde olduğu, dolayısıyla tazminat ödeme borcunun da artık yerine getirilmesi imkânsızlaşan asıl borcun vâdesine tâbi olacağı -yani alacaklı tazminat talep edebilmek için vâdeyi beklemelidir- şeklindeki tespitler kabul edilemez. İlâveten TBK md.112 hükmünün tatbik edileceği imkânsızlık durumlarında alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verilmesini savunan görüşler, hem mer'î hukuk *(de lege lata)* açısından dayanaktan yoksun hem de ideal hukuk *(de lege ferenda)* açısından isabetli değildir. Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde sona eren borç yerine tazminat borcunun doğması, alacaklının sözleşmeden dönme beyanında bulunmadıkça hâlâ imkânsızlaşan borç ilişkisiyle bağlı sayılmasına göre adalete daha uygundur.[1491]

Cumalıoğlu'na göre ise borçlunun sorumlu tutulabildiği sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde bile borcun sona ereceği argümanına TBK md.136/1 ve md.112 hükümlerinden ulaşmak olanaklı değildir. Bu maddenin mefhûm-ı muhâlifinden aksi neticeye varılır. İşte bu durumda borç hâlen sona ermemiş ama yerine getirilmeyeceği de bellidir, dolayısıyla bu noktada ihlâl "öncelenmiş" hâle gelir.[1492]

Yukarıda değinilen görüşlerden birine göre, kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde asıl borcun içeriği değişmekte ve asıl borç, tazminat borcuna dönüşmektedir. Tazminat ödeme borcunun vâdesi, asıl borcun vâdesiyle özdeştir. *Cumalıoğlu*'na göre alacaklının karşı-edime kavuşamayacağı bâriz olduğunda artık alacaklıyı muacceliyeti beklemeye mecbur etmenin bir manası yoktur. Zira vâde sadece ve sadece "asıl borç" için tâyin edilmiştir; taraflar, bilhassa alacaklı asıl edime kavuşacağı inancıyla ve borçluya olan itimadı sebebiyle vâdeye kadar beklemeyi kabul etmiştir. Bu noktada

[1491] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1470-1485.
[1492] **Cumalıoğlu,** s.159.

vâdenin tazminat borcunu da kapsayacak surette genişletilmesi, bilhassa kusurlu sonraki ifa imkânsızlığında manasızdır. Bu tür hâllerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçları uygulanabilir. Zira karşı-edimin yerine getirilmesi artık imkânsızlaştığına göre, alacaklının ediminin yerine getirilmesi de -TBK md.136/2 hükmü uyarınca borçlu tarafından- istenemeyeceğinden ötürü, alacaklının kendi ediminin ifasını askıya alıp teminat talep etmesi de manasızdır. Bu sebeplerle alacaklı, doğrudan "öncelenmiş (erken) dönme hakkını" kullanabilmeli ve borçlunun kusuruna istinaden zararlarının giderilmesini de talep edebilmelidir.[1493]

Kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde giderilmesi istenebilecek zararın "müspet zarar" olduğu bilinmektedir. *Cumalıoğlu*'na göre de borçlunun kusuruyla sebebiyet verdiği sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde, alacaklı sözleşmeyi sona erdirip, müspet zararının giderilmesini isteyebilmelidir. Bu bağlamda *Cumalıoğlu*'na göre "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" müessesesi ve "haklı nedenle fesih" müessesesi benzeşir. Dolayısıyla da âni edim ve sürekli edim ihtivâ eden sözleşmeler arasında oluşturulan tasnif, nispeten anlamsızlaşır. Nihayetinde adalete daha uygun ve kolay bir çözüme varmak mümkün olabilir.[1494]

D. Sübjektif (Gerçek Olmayan) İmkânsızlığın Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık ile İlişkisi

Doktrinde imkânsızlık müessesesinin "objektif" ve "sübjektif" imkânsızlık olarak tasnif edilmesi hususunda muhtelif görüşler söz konusudur. "Klâsik görüş" tabir edebileceğimiz bir görüşe göre, sonraki ifa imkânsızlığı hâlinde işbu imkânsızlığın sübjektif yahut objektif olması bir özellik arz etmez.[1495] Zira sonraki ifa imkânsızlığı sübjektif de olsa objektif de olsa borçlu borcundan kurtulur; önem arz eden husus

[1493] **Cumalıoğlu,** s.159.
[1494] **Cumalıoğlu,** s.160.
[1495] **von Tuhr,** s.560.

borçlunun imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesidir. Başlangıçtaki, yani sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki sübjektif bir imkânsızlık hâli, kuşkusuz borcun geçerliliğine (sıhhatine) herhangi bir etkide bulunmaz. Ancak sonraki, yani sözleşmenin kurulmasından ifa zamanına kadar geçen süreçte ortaya çıkan sübjektif bir imkânsızlık hâlinde TBK md.112 (Art.97 OR) ve md.136 (Art.119 OR) hükümlerine istinaden bir değerlendirmeye gidilir. İmkânsızlık olarak tavsif edilen sebebin meydana gelmesinde eğer borçlu kusurluysa tazminat ödemekle yükümlü olur. İşte değindiğimiz "klâsik görüş", yasada düzenlenmemiş sübjektif imkânsızlık müessesesini dışlar. Nitekim Yargıtay da sonraki ifa imkânsızlığı hâlinin sübjektif yahut objektif olmasını değil, imkânsızlık olarak tavsif edilen sebebin meydana gelmesinde borçlunun bir kusurunun bulunup bulunmamasını esas alarak bir sonuca varmaktadır. Borçlu sonraki ifa imkânsızlığı olarak tavsif edilen sebebin meydana gelmesinde kusurluysa, belirttiğimiz üzere, sözleşmeden doğan aslî edimin yerini artık bir "tazminat ödeme borcu" alacaktır.[1496]

Doktrindeki "temerrüt görüşü" tabir edebileceğimiz diğer bir görüşe göre ise sonraki ifa imkânsızlığı hâli "objektif" ve "sübjektif" olarak ayrılmalıdır. Objektif sonraki ifa imkânsızlığı, aynı olayda temerrüdün meydana gelmesini engellerken; sübjektif imkânsızlık, temerrüdü engellemez. Başka bir deyişle borcun yerine getirilmesinin teknik olarak hâlen olanaklı olduğu sübjektif imkânsızlık hâli, TBK md.27 (Art.20 OR) veya TBK md.136 hükümleri bağlamında ele alınamaz ve temerrüt hükümleri tatbik edilir.[1497]

[1496] **Cumalıoğlu,** s.160.
[1497] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.24.

Doktrinde *Dural*'a göre sübjektif imkânsızlık hâli, gerçek ve teknik manada bir imkânsızlık sayılamaz; sübjektif imkânsızlık olsa olsa ya geçicidir yahut da aşırı ifa güçlüğü durumundan ibarettir.[1498]

Doktrinde *Arslanlı* ise imkânsızlık hâlinde borçlunun ağır yahut hafif herhangi bir kusurunun bulunmaması gerektiğini, aksi hâlde artık imkânsızlıktan bahsedilemeyeceğini, sübjektif imkânsızlığın da kural olarak, kusur prensibi göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.[1499]

Son olarak Alman hukukunda eskiden BGB'de mevcut olan "objektif" ve "sübjektif" imkânsızlık şeklindeki tasnifin de terk edildiğini ifade etmek gerekir.[1500] Zira § 275 Abs.1 BGB hükmüne göre borçlu yahut herhangi bir kimse bakımından ifa imkânsız hâle geldiğinde alacaklının ifaya yönelik talebi de son bulur.[1501]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesiyle ilişkisi açısından sübjektif imkânsızlık hâli bilhassa; çifte satım, kişinin mâliki olmadığı malı satması, çifte kira ve satılanın çalınması gibi olaylarda özellik göstermektedir. *Serozan;* çifte satım, başkasına ait bir malın satımı, çalınmış olan malın satımı gibi vâkıaların tümünü sübjektif imkânsızlık hâli olarak nitelendirmektedir.[1502]

Doktrindeki bir görüşe göre, çifte satım hâlinde mülkiyeti devralan ikinci alıcı, ilk satım işlemini biliyorsa ve buna karşın malı kendisine satması için satıcıyı ikna etmişse, ilk satımdaki alıcı (fakat malı teslim alamayan), ikinci alıcının TBK md.49/2

[1498] **Dural,** s.80
[1499] **Arslanlı,** s.169.
[1500] **Eren,** Borçlar Genel, N.4122.
[1501] § 275 Abs.1 BGB hükmüne göre: *"Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist."*
[1502] **Cumalıoğlu,** s.163.

(Art.41 Abs.2 OR) hükmündeki ahlaka aykırı bir davranış ile kendisine kasten zarar vermesine istinaden malın mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir.[1503]

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, çifte satım durumunda satıma ve devre konu olan parça borcunun üzerinde tasarruf yetkisini tekrar tesis etmek bakımından borçlunun karşısında aşılamaz bir engel mevcutsa sübjektif imkânsızlık gündeme gelir.[1504]

Doktrindeki bir görüşe göre bir kişinin mâliki olmadığı bir malı satması, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığa sebebiyet verir.[1505] Çünkü borçlu (mâliki olmadığı malı satan), edimini yerine getiremeyeceğini bilmektedir yahut gereken özeni gösterseydi bilebilecek durumdadır ve dolayısıyla bu davranışından sorumlu tutulmalıdır.[1506] Yani başka bir bakış açısıyla "ifa güçsüzlüğü" müessesesi geniş yorumlanmalı ve gerek mâliki olmadığı bir malı satan gerekse de çifte satım yapan bir satıcının içerisinde bulunduğu hâllerde ifa güçsüzlüğüne dair genel nitelikli bir düzenleme olan TBK md.98 (Art.83 OR) hükmü[1507] uygulanabilmelidir.[1508]

Yargıtay ise bir kişinin mâliki olmadığı bir malı satmasını başlangıçtaki imkânsızlık olarak nitelendirmemiştir. Alıcı, edim yerine getirilemediğinde yani satılan teslim edilemediğinde gerek tazminat gerekse de -tâyin edilmiş olmak kaydıyla- cezaî şartın ödenmesini talep edebilir.[1509] Yargıtay böyle bir ihtimalde, "edimin vâdesinde

---

[1503] **Cumalıoğlu,** s.163.
[1504] BGE 135 II 212, nak.: **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.245.
[1505] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.168 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.231 vd.; **Arslanlı,** s.81-82.
[1506] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.907-908.
[1507] TBK md.98 hükmüne göre: *"Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.*
Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir."
[1508] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835. Ancak aksi bir görüş de mevcuttur, bkz. ve karş. **Çabri, Sezer:** "Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlanan Sonuçlar", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, ss.414-439, s.420.
[1509] İlgili Yargıtay kararına göre: *"Maliki olmadığı bir taşınmazı satmış bulunan kişi aleyhine açılacak (ifa ve mülkiyetin alıcıya geçirilmesi) davasının redde müncer olması, böyle bir satışın BK.'nun 20. maddesinde öngörülen afakî imkansızlık (objektif imkansızlık) nedeniyle geçersiz sayılmasını gerektirmez. Çünkü, böyle bir sözleşme, ''borç doğuran'' bir sözleşme olarak geçerlidir ve sonuçta sübjektif imkansızlık nedeniyle tasarrufi işlemin, yani ifanın yerine getirilememesi sonunda meydana gelen zararın*

yerine getirilip getirilmediğini" esas alarak bir çözüme ulaşır. Nitekim Yargıtay'ın aynı konudaki bir başka kararı uyarınca henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimin ifa edilmeyeceğinin açıkça belli olduğu, sözleşmenin yerine getirilmesinin borçlu tarafından kusurlu ve açık bir biçimde engellendiği hâlde, TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünün ihlâli sebebiyle alacaklı, tazminat talep edebilir. Yine taşınmaz satım vaadi sözleşmesinde vaatte bulunanın (borçlunun) vâdeden önceki bir süreçte vaade konu taşınmazı üçüncü bir kimseye devretmesi durumunda, TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmüne istinaden ek süre (mehil) tâyin edilmeksizin edimin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararın tazmini talep edilebilir.[1510]

Oğuzman ve *Öz*'e göre ise değindiğimiz bu hâllerde dürüstlük kuralı uyarınca gerçekleşme olasılığı çok düşük değilse imkânsızlıktan bahsetmemek gerekir. Örneğin başkasına ait bir mal satıldığında mâlik, malı vermeyeceğini kesin surette bildirmedikçe yahut mal teslim edilmeden evvel çalındığında hırsızın yakalanma olasılığı dürüstlük kuralı uyarınca çok düşük bir olasılık değilse imkânsızlıktan söz edilmemelidir.[1511]

Doktrinde *Antalya*'ya göre ise sadece malı zilyetliğinde bulunduran üçüncü kişinin, mâlikin iştirakiyle ifa etme olasılığının bulunması yeterli olmayıp, örneğin mâlikin "uygun bir bedel karşılığında malı satacağını" da bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde mâlik malı iade etmeyeceğini yahut daha yüksek bir bedelle iade

---

tazmini, BK.'nun 96. maddesi gereğince satıcıdan istenebileceği gibi, eğer bir ceza şartı kararlaştırılmış ise bunun da ödetilmesi yine BK.'nun 158. maddesi uyarınca alıcı tarafından istenebilir (Yargıtay HGK.'nun, 22.12.1982 T., 13-1905 E., 966 K. sayılı ilamı)." **[Yargıtay HGK, E.2011/13-528, K.2011/571, T.28.09.2011,** www.legalbank.net].

[1510] İlgili Yargıtay kararına göre: *"Daire tapuda 3. kişiye 25.9.1981 tarihinde davalı tarafından satılmıştır. Sözleşme ve protokol hükümlerine göre satış bedelini ödemede bu tarih itibariyle davacının temerrüdü söz konusu değildir. Davalı taşınmazı davacıya devir ve temlik yerinde dairenin mülkiyetini tapuda 3. kişiye geçirmekle, satış vaadi sözleşmesine aykırı davranmıştır. Borçlar Kanununun 96. maddesi gereğince davalı kusurlu davranışı sonucu akde aykırılıktan meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür. Diğer taraftan davalı satış vaadine konu daireyi tapuda üçüncü kişiye temlik etmekle, akdin yerine getirilmesini kusurlu olarak açık ve kesin şekilde önlemiştir ve böyle bir durumda davalının artık Borçlar Kanununun 106. maddesi gereğince ihtarname ile davalıya ifa için ek süre vermesinde bir yarar ve dolayısiyle yasal bir zorunluk bulunmamaktadır. Burada davacı Borçlar Kanununun 107. maddesinin 1. bendi gereğince mehil tayinine gerek olmadan borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini isteyebilir."* **[Yargıtay HGK, E.1985/139, K.1986/385, T.09.04.1986,** www.legalbank.net].

[1511] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1804; **Gündoğdu,** Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s.141-142; **Dural,** s.85.

edebileceğini bildirirse, başkasına ait bir malı satan kimse bakımından sübjektif imkânsızlık gerçekleşmiş sayılır.[1512] Yine benzer bir şekilde sözleşmeye konu malın çalınması hâlinde çalınan malın yeri bilinmekte ve mala kavuşma olanağı da mevcutsa olsa olsa geçici bir imkânsızlık hâlinden bahsedilebilir.[1513]

Doktrindeki farklı bir görüş ise satıcının kendi mülkiyetinde olmayan bir malı satması hâlinde alıcının nama ifaya dair TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) hükmüne istinaden satılanı, masrafları satıcıya ait olmak kaydıyla, üçüncü kişiden (mâlikten) satın alması konusunda yetkili kılınmasını hâkimden talep edebileceğini ifade etmektedir.[1514]

Tüm bu bilgiler ışığında ifade etmek gerekir ki Türk hukukunda çifte satım, başkasına ait bir malın satımı, daha evvelden çalınmış bir malın satımı yahut satım konusu şeyin tesliminden önce çalınması, çifte kira, malzeme mâlikinin rızası olmaksızın başkasına ait bir malzemeyle eser yaratma sözü gibi vâkıalar, sübjektif imkânsızlık olarak kabul edilmektedir.[1515] Önemle vurgulamak gerekirse taşınır satımları bakımından TBK md.208 (Art.185 OR) ve taşınmaz satımları bakımından TBK md.245 (Art.220 OR) hükümlerinde, hasar ve yararın geçişi bahsiyle, esasen satım sözleşmesinde imkânsızlık müessesesi özel olarak hükme bağlanmıştır. Fakat değindiğimiz hükümler uyarınca hasar ve yararın geçişi bakımından taşınır satımlarında taşınırın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri, taşınmaz satımlarında ise tescil edilme ânı esas alınmaktadır. Satım sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül borcuna dair TBK md.214 (Art.192 OR) ve devamı hükümleri ise "satılanın tesliminden sonraki" aşamada tatbik imkânı bulmaktadır. Pozitif düzenlemeler böyleyken *Cumalıoğlu*'na göre asıl problem, "henüz teslim gerçekleşmemişken", yani "henüz vâdenin gelmesinden önceki" süreçte alacaklının hukuken nasıl himâye edilebileceğidir. Sübjektif imkânsızlık olan, yani

[1512] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.245 ve benzer görüşteki yazarlar için bilhassa bkz. s.245, dn.53.
[1513] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.246.
[1514] **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.412; **von Tuhr,** s.558; **Eren,** Borçlar Genel, N.3240.
[1515] **Cumalıoğlu,** s.163.

gerçek ve teknik manada imkânsızlık olarak nitelendirilemeyecek yukarıda değindiğimiz tüm hâllerde (çifte satım, başkasına ait bir malın satımı, çalınmış bir malın satımı yahut satılan malın tesliminden önce çalınması ve benzeri) temerrüt hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği savunulur.[1516] *Cumalıoğlu*'na göre sübjektif imkânsızlık olarak tavsif edilebilecek vâkıalarda temerrüt hükümlerinin tatbik edilmesi, ihlâlin öngörülebildiği (öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği) hâllerde isabetli sayılmaz. Zira "başkasına ait bir malın satımı" örneğinde olduğu gibi alacaklıyı gerçekte başkasının mülkiyetinde olan bir malın teslimini beklemeye mecbur bırakmak, bu bekleyişin ardından hatta malın teslim edilememesi hâlinde tazminat ile iktifa etmesini sağlamak tek çözüm olmamalıdır. İşte bu hâllerde hâkim, satıcının malın mülkiyetini tekrar iktisap etmesinin dürüstlük kuralı uyarınca beklenip beklenemeyeceğini esas almak suretiyle alıcının "öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden gündeme gelebilecek hukukî istemlerini" takdir edebilmeli ve satıcının kusurunu değerlendirerek sorumluluğuna hükmedebilmelidir. Nihayetinde tarafları, herhangi bir hukukî enstrümana başvurabilmeleri için muacceliyete değin beklemeye mecbur etmek manasızdır ve hatta çoğu durumda zararın artmasına sebebiyet verebilir.[1517] Kanaatimizce sübjektif imkânsızlık hâlinde bunun gerçek ve teknik manada bir imkânsızlık olmadığı, dolayısıyla bu hâllerde ifa imkânsızlığı hükümlerinin değil de temerrüt hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiği yönündeki hâkim görüş, tespitleri bakımından isabetli olsa da alacaklıyı -temerrüt hükümlerinin tatbiki sayesinde sahip olacağı birtakım hakları kullanabilmesi için- muacceliyete değin beklemek mecburiyetinde bıraktığından ötürü eksiktir. Oysaki bu hâllerde hâkim, TBK md.60 hükmünü[1518] esas alarak ifa menfaati zedelenen taraf için en iyi zarar giderim imkânı sunan hukukî sebebe, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sorumluluk sebebine yahut

[1516] **Cumalıoğlu,** s.163-164.
[1517] **Cumalıoğlu,** s.164.
[1518] "Sebeplerin Yarışması" madde başlıklı TBK md.60 hükmüne göre: *"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."*

da temerrüt sebebine dayanarak bir karara varabilecektir. Elbette önemli bir husus olarak altını çizmek gerekir ki TBK md.60 hükmüne göre "sebepleri yarıştırabilmek için" öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, ileride açıklayacağımız üzere[1519] pozitif bir düzenlemeye yani bir kanun hükmüne bağlanmalıdır. Böyle olduğunda artık alacaklı, sübjektif imkânsızlık olarak nitelendirilebilen hâllerde temerrüt hükümlerinin tatbikini ve muacceliyet gerçekleştiğinde kendisine sağlanan hakları kullanma olanağının yanı sıra; muacceliyeti beklemeksizin, sübjektif imkânsızlık dolayısıyla edimin vâdesinde yerine getirilmeyeceği veya getirilemeyeceğinden dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanabilecek ve öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Kanaatimizce işbu hak, hem alacaklıyı muacceliyete kadar beklemekten kurtararak bir zaman tasarrufu sağlayacak hem de alacaklının mevcut akdî ilişkiden ayrılmasını temin edip yeni yeni ikame sözleşmeler akdederek özellikle ticarî hayatta daha hızlı ve güvenli surette hareketine zemin hazırlayacaktır.

Yukarıda değindiğimiz imkânsızlığın "objektif" yahut "sübjektif" olmasının herhangi bir önem arz etmediği yönündeki görüş, *Cumalıoğlu*'na göre imkânsızlık müessesesini gereğinden fazla genişletmektedir. Belirtildiği üzere borçlunun ediminin yerine getirilmesi, dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenilebilecek gayreti aşıyorsa artık imkânsızlık gerçekleşmiş demektir. Borçlunun şahsına bağlı (şahsî) edimlerde ise kişisel engeller zaten doğrudan doğruya objektif imkânsızlığa sebebiyet verir.[1520] Ancak, kural olarak, bunlar hâricinde kalan birtakım engeller, objektif manada imkânsızlık olarak nitelendirilemez. Başlangıçtaki yahut sonraki sübjektif imkânsızlık, gerçek ve teknik manada bir imkânsızlık hâli olmayıp; bu hâlde borcun muacceliyet

[1519] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.
[1520] Borçlunun şahsına bağlı (şahsî) edimlerde kişisel engellerin, sübjektif imkânsızlığa sebebiyet vereceği yönündeki görüş için bkz. ve karş. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.170; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.233 vd.

ânında yerine getirilmeyeceği veya getirilemeyeceği öngörülebildiği için alacaklıya "öncelenmiş sözleşmeden dönme" ve tazminat isteme hakları verilmelidir.[1521]

II. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK SEBEBİ OLARAK SONRAKİ İFA İMKÂNSIZLIĞI

Anglo-Sakson hukuk sisteminde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borca aykırı hareket veya isteksizlik *(unwillingness)* ya da ağırdan alma, her zaman ifa imkânsızlığına sebebiyet vermez.[1522] Bilindiği üzere genel olarak imkânsızlık hâli, borcun tamamen kesin bir biçimde artık yerine getirilemeyecek olmasıdır; fakat edimi yerine getirme konusundaki isteksizlik *(unwillingness)* yahut ifayı ret *(refusal to perform)* imkânsızlık olarak nitelendirilemez.[1523] Böyle olmakla birlikte Anglo-Sakson hukuk literatüründe imkânsızlık müessesesi ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi açısından muhtelif yaklaşımlar da mevcuttur. Örneğin İngiliz hukuk sisteminde kanundan kaynaklanan yeni yükümlülükler sebebiyle sözleşmenin hiç yahut gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşılıyorsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın değil, sonraki ifa imkânsızlığının gerçekleştiği kabul edilmektedir. ABD hukuk sisteminde ise verdiğimiz örnek, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilmektedir.[1524] Andığımız iki müessese arasındaki ince çizgi olarak: İmkânsızlık hâlinde borcu sona erdiren hususun bir "maddî olay", öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta ise "alacaklının irade açıklaması" olduğu ifade edilmektedir.[1525]

[1521] **Cumalıoğlu,** s.164.

[1522] Detaylı açıklamalar için bkz. **Beatson, Jack/Burrows, Andrew/Cartwright, John:** Anson's Law of Contract, 29th Ed., Oxford, N.Y. 2010, s.517-518.

[1523] **Liu,** Anticipatory Breach, s.61. Ayrıca bu hususta önemli bir karar bkz. *"DeForest Radio Tel. & Tel. Co. v. Triangle Radio Supply Co."*, 243 N.Y. 283, 153 N.E. 75 (1926): "Borçlunun, üçüncü kişinin aldıracağı tedbirin, ifaya engel teşkil edeceğini bildirmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verir.", nak.: **Taylor,** s.921.

[1524] **Mahoney, Jr., Brian B.:** "Contract Law - Anticipatory Repudiation and the Running of the Statute of Limitations - *Franconia Associates v. United States"*, 536 U.S.129 (2002), Suffolk University LR 2004 37 Suffolk U. L. Rev. 1235.

[1525] **Carter,** s.432.

Milletlerarası hukuk uyumlaştırma çalışmalarından belki de en önemlisi olan CISG'de imkânsızlık müessesesi oldukça belirgin sınırlar dâhilinde hükme bağlanmıştır. CISG'de hukukumuzdan farklı olarak "başlangıçtaki" yahut "sonraki" ifa imkânsızlığı şeklinde bir tasnif mevcut olmayıp; her iki imkânsızlık hâli de geçersizliğe yahut borcun sona ermesine sebep olan bir durum değil, ifa engeli olarak kabul edilir.[1526] Doktrindeki baskın görüşe göre, imkânsızlığa sebebiyet veren vâkıanın "süreklilik" arz etmesi gerekir, geçici imkânsızlık hâlinde ifa engelinin niteliği ve süresi göz önünde bulundurularak gerçek ve teknik manada bir imkânsızlığın mevcut olup olmadığı tespit edilir. Sübjektif imkânsızlık hâli ise doktrinde ihtilâflıdır; aynen ifa isteminin objektif imkânsızlık hâlinde değil fakat sübjektif imkânsızlık hâlinde, CISG md.7/1 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına göre borcun yerine getirilmesinin artık beklenemeyeceği durumlar dışında, devam edeceği savunulmaktadır.[1527] Kısmî imkânsızlık hâlindeyse edimin kısmen yerine getirilmesi artık alıcı bakımından faydasız veya manasızsa sözleşmenin tümünden dönme hakkı, aksi takdirde kısmî dönme hakkı kullanılabilir.[1528]

Hukukumuzda beklenmedik hâl yahut mücbir sebep olarak tavsif edilen ve sonraki ifa imkânsızlığına sebebiyet verebilecek vâkıalardan olan grev, hammadde teminindeki güçlükler, savaş yahut yangın dolayısıyla üretim tesislerinin kullanılamaz duruma gelmesi, ihrâcat veya ithâlatı imkânsızlaştıran ambargo, üretilecek mala dair marka veya lisans hakkının sona ermesi yahut tek satıcılık sözleşmesinin feshi sonucunda malları satma hakkının son bulması,[1529] mallar üzerindeki patent yahut marka hakkının üçüncü bir kişiye ait olması, satım konusu malın başkasına satılması,

---

[1526] CISG md.68 hükmünün üçüncü cümlesine göre: *"Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır."*

[1527] **Gündoğdu,** Viyana Konvansiyonu, s.341.

[1528] **Gündoğdu,** Viyana Konvansiyonu, s.336-337. Muacceliyetin gerçekleşmesinin ardından karşı tarafın tâyin ettiği ek süre (mehil) dâhilinde borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi durumunda karşı taraf sözleşmeden dönebilir. Ayrıca alıcının ek süre tâyini için bkz. CISG md.49/1 hükmü (b) bendi ve satıcının ek süre tâyini için bkz. CISG md.64/1 hükmü (b) bendi.

[1529] **Schlechtriem/Butler,** N.270-271; **Atamer,** CISG, s.410.

ihrâcat yasakları[1530] ve benzeri hâller ile yine doktrindeki bir görüşe göre imkânsızlık olarak tavsif edilebilecek yabancı para ile yapılması zorunlu olan bir ödemenin, "söz konusu para birimi ile ödemelerin kısıtlanması veya yasaklanması" sebebiyle önemli ölçüde zorlaşması, CISG md.72 hükmündeki öncelenmiş ve esaslı sözleşmeye aykırılığa örnek olarak verilebilir.[1531] Önemle belirtmek gerekir ki aslî edim yükümlülüğünün yerine getirilmesine dair bir imkânsızlık, gerek başlangıçtaki gerekse de sonraki ifa imkânsızlığı olsun, "esaslı ihlâldir" ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olur. Mutlak (objektif) kesin vâde ihtivâ eden sözleşmelerde olduğu üzere, borcun muacceliyetten sonra yerine getirilmesi artık alıcı açısından faydasızsa veya bir mana ifade etmeyecekse ihlâl, esaslı sayılır.[1532]

CISG md.81 ve devamı hükümlerinde düzenlenen sözleşmenin ortadan kaldırılması durumunda, her şeyden önce, artık tarafların yükümlülükleri de son bulur. Bu noktada yükümlülüklerin son bulmasına istinaden bir tazminat istenebilmesi için karşı tarafın kusuru da herhangi bir önem arz etmez; zira CISG'de katı bir sorumluluk *(strict liability)* anlayışı hâkimdir. Fakat "Sorumluluktan Kurtulma" başlıklı CISG md.79 hükmünde karşı tarafın sorumlu tutulamayacağı durumlar öngörülmüştür.[1533] Anılan maddenin birinci fıkrasına göre *"taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz."* Dolayısıyla gerek objektif gerekse de sübjektif ifa imkânsızlığı olsun, imkânsızlığa sebebiyet veren vâkıa, borçlunun hâkimiyet sahası hâricinde kalan ve öngörülemeyen bir hususdan ileri

[1530] **Schlechtriem/Butler,** N.270-271; **Atamer,** CISG, s.410.
[1531] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.13; **Schlechtriem/Butler,** N.270-271.
[1532] **Gündoğdu,** Viyana Konvansiyonu, s.336.
[1533] **Welser, Rudolf/Welser, Irene:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar, (çev.: Ayça Akkayan Yıldırım), İKÜHFD 2006, C.5, S.1-2, ss.145-164, s.162; **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.251-252 ve s.254; **Atamer,** CISG, s.321 vd.

geliyorsa tazminat ödenmez. Ancak doktrinde ifade edildiği üzere hırsızlık veya borçlunun hastalanması, anılan hüküm kapsamında sayılmaz. Yine başkasına ait (kendisine ait olmayan) bir parça malı satan satıcı da tazminat ödemek mecburiyetinde kalır.[1534] Yangın, deprem, savaş ve benzeri kaza ve tabiî felâketler, ithâlat veya ihrâcat yasaklamaları (ambargo) gibi durumlar, sözleşmenin akdedilmesi sırasında hesaba katılması beklenemiyorsa birer sorumsuzluk sebebi teşkil eder.[1535] Anılan maddenin beşinci fıkrasına göre *"bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez."* Dolayısıyla CISG md.79 hükmüne istinaden sorumlu tutulamayan bir satıcı, her ne kadar tazminat ödemekten kurtulsa bile alıcının satım bedelinin indirilmesini isteme, sözleşmeden dönme gibi hakları kullanma olasılığına her zaman muhatap kalmaya devam eder.[1536] Tazminat ödenmesi ihtimalinde esasen, alacaklının ifaya dair menfaatinin boşa çıkmasından ötürü mâruz kaldığı zararlar giderilmiş olur.[1537] Öte yandan ifa imkânsızlığına sebebiyet veren vâkıanın, bizzat alacaklının hâkimiyet sahasından ileri gelmesi hâlindeyse borçlu, herhangi bir tazminat ödemez. Zira gerek CISG md.79 hükmü gerekse de CISG md.80 hükmü, bunu zorunlu kılar.[1538]

[1534] **Gündoğdu,** Viyana Konvansiyonu, s.347.
[1535] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.255; **Gündoğdu,** Viyana Konvansiyonu, s.347.
[1536] **Atamer,** Sözleşmeye Aykırılık, s.256.
[1537] **Gündoğdu,** Viyana Konvansiyonu, s.352. İlâveten bkz. ve karş. CISG md.79/4 hükmüne göre: *"İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır."*
[1538] Yukarıda andığımız CISG md.79 hükmüne ilâveten konumuzla olan ilgisinden ötürü CISG md.80 hükmüne de değinmek gerekir ki: *"Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz."*

§ 9. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA ALACAKLININ SAHİP OLDUĞU HAKLARA DAİR GENEL AÇIKLAMALAR

A. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Sebebiyle Başvurulabilecek Haklar

Hem milletlerarası hukuk uyumlaştırma çalışmaları hem de mevcut hukukumuzun düzenlemeleri birlikte ele alınırsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya; (1) aynen ifa istemini sürdürme, (2) kendi ediminin ifasını askıya alma veya malların teslimini durdurma hakkı, (3) hapis hakkı, (4) borçludan açıklama yapmasını ve/veya yeterli bir teminat göstermesini isteme hakkı, (5) öncelenmiş (erken) dönme hakkı ve (6) tazminat isteme hakkı olarak altı başlık altında tasnif edilebilecek çeşitli hukukî enstrümanların sunulduğu ifade edilebilir.

Ancak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği her hâlde, hemen yukarıda saydığımız hakların tümünün kullanılmasına gerek olmaz yahut bazen bazı haklar, olayın niteliği gereği kullanılamaz. Örneğin bilhassa CISG md.71 hükmü bağlamında ileride değineceğimiz[1539] ifayı askıya alma *(suspension)* hakkı söz konusu olduğunda alacaklı bir kez kendi edimini yerine getirmişse öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde artık ediminin ifasını askıya alma hakkını olayın niteliği gereği kullanamayacaktır. Yine bazı hâllerde alacaklının borçludan açıklama yapmasını[1540] ve/veya yeterli bir teminat göstermesini istemesi, "hak" olmakla birlikte aynı zamanda bir yükümlülüktür ve öncelenmiş (erken) dönme hakkının veya tazminat isteminin ön şartını teşkil edebilir.[1541] Elbette somut olayda öncelenmiş sözleşmeye

[1539] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta İfayı Askıya Alma Hakkı (CISG md.71).
[1540] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.
[1541] Detaylı açıklamalar için özellikle bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi. Ayrıca bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, G. Tazminat Hakkı.

aykırılığa sebebiyet veren birden çok vâkıa mevcutsa, alacaklı kendisi bakımından en elverişli tatmin imkânı sağlayan vâkıaya dayanabilir. Örneğin borçlu ifa güçsüzlüğüne (TBK md.98, Art.83 OR) düşmüşken ayrıca edimini yerine getirmeyeceğini de kesin biçimde açıklamışsa; alacaklı dilerse ifa güçsüzlüğü vâkıasına dayanabileceği gibi yani ek süre verip borçlunun yeterli bir teminat göstermesinin ardından sözleşme ilişkisinin devamını tercih edebileceği gibi dilerse de edimin ifasının kesin bir biçimde reddedilmesi *(repudiation)* vâkıasına dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.[1542]

Yukarıda değindiğimiz haklarına başvurmayı düşünen alacaklının, somut olaydaki mevcut sebeplerden öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geleceğinin "öngörülebilir" olduğunu ve ihlâlin de "esaslı" olduğunu ispatlaması gerekmektedir.[1543] Nitekim bu gereklilik, TMK md.6 (Art.8 ZGB) hükmünde de *"kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."* şeklinde tarif edilen genel bir ispat prensibiyle uyumludur. İlâveten elbette öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile alacaklının başvurmayı düşündüğü hak arasında bir illiyet bağı, yani nedensellik ilişkisi mevcut olmalıdır; fakat *"synallagmatic"* bir ilişkinin mevcudiyeti her durumda zorunlu değildir. Örneğin aslî edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olan alacaklı, borçlu ifa güçsüzlüğüne düştüğünde artık her ne kadar yerine getirdiği aslî edim yükümlülüğü bakımından ifayı askıya alma hakkını kullanması mantıken imkânsız olsa bile en azından hâlen yerine getirilmemiş olan yan edim yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir. Yine özellikle taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin "ticarî" nitelikte olması hâlinde de hapis hakkının kullanılması[1544] açısından *"synallagmatic"* bir ilişki gerekli değildir.[1545]

[1542] **Cumalıoğlu,** s.189-190.
[1543] **Liu,** Anticipatory Breach, s.222.
[1544] Detaylı açıklamalar için özellikle bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, C. "Hapis Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TMK md.952 (Art.897 ZGB).
[1545] **Cumalıoğlu,** s.190.

Bir başka husus olarak ifade etmek gerekir ki hemen yukarıda değindiğimiz "tazminat istemi" hâricindeki dört hak, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle mâruz kalabileceği zararın azaltılmasına yöneliktir ve alacaklının bu hakları kullanabilmesi için borçlunun kusuru aranmaz; kusur sadece tazminat isteminin bir ön şartıdır.[1546]

İleride etraflıca değineceğimiz üzere[1547] ifa güçsüzlüğüne dair genel nitelikli bir hüküm olan TBK md.98 (Art.83 OR) hükmü, kiracının iflâsına dair TBK md.332 (Art.266h OR) hükmü, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesine dair TBK md.390 (Art.316 OR) hükmü, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesine dair TBK md.436 (Art.337a OR) hükmü, yayım sözleşmesinin kişisel sebeplerle sona ermesine dair TBK md.500 (Art.392 OR) hükmü, kefaletten dönmeye dair TBK md.599 (Art.510 OR) hükmü ve eser sözleşmesinde yüklenicinin işe başlama ve yürütme borcuna dair TBK md.473 (Art.366 OR) hükmü ve benzeri düzenlemeler gibi CISG md.71 ilâ md.73 hükümleri arasındaki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair düzenlemeler de "emredici nitelikte kurallar" değildir. Dolayısıyla hem hukukumuz bakımından hem de CISG'in tatbik edildiği uluslararası satım hukuku bakımından taraflar, kendi aralarındaki sözleşmede "öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hakların kullanılamayacağını, her ne şartta olursa olsun sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi için mutlaka vâdenin bekleneceğini" kararlaştırabilirler. Başka bir deyişle alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarına başvurma olanağı, yine bizzat kendi iradesiyle, yani tarafı olduğu sözleşmeyle ortadan kaldırılabilir.[1548] Elbette bu serbestliğin ayrıksı sınırını "genel işlem koşulu" müessesesi teşkil eder. Öyle ki alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmayacağı, sözleşmeyi ortadan kaldırmak için muhakkak vâdeye dek bekleyeceği anlamına gelen klozlar, sözleşmenin içeriğine eğer

[1546] **Cumalıoğlu,** s.190.
[1547] Detaylı açıklamalar için özellikle bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, A, 3. İfa Güçsüzlüğü (Teminat veya Aciz) Def'i (TBK md.98, Art.83 OR).
[1548] **Cumalıoğlu,** s.190.

genel işlem koşulu olarak dâhil edilmişse bunun geçerli olabilmesi için yürürlük, içerik ve yorum denetimlerinden[1549] geçmesi gerekmektedir. Aksi hâlde alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmayacağı yönündeki sözleşme klozları, TBK md.21 hükmü uyarınca yazılmamış sayılır ve alacaklı işbu haklarına dilediği gibi başvurabilir.[1550]

Doktrinde *Cumalıoğlu,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hakların süjesini yani hakları kimin kullanabileceğini değerlendirirken şöyle tespitlerde bulunmuştur: En başta hakları kullanacak olan elbette alacaklıdır. Ancak "elbirliği hâlinde" bir alacaklılık durumu söz konusuysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hakları tüm alacaklılar beraberce; TBK md.169 (Art.150 OR) hükmü anlamında "müteselsil alacaklılık" durumu söz konusu ise her bir alacaklı, ötekilerden bağımsız biçimde haklarını kullanabilecektir. Yine bir başka husus olarak "tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde" üçüncü kişi, elbette alacağı talep ve dava konusu edebilecektir ancak kendisi aleyhine bir borç meydana gelmediğinden dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan edimin ifasını askıya alma veya borçludan yeterli bir teminat göstermesini talep etme gibi hakların yine sözleşmenin tarafı olan alacaklı tarafından kullanılması mantıklıdır. "Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde" ise anılan hakların zaten doğrudan doğruya sözleşmenin bir yanı olan alacaklı tarafından kullanılabileceği hususunda duraksama yoktur.[1551] Üçüncü kişi yararına sözleşmeler bakımından değinilmesi gereken bir başka husus ise doktrindeki "yararına sözleşme tesis edilmiş üçüncü kişinin, borçlu temerrüdü hâlinde sözleşmeden dönme hakkına başvurup

[1549] "Genel işlem koşulu" müessesesi ve bilhassa yürürlük, içerik ve yorum denetimleri hususunda detaylı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s.226 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.169 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.158 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.297 vd.; **Nomer,** s.85 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.168 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.150 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.107 vd.; **İnan/Yücel,** s.301 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.126 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.61 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.63 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.176 vd.; **Yıldırım,** s.89 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.209 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.247-248; **Reisoğlu,** s.70 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.154 vd.; **Yavuz,** s.117 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.154 vd.

[1550] **Cumalıoğlu,** s.190.

[1551] **Cumalıoğlu,** s.191.

başvuramayacağı" sorunudur. Doktrindeki görüşlerden biri olan ve ayrıksı hâllerde üçüncü kişinin dönme hakkına başvurabileceği fikri benimsenirse elbette öncelenmiş (erken) dönme hakkının da üçüncü kişiye tanınmasında bir sorun yoktur.[1552] Kaldı ki zaten ifa güçsüzlüğüne dair TBK md.98 (Art.83 OR) hükmünün şartları gerçekleştiğinde anılan maddede alacaklıya verilmiş olan hakların, borçluya karşı olduğu gibi, yararına sözleşme tesis edilmiş üçüncü kişiye karşı da kullanılabileceği fikri kabul edilmektedir.[1553]

Bir başka husus olarak ise "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde"[1554] himâye dâhilindeki üçüncü kişiler, zaten borçludan edimin yerine getirilmesini isteyemeyeceklerinden dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa da dayanamazlar.[1555]

Nihayetinde belirtmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren vâkıa, bizzat alacaklıdan kaynaklanmışsa; örneğin alacaklı göndermesi gereken evrakı göndermeyerek yahut borçluya önceden vermesi gereken bilgileri vermeyerek borçlunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa düşmesine yol açmışsa artık elbette böyle bir alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hakları kullanması düşünülemez.[1556]

[1552] Doktrindeki anılan görüş için bkz. **Akyol, Şener:** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, s.124-127.
[1553] **Cumalıoğlu,** s.191.
[1554] "Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler" hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Genel, s.42 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.137; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.18 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.773 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.57 vd.; **Nomer,** N.8.5; **İnan/Yücel,** s.83 vd.
[1555] **Cumalıoğlu,** s.191.
[1556] **Cumalıoğlu,** s.191-192.

B. Borçlunun Takas veya Diğer Def'i Haklarına Sahip Olması yahut Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın İki Tarafın da Fiillerinden Kaynaklanması Hâllerinde Alacaklının Hakları

Alacaklının edimin yerine getirilmesini istemesine engel teşkil eden borçlunun birtakım def'i ve itirazları, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hakların kullanılmasına da engel olabilir.

Bilindiği üzere bazı def'iler, niteliği itibariyle, ancak edim muaccel hâle geldiğinde kullanılabilmektedir. Bu duruma örnek olarak zamanaşımı def'i verilebilir. Borç bir kez zamanaşımına uğramışsa, borçlu zamanaşımı def'ini dermeyan etse de etmese de alacaklı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hiçbir hakkına başvuramaz. Zira borcun zamanaşımına uğramış olması demek, zaten edimin çoktan muaccel hâle geldiği ve üstüne bir de zamanaşımı süresinin geçtiği anlamına gelir.[1557] Oysa çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için "henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreç"te birtakım ifa sorunlarının ortaya çıkması gerekmektedir. Dolayısıyla zamanaşımı def'i ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklar aynı olayda bir arada bulunamazlar.[1558]

Yine benzer şekilde alacaklının henüz müeccel olan bir alacak hakkı, ifa güçsüzlüğünün sebebiyet verdiği bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde tehlikeye girmişse borçlu örneğin TBK md.231/1 (Art.210 Abs.1-2 OR) hükmündeki[1559] ayıplı ifa

---

[1557] "Zamanaşımının Başlangıcı" madde başlıklı TBK md.149/1 hükmüne göre: *"Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar."*

[1558] **Cumalıoğlu,** s.192.

[1559] Mehaz norm olan Art.210 Abs.1-2 OR hükümlerine göre: *"Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt, es sei denn, dass der Verkäufer eine Haftung auf längere Zeit übernommen hat…Die Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel bleiben bestehen, wenn innerhalb eines Jahres nach Ablieferung die vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer gemacht worden ist."* Anılan düzenleme TBK md.231 hükmünden farklı olarak şöyledir: Satılandaki ayıplara ilişkin ayıba karşı tekeffül davaları, alıcı ayıbı daha sonra fark etmiş olsa dahi, şeyin alıcıya tesliminden itibaren **bir yılın** geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak satıcı daha uzun bir süre için sorumluluk üstlenmişse bu

def'ini yahut TBK md.82/2 (Art.67 Abs.2 OR) hükmündeki sebepsiz zenginleşmeden doğan def'iyi ileri sürdüğünde alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanamaz. Hatta bu hâlde alacaklı, vâdeyi bekleyerek temerrüt hükümlerinden doğan haklarını dahi kullanamayacaktır.[1560]

Doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre ise alacaklı ve borçlu arasındaki akdî ilişki sebebiyle bir şekilde borçlunun edimini yerine getirmekten imtinâ etme hakkı olduğu hâllerde, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa gidip gidemeyeceği hususu ise tartışmaya açıktır.[1561] TBK md.97 (Art.82 OR) hükmünde sözü edilen ödemezlik def'ini, bilindiği üzere sadece "kendisinden edimini öncelikle yerine getirmesi istenen taraf" ileri sürme hakkına sahiptir. İlk ihtimal olarak; eğer taraflar arasındaki sözleşmede aynı ânda ifa kuralı benimsenmişse ifa isteminde bulunan tarafın bu istemiyle birlikte kendi ediminin ifasını da teklif etmiş olması zorunludur. İşte aynı ânda ifa kuralının benimsendiği bir akdî ilişkide alacaklı ve borçlu, edimlerini aynı ânda yerine getirmekle yükümlü olacağından borçlu ediminin ifasını teklif etmiş olmak zorunda kalacak ve bu durum da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesini engelleyecektir.[1562] Başka bir deyişle aynı ânda ifa yükümlülüğü olan bir sözleşmede, müessesenin niteliği gereği, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gerçekleşemez.

İkinci ihtimal olarak; borçlunun alacaklıdan daha sonra edimini yerine getireceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde ise, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir ve bu hâlde alacaklı, henüz kendi edimi ifa etmemiş olmak kaydıyla ifayı askıya alma hakkını, borçludan yeterli bir teminat göstermesini isteme hakkını ve

---

hüküm uygulanmaz…Teslimden itibaren **bir yıl içinde** satıcıya kanunen öngörülen ayıp ihbarı yapılmış olması hâlinde, alıcının mevcut ayıplara ilişkin def'i hakları varlığını sürdürür.

[1560] **Cumalıoğlu,** s.192.

[1561] **Cumalıoğlu,** s.192.

[1562] **Cumalıoğlu,** s.192-193.

öncelenmiş (erken) dönme hakkını -şu ânki mer'î mevzuatımız bakımından kıyasen- TBK md.98 hükmüne istinaden kullanabilir.[1563]

Üçüncü ihtimal olarak; borçlu ifa güçsüzlüğüne düşmemişse bile borcun varlığını inkâr etmişse yahut edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde beyan etmişse, alacaklıdan karşı-edimin ifasını istemesi zaten dürüstlük kuralına aykırı olacaktır ve bu kez öncelikle ifa ile yükümlü olmasına rağmen alacaklı ödemezlik def'ini ileri sürebilecektir.[1564]

Doktrinde *Tandoğan,* TBK md.97 yahut TBK md.98 hükümlerindeki def'ilerden birine başvuruluyorsa TBK md.473/1 hükmünün tatbik edilemeyeceğini ifade eder.[1565] Öyle ki yüklenicinin TBK md.97'deki ödemezlik def'ini ileri sürmesi, işsahibinin öncelenmiş (erken) dönme hakkına herhangi bir tesirde bulunmaz; ancak işsahibi ifa güçsüzlüğüne düşmüşse ve yüklenici TBK md.98 hükmüne dayanırsa, yani iki tarafın da içine düştüğü hâl, gelecekteki ihlâlin öngörülebilmesine sebebiyet veriyorsa işte bu problem ayrıca ele alınmalıdır. Şöyle bir örnek üzerinden gitmek gerekirse: Bir satım sözleşmesinde satıcı, malı kararlaştırılan vâdede teslim etmek için ifaya ilişkin gerekli hazırlıkları yapmamış ve malın vâdesinde teslim edilemeyeceği öngörülebilir hâle gelmişken; öte yandan alıcı da ifa güçsüzlüğüne düşmüş yahut gereksinimini karşılamak maksadıyla aynı mala ilişkin daha uygun bir bedelle ikame bir sözleşme yapmış olsun.[1566] İşte böyle bir ihtimalde satıcının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmeyi sona erdirip erdiremeyeceği ilâveten şartlara göre zararının giderilmesini isteyip isteyemeyeceği önemli bir sorundur. Yine bir başka ihtimal olarak taraflar sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmeyeceklerini aynı günde fakat birbirlerinden

---

[1563] **Cumalıoğlu,** s.193.
[1564] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1105.
[1565] **Tandoğan,** C.II, s.115. Zira Tandoğan'ın ifadeleriyle: *"Müteahhit BK. md. 81 veya 82'deki defileri ileri sürdüğü sürece de gecikmesi yükümlülüğüne aykırı sayılamaz."* Yazarın işaret ettiği hükümler eBK md.81 ve md.82 olduğundan mevcut hukuk düzenimizdeki TBK md.97 ve md.98 hükümlerine tekabül etmektedir.
[1566] **Liu,** Anticipatory Breach, s.106-107.

tamamen habersiz biçimde beyan etmişlerse nasıl bir karar adil olabilir?[1567] Bu noktada doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre, kendisi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren taraf da karşı tarafın sebebiyet verdiği öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanabilmelidir. Çünkü öyle ya da böyle artık sözleşmenin yerine getirilmeyeceği belli olmuştur ve tarafları böyle bir akdî ilişkiyle bağlı tutmak anlamsızdır. Ancak *"haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır."* şeklindeki TBK md.114/2 (Art.99 Abs.3 OR) hükmünün atfıyla TBK md.52 (Art.44 OR) hükmüne[1568] istinaden bu hâl, tazminat istemlerinde göz önünde bulundurulacaktır.[1569] Fakat önemle belirtmek gerekir ki taraflardan birinin sadece kendi ediminin yerine getirilmeyeceği öngörülebildiğinden bahisle bir hak sahibi olması olanaklı değildir.[1570]

Bir başka husus olarak belirtmek gerekir ki borçlunun takas def'i ileri sürmesi yani takas hakkına *(Verrechnung)* başvurması, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarını kullanmasına herhangi bir tesirde bulunmaz. Bilindiği üzere takas, hukukî niteliği itibariyle tasarrufî bir işlemdir ve herhangi bir şekle tâbi olmayan, tek taraflı açıklanan ve varması gereken bir bozucu yenilik doğuran irade beyanıyla kullanılır.[1571] Takasın şartlarından olarak TBK md.139 (Art.120 OR) hükmüne göre takasa konu olacak alacakların "karşılıklı" olması ve "bir miktar para" yahut "özdeş diğer edimlerden" ibaret olması zorunludur. Anılan madde öngörülen bir başka şart ise her iki borcun da "muaccel olması" gerekliliğidir. Bu şartların sonucu

---

[1567] **Cumalıoğlu,** s.193.

[1568] TBK md.52/1 hükmüne göre: *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."* Anılan hükmün karşılığı sayılabilecek CISG md.80 hükmüne göre ise: *"Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz."*

[1569] **Cumalıoğlu,** s.193.

[1570] **Cumalıoğlu,** s.193.

[1571] **Aral, Fahrettin:** Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s.11-16; **Eren,** Borçlar Genel, N.4011, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.1020; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.1614. Takasın hukukî sonuçlarından olarak TBK md.143/1 hükmüne göre: *"Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer."* Yine TBK md.139/2 hükmüne göre: *"Alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir."*

olarak ifade etmek mümkündür ki henüz doğmamış, doğmuş ancak muacceliyet kazanmamış[1572] yahut takasın yapılacağı ânda sona ermiş ya da zamanaşımına uğramış, dava edilemeyen alacaklar takasa konu olamaz.[1573] Doktrindeki bir görüşe göre her iki borcun da muaccel olması değil; sadece takasa konu olacak borcun muaccel olması, buna karşılık diğer borcun ise sadece ifa edilebilir olması yeterli sayılmalıdır. Başka bir deyişle takas beyanında bulunacak tarafın borcunun muaccel olması gerekli ve yeterlidir.[1574] Doktrindeki diğer görüşe göre ise takas beyanında bulunacak tarafın borcunun değil, "alacağının" muaccel olması gereklidir; yani alacağı henüz muaccel olmayan tarafın takas beyanında bulunması mümkün olmaz.[1575]

[1572] Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 139. maddesi (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 118. maddesi) gereğince, iki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir. Alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 143. maddesi (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 122. maddesi) hükmüne göre takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesi ile gerçekleşir. Bu durumda, her iki borç takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer. Takas için mutlaka karşılık dava açılması zorunlu değildir. Davalı, karşılık dava açmadan da takas savunmasında bulunmakla yetinebilir. Bununla birlikte davalının takas etmek istediği karşılık alacağın miktarı asıl davada istenen alacaktan daha fazla ise ve davalı bu fazla alacağını hüküm altına aldırmak istiyorsa karşılık dava açılması gerekir. Karşılık dava, asıl dava ile birlikte incelenirse de asıl davaya oranla müstakil, ayrı bir davadır. Bu nedenle her iki davanın da ayrı ayrı karara bağlanması gerekir."* **[Yargıtay 6.HD, E.2013/2907, K.2013/8028, T.07.05.2013,** www.legalbank.net]. Yine benzer bir Yargıtay kararına göre: *"Takastan bahsedebilmek için, her şeyden önce iki ayrı kimsenin karşılıklı olarak birbirlerinden alacaklı olmaları gerekir. Henüz doğmamış veya takas anında sona ermiş alacaklar takas edilemez. Takas edilecek alacaklar aynı nitelikte, aynı türden olmalıdır. Takas hakkını ileri sürenin alacağı, dava edilebilir bir alacak olmalıdır. Takası ileri süren tarafın alacağının tartışmalı olması, takas ileri sürülmesine engel değildir. Alacağı tartışmasız olan taraf bu takasa itiraz edebilir ve kendi alacağını dava edebilir. Takası ileri süren tarafın bunun için dayandığı alacak, talep ve dava edilebilir bir alacak olması gerekir. Bunu istisnası zaman aşımına uğramış borçlarda görülür. Takası gerçekleştirmek için irade açıklamasına takas beyanı denir. Bu beyan bir taraflı bir hukuksal işlemdir. Takas hukuki niteliği itibari ile bozucu yenilik doğuran bir haktır. Borçlunun takas hakkını kullanma isteğini, alacaklıya bildirmesi gerekir. Takas bir sözleşme olmadığı için karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Takas aynı zamanda borcu sona erdirdiği için bir tasarruf işlemidir."* **[Yargıtay 9.HD, E.2008/37378, K.2009/12271, T.30.04.2009,** www.legalbank.net]. Yine benzer bir karar için bkz. **Yargıtay 8.HD, E.2013/5506, K.2013/14915, T.21.10.2013 (**www.legalbank.net).

[1573] **Eren,** Borçlar Genel, N.4030. Ayrıca ilgili Yargıtay kararına göre: *"TBK'nın 139/1 maddesi gereğince; iki kişi karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her iki tarafın her biri alacağını borcuyla takas edebilir. Bunun sonunda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer. Takas borcu sona erdiren işlemlerden olup, takas sonunda karşılıklı borçlar daha azı oranında sona erer. Takasın sözkonusu olması için tarafların birbirlerine karşı aynı zamanda hem alacaklı hem de borçlu olmaları gerekir. Henüz doğmamış alacaklar takas edilemez. Takas beyanında bulunabilmek için takas edenle karşı tarafın birbirlerine karşı sahip oldukları alacak ve borçların özdeş olması gerekir."* **[Yargıtay 3.HD, E.2013/17632, K.2014/2693, T.24.02.2014,** www.legalbank.net].

[1574] **Aral,** Takas, s.37; **Eren,** Borçlar Genel, N.4028.

[1575] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.1017; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.1638. Keza Yargıtay da doktrindeki ikinci görüşe yakındır. İlgili karara göre: *"...BK'nun 118. maddesinde takas ve şartları düzenlenmiş olup "İki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasil başka malları*

Cumalıoğlu'nun tespitlerine göre doktrindeki ikinci görüş yani alacağı muaccel olan tarafın takas beyanında bulunabileceği fikri benimsenirse, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte para borcunu ödemeyeceğini beyan eden borçlu, aynı ânda muaccel olan başka bir para alacağını takas ettiğini beyan ettiği zaman işbu beyan, kendi edimi de (ifasından imtinâ ettiği edimi) muaccel olduğunda yahut alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden bir tazminat istediğinde tarafların borçlarını sona erdirebilecektir.[1576] Yazar bu tespitlerini, TBK md.143/1 (Art.124 Abs.1-2 OR) hükmünde de öngörüldüğü üzere takas beyanının "her iki borcun da takas edilebilecekleri ânda" hüküm ve sonuç doğuracağı gerçeğine dayandırmaktadır. Başka bir deyişle takas beyanı, karşı tarafa vardığı (vusulü) ânda değil, beyanda bulunan tarafın ediminin muacceliyet kazandığı ânda hüküm ve sonuçlarını meydana getirir ve tüm fer'îleriyle (yan haklarıyla) beraber alacak hakkını sona erdirir.[1577] Nihayetinde her iki alacağın da muaccel olması, takas için bir gereklilik olduğuna göre takas beyanının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa herhangi bir tesiri olmaz.[1578]

C. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Meydana Gelen Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Alacaklının Haklarına Etkisi

Borçlu, daha sözleşme müzâkereleri aşamasındayken bile ileride doğacak borcu yerine getirmeyi gerçekte hiç istememesine yahut istese de yerine getiremeyecek olmasına karşın, bu hâlini gizleyip öneri ya da kabul olarak tavsif edilebilecek bir irade beyanı ortaya koymuşsa güven kuramına göre taraflar arasında geçerli biçimde bir

---

birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki taraftan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Alacaklardan biri, münazaalı olsa bile takas dermeyan olunabilir." denilmiştir. Buna göre, takas için muaccel bir alacağın varlığı yeterli olup, davacının alacaklı olduğunun tespiti halinde davalının takas mahsup talebinin dikkate alınması gerekmektedir…" **[Yargıtay 11.HD, E.2011/12054, K.2012/18025, T.13.11.2012,** www.legalbank.net].

[1576] **Cumalıoğlu,** s.195.

[1577] **Aral,** Takas, s.140 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.4039-4041; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** N.1647 vd.

[1578] **Cumalıoğlu,** s.195.

sözleşme kurulabilir. Anlaşıldığı üzere ileride[1579] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilecek bu hâlin daha sözleşme kurulmadan önce[1580] bile mevcut olması ihtimalinde alacaklının haklarına başvurup başvuramayacağını bilhassa ele almak önem arz eder. Borçlu, sözleşmenin kurulmasından önce zaten ifa güçsüzlüğüne düşmüş vaziyetteyse iki olasılık söz konusu olabilir: İlk olarak karşı taraf yani alacaklı, borçlunun bu durumunu bilmiyor olabilir. Bu hâlde borçlar hukukunun genel hükümlerinden hareketle, irade bozukluklarından "hata (yanılma)"[1581] yahut "hile (aldatma)" gerekçesiyle iradesi ifsat olan tarafın "sözleşmeyle bağlı olmadığını (bölünmüş geçersizlik kuramı, *geteilte Ungültigkeittheorie)*" yahut -farklı bir görüşe göre- "sözleşmeyi iptal ettiğini *(Anfechtungstheorie)*"[1582] beyan etmesi mümkündür,[1583] hatta bu hâlde *"culpa in contrahendo"* sorumluluğu da tartışılabilir.

İkinci olarak karşı taraf yani alacaklı, borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmüş vaziyetini biliyorsa ve bunun risklerini göze alarak sözleşmeyi kurmuşsa, artık hemen yukarıda değindiğimiz "hata (yanılma)" yahut "hile (aldatma)" hükümlerine gidemez ve hatta TBK md.98 (Art.83 OR) hükmündeki def'i hakkına da başvuramaz.[1584] Keza doktrinde isabetle ifade edildiği üzere TBK md.98 hükmünün uygulanabilmesi, yani burada düzenlenen def'inin ileri sürülebilmesi için "ifa güçsüzlüğüne düşmenin" sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada vuku bulmuş olması zorunludur.[1585] Bu

---

[1579] "İleride" ibaresi ile kastettiğimiz, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat edimin henüz muacceliyet kazanmasından önceki süreç, zaman aralığıdır.

[1580] Başka bir deyişle sözleşme müzâkereleri, yani sözleşmeyi kurmaya yönelik olarak müstakbel taraflar arasında sosyal temasın başladığı aşama.

[1581] **Öz,** İnşaat, s.65.

[1582] İrade bozukluğu hâlinde sözleşmenin akıbetine ilişkin doktrindeki muhtelif görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, H. İrade Bozuklukları ve Aşırı Yararlanma (Gabin) Açısından Değerlendirme.

[1583] **Eren,** Borçlar Genel, N.1257; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.264-265; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.72; **Serozan, Rona:** "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi – Kronolojik Açıdan Ayrımlı Olguları Ortak Bir Rejime Bağlama Denemesi", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, ss.1013-1030, s.1018. Ayrıca bkz. ve karş. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.379.

[1584] **Eren,** Borçlar Genel, N.3121.

[1585] **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.654; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1123; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.72. Ayrıca bkz. ve karş. **Serozan,** Edimler Arası Dengesizlik, s.1027.

bağlamda aynı sonuca ulaşan farklı bir doktrinel fikre göre ise "ifa güçsüzlüğüne düşmenin" sözleşmenin kurulmasından önce yahut sonra vuku bulması bir özellik arz etmese dahi henüz sözleşme kurulmadan önce yani müzâkereler aşamasında borçlunun ifa güçsüzlüğü vaziyetini bilen alacaklı, yine TBK md.98 hükmüne başvuramaz.[1586] Nitekim işbu ikinci fikre bir dayanak olarak "Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü" madde başlıklı TBK md.390/2 (Art.316 Abs.2 OR) hükmüne göre de ödeme güçsüzlüğü, tüketim ödüncü sözleşmesi kurulmadan önce mevcut olmasına rağmen, ödünç veren bu durumu bilmiyorsa ediminin ifasını askıya alabilir, fakat biliyorsa bu hakkını kullanamaz.[1587]

TMK md.6 (Art.8 ZGB) hükmündeki genel kuraldan hareketle ifa güçsüzlüğü vâkıasını ispat külfetinin, kural olarak, hakkı tehlikeye düşen tarafın üzerinde olduğu söylenebilecekse de "ifa güçsüzlüğünün sözleşmeden sonra vuku bulduğunu" ispatlamak hayli güç olduğundan, doktrinde ispat yükünün davalıda yani borçluda olması gerektiği fikri ileri sürülmektedir.[1588]

İleride detaylıca değineceğimiz üzere[1589] CISG md.71/1 hükmü bağlamında ifanın askıya alınmasına *(suspension)* sebebiyet veren ifa güçsüzlüğü hâli, sözleşmenin kurulmasından sonra vuku bulabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından önce vuku bulmuş olup daha sonradan da ortaya çıkabilir, yani alacaklı tarafından daha sonradan öğrenilebilir. Fakat önemle belirtmek gerekir ki sözleşmenin kurulmasından önce bilinen yahut bilinebilecek olan durumlarda ifayı askıya alma hakkına başvurulamaz.[1590]

Doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre sözleşmenin kurulmasından önce, yani müzâkere aşamasında borçlunun ifa güçsüzlüğü içerisinde olduğunu bilen alacaklının,

---

[1586] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835.
[1587] **Cumalıoğlu,** s.196.
[1588] **Eren,** Borçlar Genel, N.3122.
[1589] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, III, B, 3. Tehlikenin Sözleşmenin Akdedilmesinden Sonra Ortaya Çıkması Şartı.
[1590] **Schlechtriem/Butler,** N.260; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.27.

sözleşmenin kurulmasından sonra sırf bu sebeple kendi ediminin ifasını askıya alması, çelişkili davranış yasağına *(venire contra factum proprium)* aykırılık teşkil eder. Fakat somut olay bakımından sözleşmenin kurulması ile edimin muaccel olması anına kadar geçecek müddetin uzunluğunu, borçlunun sözleşme müzâkerelerindeki söylemlerini ve ifa güçsüzlüğüne düşmüş olmasına karşın alacaklıda oluşturduğu güveni de ayrıca değerlendirmek gereklidir. Bunlar neticesinde alacaklının borçlunun içinde bulunduğu ekonomik hâlinin zamanla toparlanabileceğine dair tahmin veya beklentileri haklı sayılabilir. Aksi hâlde yerine getirilmeyeceği önceden belli olan bir sözleşmeyle tarafları bağlı tutmanın hiçbir manası olmaz ayrıca böyle bir mecburiyet olsa olsa zararın artmasına sebebiyet verir.[1591] Kanaatimizce de gerçekten sözleşmenin kurulmasından önce, yani müzâkere aşamasında borçlunun ifa güçsüzlüğü içerisinde olduğunu bilen alacaklının, sözleşmenin kurulmasından sonra sırf bu sebeple kendi ediminin ifasını askıya alması, çelişkili davranıştır. Fakat bunun hâricindeki kıstaslar yani alacaklının borçlunun ekonomik hâlinin düzelebileceğini ümit etmiş olması, borçlunun söylem ve davranışlarıyla alacaklıda bir güven yaratmış olması gibi kıstaslar ayrıca değerlendirilmemelidir. Zira bunlar alacaklının kolayca manipüle edebileceği sübjektif ölçütlerdir. Aksi hâlde alacaklı, ifa güçsüzlüğü içerisinde olduğunu bildiği bir borçluyla sözleşme kurmuş olmasına rağmen keyfe keder biçimde öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan ifayı askıya alma hakkını *(suspension)* kullanmaya kalkışabilecektir. Oysa böyle bir durum, çelişkili davranan yani dürüstlük kuralını ihlâl eden bir alacaklının, kendisine haklar bahşedilerek ödüllendirilmesi anlamına gelir ki TMK md.2/2 hükmünde de öngörüldüğü üzere *"bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."*

Yine doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre öncelenmiş (erken) dönme hakkı bakımından, sözleşmenin kurulması esnasında borçlunun ifa güçsüzlüğünü veya ifa

[1591] **Cumalıoğlu,** s.197.

etmeme iradesini yahut edimin yerine getirilmeyeceğine dair sübjektif imkânsızlık hâlini bilen alacaklı da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanarak sözleşme ilişkisini sonlandırabilmelidir. Yazar bu görüşünü CISG bağlamında gelecekteki ihlâl tehlikesinin sözleşmenin kurulmasından önce biliniyor olmasının alacaklının CISG md.72/1 hükmüne istinaden sözleşmeyi ortadan kaldırmasını engellemeyeceği gerçeğine dayandırmaktadır.[1592] Hatta yazara göre TBK md.98 hükmünde de alacaklının sözleşmeden dönebilmesinin şartı, ediminin ifasını askıya alması değil, "hakkın tehlikeye düşmesi" ve "uygun sürede güvence verilmemesi" olarak sayılmıştır. Dolayısıyla *Cumalıoğlu*'na göre sözleşmenin kurulmasından önce borçlunun ifa güçsüzlüğü içerisinde olduğunu bilen alacaklı kendi ediminin ifasını askıya alma hakkına başvuramasa da öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir.[1593] Kanaatimizce yazarın tespitine katılmak güçtür. Öncelikle hukuk kurallarının ve kurumlarının yorumunda istifade edilen "evleviyet *(a fortiori)*" prensibi gereğince "aza" yetkili olmayan bir kimse, "çoğa da" yetkili sayılamaz. İfayı askıya alma hakkı, ister TBK md.98 hükmüne isterse de CISG md.71 hükmüne göre değerlendirilsin her durumda sözleşmeden dönme hakkından çok daha hafif bir enstrümandır. Zira ifayı askıya alma hakkı; akdî ilişkiyi ortadan kaldırmamakta hatta edimini ifadan imtinâ eden borçluyu "ifaya devam etmek hususunda" baskı altına alarak sözleşme ilişkisinin devamı ihtimalini bile artırmaktadır. Oysa öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme ilişkisini tümüyle ortadan kaldırmakta, deyim yerindeyse gemileri yakmaktadır. Hâl böyleyken sözleşmenin kurulmasından önce, yani müzâkere aşamasında borçlunun ifa güçsüzlüğü içerisinde olduğunu bilen alacaklının, sözleşmenin kurulmasından sonra sırf bu sebeple kendi ediminin ifasını askıya alması, çelişkili davranış teşkil ettiğinden bahisle alacaklının ifasını askıya alamayacağını bir kere kabul ettikten sonra, aynı türden durumlarda alacaklının sözleşmeden öncelenmiş

[1592] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.16.
[1593] **Cumalıoğlu,** s.197.

biçimde dönebileceğini kabul etmek tamamen mantık kurallarına ve "evleviyet *(a fortiori)*" prensibine aykırıdır: Alacaklı aza (ifayı askıya almaya) yetkili değilse, çoğa da [sözleşmeden öncelenmiş (erken) dönme] yetkili sayılmamalıdır.

D. Borcun Kambiyo Senedine Bağlanmasının Alacaklının Haklarına Etkisi

Türk borçlar hukuku bakımından bilindiği üzere "şahsen ifa" bir kural değil, ayrıksı bir durumdur. Nitekim "Şahsen İfa Zorunluluğunun Olmaması" madde başlıklı TBK md.83 (Art.68 OR) hükmüne göre *"borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir."* Dolayısıyla işbu kurala uygun olarak, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa konu olabilecek bir borcun da muhakkak borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken yani "şahsa bağlı" bir borç olması zorunlu değildir. Borcun üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi mümkün olsa dahi[1594] henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde beyan etmesi yahut durumun koşullarından (örneğin ifa güçsüzlüğü hâli ve benzeri) bunun anlaşılabilmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilir. Bilhassa CISG literatüründen[1595] gelen bir kabul olarak; borcun yerine getirilmeyeceğine dair "mâkul inanç *(reasonable grounds)*" yahut kesinliğe yakın bir olasılığın mevcudiyeti yeterlidir. Elbette bu tespitlerde sözleşmenin tarafı olan borçlunun somut durumu da ele alınır.

Anglo-Sakson hukuk literatüründe, bilhassa ABD ve Avustralya mahkeme kararlarında, borcun kambiyo senedine bağlanmış olması hâlinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin işletilemeyeceği yönünde hüküm kurulduğu görülmektedir. Bu bağlamda verilen örnekte (S), (A)'ya bir mal satar ve alıcı (A) bunun

[1594] "Üçüncü kişi tarafından yapılabilecek ifa" hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 2 N.1 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 2 N.1 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.2852 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3700 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.789 vd.

[1595] Detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV, D. Sözleşmenin Gelecekteki Esaslı İhlâlinin Öngörülmesi.

bedelini ödemek üzere üç ay vâdeli bir kambiyo senedi keşide eder, ancak ardından kısa bir zaman sonra (A), borcunu inkâr eder. Andığımız mahkeme kararlarına göre (S)'nin üç aylık vâde henüz dolmadan kambiyo senedine istinaden bir alacak davası açma olanağı söz konusu değildir. Oysa doktrinde *Carter*, kambiyo senedi verilmesinin "ifa yerine geçen edim" olarak tavsif edildiği durumlar dışında, kambiyo senedine bağlı bir borç bakımından da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın uygulanabileceğini ileri sürmektedir.[1596]

Kanaatimizce Türk hukuku açısından borcun ifası amacına yönelik olarak kambiyo senedi tanzim edilmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa ve bunun sonucunda alacaklının haklarını kullanmasına bir engel teşkil etmemelidir. Bu noktada borcun kambiyo senedine bağlanmış olması öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesini engellemeyecek olmasına rağmen alacaklının buna istinaden kullanabileceği haklarda birtakım daralmalar görülebilir: *Cumalıoğlu*'na göre kambiyo senedinin, bilhassa avalist ve cirantalar açısından bakıldığında borcun yerine getirileceğine dair yeterli bir teminat teşkil etmesi hâlinde alacaklı ayrıca bir teminat isteme, kendi ediminin ifasını askıya alma ve öncelenmiş (erken) dönme gibi haklarına başvuramaz.[1597]

E. Müteselsil Borçluluk Hâlinin Alacaklının Haklarına Etkisi

Hemen yukarıda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmemesi açısından borcun kambiyo senedine bağlanıp bağlanmamasının önem arz etmediğini, fakat senetteki bilhassa avalist ve cirantalar üzerinden bakıldığında yeterli teminatın sağlanmış kabul edilebileceğini ve dolayısıyla alacaklının, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarına başvuramayacağını ifade etmiştik. İşte benzer biçimde "müteselsil borçluluğun" da alacaklı için yeterli bir teminat olarak kabul edilip

[1596] **Carter,** s.424 vd.
[1597] **Cumalıoğlu,** s.96.

edilmeyeceğini ele almak önemlidir. Bilindiği üzere borçlar hukuku sahasına giren, başka bir deyişle adi işlemler bakımından kural olan, kısmî sorumluluk iken ayrıksı olan müteselsil sorumluluktur. Oysa ticarî işlerde durum tam tersidir. Zira "Teselsül Karinesi" madde başlıklı TTK md.7/1 hükmünün birinci cümlesine göre *"iki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar…"*

TBK md.163 (Art.144 OR) hükmü gereğince müteselsil borçluluk hâlinde borçlular arasındaki iç ilişki alacaklıyı ilgilendirmez; öyle ki alacaklı kendisi için en uygun şartları değerlendirerek, borcun tamamını dilediği borçludan isteyebileceği gibi sahip olduğu hakları da her bir borçluya ayrı ayrı yöneltebilir.

Yine TBK md.165 (Art.146 OR) hükmü gereğince *"borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz."* Doktrinde buna örnek olarak alacaklının borçlulardan birine karşı düzenlediği temerrüt ihtarının, diğer müteselsil borçluların vaziyetini etkilemeyeceği verilir.[1598] Yine bu kanunî kabulün bir sonucu olarak doktrinde borçlulardan birinin ifa güçsüzlüğü içerisine düşmesinin alacaklıya TBK md.98 (Art.83 OR) hükmüne başvurma hakkı vermeyeceği ifade edilmektedir.[1599] Zaten aksi hâlde borçlulardan biri, ifa güçsüzlüğüne düşmekle diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmış olurdu. Yine aynı sebeple alacaklı, müteselsil borçlulardan birine ek süre (mehil) tâyin ederse sürenin dolmasıyla birlikte aynen ifa isteminden vazgeçip müspet zararının giderilmesini isteme hakkını sadece ek süre (mehil) tâyin ettiği müteselsil borçluya karşı ileri sürebilir.[1600]

[1598] **Kapancı, Kadir Berk:** Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014, s.57; **Arat, Ayşe:** "Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları", SÜHFD 2018, C.26, S.2, ss.325-366, s.333.
[1599] **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.423.
[1600] **Arat,** s.333.

Müteselsil borçluluk hâline dair tüm bu açıklamalar ışığında ifade etmek gerekir ki müteselsil borçlulardan birinin borcunu inkâr etmesi yahut ifa güçsüzlüğüne içerisine düşmesi gibi durumlarda diğer müteselsil borçluların "sırf mevcudiyetleriyle" yarattıkları teminat yeterli değilse, alacaklı kendi ediminin ifasını askıya alabilir ve yeterli bir teminat gösterilmesini isteyebilir. Fakat diğer müteselsil borçlular, "sırf mevcudiyetleriyle" yeterli teminat teşkil ediyorsa alacaklı, andığımız haklarına ve de müteselsil borçlulardan biri açısından gerçekleşen öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebine (borcu inkâr yahut ifa güçsüzlüğü ve benzeri) istinaden öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvuramaz.[1601] Yine eğer edimin ifası, müteselsil borçlulardan birinin kusuruyla imkânsızlaşmışsa, alacaklı sadece kusurlu borçludan tazminat isteyebilir.[1602]

II. ALACAKLININ SAHİP OLDUĞU SEÇİMLİK HAKLAR

A. Aynen İfa İstemini Sürdürme Hakkı

Bilindiği üzere Kara Avrupası ülkelerinin hukuk rejimlerinde, herhangi bir borca aykırılık hâlinin ilk akla gelen ve temel sonucu, "aynen ifa istemi" ve buna istinaden açılacak bir "ifaya zorlama davası"dır.[1603] Hatta konumuz bağlamında çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere yeni bir borca aykırılık hâli olarak tahayyül ettiğimiz öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde dahi alacaklı, isterse henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte harekete geçmeyip "aynen ifa isteminde" ısrarcı olabilir, başka bir deyişle muacceliyete dek sabretmeyi tercih edebilir.[1604] Ancak böyle bir ihtimalde önemle vurgulamak gerekir ki aynen ifa isteminde ısrarcı olan alacaklı,

---

[1601] **Cumalıoğlu,** s.208.

[1602] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.1046-1047; **Arat,** s.358.

[1603] **Baysal,** Müterafik, s.334; **Baş,** s.623 vd. Ayrıca: *"Kural olarak, ifası mümkün olan her türlü edim için ifa davası açılabilir ve hattâ bu, alacaklının başvurabildiği biricik yoldur."*, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1219. Ayrıca yine: *"Yargılama (usul) ve cebrî icra hukuku alacaklının aynen ifa istemini güvence altına alır. İfanın engellenmesi üzerine gündeme gelen tazminat, sözleşme cezası, fesih ve dönme gibi yaptırımlar, alacaklının bu aslî 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."*, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 1 N.7; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 1 N.7.

[1604] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9. Önemle ifade etmek gerekir ki TMK md.2/2 hükmünde öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağı teşkil edecek hâller, elbette ayrıksılık olarak göz önünde bulundurulmalıdır, bkz. **Baysal,** Müterafik, s.323-324.

borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya koyduğu edimi ifadan kaçınmasını geri alması durumunda artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair kuralları işletememelidir.[1605]

1. Aynen İfa İsteminin Kapsamı ve Daraltılması

Aynen ifa istemi, Kara Avrupası ülkelerinin hukuk rejimlerinde borca aykırılık durumunda birincil *(primer)* sıradaki taleptir ve ayrıca sözleşmeler hukukuna egemen "sözleşmeyle bağlılık *(pacta sunt servanda)*" prensibinin tabiî bir sonucu sayılır, işte bu nedenle aynen ifa isteminin kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması, deyim yerindeyse hoş karşılanmamaktadır.[1606] Ancak elbette kadim bir prensip olan "sözleşmeyle bağlılığa" yüklenen mana zaman içinde hayli değişmiş, birtakım esneklikler veya sapmalar ortaya çıkmıştır. Nitekim bugün "sözleşmeyle bağlılık" *(pacta sund servanda)* prensibi, "sözleşme adaleti"nden ayrı olarak tek başına değerlendirilmemektedir.[1607] Sözleşme adaletinin oluşumu, ancak taraf menfaatlerinin dengelenmesiyle olanaklıdır ve buna aykırı sayılacak bir biçimde alacaklının aynen ifa isteminde ısrarcı olması, "sözleşmeyle bağlılık" *(pacta sund servanda)* prensibine sığınılarak haklı görülemez.[1608] Şöyle ki bir olayda alacaklının aynen ifa isteminde bulunması veya bunda ısrarcı olması, dürüstlük kuralının ihlâli anlamına gelecek derecede "zararı azaltma külfetini" es geçiyorsa artık aynen ifa isteminin sınırlandırılması gerektiği fikri doktrinde benimsenmektedir.[1609]

Bir olayda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde alacaklı bu sebeple sahip olduğu birincil enstrüman olan "aynen ifa isteminden" vazgeçmedikçe hâlihazırdaki sözleşme ilişkisi ihlâl de edilmiş olsa mevcudiyetini sürdürür. Hatta bu zaman zarfında borçlu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren muacceliyet

[1605] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, e, cc. Sınırlı Serbestlik Kuramı. Ayrıca bkz. **Göka,** s.160.
[1606] **Baysal,** Müterafik, s.330 vd. ve s.335.
[1607] **Baysal,** Müterafik, s.335.
[1608] **Baysal,** Müterafik, s.335.
[1609] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1224 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3229; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.407; **Altınok Ormancı,** Zarar, s.141-142; **Baysal,** Müterafik, s.335-336.

öncesi ortaya koyduğu ifadan imtinâsını geri alabilir fakat alacaklı da borçlu bu kaçınmasını geri almadığı müddetçe aynen ifa isteminden vazgeçip öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kendisine bahşettiği hakları kullanabilir, örneğin duruma göre sözleşmeden dönebilir. Bu noktada belirtelim ki henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun ifadan kaçınmasını geri almadığı ve alacaklının da aynen ifa isteminden vazgeçmediği zaman aralığı boyunca her şey askıda kalmış sayılır.[1610] Keza doktrinde *Baysal*, söz ettiğimiz askı durumunun gözlendiği zaman aralığında, aynen ifa isteminden geri adım atmayan alacaklının, "edimin borçlunun sorumlu sayılamayacağı biçimde imkânsızlığa uğraması riskine" katlanacağını; buna mukabil borçlunun da borca aykırı davranarak sebebiyet verdiği zararın artması riskine katlanmak mecburiyetinde kalacağını ileri sürmektedir.[1611] Bu tespiti daha farklı ifade etmek gerekirse askı durumunun gözlendiği zaman aralığında, borç konusu şey borçlunun sorumlu sayılamayacağı sebeplerle sonradan imkânsızlaşırsa alacaklı, elbette artık tazminat isteme imkânını yitirecektir fakat borçlu da buna mukabil bir olasılıkla ileride ödemek zorunda kalacağı tazminatın artması riskini göze alacaktır. Aslında *Baysal*'ın tespitinde "risk" taraflar arasında sözleşme adaletine uygun olarak paylaştırılmış görünmektedir.[1612] Sonuç olarak alacaklının sözünü ettiğimiz imkânsızlaşma riskine razı olmak kaydıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmayıp vâdeye (ifa gününe) kadar bekleme seçeneği mevcuttur ve bu zaman aralığında, borçlunun ileride gidermekle yükümlü olacağı zarar artsa dahi alacaklı sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanmadığından bahisle zararı azaltma külfetini ihlâl etmekle itham olunamaz.[1613] Ne var ki bunun tek ayrıksı hâli, sadece

[1610] **Göka,** s.161; **Baysal,** Müterafik, s.323.
[1611] **Baysal,** Müterafik, s.323-324.
[1612] **Baysal,** Müterafik, s.324.
[1613] **Baysal,** Müterafik, s.323-324.

alacaklının aynen ifa isteminde ısrar etmesinin artık dürüstlük kuralının ihlâli anlamına gelecek olmasıdır.[1614]

Aslında hemen yukarıda ortaya koyduğumuz alacaklının zararı azaltma külfetine aykırı davranmakla itham edilemeyeceği tespitinin sağlam bir dayanağını Alman hukuk doktrininden *Weidt* açıklamaktadır. *Weidt'*a göre zararı azaltma külfetinden sadece ve sadece "tazminat ödeme borcu doğduktan sonra" söz etmek mümkündür; yoksa alacaklının aynen ifa istemi devam ederken borçlunun henüz bir tazminat ödeme borcu doğmuş sayılamayacağından, kural olarak, zararı azaltma külfetinden de söz edilemez.[1615] Bir sözleşme ilişkisinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tüm koşulları tahakkuk etmiş olsa dahi alacaklı, bu müesseseye başvurmayıp aynen ifa isteminde ısrarcı olduğu müddetçe borçlunun henüz bir tazminat ödeme borcu doğmadığından ötürü zararı azaltma külfetinden bahsedilemez.[1616] Sadece ayrıksı olarak dürüstlük kuralı gereğince alacaklı, tazminat istemini daha erkene çekmeye zorlanabilir.[1617] Bu durum doktrinde şöyle açıklanmaktadır ki alacaklının sözleşmeden doğan edim borcunu yani birincil *(primer)* borcu, tazminat ödeme borcuna yani ikincil (tâlî) borca dönüştürmemesi hakkını açıkça kötüye kullanması anlamına gelmekteyse artık aynen ifa istemi sınırlandırılabilmelidir.[1618]

İsviçre hukuk doktrininde yine aynı hususu TBK md.473 (Art.366 OR) hükmü bağlamında değerlendiren *Koller,* borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten imtinâ etmesi durumunda alacaklının, borçlu temerrüdüne dair genel kurallar olan TBK md.125/1 ve md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükümlerinin kıyasen tatbiki neticesinde aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl

[1614] **Baysal,** Müterafik, s.323-324.
[1615] **Weidt,** s.151.
[1616] **Weidt,** s.152 vd.
[1617] **Weidt,** s.154.
[1618] **Weidt,** s.154.

bildirmekle yükümlü olduğunun söylenemeyeceğini ifade eder.[1619] Zira TBK md.125/1 ve md.125/2 hükümlerinde alacaklıya "aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl bildirme yükümlülüğü" getirilmiş olmasının nedeni, hem alacaklının seçimlik haklarına başvuracağı sırada spekülasyon yapmasını önlemek hem de borçlunun kendisine tâyin edilen mâkul ek süre (mehil) geçtikten sonra ifayı sağlamaya yönelik hareketleri sürdürmesinin gerekli olup olmadığını bilmesindeki hukukî yararını muhafaza etmektir.[1620] *Koller'*e göre borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla edimini yerine getirmeyeceğini ortaya koyduğunda yukarıda belirttiğimiz iki amaç da anlamını yitirmektedir.[1621] Kanaatimizce de *Koller*'in tespiti isabetli olup gerçekten öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde artık alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçip vazgeçmediğini derhâl açıklamasının hukuken bir önemi kalmamaktadır. Zira bu hâlde alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmak yahut muacceliyete dek sabredip borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak imkânları arasında bir seçim hakkı gündeme gelir ve bu bir spekülasyon olarak nitelendirilemez. Ayrıca yine bu hâlde borçlu, zaten daha muacceliyet öncesi süreçte edimini ifa etmeyeceğini kesin biçimde ortaya koyduğundan kendisine tâyin edilecek uygun ek süre (mehil) sonrasında ifayı sağlamaya yönelik hareketlere devam etmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir belirsizlik yaşamaz, yani himâye edilmesi gereken bir hukukî yararından artık söz edilemez. Fakat ayrıksı bir hâl olarak belirtmek gerekir ki bir olayda, -*Koller*'in referans aldığı TBK md.473 hükmü bağlamında- işsahibinin aynen ifa isteminden vazgeçmeden beklemesi, yani hareketsiz kalması, hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak tavsif edilebilirse yüklenici TMK md.2 (Art.2 ZGB) hükmüne başvurabilmelidir.[1622]

[1619] **Göka,** s.162.
[1620] **Göka,** s.162.
[1621] **Göka,** s.162.
[1622] **Göka,** s.163.

Bununla birlikte doktrindeki karşıt görüş olarak ele alabileceğimiz *Sanlı*'ya göre, borçlunun edimini yerine getirmeyeceği açıkça (ve kanaatimizce kesin bir biçimde) öngörülebildiği ândan itibaren alacaklının somut olay bağlamında zararı azaltmaya çalışmaması yahut ikame bir sözleşme akdetmemesi, ileride talep edeceği tazminatta bir indirime gidilmesine yol açabilecektir.[1623] *Sanlı*'nın görüşünden anladığımız en önemli husus, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla karşılaşan alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçip vazgeçmediğini bir ân önce bildirmek zorunda kalacak olmasıdır. Yani alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olduğunda aynen ifa isteminden vazgeçip vazgeçmediğini derhâl bildirmezse somut olaydaki zararın artmasına yol açmış gibi yahut ikame bir işlem yapmayıp hareketsiz kalarak yine mâruz kaldığı zararı azaltmaya gayret etmemiş gibi değerlendirilecektir. Oysa kanaatimizce zaten bir borca aykırılığa (öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa) mâruz kalan alacaklının hiçbir kusuru yokken ikame sözleşme yapmaya yahut bir şekilde zararı azaltmaya mecbur edilmesi sözleşme adaletine aykırıdır. Dolayısıyla doktrinde *Göka*'nın isabetle ifade ettiği gibi *Sanlı'*nın karşıt olarak nitelendirdiğimiz görüşünün benimsenmesi durumunda herhangi bir borca aykırılığa (bu arada öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa) mâruz kalan alacaklının işin doğası gereği sahip olduğu birincil *(primer)* hakkı olan "aynen ifa istemi" aşırı ölçüde sınırlandırılmış olur ve aynen ifa isteminde ısrar etmekte mühim bir hukukî menfaati bulunan alacaklının dahi tazminat hakkı ciddî biçimde azaltılmış yahut tümden ortadan kaldırılmış sayılır.[1624]

Nihayetinde bir borç ilişkisinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde doktrindeki hâkim görüş olması münasebetiyle borçlu temerrüdüne dair hükümler kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilse dahi alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl bildirmek mecburiyetinde olmadığını ifade eden fakat

[1623] **Sanlı,** s.538, dn.745.
[1624] **Göka,** s.163.

bunun sınırını dürüstlük kuralı ile tespit eden görüş daha isabetlidir.[1625] Bu bağlamda ayrıca belirtmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalmasına rağmen aynen ifa isteminde ısrar eden alacaklının bu tavrı, herhangi bir hukukî menfaate dayanmıyorsa yahut borçlunun uğrayacağı zarara nispeten çok az bir menfaate dayanıyorsa elbette alacaklının "zararı azaltma külfetini" ihlâl ettiği ileri sürülebilir.[1626] Bu duruma örnek olarak sözleşme konusu malın fiyatlarının düzenli biçimde arttığı bir piyasada, alacaklının sözleşme konusu malı muhakkak mevcut borçludan almakta hususi bir yararı mevcut değilse aynen ifa isteminde ısrar etmesine dürüstlük kuralı gereğince müsaade edilmemeli, başka bir deyişle artık alacaklının aynen ifa istemi sınırlandırılmalıdır. Hatta bu hâlde TBK md.52 (Art.44 OR) hükmüne istinaden hâkim, alacaklıya ödenecek tazminattan bir indirim yapılmasına yahut tazminat borcunun tamamen kaldırılmasına karar verebilir.[1627] Bu noktada doktrinde -aynı gerekçelerle- hâkimin gündeme gelecek bir ifa davasında (alacaklının aynen ifa isteminde ısrarcı olduğu durumda) aynen ifa yerine tazminata karar verebilmesinin de mümkün olması gerektiği iddia edilmektedir;[1628] ancak böyle bir durum sadece edimin muaccel hâle gelmesinde sonra mümkün olabilir. Alacaklı, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin biçimde imtinâ edip

---

[1625] **Göka,** s.163.

[1626] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.140-142. Ancak bu noktada yine de zararı azaltma külfeti bakımından bir görüşe dikkat çekmenin önemli olduğu kanaatindeyiz: *Weidt*'a göre zararı azaltma külfetinden sadece ve sadece "tazminat ödeme borcu doğduktan sonra" söz etmek mümkündür; yoksa alacaklının aynen ifa istemi devam ederken borçlunun henüz bir tazminat ödeme borcu doğmuş sayılamayacağından, kural olarak, zararı azaltma külfetinden de söz edilemez. Bkz. **Weidt,** s.151.

[1627] **Göka,** s.163. Bilindiği üzere TBK md.114/2 hükmü nedeniyle akdî sorumluluk sahasında da tatbik edilen TBK md.52 hükmüne göre: *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir."*

[1628] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.142. Fakat bu görüşün, hukuk yargılamasına hâkim olan "taleple bağlılık" ilkesiyle bâriz şekilde çeliştiği kanaatindeyiz. Nitekim yasal dayanağı olan bu ilkeyi tarif eden HMK md.26 hükmüme göre: *"Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır."* Eğer bu kadar iddialı bir görüş, yani hâkimin aynen ifa talepli açılan bir davada sırf medenî hukukun doktrinel tartışmalarına istinaden tazminata hükmedebileceğinin kabul edilmesi gerektiği savunuluyorsa, zannımızca HMK md.26/2 hükmü ışığında buna dair yeni bir "kanunî ayrıksı hâl düzenlemesi" getirilmelidir. Aksi hâlde bu görüş, yasama organının faaliyetleri yerine doktrinel tartışmaların tercih edilmesi gibi tehlikeli bir kapıyı aralayacaktır.

etmediğinden sadece kuşkulanıyorsa, borçlunun ifadan imtinâsı kesinleşmedikçe "zararı azaltma külfetinden" de söz edilmemelidir.[1629] Keza hemen aynı mülahazalarla alacaklının "sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma" enstrümanına[1630] başvurduğu hâllerde de borçlunun ifadan kaçındığı kesinleşmedikçe alacaklının aynen ifa istemi sınırlandırılamamalıdır.[1631]

2. Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken Gecikme Tazminatı ve Temerrüt Faizine Dair Değerlendirme

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalan alacaklı, hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak tavsif edilmediği müddetçe aynen ifa isteminde ısrar ederek vâdeyi (ifa gününü) beklemeyi tercih edebilse de henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bulunulduğundan ötürü -kıyas *(analogia)* metoduyla bile- TBK md.118 (Art.103 Abs.1 OR) ya da TBK md.125/1 (Art.107 Abs.2 OR) hükümlerine göre bir gecikme tazminatı yahut TBK md.120 (Art.104 OR) ve devamı hükümlerine istinaden bir temerrüt faizi isteyemez.[1632]

3. İfa Menfaati Zedelenen Tarafın (Alacaklının) Sonradan Karar Değiştirmesi

Bilindiği üzere karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmünde gösterilen ek seçimlik hakların gündeme gelebilmesi için alacaklının, TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmüne istinaden borçluya gecikmiş ifayı gerçekleştirebileceği

---

[1629] *"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."*, bkz. **Altınok Ormancı,** Zarar, s.210. Belirtmek gerekir ki elbette borçlunun eylem ve davranışlarıyla da henüz muacceliyet gerçekleşmemişken edimi yerine getirmekten kesin olarak kaçınması mümkündür. Nitekim gerek beyanlarıyla gerekse de eylem ve davranışlarıyla olsun, esas olan borçlunun edimi ifadan kaçınıp kaçınmadığından haklı olarak emin olunamamasıdır.

[1630] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.

[1631] **Göka,** s.164.

[1632] **Göka,** s.164.

uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmesi, kural olarak, zorunludur.[1633] Nitekim alacaklı, uygun bir ek süre (mehil) tâyin etme mecburiyetinden sadece TBK md.124 (Art.108 OR) hükmünde açıklanan hâllerden biri söz konusuysa kurtulmuş olur. İşte alacaklı tarafından tâyin edilmesi gereken işbu uygun ek süre (mehil), borçlu tarafından faydasız olarak geçirilmişse alacaklı, aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl bildirmek suretiyle TBK md.125/2 hükmünde sayılan birtakım "ek seçimlik hakları" kullanmayı tercih etme olanağına kavuşur. Ancak dikkat etmek gerekir ki borçluya tâyin edilen uygun ek süre (mehil) dâhilinde edimin yerine getirilmemesi, alacaklının TBK md.125/1 hükmüne istinaden "aynen ifa ve gecikme tazminatını isteme" hakkını ortadan kaldırmaz; başka bir deyişle alacaklı böyle bir durumda dahi hakkın açıkça kötüye kullanılması sayılmadığı müddetçe, aynen ifa ve gecikme tazminatını istemeye devam edebilir.[1634] Tâyin edilen ek süre (mehil), borçlu tarafından faydasız olarak geçirilmesine rağmen aynen ifa ve gecikme tazminatını istemeye devam eden alacaklının TBK md.125/2 hükmünde sayılan ek seçimlik haklara başvurabilmesi için borçluya tekrar uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmesi ve bu süre de borçlu tarafından faydasız olarak geçirilirse, aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl bildirmesi gerekir.[1635] İlâveten alacaklı, gerekenden daha fazla olsa dahi tâyin ettiği ek süreyle (mehil) bağlı kalmaya devam eder.[1636] Dolayısıyla edimin muaccel hâle gelmesinden sonraki dönemde, borçluya uygun bir ek süre (mehil) tâyin ederek aynen ifayı isteyen bir alacaklı, bu istemiyle süre sonuna kadar bağlı kalacaktır. Fakat borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin biçimde edimi yerine

[1633] Ek süre (mehil) tâyin edilmesi, hukukî niteliği itibariyle, borçluya varması gereken (vusulü muktezi) ve hukukî işlem benzeri fiil *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* sayılan bir irade açıklamasından ibarettir, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3477; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.935; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.946; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.495; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4594; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1652; **Sivrikaya,** s.81; **Görmez,** s.138 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.13; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.13; **Reisoğlu,** s.382; **Yıldırım,** s.286; **Tümerdem,** s.195; **Havutçu, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.47.

[1634] **Eren,** Borçlar Genel, N.3487-3488.

[1635] **Eren,** Borçlar Genel, N.3488 vd.; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.62.

[1636] **Eren,** Borçlar Genel, N.3476.

getirmekten imtinâ etmesine karşın aynen ifa isteminin sürdüğünü bildiren alacaklının, bununla bağlı sayılıp sayılmaması gerektiği, doktrinde ihtilâflı bir meseledir. Yine aynı şekilde başka bir ihtilâflı mesele de alacaklının henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte seçimlik haklarına başvurabilmek adına, TBK md.125/2 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki sonucunda aynen ifa isteminden vazgeçtiğini derhâl bildirmek mecburiyetinde olup olmadığıdır.[1637]

İsviçre hukuk doktrininde *Decurtins,* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olan alacaklının, buna rağmen aynen ifa isteminde ısrarcı olduğunu bildirirse artık bu açıklamasıyla bağlı sayılması gerektiğini ifade eder.[1638] Bunun sonucu olarak aynen ifa isteminde ısrar eden alacaklının sonradan fikir değiştirip aynen ifa isteminden vazgeçebilmesi için, tıpkı edimin muaccel hâle gelmesinden sonraki süreçte olduğu üzere, borçluya uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmesi ve bunu yaparken de "edimini yerine getirmekten imtinâsını geri almazsa aynen ifa isteminden vazgeçeceği" hususunda borçluyu uyarması gerekmektedir.[1639] Çünkü nihayetinde alacaklı, dürüstlük kuralı gereğince borçluyu korumakla, hiç değilse de zarara uğratmamakla yükümlüdür.[1640] İlâveten önemle belirtmek gerekir ki alacaklı; borçlunun sözleşmenin devam ettiğini, yani edimin ifa edilmesi gerekliliğinin devam ettiğini düşünmekte haklı olacağı bir tutum sergilerse yahut aynen ifa isteminden vazgeçmekte mâkul sayılamayacak derecede uzun bir süre gecikirse artık "aynen ifa isteminden vazgeçme hakkından" yoksun kalması gibi bir risk de söz konusu olabilir.[1641] Nihayetinde kısaca ifade etmek gerekirse *Decurtins*'in görüşüne göre, alacaklı henüz muacceliyetin

[1637] **Göka,** s.165.
[1638] **Göka,** s.165.
[1639] **Göka,** s.165.
[1640] **Göka,** s.165.
[1641] **Göka,** s.166.

gerçekleşmesinden önceki süreçte aynen ifa isteminden vazgeçme açıklamasını mâkul bir süre dâhilinde yapmakla yükümlüdür.[1642]

Alman hukukunda bir başka görüş ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesinin ardından, alacaklının ilk etapta aynen ifayı istese bile fikrini bir süre sonra değiştirip aynen ifa isteminden vazgeçme olanağına sahip olması gerektiği yönündedir.[1643] Çünkü henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimi yerine getirmekten kaçınması, "anlık bir borca aykırılık hâli" değildir, bilakis bu durumda borçlu tarafından işbu kaçınma geri alınmadığı müddetçe süregelen, devam eden bir borca aykırılık hâli söz konusudur.[1644] Hatta alacaklının aynen ifayı istemesi, bu borca aykırılık hâlini ortadan kaldıramaz.[1645] Diğer bir ifadeyle alacaklı, aynen ifa isteminde ısrar ederek borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kaçınmasının hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldıramaz yahut ifadan imtinânın "kesinliğine" bir tesirde bulunamaz. Borçlu, alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçme hakkını, sadece anılan hakkın alacaklı tarafından kullanılmasından önce davranıp yani daha önce edimini yerine getirmekten kaçınmasını geri almak suretiyle önleyebilir.[1646] Alacaklının yönelteceği ciddî ve samimî bir aynen ifa istemine muhatap olan borçlunun susması, kural olarak, edimini yerine getirmekten kaçınma iradesinin (ifa etmeme iradesinin) hâlen değişmediği manasında yorumlanmaya oldukça müsaittir;[1647] fakat aksine, böyle bir isteme muhatap olan borçlunun ifayı sağlamaya yönelik hareketleri sürdürmeye başlaması durumunda da artık alacaklının aynen ifa isteminden dönmesi yani aynen ifa isteminden vazgeçmesi mümkün olmaz. Zira ifayı sağlamaya yönelik hareketlerde bulunan borçlu, aslında edimini yerine getirmekten kaçınma iradesini "zımnen" geri almış sayılır. İlâveten

[1642] Bkz. ve karş. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9.
[1643] **Weidt,** s.118 vd.; **Göka,** s.166.
[1644] **Weidt,** s.190.
[1645] **Weidt,** s.190.
[1646] **Weidt,** s.190; **Göka,** s.166.
[1647] **Weidt,** s.191.

borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini ifadan kaçınmasının ardından, aynen ifa isteminde ısrarcı olan alacaklının, borçlunun edimini yerine getirmekten kaçınma iradesini geri almasına bir itirazda bulunma hakkı söz konusu olamaz.[1648] Zira aksinin kabulü, TMK md.2 hükmünden doğan "çelişkili davranış yasağı *(venire contra factum proprium)"* prensibine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla andığımız kabuller sayesinde taraf menfaatleri dengelenmiş ve sözleşme adaleti tesis edilmiş olur. Nihayetinde andığımız görüş uyarınca, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini ifadan imtinâ etmesinin ardından, alacaklının aynen ifa isteminde ısrarcı olduğunu açıklaması yahut aynen ifa isteminden derhâl vazgeçmeyip susması, sonuç itibariyle yalnızca borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kaçınma iradesini geri alabileceği zaman aralığını uzatmış olur.[1649] Başka bir deyişle bu durumda borçlunun inisiyatif sahası genişlemiş sayılır. İşte bu gerekçelerle aynen ifa isteminde ısrarcı olduğunu açıklayan yahut aynen ifa isteminden derhâl vazgeçmeyip susan alacaklı, sadece ve sadece borçlu edimini yerine getirmekten kaçınma iradesini geri almadıkça aynen ifadan isteminden vazgeçme hakkına sahiptir.[1650]

Sonuç olarak tüm bu tartışmaların ardından bizim de katıldığımız ve doktrinde *Göka*'nın dile getirdiği Alman hukukunda ortaya çıkan ve "taraf menfaatleri arasında denge kuran görüş" hukukumuz bakımından da benimsenmeye uygundur.[1651] Borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini ifadan kesin bir biçimde kaçınmasının ardından, alacaklının aynen ifa isteminde ısrarcı olduğunu açıklaması yahut aynen ifa isteminden derhâl vazgeçmemesi, alacaklıyı henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte TBK md.125/2 hükmüne kıyasen ek seçimlik haklarına başvurma olanağından mahrum bırakmamalıdır. Ancak bu noktada belirtelim

[1648] **Göka,** s.167.
[1649] **Weidt,** s.191; **Göka,** s.167.
[1650] **Weidt,** s.191-192; **Göka,** s.167.
[1651] **Göka,** s.167.

ki TBK md.125/1 ve md.125/2 hükümlerine göre alacaklının ek seçimlik haklarına başvurabilmesi adına aynen ifa isteminden derhâl vazgeçmesi gerektiği koşulu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki zaman aralığında tatbik edilmemelidir.[1652] Zira unutulmamalıdır ki burada gerçekleştirilen işlem "kıyas *(analogia)*"dan ibarettir; yani hükümler, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin hukukî mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanmaktadır. Yine ayrıca alacaklının, işbu seçimlik haklara başvurabilmek adına henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde edimini yerine getirmekten imtinâ eden borçluya ek süre (mehil) tâyin etmesi de TBK md.124/1 hükmüne kıyasen gereksiz kabul edilir.[1653] İşte nihayetinde alacaklının aynen ifa isteminde ısrarcı olduğunu açıklamasına yahut aynen ifa isteminden derhâl vazgeçmemesine karşın borçlu edimi ifadan imtinâsını beyan ve/veya tutum ve davranışları vasıtasıyla geri almıyorsa alacaklıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmeksizin, TBK md.125/2 hükmüne kıyasen ek seçimlik hakları kullanabilme olanağı verilmelidir. Ancak alacaklı aynen ifa isteminden vazgeçmeden önce, borçlu edimini yerine getireceğini beyan ederse yahut böyle bir beyana lüzum görmeden doğrudan doğruya edimin ifasını sağlamaya yönelik hareketlere girişirse artık alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçme olanağı kalmaz. Bu durumda alacaklı yalnızca bir ihtimal olarak yine henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte yeni bir ifadan kaçınma vuku bulursa aynen ifa isteminden vazgeçebilme olanağına kavuşur.

4. Ek Seçimlik Haklara Başvurabilmek için İhtarda Bulunma ve Ek Süre (Mehil) Tâyin Etme Yükümlülüğü

Bilindiği üzere karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmeler bakımından "Süre Verilmesi" madde başlıklı TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmünde bu niteliği hâiz sözleşmede bir tarafın mütemerrit olması hâlinde diğer tarafın uygun bir ek

[1652] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.9.
[1653] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8-9; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8-9.

süre (mehil) tâyin etmek suretiyle gecikmiş ifayı isteyebileceği öngörülmüştür. Esasen böyle bir hüküm ihdas edilmesinin amacı, temerrüde düşmüş borçluya, alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçip ifa yerine tazminat istemesi yahut sözleşmeden dönmesi gibi ağır müeyyidelere mâruz kalmaması adına son bir fırsat sunmaktır.[1654] Bununla birlikte borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde edimini yerine getirmekten imtinâ etmesi durumunda alacaklının, seçimlik haklarına başvurabilmek için, borçluya uygun bir ek süre (mehil) tâyin etmesine gerek olmadığı fikri benimsenmektedir;[1655] çünkü borçlu, edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde ortaya koymuştur. Nitekim bu sonuca TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmünün henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki sürece "kıyas *(analogia)* metoduyla" tatbikinden varılabilir.[1656] Gerçi ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere[1657] TBK md.124/1 hükmü mevcut hâliyle eksiktir, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğunda bunun kıyasen tatbiki ne derece isabetlidir, kanaatimizce tartışılır. Doktrinde *Göka*'ya göre, ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye girdiği hâllerde ise edimin ifasının muacceliyetten sonra tâyin edilecek bir ek süre (mehil) dâhilinde dahi gerçekleştirilmeyeceği çok yüksek olasılıkla öngörülebildiğinden yine ek süre (mehil) tâyin etmenin faydasız olduğu kabul edilmelidir.[1658]

Bilindiği üzere TBK md.117 (Art.102 OR) hükmüne göre alacaklı, borçlunun ihtarıyla temerrüde düşer. En basit söylemle ihtar, alacaklının edimin yerine getirilmesini kesin ve sarih biçimde istediği bir irade beyanıdır.[1659] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği durumlarda alacaklının, borçluya karşı bir ihtar

---

[1654] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.13; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.13; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1654; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.45 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3472.
[1655] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 18 N.8; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 18 N.8; **Kurt,** İmkânsızlık, s.48, dn.48.
[1656] **Göka,** s.168.
[1657] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, C. Mevcut TBK Hükümlerinin Bazılarında Revizyona Gidilmesi.
[1658] **Göka,** s.168.
[1659] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1508 vd.

düzenlemesinin gerekip gerekmediği hususu doktrinde ihtilâflıdır. Başka bir deyişle yukarıda andığımız görüşlerden birine göre[1660] henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki sürece borçlu temerrüdü hükümleri "kıyas *(analogia)* metoduyla" tatbik edilirken, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği hâllerde TBK md.117 hükmündeki ihtar şartının aranıp aranmaması gerektiği hususunda birtakım görüş ayrılıkları mevuttur. Nitekim bunlardan bir görüşe göre, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde edimini yerine getirmekten kaçınmasının ardından, alacaklının borçlu temerrüdünün kendisine sağlayacağı hakları kullanabilmesi için borçluya karşı bir ihtar düzenlemesi gerekmez, zira aksinin kabulü anlamsız bir formaliteden ibaret kalır.[1661] Yine diğer bir görüş ise borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kesin bir biçimde edimini yerine getirmekten kaçınmışsa ve somut olaydaki taraflarca sözleşmede "belirli bir vâde" tâyin edilmemişse alacaklının, borçluya yine de bir ihtar düzenlemesi gerektiğini fakat bu ihtarı -zaten işin niteliği gereği- muacceliyetten önce de yapabileceğini ifade eder.[1662] Kanaatimizce ihtar konusunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi ile TBK'nın mevcut ihtar hükmü (md.117) uyumsuzluk arz eder. İlk olarak mevcut ihtar düzenlemesi, ihtarın "kural norm" olduğunu ortaya koymuş ve ihtara gerek olmayan ayrıksı hâlleri tek tek saymıştır. Özel hukukun kadim bir prensibi olan "istisnalar dar

---

[1660] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, V. Borçlu Temerrüdü Hükümlerine Dair Görüş.

[1661] Henüz muacceliyet gerçekleşmemişken yani muacceliyet öncesi aşamada ifadan kesin bir biçimde kaçınan borçluyu temerrüde düşürmek için ihtara gerek yoktur, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3426; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.5; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.5. Doktrinde Oğuzman ve Öz, aynı sonuca dürüstlük kuralından hareketle varmaktadır; ancak somut olayda bir yapma edimi mevcutsa borcunu yerine getirmeyeceğini beyan etmesi durumunda artık ifa imkânsızlaşacağından dolayı zaten temerrüt hükümlerinin tatbiki gündeme gelemeyecektir, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1525, dn.1748. Anılan dipnotta yazarlar bir yapma borcunun yerine getirilmeyeceği hususundaki kesin beyanın, kural olarak, imkânsızlık yaratacağını, bu takdirde artık temerrüt hükümleri uygulanamayacağı için ihtara gerek olmadığını belirtir. Ayrıca yine yazarlara göre bir iş görme gerektiren edimlerde ihtara gerek olmaksızın dürüstlük kuralı uyarınca temerrüdün gerçekleşmesi, yalnızca borçlunun kesin bir biçimde ifa etmeme beyanında bulunmadığı fakat tutumundan ihtarın bir işe yaramayacağının anlaşıldığı ayrıksı hâllerde söz konusu olacaktır. Buna yazarlarca gösterilen örnek ise bkz**. Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.174. Yine işaret ettiğimiz dipnotta yazarlar; verme borçlarında ise kesinlikle ifa etmeme beyanının imkânsızlık yaratmayıp, yalnızca dürüstlük kuralı uyarınca ihtara gerek olmaksızın temerrüdün gerçekleşmesine yol açacağını ifade ederler. Bu hususlarda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. ve karş. **Sivrikaya,** s.145-148.

[1662] **Göka,** s.169.

yorumlanmalıdır *(singularia non sunt extenda)*" kabulü gereğince açıkçası TBK md.117 hükmünde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa işaret eden bir istisna olmadığı için lafzî veya pozitivist-teknik bir paradigmadan varılacak sonuç, "öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta da ihtar düzenlemesi gerektiğinden" başka bir şey olamaz. Ancak ihtar müessesesinin amacı ve niteliği gözetildiğinde borçluyu, edimini ifa etmesi bakımından uyarmak, hatta bunu kelimenin tam anlamıyla "hatırlatmak" olduğu anlaşılır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta ise borçlu âdeta direngen bir tavır sergilemekte daha muacceliyet öncesinde bile ileride edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde ortaya koymaktadır, hâl böyle iken alacaklının bir ihtar düzenlemesi gerektiğini savunmak, müessesenin amacına ve niteliğine tamamen aykırıdır. Oysa pozitif düzenlemenin ihtarı gerektirecek olması da ortadadır. Bu noktada çözüm, ileride daha detaylı açıklayacağımız üzere[1663] TBK'ya yeni bir madde olarak eklenecek "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" maddesinin yanı sıra ihtarla ilgili TBK md.117/2 hükmünde de bir değişikliğe gidilmesi ve *"borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini kesin bir biçimde ortaya koyması hâlinde kendisine ihtarda bulunulmaz."* hükmü eklenmelidir. Andığımız çözüm, basit bir geçiştirmeden ibaret olmayıp elzemdir. Zira böylece işaret ettiğimiz "TBK md.117 hükmünün lafzı ile ihtar müessesesinin amacı ve niteliği arasındaki çelişki hâli", öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından tartışmaya kapalı biçimde giderilmiş olur.

Keza doktrinde *Göka* da farklı bir mantıkla ancak benzer bir sonuca varmıştır. Yazara göre ihtarın borçluyu "edimini yerine getirmeye bir çağrı" maksadı taşıdığı göz önüne alınırsa, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde alacaklıya "kıyas *(analogia)* metoduyla" tatbik olunacak borçlu temerrüdü hükümlerinden kaynaklanan haklarına başvurabilmesi için ayrıca bir ihtar düzenleme yükümlülüğü

[1663] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, C. Mevcut TBK Hükümlerinin Bazılarında Revizyona Gidilmesi.

yüklenmemelidir.[1664] Fakat borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ ettiği hâllerde, bunun "kesinlik" koşulunu taşıyıp taşımadığı kuşkuluysa, alacaklı zaten "sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma" enstrümanına[1665] başvuracağından borçluya sanki bir tür ihtar düzenlemiş gibi olacaktır, zira sözleşmeyle bağlılığı açıklığa kavuşturma yoluna giden alacaklı "borçludan edimini yerine getirip getirmeyeceğini ortaya koymasını" istemiş olacaktır.[1666] Böyle olmakla birlikte anılan görüşe göre borçluya karşı henüz muacceliyet öncesi süreçte harekete geçebilmek için ihtar düzenleme gereği aranmasa bile alacaklının yine de aynen ifa isteminden vazgeçtiğini bildirmesinin zorunlu olduğu fikri benimsenmelidir.[1667]

B. "Edimin İfasını Askıya Alma" veya "Malların Teslimini Durdurma Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR)

İleride bağımsız bir başlık altında detaylıca inceleyeceğimiz CISG md.71/1 hükmü, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ilk sonucu olarak alacaklının ediminin ifasını askıya alma hakkından; CISG md.71/2 hükmü ise alacaklının göndermiş olduğu malların karşı tarafa teslimini engelleme (stopaj) hakkından söz etmektedir.[1668] Türk hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair pozitif bir düzenleme hâlihazırda mevcut olmadığından Viyana Satım Sözleşmesi'nin sistematiği takip edildiğinde hukukumuz bakımından getirilecek pozitif bir düzenlemede[1669] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ilk sonucu olarak alacaklının henüz ifa etmediği edimini askıya alması ve

---

[1664] **Göka,** s.169.

[1665] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue).*

[1666] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318-319 ve ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue).*

[1667] *"Aynen ifadan vazgeçmek isteyen alacaklı, TBK. m. 125/II'de öngörülen seçim hakkını elde edebilmek için, TBK. m. 124 uyarınca süre vermek zorunda olmadığı hallerde de borçluya vazgeçme beyanında bulunmak zorundadır. Zira vazgeçme beyanı TBK. m. 125'e göre seçim hakkının kullanılması için zorunlu bir şart oluşturmaktadır.",* bkz**. Eren,** Borçlar Genel, N.3492. Ancak farklı bir görüş olarak bkz. ve karş. **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.63 vd. ve bilhassa s.65.

[1668] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, III. İlerideki Sözleşmesel Bir Yükümlülüğün Önemli Bir Kısmının Beklenen ve Öngörülebilen İhlâli (CISG md.71/1). Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, IV. İfayı Askıya Alma Hakkı. Nihayetinde bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 7, V. Stopaj Hakkı (CISG md.71/2).

[1669] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

bunun özel bir görünümü olarak alacaklının gönderdiği malların karşı tarafa teslimini durdurma hakları öne çıkmalıdır. Keza Anglo-Sakson hukuk literatürü de bu yöndedir.[1670]

Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki alacaklıdan edimini ifa etmesinin istenebilmesi için önce borçlunun edimini ifa etmesi bir ön şart ise, alacaklının ediminin ifasını askıya alma veya malların teslimini durdurma hakkını kullanmasına gerek yoktur. Zira borçlu ile aynı ânda yahut borçludan sonra ifayla yükümlü olan alacaklı, ediminin ifasından TBK md.97 (Art.82 OR) hükmünde düzenlenen ödemezlik def'ine istinaden kaçınabilme imkânına zaten sahiptir.

Türk hukukunda ifanın askıya alınması *(suspension)* hakkına dair en belirgin pozitif norm, TBK md.98 hükmüdür. TBK'nın genel hükümlerinden olan işbu madde hâricinde, ayrıca özel hükümlerde yer alan "Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü" madde başlıklı TBK md.390 (Art.316 OR) hükmünde de aslında açıkça ifanın askıya alınması hakkına yer verildiği görülür. TBK md.390 hükmüne göre *"ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir. Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir."* Benzer şekilde TBK'nın bir başka özel hükmü olan yayım sözleşmesinin "Kişisel Sebeplerle Sona Ermesi" madde başlıklı TBK md.500/2 (Art.392 Abs.3 OR) hükmünde de *"yayımcı iflas ederse yayımlatan, eseri başka bir yayımcıya verebilir; ancak, iflas anında henüz muaccel olmamış borcun yerine getirileceği konusunda güvence gösterilmişse, yayımlatan eseri başka bir yayımcıya veremez."* ifadeleriyle teminat verilmesi durumunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmenin ortadan kaldırılamayacağı düzenlenmiştir.[1671] Bunlar hâricinde

[1670] **Stoljar,** s.361.
[1671] **Cumalıoğlu,** s.198.

çeşitli vesilelerle değindiğimiz ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından oldukça önem arz eden, hatta doktrindeki bir görüşe göre[1672] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde kıyasen uygulanması gereken TBK md.473 (Art.366 OR) hükmünde ifanın askıya alınması hakkına değinilmemiş, doğrudan doğruya "öncelenmiş sözleşmeden dönme" hakkı ele alınmıştır.

İfayı askıya alma hakkının ön şartı, "alacaklının hakkının tehlikeye düşmesi"dir. TBK md.98 hükmünün her iki fıkrasında da öngörülen haklara başvurulabilmesi bakımından bir ön şart olarak alacaklının hakkı tehlikeye düşmüş olmalıdır.[1673] Alacaklının hakkını tehlikeye düşüren borçlunun ifa güçsüzlüğü, kısa süreli bir durumsa[1674] yahut borçlu belli bir ânda malvarlığının aktiflerini paraya çevirebilecek durumdaysa[1675] TBK md.98 hükmünün tatbik imkânı bulamayacağı doktrinde ifade edilir. Yine alacaklının hakkının tehlikeye girdiğinden söz edilebilmesi için herhangi bir olasılık veya kuşku yeterli olmayıp tehlikenin tamamen gerçek ve objektif olması zorunludur.[1676] Bununla birlikte ifanın kesinlikle mümkün olmaması kadar katı bir olasılık aranmamaktadır; yaşamın olağan akışı içerisinde borcun yerine getirilmeyeceğinin ciddî, gerçekçi, basit kuşkulardan öte, beklenen bir ihtimal olması gerekmektedir.[1677]

TBK md.98 hükmü incelendiğinde ifa güçsüzlüğünün "iflâs"[1678] yahut "haciz işleminin sonuçsuz kalması" gibi durumlar olarak ifade edildiği, esasen tahdidi değil tadâdî (örnekseyici) bir sayımın tercih edildiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak

---

[1672] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, VI. TBK md.473 (Art.366 OR) Hükmüne Dayanan Görüş.
[1673] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3999; **Eren,** Borçlar Genel, N.3123; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1125; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.72.
[1674] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1125; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.71.
[1675] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835.
[1676] **Eren,** Borçlar Genel, N.3123.
[1677] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1125.
[1678] Bu noktada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki borçlunun iflâsı durumunda İİK md.195 hükmüne göre *"borçlunun taşınmaz mallarının rehni suretiyle temin edilmiş olan alacaklar müstesna olmak üzere"* tüm borçları muacceliyet kazanacağından ötürü, alacaklı TBK md.97 veya bilhassa TBK md.98 hükmüne istinaden kendi edimini ifa etmekten kaçınma imkânına sahiptir, bkz. **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.418.

hükümde sayılanlar hâricinde kalan başka başka ifa güçsüzlüğü durumları da mevcut olabilmektedir.[1679] Örneğin borçlu hakkındaki borç ödemeden aciz belgesi, türü itibariyle kesin de olsa geçici de olsa ifa güçsüzlüğüne işaret eder.[1680] Yine diğer örnekler olarak doktrinde borçlunun ticarî işletmesini kapatması, ödemelerini tatil etmesi, borcunu yerine getirmekten imtinâ maksadıyla adresini değiştirmesi, konkordato başvurusu, iflâsın ertelenmesi, çek, poliçe ve emre muharrer senetleri bakımından protesto düzenlenmiş olması, diğer borçlarını yerine getirmekte de sürekli gecikmesi, malvarlığının borca batık olması ve benzeri hâller, TBK md.98 hükmünün tatbik sahasına giren olaylardan sayılmıştır.[1681] Hatta bu örneklerden bazıları adi kefalet ile ilgili TBK md.585 (Art.495 OR) hükmünde de kullanılmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, TBK md.98 hükmü anlamında "ifa güçsüzlüğü" genişletici bir yoruma tâbi tutulmalıdır; örneğin satıcı, alıcıya sattığı fakat henüz teslim etmediği malı, gidip de bir üçüncü kişiye satıp devretmişse yahut satıcı, başkasına ait (vâde geldiğinde teslim edemeyeceği) bir malı satmışsa dahi TBK md.98 hükmü tatbik edilebilmelidir.[1682]

Son olarak belirtmek gerekir ki borçlunun ekonomik durumu sonradan düzelirse artık alacaklının "hakkı tehlikeden kurtulacağı" için TBK md.98 hükmüne istinaden ileri sürülebilecek def'i hakkı da ortadan kalkar.[1683] Kanaatimizce bu tespit, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ilk sonucu olan alacaklının ediminin ifasını askıya alma veya malların teslimini durdurma hakkı bakımından da aynen kabul edilmelidir. Zira TBK md.98 hükmü ile CISG md.71 hükmü, tamamen aynı ihtiyaca yönelik olarak ihdas edilmiş olup aralarındaki birtakım farklılıklara rağmen, özde aynıdır.

[1679] **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.652 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.71; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1122; **Eren,** Borçlar Genel, N.3120; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3998. Ancak doktrinde aksi bir fikir de vardır, bkz. ve karş. **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.753; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.361-362.

[1680] **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.419-420.

[1681] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835; **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.420; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3998; **Eren,** Borçlar Genel, N.3120.

[1682] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835. Ancak doktrindeki aksi yönde, yani TBK md.98 hükmünün genişletici yoruma tâbi tutulmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ve karş. **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.420

[1683] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1124; **Eren,** Borçlar Genel, N.3130.

C. "Hapis Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TMK md.952 (Art.897 ZGB)

Bilindiği üzere Türk hukuk doktrininde hapis hakkı *(Retentionsrecht)*, borçluya ait olan ve paraya çevrilmeye elverişli bir taşınır eşya yahut kıymetli evrak üzerinde, işbu eşyaya borçlunun rızası dâhilinde zilyet bulunan alacaklıya tanınmıştır.[1684] Kural ve tanım böyle olmakla birlikte ayrıksıdır ki TMK md.950/3 (Art.895 Abs.3 ZGB) hükmü gereğince *"alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur."* Hapis hakkının kullanılabilmesi için, sözleşmede bunun aksine bir hükmün mevcut olmaması ve ayrıca hakkın kullanımının kamu düzenine aykırı olmaması zorunludur.[1685] Hapis hakkının kullanılabilmesi için diğer şartlar olarak TMK md.950 (Art.895 ZGB) hükmünden hareketle ifade edilebilir ki "eşya" ile "alacak" arasında bir ilişkinin mevcut olması ve borcun da muaccel hâle gelmiş olması gerekmektedir.[1686] Ancak kanun, ticarî işler açısından bu şartları yumuşatmıştır, öyle ki anılan maddenin ikinci fıkrasına göre *"zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa…bu bağlantı var sayılır."*

Yine özellik arz eden bir başka husus, TMK md.952/1 hükmüne göre borçlu borç ödemeden aciz hâlindeyse hapis hakkının borç henüz muaccel olmasa da kullanılabilmesidir. Tam bu noktada, ayrıksı da olsa hapis hakkı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarından olarak alacaklıya tanınabilecek bir hak

---

[1684] "Hapis hakkı"na dair detaylı açıklamalar için bkz. **Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, 2.B, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. No: 476, Ankara 1984, s.1118 vd.; **Sirmen, Lale:** Eşya Hukuku, 10.B, Ankara 2022, s.762 vd.; **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 22.B, İstanbul 2020, s.1187 vd.; **Nomer, Halûk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan:** Eşya Hukuku, 10.B, İstanbul 2023, s.450 vd.; **Ertaş, Şeref:** Eşya Hukuku, 15.B, İzmir 2020, s.631 vd.; **Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Eşya Hukuku, 2.B, Ankara 2024, s.635 vd.; **Esener, Turhan/Güven, Kudret:** Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve İsviçre Medeni Kanunu Son Değişiklikleri Eklenmiş 9.B, Ankara 2024, s.994 vd.

[1685] **Sirmen,** Eşya Hukuku, s.765-766; **Gürsoy/Eren/Cansel,** s.1124; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** N.1193-1194; **Nomer/Ergüne,** s.456-457; **Ertaş,** Eşya Hukuku, s.633; **Kılıçoğlu,** Eşya Hukuku, s.638; **Esener/Güven,** s.998.

[1686] **Kılıçoğlu,** Eşya Hukuku, s.640-641; **Gürsoy/Eren/Cansel,** s.1122-1124; **Ertaş,** Eşya Hukuku, s.632; **Sirmen,** Eşya Hukuku, s.763-764; **Nomer/Ergüne,** s.454-455; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** N.1190-1191; **Esener/Güven,** s.996-997.

biçiminde gündeme gelir.[1687] Şöyle ki henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte mevcut bir borç için hapis hakkının kullanılabilmesi, "borçlunun taşınırın alacaklıya tesliminin ardından borç ödemeden acze düşmesi" yahut "borçlu daha evvel borç ödemeden acze düşmüş olsa dahi alacaklının bu vaziyeti taşınırın kendisine tesliminden sonra öğrenmiş olması" ihtimallerinden birinin gerçekleşmesine bağlıdır.[1688] Bu durumda TMK md.952/2 hükmünde öngörüldüğü üzere hapis hakkına konu şeyin *"belli bir yönde kullanılacağı konusunda alacaklı tarafından yüklenilmiş bir yükümlülük veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla bağdaşmasa bile, alacaklı hapis hakkını kullanabilir."*

Bununla birlikte hapis hakkı, eğer alacaklının hakkını yeterince bir teminat altına alıyorsa, alacaklı ileride değineceğimiz üzere[1689] CISG md.71/3 hükmünde olduğu gibi ifayı askıya alma *(suspension)* hakkını kullanamaz ve CISG md.72/2 hükmünde olduğu gibi öncelenmiş (erken) dönme *(avoidance)* hakkına başvuramaz. Bu hâlde, en azından hukukumuz bakımından açıkça ifade etmek mümkündür ki edim muacceliyet kazandığında hâlen yerine getirilmezse yahut borçlu, ifanın gerçekleşeceğine dair yeterli bir teminat göstermezse alacaklı, borçluya bir ihbarda bulunarak hapse konu şeyin TMK md.953/1 hükmüne istinaden *"...teslime bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir."* İşte bununla bağlantılı olarak şu tespitte bulunmak mümkündür: Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde hapse konu şey, alacak için yeterli bir teminat teşkil etmiyorsa alacaklı, "hapis hakkının hâricinde kalan kısım bakımından" bir başka teminat isteyebilir ve borçlu teminat göstermediğinde artık öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilir.[1690]

[1687] **Cumalıoğlu,** s.204.
[1688] **Nomer/Ergüne,** s.455; **Gürsoy/Eren/Cansel,** s.1122; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** N.1191; **Ertaş,** Eşya Hukuku, s.632; **Esener/Güven,** s.997; **Kılıçoğlu,** Eşya Hukuku, s.640; **Sirmen,** Eşya Hukuku, s.764.
[1689] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, VI, A, 3. Özel Olarak: Teminat (Güvence) Hükmü. Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H. Teminatın Gösterilmesi.
[1690] **Cumalıoğlu,** s.204.

D. "Borçludan Açıklama Yapmasını" ve/veya "Yeterli Bir Teminat Göstermesini İsteme Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR)

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarından olarak alacaklıya sunulacak üçüncü hak ise borçludan edimini nasıl yerine getireceğini açıklamasını ve/veya yeterli bir teminat göstermesini isteme hakkıdır. Milletlerarası hukuk uyumlaştırma metinlerinde işbu hakkın bazen alacaklının öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilmesi için yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu göze çarpar. Yani alacaklı açısından aynı husus hem bir hak hem de bir yükümlülük teşkil eder. Örneğin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde beyan etmişse CISG md.72/3 hükmü uyarınca[1691] alacaklı herhangi bir bildirimde bulunmaksızın veya yeterli bir teminat gösterilmesini talep etmeksizin öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilir.[1692] Oysa bunun aksine, borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmüş olması hâlinde gerek CISG md.72/2[1693] ve gerekse de TBK md.98 hükümleri uyarınca alacaklı öncelikle yeterli bir teminat gösterilmesini istemeden sözleşmeden dönme hakkına başvuramaz.

TBK md.98 hükmü anlamında ifa güçsüzlüğünün esasen iki sonucu vardır: İlk sonuç, sözleşmede ifa menfaati tehlikeye giren tarafın ediminin ifasını askıya alması, başka bir deyişle borcunu ifa etmekten def'i suretiyle kaçınabilmesi; ikinci sonuç ise ifa menfaati tehlikeye giren tarafın, talep ettiği teminatın uygun bir süre içerisinde gösterilmemesi hâlinde sözleşmeden dönebilmesidir. İşte TBK md.98 hükmündeki teminat müessesesine CISG md.71/3 ve md.72/3, Art.7.3.4 PICC, Art.8:105 PECL, III.-

[1691] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, V. Öncelenmiş ve Kesin İfa Reddi (Bildirimde Bulunma Gerekmeksizin, CISG md.72/3).
[1692] **Bridge, Michael G.:** The International Sale of Goods, 3th Ed., Oxford University Press, Oxford 2013, s.582; **Schlechtriem/Butler,** N.273.
[1693] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü (CISG md.72/2). Bilhassa bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H. Teminat Gösterilmesi.

3:505 DCFR gibi hükümlerde de yer verilmiştir.[1694] Oysa TBK md.473 (Art.366 OR) veya TBK md.390 (Art.316 OR) gibi öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilişkili olduğunu düşündüğümüz bazı iç hukuk düzenlemelerinde teminat gösterilmesinden hiç söz edilmemiştir. Zaten sırf iç hukuk hükümlerinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından kendi içerisinde barındırdığı çelişki ve milletlerarası hukuk uyumlaştırma metinleri karşısındaki eksiklikler, bu müessesenin TBK'nın "Genel Hükümler" kısmında yeni bir madde ile hükme bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.[1695]

TBK md.98 hükmü bağlamında borçlu tarafından gösterilecek teminat; aynî bir teminat (ipotek, banka teminat mektubu, rehin ve benzeri) olabileceği gibi şahsî bir teminat da (kefalet ve benzeri) olabilir. Fakat CISG md.71/3 ve md.72/2 hükümlerinin aksine TBK md.98 hükmüne göre "borçlunun güvence verici sözleri" tek başına yeterli bir teminat sayılmaz.[1696] Hukukumuzda ifade edildiği üzere TBK md.98 hükmü bağlamındaki teminatın türünü ve miktarını, kural olarak, alacaklı tâyin edecektir; ancak bir ihtilâf durumunda teminatın yeterli olup olmadığı hususunda hâkim bir karar verecektir.[1697] Teminatın gösterilmesi için beklenmesi gereken "uygun bir süre" bakımından ise TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmü kıyasen tatbike müsaittir.[1698]

Doktrindeki bir görüşe göre ifa güçsüzlüğüne düşen ve dolayısıyla kendisinden yeterli bir teminat göstermesi istenilen borçlu, teminat göstermek yerine, eğer ki

---

[1694] Anglo-Sakson hukuk literatüründe şöyle bir örnek verilmektedir: (A) ile (B) arasında 10 Mart tarihinde akdedilen bir "paket tur sözleşmesi"ne göre (A), (B)'nin İtalya gezisinin ulaşım, konaklama ve rehberlik hizmetlerini temin etmeyi bir ücret mukabilinde taahhüt etmiştir. Henüz gezinin başlangıç tarihi olan 10 Temmuz günü gelmeden, mayıs ayında (B), (A)'nın malî vaziyetinin kötüleştiğini, bu sebeple başka müşterilerine taahhüt ettiği bazı turları hiç gerçekleştiremediğini, müşterilerinin mağdur olduğunu öğrenir. (B)'nin (A)'yı telefonla araması üzerine (A), gerçekten de bazı zorluklar yaşadığını lâkin ciddî bir malî probleminin olmadığını, kendisine taahhüt ettiği İtalya gezisinin gerçekleştirileceğini ifade eder. Bu hâlde, büyük olasılıkla sonradan kendi müşterileri tarafından aleyhine dava açılacak olan (B), sözleşmeyi sonlandırabilir, bkz. **Goode,** s.240.

[1695] Detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

[1696] CISG md.71/3 ve md.72/2 hükümleri bağlamında dile getirilen aksi düşünce, yani borçlunun güvence verici sözlerinin yeterli bir teminat olarak değerlendirilebileceği yönündeki düşünce için bkz. ve karş. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, VI, A, 3, a. Genel Olarak. Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H, 1. Teminatın Yeterliliği (Elverişliliği).

[1697] **Eren,** Borçlar Genel, N.3129.

[1698] **Eren,** Borçlar Genel, N.3131.

alacaklının "önce ifada" herhangi bir hukukî yararı söz konusu değilse, alacaklının edimini yerine getirmesini, kendi ediminin ifasına kadar ötelemesini (geciktirmesini) isteyebilir yahut teminat göstermek yerine kendi edimini vâdesinden önce yerine getirebilir.[1699] İlâveten belirtmek gerekir ki alacak hakkı, zaten aynî yahut şahsî yeterli bir teminatla güçlendirilmişse, artık alacaklı borçludan yeterli bir teminat göstermesini isteyemez, başka bir deyişle bu hâlde TBK md.98 hükmü uygulanmaz.[1700]

İleride daha detaylı değinileceği üzere,[1701] CISG'de teminat meselesi gerek md.71/3 hükmünde gerekse de md.72/2 hükmünde düzenlenmiştir. CISG md.71 hükmüne göre yeterli bir teminat gösterilince artık alacaklı, askıya aldığı ediminin ifasına devam etmek zorunda kalır. Fakat daha önceden taraflarca tâyin edilen sözleşme programının (ifa çizelgesinin) baştan mı başlayacağı, aynen mi kalacağı yoksa teminat gösterilmesinin ardından mâkul bir süre daha uygulanmaya devam edip etmeyeceği hususları tartışmalıdır.[1702] Burada değindiğimiz "teminat", alacaklının askıya aldığı ediminin ifasına devam etmesi için gereken teminat olup öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurulmadan önce istenilecek olan teminattan[1703] farklıdır. Viyana Satım Sözleşmesi literatüründeki bir görüşe göre CISG md.71 hükmüne istinaden yeterli teminatın uygun sürede gösterilmemesi bizzat CISG md.72 hükmündeki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa vücut verir.[1704] Kanaatimizce yeterli teminatın gösterilmemesi, başlı başına bir esaslı ihlâl sebebi (bkz. *"fundamental breach",* CISG md.25) olarak nitelendirilebilecekse bu görüş isabetli sayılabilir.[1705]

CISG md.27 hükmüne göre *"...sözleşme taraflarından birinin…bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın*

[1699] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.836, dn.27.
[1700] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835-836.
[1701] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, VI, A, 3. Özel Olarak: Teminat (Güvence) Hükmü. Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H. Teminat Gösterilmesi.
[1702] **Bridge,** The International Sale of Goods, s.580.
[1703] Detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H. Teminat Gösterilmesi.
[1704] **Eiselen,** UNIDROIT, s.210.
[1705] Benzer yönde bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.206.

iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz." Oysa bu genel hüküm, teminat meselesinde uygulanmaz. Anılan hükmün tam aksine, borçlunun teminata dair beyanı, alacaklıya ulaştığı (vusul) ândan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Başka bir deyişle borçlunun teminata dair beyanının herhangi bir sebeple alacaklıya ulaşamamasının rizikosuna yine borçlu katlanacaktır. Zira borçlu birtakım hareketleriyle veya ifa güçsüzlüğüne düşerek sözleşme ilişkisini tehlikeye attığından hukuken himâye görmesi gereken taraf alacaklıdır. Böyle bir kabul, CISG md.47/2 ve md.63/2 hükümleriyle de uyum içerisindedir.[1706]

CISG md.72/2 hükmünde teminat talepli bildirimin yapılması için bir süre sınırı öngörülmemişse de CISG md.77 hükmündeki "zararı azaltma külfeti", alacaklının imkân bulur bulmaz en kısa süre dâhilinde bildirimde bulunmasını zorunlu kılar.[1707] Alacaklı, teminat gösterilmesi için bir bildirimde bulunmamış olsa dahi, borçlu kendiliğinden yeterli bir teminat gösterdiğinde yine sözleşme ortadan kaldırılamayacaktır. Teminatın ihlâlin sebebiyet vereceği zararları giderecek nitelik ve miktarda olması gerekmesine rağmen ek (munzam) zararları kapsaması gerekmez.[1708] Bu bağlamda tıpkı hemen yukarıda ifade ettiğimiz TBK md.98 hükmünde olduğu gibi üçüncü bir kişinin vereceği teminat, banka teminat mektubu, kefalet veya rehin, teminattan sayılır. Ancak TBK md.98 hükmünden farklı olarak CISG bağlamında "borçlunun güvenilir bir ifa kaynağını belirtmesi, kanıtlaması"[1709] da teminat olarak

---

[1706] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.34. CISG md.47 hükmüne göre: *"(1) Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir.*

(2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez."
CISG md.63 hükmüne göre: *"(1) Satıcı alıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre verebilir.*

(2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda alıcıdan bir bildirim almadıkça, satıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden satıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez."

[1707] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.22.

[1708] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.31.

[1709] **Fransworth,** s.552; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.31.

nitelendirilir. Başka bir deyişle TBK md.98 hükmü bakımından ifade edilen doktrinel görüşlerin aksine, hâl ve şartlara göre, borçlunun "edimini yerine getireceğine dair açık beyanları" dahi alacaklının kabulü altında yeterli bir teminat olarak nitelendirilmeye müsaittir.

E. Aynen İfa İsteminden Vazgeçip Sözleşmeden Dönme ya da Müspet Zararın Giderilmesini İsteme

1. Aynen İfa İsteminden Vazgeçme Beyanı

Daha önce değindiğimiz üzere karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* bir sözleşmede alacaklı (taraflardan herhangi biri), öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalırsa borçlu temerrüdüne dair TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmünün "kıyas *(analogia)* metoduyla" tatbiki neticesinde hükümdeki ek seçimlik haklara başvurabilmek için aynen ifa isteminden vazgeçtiğini açıklamak mecburiyetindedir.[1710] Elbette konumuz bağlamı hâricinde böyle bir açıklamanın aynı zamanda "hangi seçimlik hakkın tercih edildiğini" ihtivâ etmesinin gerekip gerekmediği doktrinde ihtilâflıdır.[1711] Böyle bir açıklamanın hangi seçimlik hakkın tercih edildiğini ihtivâ etmesi gerektiği fikri benimsenirse bildirimin borçlunun hâkimiyet sahasına varmasıyla beraber, tercih edilen seçimlik hakka göre ya borçlunun edimi yerine getirmemesi dolayısıyla bir tazminat ödeme borcu doğacak yahut da sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçları vuku bulacaktır.[1712] Böyle bir açıklamanın hangi seçimlik hakkın tercih edildiğini ihtivâ etmesi gerekmediği fikri benimsenirse, alacaklı daha sonra ayrıca aynen ifa isteminden vazgeçme beyanının ardından hangi seçimlik hakkı tercih ettiğini açıklayabilecektir.[1713]

[1710] **Eren,** Borçlar Genel, N.3485; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.14; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.14. Ancak farklı bir görüş olarak bkz. ve karş. **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.63 vd. ve bilhassa s.65.

[1711] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1668, dn.1943; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.14; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.14.

[1712] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1668 ve N.1671.

[1713] Doktrinde Serozan; aynen ifadan vazgeçme beyanının, alacaklının bunun yerine hangi seçimlik hakkı

Nihayetinde belirtmek gerekir ki alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçme beyanı, hukukî niteliği itibariyle bir yenilik doğuran haktır ve borçlunun (muhatabın) hâkimiyet sahasına varmakla beraber hüküm ve sonuçlarını meydana getirir.[1714] İşbu vazgeçme beyanının hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesiyle artık alacaklı, karşı-edimin aynen ifasını isteme hakkını yitirir ve buna mukabil borçlu da üstlendiği aslî edim yükümlülüğünü ifa etmekten kurtulur.[1715] Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiğini beyan etmesi de aynı hüküm ve sonuçları doğurur ve işte bu ândan sonra borçlu edimi yerine getirmekten imtinâ etme iradesini geri alamaz.[1716] Elbette aynen ifa isteminden vazgeçmeden önce bir ikame sözleşme akdetmenin rizikosu da alacaklıya ait olacaktır.[1717]

2. Sözleşmeden Dönme ve Menfî Zararın Giderilmesini İsteme

Karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* bir sözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalan taraf, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte, TBK md.125/2 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki neticesinde "derhâl" sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.[1718] Konumuz bağlamı hâricinde değinmek gerekirse bilindiği üzere sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçları doktrinde ihtilâflıdır.[1719] Doktrindeki görüşlerden olan "klâsik dönme kuramı", "aynî etkili dönme

---

tercih ettiğini de kapsaması gerektiğini ileri sürer. İlâveten yine Serozan'a göre karşı görüş kabul edilse dahi aynen ifadan vazgeçme beyanını müteakiben tercih beyanı da *"çarçabuk"* açıklanmalıdır, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.14; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.14.

[1714] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.60-61; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.14; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.14; **Eren,** Borçlar Genel, N.3490.

[1715] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.60-61; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.14; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.14; **Eren,** Borçlar Genel, N.3489.

[1716] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, e, cc. Sınırlı Serbestlik Kuramı. Ayrıca bkz. **Weidt,** s.187-188.

[1717] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, e, cc. Sınırlı Serbestlik Kuramı. Ayrıca bkz. **Schlechtriem, Peter:** "Damages, Avoidance of the Contract and Performance Interest Under the CISG", altb.II.4, dn.28. (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html, E.T.21.12.2024); **Altınok Ormancı,** Zarar, s.209; **Weidt,** s.188.

[1718] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.974-975; **Kuntalp,** Satım, s.75 ve s.92 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** N.1642 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3500 vd.; **Sert/Cihan,** s.915 vd.; **Altınok Ormancı,** Zarar, s.209, dn.730; **Sanlı,** s.465, dn.499.

[1719] Söz konusu tartışmalar hakkında detaylı bilgi için, bkz. Aynî etkili dönme görüşünü benimseyen, **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.118 vd.; Dönüşüm görüşünü benimseyen, **Serozan,** Sözleşmeden Dönme,

kuramı" ve "yasal borç ilişkisi kuramı", sözleşmeden dönmenin mevcut bir sözleşmeyi geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde ortadan kaldıracağı fikri üzerine kuruludur fakat bilhassa dönme anına kadar yerine getirilmiş edimlerin nasıl iade edilebileceği hususunda farklı farklı çözümler tavsiye etmektedir.[1720] Sözleşmeden dönmenin, andığımız üç kurama da uygun olarak, mevcut bir sözleşmeyi geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde ortadan kaldıracağı fikri benimsenirse alacaklının isteyebileceği tazminatın kapsamı "menfî zarar" mefhûmu üzerinden tâyin edilmelidir.[1721] Zira bilindiği üzere menfî zarar, sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle uğranılan zarardır; başka bir deyişle menfî zarar, dönülen sözleşme hiç kurulmamış olsaydı mâruz kalınmayacak olan zararı ifade eder.[1722] Bu tanımıyla menfî zarara esas alınacak kalemi, alacaklının mamelekinin sözleşmeden dönüldükten sonra içinde bulunduğu hâl ile anılan sözleşme hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı hâl arasındaki fark oluşturur.[1723] Bu noktada belirtmek gerekir ki elbette borçlunun bir kusuru mevcut değilse alacaklı, menfî zararının giderilmesini isteyemeyecek ve alacaklının sözleşmeden dönmesi sadece yerine getirilmiş edimlerin iadesini temin edici bir fonksiyona sahip olacaktır.[1724] Sözleşmeden dönmenin mevcut bir sözleşmeyi ortadan kaldırma fonksiyonunun geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde olduğu fikri benimsenirse, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu hâllerde "zararın hesaplanması" hususunda kayda değer bir problem gündeme gelmez. Zira sıkça görülen ve menfî zararın kapsamında sayılabilecek kalemlerden olan[1725] alacaklının sözleşmeden doğan borçların yerine getirileceği inancıyla gerçekleştirdiği harcamalar, sözleşmeyi akdetmek için yapılan masraflar, ihtar veya yerine göre ihbar ve sâir bildirimler için yapılan masraflar, edimlerin geri verilmesi ânında ödenecek meblağlar, sözleşmeden doğan borçların

s.59 vd. ve s.582 vd.; nihayetinde ise klâsik dönme görüşünü benimseyen, **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1688 vd.
[1720] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.118 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1688 vd.
[1721] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.240; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1705; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.585-587.
[1722] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1706; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.584; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.240.
[1723] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.241.
[1724] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1711.
[1725] Ayrıca bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.243 vd.

yerine getirilmemesi dolayısıyla üçüncü kişilere ödenecek ceza koşulu ve tazminatlar ile başka bir ikame sözleşme akdetme olanağının kaçırılması sebebiyle mâruz kalınan zararların muhasebesi yapılırken sözleşmeden dönmenin "henüz muacceliyetten gerçekleşmesinden önceki süreçte" yahut "muacceliyetin gerçekleşmesinden sonraki süreçte" yapılmış olması arasında herhangi bir fark bulunmaz.[1726]

Yukarıda andığımız ve ortak noktaları sözleşmeden dönmenin mevcut bir sözleşmeyi geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde ortadan kaldırdığını savunan üç kuram hâricinde literatürde nispeten daha yeni bir fikir olan "dönüşüm kuramı" benimsenecek olursa, sözleşmeden dönme neticesinde sözleşme geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde ortadan kalmaz, sadece sözleşmenin mevcut içeriği (edim) değiştirerek bir tasfiye ilişkisine evrilir.[1727] İşte bu nedenle dönüşüm kuramında artık alacaklının tazminat talebi "menfî zarar" ile sınırlanmamış olur ve alacaklı ayrıca müspet zararının giderilmesini de isteme imkânına kavuşur.[1728] Dönüşüm kuramını benimseyen yazarlardan *Serozan*'a göre, sözleşmeden dönülmesi durumunda edimlerin karşılıklı olarak iade edilmesi gerekeceğinden "edimlerin parasal değeri hâriç bırakılarak" geniş anlamda müspet zararın giderilmesinin talep edilmesi mümkündür.[1729] Ancak sözleşmeden dönme hâlinde alacaklıya müspet zararının giderilmesini isteme imkânı sağlayan dönüşüm kuramı benimsenirse, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden dönülmesi durumunda yani öncelenmiş sözleşmeye

---

[1726] **Göka,** s.172.

[1727] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.16; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.73 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.16.

[1728] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.589 vd. ve s.598.

[1729] *"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."*, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.598. Ayrıca *"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."*, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.19; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.19.

aykırılıktan ötürü sözleşmeden dönülmesi durumunda "zararın hesaplanmasına dair" bilhassa CISG bağlamında tartışılan[1730] ve ileride değineceğimiz problemler gündeme gelebilecektir.

3. Aynen İfa İsteminden Vazgeçip Müspet Zararın Giderilmesini İsteme

Karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* bir sözleşmede öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalan taraf, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte, TBK md.125/2 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki neticesinde aynen ifa isteminden vazgeçip müspet zararının giderilmesini isteme hakkına sahiptir.[1731] Bu yönde bir talep, hukukî niteliği itibariyle, değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması sayılır.[1732] CISG bağlamında da "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" durumunda alacaklının henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte -hukukumuzda müspet zarar tabiriyle ifade edilen- ifa menfaatini elde etmesini temin edecek biçimde zararının giderilmesini isteyebileceği öngörülmektedir.[1733] Meseleyi daha da somutlaştırmak ve yakınlığı ortaya koymak adına belirtelim ki satım sözleşmesine dair TBK md.213 (Art.191 OR) ve TBK md.236 (Art.215 OR) hükümlerine paralel biçimde CISG md.75 ve md.76 hükümlerinde ardışık olarak, zararın "somut" ve "soyut" metoda istinaden hesaplanması hükme bağlanmıştır.[1734]

[1730] Bu hususta CISG'de dönüşüm görüşünün benimsendiğine dair, bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.125, dn.29. Ayrıca bu vesileyle ifade etmek gerekir ki CISG'de henüz muacceliyet gerçekleşmemişken sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda tazminatın nasıl hesaplanabileceğine dair açıklamalar ve tartışmalar için, bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 13. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta Tazminatın Hesaplanması.

[1731] **Göka,** s.173.

[1732] **Buz,** Yenilik Doğuran, s.193.

[1733] *"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."*, bkz. **Schlechtriem,** Performance, altb.II.4 ve altb.II.5.

[1734] Sözünü ettiğimiz benzerliği ortaya koymak adına anılan hükümleri yan yana göstermekte fayda görüyoruz. TBK md.213 hükmüne göre: *"Borcunu ifa etmeyen satıcı, alıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli*

Fakat doktrinde *Göka*'nın ifade ettiği üzere CISG'de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair görüşlerden hukukumuz bağlamında sadece "verme" edimleri bakımından faydalanmak mümkündür; zira CIGS'deki hükümler doğrudan doğruya uluslararası "satım" sözleşmeleri esas alınarak ihdas edilmiştir.[1735] Başka bir deyişle bilindiği üzere satım sözleşmelerinin konusu daima "verme" edimidir ve CISG hükümleri "verme" edimi bağlamında tasarlanmıştır. Dolayısıyla CISG'in öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa (sözleşmenin terminolojisiyle "öne alınmış sözleşmeye aykırılığa") dair hükümleri bakımından yapılan doktrinel tartışmalar, olsa olsa "verme" edimleri hakkında geçerli kabul edilebilecektir. İlâveten sözleşmeden dönme bağlamında literatürde diğerlerine nispeten daha yeni sayılan dönüşüm kuramı[1736] benimsenmedikçe, TBK md.213 ve md.236 hükümlerindeki somut yahut soyut metot, alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçip müspet zararın giderilmesini istemesi durumunda tatbik edilebilecek fakat sözleşmeden dönülmesi ihtimalinde tatbik edilemeyecektir.[1737] Ayrıca belirtmek gerekir ki doktrinde ihtilâflı olmakla beraber andığımız iki hükümde tarif edilen somut ve soyut zarar hesaplama metotlarının satım hâricindeki diğer muhtelif ivazlı olarak mal

---

ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir." Burada kuşkusuz somut hesaplama yöntemi hükme bağlanmıştır. Bunun CISG'deki karşılığı olan md.75 hükmüne göre ise: *"Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir."* Soyut hesaplama yöntemini ortaya koyan TBK md.236 hükmüne göre ise: *"Borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Satıcı, satış bedelini ödemede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir."* Benzer şekilde soyut yönteme dair CISG md.76 hükmüne göre ise: *"(1) Sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, 75. madde uyarınca ikame alış veya satış yapmamış olsa da, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir. Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine deviralma anındaki cari fiyat uygulanır. (2) Fıkra 1 anlamında cari fiyat, malların teslim edilmesi gereken yerde geçerli olan fiyattır; ancak, o yerde bir cari fiyat mevcut değilse, makul ikame yeri kabul edilebilen diğer bir yerdeki fiyat, malların taşıma masraflarındaki farklılıklar gözetilerek, esas alınır."*

[1735] **Göka,** s.173.

[1736] Dönüşüm görüşünün özellikleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.73 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.16; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.16.

[1737] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1313 ve aynı kenar notuna ilişik dn.1431.

değişimini amaçlayan sözleşmelere de kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilebileceği fikri daha isabetlidir.[1738] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği durumlarda da henüz borç muaccel olmadığından ötürü TBK md.213 ve md.236 hükümleri olsa olsa kıyas *(analogia)* metoduyla tatbike müsaittir.[1739]

Bununla birlikte hukukumuzda müspet zararın giderilmesi hususunda "fark kuramı" ve "mübâdele kuramı"ndan söz edilebilir. Anılan kuramların geliştirilmesinin sebebi, karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi neticesinde aynen ifadan isteminden vazgeçip müspet zararının giderilmesini isteyecek tarafın "kendi edimini yerine getirmesinin gerekip gerekmediği" hususunda yasada bir açıklığın olmamasıdır.[1740] "Klâsik kuram" tabir edilen mübâdele kuramına göre zarar yalnızca "yerine getirilmeyen edim" esas alınarak hesaplanır ve alacaklının kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü mevcudiyetini sürdürür.[1741] Mübâdele kuramı bağlamında alacaklının aynen ifadan isteminden vazgeçip müspet zararının giderilmesini istemesinin tek neticesi mütemerrit borçlunun aslî edim yükümlülüğünün yerini artık bir tâlî (*seconder*, ikincil) yükümlülük olan "tazminatın" almasıdır.[1742] Diğer kuram olan fark kuramına göre ise aynen ifa isteminden vazgeçip müspet zararının giderilmesini isteyen alacaklı, kendi edim yükümlülüğünü ifa etmek mecburiyetinde değildir.[1743] Keza bu sebeple fark kuramında alacaklının müspet zararının giderilmesi isteminde bulunması ile birlikte artık sözleşme ilişkisi sadece alacaklının "tek taraflı tazminat isteminden" ibaret olan özel bir tasfiye ilişkisine döner.[1744] Hemen yukarıda andığımız TBK md.213 ve md.236 hükümlerinde müspet zararın giderilmesi hususunda kanun koyucu net bir biçimde fark kuramını esas almıştır.[1745] Aynı şekilde TBK

[1738] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1315; **Eren,** Borçlar Genel, N.3496.
[1739] **Göka,** s.174.
[1740] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.76.
[1741] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.77; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1299; **Eren,** Borçlar Genel, N.3496.
[1742] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.77.
[1743] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.77; **Eren,** Borçlar Genel, N.3496.
[1744] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.77.
[1745] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1315; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.22;

md.125/2 hükmünde sözü edilen müspet zararın hesaplanması bakımından da klâsik kuram tabir edilen mübâdele kuramı artık tek başına kabul görmemekte ve doktrindeki bazı görüşler TBK md.125/2 hükmü bağlamında da "fark kuramı"nın tatbiki gerektiğini belirtirken,[1746] diğer bazı görüşler alacaklının anılan iki kuram arasından bir tercih yapma olanağına sahip olması gerektiğini ifade etmektedirler.[1747]

Alman hukukundaki yazarlardan *Weidt*'a göre ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu durumlarda alacaklıya birtakım haklar verilmesinin nedeni, "tasarruf özgürlüğünü" henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kendisine tekrar geri kazandırmaktır.[1748] Nitekim yazarın sözünü ettiği maksat, § 323 Abs.4 BGB hükmünde alacaklıya muacceliyetten önceki süreçte sözleşmeden dönme hakkı (erken dönme hakkı) imkânı sunularak temin edilmiştir. Fakat mübâdele kuramı benimsenirse yazarın sözünü ettiği maksat, tam manasıyla sağlanamamaktadır; çünkü mübâdele kuramına göre alacaklı, aynen ifa isteminden vazgeçip bir tazminat isterse dahi kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü mevcudiyetini sürdürmektedir.[1749] Alacaklı kendi ediminin ifasını sağlamaya yönelik hareketlere devam edecekse, ondan borçludan olan alacak hakkını muacceliyet gerçekleşene dek ayakta tutmasını beklemenin mâkul bir durum olduğu ifade edilmektedir.[1750] Ancak bu tespitten, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda mübâdele kuramına göre bir tazminat istenemeyeceği neticesine de varılmamalıdır. Bu durumu açıklamak için bir örnek

---

Serozan/Baysal/Sanlı, § 17 N.22.

[1746] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 962 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1301 ve N.1679 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3496.

[1747] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.65 ve s.91-92. Ayrıca *"Anımsanacağı gibi, alacaklının bu iki kuram arasında serbestçe seçme yetkisinin tanınması (seçme kuramı) amaca ve adalete en uygun bulunmuş olan öneridir.",* bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.14; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.14. Nihayetinde doktrinde Hatemi ve Gökyayla ise; hâkimin somut olayın koşulları dâhilinde sözleşme adaletine en uygun düşen kuramı seçmekte özgür olması gerektiğini ifade ederler, bkz. **Hatemi/Gökyayla,** s.288.

[1748] **Weidt,** s.214. İleride detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere [bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, II, A. Alacaklının İfa Tarihi (Vâde) Öncesinde Korunması. Yine ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, III, A. Genel Olarak Şartlar] CISG md.72 hükmüne dair aynı yönde değerlendirmeler için, bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.4; **Atamer,** CISG, s.409.

[1749] **Weidt,** s.214.

[1750] **Weidt,** s.214-215.

olarak, alacaklı kendi edimini yerine getirdikten sonra fakat borçlunun edimi henüz muaccel olmadan önce, borçlu edimini yerine getirmekten kesin biçimde imtinâ edebilir. İşte böyle bir ihtimalde alacaklının mübâdele kuramına istinaden tazminat istemesi, ona "tasarruf özgürlüğünü" tam manasıyla geri kazandırmaktadır. Fakat bu noktada "mutlak fark kuramı"nın mi "sınırlı fark kuramı"nın mi benimseneceği hususu özellik arz etmektedir.[1751] Kısaca belirtmek gerekirse mutlak fark kuramına göre, müspet zararının giderilmesini talep eden alacaklı, daha önceden kendi edimini yerine getirmişse, borçlu aldığı işbu edimi alacaklıya geri vermekle yükümlü olmalıdır.[1752] Oysa sınırlı fark kuramına göre alacaklı, kural olarak, "fark kuramı" ve "mübâdele kuramı" arasından bir tercihte bulunma olanağına sahiptir; ancak alacaklı müspet zararının giderilmesini istemeden önce kendi edimini yerine getirmişse artık elbette bu tercih olanağı ortadan kalkmakta ve alacaklı, önceden yerine getirdiği edimin iadesini lüzumlu kılacak biçimde fark kuramına gidememektedir.[1753] Bilhassa yerine getirilmiş olan edimin iadesinin sadece sözleşmeden dönme marifetiyle temin edilebileceği göz önüne alındığında müspet zararın giderilmesi isteminin yerine getirilmiş edimin iadesine yönelik bir netice meydana getirmemesi gerekir.[1754]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda "verme" edimleri açısından müspet zararın hesaplanmasında başlıca önem arz eden iki problem gündeme gelmektedir: "Zararın hangi ân esas alınarak hesaplanacağı" ve "zararı azaltma külfetinin ne kadar göz önüne alınacağı" olarak ifade edilebilir.[1755] Anılan problemler değerlendirilirken somut ve soyut metotların tatbiki ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bir satım sözleşmesi söz konusuysa yani alacaklı "alıcı" sıfatını hâizse TBK md.213 hükmünün; "satıcı" sıfatını hâizse TBK md.236 hükmün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki neticesinde zararın

[1751] **Göka,** s.175.
[1752] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.89.
[1753] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.91-92.
[1754] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.91 vd.
[1755] **Göka,** s.176.

hesaplanması için somut metodu tercih ettiğinde "sözleşmede belirlenmiş fiyat" ile "henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki dönemde mâkul bir sürede dürüstlük kuralına münasip biçimde yapacağı ikame alım" arasındaki farkın giderilmesini -tazminat olarak- borçludan isteyebilir.[1756] Anlaşıldığı üzere somut metotta zarar, ikame alımın tesis edilme ânı esas alınarak hesaplanmaktadır. CISG bağlamında mâkul sürede ve dürüstlük kuralına uygun bir ikame alımdan söz edebilmek için bunun, aynen ifa isteminden vazgeçilen sözleşme ile somut olayın şartları elverdiğince benzer şartlar barındırması gerektiği ifade edilmektedir.[1757] Fakat işbu "benzer şartlar"dan amaç, ihlâl edilen (öncelenmiş sözleşmeye aykırı davranılan) sözleşmeyle birebir örtüşecek bir ikame sözleşme akdedilmesi değildir.[1758] Örnek vermek gerekirse alıcının satım sözleşmesine konu malları almayacağını henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan etmesine istinaden satıcı, mallarını sezon sonunda satmak mecburiyetinde kalmışsa malların yarı fiyatına satılması dahi "mâkul" olarak görülebilir.[1759]

Somut metotta, ikame işlemin tesis edildiği anın mâkul olarak sayılıp sayılamayacağı hususu ise "zararı azaltma külfeti" esas alınarak tâyin edilir.[1760] Daha önce etraflıca değindiğimiz üzere[1761] hukukumuzda "aynen ifa isteminin birincilliği prensibi" geçerlidir; keza bundan dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğu durumlarda zararı azaltma külfetinin, alacaklının aynen ifa istemini sınırlandırabilmesi sadece alacaklının aynen ifa isteminde ısrarcı olmasının veya bu istemi sürdürmesinin hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği

[1756] **Göka,** s.176.
[1757] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.1 ve altb.II.b.
[1758] **Atamer,** CISG, s.434.
[1759] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.
[1760] **Göka,** s.177.
[1761] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 2, b. İleride İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesinin Kapsamı ve "Kesinlik" Koşulunun Değerlendirilmesi. Ayrıca bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, A, 1. Aynen İfa İsteminin Kapsamı ve Daraltılması.

durumlarda mümkündür.[1762] Örneğin sözleşme konusu mala dair piyasadaki fiyatlar istikrarlı biçimde artıyorsa yahut hızla artacağının büyük bir olasılık olduğu tahmin edilebiliyorsa alıcının; bunun tam aksi hâlinde (piyasadaki fiyatların istikrarlı biçimde azalması yahut hızla azalacağının büyük bir olasılık olduğunun tahmin edilebilmesi hâlinde) satıcının gecikmeksizin bir ikame işlem akdetmemesinin "zararı azaltma külfetine" aykırılık teşkil edeceği iddia edilebilir.[1763] Bu noktada belirtmek önemlidir ki CISG literatüründe, ikame işlemin bu örnekte olduğu üzere gecikmeksizin akdedilmesi gereken hâllerden farklı olarak, aynen ifa isteminden vazgeçen tarafa ikame işlem akdetmek için "belli bir süre bekleme" külfeti yüklenip yüklenemeyeceği meselesine mesafeli yaklaşılmaktadır. CISG literatüründe *Schlechtriem* ve *Saidov*, sözleşmeyi ihlâl etmemiş tarafa ikame işlem akdetmesi için bekleme külfeti yüklenebilmesinin sadece ve sadece ileride sözleşmeye konu mala dair fiyatların artacağının yahut azalacağının hemen hemen kesin biçimde öngörülebilmesi durumunda mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir.[1764] Fakat *Schlechtriem* ve *Saidov,* anılan bu durumun nadiren vuku bulacağını da belirtmektedirler.[1765] Bilhassa ortadan kaldırılan sözleşmeden doğan borcun vâdesinin hayli uzak bir gelecekte olduğu yahut ikame işleme konu malın fiyat istikrarsızlığının olduğu başka bir deyişle yüksek dalgalanmalı bir piyasada bulunduğu durumlarda ikame işlemi akdedecek tarafın ilerideki fiyat hareketlerini tahmin etmesinin beklenmesi gerçekçi bir yaklaşım sayılamayacağından, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının hemen ardından tesis edilecek bir ikame işlem dahi (ikame işlem için bir müddet daha beklense idi zararın azalacağı sonradan belli olsa bile) mâkul olarak

[1762] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, A, 1. Aynen İfa İsteminin Kapsamı ve Daraltılması.
[1763] Örneğe dair bkz. **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3.c.aa.
[1764] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3.c.aa ve altb.II.3.c.bb.; **Saidov, Djakhongir:** The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments, Oxford 2008, s.234. Burada sadece söz konusu malın ticartiyle iştigal eden mâkul ve objektif üçüncü kişinin perspektifi değil, ikame işlemi yapacak satıcı yahut alıcının konuya dair öznel tecrübe ve bilgisi de göz önünde bulundurulur. Örneğin tecrübeli bir satıcı, domates üretiminin ciddî bir payını elinde tutan sayılı ülkelerde meydana gelen kötü hava şartlarının domates üretiminin azalmasına ve fiyatının yükselmesine yol açacağını öngörebilir, bkz. **Saidov,** The Law of Damages, s.234, dn.28.
[1765] **Saidov,** The Law of Damages, s.234; **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3.c.aa ve altb.II.3.c.bb.

nitelendirilecektir.[1766] Ayrıca belirtelim ki hemen tüm bu durumlarda "zararı azaltma külfetini ihlâl edici bir ikame işlem tesis edildiğinin" ispatı, sözleşmeye aykırı davranmış (iddiayı ispatla mükellef) alıcı yahut satıcının üzerinde sayılacaktır.[1767]

Sözleşmeye konu malın piyasada oluşmuş yani cârî bir fiyatı mevcutsa alıcı TBK md.213 hükmünün, satıcı ise TBK md.236 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki neticesinde soyut metoda göre bir tazminat isteyebilir ve bu hâlde bir ikame işlem de tesis etmek mecburiyetinde kalmaz.[1768] Bu ihtimalde gündeme gelen problem, malın piyasa fiyatının yani cârî fiyatın "hangi an" esas alınarak tespit edilmesi gerektiğidir. Bu hususta doktrindeki ilk görüşe göre piyasa fiyatının yani cârî fiyatın hesaplanacağı gün, "asıl borcun yerine getirilme tarihi" olmalıdır.[1769] Doktrindeki ikinci görüşe göre ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği başka bir deyişle henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun edimini yerine getirmekten kesin biçimde imtinâ ettiği ân esas alınmalıdır; zira alacaklı işbu ândan sonra aynen ifa isteminden vazgeçme olanağına sahip olmaktadır.[1770] Doktrindeki üçüncü görüş ise piyasa fiyatının yani cârî fiyatın hesaplanmasında alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçmek suretiyle aslî edim yükümlülüğünü, tâlî (*seconder,* ikincil) bir yükümlülüğe (tazminat borcuna) dönüştürdüğü anın esas alınması gerektiğini ifade etmektedir.[1771] Doktrinde *Göka,* bilhassa tazminat borcunun alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiği ânda doğması olgusu dolayısıyla, bu ânı esas alan üçüncü görüşün isabetli olduğunu belirtir. Fakat yine anılan yazara göre piyasa fiyatının yani cârî fiyatın tespitinde alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiği anın esas alınması gerekliliği, her hâlde zararın bu tarihteki piyasa fiyatına göre hesaplanacağı anlamına gelmemelidir;

[1766] **Saidov,** The Law of Damages, s.234; **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3 vd.
[1767] **Saidov,** The Law of Damages, s.234. Fakat ortadan kaldırılan bir sözleşmedeki vâde, uzak bir gelecek gün iken gerçekleştirilen ikame işlemde derhâl satım ya da alım yapılması hükme bağlanmışsa eş deyişle ikame işlem, ilk sözleşmeyle karşılaştırıldığında ciddî bir sapma arz ediyorsa, böyle bir sapmanın hangi gerekçelerle mâkul olacağını ispatlama külfeti, ikame işlemi yapan tarafa aittir.
[1768] **Göka,** s.178.
[1769] **Göka,** s.178.
[1770] **Göka,** s.178.
[1771] **Weidt,** s.220; **Göka,** s.178.

hatta çoğu hâlde aynen ifa isteminden vazgeçilmesi ânı ile ihlâl edilen sözleşmeden doğan borcun vâde tarihi arasında çok uzunca bir zaman arağının bulunması sebebiyle bunun yapılması isabetli de olmayabilir.[1772] CISG literatüründe *Schlechtriem*'in ifade ettiği gibi, tarif ettiğimiz hâlde tazminat, alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiği (dönüşüm kuramını benimseyen CISG'e göre alacaklının sözleşmeden döndüğü)[1773] tarihe göre hesaplanırsa tarafların sözleşmede müzâkere edip birlikte kararlaştırmadıkları bir yarar sağlama yahut hiç öngörmedikleri bir zarara mâruz kalma ihtimali gündeme gelir.[1774] İşte bu nedenle doktrinde, ikame işleme konu mala dair bir "vâdeli işlemler piyasası" yahut "vâdeli döviz piyasası" söz konusuysa zararın hesabında alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiği ânda malın "vâdeli işlemler piyasasında görünen aynen yerine getirilmesinden vazgeçilen sözleşmede tâyin edilmiş vâde tarihindeki fiyatının" esas alınması gerektiği ifade edilmektedir.[1775] Önemle vurgulamak gerekir ki bu hâlde de zararın hesabında alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiği ân esas alınmaktadır fakat zarar hesabı doğrudan doğruya bu ândaki piyasa fiyatı üzerinden değil; bu ândaki "ilgili vâdeli işlemler piyasasında aynen yerine getirilmesinden vazgeçilen sözleşmede tâyin edilmiş olan vâdede malın fiyatının ne kadar olacağı görünüyorsa işte o fiyat üzerinden" yapılmaktadır. Sadece andığımız biçimde bir vâdeli işlemler piyasası mevcut değilse alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçtiği ândaki piyasa değerinin esas alınabileceği belirtilmektedir.[1776] Ancak *Schlechtriem*'e göre, bu ândaki soyut bir hesaplama, alacaklıya beklenmedik meblağda yüksek bir yarar getirecekse yine "zararı azaltma külfeti"ne istinaden soyut metoda değil, somut metoda gidilmeli ve ihlâl edilen sözleşmeye benzer koşullarda bir ikame

[1772] **Göka,** s.178.
[1773] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.125.
[1774] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.a.
[1775] **Göka,** s.179. CISG'deki duruma dair değerlendirmeler için, bkz. **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.c; **Saidov,** The Law of Damages, s.234; **Weidt,** s.220.
[1776] **Saidov,** The Law of Damages, s.234-236; **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.d.

sözleşme akdedilmesine gayret edilmelidir.[1777] Aksi fikirde olan *Weidt*'a göre ise alacaklının tazminata önceden kavuşması nedeniyle ifa menfaatine sözleşmede tâyin edilen vâdeden daha önce ulaşmasının önü, basit bir tazminattan indirime gidilerek alınabilmelidir.[1778] Doktrinde *Göka,* hukukumuza uygunluk açısından *Weidt*'ın andığımız görüşünün daha isabetli olduğunu ifade etmektedir. Zira yazara göre TBK md.114/2 (Art.99 Abs.3 OR) hükmünün açık lafzı uyarınca TBK'nın haksız fiile dair hükümleri, akdî sorumluluk sahasında da tatbik imkânı bulmakta olduğundan hâkimin, TBK md.50/2 (Art.42 Abs.2 OR) hükmüne göre mâruz kalınan zararın miktarı tam olarak kanıtlanamıyorsa, yaşamın olağan akışını ve zarar görenin aldığı tedbirleri göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir tazminata hükmetme imkânı olduğu gibi TBK md.51/1 (Art.43 Abs.1 OR) hükmüne göre hâkimin tazminatın kapsamını tespit ederken hâlin gereklerini değerlendirme olanağı da mevcuttur. İşte bu noktada alacaklının tazminata henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kavuşmasına dair yapılan tespitler, somut metot bakımından da geçerli olur.[1779]

"Yapma" edimleri söz konusu olduğunda ise henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte aynen ifa isteminden vazgeçen alacaklının müspet zararının giderilmesi için yapılan hesaplamada gündeme gelen problemler, çeşitli vesilelerle değinildiği üzere,[1780] TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) hükmünde öngörülen "nama ifa isteminin" kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edilmesiyle önemli ölçüde bertaraf edilebilmektedir. Çünkü nama ifa hükmün kıyasen tatbikiyle yapma ediminin alacaklısı, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte masrafları borçluya ait olmak üzere işi bizzat yapma yahut bir üçüncü kimseye yaptırma olanağına kavuşmaktadır. Eğer yapma ediminin alacaklısı nama ifayı değil de doğrudan müspet

[1777] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.e.
[1778] **Weidt,** s.201.
[1779] **Göka,** s.179-180.
[1780] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, III. İfa İmkânsızlığı Görüşü. Ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, VII. Görüşlerin Değerlendirilmesi. Nihayetinde bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, A, 2. Nama İfa (TBK md.113, Art.98 OR).

zararının giderilmesini tercih ederse, TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) hükmünün, TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmüyle tamamlanması suretiyle işsahibine karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlu temerrüdündeki seçimlik hakları da sunduğunu benimseyen çoğunluk görüş[1781] uyarınca henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte bu zararın hesabında kullanılan metotların, diğer öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumlarında da kullanılma olanağı mevcuttur. Bu hâldeyse işsahibinin "tüm edimin" aynen ifası isteminden mi yoksa "tamamlanmamış kısmın" aynen ifası isteminden mi vazgeçtiğine göre bir ayrıma gidilmekte ve keza tazminat hesabı da buna göre değerlendirilmektedir.[1782]

4. İşin Başkasına Yaptırılabilmesi (Yapma Edimleri Bakımından)

Nama ifa müessesesine dair TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) hükmüne göre bir yapma ediminin yerine getirilmemesi durumunda alacaklı, masraflar borçluya ait olacak şekilde işin bizzat kendisi tarafından yahut bir üçüncü kimse tarafından yapılmasına müsaade edilmesini hâkimden isteyebilir. Bu hükümde öngörülen nama ifa isteminin hukukî tavsifine dair doktrinde ihtilâflı fikirler mevcuttur:[1783] Doktrindeki hâkim görüşe göre TBK md.113/1 hükmü, "yapma" edimlerine mahsus bir cebrî icra olanağı sağlamaktadır.[1784] Hâkim görüşe göre, TBK md.113/1 hükmüne istinaden hâkimin alacaklıya işi bizzat yapma yahut üçüncü bir kimseye yaptırma hususunda izin verebilmesi için bundan zamansal olarak daha önceden elde edilmiş ve borçluya bu işi yapmayı emreden bir ilam, yani mahkeme kararının bulunması zorunludur.[1785] TBK

[1781] **Aral/Ayrancı,** s.478; **Eren,** Borçlar Özel, N.2151; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.518-519; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366-367; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.474; **Öz,** *Özdemir,* s.518 vd.; **Tandoğan,** C.II, s.119; **Zevkliler/Gökyayla,** s.550-551; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1120; **Yavuz/Acar/Özen,** Özel Hükümler, s.562; **Kurt,** Eser, s.66-67; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.98 vd.; **Aydıncık,** s.194-195; **Kaplan,** s.94-95. Ayrıca bkz. ve karş. **Öz,** İnşaat, s.128-129; **Ürem,** s.149 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49 vd.; **Gümüşsoy Karakurt,** s.195 vd.; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366.
[1782] **Göka,** s.180.
[1783] **Aydıncık,** s.87 vd.
[1784] Bkz **Aydıncık,** s.88, dn.2'de işaret edilen yazarlar.
[1785] **Aydıncık,** s.88-89.

md.113/1 hükmüyle hâkimden alınacak izin, sadece işte söz konusu "eda hükmünün" cebrî icrasını temine matuf olacaktır.

Doktrindeki hâkim görüşe katılmayan *Oğuzman* ve *Öz*'e göre ise nama ifa müessesesini öngören TBK md.113/1 hükmü, hukukî tavsifi itibariyle bir cebrî icra hükmü değil; olsa olsa bir tazminat hükmünden ibarettir.[1786] Söz konusu tazminat, ifa imkânsızlığı ortaya çıktığında TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne istinaden istenebilecek tazminata oldukça benzer olarak müspet zararın bir parçasıdır.[1787] Bu görüşün en önemli ve tabiî neticesi de nama ifa masraflarının borçludan istenebilmesi hususunda borçlunun kusurunun aranacak olmasıdır.[1788] Zira bilindiği üzere, müspet zarar tazminatında borçlunun kusuru zorunlu bir ön koşuldur.

Doktrinde yine hâkim görüşe katılmayan *Aydıncık*'a göre, TBK md.113/1 hükmü, TBK'nın sistematik mülahazalarından bağımsız biçimde, borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen bir hüküm olarak düşünülmelidir.[1789] Bilhassa karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmeler açısından TBK md.113/1 hükmünde yapma ediminin alacaklısına, aynen ifa istemi ve buna ilâveten gecikme tazminatı isteme yahut aynen ifa isteminden vazgeçip ifa etmeme nedeniyle bir tazminat isteme (müspet zarar tazminatı) yahut da sözleşmeden dönüp menfî zarar tazminatı isteme imkânlarına "ek bir seçimlik hak" tanınmasının amaçlandığını düşünmek gayet mümkündür.[1790] *Aydıncık*'a göre, nama ifa istemiyle mahkemeye müracaat edilebilmesi için borçlunun mütemerrit olması ve takiben, kural olarak, borçluya uygun bir ek süre (mehil) tâyin edilmesinin ardından bunun faydasız geçmesi üzerine alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçmesi yeterlidir.[1791] *Aydıncık,* alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçip nama

[1786] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.51, dn.17 ve s.158, dn.26; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1411 vd.
[1787] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1413, dn.1569 ve N.1677.
[1788] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1413.
[1789] **Aydıncık,** s.106-108.
[1790] **Aydıncık,** s.107-108.
[1791] **Aydıncık,** s.106 ve s.107, dn.77. Fakat ek süre (mehil) tâyin edilmesi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartlarının mevcut olduğu hâllerde artık gerekli olmamalıdır, bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II,

ifayı isteme hakkını, hukukî tavsifi itibariyle yenilik doğuran bir hak olarak ele almaktadır ancak alacaklıya "müspet zararının giderilmesini isteme" ve "nama ifayı isteme" seçenekleri arasında değişiklik yapma olanağı *(ius variandi)* verilmesi gerektiğini de ifade etmektedir.[1792]

Nihayetinde andığımız doktrinel üç görüşten hangisi benimsenirse benimsensin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda "yapma" ediminin alacaklısının TBK md.113/1 hükmüne istinaden nama ifayı isteme hakkı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Şayet *Oğuzman* ve *Öz*'ün ileri sürdüğü "cebrî icra fikri" esas alınırsa nama ifayı isteme hakkı, doğrudan doğruya icra-iflâs hukukundan doğmakta ve böylece maddî hukuka dair bir tartışmaya gerek olmamaktadır. Şayet nama ifa isteminin, bir nev'i müspet zararın giderilmesi isteminden ibaret olduğu görüşü esas alınırsa henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki suretiyle aynen ifa isteminden vazgeçen alacaklı, mâruz kaldığı müspet zararının TBK md.113/1 hükmüne göre hesaplanmasını talep edebilir. Şayet nama ifa isteminin borçlu temerrüdü durumunda aynen ifa isteminden vazgeçen "yapma" edimi alacaklısına tanınmış "ek bir seçimlik hak" olduğu görüşü esas alınırsa, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın akdin müspet ihlâlinin bir çeşit mevsuf (nitelikli) hâli olarak nitelendirilmesi nedeniyle borçlu temerrüdüne dair TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümleri kıyas *(analogia)* metoduyla tatbik edileceği için alacaklı, artık nama ifayı da isteme olanağına kavuşacaktır.

A, 4. Ek Seçimlik Haklara Başvurabilmek için İhtarda Bulunma ve Ek Süre (Mehil) Tâyin Etme Yükümlülüğü.

[1792] **Aydıncık,** s.107, dn.77 ve s.168 vd.

F. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi

1. Sözleşmenin Sona Erdirilmesine Dair Genel Olarak

Bilindiği üzere doktrindeki yerleşik telakkîlere göre bir sözleşme ilişkisinde edimin ifası imkânsızlaşmamışsa, yani ifa imkânsızlığı bir kenara bırakılacak olursa, borçlunun borca aykırı hareket edip etmediği ve bunun neticesinde alacaklının sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirip erdiremeyeceği, borçlunun "vâde" tarihindeki tutumu esas alınarak tâyin edilir. Sözleşmede kararlaştırılan vâdenin gelmesine rağmen borçlu edimini yerine getirmemekteyse, alacaklı vâdenin türüne göre[1793] sözleşmeyi farklı usûllerle sona erdirebilir ve şartlar tamamsa zararının giderilmesini talep edebilir. Yine yerleşik telakkîlere göre henüz vâde gelmemişse alacaklı, edimin yerine getirilmesini isteyemez ve sözleşmeyi sona erdiremez.[1794] Bu bağlamda hukukumuzda sözleşmenin sona erdirilmesi; dönme, fesih, iptal, geri alma, cayma ve ikale sözleşmesi gibi enstrümanlarla mümkün olmaktadır.

Genel olarak borca aykırılık ve bilhassa ifa imkânsızlığı için öngörülen temel müeyyide "tazminat"tır fakat borçlu temerrüdü söz konusu olduğunda tedrici biçimde farklı hüküm ve sonuçlar gündeme gelir.[1795] TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) ve TBK md.126 hükümleri, karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde işbu tedrici ve özel sonuçları içermektedir. Muaccel ve ifası mümkün bir borç, mütemerrit borçluya tâyin edilecek uygun bir ek süre (mehil) dâhilinde de yerine getirilmezse alacaklı, aynen ifayla birlikte gecikmeden kaynaklanan zararının giderilmesini isteyebilir yahut aynen ifa isteminden vazgeçip müspet (borcun yerine getirilmemesinden doğan) zararının giderilmesini ya da sözleşmeden dönüp menfî zararının giderilmesini isteyebilir.

[1793] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, III, B, 2. Vâdenin Türleri.
[1794] **Eren,** Borçlar Genel, N.3228.
[1795] **Havutçu,** İfa Engelleri, s.320.

Sözleşmeden dönme, kural olarak, ancak ve ancak "ani edim" ihtivâ eden veya ifasına başlanmamış olmak kaydıyla "sürekli edim" ihtivâ eden sözleşmelerde kullanılabilecek bir hak iken; fesih, sürekli borç ilişkilerini ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran haktır.[1796] Bununla birlikte doktrindeki bir görüşe göre sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde koşulları oluşmuşsa "dönme hakkı"nın kullanılması da gündeme gelebilir. Zira dönme ve fesih, nitelikleri itibariyle birbirinden tümüyle ayrı ve bağımsız haklar olup birbirini dışlamaz.[1797] *Seliçi*'ye göre "kısmî" dönme veya "ileriye etkili *(ex nunc)*" dönme, tarafların edimlerini geri verme (iade) borcuna yol açmıyorsa aslında bu fesihtir, dolayısıyla ifasına başlanmış olsa bile sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkı, "ileriye etkili *(ex nunc)*" olarak kullanılabilmektedir.[1798] Dönme ve fesih hakları, doğrudan yasa hükmünden kaynaklanabileceği gibi sözleşmeden de kaynaklanabilir. Kanunda sözü edilen dönme ve fesih hakları, çoğu durumda emredici olmayıp düzenleyici hükümlere bağlanmıştır.[1799] Her iki hak da varması (vusulü) gereken, kural olarak, şarta tâbi tutulamayan ve bir kez kullanıldıktan sonra artık geri alınması mümkün olmayan tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır.[1800]

Dönme yahut fesih hakkını kullanmak niyetinde olan alacaklı; her şeyden önce borçlunun akdî bir yükümlülüğüne aykırı davrandığını ispat etmelidir.[1801] Öncelenmiş (erken) dönme hakkı söz konusu olduğunda ise alacaklı, borçlunun yükümlülüğüne aykırı davranacağını ispat etmelidir. Ayrıca bu noktada borçlunun kusurlu olması değil, "objektif olarak borca aykırı davranmış olması" yeterlidir.[1802] Dönme yahut fesih

---

[1796] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.90 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.965-966; **Eren,** Borçlar Genel, N.3501 vd. ile N.3527.
[1797] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.967.
[1798] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.213.
[1799] **Eren,** Borçlar Genel, N.3953.
[1800] **Eren,** Borçlar Genel, N.3953 ve N.3958.
[1801] *"Sözleşme ile belirli bir edim fiilinin, özen göstermenin üstlenildiği durumlarda alacaklının özensizliği ispatı zor olduğundan yargı uygulaması özellikle hekimin sorumluluğunda ispat yükünü yer değiştirerek bu zorluğu hafifletmeye çalışmıştır.",* bkz. **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.404.
[1802] Öncelenmiş (erken) dönme hakkının pozitif hukukumuz bakımından söz konusu olduğu eser sözleşmelerindeki tespitler için bkz. ve karş. **Gümüşsoy Karakurt,** s.106 vd.; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.98; **Tandoğan,** C.II, s.115; **Zevkliler/Gökyayla,** s.547 vd.

hakkını kullanmasıyla birlikte müspet ya da menfî zararının giderilmesini talep eden alacaklı hem zararını hem de uygun illiyet bağını ispat etmek zorundadır. Ayrıca böyle bir tazminatın istenebilmesi için artık borçlunun kusurlu olması da şarttır;[1803] fakat TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünde yer alan "borçlu aleyhine kusur karinesi" sebebiyle alacaklı borçlunun kusurunu değil, borçlu kusurunun bulunmadığını ispat edecektir. Nihayetinde belirtelim ki temerrüde istinaden munzam (aşkın) zarar ve gecikme tazminatı istenebilmesi için de borçlunun temerrüde düşmek bakımından kusurlu olması zorunludur.[1804]

2. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasına Dolaylı Etkisi

Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisinde yer alan memleketler[1805] ve bilhassa İngiltere ile ABD arasında kayda değer bir doktrinel farklılık mevcuttur. İngiliz hukuk sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesinin mevcut sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeyeceği, aksi hâlde borçlu lehine esasen hukuk düzeninin tanımadığı bir fırsatın verilmiş olacağı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık gerçekleştiğinde sadece alacaklı lehine bir öncelenmiş (erken) dönme hakkının doğacağı ifade edilmektedir.[1806] Dolayısıyla İngiliz hukuk sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan bahsedilebilmesi için alacaklının bu nitelikteki bir ihlâlin mevcudiyetini kabul etmesi ön koşuldur. Aksi durumda, borçlunun edimini kesin biçimde yerine getirmeyeceği veya getiremeyeceği aşikâr *(clear)* olsa bile sözleşme sona ermez, mevcut hâliyle varlığını sürdürür.[1807] *Hochster v. De la Tour* kararından önceki süreçte

[1803] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.23 ve s.34-35.
[1804] **Barlas,** s.18.
[1805] Öyle ki Güney Afrika Cumhuriyeti'nin hukuk sistemi de bu kuralı benimser, bkz. 1962 tarihli *"White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor",* 1962, W.L.R. 17, 3 All E.R. 1178 (H.L.), nak.: **Nienaber, Petrus Millar:** "The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, Cambridge LJ 1962, vol.20, iss.2, ss.213-233, s.213 ve s.216.
[1806] **Liu,** Anticipatory Breach, s.124.
[1807] **Mustill, Michael:** "Anticipatory Breach", Butterworth Lectures 1989-1990, Butterworths, London 1990, ss.1-78, s.36; **Liu,** Claiming Damages, s.559 vd.; **Carter,** s.423; *"Johnstone v. Milling",* 1986, 16 Q.B.D. 460, nak.: **Taylor,** s.921; **Thomson, J.M.:** "The Effect of A Repudiatory Breach", The Modern

borçlunun edimini inkâr etmesi *(anticipatory repudiation)*, sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik bir icap (öneri) olarak nitelendirilirken, daha sonra bunun alacaklının kabul beyanıyla tamamlanan ve hüküm ve sonuçlarını meydana getiren bir ihlâl türü olduğu fikri benimsenmiştir.[1808] Nitekim İngiliz hukuk literatüründe oldukça ön plâna çıkartılan *The Mihalis Angelos* kararında, borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine yönelik beyanın ancak alacaklı tarafından kabul edildiği ânda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiğine ve buna istinaden alacaklının sözleşmeyi sona erdirebileceğine dikkat çekilmiştir.[1809] İngiliz Lordlar Kamarası'ndan Hâkim Lord Asquith L.J.'nin tespit ettiği üzere borçlunun edimini yerine getirmeyeceğine yönelik beyanı alacaklı tarafından kabul edilmemişse, borçlunun beyanı "suya yazılan bir yazı gibidir *(a thing write in water)*".[1810] Nihayetinde şunu söylemek mümkündür: İngiliz hukuk sistemi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bakımından alacaklının seçim hakkına sahip olduğu anlamına gelen *"election theory"* fikrini benimser. Bu kurama göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmemesi bakımından seçim hakkına sahip olan alacaklı, kabul iradesini borçluya bir bildirimde bulunarak, tazminat davası açarak ve sâir her türlü yolla ortaya koyabilir. Fakat her durumda kabul anlamına gelecek işbu irade beyanı, kuşkuya mahal vermeyecek nitelikte, tam bir kesinlik arz etmelidir. Alacaklının kabul iradesini ortaya koymasına rağmen başka edimlerle sözleşme ilişkisinin sürmesi olanaklıysa kabul, sözleşmeyi sona erdirmez.[1811] Bu noktada ifade etmek gerekir ki İngiliz hukuk literatüründeki bir görüşe göre, sözleşmeyi sonlandıracak olan alacaklının,

---

LR 1978, vol.41, iss.2, ss.137-146, s.143. Ayrıca bkz. ve karş. **Chitty,** General Principles, N.24-023 vd.; **O'Sullivan/Hilliard,** s.369-373; **Andrews, Neil/Clarke, Malcolm/Tettenborn, Andrew/Virgo, Graham:** Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, Sweet &Maxwell, London 2011, s.150.

[1808] **Vold, L.:** "Anticipatory Repudiation of Contracts and Necessity of Election", Michigan LR 1927-1928, vol.26, ss.502-530, s.506 vd.; **Nienaber,** s.222.

[1809] İlgili karar için bkz. *"The Mihalis Angelos",* 1971, 1 Q.B. 164, nak.: **Carter,** s.428 vd.; **Thomson,** s.143; **Tabachnik,** s.157.

[1810] Ünlü sözün geçtiği karar için bkz. *"Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.",* 1951, 1 K.B. 417, 421, nak.: **Tabachnik,** s.156; **O'Sullivan/Hilliard,** s.370.

[1811] **Peel,** s.847; **Liu,** Anticipatory Breach, s.224.

öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yahut sözleşmeyi sona erdirme hakkı hususlarında bir bilgi sahibi olması da gerekli değildir.[1812] Alacaklının kabul beyanını geri alıp alamayacağı ise doktrinde ihtilâflı bir meseledir.[1813]

İngiliz hukuk sisteminde durum yukarıda değinildiği gibi olmakla birlikte Amerikan hukuk sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklının seçimlik olanağa sahip olduğu fikri üzerinde şekillenen *"election theory"* benimsenmemiştir.[1814] İlk farklılık olarak Amerikan hukuk sisteminde borçlunun edimini vâdesinde yerine getirmeyeceğini kesin bir biçimde beyan etmesiyle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelir ve buna istinaden alacaklı uğradığı zararların tazminini isteyebilir. Amerikan hukukuna göre "akdin ihlâli" olgusu, böyle bir ihlâle mâruz kalan tarafın yani alacaklının değil, bizzat ihlâl edenin eyleminin bir neticesidir. İkinci farklılık olarak İngiliz hukuk sisteminde "tarafların anlaşmasına istinaden bir sözleşmenin ortadan kaldırılması (ikale)" ile "bir sözleşmenin ihlâl sebebiyle sona erdirilmesi" hâlleri birbirinden ayırt edilememektedir.[1815] Değindiğimiz iki esaslı farklılığa ilâveten Anglo-Sakson hukuk literatüründeki bir görüş, alacaklının "zararı azaltma külfetini" esas alarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmemesi bakımından alacaklının kabulüne bir ihtiyaç bulunmadığını, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olan alacaklının doğrudan dava açıp zararının giderilmesini talep etmesi gerektiğini, zira mevcut olan zararı azaltma külfetinin seçimlik hak fikri üzerinde şekillenen *"election theory"*yi bertaraf edeceğini ifade eder.[1816]

Tüm tespitler ışığında şu hususları belirtmek mümkündür: Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bakımından İngiliz hukuk sistemi, alacaklıya buna

[1812] **Liu,** Anticipatory Breach, s.224.
[1813] **Peel,** s.853.
[1814] **Tabachnik,** s.161; **Vold,** Necessity of Election, s.528; **Limburg,** s.138 ve s.140; **Carter,** s.427 vd.
[1815] **Limburg,** s.138 ve s.140; **Tabachnik,** s.161.
[1816] **Calamari/Perillo,** s.485-487.

rağmen "sözleşme ilişkisini sürdürme" yahut "ihlâlin gerçekleştiğini kabul etme" şeklinde farklı seçenekler sağlayan *"election theory"*yi benimsemişken; Amerikan hukuk sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklı sözleşmeyi sona erdirir. Dikkat edilirse İngiliz ve Amerikan hukuk sistemleri bağlamında değindiğimiz doktrinel tartışmalar, ekseriyetle borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğine yönelik beyanı, borçlunun edimin yerine getirilmesiyle çelişen eylemleri ve borçlunun mevcut sözleşme ilişkisinin ardından yani daha sonradan akdettiği ve bununla çelişen edimler içeren sözleşmeler üzerinden yürütülmüştür. Fakat daha önce değindiğimiz üzere[1817] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren birtakım vâkıalar, "geçici" nitelik arz edebilir. Öyle ki borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğine yönelik kararını değiştirebilir ya da borçlunun muacceliyetten önce içine düştüğü ifa güçsüzlüğü (borç ödemeden aciz hâli) son bulabilir yahut borçlunun akdetmiş olduğu ve mevcut sözleşmeyle çelişen ikinci sözleşme, mevcut sözleşmeden önce bir şekilde son bulabilir. Kaldı ki alacaklıyı borçlunun yani haksız biçimde sözleşmeye aykırı davranan tarafın iradesine tâbi tutmak, hukukun genel prensip ve kabulleriyle de örtüşmez. Bu prensiplerden olarak "hiç kimse kendi haksız hareketinden bir fayda elde edemez *(nullus commodum capere potest de injuria sua propria, no advantage may be gained from one's own wrong acts)* ve yine hiç kimse haksız biçimde ileri sürülen dönme yahut feshe istinaden sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulamaz.[1818] Sözleşmeye konu edimin yerine getirilmesi mümkün ise alacaklının aynen ifa isteminde diretmesi ve sözleşmeyi ayakta tutması *(favor contractus)* olanaklıdır. Sonuç olarak İngiliz hukuk sisteminin yaklaşımı olan *"election theory",* kanaatimizce daha isabetlidir. Zira çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ifa imkânsızlığı, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni

[1817] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 8, I. Türk Hukukunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Sebebi Olarak Sonraki İfa İmkânsızlığı.
[1818] **Nienaber,** s.225; **Cumalıoğlu,** s.212-213.

bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. İfa imkânsızlığı hâricinde kalan saydığımız tüm bu borca aykırılık hâllerinde alacaklının "aynen ifa isteminde" ısrarcı olması, gecikmiş de olsa ayıplı veya kötü de olsa edimin ifasını isteyip uğradığı zararı da tazminatla telâfî etmesi olanaklı olduğundan dolayı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelse bile alacaklının bir seçim şansı olarak ifa zamanını (vâdeyi) bekleyebilmesi ve aynen ifayı isteyebilmesi elbette mümkün olmalıdır.

Bilindiği üzere hukukumuzda dönme ve fesih, tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması hatta hukukî işlemdir. "İkale" tabir edilen ve mevcut bir sözleşmeyi bozmayı sağlayan sözleşmenin aksine, dönme ve fesih muhatabın "kabul beyanı" olmaksızın hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Aşağıda ayrı bir başlıkta etraflıca inceleyeceğimiz[1819] öncelenmiş (erken) dönme hakkında alacaklının beyanı, "kabul" olarak tavsif edilemez, hukukî niteliği itibariyle bu da bir tür dönme beyanıdır. Yenilik doğuran herhangi bir irade beyanı, geri alınamaz, ancak dilerlerse taraflar yeniden aynı sözleşmeyi akdedebilirler. Çalışmamız bakımından önem arz eden milletlerarası hukuk uyumlaştırma metinlerinde de sözleşmenin "alacaklının iradesiyle" ortadan kalkacağı esası benimsenmiştir.[1820]

Hukukumuzda oldukça eleştirilen[1821] bir Yargıtay kararında, kanunda o yönde açık bir düzenleme bulunmasa bile haksız fesihle bir sözleşmenin sona erdirilebileceğine hükmedilmiştir.[1822] Bunun hâricinde Yargıtay diğer bazı kararlarında

[1819] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F, 3, a. Yeni Bir Müessese Olarak "Öncelenmiş (Erken) Dönme" Kavramı.
[1820] Bkz. CISG md.72, md.73/2 ve md.73/3 ile Art.7.3.3 PICC hükümleri.
[1821] Eleştiriler ve gerekçeleri için bkz. **Özmen, Ethem Saba/Ürem, Müge:** "Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi", İstanbul BD 2016, C.90, S.3, ss.193-218, s.196.
[1822] Söz konusu Yargıtay kararına göre: *"…Yukarıda yapılan açıklamalar göstermektedir ki, sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir sonucu olup, kural olarak sözleşmenin kurulmasına hizmet ettiği kadar, sözleşme ile bağlı kalmamayı da, yani tek taraflı irade beyanıyla (haklı veya haksız surette) sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsar… Sözleşmenin tek taraflı olarak herhangi bir sebep olmaksızın feshedilip feshedilemeyeceği hususu H.G.K.`nda yapılan görüşmede etraflıca ele alınıp tartışılmış, azınlıkta kalan görüş sahipleri; "Feshin, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu, ancak bu hakkın gelişigüzel*

geçersiz yapılmış bir "olağanüstü feshi", "olağan feshe" tahvil ederek geçerli saymaktadır.[1823] Doktrinde TBK'da ayrıksı bir düzenleme olarak sadece eser ve vekâlet sözleşmeleri bakımından bazı müeyyidelere tâbi olmak şartıyla getirilmiş olan haksız fesih olanağının diğer sözleşmelere de tatbik edilebilecek şekilde genişletilemeyeceği ifade edilmektedir. Haksız fesih, kural olarak, herhangi bir hüküm ve sonuç meydana getiremeyecekse de şayet böyle bir feshe muhatap olan taraf, haksız feshi açık veya örtülü (zımnî) biçimde[1824] kabul ederse sözleşme haksız fesih sebebiyle olmasa da ikale (bozma) sözleşmesiyle sona ermiş sayılır.[1825] Bu hâlde haksız feshe muhatap olan taraf, sözleşme tam ve düzgün bir biçimde ifa edilseydi iktisap edeceği bütün faydaları, haksız

---

kullanılamayacağını, bir tarafın sözleşmeyi haklı bir sebep olmadan feshine yönelik işleminin Türk Medeni Kanunu (TMK)`nun 2.maddesinin denetimine tabi tutulması gerektiğini, haksız feshin yapılmasına TMK`nun 2.maddesi kapsamında bulunan "çelişkili davranış yasağı"nın sınırlama getirdiğini, taraflardan birinin haklı bir sebep olmaksızın olağanüstü-süresiz-fesih hakkını kullanmasının tek başına sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini… ileri sürmüşlerse de, çoğunlukça bu gerekçe ve görüşler benimsenmemiştir…Bu azınlık görüşü karşısında çoğunlukça; "İş Hukukunda mahkemece işe iade kararı sonrasında işverenin, işçiyi işe başlatabileceği gibi, işe başlatmaması halinde kanunda öngörülen tazminatı ödemekle yükümlü tutulduğu, işçiyi koruyucu hükümler taşıyan ve kamu düzenine dair hükümler içeren bir kanunda bile işçinin hizmet akdinin haksız feshi halinde, işverene yeniden işçiyi işe başlatmama hakkını verdiği, öte yandan, B.K.(BK)`nun 34/I ve m.396/I hükümlerine göre temsil yetkisinin geri alınması ve vekaletin feshi (vekaletten azil veya ondan istifa), BK. 369.madde hükmüne göre eser sözleşmesinin tazminat karşılığında feshi, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 8.maddesine göre kapıdan satışlarda tüketiciye geri alma haklarının tanındığı, nihayet Türk Ticaret Kanunu`nun 134.maddesine göre haklı bir sebep olmaksızın acentelik sözleşmesini fesheden tarafın, başlanmış işlerin tamamlanmaması yüzünden diğer tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulduğu, somut uyuşmazlıkta BK`nun 106.maddesinin uygulanma şartlarının oluşmadığı, zira anılan hükmün uygulanabilmesi için sözleşmenin her iki taraf için de ayakta ve geçerli bulunması gerektiği, oysa somut uyuşmazlıkta fesih iradesinin muhatabına ulaştığı andan itibaren sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak ortadan kalktığı, bu sebeple anılan hükmün taraflar arasında uygulanamayacağı" gerekçeleri ileri sürülüp, irade özerkliğinin bir sonucu olarak haklı bir sebep olmadan da tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıyla kullanılabilen fesih hakkına engel olunamayacağı benimsenmiştir…" **[Yargıtay HGK, E.2011/11-693, K.2012/88, T.22.02.2012,** www.legalbank.net].

[1823] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.236. Anılan Yargıtay kararlarından birine göre: *"Taraflar arasında 21.4.1986 tarihinde tek satıcılık sözleşmesi yapılmıştır. Davalı satıcı, davacının Çanakkale hudutları dışında satış yaparak akti ihlal ettiği iddiasıyla 31.8.1986 tarihinde çimento teslimine son vermek suretiyle akti fesih iradesini eylemli olarak belirtmiştir. Ancak davalının yazılı olmayan ikaz ve ihtarı üzerine davacının buna uyarak Çanakkale dışına yaptığı satışları durdurduğu halde, davalının bir süre daha teslimata devam etmesi onun fesih iradesinin geçersiz sayılmasını gerektirir. Böylece haklı sebebe dayanarak yapılan olağanüstü fesih işlemi geçerli olmaz. Süresiz akitlerde diğer bir fesih yolu olarak, uygun bir ihbar süresi tanınarak ve bir fesih sebebi göstermeye gerek olmaksızın olağan fesih imkanı da mevcuttur. Ancak, davalının bu yolu izlemesi için makul bir süre önce fesih ihbarı yapması gerekir. Davalı eylemli olarak 31.8.1986 tarihinde fesih iradesini kullandığına göre, davalının davacıya yöneltmesi gereken fesih ihbarı süresi kadar bir zaman dilimi içinde aktin ayakta kalacağının kabulü icap eder. Bu sebeple, mahkemece uzman kişilerden oluşacak bir bilirkişi heyetine, tarafların durumu, yapılan anlaşmanın niteliği ve hacmi gözönünde tutulmak suretiyle bu süresiz aktin feshi için davalının ne kadar bir süre önce fesih ihbarında bulunması gerekeceği tesbit ettirilerek, eylemli fesih tarihinden itibaren tesbit edilecek ihbar süresi sonuna kadar olan dönem için…"* **[Yargıtay 11.HD, E.1990/1959, K.1992/96, T.15.01.1992,** www.legalbank.net].

[1824] **Ertaş, Şeref:** "Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Sonuçları", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, ss.391-399, s.392.

[1825] **Ertaş,** Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshi, s.392.

fesih sebebiyle yapmaktan kurtulduğu harcamalar düşülmek suretiyle karşı tarafın taahhüt ettiği edimin değerini[1826] ve sözleşmede tâyin edilmişse cezaî şart bedelini isteyebilir.[1827]

Tüm tespitler ışığında şu hususları belirtmek mümkündür: Meydana gelen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın, mevcut sözleşmenin ortadan kalkmasına veya sona ermesine olan etkisi, ancak dolaylıdır. Alacaklı ancak isterse öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden ileride değineceğimiz[1828] şartlar altında edimin muacceliyet kazanmasını beklemeksizin sözleşmeden -erkenden- dönebilir. Hukukumuzda sözleşmeden dönme hakkı, muhatabına varması gereken tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanılabilmekle beraber Yargıtay muhtelif kararlarında, "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden" dönmenin, ancak "muhatabın kabulü" yahut "mahkeme kararıyla" olanaklı olduğu yönünde hükümler kurmuştur.[1829] Fakat kanaatimizce de haklı olarak anılan kararlar, hukukî tavsifi itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hak olan sözleşmeden dönme hakkının muhatabın iradesine yahut hâkim kararına tâbi tutulmasının hukukî bir mesnedi olmadığı, zaten başlı başına tek taraflı bir hukukî işlem olduğu gibi gerekçelerle eleştirilmiştir.[1830]

[1826] **Ertaş,** Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshi, s.392-393.
[1827] **Ertaş,** Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshi, s.393.
[1828] Bkz. aşağ. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F, 3, a. Yeni Bir Müessese Olarak "Öncelenmiş (Erken) Dönme" Kavramı.
[1829] Eleştirilere mâruz kalan Yargıtay kararlarından birine göre: *"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesinin bir türü olup, karşılıklı haklar sağlayan ve borçlar yükleyen iki taraflı sözleşmelerdendir. Tarafların anlaşmaları gereğince veya mahkeme kararı ile fesih olunmadıkça ya da sözleşmenin bir tarafça devri hususunda taraf iradeleri birleşmedikçe veyahut da sözleşme batıl olmadıkça, edimlerin ifasında objektif yani kusursuz imkansızlık bulunmadıkça arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ve dolayısıyla yanlar arasındaki akti ilişki, tarafların tek yanlı irade bildirimleriyle sona ermez. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır. O halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir."* **[Yargıtay 14.HD, E.2010/5177, K.2010/7104, T.15.06.2010,** www.legalbank.net].
[1830] **Gümüşsoy Karakurt,** s.161-162; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.438.

3. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı *(vorzeitiger Rücktritt vom Vertrag)*

a. Yeni Bir Müessese Olarak "Öncelenmiş (Erken) Dönme" Kavramı

Genel olarak sözleşmeden dönme hakkı, sadece alacaklıyı kendi taahhüt ettiği borcu yerine getirmekten kurtarabilirse yahut önceden yerine getirdiği edimi geri almasına olanak sağlayabilirse hukuken önem arz eder. Nitekim bu sebepledir ki karşılıklı borç doğurmayan sözleşmelerde taraflara bir dönme hakkı verilmesine ihtiyaç duyulmamıştır.[1831] Ancak taraflar arasında her biri farklı farklı sözleşmelerin özelliklerini göstermekle birlikte "hepsi bir arada" ve "birbirine bağımlı olarak" akdedilen sözleşmeler bakımından da karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin TBK hükümlerinin -ve dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkının- kıyasen uygulanacağı gözden kaçırılmamalıdır.[1832] Sözleşmeden dönme hakkına başvurulabilmesi için borca aykırı hareketin, edim ve karşı-edim arasında mevcut olan dengeyi bozması gerektiği;[1833] tâlî (*seconder,* ikincil) nitelikli edimlerde ise bunların karşılığını teşkil eden bir borç (karşı tâlî yükümlülük) mevcut olmadığından, bunlar bakımından sözleşmeden dönülemeyeceği doktrinde ifade edilmektedir.[1834]

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından *Serozan* tarafından ifade edilen görüşe göre sözleşme ilişkisini sürdürmesi, TMK md.2 (Art.2 ZGB) hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenemeyecek olan taraf, sözleşmeden dönebilir.[1835] Keza bu görüşü teyit eden *Schwarz*'ın tespitlerine göre sözleşmenin sadece kanunda açıkça sayılan durumlarda sona erdirilebileceği fikri oldukça şekilcidir.[1836] Borçlunun temerrüdü hâricinde kalan haklı sebeplerin mevcudiyetiyle sözleşme ilişkisini sürdürmek çekilmez hâle gelir ve artık edimin ifası

[1831] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.945.
[1832] BGE II 390 = JdT 1973 I 80, nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.945, dn.2a.
[1833] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.68.
[1834] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.967 vd.
[1835] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.42-43.
[1836] **Schwarz,** s.791.

da manasız kalırsa, sözleşme tek taraflı olarak sona erdirilebilir.[1837] Hemen yukarıda değindiğimiz ve haklı olarak eleştirilere mâruz kalan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında[1838] ise haklı sebep yahut açık bir kanunî düzenleme bulunmamasına karşın sözleşmenin feshinin hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği fikrinin benimsendiği görülmektedir.

Borca aykırılığa dair genel bir düzenleme olarak tavsif edilen TBK md.112 (Art.97 OR) hükmünde açıkça dönme ve fesih haklarına değinilmemiş olmakla birlikte doktrinde tam iki tarafa borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde, § 323 BGB hükmünde olduğu üzere, TBK md.l25/2 (Art.107 Abs.2 OR), TBK md.125/3 (Art.109 OR) ve TBK md.126 hükümlerinin kıyasen *(analogia)* tatbik edilerek alacaklıya dönme ve fesih haklarının verilebileceği fikri ileri sürülmektedir.[1839]

Sözleşmeden dönme hakkının doktrindeki oldukça kapsayıcı tanımına göre *"tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimleri iade borcu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğuran haktır."*[1840] Bu tanımdaki özelliklerine ilâveten sözleşmede saklı tutulan dönme hakkı, kanunî dönme hakkı ile aynı hüküm ve sonuçları meydana getirir.[1841]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın alacaklıya sağladığı en önemli hukukî enstrümanlardan olan ve yeni bir kavram olarak ortaya atılan "öncelenmiş (erken) dönme hakkı", hemen yukarıda sözleşmeden dönme tanımında zikredilen tüm unsurları hâizdir. Ayrıca doktrinde öncelenmiş (erken) dönme hakkı, sözleşmenin bir tarafının karşı tarafın yol açtığı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkı olarak da

[1837] **Schwarz,** s.786.
[1838] **Yargıtay HGK, E.2011/11-693, K.2012/88, T.22.02.2012,** www.legalbank.net.
[1839] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.168 ve aynı sayfada dn.16.
[1840] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.65.
[1841] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.78.

tanımlanmaktadır.[1842] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, edimin muacceliyet ânını erkene çekmez yani alacaklıya edimin erkenden yerine getirilmesini isteme hakkı sağlamaz; fakat bunlardan çok daha önemli olarak alacaklıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte öncelenmiş (erken) dönme hakkı sağlar. Ne var ki bu olanağa rağmen muacceliyet öncesinde ortaya çıkan sözleşme ihlâli, alacaklıya sözleşmeyi sona erdirme hakkı sağlayacak önem ve ağırlıkta değilse öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanılmayıp borcun vâdesi yani ifa zamanı beklenmelidir.[1843] Alacaklı öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmayı tercih etmediğinde, aynen ifa isteminde diretebilmek yahut diğer seçimlik haklarına başvurabilmek için edimin muacceliyet kazanmasını ve sonra da borçlunun temerrüde düşmesini beklemek zorundadır. Borcun ifası teknik olarak mümkünse edimin muacceliyet kazanmasının ardından alacaklı, aynen ifayı isteyip[1844] gecikmiş ya da kötü (gereği gibi olmayan) ifayı kabul etmek suretiyle zararının tazminini talep edebilir yahut sözleşmenin niteliğine göre dönme ya da fesih hakkına başvurabilir. Zira işaret ettiğimiz süreçten de anlaşıldığı üzere alacaklı, öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmayıp da sözleşme ilişkisini sürdürmeyi tercih ederse henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyemeyecektir.[1845]

Esasen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açabilecek nitelikteki vâkıalardan olan "sübjektif imkânsızlık"[1846] yahut "sonraki ifa imkânsızlığı"[1847] ve benzeri hâllerde muacceliyetin gerçekleşmesinden sonraki süreçte bile edimin aynen ifası mümkün

[1842] **Cumalıoğlu,** s.216.
[1843] **Cumalıoğlu,** s.216-217.
[1844] **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.37; **Wiesner/Klotchman,** s.63, dn.14.
[1845] **Liu,** Anticipatory Breach, s.225. Ayrıca Liu'nun aktardığına göre alacaklı, öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmayıp da sözleşme ilişkisini sürdürmeyi tercih ederse henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyemez fakat İngiliz hukuk sisteminde alacaklı, isterse mahkemeden bu konuda bir "tedbir kararı" verilmesini talep edebilir, **Liu,** Anticipatory Breach, s.227.
[1846] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile buna yol açabilecek bir vâkıa olan sübjektif imkânsızlık arasındaki ilişki hakkında detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 8, I, D. Sübjektif (Gerçek Olmayan) İmkânsızlığın Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık ile İlişkisi.
[1847] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile buna yol açabilecek bir vâkıa olan sonraki ifa imkânsızlığı arasındaki ilişki hakkında detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 8, I. Türk Hukukunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Sebebi Olarak Sonraki İfa İmkânsızlığı.

olmadığından dolayı alacaklı, borçlu temerrüdü bakımından düzenlenmiş diğer seçimlik haklarına başvurabilir. Ancak ortada öyle ya da böyle bir imkânsızlık söz konusu olmayıp da borçlu edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan ettiyse, alacaklının aynen ifa isteminde diretmesi mümkün olabilir. Tüm bu tespitlerden anlaşılacağı üzere öncelenmiş (erken) dönme hakkı, alacaklı bakımından her hâlükârda seçimlik bir haktır.[1848]

Hukukumuzda edimin muacceliyet kazanmasını beklemeyi tercih eden alacaklının, seçimlik haklarına zamanaşımı süresi doluncaya dek istediği zaman başvurabileceği ifade edilir.[1849] Fakat elbette bu düşünce, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi gözetilmeksizin ortaya atılmıştır, zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bakımından yerleşik bir görüş mevcut değildir. Daha önce çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz üzere alacaklı öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurmak yerine isterse vâdeyi bekleyebilir, ardından borçlu temerrüdü hükümlerine dayanabilir, zira zararı azaltma hukukî tavsifi itibariyle bir yükümlülük değil "külfettir". Aynen ifa isteminde bulunabilmek için edimin muaccel hâle gelmesini beklemeyi tercih eden alacaklı, ortaya çıkabilecek sonraki ifa imkânsızlığı yahut örneğin borçlunun sözleşmedeki bir hükme dayanması gibi[1850] sonradan geçerli bir hukukî sebebe istinaden sözleşmeyi sona erdirmesi rizikolarını da mantıken üstlenmiş olur. Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun haksız biçimde borcunu

---

[1848] **Cumalıoğlu,** s.217.

[1849] İlgili Yargıtay kararına göre *"Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin süreklilik kazanan görüşüne göre davacı alacaklı, uygun bir süre bekledikten sonra borçluya seçimlik hakkını kullandığını bildirmek zorundadır; bu bildirimin 106/1. maddedeki önel ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Hukuk öğretisindeki yerleşmiş görüşe göre: Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme halinde (gecikmiş ifa) alacaklı, BK. 106/II'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımına (kural olarak 10 sene) içerisinde isteyebilir…Davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği (birinci seçimlik) yolunda "bir karinenin varlığı kabul edilir…Bu karine yasa koyucunun alacaklının borcun ifasının ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyanını "her zaman" isteyeceğini kabul etmekle oluşmuştur. Bu nedenlerle, Hukuk Genel Kuruluna oluşturan üyelerin çoğunluğu, hukuk öğretisindeki yasaya uygun düşen yorumu benimseyerek, alacaklının BK.nun 106/II. maddedeki seçimlik hakkını kullanmak zorunda olmadığını ve bu halde dahi gecikme tazminatı isteyebileceği sonucuna varmıştır."* **[Yargıtay HGK, E.1991/15-340, K.1991/467, T.09.10.1991,** www.legalbank.net].

[1850] **O'Sullivan/Hilliard,** s.371.

inkâr etmesi yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanan alacaklı, elbette tazminat isteyebilir; fakat alacaklı borçlunun bu türden bir inkârına rağmen muacceliyeti beklemeyi tercih eder ve bu sırada edimin ifası borçlunun bir kusuru olmaksızın objektif ve teknik anlamda imkânsızlaşırsa alacaklı artık tazminat isteyemez. İlâveten, alacaklı şartları oluşmamışken yani haksız biçimde öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanırsa bu kez bu hâl, borçlu perspektifinden bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir.[1851]

Ayrıca belirtmek gerekir ki doktrinde *Havutçu,* (klâsik) sözleşmeden dönme hakkı bakımından bilhassa edimin yerine getirilmesinde artık alacaklının herhangi bir yararının kalmadığı hâllerde böyle bir "aynen ifa isteminden vazgeçildiği" yönünde bildirimin aranmaması gerektiğini ifade eder.[1852] Kanaatimizce bu tespitler öncelenmiş (erken) dönme hakkı bakımından da geçerli sayılmalıdır. Öyle ki alacaklının, öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilmesi için de "aynen ifa isteminden vazgeçtiğini" beyan etmesi zorunlu değildir.[1853]

İngiliz hukuk doktrininde bir görüş, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte meydana gelen bir sözleşme ihlâline rağmen sözleşme ilişkisinin sürdürülmesini isteyen alacaklının, sonradan "aynı sebebe" dayanarak öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanamayacağını ifade eder.[1854] Doktrindeki bir diğer görüşe göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa rağmen alacaklının sözleşmeden (erken) dönmemesi, ihlâl hâlen sürmekte ise "ifa anına dek" öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılabilirliğine bir engel teşkil etmez, başka bir deyişle alacaklının hakkı tükenmez.[1855] Kanaatimizce ikinci görüşe katılmak daha isabetli olur. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olan bir alacaklının buna istinaden sözleşmeden

[1851] **Cumalıoğlu,** s.218.
[1852] **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.64.
[1853] Aynı yönde bkz. **Cumalıoğlu,** s.218.
[1854] **Treitel,** Contract, N.17-091. Ayrıca bkz. *"Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co",* 1997, 2 Lloyd's Rep. 228, nak.: **Treitel,** Repudiatory, s.22 vd.
[1855] **Chitty,** General Principles, N.24-004.

öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmamış olması, açıkça sözleşmeyle bağlı kalacağını beyan etmiş olmadıkça, hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz. Alacaklı haklarını kullanmak için bir müddet bekleyebilir; hakkın kötüye kullanılması teşkil etmedikçe alacaklı, muacceliyete kadarki herhangi bir ânda öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabileceği gibi bu hakkın mevcut ihlâle yahut bekleme aşamasında meydana gelebilecek yeni yeni ihlâllere dayandırılmış olması da özellik arz etmez.

b. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkının Kullanılma Usûlü

aa. Süre Verme Yükümlülüğü

Yukarıda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olan alacaklının seçimlik haklarından biri olarak borçludan "yeterli bir teminat göstermesini isteme" hakkına değinmiştik.[1856] Tıpkı TBK md.98/2 (Art.83 Abs.2 OR) hükmünde benimsenen usûlde olduğu üzere,[1857] öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurmak niyetinde olan alacaklı, yeterli bir teminat göstermesi adına borçluya "uygun bir süre" tâyin etmelidir. Bu bağlamda borçluya uygun bir süre tâyin etmek, dönme ve fesih haklarında olduğundan farksızdır. Başka bir deyişle öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanılmadan önce borçluya uygun bir süre tâyin edilmesi de hukukî tavsifi itibariyle "hukukî işlem benzeri" eylemdir.[1858] Borçlu, tâyin edilen uygun süre dâhilinde yeterli bir teminat göstermezse alacaklı öncelenmiş (erken) dönme hakkına artık başvurabilir. Bununla birlikte bazı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebeplerinde, örneğin borçlunun edimini ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmesi, borcu tümüyle inkâr etmesi, borçlunun sorumlu tutulabildiği sübjektif imkânsızlık veya sonraki ifa imkânsızlığı hâllerinde uygun bir süre tâyin edilmesi işin niteliği gereği zorunlu olmamalıdır.[1859]

[1856] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, D. "Borçludan Açıklama Yapmasını" ve/veya "Yeterli Bir Teminat Göstermesini İsteme Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR).

[1857] TBK md.98/2 hükmüne göre: *"Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir."*

[1858] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.946.

[1859] **Cumalıoğlu,** s.219.

Bu bağlamda özel bir hüküm olan TBK md.473 (Art.366 OR) hükmüne göre işsahibinin öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurmazdan evvel yükleniciye uygun bir süre tâyin etmesinin gerekip gerekmediği meselesi ihtilâflı olmakla birlikte, doktrinde somut olayın niteliğine ve dürüstlük kuralına göre bir neticeye ulaşmak gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin, olağan koşullarda bir sene içerisinde tamamlanıp bitirilebilecek bir eserin yapımına, teslim tarihine birkaç ay kalmış olmasına rağmen hiç başlanmamışsa öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurulabilmesi bakımından yükleniciye teminat göstermesi için uygun bir süre tâyin etmeye gerek olmamalıdır.[1860]

İleride detaylıca inceleneceği üzere[1861] CISG md.72/2 hükmüne göre, "süre elverdiği takdirde" ve "yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla" borçluya mâkul bir bildirimde bulunulmalıdır.[1862] Ancak muacceliyete dek kalan zaman göz önüne alındığında süre tâyin etmenin artık gereksiz olması, kalan zaman diliminde borçlunun teminat göstermesinin mümkün olmaması, borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi yahut savaş ve benzeri sebeplerden ötürü teminat gösterilse dahi ifanın gerçekleşemeyeceğinin aşikâr *(clear)* olduğu durumlarda süre tâyin etmeye gerek olmaz.[1863] Borçlunun edimini yerine getirmeyeceği beyanı "açık" olmak mecburiyetinde değildir, zımnî de olabilir. Örneğin borçlunun akreditif açmaması, önceden gerçekleştirilmiş teslimatlara mukabil birikmiş ödemeleri gerçekleştirmemesi, borçlunun ediminin ifasını üzerinde mutabık kalınmamış ek şartlara veya ek taleplere bağlamaya kalkışması, hâlihazırdaki teslimatı keyfî olarak durdurması[1864] ve benzeri durumlarda da uygun bir süre tâyin etmeksizin öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurmak mümkündür. Zira saydığımız örnek kabilinden tüm hareketler, borçlunun edimin ifasını reddettiğini *(declaration of refusal to perform)*

[1860] **Cumalıoğlu,** s.219.
[1861] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü (CISG md.72/2). Bilhassa bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H. Teminat Gösterilmesi.
[1862] **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.279; **Atamer,** CISG, s.411.
[1863] **Schlechtriem/Butler,** N.274; **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.279.
[1864] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.37.

gösterir. Borçlunun bu türden beyan ve davranışlarına rağmen alacaklı sözleşmeyi sona erdirmezse borçlu, muacceliyetin gerçekleşmesine dek beyanını geri alabilir veya davranışlarını sözleşmeye uygun hâle getirebilir. Artık elbette bu ihtimalde alacaklı öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvuramaz.[1865]

bb. Öncelenmiş (Erken) Dönme Bildirimi

Hukukumuzda sözleşmeden dönme hakkının pozitif olarak düzenlendiği ve esasen karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin olan TBK md.125/2 (Art.107 Abs.2 OR) hükmüne göre sözleşmeden dönme beyanı, borçluya bildirilmelidir. Bu beyan, hukukî niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olup borçlunun hâkimiyet sahasına ulaşmakla (vusulle) hüküm ve sonuçlarını meydana getirir ve geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Bunun bir ayrıksı hâli olarak TTK md.18/3 hükmüne göre tacirler arasında sözleşmeden dönmenin *"noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile"* gerçekleştirilmesine dair şekil koşulu bir ispat koşuludur.[1866] Sözleşmeden dönme beyanını geri almak ise, kural olarak, mümkün değildir.[1867]

İleride detaylıca inceleneceği üzere[1868] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "esaslı ihlâl *(fundamental breach of contract)"* olarak nitelendirilmesi hâlinde alacaklıya öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkı tanıyan CISG md.72 hükmüne göre sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı da muhakkak bir bildirimde bulunmalıdır.[1869] Nitekim CISG md.26 hükmüne göre de *"sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder."* CISG

[1865] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.38.
[1866] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.508. TTK md.18/3 hükmüne göre tacirler arasında gerçekleştirilen sözleşmeden dönme ve muhtelif beyanların tâbi tutulduğu şekil kuralının hukukî niteliğine dair detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. **Sivrikaya,** s.160 vd.
[1867] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.509.
[1868] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü (CISG md.72/2).
[1869] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.19.

literatüründeki bir görüşe göre, alacaklı bildirimde bulunmasa da sözleşmeyi sona erdirebilir ancak bildirimde bulunmayan alacaklının, böylelikle borçluyu zarara uğratmış olması ihtimalinde tazminat ödeme borcu doğabilir.[1870] Bu noktada belirtmek gerekir ki Türk hukuk sisteminden (TBK md.125/2 hükmü) oldukça farklı bir biçimde, CISG'de sözleşmeden dönme beyanı, muhatabına ulaşma (vusul) ânında değil de alacaklının göndermesi ânında hüküm ve sonuçlarını doğurur ve bu ânda sözleşme sona erer.[1871]

Sözleşmeden bir kez dönüldükten sonra, örneğin borçlunun içinde bulunduğu ifa güçsüzlüğü sebebinin artık son bulması ve benzeri yeni durumlar, sözleşmeyi canlandırmaz. Öncelenmiş (erken) dönme beyanından sonra da diğer seçimlik haklar artık kullanılamaz hâle gelir.[1872] Öncelenmiş dönme hakkına başvurmak isteyen alacaklı sözleşmeyi sona erdirme şartlarının tahakkuk ettiğini, bilakis borçlu ise ifayı gerçekleştireceğine dair yeterli bir teminat gösterdiğini ispatlamalıdır.[1873]

Sözleşmeden dönme beyanı, tacirler arasındaki ayrıksı hâl dışında, herhangi bir şekle tâbi olmadığından telefon veya faks ve benzeri vasıtalarla açıklanabilir;[1874] fakat beyanın her hâlükârda kuşkuya mahal vermeyecek derecede açık olması zorunludur. Dönme beyanının yorumlanması ise CISG md.8 hükmüne göre gerçekleştirilir.[1875] Alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullanırken sözleşmeyi sona erdirme niyetini ortaya koymalı, bunun "sebebini" açıklamalı ve borçlunun yeterli bir teminat

[1870] **Cumalıoğlu,** s.220.
[1871] **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.279.
[1872] **Atamer,** CISG, s.411; **Cumalıoğlu,** s.220.
[1873] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.44.
[1874] İlgili karar için bkz. bkz. *"Clothing Case",* ICC, 8786/1997, CISG-online 749. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.9, dn.27. Yine aynı yönde bkz. **Atamer,** CISG, s.410, dn.692.
[1875] **Schlechtriem/Butler,** N.273. CISG md.8 hükmüne göre: *"(1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.*

(2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

(3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır."

gösterebilmesi adına uygun bir süre tâyin etmelidir;[1876] ancak alacaklı borçluya yeterli bir teminat göstermesi hâlinde sözleşme ilişkisinin sürdürülmesini sağlayabileceğini belirtmek mecburiyetinde değildir.[1877]

Borçluya yeterli bir teminat gösterebilmesi adına "uygun süre tâyin edilmesi" ve "sözleşmeden dönme" bildirimi tek bir metinde birleştirilebilir. Böylece ortaya şarta bağlı bir dönme beyanı çıkmış olur. Zira öncelenmiş (erken) dönme, borçlunun belli bir sürede yeterli bir teminat göstermemesi geciktirici şartına tâbi tutulmuş olur. Ancak alacaklı henüz dönme beyanını açıklamamışken yahut tâyin edilen uygun süre içerisinde borçlu, yeterli bir teminat gösterirse ya da borcunu yerine getirirse, dönme hakkı ortadan kalkar. Alacaklı isterse ve şartları da tahakkuk etmişse CISG md.71/3 ve md.72/2 hükümlerindeki bildirimleri birleştirebilir; böylelikle alacaklı tek bir bildirim çatısı altında kendi ediminin ifasını askıya alırken yeterli bir teminat gösterilmediğinde sözleşmeden döneceğini de açıklamış olur.[1878]

İleride detaylıca açıklanacağı üzere[1879] doktrindeki hâkim görüşe göre, öncelenmiş (erken) dönme hakkı, "mâkul süre" dâhilinde kullanılmalıdır. Nitekim milletlerarası hukuk uyumlaştırma metinlerinden Art.8:105 para.2 PECL hükmünde yeterli bir teminat gösterilememesi hâlinde alacaklının öncelenmiş (erken) dönme bildirimini gecikmeksizin yapması gerektiği; III.-3:508 para.3 DCFR hükmünde de mâkul süre dâhilinde dönme bildiriminde bulunmayan alacaklının hakkını yitireceği düzenlenmiştir. Fakat CISG'de ve PICC'de bu hususta açık bir ibare mevcut değildir.[1880] CISG literatüründe ileri sürülen bir görüşe göre, borçlu tarafından yeterli bir teminat gösterilmemesi sebebiyle uygun bir süre içerisinde öncelenmiş (erken) dönme beyanında bulunmayan alacaklı, bu hakkını vâdeye kadar yitirir ve bundan sonra CISG

[1876] **Cumalıoğlu,** s.221.
[1877] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.23.
[1878] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.30.
[1879] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H, 3. Yeterli Teminatın Sağlanamaması.
[1880] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.7.

md.49 ve md.64 hükümlerindeki[1881] genel kurallara göre sözleşmeyi sona erdirebilir.[1882] Yine doktrindeki bir başka görüşe göre ise sözleşmeyi tehlikeye düşüren sebep varlığını koruduğu müddetçe CISG md.7 hükmünde[1883] ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla alacaklı öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilmelidir.[1884]

cc. "Önce İfa" Yükümlülüğü Bulunan Tarafın Teminat Talep Etme ve Öncelenmiş (Erken) Dönme Haklarına Başvurup Başvuramayacağına Dair Değerlendirme

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini yerine getirmesi durumunda ifa eden tarafın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanıp

---

[1881] CISG md.49 hükmüne göre: *"(1) Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya (b) Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa.*

(2) Ancak, satıcının malları teslim ettiği hallerde alıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki (a) gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, (b) gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde,

(i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren;

(ii) alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra; veya

(iii) satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra; sözleşmenin ortadan kalktığını makul bir süre içinde beyan etmiş olsun."

CISG md.64 hükmüne göre: *"(1) Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, veya (b) Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa.*

(2) Ancak, alıcının semeni ödediği hallerde, satıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki (a) alıcının gecikmiş ifası halinde, ifanın gerçekleşmiş olduğunu öğrenmeden önce sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, veya (b) alıcının gecikmiş ifa dışındaki bir sözleşmeye aykırılığı halinde,

(i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde veya

(ii) satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya alıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun."

[1882] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.72, N.40.

[1883] CISG md.7 hükmüne göre: *"(1) Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*

(2) Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir."

[1884] **Cumalıoğlu,** s.221.

dayanamayacağı sorunu yukarıda[1885] incelenirken Türk-İsviçre hukuk sisteminde alacaklının edimini önceden yerine getirdiği hâllerde, artık TBK md.98 (Art.83 OR) hükmüne göre değil, borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönebileceğini fikrinin benimsendiğine işaret edilmiştir.[1886]

Hukukumuzda ileri sürülen bir görüşe göre TBK md.98 hükmüne sadece "önce ifa" yükümlüsü olan taraf dayanabilir.[1887] Bir diğer görüş ise "aynı ânda"[1888] yahut "daha sonra ifa" ile yükümlü olan tarafın dahi anılan maddeye dayanabileceğini ifade eder.[1889] İlâveten edimini daha sonra ifa edecek olan taraf, zaten TBK md.97 (Art.82 OR) hükmündeki ödemezlik def'ine de dayanma imkânına sahiptir. Bununla birlikte TBK md.98 hükmünün tatbiki açısından önem arz eden husus, öyle ya da böyle "alacağın tehlikeye düşmesi"dir. "Alacağın tehlikeye düştüğü" hâllerde ifa sırası gözetilmesinin yani önce ifa mı aynı ânda ifa mı tartışması yapılmasının ve varılacak sonuca göre ifa menfaati zedelenen tarafın dönme hakkından mahrum bırakılmasının yasal bir dayanağı yoktur. Nihayetinde TBK md.97 hükmündeki ödemezlik def'i ile TBK md.98 hükmündeki ifa güçsüzlüğünden kaynaklanan def'i farklı müesseselerdir. TBK md.97 hükmünde tam iki tarafa borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerin ifasında sıra; TBK md.98 hükmünde ise bu tür sözleşmelerde ifa güçsüzlüğünün hüküm ve sonuçları öngörülmüştür.[1890] Yine ifa güçsüzlüğünden kaynaklanan def'i hakkı, sözleşmenin karşı tarafının borcun ifasında güçsüzlüğe düşmesi durumunda karşı-edim henüz muaccel olmadan dahi kullanılabilmektedir, oysa ödemezlik def'inde böyle bir kullanım tarzı söz konusu değildir.[1891] Bir diğer farklılık olarak, ifa güçsüzlüğünden

[1885] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, B. Sözleşmeyle Borç Altına Giren Taraf Açısından Değerlendirme.
[1886] Türk-İsviçre hukuk sisteminde bu görüşe katılan yazarlar için bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.93, dn.129. Ancak doktrinde Serozan, aksi görüştedir, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.338-339.
[1887] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.834; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3997.
[1888] **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.416-417.
[1889] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.75 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.100 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.753; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.335-337; **Eren,** Borçlar Genel, N.3117.
[1890] **Cumalıoğlu,** s.222.
[1891] **Eren,** Borçlar Genel, N.3113.

kaynaklanan def'i müessesesinde sayılan haklar, bir ifa sırasına tâbi tutulmuş değildir. Yine TBK md.98 hükmünde sadece basit bir def'i hakkı öngörülmemiş, sözleşmeden dönme hakkından da söz edilmiştir.[1892] TBK md.98/1 hükmünde yer alan edimin ifasını askıya alma hakkı, işin niteliği gereği kendi borcunu zaten yerine getirmiş tarafın başvurabileceği bir hak değildir. Ancak borcunu önce ifa eden tarafın, TBK md.98/2 hükmündeki "teminat talep etme" ve "sözleşmeden dönme" haklarından mahrum bırakılması haklı gerekçelerden ve yasal dayanaktan yoksundur.[1893]

c. Öncelenmiş (Erken) Dönmenin Hüküm ve Sonuçları

Hukukumuzda bilindiği üzere sözleşmeden dönmenin *(Rücktritt)* her şeyden önce ilk etkisi, tarafları henüz yerine getirilmemiş borçları ifa etmekten kurtarmasıdır. Borçlar ifa edilmiş ise ikinci etki olarak sözleşmeden dönme, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesini sağlayacak ve üçüncü etki olarak da bir zarar ortaya çıkmışsa bunların tazmini gerekecektir. "Kısmî temerrüt" karşısında sözleşmeden dönme hakkının kullanılması söz konusu olduğunda ise doktrindeki genel düşünce, alacaklının tazminat isteminin sadece borcun kısmen temerrüde düşülen kısmı için ileri sürülebileceğidir. Kabul böyle olmakla birlikte sözleşmeye konu edim, maddî niteliği itibariyle bölünemeyen bir edim ise ya da bizzat taraflar sözleşmeyle dönme hakkının kısmen kullanılabilirliğini yasaklamışlarsa yahut kısmen dönme, alacaklının dürüstlük kuralı gereğince katlanması beklenemeyecek neticeler yaratıyorsa artık sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmeye konu edimin tamamını kapsayacaktır.[1894] İşte bu tespitler, yani "kısmî olarak" dönmeye dair hususlar öncelenmiş (erken) dönme için de geçerlidir.[1895]

[1892] **Eren,** Borçlar Genel, N.3113.
[1893] Benzer yönde bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.222.
[1894] **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.313 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.971-972; **Eren,** Borçlar Genel, N.3525.
[1895] **Cumalıoğlu,** s.223.

Öncelenmiş (erken) dönme hakkının hüküm ve sonuçlarını anlayabilmek için hukukumuzda alışılagelmiş sözleşmeden dönmenin mevcut bir sözleşmeye etkisi açısından ileri sürülen farklı görüşleri açıklamak gerekmektedir.[1896] Bu görüşlerden ilki olan klâsik kurama göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme kurulduğu ândan itibaren *(ex tunc)* yani baştan hükümsüz hâle gelir. Sözleşmeden dönme esnasında henüz yerine getirilmemiş edimlerin ifası artık istenemez ve daha önceden yerine getirilmiş edimler, TBK md.77 (Art.62 OR) ve devamındaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenir *(status quo ante).* Önceden sonuçlanmış, tamamlanmış tasarruf işlemleri sebebe bağlı (illî) olsalar bile edimlerin iadesi istemi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmaktadır.[1897] Klâsik kuram çatısı altındaki bazı görüşler, iade isteminde zamanaşımının sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK md.82/1 (Art.67 Abs.1 OR) hükmündeki gibi iki yıl olduğunu;[1898] bazı görüşler ise zamanaşımının on yıl olduğunu ileri sürmektedir.

Bir diğer görüş olan aynî etkili dönme kuramına göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçmişe etkili *(ex tunc)* olarak ortadan kalkar, başka bir deyişle baştan hükümsüz hâle gelir. Yerine getirilmemiş edimlerin ifasına dair karşı taraftan gelebilecek istemler, artık "borcun sona erdiği" itirazı ile geri çevrilir. Yerine getirilmiş edimlerin iadesi, kural olarak, sebebe bağlılık (illîlik)

[1896] Anılan farklı görüşlere dair detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.967 vd.; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.34 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3501 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1690 vd.; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.118 vd.

[1897] Oğuzman ve Öz, klâsik kuramı benimsemiş yazarlardan olarak TBK md.125/3 hükmündeki *"...sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini..."* ibarelerinden yola çıkarak sözleşmeden dönme hâlinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tatbik edilmesini ve sadece menfî zararın giderilmesinin istenebileceğini savunurlar, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1690; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.39 vd.

[1898] Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK md.82/1 hükmünde *"sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."* denilmek suretiyle iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüş olsa da taraflardan birinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla birlikte zaten karşı taraf sebepsiz zenginleşmeyi doğuran eylemi o ân öğreneceği için uzun süre olan on yılın uygulanması gereksizdir, her hâlükârda iki yıllık süre münhasıran uygulanır. Oysa mehaz norm olan Art.67 Abs.1 OR hükmünde *"der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs."* denilmek suretiyle kısa zamanaşımının **bir yıl** olduğu ifade edilmiştir.

prensibine istinaden istihkak davası, tapu sicilinin düzeltilmesi davası ve benzeri herhangi bir süreyle sınırlı olmayan ve doğrudan "mülkiyet hakkına" isnat edilecek istemlerle sağlanır. Yerine getirilmiş bir edim üzerinde üçüncü kişi; karışma veya birleşme gibi sebeplerle hak kazanmışsa duruma göre sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, ayıbı üstlenme, zilyetlik ve benzeri pek çok hukukî müesseseden faydalanmak mümkündür. Bilhassa kullandırma ve iş görme edimleri söz konusu olduğunda ise geri verme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden gerçekleştirilir.[1899]

Bir diğer görüş olan yasal borç ilişkisi kuramı ise sözleşmeden dönme ile birlikte TBK md.125/3 (Art.109 OR) hükmüne dayanan istemlerin ortaya çıkacağı, sözleşmenin ancak ileriye etkili *(ex nunc)* olarak hükümsüz olacağı, borç ilişkisi ortadan kalksa bile baştan hükümsüzlüğün *(ex tunc)* söz konusu olamayacağı, bu gerekçelerle de geri verme borçları bakımından TBK md.77 ve devamındaki sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyas metoduyla tatbik edileceği ve nihayetinde zamanaşımının da on yıl olması gerektiği şeklindedir. Yasal borç ilişkisi kuramını savunan bazı yazarlara göre, sözleşmeden dönme sebebiyle "müspet" zararın giderilmesi de talep edilebilir.[1900]

Son ve nispeten yakın tarihli görüş olarak ifade edebileceğimiz yeni dönme (dönüşüm) kuramına[1901] göre ise sözleşmeden dönme beyanı, değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanımıdır. Alman hukukunda da oldukça rağbet gören yeni dönme (dönüşüm) kuramına göre dönme, borç ilişkisini geçmişe *(ex tunc)* yahut ileriye etkili *(ex nunc)* olarak sona erdirmez, sadece sözleşmenin içeriğini değiştirir ve böylece artık

---

[1899] Detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.510-511; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1692; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.40 ve s.281 vd.; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.154 ve s.164 vd. Nitekim Buz, anılan görüşler içerisinden aynî etkili dönme kuramını benimsemiştir, bkz. **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.134.

[1900] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.970-971.

[1901] Hukukumuzda oldukça taraftar toplayan yeni dönme (dönüşüm) kuramını benimseyen yazarlardan olarak bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.68 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.233 vd.; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.323 vd.; **Seliçi,** Sürekli Borç, s.210; **Eren,** Borçlar Genel, N.3506. Ayrıca *"BK. md. 358 f. I'e dayandırılan erken fesih (dönme, Rücktritt) kural olarak geriye etkili (ex tunc) olarak sonuçlarını doğurur; ancak yandaşları gittikçe çoğalan yeni dönme kuramına göre, sözleşme hiç yapılmamış gibi ortadan kalkmaz, dönme beyanının müteahhide varmasıyla sözleşme ilişkisi içeriği değişmiş olarak devam eder; tarafların daha önce verdiklerinin geri alınmasına ilişkin alacakları sebepsiz zenginleşmeye değil ortadan kalkan sözleşmeye dayanır…",* nak.: **Tandoğan,** C.II, s.121.

"tasfiye ilişkisi *(Abwicklungsverhältnis)"* ortaya çıkmış olur. Sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan önce yerine getirilmiş edimler, sözleşmeden kaynaklanan bir isteme dayanılarak geri verilir. Geri verme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmayacağı için geri verme yükümlüsü iyiniyetli olsa bile "zenginleşmenin azaldığı" yahut "son bulduğu" şeklinde bir savunmada bulunamaz. Henüz yerine getirilmemiş edimleri isteme olanağı, bir görüşe göre tümüyle ortadan kalkarken; bir diğer görüşe göre borçluya ifadan imtinâ olanağı veren daimî bir def'i hakkı doğar. Yeni dönme (dönüşüm) kuramına göre dönme ile birlikte sözleşme geçmişe *(ex tunc)* yahut ileriye etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kalkmadığı, sadece içeriği itibariyle bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü için sözleşmede taraflarca öngörülmüş; kefalet, cezaî şart, rehin ve benzeri yan (fer'î) borçlar, artık "geri verme borçlarının" teminatı olarak mevcudiyetlerini devam ettirirler.[1902]

"Yapma" ve "yapmama" edimleri açısından ise işin niteliği gereği zaten "geri verme"den bahsetmek mümkün değildir. Artık geri verme yükümlülüğü yerine yapma yahut yapmama edimlerinin objektif piyasa fiyatı esas alınarak bir para ödenecektir.[1903] Doktrinde benzer bir yorumla, esasen iadesi mümkün olan bir edimin sözleşmeden dönülmesinin ardından iadesinin artık imkânsızlaşması hâlinde TBK md.112 (Art.97 OR) yahut TBK md.136 (Art.119 OR) hükümlerinin tatbik edilmesi ve söz konusu edimin parasal karşılığının ödenmesi gerektiği ileri sürülür.[1904]

[1902] Yeni dönme (dönüşüm) kuramına dair detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.502 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3502; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1695.

[1903] Doktrinde Oğuzman ve Öz, tam da bu noktada, yeni dönme (dönüşüm) kuramının bilhassa "yapma" borçları söz konusu olduğunda sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçlarını izah etmekte yetersiz kaldığına dikkat çekmektedir. Yazarlar örnek olarak bir inşaatın yapılması borcu veya bir konserin verilmesi borcunun sözleşmeden dönülmekle tersine döndürülemeyeceğini verirler. Bu soruna bir çözüm olarak bazı görüşler, yapma borçlarının sözleşmeden dönmeyle birlikte imkânsızlaştığından bahisle yerlerini tazminat ödeme borcuna bırakacaklarını ileri sürseler de Oğuzman ve Öz, burada teknik bir ifa imkânsızlığının söz konusu olmadığını, olsa bile bu hâlde borçlunun kusuru neticesinde ortaya çıkmış bir imkânsızlıktan söz edilemeyeceğinden ötürü, TBK md.112 hükmü göz önüne alınırsa, tazminat talep edilmesinin isabetli olamayacağını ifade ederler, bkz. **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1700; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.39.

[1904] **Eren,** Borçlar Genel, N.3508.

Hukukumuzda ileri sürülen ve tartışılan "klâsik kuram", "aynî etkili dönme kuramı", "yasal borç ilişkisi kuramı" ve "yeni dönme (dönüşüm) kuramı"na böylece değindikten sonra belirtmek gerekir ki Anglo-Sakson hukuk sisteminde de yeni dönme (dönüşüm) kuramının esaslarına benzer olarak öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurulmakla birlikte sözleşmenin başka bir boyuta evrileceği, yani sözleşme mevcudiyetinin ortadan kalkmayacağı; ancak tarafların öncelenmiş (erken) dönme anına kadar yerine getirmedikleri edimlerden kurtulacakları savunulmaktadır.[1905] CISG'de ise öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılması neticesinde sözleşmenin sona erdirilmesiyle taraflar, henüz yerine getirilmemiş olan karşılıklı yükümlülüklerinden kurtulur. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi ise CISG md.81 ve devamı hükümlerine istinaden istenebilir ve duruma göre tazminat ödeme yükümlüğü de gündeme gelebilir.[1906]

Sözleşmeden dönme sebebiyle geri verme borçları bakımından ortaya çıkacak tasfiye ilişkisi *(Abwicklungsverhältnis),* TBK'da öngörülmüş değildir. Esasen teknik ve gerçek anlamda bir kanun boşluğu teşkil eden bu durum, doktrinde henüz geri verme gerçekleşmemişken borç konusu şeyin hasara uğraması, yıpratılması, tüketilmesi, devredilmesi ve benzer sebeplerden ötürü iadenin imkânsızlaşması ihtimalinde karşı-edim hasarının ve sorumluluğunun da kanunda düzenlenmesinin gerekli olduğu ifade edilerek eleştirilmiştir.[1907] Eğer geri vermenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden gerçekleştirileceği fikri benimsenirse istenebilecek miktar, davacının fakirleştiği değil; davalının zenginleştiği miktar kadar olmalıdır. Yine geri verme,

---

[1905] **Liu,** Anticipatory Breach, s.123.

[1906] CISG'de "Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Sonuçları"na dair en önemli düzenleme olan CISG md.81 hükmüne göre: *"(1) Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez.*

(2) Sözleşmeyi tamamen veya kısmen ifa eden taraf, sözleşme uyarınca ifa ettiklerinin veya ödediklerinin iadesini karşı taraftan talep edebilir. Her iki taraf da iade borcu altında ise, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir."

[1907] **Serozan,** BK Tasarısı, s.49; **Havutçu,** İfa Engelleri, s.324.

davalının fiil ehliyetine sahip olup olmadığı yahut kusurunun bulunup bulunmadığı hususları değil, iyiniyetli olup olmadığı esas alınarak ve semereler de göz önünde bulundurularak istem anına göre, kural olarak, aynen fakat geri verme konusu elden çıkarılmışsa para olarak sağlanmalıdır.[1908]

Kanaatimizce, hukukumuzda alışılagelmiş "klâsik" dönme hakkının hüküm ve sonuçlarını açıklamaya matuf görüşlerden yeni dönme (dönüşüm) kuramı daha isabetlidir. Kaldı ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin tarihsel olarak ortaya çıktığı Anglo-Sakson hukuk sisteminde ve bugün anılan müessesenin açıkça pozitif hükümlere bağlandığı CISG'de[1909] de yeni dönme (dönüşüm) kuramı esas alınmıştır. Bu hâlde kanaatimizce öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanıldığında da taraflar henüz yerine getirmedikleri edimleri ifa etmekten kurtulur ve daha önce yerine getirdikleri edimlerin iadesini isterler. Yine sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçlarını düzenleyen en önemli hüküm olan CISG md.81 hükmüne göre *"sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez."* İkinci cümleden anlaşıldığı üzere sözleşme ortadan kaldırıldığında [öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanıldığında] bile sözleşme, tasfiye hükümleriyle birlikte ayakta kalmaya devam edecek; diğer bir deyişle tasfiye, bizzat ortadan kaldırılan sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilecektir.

[1908] **Ertaş,** Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshi, s.394-395.
[1909] Bkz. CISG md.71, md.72 ve md.73.

G. Tazminat Hakkı

1. Genel Olarak

Haklı bir sebebe istinaden sözleşmeden dönme hakkına başvuran tarafın, kusurlu karşı taraftan ne tür zararlarının giderimini talep edebileceği esasen ihtilâflı bir meseledir. Alacaklının öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurduğunda, müspet yahut menfî zararının tazminini isteyip isteyemeyeceği de incelenmesi gereken bir husustur.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanıldığında tazminat davası da işin niteliği gereği hemen hemen çoğu durumda "edimin henüz muacceliyet kazanmasından önce" açılacaktır. Oysa Yargıtay, alacak davası açılırken edim henüz muacceliyet kazanmamışsa borcu talep hakkı doğmadığından ötürü davanın reddedilmesi gerektiği görüşündedir. Hatta Yargıtay'ın bazı kararlarında davaya konu edilmiş alacağın yargılama devam ederken muacceliyet kazanmasının bile bu durumu değiştirmeyeceğinin, yine de davanın reddedilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.[1910] Ancak kanaatimizce muacceliyet, bir dava şartı olarak değerlendirilmemelidir, yani borç henüz muaccel olmasa bile davaya konu edilebilmeli, yargılama sürmeli, bu esnada borç muacceliyet kazansın ya da kazanmasın hâkim, esasa dair bir karar verebilmelidir. Nitekim Yargıtay bir başka kararında *"...hukuki yarar bir dava şartıdır (HMK. m. 114/1-h). Ne var ki, bir dava şartı noksan olmasına rağmen esasa girilmiş ve dava sırasında o dava şartı noksanlığı ortadan kalkmış ise, hüküm anında bütün dava şartları tamam olduğundan, davanın esası hakkında karar verilmelidir. Diğer bir anlatımla; dava, bir dava şartının başlangıçta noksan olduğu*

[1910] İlgili Yargıtay kararına göre: *"Muacceliyet koşulu olarak nitelenebilecek olan tescil keyfiyeti dava açıldıktan sonra gerçekleşmiştir. Oysa açılacak bir dava ile dava tarihinde muaccel olan BK. anlamında hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilen (BK. md. 79) bir alacak dava edilebilir. Dava açıldığı tarihte muaccel olmayan alacağın tahsiline karar verilemez. Mahkemenin bu hukuki esası nazarı itibare almadan dava tarihinde muaccel olmayan alacağın tahsiline karar vermiş olması hatalıdır. Alacağın yargılama sırasında muaccel olması bu hukuki durumu değiştirmez."* **[Yargıtay 6.HD, E.1988/15143, K.1988/3090, T.01.03.1988,** www.legalbank.net].

gerekçesiyle usulden reddedilemez…Davanın açıldığı tarihte noksan olan dava şartı, hükmün verildiği tarihte mevcuttur. Hal böyle olunca, mahkemece, dava şartı noksanlığının ortadan kalktığı gözetilerek, davanın esasının incelenmesi ve ulaşılacak sonuca göre uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır."[1911] diyerek nispeten daha isabetli bir yaklaşım sergilemiştir. İşte bu yaklaşımdan hareketle, daha da isabetli bir yorum olarak şunu ifade etmek mümkündür: Öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanıldığında henüz muacceliyet gerçekleşmemiş (vâde gelmemiş) olsa bile alacaklı, zararlarının tazmini için bir dava açabilmelidir, hâkim böyle bir davayı dava şartı noksanlığı gerekçesiyle usûlden reddetmemelidir. Davanın esası görülürken ortadan kaldırılan sözleşmenin vâdesi gelse de gelmese de bir tazminat hesaplanmalı ve hüküm kurulabilmelidir. Kanaatimizce dava açılırken veya devam ederken edimin muacceliyet kazanması tamamen bir maddî hukuk problemi olduğundan ötürü davayı etkilemez. Usûl hukukumuzda "muacceliyet" diye bir dava şartı söz konusu değildir. Kaldı ki muacceliyeti bir dava şartı olarak kabul etmek için "hukukî yarar" argümanı da kullanılmaya müsait değildir. Edimin henüz muacceliyet kazanmamış olması, "Dava Şartları" madde başlıklı HMK md.114/1 hükmünün (h) bendindeki *"davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması"* cümlesine altlanmamalıdır, zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden kullanılacak öncelenmiş (erken) dönme hakkı neticesinde talep edilebilecek zararlar, "muacceliyet" noktasından hareketle hesaplanmayacak, aşağıda inceleyeceğimiz üzere farklı usûllerle belirlenecek ve tazminine hükmedilebilecektir.

[1911] **Yargıtay 3.HD, E.2016/22416, K.2018/11055, T.06.11.2018,** www.legalbank.net.

2. Türk Hukuku Bakımından

a. Müspet ve Menfî Zarar İstemlerinin Değerlendirilmesi

Hukukumuzda "zarar *(Schaden)*"; TBK md.53 (Art.45 OR) ve TBK md.54 (Art.46 Abs.1 OR) hükümlerinde maddî, TBK md.56 (Art.47 OR) ve TBK md.58 (Art.49 OR) hükümlerinde manevî zarar olarak, TBK md.53/3 hükmünde doğrudan ve dolaylı zarar olarak, yine doktrinel bir yaklaşımla yansıma yoluyla zarar, normatif zarar olarak muhtelif tasniflerle ifade edilmektedir.[1912] Ancak çalışmamızda önem arz eden tasnif, sözleşme hukuku bakımından anlam ifade eden, başka bir deyişle "sözleşmelere mahsus maddî zarar" çeşitleri olarak nitelendirebileceğimiz müspet[1913] ve menfî zarardır. Genel anlamıyla maddî zarar ise kişinin iradesi hâricinde malvarlığında oluşan eksilmeden ibarettir.

Alacaklının sözleşmeden dönmekle birlikte ayrıca bir tazminat isteyebilmesi için borçlunun kusuru zorunludur. Ancak elbette borca aykırılığa dair genel bir düzenleme olan TBK md.112 (Art.97 OR) hükmündeki *"…borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe…"* ibareleriyle tarif edilen "borçlu aleyhine kusur karinesi" dolayısıyla hiçbir kusurunun olmadığını borçlu ispat etmek mecburiyetindedir. Yargıtay birtakım kararlarında, tazminat talep edebilmek için kişinin "hiçbir kusurunun bulunmaması gerektiğine" hükmetmektedir.[1914] Sözleşmeye dayanan sorumluluk

---

[1912] Hukukumuzda "zarar" ile ilgili olarak detaylı açıklamalar için bkz. **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.339 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.423 vd. ve s.638-639; **Oğuzman/Öz,** C.II, s.38 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.446-447; **Reisoğlu,** s.170 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.545 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.454 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.232; **Ayan,** Borçlar Genel, s.320 vd.; **von Tuhr,** s.383 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.391 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.597 vd.; **Nomer,** s.181 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.130 vd.; **İnan/Yücel,** s.399 vd.; **Aybay,** s.90-91; **Akıntürk/Ateş,** s.90-91; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.192-193; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.215 vd.; **Yıldırım,** s.167-168; **Ozanemre Yayla,** s.260-266; **Yavuz,** s.222 vd.

[1913] Müspet zarar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Okumuş, Selmani:** Müspet Zarar, Ankara 2022.

[1914] Anılan tespitlere dair bir Yargıtay kararına göre: *"Yüklenici tamamen kusursuz olduğunu ispat etmedikçe menfi zararını isteyemeyecektir…"* **[Yargıtay 23.HD, E.2016/4729, K.2017/747, T.09.03.2017,** www.legalbank.net]. Bu konudaki bir başka Yargıtay kararına göre ise *"Tazminat borcunun doğması için temel koşul "kusur" olduğundan, tazminat isteyen tarafın "kusursuz" olması gerekir. Bir tarafın "az kusurlu", diğer tarafın "çok kusurlu" olmasının bir önemi yoktur. Az kusurlu olan taraf da sözleşmenin bozulmasına kusuruyla sebebiyet vermiş sayılacağından tazminat isteyemez. Bu gibi durumlarda feshe taraflar "ortak kusuru" ile sebebiyet vermiş olacaklarından tazminat istenemez ve sözleşmenin tasfiyesi gerekir."* **[Yargıtay 23.HD, E.2015/4159, K.2015/6432, T.09.10.2015,**

hukukunda TBK md.114/2 (Art.99 Abs.3 OR) hükmünün atfıyla uygulanan[1915] TBK md.52/1 (Art.44 Abs.1 OR) hükmü gereğince bir zararın meydana gelmesinde alacaklının müterafik (birlikte) kusuru da rol oynamışsa, sırf bu sebep, tazminattan indirime gidilmesine yol açar. Lâkin üçüncü bir kişinin veya alacaklının ağır kusuru yahut mücbir sebep, sözleşmeye aykırılık ile meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet bağını kesiyorsa, artık hiçbir tazminat istenemez. Doktrinde tanımlanageldiği üzere mücbir sebep, borçlunun işletmesi veya faaliyet sahası hâricinde ortaya çıkıp da borcun yerine getirilmesini kesin biçimde engelleyen, öngörülemez ve öngörülebilse bile kaçınılamaz olağanüstü bir vâkıadır. Bu türden vâkıaların sel, yangın, heyelan, çığ, fırtına, yıldırım düşmesi, don, deprem ve benzeri tabiî kaynakları olabileceği gibi hükûmet darbesi, ihtilâl, isyan, grev veya savaş hâli ve benzeri siyasî-sosyal kaynakları yahut ambargo tabir edilen ihrâcat ve ithâlat yasakları, üretim veya satış kota sınırlandırmaları ve benzeri hukukî kaynakları olabilir.[1916] Bunun yanı sıra "mücbir sebep" ve "beklenmedik (umulmayan) hâl" müesseselerinin tümüyle özdeş mefhûmlar olduğunu ileri süren bir fikre[1917] karşı, bunların tanımı ve hüküm ve sonuçları itibariyle tamamen farklı müesseseler olduğu, mücbir sebepten farklı olarak beklenmedik (umulmayan) hâle sebebiyet veren vâkıaların borçlunun işletmesi veya faaliyet sahası dâhilinde ortaya çıkabileceği,[1918] beklenmedik (umulmayan) hâlin her durumda sözleşmeye aykırılık ile zarar arasındaki uygun illiyet bağını kesmeyebileceği ifade edilir.[1919]

Tazminat ile kusur, mücbir sebep ve beklenmedik (umulmayan) hâl arasındaki ilişkiye değindikten sonra belirtmek gerekir ki sözleşmeden dönmenin yanı sıra ileri

---

www.legalbank.net].

[1915] **Eren,** Borçlar Genel, N.3335.

[1916] **Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre:** Sorumluluk Hukuku, (çev.: Salim Özdemir), Kadıoğlu Matbaası, Ankara 1983, s. 35 vd.; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.464; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.818; **Eren,** Borçlar Genel, N.1733; **Petek,** s.323.

[1917] Anılan görüşü savunan yazar olarak bkz. ve karş. **Gözübüyük, A. Pulat:** Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Kazancı Yay., Ankara 1977, s.24.

[1918] **Petek,** s.329.

[1919] **Eren,** Borçlar Genel, N.1731.

sürülen tazminat istemi, muaccel hâle gelmesinden yani sözleşmeden dönmenin etkili olup da hüküm ve sonuçlarını meydana getirdiği ândan başlayarak on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.[1920]

Doktrinde borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının yanı sıra menfî zararının giderilmesini de talep edebileceği noktasında bir tereddüt olmamakla birlikte müspet zararı isteyip isteyemeyeceği ihtilâflıdır. Doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay uygulaması, sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında müspet zararın talep edilemeyeceği yönündedir.[1921] Buna karşın sözleşme ilişkisinin geçerli bir şekilde sürdürüldüğü durumlarda ise menfî zararın giderilmesi -hile ve korkutmaya istinaden sözleşmenin iptal edilmesi ayrıksı hâli hâriç- istenemez.[1922] İşte anlaşıldığı üzere hem müspet hem de menfî zararın bir arada giderilmesinin istenebilme olanağı yoktur. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş ise sözleşmeden dönme durumunda da müspet zararın giderilmesinin istenebileceğini ileri sürmektedir.[1923]

[1920] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.599; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.275; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.301; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1707; **Eren,** Borçlar Genel, N.3519.

[1921] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.522; **Eren,** Borçlar Genel, N.3521; **Ergüne, Mehmet Serkan:** Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.70 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.341; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1705 ve bilhassa N.1710; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.66; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.39 vd. Bu hususta Yargıtay'ın tutumunu gösteren oldukça açıklayıcı bir karara göre ise: *"Olumsuz zarar; dayanağını 818 sayılı BK'nın 108/2. madde (TBK 125/3.) hükmünden almakta olup, sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır. Doktrinde hakim olan görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar, genel bir anlatımla hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Olumsuz zarar, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmeden dönen alacaklının haklı olması halinde, kusurlu borçludan isteyebileceği zarardır. Müspet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır. Diğer bir ifadeyle müsbet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar şeklinde de tanımlanabilir."* **[Yargıtay 23.HD, E.2015/4159, K.2015/6432, T.09.10.2015,** www.legalbank.net].

[1922] **Ergüne,** s.62.

[1923] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.971; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.591-599; **Ergüne,** s.260-269. Doktrinde azınlıkta kalan görüş altında konumlandırabileceğimiz Sanlı'ya göre bir borca aykırılık hâlinde menfî zararın istenebilmesinin ekonomik analiz açısından manası yoktur. Menfî zarar

Doktrinde sıkça "güven zararı *(Vertrauensschaden)*" tabir edilen menfî zararın içeriğine, sözleşmenin geçerli bir biçimde akdedildiği hususunda hissettirilen güven ile uygun illiyet bağı dâhilinde düşünülebilecek zararlar girmektedir.[1924] *"Sözleşmenin kurulmasına veya geçerliliğine yahut ifasına ilişkin olarak karşı tarafta doğrudan doğruya uyandırılan güvenin boşa çıkması"* sebebiyle, güvenen tarafın malvarlığında, sözleşmenin kurulmaması veya kurulmasına rağmen geçersiz olması dolayısıyla ortaya çıkan eksilme menfî zarardır.[1925] Doktrinde *Ergüne*'ye göre, *"güvenilen sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri yapılmasaydı uğranılmayacak olunan zarar"* biçimindeki tanım menfî zarar için isabetlidir.[1926] Yargıtay'ın teşbihe başvurduğu tanımlayıcı bir kararına göre ise *"...menfi zarar, genel bir anlatımla hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Olumsuz zarar, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmeden dönen alacaklının haklı olması halinde, kusurlu borçludan isteyebileceği zarardır. Müspet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır."*[1927] Son bir tanıma göre ise TBK md.125/3 (Art.109 OR)

---

istemi, sadece sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmadığı durumlarda etkili bir hukukî enstrüman olabilir. Borca aykırılığa mâruz kalmasına rağmen borçlunun tutum ve/veya davranışları yüzünden bir türlü aynen ifa isteminde bulunamayan alacaklının sözleşmeden dönüp "müspet zararının" giderilmesini isteyebilecek olması, ekonomik bakımından daha etkili bir çözüm olacaktır, bkz. **Sanlı,** s.593 vd. ve bilhassa s.636.

[1924] **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.794; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.284; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.240; **Eren,** Borçlar Genel, N.3512; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1706; **Ergüne,** s.41.

[1925] **Ergüne,** s.39-40.

[1926] **Ergüne,** s.42. Yazarın deyişiyle *"olumsuz zarar her zaman dar anlamda güven zararı niteliğinde olmayabilir geçerli şekilde kurulmuş sözleşmenin devam edeceği yönünde uyandırılan güvenin borçlu davranışıyla boşa çıkması halinde alacaklının sözleşmeden dönmesi üzerine talep edebileceği zarar sözleşmenin geçerli olacağına ilişkin uyandırılan güven ile nedensellik bağı içinde bulunduklarından değil bu sözleşme hiç yapılmasaydı söz konusu mal varlığı kayıplarının da olmayacak olmaları sebebiyledir."* nak.: **Ergüne,** s.49. Yine yazarın deyişiyle *"fark teorisine göre, güven uyandırılan kişinin malvarlığının, sözleşmenin hiç kurulmaması ya da geçerli olmaması nedeniyle bulunduğu fiilî durum ile yaratılan güven boşa çıkmasaydı malvarlığının arz edeceği farazî durum arasındaki fark olumsuz zarardır."* nak.: **Ergüne,** s.41.

[1927] **Yargıtay 23.HD, E.2015/4159, K.2015/6432, T.09.10.2015,** www.legalbank.net.

hükmü anlamında menfî zarar; borçlunun temerrüdüne istinaden sözleşmeden dönülmesi sebebiyle mâruz kalınan zarardır. Sözleşmeden dönme hakkını kullanan taraf, fiilî zararını ve yoksun kaldığı kârını isteyebilir.[1928] Somutlaştırmak gerekirse menfî zararın bir kolunu oluşturan fiilî zararların *(damnum emergens)* dâhiline; sözleşmenin akdedilmesi amacıyla yapılan harcamalar (noter, pul, haberleşme, ve benzeri hazırlık evrakı, müzâkere için seyahatler), edimin ifa edileceği umuduyla sarf edilen depo kiralamak gibi giderler, borçluya edimi karşılığında ödenecek paranın bir üçüncü kişiden ödünç alınması sebebiyle yapılan ödemeler, ihtar çekme, ek süre (mehil) tâyin etme, sözleşmeden dönme, dava açma veya takibe girişme masrafları, bunlar için anlaşılan avukatın vekâlet ücreti gibi pek çok kalem girer. Hatta sayılan kalemlere ilâveten alacaklının tasfiye ilişkisi içerisinde borçludan daha önce almış olduğu edimi iade etmek, karşı-edimi geri almak için yaptığı harcamalar ve üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmelerden kaynaklanan taahhütlerini sözleşmeden dönme sebebiyle yerine getirememesi dolayısıyla bu kimselere ödemek mecburiyetinde kaldığı tazminat, cezaî şart, hatta sözleşmeden dönülmeyip de borçlu edimi zamanında ifa edemeseydi bundan iktisap edeceği tabiî semerelerle, faiz ve benzeri hukukî semereler dahi menfî zarar kapsamında sayılabilir.[1929]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bağlamında bir çıkarımda bulunmak gerekirse: Yukarıda etraflıca değindiğimiz zarar kalemlerinin öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanıldığında da talep edilebilmesi mümkündür. Örnek vermek gerekirse öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvuran alacaklının, sözleşmenin yerine getirileceğine güvenerek üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmeler yüzünden ödemek zorunda kaldığı bedeller, öncelenmiş (erken) dönmeyle birlikte muacceliyet kazanacak

[1928] **Eren,** Borçlar Genel, N.3512 ve N.3515 vd.
[1929] **Eren,** Borçlar Genel, N.3515; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.243-245.

ve alacaklı bu bedelleri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren, bizzat kendi borçlusundan menfî zarar tazminatı kapsamı dâhilinde isteyebilecektir.[1930]

Sözleşmeden dönme sebebiyle istenebilecek menfî zararın diğer bir kolunu oluşturan yoksun kalınan kârın *(lucrum cessans)* kapsamına ise alacaklının borçlu hâricindeki kişilerle akdetme fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden elde edebileceği muhtemel veya farazî kazançlar girmektedir.[1931]

Hayatın olağan akışı içerisinde akdî sorumluluk sahasında müspet zarar, hemen her durumda menfî zarardan fazladır. Ancak bu bir zorunluluk olmadığından menfî zarar, müspet zarar miktarını aşabilir, yani bununla sınırlı değildir.[1932] Hatta birtakım zarar kalemleri gerek müspet gerekse menfî zarar dâhilinde istenmeye müsaittir. Örneğin borçlunun taahhüt ettiği edimi yerine getirmemesi sebebiyle düzenlenen ihtar veya açılan dava giderleri ile borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle alacaklının akdî ilişki içerisinde olduğu üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezaî şart ve tazminatlar böyledir. Yine müspet zarar dâhilinde talep edilen yoksun kalınan kâr karşılandığında, menfî zarar dâhilindeki fiilî zararlar da karşılanmış olabilir.[1933]

Sözleşme ilişkisinin ortadan kaldırılmasında istenebilecek tazminatın dürüstlük kuralına göre tâyin edilmesi gerekliliği de hem doktrinel anlamda hem de Yargıtay uygulamasında göze çarpmaktadır. Nitekim kanunda açık bir düzenleme mevcut değilken (bir kanun boşluğu söz konusuyken) sözleşmenin ortadan kalkması hâlinde ne tür zararların giderilmesinin istenebileceği hususunda önceden sınırlayıcı bir sayım yapmak yahut kalıplar ortaya atmak isabetli sayılmaz.[1934] Bir Yargıtay kararına göre:

[1930] **Cumalıoğlu,** s.230.
[1931] **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.794; **Eren,** Borçlar Genel, N.3516; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.249; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.289; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1285; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.584; **Ergüne,** s.59.
[1932] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1281; **Ergüne,** s.353 vd.; **Buz,** Sözleşmeden Dönme, s.278; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.298; **Eren,** Borçlar Genel, N.3522.
[1933] **Ergüne,** s.61.
[1934] **Cumalıoğlu,** s.231.

"…Ord. Prof.Dr. Andreas B. SCHWARZ`ın (Medeni Kanunun 2. maddesi ile Borçlar Kanunu`nun 106-108. maddelerine ilişkin) görüşü de; özetle şöyledir: I - Mk. 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumi esaslar Kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir. (Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1946, Sh. 203 vd.) II - MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakimin, her hadisede "fesihin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir. (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül`ula Mardin`e Armağan, İstanbul 1944, Sh. 759 vd)…"[1935] İşbu karar, esasen hukukî niteliği itibariyle eser sözleşmesi sayılabilecek bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin bizzat kendi kusuru sebebiyle olsa bile belirlenen vâdede işi tamamlayamayıp temerrüde düşmesi durumunda, somut olayın özelliği ve koşulları haklı kılıyorsa, dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin sona erdirilmesinin dönme hakkıyla değil de ortada sanki bir sürekli edimli borç ilişkisi varmış gibi ileriye etkili *(ex nunc)* olarak, yani fesih hakkıyla mümkün olabileceği, nihayetinde işsahibinin menfî zararla yetinmek zorunda bırakılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Eğer Yargıtay'ın *Schwarz*'a dayandırdığı "dürüstlük kuralının tashih edici etkisi" gözetilmeseydi[1936] eser

[1935] **Yargıtay İBGK, E.1983/3, K.1984/1, T.25.01.1984,** www.legalbank.net.

[1936] Katılmamakla birlikte Yargıtay'ın "dürüstlük kuralının tashih edici etkisini" göz ardı ettiği ve sözleşmeden dönme hakkını kullanan tarafın tümüyle haklı olmasına rağmen sadece menfî zararının giderilmesini isteyebileceği, müspet zararını ise isteyemeyeceği yönünde kararları da mevcuttur. Elbette bu yöndeki kararlar ana metinde değindiğimiz Yargıtay İBGK'sı ile çelişmektedir. Anılan kararlardan birine göre: *"…Olumlu zarar, tamamen haklı olan tarafın sözleşmeden tamamen haksız olarak dönen taraftan isteyebileceği tazminatın konusunu oluşturup, olumlu zarar kapsamında kalan zararları, sözleşmeden dönen tarafın tamamen haklı dahi olsa isteyebileceği alacak kalemlerinden değildir. Sözleşmeden dönmenin bir başka sonucu olan olumlu zararın tazmininde; tazminat isteyen kişi hem*

sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü hâlinde işsahibi sözleşmeden döndüğünde sadece -kalıpçı bir yaklaşımla- menfî zararının giderilmesini isteyebilecekti.

TBK md.98/2 (Art.83 Abs.2 OR) hükmündeki sözleşmeden dönme, TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmünden farklı surette kural olarak, alacaklıya bir tazminat isteme olanağı sağlamaz; zira TBK md.98 hükmünde söz konusu olan borçlu, esasen borcuna aykırı davranmamıştır.[1937] Alacaklı olsa olsa borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmek bakımından bir kusuru mevcutsa TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne istinaden zararlarının tazminini isteyebilir.[1938] Daha önce çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik görünümü olan borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini kesin surette beyan etmesi şeklindeki, sözleşmedeki güven esasını yıkan tavrı karşısında alacaklının bir ek süre (mehil) tâyin etmeksizin[1939] sözleşmeden dönüp ayrıca tazminat isteyebileceği doktrinde ifade edilmektedir.[1940]

b. Gecikme Tazminatı, Temerrüt Faizi ve Munzam (Aşkın) Zararın Değerlendirilmesi

Gecikme tazminatı TBK md.118 (Art.103 Abs.1 OR) hükmünde, temerrüt faizi TBK md.120-121 (Art.104-105 OR) hükümlerinde ve nihayetinde munzam (aşkın) zarar TBK md.122 (Art.106 OR) hükmünde düzenlenmiş olup anılan üç müessesenin ortak noktası, TBK'da "Borçlu Temerrüdünün Hükümleri" başlığı altına yerleştirilmiş olmasıdır. Anlaşılacağı üzere anılan müesseseler, yalnızca borçlu temerrüdüne özgü

---

sözleşmeden dönen taraf olmamalı ve hem de kusuru bulunmamalı; tam aksine, karşısındaki kişi hem sözleşmeden dönen taraf ve hem de dönmede kusurlu olmalıdır…" **[Yargıtay 23.HD, E.2015/4159, K.2015/6432, T.09.10.2015,** www.legalbank.net].

[1937] **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 6 N.26; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 6 N.26; **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.74; **Eren,** Borçlar Genel, N.3132.

[1938] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4004.

[1939] Tıpkı karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde TBK md.124 hükmündeki durumlardan biri mevcutsa alacaklının ek süre (mehil) tâyin etmeksizin TBK md.125/3 hükmüne istinaden sözleşmeden derhâl dönebilmesinde olduğu gibi.

[1940] **Serozan,** Yürürlükteki İfa Engelleri, s.37. Oysa TBK md.473 hükmünde işsahibine sözleşmeden öncelenmiş (erken) dönme hakkı tanınmış olmakla birlikte ayrıca bir tazminat istenip istenemeyeceği doktrinde ihtilâflıdır.

hüküm ve sonuçlardandır. Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde henüz muacceliyet ânı bile gelmediğinden borçlu temerrüdü gerçekleşmez ve dolayısıyla gecikme zararından, temerrüt faizinden yahut munzam (aşkın) bir zarardan söz etmek de mümkün olmaz.

TBK md.122 hükmünde öngörüldüğü üzere munzam (aşkın) zarar, mütemerrit borçludan istenebilecek ve alacaklının mâruz kaldığı, temerrüt faizini dahi aşan zararıdır.[1941] Alacaklının işbu zarar kalemini isteyebilmesi bakımından borçlunun kusurlu bir biçimde[1942] para borcunu yerine getirmekte[1943] mütemerrit olması ve

---

[1941] Munzam (aşkın zarar) hakkında isabetli bir Yargıtay kararına göre: *"...borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü (BK.md.105. maddesi), asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur. Munzam zarar bu hukuki niteliği ve karakteri itibariyle, asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibi veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması halinde dahi (BK. md.105/2. maddesi) takip veya davanın konusuna dahil bir borç olarak da kabul edilemez. Hal böyle olunca, asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada munzam zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazi kayıt dermeyanına da gerek bulunmamaktadır. Ayrı bir dava ile on yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesi mümkündür…"* **[Yargıtay HGK, E.2003/15-302, K.2003/330, T.07.05.2003,** www.legalbank.net]. Bu karara dair değerlendirmeler için bkz. ve karş. **Havutçu,** İfa Engelleri, s.322-323.

[1942] **Zeytinoğlu, Emin:** "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar", İTÜSBD 2005, C.4, S.8, ss.223-263, s.256; **Altaş, Hüseyin:** "Munzam Zararda İspat Sorunu", AÜHFD 2001, C.50, S.1, ss.121-129, s.123. Ayrıca bir Yargıtay kararına göre: *"...Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Başka bir anlatımla, temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar biçiminde tanımlanabilir… Munzam zarar alacaklısı; öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını; bu alacağının geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını ve miktarını; zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmek, zararın ortaya çıkışını belirleyen inandırıcı hükme esas tutulabilecek nitelikte maddi olguları da açıklamakla yükümlüdür. Borçlu, ancak temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlamakla sorumluluktan kurtulabilir. Buradaki kusursuzluk, temerrüde düşmekteki kusursuzluktur. Yoksa, temerrüde düştükten sonraki aşamada gelişen olaylarda (yargılamanın uzaması vs.)aranan bir kusur değildir. Sorumluluk için borçlunun temerrüde düşmekteki kusurunun varlığı asıldır…"* **[Yargıtay 3.HD, E.2007/13484, K.2007/17980, T.27.11.2007,** www.legalbank.net]. Doktrinde Serozan'ın konuya dair isabetli deyişleriyle: *"Para edimlerinde soyut ve götürü bir 'en az zarar kalemi' oluşturan 'temerrüt faizi'ni aşan 'munzam zarar', sözgelişi kovuşturma giderleri, üçüncü kişilere ödenmesi gerekli kredi faizleri ve tazminatlar ayrıca tazmin edilir. Yalnız, anaparaya ve temerrüt faizine eklenen bu 'küçük tazminat' için borçlunun kusuru aranır. (BK 105)… Şu da var ki para borçlusu için gecikmede kusursuzluk kanıtını getirme hemen hemen olanak dışıdır. Mirasçı sıfatıyla borçlu olduğunu ya da temsilcinin kendisini borçlandırdığını bilmeme gibi pek az karşılaşılacak özel talihsizlik veya bilgisizlik olaylarında söz konusu olabilir. Bu bakımdan, temerrüde düşmüş para borçlusu için, temerrüt faizi dışında munzam zararın tazmininden kurtuluş yok gibidir.",* nak.: **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, s.222; **Serozan/Baysal/Sanlı,** s.308.

[1943] Ancak doktrinde Serozan'a göre munzam (aşkın) zarardan söz edilebilmesi için muhakkak para borcunun mevcut olması zorunlu değildir, başka bir deyişle para hâricindeki edimler bakımından da munzam (aşkın) zarar meydana gelebilir, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.8; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.8.

"temerrüt" ile alacaklının mâruz kaldığı "temerrüt faizini dahi aşan zarar" arasında uygun bir nedensellik ilişkisinin mevcut olması zorunludur.[1944]

Bilindiği üzere gecikme tazminatı, mütemerrit borçludan istenebilecek ilk sıradaki ve olağan tazminattır. Borçlu temerrüdünün genel hüküm ve sonuçlarından olan gecikme tazminatı sayesinde temerrüt gerçekleşmeseydi alacaklının içinde bulunacağı ekonomik hâl ile temerrüt sebebiyle hâlihazırda içinde bulunduğu hâl arasındaki fark giderilir, durumun eski hâline döndürülmesi *(restitutio in integrum)* amaçlanır. Gecikme tazminatının dâhiline bilhassa alacaklının temerrüt sebebiyle yapmak zorunda kaldığı harcamalar, varsa edimin değerindeki azalmalar, mahrum kalınan kâr girmektedir. Yine TBK md.118, md.119 ve md.122 hükümlerinin lafzına bakıldığında borçlunun temerrüde düşmekte hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe gecikme tazminatından, beklenmedik (umulmayan) hâlden ve munzam (aşkın) zarardan sorumlu tutulduğu anlaşılır.[1945] Dolayısıyla her üç zarar türünden sorumluluk da borçlu temerrüdünün "kusura dayanan" hüküm ve sonuçlarından olduğuna göre hiçbir kusurun gerekmediği/aranmadığı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ve bunun sonuçlarından olan öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılması hâllerinde bu zararların giderilmesi

---

[1944] Doktrinde munzam (aşkın) zararın hukukî niteliğinin esasen müspet zarar olduğu görüşünü savunan görüşler için bkz. ve karş. **Ayrancı, Hasan:** Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105), Ankara 2006, s.116; **Aydemir, Efrail:** Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Ankara 2013, s.49. Doktrinde munzam (aşkın) zararın hukukî niteliğine dair bunun müspet yahut menfî zarar olduğunu belirtmeye gerek olmadığı, aslında özel bir tazminat türüne işaret eden munzam zararın bazen müspet bazen de menfî zarar kalemi dâhilinde olabileceğini savunan görüşler için bkz. ve karş. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4686; **Albaş, Hakan:** Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105), Ankara 2004, s.116. Yargıtay ise munzam (aşkın) zararı müspet zarar olarak ele almaktadır. Bkz. *"...BK.`nun 105. maddesinin kenar başlığında ve metninde temerrüt faizini aşan bu müspet zararı ifade etmek için "munzam zarar" deyimi kullanılmıştır..."* **[Yargıtay HGK, E.1996/5-144, K.1996/503, T.19.06.1996,** www.legalbank.net]; *"...Yasada, geçmiş günler faizini aşan zararın türü ve niteliği konusunda bir açıklık yoksada, buradaki zararın hukukumuzdaki müsbet zarar tanımlamasıyla eşdeğer olduğu kuşkusuzdur..."* **[Yargıtay 13.HD, E.1996/9985, K.1997/810, T.13.02.1997,** www.legalbank.net]

[1945] Gecikme tazminatı, beklenmedik (umulmayan hâl), munzam (aşkın) zarar konularında detaylı ve farklı farklı açıklamalar için bkz. **İnan/Yücel,** s.620 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.672 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.451 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.519 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.915 vd.; **Reisoğlu,** s.371 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.920 vd.; **Feyzioğlu,** s.242 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.922 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.338 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.470 vd.; **von Tuhr,** s.614 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.896 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.1246 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.280 vd.; **Nomer,** s.425 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.460 vd.; **Yavuz,** s.408 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.131 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.329 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.317 vd.; **Yıldırım,** s.281 vd.; **Aybay,** s.147 vd.

borçludan istenemeyecektir. Fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde borçludan bir gecikme tazminatı istenemeyecek olması, gecikme tazminatının dâhilinde olan alt zarar kalemlerinden bazılarının (örneğin mahrum kalınan kâr), öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılmasına ilâveten istenemeyecek olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvuran alacaklı, TBK md.118 hükmünde açıkça borçlu temerrüdünün kusura dayanan özel bir sonucu olduğu öngörülen "gecikme tazminatını" talep edemeyecek olsa da işbu tazminatın dâhilinde bulunan âdeta bir alt zarar kalemi tabir edebileceğimiz "mahrum kalınan kâr"ı yahut öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle edimin değerinde bir azalma meydana gelmişse bunun giderilmesini "tazminat" adı altında elbette isteyebilmelidir.[1946]

c. Cezaî Şartın Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere cezaî şart *(die Konventionalstrafe)*, malvarlığı olarak bir değer arz eden "asıl alacak hakkını" kuvvetlendiren ve geçerli bir şekilde mevcudiyetini sürdürmesi de yine asıl alacak hakkına bağlı olan, keza bu nedenle de "fer'î (yan) hak" tabir edilen bir alacaktır.[1947] Asıl alacak hakkının borcu sona erdiren ifa, ibra, takas, yenileme, birleşme ve benzeri sebeplerle sona ermesi hâlinde fer'î bir hak olması dolayısıyla cezaî şart da ortadan kalkar. Nitekim aynı gerekçelerle asıl borca karşı ileri

---

[1946] **Cumalıoğlu,** s.233.

[1947] "Cezaî şart" müessesesine dair detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. **Eren,** Borçlar Genel, s.1335 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.535 vd.; **Nomer,** s.540 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.853 vd.; **Reisoğlu,** s.455 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.341 vd.; **Feyzioğlu,** s.388 vd.; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.1006 vd.; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.376 vd.; **Ayan,** Borçlar Genel, s.113 vd.; **von Tuhr,** s.763 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.997 vd.; **Hatemi/Gökyayla,** s.376 vd.; **Ozanemre Yayla,** s.575 vd.; **Yavuz,** s.526 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.387 vd.; **Akkurt/Erdoğan/Tokat,** s.323 vd.; **Yıldırım,** s.345 vd.; **Aybay,** s.184 vd; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu,** s.475 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.703 vd.; **İnan/Yücel,** s.564 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.163 vd. Cezaî şart ile ilgili TBK md.179 ve devamındaki hükümler, hukukî niteliği itibariyle emredici olmasa da hâkimin aşırı cezaî şartı indirmesini öngören TBK md.182/3 hükmü emredicidir. Keza Yargıtay, yerleşik içtihatlarında tacirin malî bakımdan mahvına sebebiyet verecek cezaî şartın "ahlaka ve adaba aykırılık" gerekçesiyle tenkisinin istenebileceği yönünde hükümler kurmuştur. Bu hususta bkz. **Yargıtay HGK, E.1970/T-1053, K.1974/222, T.20.03.1974,** nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.358, dn.20d. Ayrıca yine bu hususta bir Yargıtay kararına göre: *"...TTK'nın 24. maddesinde "Tacir sıfatına haiz borçlu, Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrası ile 161. maddesinin 3. fıkrasında ve 409. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez" hükmü vardır. Ne var ki, borçlu tacir olsa bile cezai şart iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir..."* **[Yargıtay 19.HD, E.2006/10269, K.2007/3205, T.30.03.2007,** www.legalbank.net]

sürülebilen itirazlar, cezaî şart bakımından da ileri sürülebilir.[1948] Fakat cezaî şartın fer'î hak olma niteliği, muacceliyet kazanana dek sürer. Muaccel olan cezaî şart, artık bağımsız bir borç hâline gelir. TBK md.180/1 (Art.161 Abs.1 OR) hükmünden hareketle ifade edilebilir ki alacaklı, cezaî şartın ifasını isteyebilmek için herhangi bir zarara uğramak zorunda olmadığı gibi zarara uğramışsa bunu ispat etmek zorunda da değildir. Ancak kararlaştırılan cezaî şart bedelinin ötesinde bir zarara mâruz kalan alacaklı, bu munzam (aşkın) zarara borçlunun kusuruyla sebebiyet verdiğini yani zarar ile borçlunun kusurlu davranışları arasında uygun bir illiyet bağı bulunduğunu ispatladığı ölçüde isteyebilir.[1949]

TBK md.179 (Art.160 OR) hükmünün lafzı itibariyle cezaî şart üçe ayrılmaktadır: Birinci fıkrada düzenlenen seçimlik cezaî şart müessesesi, borçlunun sözleşmedeki aslî edim yükümlülüğünü hiç yahut gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, alacaklıya ya aslî edimin ifasını yahut da cezaî şart bedelini isteme imkânı sunar. Alacaklı, bu iki olanaktan birini seçmek zorunda olup her ikisini aynı ânda isteyemez. İkinci fıkrada düzenlenen ifaya eklenen cezaî şart müessesesi ise edimin sözleşmede taraflarca tâyin edilen yerde veya zamanda yerine getirilmemesi durumunda alacaklının bir ceza bedeli istemesine imkân sunar. Seçimlik cezaî şarttan farklı olarak ifaya eklenen cezaî şartta alacaklı gerek aslî edimin yerine getirilmesini gerekse de bununla birlikte cezaî şart bedelinin ödenmesini isteyebilir. Üçüncü fıkrada düzenlenen sözleşmeden dönme cezası ise borçluya taraflarca tâyin edilen cezaî şart bedelini

[1948] Gerçekten de sözleşmenin herhangi bir sebepten ötürü geçersiz olması, cezaî şartı da geçersiz kılar. Bir Yargıtay kararına göre: *"…iş sahibi ile yüklenici arasındaki bu hüküm sebebiyle taraflar arasındaki sözleşmenin ifa olanağı bulunmadığından, cezai şart istenmesinin mümkün olmaması nedeniyle…* **[Yargıtay 15.HD, E.2018/2380, K.2018/1912, T.14.05.2018,** www.legalbank.net]. Yine bir başka karara göre: *"Taraflar arasında düzenlenen taşınmaz satışına ilişkin sözleşme, resmi biçimde yapılmadığı için geçersizdir. Geçersiz sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şartta geçersizdir."* **[Yargıtay 13.HD, E.2002/14715, K.2003/3204, T.20.03.2003,** www.legalbank.net].

[1949] Borca aykırılığa dair genel bir düzenleme olan TBK md.112 hükmüne göre borçlunun tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmesi için *"kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini"* ispat etmesi gerekirken, yani ispat yükü borçlunun aleyhine iken; cezaî şart bedelinin ötesinde munzam (aşkın) zararının giderilmesini isteyen alacaklı, bu zararın meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamak zorundadır, yani ispat yükü bu kez alacaklının aleyhinedir. Bu hususta bkz. ve karş. **Yargıtay HGK, 25/12, T.05.04.1961; Yargıtay 13.HD, E.1982/5088, K.1982/5709, T.06.10.1982; Yargıtay 15.HD, E.1982/113, K.1982/391, T.22.02.1982,** nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.359, dn.23.

ödemek suretiyle duruma göre dönme veya fesih yoluyla sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı sunar. Ancak dönme cezası ile sözleşmeden dönme hâlinde -hangi türü olursa olsun- cezaî şartın istenememesi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere sözleşmeden dönme durumunda cezaî şartın ifası istenemez. Hatta Yargıtay, konumuz bağlamında, TBK md.473 (Art.366 OR) hükmüne göre başvurulan öncelenmiş (erken) dönme hâlinde cezaî şartın ifasının talep edilemeyeceğine hükmetmiştir.[1950] Fakat eser sözleşmesinde taraflarca bir "cezalı süre" tâyin edilmişse sözleşme sona erdirildiğinde işbu cezalı süreyle sınırlı olmak kaydıyla cezaî şart bedelinin ödenmesi talep edilebilir.[1951] *Tandoğan*'ın tespitlerine göre Yargıtay'ın bazı kararlarında işin vâdesinde bitirilip de teslim edilemeyeceği bâriz olmasına rağmen, işsahibinin sırf gecikme cezası talep edebilmek sâikiyle TBK md.473 hükmünün kendisine verdiği öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmayıp beklemesi, TMK

[1950] **Yargıtay TD, E.3399/K.4095, T.03.11.1970,** İçt. Kül. 1971, C.1, no: 221, naklen: **Tandoğan,** C.II, s.123, dn.135i. Tandoğan'ın ifadeleriyle: *"Diğer taraftan, Yargıtay, iş sahibi erken fesih hakkını kullandığı takdirde, işin kararlaştırılan sürede bitmemesi halinde istenecek cezaî şartı talep edemeyeceği içtihadında bulunmuştur.",* nak.: **Tandoğan,** C.II, s.123. Ayrıca bir başka Yargıtay kararına göre: *"...Oysa, somut olayda akdin feshi istendiğine ve de feshine karar verildiğine göre, artık varlığı kalmayan sözleşmeye dayanarak, o sözleşmede kararlaştırılmış bulunan cezai şart istenemeyeceği gibi, istense dahi, mahkemece hüküm altına alınamaz..."* **[Yargıtay 15.HD, E.1996/463, K.1996/821, T.14.02.1996,** www.legalbank.net].

[1951] Bu hususta Yargıtay kararına göre: *"...aktin ileriye etkili feshi halinde yine sözleşmenin 14. maddesinde öngörülen ceza-i şarta hükmedileceği, aksi taktirde yani feshe geriye etkili olarak karar verilmesi halinde ise ceza-i şart talebinin reddedilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır..."* **[Yargıtay 15.HD, E.1998/2081, K.1998/2403, T.04.06.1998,** www.legalbank.net]. Yine bir başka karara göre: *"...Sözleşmede, cezalı bir süre kararlaştırılmışsa, bu süre, inşaat süresinden sayıldığı için, anılan süre bitmeden sözleşmeden dönülemez. Süreden sonra dönüşmüşse, iş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan bu süreyle sınırlı olarak, gecikme cezasını isteyebilir..."* **[Yargıtay 15.HD, E.1998/868, K.1998/1178, T.25.03.1998,** www.legalbank.net]. Benzer bir başka karara göre: *"...Sözleşmede gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel, akdin ifasına bağlı olup müsbet zarar kapsamındadır. Kural olarak akdi fesheden tarafça istenemez. Ne var ki yanların imzaladığı sözleşmede; teslim zamanının geçmesinden sonra 60 gün hitamında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı kararlaştırıldığından davacı iş sahibinin teslim tarihinden itibaren 60 gün geçmedikçe akdi feshetme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü davalının temerrüt tarihi akitle teslim tarihinden 60 gün sonrasına bağlanmıştır. Bu nedenle davacı iş sahibi akdi feshedemeyeceği bu 60 günlük dönem için gecikme tazminatı olarak kararlaştırılan cezai şartı talep edebilir..."* **[Yargıtay 15.HD, E.2004/4834, K.2004/4802, T.01.10.2004,** www.legalbank.net]. Nihayetinde aynı yöndeki bir başka karara göre: *"Depreme bağlı olarak ruhsat alımıyla ilgili yasal işlemlerde ve inşaata devam edilmesinde yapım süresine etkisinin belediyesinden sorulup alınacak cevaba göre sözleşmedeki 6 aylık cezalı sürede gözetilerek inşaatın bitim tarihi ve davanın erken açılıp açılmadığı, kalan sürede inşaatın tamamlanıp tamamlanmayacağı hususunda bilirkişilerden görüş alınarak davalının temerrüdü ve davadaki fesih istemi değerlendirilmeli, fesih isteminin haklı olduğu anlaşıldığında sözleşmenin feshiyle 6 aylık cezalı süreye ilişkin gecikme tazminatı istemi kabul edilmeli, fesih halinde istenemeyecek olan ifaya yönelik diğer istemlerin reddine karar verilmelidir."* **[Yargıtay 15.HD, E.2003/5058, K.2004/2275, T.21.04.2004,** www.legalbank.net].

md.2 (Art.2 ZGB) hükmündeki dürüstlük kuralının ihlâli kabul edilmiştir.[1952] Sözleşme geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırıldığında cezaî şart, temerrüt tarihinden fesih tarihine ve hatta yüklenici işi fiilen bırakmamışsa işi fiilen bıraktığı tarihe kadar geçen süre zarfı için istenebilir.[1953] Daha önce değindiğimiz üzere[1954] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun eser sözleşmesinin bir türü olarak inşaat sözleşmeleri hakkında isabetli bir kararında sözleşmeden dönme hakkının TMK md.2 hükmündeki dürüstlük kuralı göz önüne alındığında somut olayın hâl ve şartlarına göre geçmişe *(ex tunc)* değil, geleceğe etkili *(ex nunc)* surette kullanılmış sayılabileceğine hükmedilmiştir.[1955] İşte bu sayededir ki işsahibi sadece menfî zarar tazminatıyla yetinmeye mahkûm edilmiş olmayacak, sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına rağmen dürüstlük kuralının tashih edici etkisinden hareketle sözleşme ilişkisi geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kalkmış sayılabileceği için "müspet zararının" giderilmesini ve hatta -o âna dek sözleşme geçerli olacağı için- cezaî şart bedelini de isteyebilecektir.[1956] Doktrinde *Cumalıoğlu,* anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nın TBK

[1952] **Yargıtay 15.HD, E.327/K-296, T.29.11.1973; Yargıtay 5.HD, E.339/329, T.06.12.1973,** nak.: **Tandoğan,** C.II, s.123, dn.135j.

[1953] **Erman, Hasan:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2.B, İstanbul 2007, s.86. İşsahibinin gecikme tazminatını ve ifaya eklenen cezaî şartı tüm gecikme süresi boyunca talep edip edemeyeceği hususunda detaylı açıklamalar için bkz. **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.191 vd. Bir Yargıtay kararında eser teslim edilmesine karşın mal eksik veya ayıplı ise işbu sorun ortadan kaldırılıncaya dek cezaî şartın istenebileceği yönünde hüküm kurulmuştur. Bkz. **Yargıtay TD, 2309/2419, T.24.05.1973,** nak.: **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.195, dn.12.

[1954] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, G, 2, a. Müspet ve Menfî Zarar İstemlerinin Değerlendirilmesi.

[1955] **Yargıtay İBGK, E.1983/3, K.1984/1, T.25.01.1984,** www.legalbank.net.

[1956] **Ayan,** İnşaat Sözleşmesi, s.339 ve s.357. Yargıtay'ın süregelen uygulamasına göre eser sözleşmesinde yüklenici taahhüt ettiği işin önemli bir kısmını tamamlamışsa, işsahibinin TBK md.473 hükmüne göre sözleşmeden öncelenmiş (erken) dönmesi, tıpkı teknik anlamda bir fesih gibi, geleceğe etkili *(ex nunc)* surette hüküm ve sonuçlarını doğuracak, yani sözleşme geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu konuda bkz. **Yargıtay HGK, E.1987/15-509, K.1988/48, T.27.01.1988; Yargıtay 15.HD, 436/4040, T.01.12.1986; Yargıtay 15.HD, 993/4323, T.24.09.1991; Yargıtay 15.HD, 889/3881, T.27.09.1989; Yargıtay 15.HD, 3723/5352, T.12.12.1997; Yargıtay 15.HD, 2081/2403, T.04.06.1998; Yargıtay 15.HD, 1658/2473, T.10.06.1999; Yargıtay 15.HD, 492/1152, T.10.03.2003; Yargıtay 15.HD, E.2003/3057, K.2004/88, T.14.01.2004; Yargıtay 15.HD, E.2003/4328, K.2004/1320, T.10.03.2004; Yargıtay 15.HD, E.2004/7507, K.2005/505, T.04.02.2005.** Anılan tüm kararlar nak.: **Ayan,** İnşaat Sözleşlmesi, s.291. Ancak Yargıtay, somut olayın hâl ve şartlarına göre bazen, taahhüt edilen işin önemli bir kısmının tamamlanmasına rağmen, sözleşmenin geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırılmasına cevaz vermemektedir, bu yöndeki bir karara göre: *"...Somut olayda; yüklenicinin, % 70 oranındayken inşaatı terk ettiği, arsa sahibi ve daire satın alanların gayretleriyle bu oranın % 84'e yükseltildiği hususları mahkemenin kabulündedir. % 70 oranı, 25.1.1984 gün, 3-1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanmasına ve dolayısıyla, sözleşmenin ileriye etkili (ex nunc) feshine engeldir. Bu orana göre, ancak geriye etkili (ex tunc) bir fesih söz konusu olabilir. Geriye etkili fesih (dönme) halinde ise davacı arsa sahibi, BK.nun 108. maddesi uyarınca menfi zararını (negative interesse) ve*

md.473/1 hükmüne istinaden başvurulan öncelenmiş (erken) dönme hakkı bakımından da tatbik edilebileceği görüşündedir.[1957] Yine doktrinde *Serozan*'a göre sözleşmeden dönmenin hüküm ve sonuçları açısından yeni dönme (dönüşüm) kuramı benimsenecek olursa, somut olayın hâl ve şartları dikkate alındığında, dürüstlük kuralına aykırı olmamak kadıyla, alacaklı cezaî şart bedelinin ödenmesini de isteyebilmelidir.[1958]

d. Genel Bir Değerlendirme

Yeni ve müstakil bir borca aykırılık hâli olmasını önerdiğimiz öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, kural olarak, sadece âni edim ihtivâ eden ve karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde meydana gelebilir. Bu özellikleri barındıran sözleşmelerden en yaygını ve çalışmamız bağlamında önem arz edeni, kuşkusuz satım sözleşmesidir. Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu dolayısıyla ayıplı bir mal karşısında alıcının sözleşmeden dönme hakkına başvurması hâlinde "Dönmenin Sonuçları" TBK md.229 (Art.208 OR) hükmünde öngörülmüştür. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre *"satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür."*[1959] Yine alıcının sözleşmeden dönmesi hâlinde TBK md.213 (Art.191 OR) hükmünde, satıcının sözleşmeden dönmesi hâlinde ise TBK md.236 (Art.215 OR) hükmünde giderilmesini isteyebilecekleri zarar kalemleri açısından "müspet zararın" fark kuramına *(Differenztheorie)* göre hesaplanacağı

---

verdiğini geri isteyebilir. İfaya izin ve müsbet zarar (positive interesse) kapsamına giren kalemleri talep edemez…" **[Yargıtay 15.HD, E.1996/3158, K.1996/3503, T.19.06.1996,** www.legalbank.net].

[1957] **Cumalıoğlu,** s.236.

[1958] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.530 vd.

[1959] Doktrinde anılan hükümden anlaşılması gerekenin "müspet zarar mı menfî zarar mı" olduğu ihtilâflıdır, bkz. ve karş. **Tandoğan,** C.I/1, s.192 vd.; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.91-92; **Eren,** Borçlar Özel, N.432; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.93; **Öz,** *(Sert Sütçü, Selin),* s.102-103; **Zevkliler/Gökyayla,** s.143-144; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.117; **Yavuz/Acar/Özen,** Özel Hükümler, s.100 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** C.I, s.210 vd.; **Aral/Ayrancı,** s.187-188. İsviçre Federal Mahkemesi, bu hususta verdiği 1953 tarihli bir kararında TBK md.229 hükmündeki doğrudan-dolaylı zarar kavramlarını "müspet zarar-menfî zarar" ayrımı üzerinden ele almıştır. Federal Mahkeme'ye göre doğrudan zarar, menfî zararın yalnızca fiilî zarar alt kolunu; dolaylı zarar ise her çeşit müspet zararı -mahrum kalınan kâr da dâhil- ifade eder, bkz. BGE 79 II 380, nak.: **Aral/Ayrancı,** s.187, dn.157. Yine aynı yönde karar olarak BGE 82 II 136, nak.: **Eren,** Borçlar Özel, s.151, dn.346. Daha sonraları Federal Mahkeme, 28.11.2006 tarihli "Papağan" kararında eski içtihadından dönmüş, doğrudan-dolaylı zarar ayrımı arasındaki sınırı, illiyet bağının yoğunluk derecesinin belirleyeceğini, satılandaki ayıbın ve malın özgülenme amacına uygun surette kullanılmasının sebebiyet verdiği ilk zararların doğrudan zararlar olduğunu; satılandaki ayıba başka başka olayların da eklenmesi neticesinde meydana gelen zararların ise dolaylı zararlar olduğunu ifade etmiştir, bkz. BGE 133 III 257, nak.: **Zevkliler/Gökyayla,** s.144, dn.334.

öngörülmüştür. Başkaca fakat ilgili bir husus olarak satılanın tam zaptı durumunda TBK md.217/2 (Art.195 Abs.2 OR) hükmüne göre *"satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlüdür."* İşte bu hâlde de "müspet zararın" giderilmesini istenmektedir.

Daha önce değindiğimiz üzere[1960] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilecek hâllerden bazıları olan sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı, sübjektif imkânsızlık yahut art arda teslimli sözleşmelerde, borçlunun münferit ya da daha çok sayıda teslimat bakımından mütemerrit olmasına istinaden alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesi neticesinde ayrıca müspet zararının giderilmesini isteyebileceği doktrinde ifade edilmiştir. Hâl böyleyken *Cumalıoğlu*'na göre, öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvuran alacaklının da müspet zararının giderilmesini isteyebilmesi gerekmektedir.[1961]

Ayrıca öncelenmiş (erken) dönme hakkı, zaten niteliği itibariyle, sözleşme ilişkisinde ortaya çıkması muhtemel zararları azaltan bir müessesedir. Öncelenmiş (erken) dönme hakkının Türk-İsviçre hukuk sistemlerindeki görünümü tabir edebileceğimiz TBK md.98/2 (Art.83 Abs.2 OR) hükmü de İsviçre Federal Mahkemesi'nin tespit ettiği üzere "zararın azaltılmasına" hizmet eder.[1962] Alacaklı, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borca aykırı

[1960] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 8, I. Türk Hukukunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Sebebi Olarak Sonraki İfa İmkânsızlığı. Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Hâli (CISG md.73).

[1961] **Cumalıoğlu,** s.237.

[1962] Doktrinde TBK md.98 hükmünün zararı azaltıcı fonksiyonuna dair şu değerlendirmelerde bulunulmuştur: *"Federal Mahkemeye göre (BGE 105 II 28 = JdT 1979 I 314) BK. m. 82 gereğince alacaklı, diğer sözleşenin malvarlığı durumunun kötüleşmesi nedeniyle kendi alacak hakkı tehlikeye düşmüş görününce teminat isteme hakkına sahip olur. Bu alacak hakkı, borçlunun sözleşmeye uygun bir ifada bulunmaması halinde meydana gelebilecek zararların tazminine de ilişkin olabilir. Bu bakımdan BK. md. 81 alacaklıya bir koruma sağlamamaktadır: Borçlu kararlaştırılan zamanda ifada bulunmazsa, gerçi alacaklı bu hükme dayanarak edimini ifayı reddedebilir ve BK. m. 106 gereğince tazminat isteyebilir; ancak bu yol, borçlunun ödemedeki aczi nedeniyle artık ona yardımcı olmayacaktır. Buna karşılık BK. m. 82 alacaklıya, sözleşmenin yerine getirilirliği hakkında erkenden açıklık sağlamaya izin vermektedir. Eğer borçlu teminat göstermezse alacaklı sözleşmeden dönebilir ve bir zarara uğramaktan kurtulabilir veya üçüncü bir kişi ile benzer bir sözleşme kurarak veya artık çözülmüş bulunan sözleşmenin ifası için giriştiği hazırlık faaliyetlerinden vazgeçerek zararın büyümesini önleyebilir…",* nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835, dn.26a.

davranacağını öngörebildiği takdirde zararı azaltacak tedbirleri almakla yükümlüdür. Elbette alacaklının bu yöndeki tedbirleri alması için, borçlunun da borca aykırılığa sebebiyet verecek durumu kendisine bildirmesi gerekmektedir. Tabiî ki borçlunun bizzat kusuruyla borca aykırı davranacağının öngörülebildiği hâllerde borçludan alacaklıya böyle bir bildirimde bulunmasını beklemek abesle iştigal olur. Ancak örneğin, borçlunun herhangi bir kusurunun bulunmadığı sonraki ifa imkânsızlığında, borçlu imkânsızlığa sebebiyet veren vâkıayı derhâl alacaklıya bildirmeli ve/veya bizzat kendisi zararın artmaması için gerekli tedbirleri almalıdır, aksi hâlde borçlu bundan doğan zararı tazminle yükümlü olur. Keza bu durum, TBK md.136/3 hükmünde de pozitif bir zemine kavuşturulmuştur.[1963]

Esasen haksız fiil hukukuna ait olan ve kanunda da haksız fiillere dair TBK md.52/1 (Art.44 Abs.1 OR) hükmünde düzenlenmiş bulunan zararı azaltma külfeti, TBK md.114/2 (Art.99 Abs.3 OR) hükmünün atfı gereğince sözleşmeler hukukunda da tatbik edilir.[1964] Zararı azaltma külfetinin arkasında dürüstlük kuralı yatar.[1965] Zararı azaltma külfetinin doğduğundan söz edilebilmesi için; sorumluluğa tâbi bir eylem neticesinde zararın gerçekleşmesi, zarara mâruz kalanın sorumludan bunun tazminini talep etmesi ve zarar görenin alması gereken mâkul tedbirlerin somut olayda mevcudiyetinin gerektiği ifade edilir.[1966] Bu şartlar dâhilinde henüz bir zarar meydana gelmemiş olsa bile zararı azaltma külfeti doğmuş sayılır.[1967] Zararın azaltma külfeti bulunan kişinin bunun gereklerini yerine getirip getirmediğinin tespitinde ise zarara

---

[1963] "Zararı azaltma külfeti"ne dair detaylı açıklamalar için bkz. **Altınok Ormancı,** Zarar, s.15 vd. Yine anılan yazar, TBK md.136/3 hükmüne geçen *"ve"* ibaresinin "veya" biçiminde tefsir edilmesi gerektiğini, borçlunun alacaklıya bildirme yükümlülüğü ile zararın artmaması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün birbirinden bağımsız iki yükümlülük olduğunu ifade eder, bkz. **Altınok Ormancı,** Zarar, s.239.

[1964] **Eren,** Borçlar Genel, N.3335. Ayrıca bkz. **Yargıtay HGK, E.1991/15-340, K.1991/467, T.09.10.1991,** www.legalbank.net.

[1965] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.19. "Zararı azaltma külfeti"ne dair detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. ve karş. **Kurt, Leyla Müjde:** "Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti", AÜHFD 2015, C.64, S.3, ss.775-814; **Şahin, Onur:** "CISG Kapsamında Alıcının Zararı Azaltma Külfeti", GSÜHFD 2016, C.2, ss.269-297.

[1966] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.47 vd.

[1967] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.54 vd.

mâruz kalan kişiyle aynı hâl ve şartlarda düşünülebilecek dürüst, orta zekâlı, mâkul bir kişinin sergileyeceği tutum ve davranışlar esas alınır.[1968] Tüm bu bilgiler ışığında öncelenmiş (erken) dönme hakkı bağlamında ifade edilmelidir ki: Edimin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle artık vâdesinde aynen yerine getirilme olanağı bulunmamasına rağmen, bile isteye sözleşmeyi sürdüren ve alabileceği mâkul tedbirleri almayıp zararının azalmasını önlemeyen alacaklı, mâruz kalacağı zarardan çok daha az bir tazminat hak etme rizikosunu üstlenmiş olur.[1969]

3. CISG Bakımından

CISG md.71, md.72 ve md.73 hükümlerinin incelendiği bölümlerde daha detaylı değinildiği üzere[1970] CISG'in öngördüğü borca aykırılık sisteminde sözleşmenin sona erdirilmesi ile birlikte taraflar ifaya dair tüm yükümlülüklerinden kurtulur. Daha önceden yerine getirilmiş olan edimlerin CISG md.81 ve devamı hükümlerine istinaden geri verilmesi istenebilir. Bunun yanı sıra alacaklı, sözleşmeyi sona erdirmekte haklı ise CISG md.74 hükmüne göre tazminat da isteyebilir. Alacaklının tazminat istemi için Türk hukukundaki akdî sorumluluk prensiplerine benzer olarak, "sözleşme ihlâli" ile "zarar" arasında uygun bir illiyet bağı mevcut olmalı ve borçlu tarafından kurtuluş kanıtı (sorumluluktan kurtulma sebebi) ileri sürülmemiş olmalıdır.[1971] Alacaklıya sunduğu işbu olanaklara rağmen taraflar arasındaki menfaatler dengesini göz ardı etmeyen CISG sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olan alacaklı, öncelenmiş (erken) dönme hakkını mâkul bir süre içinde kullanmadığından dolayı ortaya çıkacak zarar artarsa CISG md.77 hükmü gereğince bu, alacaklı lehine hükmedilecek tazminattan indirilir.[1972] Yine taraflar arasındaki menfaatler dengesi

---

[1968] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.74 vd.
[1969] **Cumalıoğlu,** s.238.
[1970] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta İfayı Askıya Alma Hakkı (CISG md.71). Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12. Esaslı İhlâl Hâlinde Sözleşmeden Dönme Hakkı (CISG md.72). Nihayetinde bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık Hâli (CISG md.73).
[1971] **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.281-282.
[1972] **Schlechtriem/Butler,** N.274.

gözetildiğinden alacaklı haksız bir surette sözleşmeyi sona erdirmişse bu kez borçlu, CISG md.45/1, md.61/1 veya md.74 hükümlerine istinaden tazminat isteyebilecektir.[1973]

CISG bağlamında zarar, esaslı *(fundamental)* yahut esaslı olmayan *(non-fundamental)* bir sözleşme ihlâlinden dolayı ortaya çıkabilir: CISG'de, hukukumuzdaki TBK md.52 (Art.44 OR) hükmünden farklı olarak, kural olarak, tazminattan indirim yapılamaz ve manevî tazminat da istenemez.[1974] Ancak bu noktada önemle üzerinde durduğumuz[1975] CISG md.72 hükmüne istinaden öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme, CISG md.77 hükmü uyarınca bir tazminattan indirimi temin edecek ve böylelikle zararın artmasını engelleyecektir.[1976]

CISG bağlamında istenebilecek tazminat; yoksun kalınan kârı da içerir şekilde, borçlunun borca aykırı davranışından ötürü alacaklının mâruz kaldığı zararın toplamına denktir. Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki hukukumuzdan farklı olarak "müspet- menfî" zarar şeklinde bir tasniften söz etmek mümkün değildir.[1977] Bununla birlikte CISG md.74 hükmü dikkate alındığında *"tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü*

[1973] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.42.
[1974] **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.281-282.
[1975] Bunun tazminattan indirimi nasıl temin edeceğine dair tartışmalar ve görüşler için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, E, 3. Aynen İfa İsteminden Vazgeçip Müspet Zararın Giderilmesini İsteme.
[1976] **Bridge,** The International Sale of Goods, s.581.
[1977] § 280-284 BGB aralığındaki maddelere, *"Full Compensation"* madde başlıklı Art.7.4.2 PICC hükmünün birinci fıkrasına ve Art.9:502 PECL hükmüne istinaden alacaklı, sözleşmeden dönme neticesinde müspet yahut menfî zarar ayrımı yapılmaksızın tüm zararlarının giderilmesini isteyebilir, bkz. **Ergüne,** s.269. Gerçekten de Art.7.4.2 para.1 PICC hükmünde*"the aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm."* denilerek zarar gören tarafın, borcun yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tam olarak tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olduğu; işbu tazminatın içerisine zarar gören tarafın uğradığı her türlü kayıp ile mahrum kaldığı her türlü kazancın girdiği fakat tazminatın belirlenmesinde zarar görenin masraflardan veya zararlardan kaçınmak suretiyle elde ettiği kazançların da indirim sebebi olarak dikkate alınacağı öngörülmüştür. Yine buna paralel olarak Art.9:502 PECL hükmünde *"the general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived."* denilerek genel olarak, tazminat tutarının zarar gören tarafı, sözleşme usûlüne uygun olarak yerine getirilmiş olsaydı bulunacağı duruma mümkün olduğunca yaklaştırıcı bir tutar olarak belirleneceği; bu tazminatın mağdur tarafın uğradığı zararı ve mahrum kaldığı kazancı kapsayacağı öngörülmüştür.

veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz." Keza bu prensip tarihsel anlamda ilk olarak Roma hukukunda, ardından günümüzde Fransız ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde de kabul görmüştür.[1978] Bu noktada zarar ve tazminat hususunda önem arz eden bir kavram olarak "mücbir sebep *(force majeure)"*, CISG'de ve hukukumuzda aynı etkileri farklı sebeplerle yaratır: Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan mücbir sebepten kaynaklanan zararlar, CISG md.74 hükmü anlamında "öngörülemez olduğu" için; hukukumuzda ise mücbir sebep, fiil (borca aykırılık) ile zarar arasındaki "uygun illiyet bağını kestiği" için tazminat ile giderilmeyecektir. Yine hukukumuzdan farklı olarak CISG'de manevî zararların giderilmesi isteminden söz edilemeyecek olsa dahi CISG literatüründeki mahkeme kararlarında "itibar zararı"nın tazminine hükmedildiği görülmektedir.[1979]

Tazminat konusunda temel norm olan CISG md.74 hükmüne göre, "kaçırılan fırsatlar" ve "diğer zararlar"ın giderilmesi istenirken, alacaklı iş sırrı sayılabilecek defter ve benzeri kayıtlarını açması gerekmeksizin CISG md.75 ve md.76 hükümlerindeki ikame işleme dayanarak bir tazminat talep edebilir. Böyle bir tazminat isteminde bulunabilmek için sadece "sözleşmede kararlaştırılan bedel" ile "ikame alım-satım" yahut "piyasa fiyatının" bilinmesi yeteri olacaktır.[1980] CISG md.75[1981] ve md.76[1982] hükümlerinde esas alınan fark kuramı *(Differenztheorie)* sebebiyle somut ve soyut metotlara göre tazminatın hesaplanması öngörülmüştür. CISG md.75 hükmünde somut metoda göre, başka bir deyişle "sözleşmede kararlaştırılan bedel" ile "ikame alım" arasındaki farka göre tazminat hesabı yapılır. Metodun niteliği gereği bunlar hâricinde

[1978] **Birinci Uzun, Tuba:** "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", DEÜHFD 2014, C.16, S.1, ss.151-192, s.161.
[1979] **Birinci Uzun,** s.182-183.
[1980] **Schlechtriem, Peter:** "Calculation of Damages In the Event of Anticipatory Breach Under the CISG", altb.II.1 ve altb.II.b. (https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem20.html#, E.T.22.12.2024).
[1981] Hukukumuz bakımından bkz. ve karş. TBK md.213/2 ve md.236/2 hükümleri.
[1982] Hukukumuz bakımından bkz. ve karş. TBK md.213/3 ve md.236/3 hükümleri.

kalacak kalemler, örneğin nakliye masrafları ve temin giderleri de ancak CISG md.74 hükmüne istinaden istenebilecektir.

CISG md.75 hükmü uyarınca ikame alım-satım sözleşmesi, "mâkul bir bedel" üzerinden yapılmalı; ayrıca öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği asıl sözleşme ve ikame sözleşme birbirine benzer nitelikte ve içerikte olmalıdır. Örnek olarak ifade edilebilir ki hem asıl hem de ikame sözleşmedeki vâdeler (malların teslimat tarihleri) olabildiğince yakın olmalı, alıcı satıcının gönderdiği malları teslim almadığında, satıcı da malları mümkün olan en yüksek fiyat üzerinden ikame bir kişiye satmalıdır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geleceği anlaşılan sözleşmenin işbu sebebe istinaden sona erdirilmesinin ardından "mâkul bir süre" dâhilinde ikame sözleşmenin akdedilmesi mecburiyeti, somut akdî ilişkinin hâl ve şartlarına dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Eğer ikame bir sözleşmenin yapılabilmesi güç ise, "birkaç aylık süre" bile mâkul olarak nitelendirilebilir.[1983] CIGS literatüründe örnek olarak belli bir sezonu olan malların, sezon biterken piyasa fiyatının altında satılmasının mümkün olduğu gerçeğinden hareketle artık malların sözleşmede kararlaştırılan bedelin %50 altında satılmasının bile "mâkul" olarak nitelendirilebileceği verilmektedir.[1984]

Esasen CISG md.75 hükmünde[1985] geçen "mâkul süre" ve "mâkul bedel *(…makul bir şekilde…)*", ibareleri, CISG md.77 hükmünde öngörülen zararı azaltma külfetine göndermede bulunur.[1986] Doktrindeki bir görüşe göre ikame bir sözleşme akdetme olanağı mevcutken bunu yapmayan tarafın, mahrum kaldığı kâr kaybına istinaden ileri sürdüğü tazminat isteminde karar verilirken zararı azaltma külfetini ihlâl

[1983] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.
[1984] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.
[1985] CISG md.75 hükmüne göre: *"Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir."*
[1986] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.

ettiğinden bahisle indirime gidilmelidir.[1987] Hatta benzer bir mantıkla hukukumuzda da satım sözleşmesinde satıcı temerrüde düşerse, alıcının ikame alım gerçekleştirmesinin ona bir külfet olarak yüklenmesi gerektiğini ileri sürülmektedir.[1988] Alıcı, ikame alım gerçekleştirme külfetini yerine getirmezse esasen zararı azaltma külfetine aykırı davranmış sayılacak ve isteyeceği tazminatta indirime gidilecektir.

Tazminat isteme olanağına sahip taraf, CISG md.77 hükmü uyarınca zararın azaltılması için gerekli tüm tedbirleri almalıdır. Tedbirden anlaşılması gerekenin tâyininde milletlerarası ticarî teâmüller, âkit taraflar arasındaki süregelen uygulama, zarar gören tarafla aynı şartlar altındaki üçüncü bir kişiden sergilemesi beklenilebilecek davranışlar ekseninde bir yoruma gidilmelidir.[1989] CISG'de zararı azaltma külfeti, aynen ifa istemi açısından değil, sadece tazminat istemi açısından kabul edilir.[1990] CISG md.79/4 hükmüne göre *"ifa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır."*

Hukukumuzdan ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde, sözleşmeye aykırılık durumunda öngörülen temel müeyyide "tazminat"tır. Hatta yine hukukumuzda öngörülen sürecin tam tersine, sözleşmeye aykırılığın sebebiyet verdiği zararın ancak tazminatla karşılanamayacak olması hâlinde, aynen ifa isteminde bulunmanın mümkün olduğu ifade edilir.[1991] Zaten tazminat isteminin birincilliğini esas alan Anglo-Sakson hukuk sisteminde öncelenmiş

[1987] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.198 vd.
[1988] Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Altınok Ormancı,** Zarar, s.35, dn.121.
[1989] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.26.
[1990] **Altınok Ormancı,** Zarar, s.70.
[1991] **Vold,** Necessity of Election, s.506. Oysa Türk hukukunda ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde sözleşmeye aykırılık hâlinde akla gelen ilk müeyyide ve alacaklının başvurabileceği ilk hak, "aynen ifa isteminde" bulunmaktadır. Nitekim bu durum, "aynen ifa isteminin birincilliği" prensibi olarak ifade edilir, bkz. **Baş,** s.629 vd. İşte Anglo-Sakson hukuk sistemi sözleşmeye aykırılığın karşısına ilk olarak tazminat istemini koymak suretiyle, deyim yerindeyse, süreci baş aşağı çevirmiştir.

sözleşmeye aykırılık müessesesi, *Hochster v. De la Tour* kararıyla sözleşmeden dönmenin mümkün olduğu ayrıksı durumlardan biri olarak kabul edilmiştir.[1992] Bu noktada tazminat isteminin birincilliği karşısında tıpkı aynen ifa istemi gibi öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle sözleşmeyi sonlandırma hakkı da ikincil plânda, başka bir deyişle ayrıksı imkânlar olarak kabul edilmiştir. Zaten bu kabuller nedeniyledir ki Anglo-Sakson hukuk sisteminde zararı azaltma külfeti mevcut olmakla birlikte bu külfet, alacaklıyı sözleşmeyi sona erdirmeye mecbur etmez. Yani alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalmasına rağmen bunu kabul edip kendisine tanınan haklara başvurmak ve bu arada öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirmek mecburiyetinde değildir.[1993] Ayrıca yine bu bağlamda ifade edilebilir ki Anglo-Sakson hukuk sisteminde tazminatın tâyininde alacaklının akdedebileceği sözleşmeler de dikkate alınır.[1994]

Anglo-Sakson hukuk sisteminin tersine Amerikan hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tüm şartları tahakkuk ettiğinde "zararın artacak olması ihtimalinde" alacaklının ifa zamanına (başlangıçta taraflarca tâyin edilen vâdeye) kadar bekleyemeyeceği, sözleşmeyi sona erdirmesi gerektiği anlayışı hâkimdir.[1995] Eğer "zararın artacak olması ihtimali" söz konusu değilse sözleşmeyi sona erdirmeyen alacaklı, borçlunun edimi yerine getirmemeye yönelik beyan ve/veya tutum ve davranışlarından vazgeçmesi hâlinde,[1996] artık sözleşmeyi de sona erdiremez.[1997]

[1992] Detaylı açıklamalar için bkz. **Carter,** s.422 vd.
[1993] **Bridge,** The International Sale of Goods, s.581.
[1994] **Fransworth,** s.542.
[1995] **Wiesner/Klotchman,** s.63, dn.14; **Enderlein/Maskow,** s.293.
[1996] Borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin bir biçimde kaçınmasını geri alıp alamayacağına dair doktrinel görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, e. Edimi İfadan Kaçınma Açıklamasının Geri Alınabilirliği Üzerine.
[1997] **Enderlein/Maskow,** s.293.

4. Tazminat İsteminin Zamanı ve Hesaplamada Esas Alınacak An

Hukukumuzda TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmünde sözü edilen gerçek ve teknik manasıyla sözleşmeden dönme hâlinde ortaya çıkan zararın, dönme beyanının borçluya ulaşma (vusul) anı[1998] yahut buna ilişkin olarak açılacak davada hâkimin vereceği hüküm tarihi[1999] esas alınarak hesaplanacağına dair muhtelif görüşler mevcuttur. Bu noktada öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanıldığında esasen henüz edim muacceliyet kazanmamışken ve dolayısıyla borçlu temerrüde düşmemişken alacaklı sözleşmeyi sona erdirdiği için zararın, alacaklının öncelenmiş (erken) dönme beyanının ve ilâveten tazminat isteminin borçluya varma (vusul) anına göre mi yoksa muacceliyet anına göre mi hesaplanacağı incelenmesi gereken ciddî bir probleme işaret eder.[2000] Doktrindeki bir görüşe göre borçlunun kusuruyla sebebiyet verdiği ifa imkânsızlığı hâlinde, alacaklının zararı aslında "muacceliyet ânında" ortaya çıkacağı için, zarar da edimin muacceliyet kazandığı ân esas alınarak hesap edilmelidir ancak tazminat isteminde bulunmak için vâdeyi beklemek şart değildir.[2001] Borçlunun kusuruyla sebebiyet verdiği ifa imkânsızlığı açısından doktrinde ifade edilen ve *von Tuhr*'un başını çektiği bir görüşe göre ise alacaklıya zararının en erken istem anına veya açılacak davada hâkimin vereceği hüküm tarihine göre hesap edilmesi hususunda seçimlik bir olanak tanınmalıdır.[2002]

Çeşitli vesilelerle değindiğimiz *Hochster v. De la Tour* kararıyla tarih sahnesine çıkan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin; tarafları mevcut sözleşmesel ilişkiyle bağlı olmaktan kurtarıp zararı en az miktarda tuttuğu, bilhassa kendi edimini öncelikle yerine getiren ve dolayısıyla artık başka başka ikame sözleşmeler akdedebilmek için yeterli ekonomik olanakları kalmayan alacaklıyı koruduğu ifade

[1998] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.523.
[1999] **Eren,** Borçlar Genel, N.3518.
[2000] **Cumalıoğlu,** s.241.
[2001] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1481.
[2002] **Feyzioğlu,** s.184-185.

edilmektedir.[2003] Zaten Anglo-Sakson hukuk sisteminde birincil olarak benimsenen alacaklının derhâl tazminat isteme hakkı, hem zararın azaltılmasını hem de ihtilâfların kısa sürede ortadan kaldırılmasını temin eder.[2004]

Bir uyuşmazlıkta İngiliz mahkemesi, öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılması ve tazminat istemlerinin bir arada yöneltilebileceğine, taraflarca sözleşmede tâyin edilen bedel ile sözleşme konusu şeyin ifa zamanındaki piyasa fiyatı arasındaki farkın ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.[2005] Anılan olayda "dava tarihi" ile "ifa tarihi" arasında yirmi gün kadar kısa bir müddet olması dolayısıyla esasen önemli bir problem olmadığı ifade edilebilirse de iki tarih arasındaki müddetin uzaması ihtimalinde böyle bir hüküm, ciddî problemlere sebebiyet verebilir.[2006] Çünkü iki tarih arasında uzun bir müddet bulunursa örneğin sözleşme konusu şeyin iki-üç yıl sonraki piyasa fiyatının tespit edilmesi gerekebilecektir. Yine borçlu, aslında çok daha sonra ödemesi gereken bir tazminatı çok daha önceden ödemek şeklinde haksız bir mecburiyet altında kalabilecektir. Böyle bir ihtimalde tazminattan indirim yapılması gerekse ve bu bir çözüm olsa bile borçlu açısından bakıldığında bir başka sakınca, belki de vâde geldiğinde zaten ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olabileceği bir borç için şimdiden tazminat ödemek mecburiyetinde kalmasıdır.[2007] İşaret edilen tüm bu ihtimaller karşısında tazminatın sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa bizzat kusuruyla sebebiyet veren borçluya tatbik edilen bir müeyyide olduğu, hukuken himâye görmesi gereken tarafın sadece borçlu değil, aynı zamanda alacaklı ve nihayetinde sosyal-iktisadî barış olması gerektiğini ifade etmek gerekir.[2008]

[2003] **Peel,** s.848.
[2004] **Liu,** Anticipatory Breach, s.225.
[2005] *"Philpotts v. Evans",* 1840, 5 M. & W., 475, nak.: **Petersdorff, Charles Erdman:** A Practical and Elementary Abridgment of the Common Law as Altered and Established by the Recent Statutes, Rules of Court and Modern Decisions, vol.III, London 1843, s.83.
[2006] **Cumalıoğlu,** s.242.
[2007] **Peel,** s.848.
[2008] **Cumalıoğlu,** s.242-243.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise tazminat, kural olarak, "ifa tarihi" esas alınarak hesap edilmelidir. Ancak "zararı azaltma prensibi"ne istinaden alacaklının borçlunun sözleşmeye aykırı davranacağını henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte öngörülebildiği âna göre de tazminattan indirim yapılabilir. İlerideki, yani henüz hâlihazırda doğmamış bir zararın tazmini talep edilirken o âna değin "zararı azaltan" veya "artıran" bütün faktörler değerlendirilmelidir.[2009] Yine kaçırılan fırsatlar, kanıtların durumuna ve fırsatların gerçekleşme ihtimaline göre ele alınmalı, %51 ve üzerindeki olasılıklar bu anlamda "kesin" sayılmalı, ancak %50 ve altındaki olasılıklar da tümüyle gözden uzak tutulmamalıdır.[2010]

Doktrinde *Tekinay, Akman, Burcuoğlu* ve *Altop* tarafından borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için ihtar düzenlemenin dürüstlük kuralına istinaden gerekmediği hâller açıklanırken değinilen bir Yargıtay Ticaret Dairesi kararı çalışmamız bakımından da önem arz eder, karara göre: *"...davalı taahhüdünü kat'iyyen nakzetmiş ve davacının ihtar tarihine kadar geçen devreye ait tazminat talebinden feragat ettiği anlaşılmamış bulunmasına göre, davalının taahhüdünü ihlâl ettiği tarihten itibaren tazminata hükmedilmek gerekirken yalnız ihtar tarihinden sonrası için tazminata hükmedilip o tarihten evvelki zamana ait tazminat talebinin reddedilmesi kanuna muhaliftir."*[2011] İşbu karara paralel düşünülürse alacaklının öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmakla beraber isteyebileceği tazminatın hesap edilmesinde "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebinin ortaya çıktığı an" esas alınabilir. Doktrinde *Cumalıoğlu,* böyle bir hesaplamanın yapılabilmesi için bunun dürüstlük kuralına aykırı olmaması gerektiği şeklinde bir şart öngörmektedir.[2012] Yine *Cumalıoğlu*'na göre bu tazminatın hesabında, kural olarak, fark kuramı esas alınmalıdır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bir satım sözleşmesinde meydana gelmişse zarar, somut metoda, başka bir deyişle ikame

[2009] *"The Golden Victory Case",* nak.: **Liu,** Anticipatory Breach, s.226.
[2010] **Liu,** Anticipatory Breach, s.226.
[2011] Son İçtihatlar, 1939, s.3913, nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.918, dn.25.
[2012] **Cumalıoğlu,** s.243.

sözleşmenin akdedildiği tarihe göre hesap edilebilir. Soyut metodun tercih edilmesi hâlinde ise zarar; öncelenmiş (erken) dönmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirme anına göre hesap edilmelidir. Elbette hesaplama sonucunda ortaya çıkan zarar miktarından, "vâdeye ne kadar kalmışken öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın yaşandığına" göre bir indirime gidilmesi gerekir. Bir sözleşme ilişkisindeki ileriye yönelik belirsizlikler, elbette her iki taraf bakımından da olumsuzluk anlamına gelir, fakat burada gerek öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa kusuruyla sebebiyet veren borçlunun gerekse vâdeye değin beklemektense öncelenmiş dönme (erken) hakkına başvuran alacaklının söz konusu belirsizliklere karşı hukukî himâye görmesi gerekli değildir.[2013]

[2013] **Cumalıoğlu,** s.243.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

§ 10. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN BORCA AYKIRILIK SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

Milletlerarası ticaret faaliyetlerinde mal ve hizmetlerin ülkelerin hudutlarını aşan biçimde kompleks değişim ilişkilerine konu edilmesi, millî (iç) hukuk düzenlerinin tatbik edilegeldiği akdî ilişkilerde rastlanılması pek mümkün olmayan muhtelif etkenleri gündeme getirmektedir. Bu noktada bir akdî ilişkiye tatbik edilebilecek birden fazla millî (iç) hukukun mevcut olabilmesi, esas alınacak hukukun nasıl tespit edileceğine dair önceden bir kriter getirilmesindeki güçlükler ve ihtilâfa tatbik edilecek millî (iç) hukuk kurallarının milletlerarası ticaretin ihtiyaç duyduğu hız, pratiklik, sürat kavramlarıyla uyuşmaması ve benzeri problemler, günümüz dünyasına hâkim serbest piyasa ekonomisinin efektif biçimde döndürülebilmesine engel teşkil etmekte ve tarafların emniyetli bir ortamdan uzak biçimde sözleşme akdetmelerine sebebiyet vermektedir. İşte bu kaygıları gidermek maksadıyla çıkılan yolda, 20.yüzyılda belirli sahalarda pek çok hukuk uyumlaştırması metni hazırlanarak sözleşme taraflarına tatbik edilecek tekdüze (yeknesak) kurallar getirilmiştir. Milletlerarası satım hukuku bağlamında kaleme alınmış ve 1988 tarihinde yürürlük kazanmış olan "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması" (CISG), işbu hukuk uyumlaştırması metinlerinden biri olup Anglo-Sakson *(Common Law)* ve Kara Avrupası *(Civil Law)* hukuk sistemlerinin satım hukukuna dair normlarını ve prensiplerini başarılı biçimde bir araya getirmiş ve ihdas edilecek müteakip pek çok hukuk uyumlaştırma metinlerine yol göstermiştir.[2014]

[2014] **Kanışlı,** Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık, s.1400.

CISG *(United Nations Convention on the International Sales of Goods)* ülkemizde 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olup öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair oldukça önemli ve kapsamlı düzenlemeler içeren bir uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmasıdır. Ayrıca uluslararası bir antlaşma niteliği taşıyan CISG metninin hazırlanmasında Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden ilham alınmış olsa dahi her hususta doğrudan doğruya işbu sistemlerde benimsenen hukukî çözümlerden birine yahut karma bir kabule yer verilmemiş; anılan hukuk sistemlerinde modern yaşamın ihtiyaçlarına yanıt vermeyen ancak alışılagelmiş kadim bir pratiği olması münasebetiyle yaşatılan kurumlar *("old relics")* yerine yeni bir düzen ortaya konmuştur.[2015] Zaten bu gerçeklik, CISG md.7/1 hükmündeki *"bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir."* cümlelerinden de çıkartılabilmektedir.[2016] Durum böyle olmakla beraber CISG'de kabul edilen "ifa engelleri" sisteminin, Anglo-Sakson hukuk sistemindeki "yeknesak sözleşmeye aykırılık" anlayışından önemli ölçüde ilham aldığı da doktrinde ifade edilmektedir.[2017] Nitekim doktrindeki tespitin haklı olduğu, CISG'de temerrüt, ifa imkânsızlığı, akdin müspet ihlâli, ayıplı veya eksik ifa gibi müesseseler üzerinden bir hukukî olgu tasnifi yapılmaksızın başlı başına bağımsız bir "sözleşmeye aykırılık" müessesesine yer verilmiş olmasından anlaşılabilmektedir.[2018] Yine CISG, Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak ve Anglo-Sakson hukuk sistemiyle paralel biçimde, md.74/1 hükmü bağlamında katı bir "kusurdan bağımsız sorumluluk anlayışı *(strict liability)*" benimsemiştir.[2019] Sözleşmedeki taraflardan birinin, dâhil olduğu sözleşmeden, ticarî örf ve âdet kurallarından yahut doğrudan CISG'den doğan

[2015] **Schlechtriem/Butler,** N.7.
[2016] CISG md.7/1 hükmü sebebiyledir ki CISG metnini yorumlamak ve uygulamak durumunda kalan bir mahkeme, kendi ulusal (iç) hukukundaki sübjektif ölçtüler ve telakkîler üzerinden hareket edemeyecektir, bkz. **Schlechtriem/Butler,** N.43.
[2017] **Atamer,** CISG, s.286-288; **Marcantonio,** s.46.
[2018] **Schwenzer/Hachem/Kee,** N.41.04; **Atamer,** CISG, 288; **Atamer,** İfa Engelleri, 332-333; **Kanışlı,** Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık, s.1400-1401; **Marcantonio,** s.45-46.
[2019] **Schlechtriem/Butler,** N.43.

yükümlülüklerini tam ve düzgün bir biçimde ifa etmemesi durumunda, karşı tarafın meydana gelen sözleşme ihlâli sebebiyle, türlü hukukî istemleri söz konusu olabilmektedir. Başka bir deyişle sözleşmenin konusu oluşturan ve borçlanılan edim, sözleşmeye uygun biçimde yerine getirilmemişse borçlu, söz konusu borç ilişkisini sona erdiremez ve buna mukabil alacaklı, tam ve doğru bir ifadan umduğu menfaate kavuşabilmek adına "aynen ifa istemi", "tazminat istemi", "sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı" ve benzeri muhtelif hukukî enstrümanlara başvurabilmektedir.[2020] CISG'in kabul ettiği sistem, görüldüğü üzere "hukukî sebep" değil de "müeyyide" temelli olduğundan dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın özel görünümleri ve bunlar karşısında tatbik edilecek müeyyideler esasen CISG md.71 ve md.72 hükümlerinde öngörülmüştür.[2021] Elbette anılan hükümlerdeki müeyyidelerin "art arda teslimli sözleşmeler" bakımından özellik arz eden tatbikini düzenleyen CISG md.73 hükmü de göz ardı edilmemelidir. CISG metni mercek altına alındığında, satıcı ve alıcının yükümlülükleri ayrı ayrı düzenlendikten sonra her ikisine dair ortak birtakım hükümlerin V. Bölüm çatısı altında öngörüldüğü anlaşılmaktadır. V. Bölüm'ün I. Ayrımı ise 71, 72 ve 73. maddelerden ibaret olup "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar ve Art Arda Teslimli Sözleşmeler" başlığını taşır.[2022] Başka bir deyişle CISG md.71-73 hükümleri *"Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler"* başlığı altında düzenlendiğinden hem alıcının hem de satıcının yani sözleşmenin her iki tarafının da gidebileceği hükümlerdendir.[2023] Anılan hükümler aralığında *Common Law* sisteminden mülhem olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık başlı başına düzenlenmiştir ki buna göre taraflardan birinin sözleşmenin akdedilmesinden sonraki süreçte ortaya çıkan bir nedenden ötürü, vâde geldiğinde edim yükümlülüğünü ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, sözleşme ihlâli öncelenmiş

[2020] **Kanışlı,** Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık, s.1400-1401.
[2021] **Huber/Mullis,** s.339.
[2022] Bkz. 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı RG'de yayımlanan Sözleşme metni. Aynı şekilde bkz. **Atamer,** CISG, s.505-506.
[2023] **Atamer,** CISG, s.409, dn.688.

sayılmaktadır. Nihayetinde böylelikle ifaya ilişkin menfaati tehlikeye giren tarafa, tıpkı sözleşmeye aykırılığın genel hükümlerinde olduğu üzere, burada da muhtelif hukukî olanaklar sunulmuştur.

"Sözleşmenin akdedilmesi" ile "ifa zamanı" arasında meydana gelen bazı aksaklıklar veya vâkıalar sebebiyle taraflardan birinin sözleşmeyi gelecekte ihlâl edeceğinin öngörülebilmesi hâlinde, karşı tarafın ifaya ilişkin menfaati korunmalı ve kendisine çeşitli hukukî imkânlara başvurabilme hakkı tanınmalıdır. İşte burada henüz gerçekleşmiş, yani hâlihazırda bir sözleşme ihlâli mevcut olmamakta; başka bir deyişle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli meydana gelmekte ve buna göre, taraflardan birinin beyanları ve/veya tutum ve davranışlarından edimini yerine getirmeyeceği belli olmakta yahut da objektif birtakım vâkıalardan hareketle sözleşmeye aykırı davranılacağı anlaşılabilmektedir. CISG md.71, md.72 ve md.73 hükümlerinde öngörülmüş olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinde iki temel müeyyide söz konusudur: ifayı askıya alma hakkı *(suspension)* ve sözleşmeden -öncelenmiş- dönme hakkı *(avoidance)*. İfaya ilişkin menfaati tehlikeye giren tarafın bunlar arasından hangi enstrümanı tercih edeceği, sözleşmeye aykırılığın ağırlığına ve vâde ânında ihlâlin gerçekleşme olasılığına bağlı olarak değişecektir. Başka bir deyişle sözleşmenin gelecekte ihlâl edileceğinin henüz muacceliyetten önce anlaşıldığı hâller, "ihlâlin yoğunluğu" ve "niteliği" esas alınarak iki ayrı hükümde düzenlenmiştir; bu bağlamda, CISG md.71'e göre ifayı askıya alma hakkı, CISG md.72'ye göre ise sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilmektedir. Elbette değindiğimiz hukukî imkânlar hâricinde ifaya ilişkin menfaati tehlikeye giren tarafın, CISG md.74 ve devamındaki hükümlere istinaden bir tazminat isteme hakkı da mevcuttur. Fakat ileride detaylı bir şekilde değineceğimiz üzere[2024] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda ifa menfaati zedelenen tarafa sunulan bu geniş çaplı hukukî enstrümanlar karşısında karşı tarafın da

[2024] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, VI, A, 3. Özel Olarak: Teminat (Güvence) Hükmü. Ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H. Teminat Gösterilmesi.

menfaati unutulmamış ve "yeterli bir teminat" göstermek suretiyle kendisine karşı söz konusu müeyyidelere başvurulmasını bertaraf edebilme imkânı verilmiştir.[2025]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bir kenara bırakılacak olursa tarafların sözleşmede taahhüt ettikleri edimleri vâdesinde ifa etmemelerinin hüküm ve sonuçları ve bu kapsamda başvurabilecekleri hukukî imkânlar, sırasıyla alıcı bakımından CISG md.45-52 hükümlerinde; satıcı bakımından ise CISG md.61-65 hükümlerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümlere ilâveten CISG md.74 hükmünde her iki taraf bakımından ortak başvurulabilecek bir düzenleme olarak "tazminat isteme hakkı" öngörülmüştür.

§ 11. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA İFAYI ASKIYA ALMA HAKKI (CISG md.71)

I. DÜZENLEME VE TARİHÇESİ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın ("Viyana Satım Sözleşmesi" olarak anılır) resmî tercümesi[2026] esas alındığında CISG md.71 hükmüne göre:

"(1) Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın;

(a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya

(b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle

yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.

[2025] **Kanışlı,** Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık, s.1399.
[2026] Bkz. 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı RG'de yayımlanan Sözleşme metni.

(2) Satıcı, I. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulunsa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir.

(3) Malların gönderilmesinden önce veya sonra sözleşmenin ifasını askıya alan taraf, askıya alma keyfiyetini derhal karşı tarafa bildirmek ve karşı tarafın sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi durumunda ifaya devam etmek zorundadır."

Hükmün tarihçesine bakıldığında milletlerarası satım hukukuna dair tüm taslak çalışmalarında rastlanılan "gerçekleşmesi yakın sözleşme ihlâli *(imminent breach of contracts)*" durumunda ifanın askıya alınması ve transit hâldeki malların taşınmasının durdurulması hakları, CISG md.71 hükmüne esas teşkil etmektedir.[2027] CISG md.71 hükmünden kronolojik açından daha eski bir düzenleme olan 1 Temmuz 1964 tarihli Uniform Law on the International Sale of Goods ("ULIS" olarak anılır) Art.73 hükmünde[2028] ifayı askıya alma hakkının yalnızca borçlunun ekonomik durumunun ağırlaşması şartıyla kullanılabileceği öngörülmüştür. Başka bir deyişle CISG md.71

[2027] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.2.

[2028] Art.73 ULIS hükmüne göre: *"1. Each party may suspend the performance of his obligations whenever, after the conclusion of the contract, the economic situation of the other party appears to have become so difficult that there is good reason to fear that he will not perform a material part of his obligations.*
2. If the seller has already despatched the goods before the economic situation of the buyer described in paragraph 1 of this Article becomes evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even if the latter holds a document which entitles him to obtain them.
3. Nevertheless, the seller shall not be entitled to prevent the handing over of the goods if they are claimed by a third person who is a lawful holder of a document which entitles him to obtain the goods, unless the document contains a reservation concerning the effects of its transfer or unless the seller can prove that the holder of the document, when he acquired it, knowingly acted to the detriment of the seller."
İlk fıkrada öngörüldüğü üzere; taraflardan her biri, sözleşmenin akdedilmesinden sonra diğer tarafın malî durumunun, yükümlülüklerinin önemli bir kısmını yerine getirmeyeceğinden kaygı duymasını gerektirecek kadar zorlaşması hâlinde, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.
İkinci fıkrada öngörüldüğü üzere; satıcı, alıcının bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen malî durumu ortaya çıkmadan önce malları göndermişse, alıcının elinde malları teslim alma hakkı veren bir belge olsa bile, malların alıcıya teslim edilmesini engelleyebilir.
Üçüncü fıkrada öngörüldüğü üzere; bununla birlikte, satıcı, kendisine malları alma hakkı veren bir belgenin yasal sahibi olan üçüncü bir kişi tarafından talep edilmesi hâlinde, belgede devrin etkilerine ilişkin bir çekince bulunmadıkça veya satıcı, belge sahibinin belgeyi edinirken bilerek satıcının zararına hareket ettiğini kanıtlayamadıkça, malların teslimini engelleme hakkına sahip olmayacaktır.

hükmüne kronolojik açıdan esas teşkil eden Art.73 ULIS hükmü, kapsam itibariyle daha dar bir düzenleme getirmiştir. Bu farklılık bir kenara bırakılırsa kullanılan terimler ve dil açısından Art.73 ULIS ve CISG md.71 hükümleri oldukça benzemekle birlikte CISG, birtakım yenilikleri beraberinde getirmiştir, bunlar: CISG md.71/3 hükmünün ilk cümlesinin ilk yarısındaki "stopaj hakkı", ikinci yarısındaki "teminat (güvence) gösterilmesini talep hakkı" ve "karşı tarafı bilgilendirme" yükümlülüğüdür.[2029] Art.73 ULIS hükmünde sayılan üç hukukî enstrümanın hiçbiri bulunmamaktadır.

Son olarak belirtelim ki CISG müzâkereleri sırasında md.71 ve md.72 hükümlerinin birleştirilmesi, tek bir madde altında düzenlenmesi tavsiye edilmiş;[2030] ayrıca CISG md.71 hükmü, ifayı askıya alma hakkının yeterli objektif kriterlere dayandırılmadığı savıyla, bilhassa gelişmekte olan ülke temsilcilerince eleştirilere mâruz kalmıştır.[2031]

II. KAPSAMI VE FONKSİYONU

A. Hükmün İçeriği

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki CISG md.71 hükmü, CISG md.72 ve md.73 ile aynı bağlamda ele alınmalıdır. Zira andığımız üç madde de kural olarak,[2032] sözleşmenin gerek satıcı gerekse de alıcı tarafına tatbik edilmekte olup tümü, sözleşmenin eksiksiz bir biçimde ifasına hizmet eder.[2033] Genel olarak şimdiden ifade etmek gerekirse CISG md.71 hükmü, borçludan kaynaklanan ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebilecek ihtimalleri düzenlerken; CISG md.72 hükmü, sözleşmenin öncelenmiş esaslı ihlâlini *(anticipatory fundamental breach of contract)* ve

[2029] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.2. Ancak düzenlemelere dair modern yorumlar ve eleştiriler için bkz. **Bianca, C.M./Bonell, M.J.:** Commentary on the International Sales Law the 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milan 1987, *(Bennett, H.T.),* Art.71, N.1.12.
[2030] **Enderlein/Maskow,** s.284.
[2031] **Strub,** s.493-494.
[2032] Sözünü ettiğimiz kuralın ayrıksı hâli ise şudur: CISG md.71/2 hükmü yalnızca satıcı bakımından, CISG md.73/3 hükmü ise yalnızca alıcı bakımından uygulanır.
[2033] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.3.

sözleşmenin ortadan kaldırılmasını düzenler. CISG md.73 hükmü ise art arda teslimli sözleşmelerin ifası sırasında ortaya çıkabilecek sorunları ve bunların çözümlerini düzenlemektedir. Bu yönüyle CISG, taraflara yalnızca vâde tarihinden sonra sözleşmeye aykırı davranılması durumları[2034] bakımından değil; aynı zamanda ifa aşamasında edimi tehlikeye düşüren durumlar bakımından da birtakım hukukî imkânlar sunmaktadır.[2035] Yine CISG'in andığımız maddelerini takip eden ve bunlarla oldukça bağlantılı olan md.74 hükmünde gelecekteki bir borca aykırı davranılmasından kaynaklanan zararın öngörülmesi veya tahmin edilebilmesine dair hususlar düzenlenmektedir. Özetle bir tasnif yapmak gerekirse; CISG md.71 hükmünde "ön hukukî imkânlar", CISG md.72 ve md.73 hükümlerinde "geleceğe yönelik öngörülebilecek hukukî imkânlar", yani edimin muaccel hâle gelmesinden yahut tamamen ifa edilmesinden önce yararlanılabilecek yollar düzenlenmiş durumdadır.[2036]

İnceleme konumuz bakımından CISG'in öngördüğü en ağır müeyyide olarak nitelendirebileceğimiz "sözleşmeden dönme *(avoidance)*"[2037] hâricinde[2038] daha hafif müeyyidelere bağlanmış öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlleri CISG md.71/1 hükmünde düzenlenmiştir. Öyle ki CISG md.71/1 hükmüne göre (a) ve (b) bentlerindeki hâllerden ötürü karşı tarafın (borçlunun) yükümlülüklerinin esaslı bir

[2034] Hukukumuzda olan durum budur, başka bir deyişle borca aykırılık sistemimiz, sadece muacceliyet yahut vâde tarihinden sonra ortaya çıkan ihtilâfları esas almakta ve buna uygun hukukî imkânlar tanımaktadır. Borçlu temerrüdü olsun, sonraki ifa imkânsızlığı yahut ayıplı veya eksik ifa olsun, her biri edimin ifa ânı ve sonrasında ortaya çıkabilecek sorunlar üzerine inşa edilmiştir. Oysa CISG andığımız maddeleriyle, muacceliyet yahut vâde tarihinden önce de ortaya çıkabilecek sorunları esas almıştır.
[2035] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.3.
[2036] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.3.
[2037] Doktrinde Atamer, CISG md.71 ve md.72 hükümlerinde açıkça zikredilen *"avoidance"* terimini, hukukumuz bakımından "dönme" olarak tercüme etmiştir, bkz. **Atamer,** CISG, s.394 vd. CISG'in Resmî Gazete'de yayımlanan metninde ise aynı kavram "ortadan kaldırma" biçiminde tercüme edilmiştir. Esasen çalışmamızda biz de Atamer gibi *"avoidance"* terimini "dönme" olarak ele almayı tercih etmekteyiz. Resmî Gazete'deki "ortadan kaldırma" tabirini ise CISG metninde geçen *"termination of contract"* terimini karşılamak için kullanmaktayız. Zira *"avoidance"* kullanıldığında, başka bir deyişle ileri sürüldüğünde hemen hemen hukukumuzdaki sözleşmeden dönme hakkıyla benzer etkiler yaratmaktadır. Ancak *"avoidance",* hukukumuzdaki sözleşmeden dönme hakkıyla birebir aynı değildir. Yeri geldikçe işbu konuya değinileceğinden ve etkiler açıkça inceleneceğinden şimdilik bu açıklamalarla iktifa edilmiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.81, N.5 vd.
[2038] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.1-2.

kısmını yerine getirmeyeceği anlaşılırsa, alacaklı ediminin ifasını askıya alabilir yahut ifaya hazırlık hareketlerini durdurabilir.[2039]

B. Hükmün Amacı

CISG md.71 hükmündeki edimin ifasını askıya alma hakkı *(suspension of performance),* taraflar arasındaki sözleşmenin ihlâli durumunda oldukça önemli ve hukukumuzda görülmeyen bir "kendi kendine yardım *(self-help remedy)*" yoludur.[2040] CISG md.71 hükmü, borçlunun borcunun önemli bir kısmını yerine getirip getirmeyeceği belirsiz ise alacaklının kendi ediminin ifasını askıya alabileceğini öngörmektedir. Böylece alacaklı, ifa ettiklerinin karşılığında hiçbir şey elde edememe riskine bilerek mâruz kalmaktan korunmuş olur. Bu temel amacının dışında CISG md.71 hükmü, taraflar arasındaki iş birliğini ve iletişimi artırıp ifa ihtimalini güçlendiren, başka bir deyişle sözleşme ilişkisini çözmek yerine sözleşmeyi ayakta tutma prensibine de *(favor contractus)* hizmet etmektedir.[2041]

Ayrıca CISG md.71 hükmü, hukukumuzdaki TBK md.97 (Art.82 OR) hükmüne benzer biçimde, "aynı ânda ifa kuralını" da içermektedir. Zira CISG md.71 hükmünün amaçsal yorumundan karşı tarafın edimini ifa etmeyeceği yahut sözleşmeye uygun şekilde bir ifada bulunmayacağı yeterince açıksa diğer tarafın da ifa ile yükümlü olmaması gerektiği çıkartılabilmektedir.[2042]

[2039] **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.277; **Honnold,** s.393.

[2040] **Secretary-General:** Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by Secretariat, 1979, Art.62, N.8.; **Strub,** s.495; **Honnold,** Art.71, N.389; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.1.1; **Zamir, Eyal:** "The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence", Virginia LR 2007, vol.93, ss.59-138, s.86; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.4.

[2041] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.817; **Zamir,** s.86; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.4.

[2042] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.4-5; **Brunner, Christoph:** Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles Exemption for Non-Performance in International Arbitration, Wolters Kluwer Law&Business, Bern 2008, Art.71, N.5; **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.818-819. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Pesticides Case I"*, OLG Köln, 19.05.2008, CISG-online 1700; *"French Shoes Case II"*, OLG Karlsruhe, 20.07.2004, CISG-online 858;

İşin niteliği gereği ifayı askıya alma hakkı, yalnızca karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmeler bakımından kullanılabilir.[2043] Önemle belirtmek gerekir ki alacaklı, sözleşmedeki karşılıklı borçlardan sadece borçlunun ifasını tehlikeye soktuğu edimin karşılığını oluşturan kendi edimini yerine getirmeme hakkına sahiptir. Başka bir deyişle alacaklı, borçlunun yan edim yükümlülüklerini ifa etmesi konusunda bir baskı yaratmak için kendi aslî ediminin ifasını askıya alamaz.[2044] Edim yükümlülüklerinin birbirlerinin karşılığını oluşturması, *"quid pro quo"* ilkesiyle açıklanır; bu ilkeye göre taraflardan biri, diğer tarafa bir karşı-edim taahhüt etmiş olmasaydı sözleşmenin akdedilmeyeceğinin belli olması gerekir. Ancak CISG literatüründeki modern yaklaşımlar ve içtihatlar, tarafın diğer yükümlülüklerin yanı sıra, karşılıklı olmayan akdî yükümlülükleriyle ilgili olarak da kendi edimini askıya almasına imkân sağlayacak "genel bir askıya alma hakkının" kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.[2045] Ne var ki kanaatimizce bu yaklaşımlar, CISG md.71 hükmünün lafzına şimdilik uygun düşmemektedir. Dolayısıyla ifayı askıya alma hakkının "sözleşmeye" ve "edime" dair iki kümülatif şartı sağlaması gerekir ki bunlar: Sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve tarafların akdî ilişkiyi tesis etme sebebini karşı tarafın ediminin oluşturmasıdır *(quid pro quo).*[2046]

Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.5, dn.12. Ayrıca bu hususta paralel hukukî düzenlemelerden olarak bkz. ve karş. Art.7.3.3 PICC ve devamı hükümleri.

[2043] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.5. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Glass Recycling Machine Case",* OGH, 08.11.2005, CISG-online 1156; *"Cosmetic and Perfume Products Case",* OLG Frankfurt a M, 06.10.2004, CISG-online 996; *"Swedish Furniture Case",* LG Darmstadt, 29.05.2001, CISG-online 686; *"Ethyl Acetate Case",* OLG Dresden, 27.12.1999, CISG-online 511; *"Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH",* OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online 385; *"Industrial Equipment Case I",* ICC, 23.01.1997, CISG-online 236. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.5, dn.12.

[2044] **Strub,** s.494.

[2045] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.5.

[2046] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.5.

C. Hükmün Kapsamı

1. Alacaklı yahut Borçlu Tarafından Yapılan Peşin İfa ve Karşılıklı İfa

CISG md.71 hükmü, yalnızca tarafların aynı ânda ifa hususunda mutabık oldukları yahut borçlunun edimini önceden yerine getireceği hâllerde değil; alacaklının edimini önceden yerine getirmesi gereken hâllerde de uygulanır. İşte bu ikinci ihtimalde CISG md.71 hükmü özellik arz eder: Hüküm, önce ifada bulunması gereken ve bu nedenle mal ile bedelin aynı ânda değişimi (aynı ânda ifa) kuralına dayanamayacak alacaklıya da kendi ediminin "ifasını durdurma *(to withhold performance)*" imkânı sağlar.[2047] Anlaşılan odur ki CISG md.71 hükmünün uygulanması için karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* bir sözleşmenin varlığı ön şart olmakla birlikte, aynı ânda ifa yükümlülüğünün bulunması zorunlu değildir.

İfayı durdurma hakkı, bazı farklılıklar arz etmekle birlikte, diğer milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde de kabul edilmektedir. CISG'den farklı olarak PICC[2048] ve PECL[2049] metinlerinde ifayı askıya alma hakkına sadece borçlunun edimini önceden yerine getirmesi gereken hâllerde yahut tarafların edimlerini aynı ânda ifa etmesinin kararlaştırıldığı hâllerde izin verilmektedir. Oysa DCFR[2050], CISG'e benzer olarak, taraflardan hangisinin edimini önce ifa etmesi gerektiği hususuna bakmaksızın her ihtimalde ifanın askıya alınabileceği kuralını benimsemiştir.[2051]

[2047] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.6.

[2048] Art.7.1.3 para.1 PICC hükmüne göre: *"Tarafların aynı anda ifada bulunmalarının gerektiği durumlarda, taraflardan her biri diğer taraf ifada bulununcaya kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir. (2) Tarafların birbirini izleyecek şekilde ifada bulunacakları durumlarda, daha sonra ifada bulunması gereken taraf, ilk taraf ifada bulununcaya kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir."*

[2049] Art.9:201 para.1 PECL hükmüne göre: *"Karşı tarafla aynı anda veya ondan daha sonra ifada bulunacak olan taraf, karşı taraf ifada bulunmayı teklif edene veya ifada bulunana kadar ifadan kaçınabilir."*

[2050] III.-3:401 para.1 DCFR hükmüne göre: *"Aynı anda ya da borçlunun ifasından sonra edimini yerine getirecek olan alacaklı, borçlu ifayı teklif edinceye veya ifayı gerçekleştirinceye kadar kendi edimini ifa etmeme hakkına sahiptir."*

[2051] Söz konusu tespitler için bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.7.

2. Olası Aksaklıklar

CISG md.71 hükmünde ifayı askıya alma hakkının kullanılmasına zemin hazırlayan ve karşı tarafın sebebiyet verdiği tehlikeler, hemen her çeşit aksaklığı kapsayacak kadar geniş kavramlarla tarif edilmiştir. Örneğin CISG md.71/2 hükmüne bakıldığında ifayı askıya alma hakkının şartları (CISG md.71/1 (a) ve (b) bentlerinde sayılan) bir kez oluşmuşsa satıcının alıcıya gönderdiği ve yolda olan malların alıcıya teslimini dahi engelleyebileceği görülmektedir. Başka bir deyişle ifayı askıya alma hakkı, yalnızca edim konusu şey karşı tarafa henüz gönderilmemişken değil, edim karşı tarafa gönderilmiş ancak henüz ona ulaşmamışken dahi kullanılabilecek kadar geniş tutulmuştur. Bu durum, *"right of stoppage in transitu"* yani taşıma hâlindeki malı durdurabilme hakkı olarak bilinmektedir.[2052]

3. Art Arda Teslimli (Taksitli) Sözleşmeler Bakımından Durum

Art arda teslimli sözleşmeler, CISG md.73 hükmünde ayrı olarak düzenlenmiştir. Kuşkusuz bu hükümde art arda teslimli bir sözleşmenin taraflarına birtakım "özel" hak ve imkânlar tanınmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki CISG md.73 hükmü, CISG md.71 hükmündeki genel nitelikli hukukî imkânların kullanılmasını engellemez, dışlamaz. Başka bir deyişle art arda teslimli bir sözleşmede ifa menfaati zedelenen taraf, her iki hükmün uygulanma şartlarını sağlamış olmak kaydıyla dilerse CISG md.71 hükmündeki genel nitelikli hukukî imkânlardan dilerse de CISG md.73 hükmünün sağladığı nispeten özel haklardan yararlanabilir, iki hüküm arasında dışlama değil yarışma söz konusu olabilir. Örneğin ifa menfaati zedelenen taraf, CISG md.71 hükmüne istinaden kendi ediminin ifasını askıya alabileceği gibi CISG md.73/2 hükmüne istinaden sözleşmenin ortadan kalktığını da beyan edebilir.[2053]

[2052] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.8.

[2053] **Gabriel, Henry Deeb:** Contracts for the Sale of Goods – A Comparison of U.S. and International

4. Tazminatın Askıya Alınması

CISG md.71 hükmü, alacaklının sözleşmeden doğan aslî edim yükümlülüğünün yerini tâlî nitelikte bir tazminat ödeme yükümlülüğünün aldığı durumlarda da uygulanabilir.[2054] Bununla birlikte borçlunun aslî edim yükümlülüğünün bir tazminat talebiyle ikame edildiği durumlar, lafzî açıdan bakıldığında CISG md.71 kapsamına girmemelidir. Zira borçlunun söz konusu borcu, henüz muaccel olmamış ve tehlikeye düşmüş, gelecekteki bir edim olmalıdır. Ancak CISG literatüründeki modern yaklaşımlar ve içtihatlar, söz konusu edimin muaccel hâle geldiği durumları da ihtivâ edecek genel ve kapsamlı bir ifayı askıya alma hakkının gerekliliğine işaret etmektedir. İşte bu yaklaşımlar benimsenirse, borçlunun aslî edim yükümlülüğünün yerini tâlî nitelikte bir tazminat ödeme yükümlülüğü alabilir ve alacaklı ifayı askıya alma hakkını, daha sonradan borçlunun tazminat ödememesine karşı da kullanabilir.[2055]

5. Modern Yaklaşımların Bir Önerisi Olarak: Genel Askıya Alma Hakkı

CISG md.71 hükmü, edimin ifasını askıya alma veya ifayı durdurma hakkını yalnızca edimin henüz muaccel hâle gelmediği durumlar ile sınırlandırmaktadır. CISG md.71 hükmü, edim muaccel olduktan veya vâde geldikten sonra gerçekleştirilen bir ifayı reddetme hakkı vermez. İfa gerçekleştirilmiş fakat ayıplı veya eksik bir teslim durumunda ifa menfaati zedelenen tarafın CISG md.71 hükmüne istinaden kendi ediminin ifasını askıya alma veya durdurma gibi bir seçeneği söz konusu olmayıp yalnızca CISG md.45 ve CISG md.61 gibi "sözleşmenin ihlâline" dair diğer hükümlere başvurması mümkündür.[2056] Deyim yerindeyse CISG md.71 hükmü sadece bir kılıçtır,

---

Law, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2009, s.219.

[2054] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.10. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Ethyl Acetate Case",* OLG Dresden, 27.12.1999, CISG-online 511; *"Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH",* OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online 385. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.10, dn.20.

[2055] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.10.

[2056] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.11. Bu konudaki dava örneği için bkz. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (MKAC), 24.05.2004, CISG-online 1210: "Hatalı teslimat hâlinde satın alma bedelinin ödenmesinden

kalkan değildir; alacaklı ifayı askıya alma hakkı sayesinde kendi edimi bakımından zarara uğramaktan kurtulabilir fakat ayıplı bir ifaya mâruz kalmışsa bile artık kendi edimini ifadan kaçınamaz.[2057] Sonuç olarak ayıplı ifayla karşılaşan bir alacaklı, kendi edimi muaccel olduktan sonra bunu ifa etmek zorunda olacak ve ayıplı ifadan dolayı ayrıca bir dava ile uğraşmak durumunda kalacaktır.[2058]

Bu yönüyle CISG md.71, pek çok ihtimalden sadece birini karşılayabilmektedir. Diğer hukuk sistemlerinde ise farklı farklı çözümlerin benimsendiği görülür. Örnek olarak § 2-609 UCC hükmü, alacaklının ifanın bir kısmını kabul ettiği ve ifanın gelecekteki kısımlarının ayıplı/kusurlu olacağını mâkul surette varsayabileceği hâllerde de ifanın askıya alınmasına müsaade ederek hemen yukarıdaki paragrafta izah ettiğimiz sorunu önler.[2059] Son zamanlarda CISG literatüründeki modern yaklaşımlar ve içtihatlar,[2060] CISG md.81/2 hükmünün ikinci cümlesi, CISG md.85 hükmünün ikinci cümlesi, CISG md.86/1 hükmünün ikinci cümlesi ve CISG md.58/1 hükmünün ikinci cümlesiyle birlikte CISG md.71 hükmünden "genel bir askıya alma hakkı" çıkartıp CISG'in ekonomik olmayan yaklaşımını hafifletmeye çalışmıştır.[2061]

---

kaçınılamaz." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.11, dn.21.

[2057] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Mimusa C.A. v. Yves Saint Laurent Parfums S.A.",* CdC, 20.02.2007, CISG-online 1492.

[2058] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.11.

[2059] § 2-609 para.3 UCC hükmüne göre: *"Uygun olmayan bir teslimatı veya ödemeyi kabul etmek, ifa menfaati zedelenen tarafın gelecekteki ifaya dair bir güvence gösterilmesini talep etme hakkına halel getirmez."* **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.12; UCC'nin tarihçesine dair ayrıca bkz. **Rowley,** s.636.

[2060] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Glass Recycling Machine Case",* OGH, 08.11.2005, CISG-online 1156; *"Elkay Manufacturing Co. v. Compañía de Aguas Belnature, SL",* Audiencia Provincial de Navarra (Court of Appeal Navarra), 27.03.2000, CISG-online 575. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.12, dn.25. *"Yiwu Majiali Import & Export Co., Ltd. v Y & Q International Trade (Group), Inc.",* Intermediate People's Court Shanghai No.1, 29.06.2005, CISG-online 1656: "Eğer ifa etmeme, ikinci (diğer sözleşmedeki) yükümlülüklerden ileri gelmişse, ifanın askıya alınması hakkı kullanılamaz."

[2061] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.12. Esas alınan hükümlere değinmek gereklidir. CISG md.81/2 hükmünün ikinci cümlesine göre *"...her iki taraf da iade borcu altında ise, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir."* CISG md.85 hükmünün ikinci cümlesine göre *"...yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir."* CISG md.86/1 hükmünün ikinci cümlesine göre *"...yapmış olduğu makul masraflar satıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir."* CISG md.58/1 hükmünün ikinci cümlesine göre *"...satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, ödemenin yapılması koşuluna bağlayabilir."*

Kuramsal yaklaşımlar ve bu türden bir "genel askıya alma hakkının" gereklilikleri ayrıntılarda farklılık arz edebilir. Fakat hemen yukarıda değindiğimiz hükümlerdeki özel nitelikli alıkoyma haklarının, belirli şartlara tâbi olarak, alacaklının CISG md.71 hükmünün dar kapsamının ötesinde de ifayı askıya alma hakkına sahip olabileceği genel fikrini yansıttığı konusunda bir mutabakat vardır. Bu türden bir genel askıya alma hakkı, bir yandan, ilgili sözleşme yükümlülüğünün henüz muaccel hâle gelmediği ancak CISG md.71/1 hükmünde aranan "esaslılık" kriterinin sağlanamadığı hâllerde kullanılabilir. Diğer yandan, borçlu tarafından ifanın gerçekleştirildiğinin iddia edildiği fakat alacaklı açısından tatmin edici olmadığı hâllerde alacaklının kendi edimini ifa etmesi hâlen çok riskli olacağından, bu ihtimalde de genel bir askıya alma hakkı kullanılabilir.[2062] Bu türden bir "genel askıya alma hakkının" gerekli olduğunu savunan görüşlerin temelinde, alacaklının kendi edimini yerine getirse bile karşılık olarak tatmin edici bir ifayı alamayacağı riskinin bulunduğunu bilerek buna rağmen ifasını yerine getirmek zorunda bırakılmamasını sağlama düşüncesi yatmaktadır.[2063]

D. Hükmün Sonuçları ve Etkileri

CISG md.71 hükmüne istinaden ifayı askıya alma veya durdurma (stopaj) hakkının kullanılması, bu hakka başvuran tarafın kendi edimine ilişkin vâde tarihini ötelemiş olur. Hatta taraflar arasındaki sözleşme "askıya alınmış *(put on hold)*" olur. CISG md.71 hükmü, borcun ihlâl edilmesi riski ortadan kalktığında yahut anılan maddenin 3. fıkrası gereğince bir teminat gösterilmesi suretiyle bu risk bertaraf edildiğinde, tarafların yine eskisi gibi sözleşme programına geri döneceği fikrini

[2062] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Glass Recycling Machine Case",* OGH, 08.11.2005, CISG-online 1156: "Teslim edilen makinelerdeki sayısız ayıp dolayısıyla satım bedelinin alıkonulması"; *"Elkay Manufacturing Co. v. Compañía de Aguas Belnature, SL",* Audiencia Provincial de Navarra (Court of Appeal Navarra), 27.03.2000, CISG-online 575: "Teslim edilen su kaynatıcısındaki ayıp, alıcıya CISG md.71/1 hükmüne istinaden satım bedelini ifadan imtinâ hakkı tanır."; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (MKAC), 24.05.2004, CISG-online 1210: "Hatalı teslimat hâlinde satın alma bedelinin ödenmesinden kaçınılamaz." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.12, dn.27-28.

[2063] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.12.

yansıtmaktadır. Böyle olmakla birlikte borcun zamanında ifa edileceğine dair yeterli bir teminat gösterilmemesi hâlinde alacaklı, artık ifayı tümüyle reddetme imkânına sahiptir (CISG md.72/3) ki bu da alacaklıya sözleşmeyi sona erdirme yetkisi vermektedir.[2064]

E. Hükmün Emredici Olmayan Niteliği

CISG md.71 hükmü, niteliği gereği zorunlu veya emredici bir düzenleme içermez. Yine de anılan madde, tarafların üzerinde mutabık olduğu kesin bir peşin ifa yükümlülüğünü geriye dönük olarak değiştirmek amacıyla kötüye kullanılamaz. Dolayısıyla örneğin taraflar gayrikabili rücu bir akreditif üzerinde anlaşmışlarsa teslime konu malların ayıplı veya hasarlı olacağı yüksek ihtimal olsa dahi, gerekli belgeler temin edildiği sürece alıcı, kendi edimini (bedel) peşinen ifa etmekle yükümlü olmaya devam eder. Zaten aksinin kabulü durumunda, alıcının gayrikabili rücu akreditif ile yüklendiği peşin ifa yükümlülüğü anlamsız hâle gelmiş olur.[2065]

III. İLERİDEKİ SÖZLEŞMESEL BİR YÜKÜMLÜLÜĞÜN ÖNEMLİ BİR KISMININ BEKLENEN VE ÖNGÖRÜLEBİLEN İHLÂLİ (CISG md.71/1)

A. Genel Olarak

Alacaklı, CISG md.71/1 hükmüne istinaden şu şartların sağlanması durumunda ifayı askıya alma hakkına başvurabilir: (1) Taraflar arasında sözleşmenin geçerli bir şekilde akdedilmesinden sonra (2) kuvvetli bir ihtimalle, (3) borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin önemli bir kısmının (4) anılan hükmün "a" ve "b" bentlerinde sayılan sebeplerden biriyle (5) yerine getirilemeyeceğinin ortaya çıkmasıdır. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki CISG md.71/3 hükmünde sözü edilen bildirimde

[2064] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.16. Ayrıca sözleşmenin sona erdirilmesine dair detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, V. Öncelenmiş ve Kesin İfa Reddi (Bildirimde Bulunma Gerekmeksizin, CISG md.72/3).
[2065] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.17.

bulunma yükümlülüğü, ifayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için aranan şartlardan biri değildir.[2066]

B. Özel Olarak Şartlar

1. Sözleşmeden Doğan Bir Yükümlülüğün Beklenen İhlâli

Gerek ifayı askıya alma hakkının *(suspension of performance)* gerekse de transit hâlindeki malların taşınmasının durdurulması hakkının *(right of stoppage in transitu)* kullanılabilmesi, karşı tarafın yükümlülüklerinin önemli bir kısmını ihlâl edeceği hususunda bir tehlikenin mevcudiyetini gerektirir.[2067] Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki karşı tarafın "yükümlülüklerinin önemli bir kısmını ihlâl etmesi" hususu, CISG md.25 hükmündeki sözleşmenin "esaslı ihlâli" hususundan oldukça farklı bir müesseseye işaret eder. Zira CISG md.71 hükmündeki ihlâl eşiği, CISG md.25 hükmündekine nispeten çok daha düşük ve kolaydır.[2068] Bu farklılığın sebebi, ifayı askıya alma veya durdurma hakkının, aslında sadece önleyici nitelikli bir hukukî enstrüman olmasıdır. Keza aksi hâlde esaslı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık *(fundamental anticipatory breach)* hâlinde ifa menfaati zedelenen tarafa sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı[2069] veren CISG md.72 hükmü, işlevsiz olurdu.

[2066] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.18. CISG md.71/3 hükmünde sözü edilen bildirimde bulunma yükümlülüğü hakkında detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, IV, C. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü.

[2067] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.19.

[2068] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.2.4; **Brunner,** Art.71, N.6 ve N.12; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.19. Gerçekten de bu tespite sadece maddelerin lafzına bakarak da ulaşmak mümkündür. CISG md.71/1 hükmünde *"not perform a substantial part of his obligation"* ibaresi tercih edilmişken; CISG md.25 hükmünde *"a breach of cantract…is fundamental…"* ibareleri kullanılmıştır. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Italian shoes case XV",* LG Berlin, 15.09.1994, CISG-online 399. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.19, dn.47.

[2069] *"The right of avoidance",* yani sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı ile kastedilen -olması gereken- sözleşmeden dönme hakkıdır. Ancak bilhassa CISG md.72 hükmü bağlamında sıkça kullanacağımız sözleşmeyi ortadan kaldırma yani sözleşmeden dönme hakkı, borçlar hukukunda alışılagelmiş "klâsik bir sözleşmeden dönme" değildir. CISG md.72 bağlamında sözleşmeden dönme, "öncelenmiş (erken) dönme" hakkıdır. Zira burada sözleşmeden dönme hakkı, klâsik manada dönmeden farklı olarak vâdeden sonra değil, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte, yani müeccel olan bir borç bakımından kullanılan dönme hakkıdır, ki bunu öncelenmiş (erken) dönme olarak anmakta kanaatimizce bir sakınca yoktur. Nasıl ki borca aykırılığın sonuçlarından birisi de sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıysa, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından birisi de öncelenmiş sözleşmeden

"Yükümlülüklerin önemli bir kısmının" ne olduğu sorusuna, sözleşmenin bütünü ışığında yanıt verilmelidir. Ayrıca bu soruya yanıt verirken alacaklının ifaya ilişkin beklentileri de göz önünde bulundurulmalıdır. Fakat bu beklenti, yalnızca alacaklının inisiyatifine bırakılmış olmayıp borçlunun da ifaya ilişkin beklentiyi biliyor veya bilebilecek durumda olması gerekir. Alacaklının mâkul beklentisi, bilhassa belirli yükümlülüklerin değerlendirilmesinde daha da önem arz eder. Örneğin borcun vaktinde ifa edilmesi yahut ifa yeri, alacaklı için belirli bir öneme sahipse bunlara dair beklenen sözleşmeye aykırılık *(impending breach of contract),* borçlunun yükümlülüklerinin önemli bir kısmının ihlâl edildiği anlamına gelebilecektir. Ayrıca bu soru yanıtlanırken, genel olarak, ifayı askıya alma çözümünün taraflar menfaatleri arasında dengeli bir sonuç yaratmayı amaçladığı da akılda tutulmalıdır.[2070]

Viyana Satım Sözleşmesi'nin temel ilkelerine uygun olarak, taraflar arasındaki sözleşme ihlâline yönelik tehlikenin, kusurdan kaynaklanması gerekli değildir. Ancak zarar nedeniyle sorumluluktan kurtulmaya dair CISG md.79 hükmü, bizzat 5. fıkrasındaki düzenleme sebebiyle, CISG md.71 hükmündeki şartları oluşmuşsa ifayı askıya alma hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Ayrıca alacaklının kendi ediminin ifasını askıya alıp alamayacağı belirlenirken CISG md.80 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. CISG md.80 hükmüne göre *"bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz."* Dolayısıyla borçlunun edimini ifasının tehlikeye düşmüş olmasına alacaklı bir şekilde sebebiyet vermişse ifayı askıya alma hakkını kullanması düşünülemez.[2071] Kanaatimizce bu durumda CISG md.80 hükmü mevcut olmasaydı veya göz önünde bulundurulmasaydı bile "çelişkili davranış

dönme hakkı olarak izah edilmelidir.

[2070] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.20.

[2071] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.21. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Furniture case IV",* LG München I, 06.04.2000, CISG-online 665: "Alıcının ödemesini iptal etmesi veya kaldırması, satıcıya gelecek mobilya teslimatlarının ifasını askıya alma hakkı sağlamaz. Çünkü alıcının ödeme yapmaması, sadece önceki (geçmişteki) teslimatların sözleşmeye uygun olmamasından dolayıdır ve haklı bir davranıştır." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.21, dn.59.

yasağı *(venire contra factum proprium)"* prensibine istinaden alacaklının hem karşı tarafın ediminin ifasını tehlikeye sokması hem de daha sonra bu nedenle kendi ediminin ifasını askıya alacağını beyan etmesi, hukuken himâye görmezdi.

2. Tehlike Sebepleri

a. Yükümlülüklerin Esaslı Bir Kısmının İhlâli Tehlikesi [CISG md.71/1 Hükmünün (a) bendi]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâllerinden biri CISG md.71/1 hükmünün (a) bendine göre sözleşmenin kurulmasından sonra taraflardan birinin *"...ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle..."* muacceliyet tarihinde *"...yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması..."* durumudur.

Esasen CISG söz konusu bentte, beklenen sözleşmeye aykırılığa *(impending breach of contract)* yol açabilecek bazı durumları spesifikleştirmek istemektedir. Ne var ki bu durumlara ilişkin olarak bentte öngörülen liste, gelecekteki tüm tehlike sebeplerini kapsayacak kadar geniş ve tartışmaya açıktır. Örneğin CISG md.71/1 hükmünün (a) bendindeki *"...karşı tarafın ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik..."* ifadesi, yalnızca grev, savaş veya üretim tesislerindeki yangın ya da diğer doğal olaylar nedeniyle yaşanan maddî (fiilî) ifa engellerini değil, aynı zamanda hukukî ifa engellerini de kapsayacak kadar geniştir.[2072] Fakat örneğin ifanın tehlikeye düşmesine sebebiyet verebilecek temel piyasa koşulları veya piyasada yaşanacak gelişmelere ilişkin bilinebilecek/bulunabilecek bilgiler, CISG md.71/1 hükmünün (a) bendi anlamında bir tehlike sebebi sayılmaz. Dolayısıyla belirli bir pazardaki arzın önemli ölçüde daha

[2072] Bu bağlamda savaşın patlak vermesi, grev, yangın, ihrâcata getirilen ambargolar birer örnek olarak sayılmıştır, bkz. **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.277; **Strub,** s.494-495; **Secretariat Commentary,** Art.62, N.4; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.2.6; **Schlechtriem/Butler,** N.257-259; **Huber/Mullis,** s.341. Örneğin bir davada CISG md.71/1 hükmünün (a) bendi, satıcının malları elinde bulundurmaması nedeniyle açıkça malları teslim edemediği bir durumda alıcının ödemeyi askıya alması imkânını, haklı göstermek için dahi tatbik edilebilmiştir, bkz. *"Hungarian furniture case",* OLG Hamm, 23.06.1998, CISG-online 434. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.22, dn.60.

pahalı hâle gelebileceğine dair haberler bir engel olarak nitelendirilemez.[2073] Esasen kanaatimizce burada zikredilen hâllerin hemen birçoğu hukukumuz bakımından TBK md.98 (Art.83 OR) hükmündeki ifa güçsüzlüğü veya TBK md.138 (§ 313 BGB) hükmündeki aşırı ifa güçlüğüne yahut sonraki objektif veya sübjektif imkânsızlığa sebebiyet verebilecek örneklerdir. Dolayısıyla CISG md.71/1 hükmünün (a) bendi, Türk hukukuna yabancı değildir.

Kredibilite hususundaki ciddî bir eksiklik *(creditworthiness),* CISG md.71/1 hükmünün (a) bendinde sözü edilen *"ifa kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik"* ile aynı şekilde muamele görür. Esasen bentteki kural, bilhassa alıcıya uygun olarak düzenlenmiştir; ancak aynı zamanda satıcı için de uygulanma imkânı bulunur. Örneğin teslim edilecek malların önceden tedariki yahut ifadan önce gerçekleştirilmesi gereken birtakım hazırlık hareketleri söz konusu olduğunda elbette bentteki kural, satıcı için de uygulanabilirlik kazanır. Kredibilite hususunda meydana gelen ciddî aksaklık, örneğin borçlunun borçlarını ödeyemeyip de iflâs etmiş olmasından yahut ödeme akışının kesilmesi ve benzeri durumlardan ileri gelebilir.[2074] Tek bir kambiyo senedine ilişkin olarak çekilen tek bir protestonun yahut bir veya birden fazla borcun ödenmesindeki gecikmenin ifayı askıya alma gerekçesi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, koşullara ve CISG md.80 hükmüne göre tâyin edilebilir.[2075] Ödemelerdeki kısa bir

[2073] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.22.

[2074] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.23-24; **Schlechtriem/Butler,** N.257. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV",* RBK Hasselt, 01.03.1995, CISG-online 373: "Ödeme hususundaki yedi aylık gecikme, satıcıya ediminin kalan kısmı için ifasını askıya alma hakkını kullanma imkânı verir; çünkü satıcı bu durumda, karşı tarafın gelecekteki olası malî zorluklarını şimdiden varsayabilir."; *"Cosmetic and Perfume Products Case",* OLG Frankfurt a M, 06.10.2004, CISG-online 996; *"Furniture case IV",* LG München I, 06.04.2000, CISG-online 665: "Alıcının teslim edilen mobilyaların bedelini kullanılan malzemelerin sözleşmede kararlaştırılana uygun olmaması sebebiyle ödememesi, CISG md.71 hükmüne göre satıcının gelecek mobilya teslimatlarının ifasını askıya almasına imkân vermez." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.24, dn.69.

[2075] **Secretariat Commentary,** Art.62, N.6; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.2.6. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH et al.",* Supr. Ct. BC, 21.08.2003, CISG-online 1017: "Alıcının üzerinde mutabık kalınan akreditifi sağlamadığı müddetçe ifanın askıya alınması hakkı devam eder."; *"ATT v. Armco",* International Arbitration Court of the Belarusian Chamber of Commerce and Industry, 05.10.1995, CISG-online 861: "Yerine getirilen teslimatların karşılığında satım bedelinin büyük bir kısmını ödememe, satıcıya gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak ifasını askıya alma hakkı verir." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.24,

gecikme veya yavaşlama, genellikle bu bendin uygulanması bakımından yeterli olmamaktadır;[2076] ancak eğer borçlu, aynı iş münasebeti dâhilinde düzenli olarak, kalan borcunu geciktirmekte ise bu durum, ifanın askıya alınmasına temel teşkil edecek bir sebep olarak değerlendirilebilir.[2077]

Yine CISG md.71/1 hükmünün (a) bendi bağlamında ifade etmek gerekir ki Anglo-Sakson hukuk sisteminde ifa güçsüzlüğü sebebiyle bir sözleşmenin sona erdirilebilmesi için bu hâlin, "sözleşmenin ticarî maksadı" dikkate alındığında işlem temelini çökertecek kadar uzun sürecek bir vâkıa olması gerektiği fikri hâkimdir.[2078] Dolayısıyla kanaatimizce Anglo-Sakson hukuk sistemindeki bu genel geçer kabul, CISG md.71/1 hükmünün (a) bendindeki ifa güçsüzlüğü hâlleri sebebiyle ifanın askıya alma hakkına başvurulabilmesi açısından bir kriter olarak değerlendirilmelidir.

b. İfaya Hazırlık Aşamasında İhlâl Tehlikesi [CISG md.71/1 Hükmünün (b) bendi]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâllerinden bir diğeri ise CISG md.71/1 hükmünün (b) bendine göre taraflardan birinin *"...sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle..."* muacceliyet tarihinde *"...yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması..."* durumudur.

CISG md.71/1 hükmünün (a) bendindeki "genel tehlike sebeplerine" ek olarak aynı maddenin (b) bendinde borçlunun sözleşmeyi ifaya hazırlık hareketlerinde yahut ifa ederken sergilediği tutumun, yükümlülüklerinin önemli bir kısmını yerine getirip

---

dn.71.

[2076] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.23-24. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Umbrellas Case",* OGH, 12.02.1998, CISG-online 349: "Tek tük gecikmeler yahut genel bir yavaşlık hâli, kredibilitede ciddî bir aksaklığın olduğunu düşünmek için yeterli görülemez." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.24, dn.72.

[2077] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.23-24. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Mimusa C.A. v. Yves Saint Laurent Parfums S.A.",* CdC, 20.02.2007, CISG-online 1492; *"Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al.",* S.D.N.Y, 29.05.2009, CISG-online 1892: "Ödemedeki üç aylık bir gecikme, karşı tarafa ediminin ifasını askıya alma hakkı sağlar." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.24, dn.73.

[2078] **Andrews/Clarke/Tettenborn/Virgo,** s.124 ve s.146.

getirmeyeceği hususunda şüpheye yol açması durumunda da ifayı askıya alma hakkının kullanılabileceği öngörülmüştür. "Zaman" unsuru, bu bağlamda bilhassa önem arz etmektedir. Zira satıcının hammadde veya yardımcı malzemeleri, lisansları, ihrâcat izinlerini ya da benzerlerini "zamanında" temin edememesi, CISG md.71/1 hükmünün (b) bendindeki durumun tipik örnekleri olarak sayılabilir. Borçlunun tutum ve davranışlarının alacaklıya kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı sağlayacağı diğer durumlar; onaylanmamış (izin verilmemiş) veya kusurlu, hasarlı malzeme ya da bileşenlerin kullanılması, uygun olmayan taşıma vasıtalarının kullanılması, hatalı paketlemeler, talimatların eksik açıklanması olarak sıralanabilir.[2079] Yine doktrinde alıcının, sözleşmede açıkça belirtilmesine karşın satıcının temin edeceği malların tevdi edileceği depoyu henüz hazırlamamış olması[2080] ya da bunları teslim almak maksadıyla gereken işlemleri gerçekleştirmemesi yahut satıcının sözleşmeye aykırı hammadde kullanması veya gerekli ruhsatları alabilmek için zamanında başvuru yapmamış olması, akreditif açılmaması da CISG md.71/1 hükmünün (b) bendine örnek olarak verilmektedir.[2081] Sonuncu ancak bir o kadar da önem arz eden diğer bir durum; borçlunun haklı bir sebep olmaksızın ifayı gerçekleştirmeyi reddediyor olmasıdır ki bu alacaklıya her zaman bedel ödeme borcunun ifasını askıya alma hakkı sağlar.[2082] Buna karşılık borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini "yerine getirmeyebileceğine dair söylentiler", CISG md.71/1 hükmünün (b) bendi anlamında tehlikeye düşme için yeterli bir gerekçe değildir. Borçlunun başka başka kişilerle akdettiği bazı sözleşmeleri düzgün bir biçimde ifa etmediğinin ortaya çıkması yahut borçlunun bir kez geç teslimat yapmış olup da bunun başka sözleşme ihlâlleri için bir emâre teşkil edebilecek türden

[2079] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.2.6; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.25; **Secretariat Commentary,** Art.62, N.6.
[2080] **Schlechtriem/Butler,** N.259.
[2081] **Huber/Mullis,** s.342; **Erdem,** Türk Hukuku ile Karşılaştırma, s.277; **Bridge,** The International Sale of Goods, s.579; **Schlechtriem/Butler,** N.259.
[2082] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Glass Bottles Case",* BGH, 27.11.2007, CISG-online 1617; *"Italian shoes case XV",* LG Berlin, 15.09.1994, CISG-online 399. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.25, dn.76.

sonuçlara yol açmamış olması hâlinde yine CISG md.71/1 hükmünün (b) bendi anlamında tehlikeye düşme için gerekenler yerine getirilmiş olmayacaktır.[2083]

Bazı durumlarda CISG md.71/1 hükmünün (a) bendi ile (b) bendini birbirinden ayırt edebilmek güç olabilmektedir.[2084] Fakat iki bendin de hukukî sonuçları aynı olduğundan, hukukî nitelendirmenin her zaman tam isabetli yapılması zorunlu değildir.

3. Tehlikenin Sözleşmenin Akdedilmesinden Sonra Ortaya Çıkması Şartı

Beklenen sözleşmeye aykırılık *(impending breach of contract)* sebebi, sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkmalıdır. Beklenen sözleşmeye aykırılığa sebep olacak aksaklıklar veya tehlike sebepleri her ne kadar sözleşmenin akdedilmesinden önceki süreçte mevcut olsa bile bunlar, bilhassa sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkmalı veya belirgin hâle gelmelidir.[2085] Aksi durumda yani beklenen sözleşmeye aykırılık sebebi, sözleşmenin akdedilmesinden önceki safhada teşhis edilebiliyorsa artık ifayı askıya alma hakkının kullanılması mümkün olmaz.[2086]

Beklenen sözleşmeye aykırılık sebebinin belirginleşip belirginleşmediği ve tam olarak ne zaman teşhis edilebilir hâle geldiği objektif olarak ele alınmalıdır.[2087] Bilinen olgular ve ticaret hayatına dair mutad bilgiler, alacaklıya isnat edilmektedir.[2088]

[2083] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Auto-Moto Styl S.r.o. v. Pedro Boat B.V.",* Gerechtshof Leeuwarden (Court of Appeal Leeuwarden), 31.08.2005, CISG-online 1100: "Satıcının sözleşmenin ifasının bir önceki adımını önemli bir gecikmeyle gerçekleştirmiş olması nedeniyle, bu durum alıcıda herhangi bir kayba yol açmamışsa, kısmî ödemeyi askıya alma hakkı yoktur." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.25, dn.78.

[2084] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Ketchup Bottles Case",* OLG Rostock, 15.09.2003, CISG-online 920: "Alıcının daha önceki teslimatlara ilişkin ödeme yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle satıcının daha sonraki teslimatları askıya almasına izin verilmiştir."; *"Used Machine Case",* KGer Appenzell Ausserrhoden (Court of First Instance Appenzell Ausserrhoden), 10.03.2003, CISG-online 852: "Sözleşme bedelinin ödenmesindeki korkulan gecikmenin CISG md.71/1 hükmünün (a) bendine mi yoksa (b) bendine mi dayandırılabileceği belirsizdir". Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.26, dn.80.

[2085] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.1.9.

[2086] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.27.

[2087] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.28.

[2088] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.3.2 vd.

Alacaklıdan daha fazla araştırma yapmasının beklenip beklenmediği yahut ne ölçüde beklenebileceği hususunda alacaklının yerine konacak mâkul ve orta zekâlı bir kimseden beklenebilecek çaba ölçüt olarak alınacaktır. Keza bu durum, CISG md.8/2 hükmündeki *"...taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır."* kuralının bir gereğidir. Sözleşmenin akdedilmesinden önceki süreçte her iki tarafın da diğeri hakkında sözleşmeyi yerine getirebilecek fiilî ve ekonomik yeterliliğe sahip olduğundan emin olmak için yeterli bilgi topladığı varsayılır. Ancak bu tür bilgilerin elde edilmesi uluslararası ticarette zor ve pahalı olabileceğinden ötürü taraflardan çok kapsamlı bir soruşturma da beklenmemelidir.[2089]

Daha önce ifade ettiğimiz üzere; sözleşmenin akdedilmesinden önceki süreçte yahut akdedilmesi sırasında mevcut olan CISG md.71/1 hükmü bağlamındaki engeller, geriye dönük olarak dikkate alınabilir. Sözleşmenin akdedilmesinden önce mevcut olan ve o sırada bilinmesi hâlinde taraflardan birinin sözleşme ilişkisine girmesini engelleyebilecek olan olguların değerlendirilmesi, aslında "yanılma (hata)" veya "diğer kasıtlı hâllere" ya da "iptal müeyyidesine" ilişkin kurallara tâbidir. Ancak CISG md.71 hükmündeki ifayı askıya alma hakkının kullanılıp kullanılamayacağı sorunu ele alınırken doğrudan millî (iç) hukukun uygulanması söz konusu olmaz.[2090] Fakat yine de millî (iç) hukuk kural ve müesseseleri tümüyle dışlanmış değildir. Bu hususta kasıtlı olarak karşı tarafın yanıltılması (hile yapılması) sayılabilecek nitelikte olan, örneğin Anglo-Amerikan hukukundaki "yalan beyan doktrini *(doctrine of fraudulent misrepresentation)*" gibi, haksız fiil benzeri bir özellik gösteren durumlar CISG'in

[2089] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.28.
[2090] Zira CISG md.7/2 hükmüne göre: *"Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir."*

kapsamı hâricinde olduğundan CISG md.71 hükmünün tatbikinde ek olarak başvurulabilecek durumlardır.[2091]

4. Alacaklı Tarafından Tehlikenin Öngörülmesi

Bir yükümlülüğün yerine getirilip getirilmeyeceği meselesi, geleceğe yöneliktir; oysa ifanın askıya alınması hakkı, niteliği gereği, derhâl kullanılmaktadır. İşte bu nedenle mevcut şartların gelecekte bir ihlâle sebebiyet vermesinin muhtemel olup olmadığının şimdiden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda her ne kadar tam bir kesinlik aranamıyor olsa da alacaklının aceleci ve düşüncesizce davranıp her durumda CISG md.71 hükmüne dayanmasını önlemek için ihlâlin gerçekleşeceğine dair "yüksek bir olasılık derecesi" aranmalıdır. Böyle bir olasılık derecesine[2092] ulaşılıp ulaşılmadığının tespitinde ise CISG md.8/2 hükmü gereğince ilgili ticaret sektörünü bilen mâkul ve orta zekâlı bir kimsenin objektif düşünce ve anlayışı temel bir ölçüt olarak alınmalıdır. Başka bir deyişle, aşırı temkinli veya aşırı kaygılı bir alacaklının sübjektif korkuları değerlendirmede yeterli görülemez. Tahmin, tanımlanabilir ve kanıtlanabilir olgulara dayanmalıdır ve beklentilerin aksine borçlunun yükümlülüklerini düzgün bir biçimde ifa etmesi hâlinde bile geriye dönük olarak yanlışlanamayacak olmalıdır.[2093]

CISG md.71/1 hükmünün tatbiki, gelecekteki ihlâlin "belirgin" hâle gelmesini gerektirmektedir. Bu öngörü düzeyi, sözleşmenin esaslı bir biçimde ihlâl edileceğinin "açık" olmasının arandığı CISG md.72 hükmündekinden farklıdır. Bununla birlikte "belirgin" hâle gelmek, CISG md.73/2 hükmünde aranan "ciddî ve sağlam gerekçelerden" de farklıdır. Nitekim CISG, farklı farklı derecelerdeki olasılıkları, md.71/1, md.72/1 ve md.73/2 şeklinde terminolojik olarak sıralamayı tercih etmiştir. Bu

[2091] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.29.
[2092] **Honnold,** Art.71, N.388; **Strub,** s.494; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.3.3. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Umbrellas Case",* OGH, 12.02.1998, CISG-online 349. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.30, dn.90.
[2093] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.30-31.

hükümler arasından en düşük olasılık derecesi, CISG md.71/1 hükmü için aranmaktadır ki bunun sebebi -CISG md.72 ve md.73 hükümlerinin aksine- ifayı askıya alma hakkının sadece önleyici ve basit nitelikli bir hukukî enstrüman olmasıdır.[2094]

Son uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmalarında yapısal olarak benzer çözümlerin benimsendiği görülmektedir. Örneğin Art.7.3.4 PICC hükmünün birinci cümlesine göre *"diğer tarafça esaslı bir ifa etmemede bulunulacağına makul olarak inanan taraf, gereği gibi ifayı teminat altına alan uygun bir güvence verilmesini talep edebilir ve bu sırada kendi borcunu ifadan kaçınabilir."* Anlaşıldığı üzere ifayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için "mâkul bir inanç" yeterlidir. Oysa Art.7.3.3 PICC hükmüne göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle sözleşmenin sona erdirilebilmesi için ihlâlin esaslı bir ihlâl olacağının "apaçık öngörülebilmesi" gerekmektedir. Dolayısıyla andığımız iki hükümdeki olasılık dereceleri -tıpkı CISG hükümlerinde olduğu gibi- oldukça farklılaşmaktadır. Benzer durumlar Art.8:105 ve Art.9:201 PECL arasında; yine III.-3:401 ve III.-3:504 DCFR arasında da görülmektedir.[2095]

IV. İFAYI ASKIYA ALMA HAKKI

A. Askıya Almanın Uygulanması

Yukarıda altbaşlıklar hâlinde değindiğimiz tüm şartların kümülatif olarak yerine getirilmesi hâlinde, CISG md.71/1 hükmü, alacaklıya kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı verir. İfayı askıya alma hakkı, edimi artık imkânsız hâle getirmemek kaydıyla, ifayı erteleyen tüm fiil ve ihmalleri kapsar. Son bahsedilen "tehlikenin öngörülmesi gerekliliği", hukukî çarenin önleyici niteliğinden kaynaklanmaktadır; zira ifayı askıya

[2094] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.3.2 vd.
[2095] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.33.

alma gerekçesinin ortadan kalkmasının ardından tarafların yükümlülüklerine devam etmeleri, sözleşme ilişkisini kaldıkları yerden sürdürmeleri beklenmektedir.[2096]

CISG md.71/1 hükmüne göre (a) veya (b) bentlerine girebilecek bir duruma muhatap olan karşı tarafın, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alma mevcuttur. CISG md.71/1 hükmünde öngörülen ifayı askıya alma hakkı, hukukumuzdaki alelâde bir ödemezlik def'inin (TBK md.97) çok daha ötesinde olup satıcının, sonradan alıcıya satacağı malları üçüncü kişiden temin etmeyi askıya alması örneğindeki gibi "ifa hazırlıklarını" bile durdurmayı ihtivâ eder.[2097] Ancak bir tarafın kendi ediminin ifasını askıya alabilmesi için CISG md.71/1 hükmünde zikredilen durumların varlığının "önemli *(substantial)*" bazı yükümlülükleri etkiliyor olması -muhakkak esaslı ihlâle sebebiyet vermesi değil- gerekmektedir.[2098]

B. Süre Sınırı

Taraflar arasındaki sözleşmenin akdedilmesi ile borçlunun edimini yerine getirmesi gereken son tarih (vâde) arasındaki sürecin herhangi bir ânında ifayı askıya alma hakkı kullanılabilir. Alacaklının her durumda sözleşmenin yakın bir gelecekte ihlâl edilmesi tehlikesini öğrenmesinin hemen ardından ifayı askıya alma hakkını kullanması gerekmez. Ancak yine de CISG md.77 hükmünde[2099] öngörülen zararı azaltma yükümlülüğü, alacaklının ifayı askıya alma hakkını çoğu kez derhâl kullanılmasını gerektirecektir.[2100]

[2096] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.34.
[2097] **Huber/Mullis,** s.342; **Schlechtriem/Butler,** N.264.
[2098] **Schlechtriem/Butler,** N.263.
[2099] CISG md.77 hükmüne göre: *"Sözleşmenin ihlâline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir."*
[2100] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.35.

C. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü

1. Belirli Süre (Süre Bakımından Sınır)

CISG md.71/3 hükmü gereğince alacaklı, ifayı askıya alma hakkını kullanmaya bir kez karar verdikten sonra, "askıya alma hakkını kullanma niyetini" derhâl/hemen *(immediately)* bildirmelidir. Keza bu durum, CISG tarafından getirilen bilgilendirme ve göz önüne alma yükümlülükleriyle *(consideration duties)* yakından ilgilidir. Ancak bildirim, ifayı askıya alma hakkını kullanmanın bir şartı veya ön şartı olarak nitelendirilemez.[2101] Bu bağlamda "derhâl/hemen" bildirimden anlaşılması gereken, alacaklının ifayı askıya alma yahut stopaj hakkını kullanacağını, kaçınılması mümkün bir gecikme olmaksızın, en kısa zamanda borçluya bildirmesidir. Ancak bildirimde bulunmanın keskin bir süre sınırı olmadığından alacaklı, ifayı askıya almadan veya malların teslimini durdurmadan önce de bildirimde bulunabilir.[2102]

2. Bildirimin Usûlü ve Şekli

İfayı askıya alma yahut stopaj hakkının kullanılacağına dair bildirimin şekli ve gönderilme usûlü, CISG md.27 hükmündeki[2103] prensiplere uygun olmak durumundadır. Buna göre, bildirimin iletilmesinde gecikme veya hata olması ya da ulaşmaması riski, ihbarın alacaklı tarafından "koşullara uygun araçlarla" yapılmış olması hâlinde borçluya aittir. Son bahsedilen kriter, bildirimin herhangi bir özel şekil şartına uyması gerekmediğini de göstermektedir. Örneğin, sözleşme bedelinin bir kısmının ödenmemesi uygun bir ihbarın yerini tutmasa da zımnî davranış yoluyla uygun bir bildirim olarak yorumlanmaya müsaittir.[2104] Ayrıca bildirimde bulunma

[2101] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.36.
[2102] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.36.
[2103] CISG md.27 hükmüne göre: *"Antlaşmanın bu Kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."*
[2104] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Natural Stone Case I",* LG Stendal, 12.10.2000, CISG-online

yükümlülüğünün, borçlunun edimini yerine getireceğine dair yeterli teminat göstermesini sağlamasına ve böylece gelecekte bir sözleşme ihlâli şüphesini de ortadan kaldırmasına hizmet etmesi de amaçlanır. İşte bu önemli amacın gerçekleşebilmesi için alacaklının bildirimde bulunurken, en azından hangi gerekçelere ve olgulara istinaden ifayı askıya alma yahut stopaj hakkını kullandığını da açıklaması gerekmektedir.[2105]

D. Etkileri

1. Bildirimde Bulunulması Durumunda

Gelecekteki ifaya dair güvensizlik yaratan sebepler mevcut olduğu müddetçe, sözleşme askıda kalmaya *(abeyance)* devam edecektir.[2106]

2. Bildirimde Bulunulmaması Durumunda

Şu âna kadar alacaklının bildirimde bulunmamasının sonuçları nispeten belirsiz kalmıştır. Zira hazırlık çalışmaları da *(preparatory works)* bu hususta herhangi bir belirti sunmamaktadır. CISG literatüründe ağırlıklı olarak benimsenen görüşe göre, bildirimde bulunma yükümlülüğünün ihlâl edilmesi, yalnızca bir tazminat talebine yol açmaktadır.[2107] Ağırlıklı olarak benimsenen görüş, çoğunlukla ilk derece mahkemelerinin içtihatlarında hâlen hâkim olan ve ihbar yükümlülüğünü zorunlu bir şart olarak gören -ikinci- görüşten daha esnektir.[2108] İkinci görüşe göre, alacaklının ifayı

---

592. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.37, dn.108.

[2105] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH et al.",* Supr. Ct. BC, 21.08.2003, CISG-online 1017. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.37, dn.112.

[2106] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.38. Sözleşmenin askıda kalması *(abeyance)* hâlinin sona ermesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, VI, A. Hakkın Kaybedilmesi Sebepleri.

[2107] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.2.5; **Brunner,** Art.71, N.20. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Rijn Blend Oil Case",* Netherlands Arbitration Institute, 15.10.2002, CISG-online 740: "CISG md.71/3 hükmüne göre bir bildirimde bulunmama, yalnızca tazminata yol açacaktır." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.39, dn.115.

[2108] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Fashion Products Case",* ICC, 11849/2003, CISG-online 1421; *"Swiss-Russian Sales Contract Case",* Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (MKAC), 27.07.1999, CISG-online 779; *"Natural Stone Case I",* LG Stendal, 12.10.2000, CISG-online 592; *"Swedish Furniture Case",* LG Darmstadt, 29.05.2001, CISG-online 686; *"Italian Shoes Case V",* AG Frankfurt a M, 31.01.1991, CISG-

askıya alma niyetini borçluya derhâl bildirmemesi hâlinde askıya alma hakkına dayanması kategorik olarak engellenmektedir. Ancak, aksi takdirde sözleşmeye uyan bir tarafın, sırf derhâl bildirimde bulunmadığı için neden kendiliğinden sözleşme ihlâlinde bulunmuş gibi kabul edilmesi gerektiğini -zira tazminatla yükümlü olmaktadır- anlamak zordur. CISG md.71/1 hükmünde yer alan ifayı askıya alma hakkının nispeten dar kapsamı, bu hakkın kötüye kullanımına yönelik işlevsel bir düzeltme niteliğindedir. İfayı askıya alma hakkının kullanılması için borçluya bildirimde bulunulmasının zorunlu bir şart olarak nitelendirilmesi, gereğinden sert, orantısız bir önlem olmaktadır. Buna karşılık, "tazminat çözümü" uluslararası ticaretin gerekliliklerini karşılamaya daha elverişlidir.[2109] Keza bu görüş kabul edildiğinde alacaklı ifayı askıya alma hakkından mahrum bırakılmamakta ve böylece "kendi kendine yardım *(self-help remedy)*" çözümüne istediği gibi başvurabilmektedir. Bu da esasen sözleşmeyi kurtaran, ayakta tutan *(favor contractus)* bir çözümdür.[2110] Ancak, alacaklı tarafından bildirimde bulunulmaması veya bildirimde gecikilmesi borçlunun malî bir kayba uğramasına sebebiyet vermişse (örneğin, borçlunun malları elden çıkarması için yaptığı masraflar boşa gitmişse) alacaklı CISG md.74 ve devamı hükümlerine göre bu zararı tazmin etmelidir.[2111] Keza DCFR'de de benimsenen tutum budur.[2112]

---

online 34. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.39, dn.116.

[2109] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.39.

[2110] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, II, B. Hükmün Amacı.

[2111] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.39.

[2112] III.-3:401 para.3 DCFR hükmüne göre: *"A creditor who withholds performance…has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable."* Anılan hükme göre, ifadan kaçınan bir alacaklı, bu durumu borçluya mümkün olan en kısa sürede bildirmekle yükümlüdür ve bu yükümlülüğün ihlâli nedeniyle borçlunun uğradığı her türlü zarardan sorumludur. Ayrıca CISG md.72/2 hükmü bağlamında da benzer bir tartışmaya ilişkin olarak bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, B. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Ön Şartlar.

E. Millî Hukukun Hâriç Tutulması

CISG md.71 hükmü, beklenen bir sözleşme ihlâlinin *(impending breach of contract)* sonuçları için kapsamlı bir çözüm sunmakta ve böylece ek çözüm yolları öngörebilecek herhangi bir iç hukukun uygulanmasını hâriç tutmaktadır.[2113]

V. STOPAJ HAKKI (CISG md.71/2)

A. Kuralın Amacı

Satıcı, malların gönderildiği tarihten alıcıya teslim edileceği âna kadar olan süreçte malların teslimini durdurma hakkına sahiptir. Buna transit hâlindeki malların durdurulması hakkı *(right of stoppage in transitu)* denir. Bu süreçte stopaj hakkının kullanılabilmesi için alıcı tarafından sözleşmenin tehlikeye düşürüldüğünün bâriz biçimde anlaşılabilmesi gerekir. Bu kural, İngiliz, Amerikan ve İskandinav hukuk sistemlerinde de benzer şekilde mevcuttur.[2114] Stopaj hakkının pratikteki önemi; alıcının ifa kabiliyetindeki azalmanın "malların gönderilmesinden sonra" ortaya çıktığı durumlarla sınırlıdır. Diğer tüm durumlarda, satıcı malların gönderilmesini zaten CISG md.71/1 hükmüne göre engelleyebilme olanağına sahiptir. Stopaj hakkı, aslında "ifanın malların gönderimi sonrasında askıya alınması" ile aynı anlama gelir ve bu hakkın kullanımı, satıcının gerçekleştirdiği ifanın etkilerini ortadan kaldırır, satıcı edimini hiç ifa etmemiş gibi bir duruma gelir. "İfadan sonra ifanın askıya alınması" metaforu, yaygın olarak, satıcının sözleşme konusu malları ilk taşıyıcıya[2115] teslim ederek borcunu yerine getirmesi hâlinde görülmektedir.[2116] Bunun yanı sıra malların alıcının iş yerine

---

[2113] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Umbrellas Case",* OGH, 12.02.1998, CISG-online 349; *"Pesticides Case I"*, OLG Köln, 19.05.2008, CISG-online 1700. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.40, dn.120.

[2114] Sale of Goods Act 1979, Chapter 54, Art.44-46; § 2-609, § 2-705 UCC; **Hunnold,** Art.71, N.390.

[2115] CISG md.31/1 hükmüne göre: *"Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu aşağıdaki gibidir: a) satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek…"*

[2116] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.41.

teslim edilmesi gereken durumlarda -ki bu INCOTERMS 2000'de D klozu içeren[2117] tüm sözleşmeler için geçerlidir - ifa yeri alıcının merkezidir ve satıcının beklenen sözleşme ihlâlinden *(impending breach of contract)* haberdar olduğu an, CISG md.71/1 hükmünün mü yoksa CISG md.71/2 hükmünün mü tatbik edileceği hususunda belirleyici olacaktır.[2118]

B. Satıcı için Münhasır Hak Olma Niteliği

CISG md.71/2 hükmü, yani stopaj hakkı, sözleşmenin yalnızca satıcı tarafı için geçerlidir. Başka bir deyişle bu hüküm alıcıya karşı uygulanabilir. Her ne kadar CISG'in hazırlık çalışmalarında satıcının ödemeye ilişkin olarak da stopaj hakkını kullanabilmesi gerekliliği tartışılmışsa da bunun milletlerarası parasal işlem kurallarına ters düşeceği ve ticarî teâmülü bozacağı gerekçesiyle metne dâhil edilmemiştir.[2119] Başka bir deyişle edimin ifasını askıya alma hakkına ilâveten, CISG md.71/1 hükmünde zikredilen durumlar, sözleşmeye konu mallar alıcıya "gönderildikten sonra" ortaya çıkmışsa CISG md.71/2 hükmüyle satıcıya bahse konu malların alıcıya teslim edilmesini engelleyebilme imkânı verilmiştir (*"right of stoppage in transitu"* veya "*right of stoppage"* ya da *"right to stop goods in transit"* tabir edilir). Fakat ticarî pratiklerde aksaklıklara sebebiyet vereceğinden ötürü CISG md.71/2 hükmünün aynı imkânı alıcıya tanımadığı, yani alıcının mallar karşılığında gönderdiği paranın satıcıya ödenmesine mâni olamayacağı doktrinde belirtilmektedir.[2120]

[2117] Bunlar; DAF *(Delivered at Fronter),* DES *(Delivered Ex Ship),* DEQ *(Delivered Ex Quay),* DDU *(Delivered Duty Unpaid),* DDP *(Delivered Duty Paid)* olarak sayılabilir.

[2118] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.41.

[2119] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.1.12; Bazı yazarlara göre satıcının sözleşmede kararlaştırılanla uzaktan yakından bir ilgisi olmayan (yetersiz) ifada bulunacağı açıkça anlaşılabiliyorsa alıcının da satım bedelini ödemeyi durdurabilmesi gerekir, bkz. **Brunner,** Art.71, N.5. Ancak karşı görüşe göre hükmün tarihçesi dikkate alınırsa bu görüş kabul edilmemelidir. Böyle bir durumda alıcı, CISG md.71/1 hükmüne göre ifanın askıya alınması hakkına yahut modern yaklaşım ve içtihatların tavsiye ettiği şekilde "genel bir ifayı askıya alma" hakkına başvurabilir, bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.42, dn.125.

[2120] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.41.

C. Şartları

Stopaj hakkının kullanılmasının şartları da ifanın askıya alınması hakkının kullanılmasının şartları ile aynıdır. Zira stopaj hakkı, esasen ifanın askıya alınması hakkının bir uzantısı veya transit hâlindeki mallar için getirilmiş özel bir görünümünden ibarettir. Bu nedenle ayrıca şartların incelenmesine gerek bulunmamakta, önceki ilgili altbaşlıklara atıf yapılmakla yetinilmektedir.[2121]

Stopaj hakkı, satıcının transit hâlindeki mallara erişim sağlamasına olanak tanırken; alıcının da bu mallara ulaşmasını engellemektedir. Dolayısıyla stopaj hakkının kullanılabilmesi için, işin niteliğine uygun olarak, malların gönderilmiş ve fakat henüz alıcıya teslim edilmemiş olması zorunludur. Başka bir deyişle alıcının henüz malların zilyetliğini fiziki olarak elinde bulundurmaması gerekmektedir. Stopaj hakkı hem malların doğrudan alıcıya gönderildiği durumlarda hem de alıcının, satıcıya "malları kendisine değil de müşterilerine (alıcının müşterilerine)" göndermesini tavsiye ettiği durumlarda kullanılabilir. Ayrıca stopaj hakkı, alıcının malları bizzat veya personeli aracılığıyla teslim almadığı sürece, ifa yerinin satıcının işyeri olduğu hâllerde dahi kullanılabilmektedir.[2122] CISG md.71/2 hükmünün ilk cümlesi[2123] dikkate alınırsa stopaj hakkının kullanılması açısından transit hâlindeki malların mülkiyetinin bir şekilde alıcıya geçip geçmediği yahut alıcının malları teslim almaya yetkili olduğuna dair bir belgeyi elinde bulunduruyor olmasının da bir önemi yoktur.[2124]

[2121] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, III. İlerideki Sözleşmesel Bir Yükümlülüğün Önemli Bir Kısmının Beklenen ve Öngörülebilen İhlâli (CISG md.71/1). Ayrıca bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, IV. İfayı Askıya Alma Hakkı.

[2122] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.44.

[2123] CISG md.71/2 hükmüne göre: *"Satıcı, I. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulunsa dahi engelleyebilir…"*

[2124] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.44. Oysa Amerikan hukuk sisteminde durum farklıdır. Zira § 2-705 para.2 UCC hükmünün (d) bendinde alıcının malların mülkiyetini gösteren ve devredilebilir bir kıymetli evrakı elinde bulundurması durumunda satıcının transit hâlindeki malların durdurulması (stopaj) hakkını kullanamayacağı öngörülmüştür.

Son olarak belirtmek gerekir ki stopaj hakkı kullanılmadan önce CISG md.71/3 hükmünün öngördüğü şekilde bir bildirimde bulunulmaması, hakkın kullanılmasını yani transit hâlindeki malların durdurulmasını etkilemez. Sadece bildirimde bulunmayan satıcı, ileride alacaklı tarafından bu sebeple yöneltilebilecek potansiyel bir tazminat talebine muhatap olabilir.

D. Sözleşmenin Tarafları Bakımından Etkileri

Stopaj hakkı kullanımda olduğu müddetçe satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine gerek yoktur. Zira bu hâlde sözleşme askıdadır *(abeyance)* ve satıcının kendi ediminin ifasını askıya almış olması, herhangi bir yükümlülük ihlâli teşkil etmez.[2125] Alıcı, satıcının stopaj hakkının mevcudiyetini ve etkilerini kabullenmek durumundadır. Ancak, alıcı ilgili bir taşıma belgesine veya antrepo iznine dayanarak malların taşıyıcıdan, antrepo sorumlusundan ve benzeri kişilerden teslim edilmesini talep ederek stopaj hakkının etrafından dolanabilir. Elbette alıcı böyle bir yola başvurarak sözleşmeyi daha da ihlâl etmiş olacağından CISG md.61/1 hükmünün (b) bendine[2126] göre tazminatla yükümlü olur. Ne var ki, ekonomik açıdan, beklenen sözleşme ihlâline sebep teşkil eden tehlike, zaten "tam olarak alıcının malî zorlukları" ise, böyle bir tazminat talebi satıcı için anlamsız olacaktır.[2127] Başka bir deyişle bu denli bir malî zorluk içerisinde olan alıcıdan ayrıca bir tazminat talep edilebilse bile bunun tahsili pek de mümkün olamayacağından satıcının mağduriyeti giderilemeyecektir. İşbu hâlde satıcının başvurabileceği tek yol, hemen aşağıda değineceğimiz[2128] birtakım "usûlî tedbirler"dir.

[2125] **Hunnold,** Art.71, N.393. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Rijn Blend Oil Case",* Netherlands Arbitration Institute, 15.10.2002, CISG-online 740. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.46, dn.133.

[2126] CISG md.61/1 hükmünün (b) bendi, CISG md.74-77 hükümleri aralığında düzenlenen "tazminat" hususuna atıf yapmaktadır.

[2127] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.46.

[2128] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, V, E. Üçüncü Kişiler Bakımından Etkileri.

E. Üçüncü Kişiler Bakımından Etkileri

CISG md.71/2 hükmünün ikinci cümlesi, stopaj hakkının yalnızca alıcı ve satıcı arasındaki hukukî ilişkide söz konusu olabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Taşıma, saklama ve benzeri diğer sözleşmelerin kim tarafından akdedildiğine bakılmaksızın stopaj hakkı, satıcı ve örneğin taşımacı, depo memuru yahut alıcının müşterileri gibi üçüncü kişiler arasında uygulanamaz. Üçüncü kişilerin, satıcının başvurduğu stopaj hakkının gereklerine uymak zorunda olup olmadığı meselesi, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tâyin edilebilir.[2129] Taşıma sözleşmesi satıcı tarafından akdedilmişse, satıcı taşıyıcıya stopaj hakkını kullanmasını sağlayacak talimatlar verme yetkisine sahip olabilir. Örneğin, satış sözleşmesinin bir CIF *(Cost, Insurance, and Freight)* veya CFR *(Cost and Freight)* klozu ihtivâ etmesi hâlinde, satıcı taşıyıcıya malları alıcıya teslim etmemesi veya taşımayı durdurması talimatını verebilir. Talimatların ne ölçüde verilebileceği taşıma sözleşmesinin şartlarına bağlı olacaktır.[2130]

Satıcı, stopaj hakkını yalnızca mahkemeden yahut tahkim heyetinden alacağı bir ihtiyati tedbir kararının uygulanması sayesinde malların alıcının eline geçmesini gerçekten engelleyecek bir biçimde kullanabilir. Bu noktada satıcının ihtiyati tedbir talebinin kabul edilebilirliği veya usûle dair şartlar, mahkeme tarafından *lex fori* esasına yahut tahkime uygulanacak kurallara göre tâyin edilir. Ancak esasa ilişkin şartlar söz konusu olduğunda elbette her zaman CISG md.71 hükmünün gereklilikleri yerine getirilmiş olmalıdır.[2131]

[2129] **Secretariat Commentary,** Art.62, N.12.
[2130] **Pejovic, Caslav:** "Stoppage in Transit and Right of Control: 'Conflict of Rules'?", Pace Internatioal LR April 2008, vol.20, iss.1, ss.129-159, s.139 vd.
[2131] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.48.

VI. İFANIN ASKIYA ALINMASI YA DA STOPAJ HAKKININ KAYBEDİLMESİ

A. Hakkın Kaybedilmesi Sebepleri

1. Genel Olarak

İfayı askıya alma ya da stopaj hakkını sona erdiren sebepler şunlardır: İfanın askıya alınmasına temel teşkil eden sebebin ortadan kalkması, örneğin grevin veya borçlunun edimini ifa etmeyeceği yönünde haklı şüphe uyandıran bir başka durumun çözümlenmesi veya sona ermesi böyledir. Yine borçlunun edimini sonradan ifa etmesi de ifayı askıya alma ya da stopaj hakkını sona erdiren sebeplerden biridir.[2132] Bu açıdan ifanın tam ve gereği gibi (düzgün biçimde) gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği de bir önem arz etmez. Zira edim düzgün biçimde ifa edilmediğinde CISG md.45 ve md.61 hükümlerindeki genel hukukî çareler uygulanabilecektir.[2133] İfayı askıya alma ya da stopaj hakkını sona erdiren sebeplerden bir diğeri ise; ister CISG md.72 ve md.73/2 hükümleri gereğince esaslı bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle isterse de CISG md.49 ve md.64 hükümleri[2134] gereğince vâde tarihinden sonra imtinâ hakkı

[2132] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH et al.",* Supr. Ct. BC, 21.08.2003, CISG-online 1017: "Eğer alıcı, sonradan bir akreditif açtırırsa satıcı, ifayı askıya alma hakkını kaybeder." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.50, dn.145.

[2133] Bahsi geçen CISG md.45 hükmü, satıcının sözleşmeden veya CISG'den doğan yükümlülüklerinden herhangi birini ifa etmemesi hâlinde alıcının hangi tür talep ve tazminat haklarını kullanabileceğini düzenlemektedir. CISG md.61 hükmü ise bunun tam tersi yani alıcının sözleşmeden veya CISG'den doğan yükümlülüklerinden herhangi birini ifa etmemesi hâlinde satıcının hangi tür talep ve tazminat haklarını kullanabileceğini düzenlemektedir.

[2134] CISG md.49 hükmüne göre: *"(1) Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya (b) Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa.*

(2) Ancak, satıcının malları teslim ettiği hallerde alıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki (a) gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, (b) gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde,

(i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren;

(ii) alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra; veya

doğuran başka olguların varlığı nedeniyle olsun "sözleşmenin ortadan kaldırılması"dır.[2135] Ayrıca sözleşmenin ortadan kaldırılmasına sebep olacak ve dolayısıyla ifayı askıya alma ya da stopaj hakkını sona erdiren sebeplerden biri olarak nitelendirilebilecek diğer bir hâl ise borçlu tarafından edimin ileride ifa edileceğine dair mâkul süre içerisinde yeterli bir teminatın gösterilmemesidir.[2136]

2. CISG md.71/2 Hükmündeki Kayba Dair Ek Sebepler

Stopaj hakkının sona ermesi sebepleri, esasen ifayı askıya alma hakkının sona ermesi sebepleri ile aynıdır. Ancak ek olarak stopaj hakkı, sözleşmeye konu malların alıcıya, temsilcisine veya bunları teslim almaya yetkili üçüncü kişilere teslim edilmesiyle de sona erer. Taşıyıcı, malları yalnızca taşıma amacıyla değil de "alıcının adına kabul ettiğini belirterek" teslim alıyorsa yahut malları alıcıya teslim ettikten sonra da malları başka başka yerlere taşıyacaksa bu kategoriye girebilir.[2137]

(iii) satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra; sözleşmenin ortadan kalktığını makul bir süre içinde beyan etmiş olsun."

CISG md.64 hükmüne göre: *"(1) Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, veya (b) Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa.*

(2) Ancak, alıcının semeni ödediği hallerde, satıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki (a) alıcının gecikmiş ifası halinde, ifanın gerçekleşmiş olduğunu öğrenmeden önce sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, veya (b) alıcının gecikmiş ifa dışındaki bir sözleşmeye aykırılığı halinde,

(i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde veya

(ii) satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya alıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun."

[2135] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Used Machine Case",* KGer Appenzell Ausserrhoden (Court of First Instance Appenzell Ausserrhoden), 10.03.2003, CISG-online 852. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.50, dn.143.

[2136] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, III. Gelecekteki Esaslı İhlâl Nedeniyle Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı (CISG md.72/1). Ayrıca bilgi için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV. Gelecekteki Teslimatlara İlişkin Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması (CISG md.73/2).

[2137] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.59.

3. Özel Olarak: Teminat (Güvence) Hükmü

a. Genel Olarak

Gerek ifayı askıya alma gerekse de stopaj hakkı, borçlu tarafından edimin ileride ifa edileceğine dair yeterli bir teminatın gösterildiği ânda artık geçerliliğini yitirir. Başka bir deyişle borçlunun teminat göstermek suretiyle ifayı askıya alma ya da stopaj hakkını bertaraf etme imkânı mevcuttur. Buna karşılık ilginç bir şekilde alacaklı, borçludan, yeterli bir teminat göstermesini talep etme hakkına sahip değildir.[2138] Bu bağlamda daha yakın tarihli milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde -DCFR hâriç tutulursa-[2139] ve UCC'de nispeten ikna edici çözümlerin benimsendiği görülmektedir. Örneğin Art.7.3.4 PICC ve Art.8:105 para.2 PECL hükümlerinde borçlunun mâkul sürede yeterli bir teminat gösterememesi durumunda alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür.[2140] § 2-609 UCC hükmü ise daha net bir biçimde ifade etmektedir ki 30 günü aşmayan mâkul bir süre içerisinde teminat gösterilmemesi hâlinde borçlunun borcu ifa etmekten kaçındığı veya borcu tanımadığını varsayılır.[2141] Keza bu nedenle sözleşme, en geç 30 günlük bir sürenin akabinde ortadan kaldırılır. Kısacası PICC, PECL ve UCC'nin bu konudaki çözümleri nettir ve alacaklıyı borçlunun insafına bırakmaz. Oysa CISG md.71 hükmü uyarınca borçlunun beklenen bir sözleşmeye aykırılığa *(impending breach of contract)* sebebiyet verdiği ve ileride

---

[2138] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.52.

[2139] Zira DCFR, bu bağlamda CISG md.71 hükmüne tamamen benzer bir çözümü benimsemiştir. Bkz. III.-3:401 para.2 DCFR hükmüne göre: *"Borçlunun edimini yerine getirmeden önce bizzat kendi karşı edimini ifa etmesi gereken ve fakat borçlunun edimi muaccel olduğunda ifada bulunmayacağına makul olarak inanan alacaklı, makul inancı devam ettiği sürece karşı edimi ifadan kaçınabilir. Ancak, borçlunun borcun ifa edileceğine dair yeterli bir teminat göstermesi hâlinde alacaklının ifadan kaçınma hakkı ortadan kalkar."*

[2140] Art.7.3.4 PICC hükmüne göre: *"Diğer tarafça esaslı bir ifa etmemede bulunulacağına makul olarak inanan taraf, gereği gibi ifayı teminat altına alan uygun bir güvence verilmesini talep edebilir ve bu sırada kendi borcunu ifadan kaçınabilir. Bu güvence makul bir süre içinde verilmediği takdirde, onu talep eden taraf sözleşmeyi sona erdirebilir."* Ayrıca Art.8:105 para.2 PECL hükmüne göre: *"Teminatın makul bir süre içinde sağlanmaması hâlinde, güvence talep eden taraf, diğer tarafça edimin esaslı esaslı şekilde ihlâl edileceğine hâlâ makul olarak inanıyorsa sözleşmeyi feshedebilir ve gecikmeksizin fesih bildiriminde bulunur."*

[2141] § 2-609 para.4 UCC hükmüne göre: *"Haklı bir talebin alınmasından sonra, otuz günü aşmayan makul bir süre içinde, söz konusu durumun koşulları altında yeterli olan bir ifa teminatının sağlanmaması, sözleşmeden dönülmesi anlamına gelir."*

edimini ifa edeceğine dair yeterli bir teminat da göstermediği sürece alacaklı âdeta "felç" olmaktadır. Bu durum, milletlerarası ticaretin akışına uygun olmadığı gibi alacaklının çok geç olmadan mevcut sözleşmeyi ortadan kaldırmak ve örneğin ikame bir sözleşme yapmak suretiyle kendisini başka türlü konumlandırmak için çok ihtiyaç duyduğu esnekliğe de uygun değildir. Alacaklının CISG md.71 hükmü bağlamında yapabileceği tek şey, borçlu edimini tam ve gereği gibi ifa etmeyi yahut ileride edimini ifa edeceğine dair yeterli bir teminat göstermeyi kabul edene kadar sadece kendi ediminin ifasını askıya alıp bekleyedurmaktan ibarettir.[2142] Bunlar hâricinde ifanın muaccel hâle geleceği tarihten önce sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesinin tek yolu, CISG md.72 hükmündeki sözleşmenin "esaslı" öncelenmiş aykırılığına ilişkin şartların gerçekleşmesidir ki bunun ispatı için aranan yüksek ve katı gereklilikler karşısında alacaklının kavuşacağı küçük bir menfaat söz konusudur.[2143]

Bu nedenle CISG literatüründe CISG md.71 hükmünün, hemen yukarıda değindiğimiz, katı sonucunu yumuşatmak için borçlunun ileride edimini ifa edeceğine dair yeterli bir teminat göstermek zorunda olduğu ve bunu gösteremediği hâllerde sözleşmenin ortadan kaldırılmasına imkân tanıyacak şekilde "teminat gösterilmesi için mâkul bir süre, bir zaman aralığı" getirilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir. Nitekim bu tavsiye, örneğin CISG md.39, md.43, md.46/3, md.47, md.48/2, md.49/2, md.63 ve md.64/2 hükümlerinde olduğu üzere "hakların belirli zaman sınırları dâhilinde kullanılması gerektiği" yönündeki genel prensiple de uyumludur. CISG'in bir hakkın kullanılması gereken mâkul bir süreye açıkça atıfta bulunmadığı durumlarda bile ilgili hükmün böyle bir süre öngörüldüğü şeklinde yorumlanması gerçekten isabetli olacaktır. Dolayısıyla, borçlu tarafından yeterli teminatın mâkul bir süre içerisinde gösterilmesi gerektiğini varsaymak, sadece milletlerarası ticarette esneklik ihtiyacını karşılamakla

[2142] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.52.
[2143] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, III. Gelecekteki Esaslı İhlâl Nedeniyle Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı (CISG md.72/1). Bu başlığa ilâveten ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü (CISG md.72/2).

kalmaz; aynı zamanda CISG'in benzer "süre içermeyen" hükümlerinin yorumuyla da uyumlu olur.[2144]

Tüm bu tespitleri şöyle özetlemek mümkündür: CISG md.71/3 hükmünde yeterli bir teminat talep eden tarafa, yeterli teminatın verilmemesi durumunda sözleşmeden dönme hakkı olanağı sunulmamıştır.[2145] Alacağının yerine getirilmesinin tehlikeye düştüğünden kaygılanmakta haklı olan taraf, sadece kendi ediminin ifasını askıya alabilmekte yahut -satıcı taraf bakımından- "gönderdiği" mallar söz konusu ise bunların alıcıya teslim edilmesine mâni olabilmektedir. Taraflar arasındaki "askı durumundan" kurtulmak adına CISG md.71/3 hükmünde getirilen tek olanak, ifayı tehlikeye atan tarafın yeterli bir teminat göstermesi olup bunun için CISG'de bir süre sınırı öngörülmemiştir. Doktrindeki bir görüş bu durumun uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olmadığını; zira ifayı tehlikeye atan tarafın yeterli bir teminat göstermemesi ve kendi yükümlülüklerini yerine getirmeye yanaşmaması ihtimalinde taraflar arasındaki "askı durumunun" süreceğini ve ifa menfaati zedelenen tarafın muacceliyet anına kadar beklemek zorunda kalacağını belirtmektedir.[2146] İşbu müddette ifa menfaati zedelenen taraf, ancak ve ancak CISG md.72 hükmündeki özel koşulların gerçekleştiğini kanıtlayarak sözleşmeden dönebilecektir.[2147] Halbuki CISG'in genel prensiplerinden birisi de "her hakkın belirli bir süre dâhilinde kullanılması"dır.[2148] Sonuç olarak pozitif düzenlemeler itibariyle CISG md.71/3 hükmünde ifayı tehlikeye atan tarafın yeterli bir teminat verebilmesi adına belirli bir süre öngörülmemiş olsa dahi bunun "mâkul bir süre içerisinde" verilmesi gerekir. Kanaatimizce de isabetli ve çözümcül olan andığımız görüşe göre, yeterli teminat mâkul bir süre içerisinde verilmezse, CISG md.72/3 hükmüne istinaden yeterli bir teminat vermeyen tarafa, "borcu ifa etmeyeceğini beyan

[2144] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.53.
[2145] **Huber/Mullis,** s.342-344.
[2146] Bkz ve karş. **Schlechtriem/Butler,** N.268. Ayrıca bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.52-53.
[2147] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.52-53.
[2148] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.52-53.

etmiş" yani kesin biçimde ifadan imtinâ etmiş gibi davranılmalı ve neticede ifa menfaati zedelenen tarafa da sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır.[2149]

CISG'in oluşturulma geçmişinden de anlaşılacağı üzere,[2150] "teminat" kavramı, sadece ipotek, rehin, menkul rehni, temlik veya garanti gibi dar anlamda teminatları değil; aynı zamanda alacaklının gelecekteki bir sözleşme ihlâli endişesini ortadan kaldırabilecek, örneğin bir banka teminat mektubu, moratoryum (borç ertelemesi) veya üçüncü tarafın rüçhan hakkı tanıması gibi diğer güvence araçlarını ve biçimlerini de kapsayacak niteliktedir.[2151]

Maddenin lafzına bakılırsa, borçlu tarafından gösterilen teminatın "yeterli" olması gerekmektedir. Gösterilen teminatın yeterli olup olmadığı hususu ise borçlunun sözleşmede yerine getirmediği yani ihlâl ettiği borcun kapsamı esas alınarak tâyin edilebilecektir. Bunun dışında meydana gelebilecek ilâve birtakım zararların teminat altına alınması gerekli değildir.[2152] Zira bu türden kayıplar, salt ilgili sözleşme yükümlülüğünün teminat altına alınmasını gerektiren CISG md.71/3 hükmüne değil, sözleşmenin ihlâline dair diğer genel kurallara tâbidir. Gösterilmesi gereken yeterli teminatın niteliği ve kapsamı; risk altındaki edim, spesifik tehdit ve sözleşmenin tüm çerçevesi dikkate alınarak tespit edilmelidir. Ayrıca alacaklının sübjektif olarak teminatı yeterli görüp görmemesi önemli değildir; bu hususta CISG md.8/2 hükmü gereğince mâkul ve orta zekâlı bir insanın objektif anlayışına göre hareket edilmelidir.[2153] Borçlu tarafından gösterilen teminat, yerine getirilmeyen borcu ekonomik açıdan kapsamalı ve alacaklıya, ileride edimin tümden yerine getirilmeyecek olması hâlinde değer açısından uygun bir ifaya eşit sayılabilecek güvence alacağını garanti ediyor olmalıdır. Teminatın,

---

[2149] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.11-12 ve Art.71, N.52-53. Ayrıca bkz. **Schlechtriem/Butler,** N.268. Yine bu hususta ayrıca bkz. ve karş. **Eiselen,** UNIDROIT, altb. J.

[2150] Bu hususta bkz. **Secretariat Commentary,** Art.62, N.13.

[2151] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.54.

[2152] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.3.4. Ancak aksi bir yorum, borçlunun göstereceği yeterli teminatın, muhtemel ek zararların telâfîsini de sağlayacak nitelikte olması gerektiği yönündedir, bkz. **Secretariat Commentary,** Art.62, N.13 vd.; **Hunnold,** Art.71, N.392.

[2153] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.3.3.

yükümlülüğün esasen vaat edildiği şekilde yerine getirileceğini göstermesi yeterli olacaktır.[2154] Bu nedenle, ifa zamanına tam olarak uyulmasının zorunlu olmadığı sözleşmelerde kısa bir gecikme gibi marjinal bir tutarsızlık, yetersiz güvence olarak kabul edilmeyebilir, fakat yine de borçlunun ifasındaki kusurların CISG md.74 hükmüne göre telâfî edilmesi gerekir.[2155]

Kural olarak teminatın "fiilen" gösterilmiş olması zorunludur. Yalnızca salt bir haber verme, niyet beyanı, duyuru veya sözlü bir vaat yeterli sayılamaz. Ancak borçlunun şüphe edilmeyen itibarı yahut şimdiye kadarki önceki sözleşme ilişkilerinin gereklerini kusursuz olarak yerine getirmiş olması, her zaman sözünü tuttuğunu göstermekteyse, ayrıksı olarak, borçlunun ifada bulunacağına dair basit bir söz vermesi (ifa vaadi) de CISG md.71/3 hükmü bağlamında "yeterli bir teminat" olarak addedilebilir.[2156]

b. Askıda Olma Durumu

Alacaklı, borçlunun yeterli bir teminat göstermesini beklediği müddetçe, kendi ediminin ifasını askıya alarak ve dolayısıyla sözleşmede öngörülmüş teslim tarihleri ve sürelerinden saparak sözleşmeyi ihlâl etmiş olmamaktadır.[2157] Zira sözleşmede öngörülen "zamana" dair klozlar da bu evrede askıya alınmış olup hüküm ifade etmez.[2158]

[2154] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Furniture case IV",* LG München I, 06.04.2000, CISG-online 665: "Tarafların sözleşmede kararlaştırılana uygun olmayan malların teslimi durumunda bedelde indirim yapılması konusunda anlaşmış olmaları, yeterli bir teminat sayılır."; *"Rijn Blend Oil Case",* Netherlands Arbitration Institute, 15.10.2002, CISG-online 740: "Satıcı, mallarının gelecekteki kalitesinde önemli bir iyileşme olduğunu kanıtlayarak yeterli teminat sağlayabilir." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.55, dn.159.

[2155] **Hunnold,** Art.71, N.392; **Azeredo da Silveira, Mercédeh:** "Anticipatory Breach under the United Nations Convention On Contracts for the International Sale Of Goods", Nordic Journal of Commercial Law 2005, iss.2, ss.1-51, s.15.

[2156] **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.815; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.3.4; **Strub,** s.495.

[2157] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.2.1.

[2158] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 11, VI, B. Sözleşme Programının Yenilenmesi.

Alacaklının, kendi ediminin ifasını askıya aldığını açıklaması, edimini ifa edip etmeyeceği kuşkulu olan borçlunun yükümlülükleri bakımından herhangi bir etki doğurmaz; borçlu hâlen, kural olarak, ifada bulunmak mecburiyetindedir.[2159] Bununla birlikte elbette çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere borçlunun, CISG md.71/3 hükmüne istinaden gelecekteki ifa tehlikesinin asılsız olduğunu ortaya koymak adına yeterli bir teminat göstermek suretiyle alacaklının yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkını etkisizleştirmesi mümkündür.[2160] Her ne kadar CISG md.71/3 hükmünde sadece teminat gösterilmesinden söz edilse de ediminin ifasını askıya alan tarafın, bir başka hükme istinaden haklı bir biçimde sözleşmeden dönmesi, gelecekteki ifaya yönelik tehlikenin bir sebeple ortadan kalkması yahut edimin muaccel olup da ifa edilmesi gibi ihtimallerde edimin ifasını askıya alma hakkı son bulur.[2161] İşte sayılan tüm bu ihtimallerde ediminin ifasını askıya almış olan taraf, artık ifaya kaldığı yerden devam etmek mecburiyetinde olur ancak ediminin belli bir müddet askıda kalmış olması nedeniyle bu tarafın kendi edimini yerine getirebileceği süre -diğer tarafın muacceliyet ânında borcu yerine getirip getirmeyeceğinin kuşkulu olduğu zamana kadar- uzamış olur.[2162] Şayet sözleşmedeki taraflardan biri, ediminin ifasını haklı sebeple askıya almış ise doğrudan işbu askıya alma durumu nedeniyle uğradığı zararların giderilmesini karşı taraftan isteme hakkına da sahiptir.[2163] Örneğin ediminin ifasını askıya alan taraf, bu sebeple ifaya hazırlık hareketlerini de keserek karşı tarafa satacağı malı, üçüncü bir kişiden temin etmemiş, daha sonra borçlu tarafından yeterli bir teminat verilmesi üzerine ifa hazırlıklarını sürdürmüş ancak aynı malı -ifa hazırlık hareketlerini kestiği zamanki fiyata nispeten- daha pahalıya temin edebilmişse aradaki fiyat farkını da CISG

[2159] **Huber/Mullis,** s.342.
[2160] **Huber/Mullis,** s.343.
[2161] **Huber/Mullis,** s.343.
[2162] **Schlechtriem/Butler,** N.264; **Huber/Mullis,** s.342-343.
[2163] **Huber/Mullis,** s.343-344.

md.74 ve devamı hükümlerindeki şartlar gerçekleşmişse karşı taraftan talep edebilecektir.[2164]

c. Teminat Verilmesinin Etkileri

Borçlunun ifa konusunda yeterli bir teminat vermesi hâlinde, alacaklının yükümlülükleri yeniden canlanır ve sözleşmede öngörüldüğü şekilde bu yükümlülükleri ifa etmesi gerekir.

d. Teminat Verilmemesinin Hüküm ve Sonuçları

Daha önce de belirtildiği üzere, CISG, ne borçlunun teminat göstermesi gereken bir süre sınırı[2165] öngörmekte ne de borçlunun yeterli teminat göstermemesinin hüküm ve sonuçlarını ele almaktadır. PICC, PECL ve UCC'nin aksine olarak DCFR'de de tıpkı CISG'de olduğu üzere teminat gösterilmesi gereken süre sınırı sorununa değinilmemiştir.[2166] CISG md.71/3 hükmü lafzî yorumla kelimesi kelimesine ele alınırsa, alacaklı, borçlu yeterli bir teminat göstermediği müddetçe, gerekirse kendi ediminin ifasını sonsuza kadar askıya alabilir, ancak alacaklının borçlunun teminat göstermemesi sebebiyle sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı bulunmamaktadır.[2167] CISG md.71/3 hükmünün eksik noktaları, farklı farklı şekillerde

---

[2164] **Huber/Mullis,** s.343-344; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.61.

[2165] Art.7.3.4 PICC ve Art.8:105 para.2 PECL hükümlerinde olduğu gibi "mâkul bir süre" veyahut § 2-609 para.4 UCC hükmünde olduğu gibi "30 günlük süre" öngörülebilirdi.

[2166] Önemine binaen tekrar ifade etmekte fayda görüyoruz ki DCFR, bu bağlamda CISG md.71 hükmüne tamamen benzer bir çözümü benimsemiştir. III.-3:401 para.2 DCFR hükmüne göre: *"Borçlunun edimini yerine getirmeden önce bizzat kendi karşı edimini ifa etmesi gereken ve fakat borçlunun edimi muaccel olduğunda ifada bulunmayacağına makul olarak inanan alacaklı, makul inancı devam ettiği sürece karşı edimi ifadan kaçınabilir. Ancak, borçlunun borcun ifa edileceğine dair yeterli bir teminat göstermesi hâlinde alacaklının ifadan kaçınma hakkı ortadan kalkar."* Oysa PICC, PECL ve UCC bu soruna bir çözüm bulmuşlardır. Art.7.3.4 PICC hükmüne göre: *"Diğer tarafça esaslı bir ifa etmemede bulunulacağına makul olarak inanan taraf, gereği gibi ifayı teminat altına alan uygun bir güvence verilmesini talep edebilir ve bu sırada kendi borcunu ifadan kaçınabilir. Bu güvence makul bir süre içinde verilmediği takdirde, onu talep eden taraf sözleşmeyi sona erdirebilir."* Ayrıca Art.8:105 para.2 PECL hükmüne göre: *"Teminatın makul bir süre içinde sağlanmaması hâlinde, güvence talep eden taraf, diğer tarafça edimin esaslı esaslı şekilde ihlâl edileceğine hâlâ makul olarak inanıyorsa sözleşmeyi feshedebilir ve gecikmeksizin fesih bildiriminde bulunur."* Ayrıca, § 2-609 para.4 UCC hükmüne göre: *"Haklı bir talebin alınmasından sonra, otuz günü aşmayan makul bir süre içinde, söz konusu durumun koşulları altında yeterli olan bir ifa teminatının sağlanmaması, sözleşmeden dönülmesi anlamına gelir."*

[2167] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.59.

giderilebilir. Örneğin böyle bir durumda sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının mevcut olması gerektiği elbette taraflarca özgürce kararlaştırılabilir. Yine örneğin aynı zamanda CISG md.72/1 ve md.72/2 hükümlerinin koşulları bir arada gerçekleşmişse ve alacaklı bu hâlde CISG md.71 hükmündeki ifayı askıya alma hakkını sadece bir önleyici/geçici hukukî çözüm olarak kullanmışsa, bundan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkına başvurabilir. Geri kalan durumlarla ilgili olarak doktrindeki görüşler farklılık arz etmektedir. [2168] Literatürdeki hâkim görüşe göre, borçlunun yeterli bir teminat göstermemesi, CISG md.72/3 hükmü anlamında, çoğu kez bunun bir emâresi olsa bile, tek başına borçlunun ifayı yerine getirmeyi reddetmesi olarak değerlendirilemez.[2169] Ancak, borçlunun yeterli bir teminat göstermemesinin, artık alacaklıya CISG md.72/3 hükmüne göre sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı veren, sözleşmenin öncelenmiş ve esaslı bir ihlâli anlamına geldiği görüşü daha ikna edicidir.[2170] Borçlunun yeterli bir teminat göstermeyeceğini açıkça beyan etmesi hâlinde, bunun CISG md.72/3 hükmüne göre bir "ifa reddi" teşkil ettiği konusunda görüş birliği mevcuttur. Zira borçlu sadece yeterli bir teminat göstermemekle, zımnen de olsa aynı şeyi (yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini) beyan etmiş olur. Bu noktada CISG hem sarih (açık) hem de zımnî beyanlara müsaade ettiğinden ve hatta bunları aynı şekilde ele aldığından,[2171] CISG md.71/3 hükmü bağlamında sarih ve zımnî beyan arasında bir ayrım yapmak isabetli olmaz. Dolayısıyla, borçlunun yeterli bir teminat

[2168] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.59.
[2169] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.71, N.3.7; **Brunner,** Art.71, N.25; **Strub,** s.484.
[2170] **Hunnold,** Art.71, N.394; **Nicholas, Banny:** "The Vienna Convention on International Sales Law", LQR 1989, vol.105, ss.201-243, s.234.
[2171] CISG md.8 hükmüne göre: *"(1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.*

(2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

(3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır."

göstermemesi, alacaklıya sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı veren CISG md.72/3 anlamında bir ifa reddi anlamına gelecektir.[2172]

B. Sözleşme Programının Yenilenmesi

İfanın askıya alınması ya da stopaj hakkının kullanılmasından ötürü eğer, taraflarca ilk başta kararlaştırılan sözleşme plânına (bilhassa zamanla ilgili klozlara) artık sadık kalmak mümkün olamıyorsa, alacaklının bu hakları tüm şart ve gerekliliklerine uygun biçimde, yani geçerli olarak kullanmış olması hâlinde ifanın vâdesi de askıda kalmış olacaktır. Böylelikle ifanın askıya alınması ya da stopaj hakkının kullanıldığı müddetçe, sözleşmede kararlaştırılan zamansal çerçeve de ileriye doğru kaymış yani ötelenmiş sayılacaktır.[2173]

VII. TAZMİNAT VE İSPAT

A. Alacaklının Tazminat Talepleri

Alacaklı, ediminin ifasını askıya almak zorunda kalmasıyla bağlantılı olarak bir zarara uğrayabilir; örneğin askıya alma veya stapoj, maliyetlerle ilişkiliyse veya durdurulan üretimin veya hammadde tedarikinin yeniden başlatılması daha yüksek maliyetler gerektiriyorsa durum böyledir. İşte alacaklı, CISG md.45/1 hükmünün (b) bendi ve CISG md.61/1 hükmünün (b) bendinin kıyasen uygulanması suretiyle bu zarar için borçludan tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır. Aksi takdirde, 71. Madde tarafından sağlanan hakların kullanılması önemli riskleri çoğu kez beraberinde getirebilecektir.[2174]

[2172] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.59.
[2173] **Brunner,** Art.71, N.24; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.60.
[2174] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.61.

B. Borçlunun Tazminat Talepleri

CISG md.71 hükmündeki şartları ve gereklilikleri yerine getirmediği hâlde alacaklının ediminin ifasını askıya alması hâlinde, alacaklı ifayı reddetmiş sayılacak ve sözleşmeyi ihlâl etmiş olacaktır. Bu durumda borçlu CISG md.45/1 hükmünün (b) bendi ve CISG md.61/1 hükmünün (b) bendi uyarınca tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır.[2175] Ayrıca, alacaklı CISG md.71/3 hükmü uyarınca bildirimde bulunmazsa tazminattan sorumludur, ancak bu hükmün koşullarının yerine getirilmesi hâlinde alacaklı CISG md.79 hükmüne[2176] istinaden sorumluluktan kurtulabilir.

C. İspat Külfeti

İfanın askıya alınması ya da stopaj hakkına dayanan alacaklının, buna ilişkin gerekli şartların gerçekleştiğini ispatlaması gerekir.[2177] Aynı şekilde borçlunun da yeterli bir teminat gösterdiğini ispatlaması gerekir.[2178]

[2175] **Gabriel,** s.214; **Brunner,** Art.71, N.3. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Ispat Unimetal, SA v. Trenzas y Cables de Acero PSC SL",* Audiencia Provincial de Cantabria (Court of Appeal Cantabria), 05.02.2004, CISG-online 837; *"Tannery Machines Case",* OLG Köln, 08.01.1997, CISG-online 217; *"Industrial Equipment Case I",* ICC, 23.01.1997, CISG-online 236. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.71, N.62, dn.173.

[2176] CISG md.79 hükmüne göre: *"(1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.*

(2) Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve,

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.

(3) Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.

(4) İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.

(5) Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez."

[2177] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Kickboards Case",* BGer, 17.07.2007, CISG-online 1515; *"Austrian-Ukrainian Sales Contract Case",* International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (ICAC), 2005, CISG-online 1372; *"Prodema S.A. v. Michon B.V.",* RB Utrecht, 18.07.2007, CISG-online 1551*; "Kickboards Case",* KassGer des Kantons Zürich, 02.04.2007, CISG-online 1526. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.71, N.63, dn.175.

[2178] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.71, N.63.

§ 12. ESASLI İHLÂL HÂLİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI (CISG md.72)

I. DÜZENLEME VE TARİHÇESİ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın ("Viyana Satım Sözleşmesi" olarak anılır) resmî tercümesi[2179] esas alındığında CISG md.72 hükmüne göre:

"(1) Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.

(2) Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, keyfiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır.

(3) Karşı taraf yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini beyan ettiği takdirde 2. fıkra hükümleri uygulanmaz."

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesine dair ilk mukayeseli çalışmalar, *Ernst Rabel* tarafından 1929 yılında yürütülmüştür.[2180] *Rabel*'in ulusal nitelikli satım hukuku kanunlarının/normlarının birleştirilmesine dair tavsiyeleri, yalnızca Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki "beklenen ihlâl doktrinine" odaklanmıştır. Bu doktrin meseleyi "sübjektif" olarak değerlendirir, şöyle ki: Bu doktrine göre öncelenmiş sözleşme ihlâli, bir tarafın sözleşmenin gelecekte esaslı ihlâline sebebiyet vereceğine dair niyetini ortaya koyması hâli ile sınırlıdır. Üzerinde durulması gereken husus, "ifa"

[2179] Bkz. 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı RG'de yayımlanan Sözleşme metni.
[2180] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.2; **Strub,** s.479-487; **Rowley,** s.565-639.

iken; bu doktrin, borçlunun sübjektif niyetine odaklanmaktadır. Ancak ulusal nitelikli satım hukuku kanunlarının/normlarının birleştirilmesi sürecinde "öncelenmiş ihlâl" kavramına daha geniş bir anlam yüklenmiştir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, Art.76 ULIS hükmünde olduğu üzere, niteliği gereği -zorunlu olarak- borçluyla ilgili olmayan birtakım objektif nedenlerin gelecekteki esaslı bir sözleşme ihlâline işaret ettiği durumları da içermekteydi. CISG md.72/1 hükmü, Art.76 ULIS hükmünden sadece lafızda bazı küçük değişiklikler yapılarak alınmıştır ve böylelikle sözleşmenin gelecekteki ihlâline ilişkin olarak "sübjektif" ve "objektif" sebepler arasındaki ikili ayrım muhafaza edilmiştir. Böylece eski ULIS Taslak çalışmalarında yer alan ve sadece borçlunun sözleşmesel yükümlülüklerini reddetmesine odaklanıp objektif temelli aksaklıkları ayrıştıran, "sübjektif görüşü" tekrar yerleştirmeye çalışan Amerikan çabaları başarısız olmuştur.[2181]

CISG md.72/2 ve md.72/3 hükümlerinin lafzı, taslak çalışmalarının son aşamalarına kadar düzeltilmemiştir.[2182] Gelişmekte olan ülkelerin dile getirdiği endişeler, sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının kullanılmasının, "yeterli teminat gösterilerek" engellenebileceği bir düzenleme getirilmesi suretiyle giderilmiştir. Fakat CISG md.72/2 hükmünde yer alan ve önemli bir ayrıksı hâl teşkil eden *"...süre elverdiği takdirde..."* ibaresinin metinden çıkartılması yolundaki teklifler reddedilmiştir. CISG'in günümüzdeki nihaî hâli, sonuçları o zamanlar tam olarak etraflıca düşünülmemiş bir uzlaşıya dayanmaktadır.[2183]

[2181] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.2.
[2182] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.72, N.1.7.
[2183] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.3.

II. KAPSAMI VE FONKSİYONU

A. Alacaklının İfa Tarihi (Vâde) Öncesinde Korunması

CISG md.72 hükmü, her şeyden önce, sözleşmenin ifasına kadar olan süreçte ortaya çıkan aksaklıklara ilişkindir. Sözleşmede kararlaştırılan vâde tarihinden önce, karşı tarafın sözleşmenin esaslı bir ihlâline sebebiyet vereceği anlaşılırsa, ifa menfaati zedelenecek tarafın, ihlâlin "fiilen" gerçekleşmesini beklemesi gerekmez, sırf bu sebeple dahi ifa tarihinden önce sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] beyanında bulunabilir. Bir yandan, sözleşmenin önceden gerçekleştirilen ve ileriye yönelik *(ex nunc)* olarak etki doğuran ortadan kaldırılması müessesesi, ifaya yönelik yaklaşan tehlikelere erkenden reaksiyon verilmesine olanak tanıyarak etkin ve pratik bir düşünceyi yansıtmaktadır. Öte yandan bu müessese, her iki tarafın da hukukî menfaatlerinin dengeli bir biçimde korunmasını sağlar, şöyle ki: Hem alacaklının kolay ve hızlı bir şekilde[2184] tekrardan tasarruf özgürlüğüne (örneğin başka başka ikame işlemler tesis edebilmek) kavuşmasını sağlar hem de borçluya aslında ifaya hazır olduğunu gösterme şansı tanır.[2185]

Sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı, alacaklının kullanabileceği muhtelif hukukî imkânlardan biridir. Elbette alacaklı, CISG md.71 hükmü uyarınca sadece kendi ediminin ifasını askıya almayı tercih edebilir yahut ifa için vâdenin gelmesini beklemeyi ve ardından sırasıyla CISG md.45 ve md.61 hükümlerinde öngörülen haklarını kullanmayı tercih edebilir.[2186] Muhtelif hukukî imkânlar arasında alacaklı için seçim özgürlüğünün bulunması, CISG'in genel yapısıyla

[2184] **Strub,** s.480; **Carter, J.W./Phang, Andrew/Phang, Sock-Yong:** "Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests", J Cont. L 1999, vol.15, iss.2, ss.97-132, s.100 ve s.107 vd.
[2185] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.4.
[2186] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Key Press Case",* BGH, 15.02.1995, CISG-online 149: "Sözleşmenin ifa tarihinden sonra ihlâl edilmesinin CISG'in 49. ve 64. maddelerine tâbi olacağı açıkça belirtilmektedir." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.5, dn.11.

uyumludur. Bu sırada borçlunun menfaatinin gözetilip gözetilmeyeceğine veya ne denli gözetilmesi gerektiğine ayrıca değinilmiştir.[2187]

B. Mukayeseli Analiz

CISG md.72 hükmünün kökleri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık doktrinini sözleşme ihlâlinin özel bir biçimi olarak ortaya atan Anglo-Amerikan hukuk sisteminde dayanmaktadır.[2188] *Ernst Rabel,* bu doktrini ileri sürerek, yeknesak satım hukukunda sözleşmenin ihlâli hâlinde uygulanacak genel kurallara değerli bir katkı sağlamıştır. Buna karşılık Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil birçok ülkenin hukukunda, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde başvurulabilecek, genel mahiyetli bir sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkından söz edilmemiştir. Günümüzde İsviçre ve Fransız hukuk sistemlerinde olan durum da tamamen böyledir. Alman hukukunda ise BGB'de değişiklik yapan ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni yasa bağlamında (Borçlar Hukuku Reform Yasası, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) § 323 Abs.4 BGB hükmünde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde sözleşmeden (öncelenmiş) dönme hakkı getirilmiştir ki kuşkusuz bu hüküm, CISG md.72 hükmünden mülhemdir.[2189]

Hemen tüm uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmaları, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini açıkça ele almıştır. Art.9:304 ve Art.8:105 PECL; yine III.-3:504 DCFR ve Art.7.3.3 ve Art.7.3.4 PICC hükümleri, tümüyle aynı olmamakla birlikte CISG md.72 hükmüyle önemli benzerlikler taşımaktadır. Her ne kadar DCFR, CISG md.72 hükmündeki "ifayı reddetme *(refusal to perform)*" ile

---

[2187] **Strub,** s.480 ve ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, VI, B. Süre Sınırı.

[2188] **Cheshire/Fifoot/Furmston:** Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, 13th Ed., London 1996, s.682 vd.; Amerikan ticaret hukukuna ilişkin olarak bkz. ve karş. § 2-610 UCC hükmü. "Öncelenmiş ret *(anticipatory repudiation)*" hakkının tanımı, § 2-610 para.2 UCC hükmü ve § 2 Restatement (2nd) of Contracts hükmüne kadar gitmektedir. Ayrıca bkz. **Corbin,** § 959-989, s.851-969; **Strub,** s.478-484; **Williston, Samuel:** A Treatise on the Law of Contracts vol.11, 3th Ed., Mount Kisco, Baker, Voorhis & Co., N.Y. 1968, § 1337, s.185-189.

[2189] **Müller,** N.24; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.6.

gelecekteki diğer esaslı ihlâl türleri arasında yapılan ayrımı sürdürmüşse de PECL ve PICC, iki kategori arasında bir ayrım yapmaktan kaçınmıştır. Ancak her üç metinde de alacaklı bakımından CISG md.72/2 hükmüne tekabül edecek bir "bildirimde bulunma yükümlülüğü" getirilmemiştir. Bu sebeple alacaklı, borçludan yeterli bir teminat göstermesini talep edebilir, fakat etmek zorunda değildir. Alacaklı bunun yerine doğrudan doğruya sözleşmeyi ortadan kaldırmak isteyebilir.[2190] PECL ve DCFR bağlamında düşünüldüğünde borçlu tarafından yeterli bir teminatın sağlanmaması durumunda alacaklı, Art.8:105 para.2 PECL hükmüne göre "gecikme olmaksızın"; III.-3:508 para.3 DCFR hükmüne göre ise "mâkul bir süre içerisinde" sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkına sahiptir. Oysa bu duruma CISG ve PICC'de tekabül eden hükümlerde açık bir süre sınırı öngörülmüş değildir.[2191]

C. Objektif Sebepler ile Borçlunun Davranışına Dayanan Sebepler Arasındaki Ayrım

CISG bağlamında bir yandan kesin ifa reddi (CISG md.72/3 hükmüne göre sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmeyeceğini beyan etmek) ile diğer yandan sözleşmenin gelecekteki esaslı ihlâline sebep olabilecek diğer hâller (CISG md.72/1) arasında bir ayrım yapılmalıdır.[2192] Bu ayrımda ifanın kesin reddi hâli, sözleşme ilişkisinin artık çöktüğüne dair daha güçlü bir emâre olarak nitelendirilmektedir. Buna uygun olarak, borçlunun edimini yerine getirmeyi kesin bir biçimde reddettiğini beyan etmesi hâlinde alacaklının -CISG md.72/2 hükmüne göre gelecekteki diğer esaslı ihlâl türleri için gerekli olanın aksine- artık sözleşmeyi ortadan

[2190] CISG md.72 ve Art.7.3.3 ve Art.7.3.4 PICC hükümlerinin ve Art.9:304 ve Art.8:105 PECL hükümlerinin detaylı mukayesesi için bkz. **Eiselen,** UNIDROIT, s.207 vd.; **Eiselen,** PECL, s.461 vd.; **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.795 vd.

[2191] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.7. Ayrıca CISG md.72 hükmü bağlamında "mâkul bir süre sınırı"nın getirilmesi gerektiğine dair bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, VI, B. Süre Sınırı.

[2192] **Secretariat Commentary,** Art.72, N.2.

kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] niyetini borçluya bildirmesi (ihbar etmesi) gerekli değildir.[2193]

D. CISG md.72 Hükmünün Diğer Hukukî İmkânlardan Ayırt Edilmesi

Yukarıda değindiğimiz üzere[2194] CISG md.71 hükmü, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte taraflardan birinin edimin ifasını tehlikeye atması durumunda sözleşmenin karşı tarafına birtakım haklar tanımaktadır; ancak maddenin lafzına bakılırsa bunlar arasında "sözleşmeden dönme hakkı" mevcut değildir.[2195] Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden dönme olanağı sağlayan tek düzenleme, CISG md.72/1 hükmünde öngörülmüş olan ve sözleşmenin esaslı ihlâline sebebiyet veren öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlidir.[2196]

[2193] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.8.

[2194] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, IV. İfayı Askıya Alma Hakkı. Ayrıca bilgi için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, V. Stopaj Hakkı (CISG md.71/2).

[2195] CISG hukuk literatüründe CISG mdd.71/1 hükmündeki ifanın askıya alınması *(suspension)* müeyyidesine başvurulabilmesi için aranan borçlunun anılan maddede iki bent hâlinde sayılan nedenlerle *"yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması"* şartı ile CISG md.72/1 hükmündeki sözleşmeden dönme hakkına başvurulabilmesi için aranan *"sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal"* etme koşulunun esasen aynı manada olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Doktrinde hâkim görüşe göre, hükümlerin lafzından da anlaşıldığı gibi, CISG md.71/1 hükmünde zikredilen şart, CISG md.72/1 hükmünde yer alan "esaslı ihlâl" şartıyla aynı anlama gelmez. CISG md.71 hükmündeki ifanın askıya alınması *(suspension)* müeyyidesine başvurulabilmesi için getirilen şartın, CISG md.72/1 hükmündeki esaslı ihlâl yoğunluğu düzeyinde olması gerekmediği için bunun ispatlanması da esaslı ihâle nispeten daha kolaydır. Nitekim CISG md.71 hükmünde öngörülen koşuldan CISG md.72/1 hükmünde olduğu şekliyle sözleşmenin esaslı ihlâli anlaşılacak olsaydı, zaten öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi tek bir madde içerisinde hükme bağlanır ve böyle bir hükümde ifa menfaati zedelenen tarafa seçimlik haklar olarak kendi ediminin ifasını askıya alma yahut sözleşmeden dönme hakkı tanınırdı. Oysa CISG'de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi üç ayrı madde altında düzenlenerek dönme hakkının sadece "sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğinin açık olması" koşuluyla kullanılabilmesi öngörülmüştür. Bu hususlar için bkz. ve karş. **Bridge, Michael G.:** "Avoidance for Fundamental Breach of Contract Under the UN Convention on the International Sale of Goods", ICLQ 2010, vol.59, iss.4, ss.911-940, s.938; **Liu,** Suspension or Avoidance, altb.3.2; **Schlechtriem/Butler,** N.263; **Huber/Mullis,** s.340. Ayrıca *"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)."* cümlesi için bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.15. Fakat CISG md.71/3 hükmüne göre yeterli bir teminatın mâkul bir süre içerisinde verilmemesi durumunda alacağı tehlikeye girmiş olan tarafın CISG md.72/3 hükmüne istinaden sözleşmeden dönme imkânına sahip olması gerektiği de doktrinde savunulan bir görüştür, bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.71, N.52-53. Bu bağlamda CISG md.71 ve md.72 hükümleri arasında bilhassa ispata dair olarak yapılan ayrımın uygulama önemsizleşeceği ve borç muaccel hâle geldiğinde ihlâl edileceği öngörülen yükümlülüğün, sözleşme bakımından olan öneminin ve alacaklının bundaki hukukî menfaatinin belirleyici olacağı yolundaki görüş için bkz. **Schlechtriem/Butler,** N.263; **Eiselen,** UNIDROIT, altb. J. Ayrıca bkz. ve karş. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.13, dn.37.

[2196] **Liu,** Suspension or Avoidance, altb.2.2. Ayrıca bu bağlamda ifade edebilir ki CISG md.73/2 hükmünde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeyi geleceğe etkili *(ex nunc)* bir biçimde feshetme imkânı getirilmiştir, bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.20.

CISG md.71 ve md.72 hükümlerinin her ikisi de beklenen bir sözleşme ihlâline *(impending breach of contract)* ilişkindir. Ancak CISG md.71 hükmünün tatbik şartları arasında CISG md.25 hükmü anlamında bir "esaslı ihlâlin *(fundamental breach of contract)*" gerçekleşmesi mevcut değildir.[2197] Keza buna uygun olarak da CISG md.71 hükmü, yalnızca basit önleyici hukukî imkânlar olarak ifanın askıya alınması yahut transit hâlindeki malların durdurulması (stopaj) haklarını âdeta birer tedbir mahiyetinde düzenlemektedir.[2198] CISG md.72 hükmü ise karşı tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyi önceden reddetmesi (kesin ifa reddi) yahut sözleşmenin gelecekte esaslı bir şekilde ihlâl edileceğini gösteren başka objektif tehlike sebeplerinin bulunmasından ötürü "sözleşmenin özünün" tehlikeye girdiği durumlarda devreye girer. Dolayısıyla CISG md.72 hükmü, CISG md.71 hükmüne nazaran "daha yoğun" durumlara ilişkin olarak ihdas edilmiştir. Aslında her iki madde de aynı ânda uygulanabilir. Hatta "eş zamanlı bir uygulama" dahi tavsiye edilebilir. Fakat bu, her iki maddenin de şartlarının bir arada yerine getirilmesini gerektirir ki bu, özellikle "bildirim (ihbar)" şartı söz konusu olduğunda sorun yaratır: hem CISG md.71 hükmü hem de CISG md.72 hükmü bildirimin gerekli olduğunu öngörmektedir; ancak CISG md.71 hükmündeki bildirim ile CISG md.72 hükmündeki bildirim farklı amaçlara hizmet ettiğinden bildirimin içeriğinde aranan hususlar da oldukça farklıdır.[2199]

III. GELECEKTEKİ ESASLI İHLÂL NEDENİYLE SÖZLEŞMEYİ ORTADAN KALDIRMA HAKKI (CISG md.72/1)

A. Genel Olarak Şartlar

CISG md.72/1 hükmüne göre sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının kullanılabilmesi için gerekli şartlar şunlardır: (1) ifa tarihinden

[2197] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.9.
[2198] **Gabriel,** s.214. Ayrıca bu konudaki dava örneği için bkz. *"Clothing Case",* ICC, 8786/1997, CISG-online 749. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.72, N.9, dn.27.
[2199] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.9.

(vâdeden) önceki süreçte, (2) borçlunun ileride sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği açık olmalıdır. (3) Ardından süre elveriyorsa, (4) alacaklı borçluya sözleşmeyi ortadan kaldırma niyetinde olduğunu gösteren mâkul bir bildirimde bulunmalıdır, (5) söz konusu bildirim, yükümlülüklerinin ifasına dair borçlunun yeterli bir teminat göstermesine olanak tanıyacak nitelikte olmalıdır, (6) borçlu yeterli bir teminat gösteremezse alacaklı, sözleşmeden öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullandığını beyan edebilir.[2200]

Gerçekten de CISG md.72/1 hükmüne göre *"sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir."* Hükmün maksadı, muacceliyet gerçekleştiğinde dahi borcun yerine getirilmeyeceğinin zaten aşikâr olduğu hâllerde karşı tarafa (duruma göre alıcı veya satıcıya) mevcut sözleşmesel ilişkiden kurtulma olanağı tanımak ve kendi edim yükümlülüğünü teşkil eden değerleri, başka başka ikame tasarruflarda kullanabilme hürriyeti sağlamaktır.[2201] Doğrudan CISG md.72/1 hükmüne istinaden sözleşmeden dönülebilmesi, ancak ve ancak akdin kurulması ile muacceliyetin gerçekleşmesi arasındaki süreçte mümkündür.[2202] Ancak bu tespitte dikkat edilmesi gereken husus şudur ki: Sözleşmenin kurulmasının ardından (a) ve (b) bentlerindeki belli olayların gerçekleşmesini ön koşul olarak gören CISG md.71 hükmünden farklı olarak CISG md.72 hükmünde öngörülen dönme hakkı, "sözleşmenin akdedilmesinden önceki süreçte" vâkıalara istinaden de kullanılabilmektedir.[2203] Akdin kurulması ile muacceliyetin gerçekleşmesi arasındaki süreç içerisinde dönme hakkının kullanılabilmesi için her durumda muacceliyet gerçekleştiğinde borca aykırı davranılacağının aşikâr *(clear)* olması ve sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edilmesine

[2200] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.10.
[2201] **Atamer,** CISG, s.409; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.4.
[2202] **Schlechtriem/Butler,** N.269; **Huber/Mullis,** s.345-346.
[2203] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.16.

(fundamental breach of contract) sebebiyet verecek ağırlıkta olması zorunludur.[2204] Elbette bu koşulların bir arada sağlanmış olması, ifa menfaati zedelenen tarafın "ihlâl" karşısındaki haklarını sınırlandırmaz; şayet CISG md.71/1 hükmünde sayılan durumlardan biri varsa, ifa menfaati zedelenen taraf, sözleşmeden dönme hakkı yerine kendi ediminin ifasını askıya alma hakkına başvurabilecek yahut bunu da başvurmayarak muacceliyete kadar beklemeyi ve sonrasındaki haklarına başvurmayı tercih edebilecektir.[2205] Hemen yukarıda değindiğimiz açıklık *(clear)* ve sözleşmenin esaslı ihlâli *(fundamental breach of contract)* koşulları kümülatif olarak sağlansa bile - CISG md.72/3 hükmündeki ihtimal gerçekleşmedikçe- sözleşmeden dönme niyetini hâiz olan tarafın, bu hakkını kullanabilmesi için ilâveten CISG md.72/2 hükmündeki bildirim yükümlülüğüne de riayet etmesi zorunludur.[2206]

B. Öncelenmiş Esaslı İhlâl

Taraflar arasındaki sözleşmenin "öncelenmiş esaslı ihlâli *(anticipatory fundamental breach of contract)*", CISG md.72 hükmünün temel uygulanma şartıdır. "Öncelenmiş"lik üzerine yapılacak bir değerlendirme esasen kolaydır; zira borçlunun edimi henüz muaccel hâle gelmediğinden bu süreçte ortaya çıkabilecek her ihlâl, öncelenmiş sayılmaya müsaittir. Bunun yanı sıra "esaslı" bir ihlâlin meydana geleceğini gösteren koşullar mevcut olmalıdır. İhlâlin esaslı olup olmadığının tespitinde CISG md.25 hükmündeki ölçüt uygulanır.[2207] CISG md.25 hükmüne göre *"taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki,*

[2204] **Atamer,** CISG, s.409; **Liu,** Suspension or Avoidance, altb.2.2; **Schlechtriem/Butler,** N.270-271; **Huber/Mullis,** s.345.
[2205] **Liu,** Suspension or Avoidance, altb.2.2; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.5.
[2206] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.10.
[2207] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.25, N.2.2. Ayrıca bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Downs Investments Pty Ltd. v. Perjawa Steel SDN BHD",* Supr. Ct. Queensland, 17.11.2000, CISG-online 587; *"Magellan Int'l Corporation v. Salzgitter Handel GmbH",* Dist. Ct. Northern District of Illinois, 07.12.1999, CISG-online 439. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.11, dn.29; **Atamer,** CISG, s.410, dn.694.

böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun." Anlaşıldığı üzere esaslı ihlâlden söz edebilmek için ihlâlin, alacaklıyı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde mahrum bırakması ve bu sonucu borçlunun (ihlâl eden) öngörmüş olması yahut -borçlu öngöremediği iddiasındaysa bile- borçlunun yerine konabilecek mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin öngörebilecek olması şeklinde ölçütler aranmaktadır. Ayrıca bu ölçütleri içeren bir -esaslı- ihlâl tehlikesi, gerçekleştiğinde CISG md.49 veya CISG md.64 hükümlerinden birine göre alacaklıya sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı verecek bir tehlike olmalıdır. Dolayısıyla bu iki hükme dair içtihat hukukuna, CISG md.72/1 hükmü bağlamında sözü edilen gelecekteki ihlâlin "esaslılığını *(fundamentality)*" değerlendirirken de başvurulmalıdır.[2208]

Önemine binaen tekrar ifade etmek gerekirse "esaslı ihlâl" koşulunun sağlanıp sağlanmadığı, bu hususta CISG'de bulunan kurallar üzerinden tespit edilir ki; bu kurallardan en önemlisi ise hemen yukarıda değindiğimiz CISG md.25 hükmüdür.[2209] Bu bağlamda genel itibariyle; henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borca aykırı davranılmasına neden olan hâlin, muacceliyet ânında da mevcut olması ihtimalinde CISG'e göre sözleşmenin esaslı bir ihlâli olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine bakılır.[2210] Doktrinde bu duruma tipik bir örnek olarak kesin vâde ihtivâ eden bir sözleşmede, satıma konu malların vâdesinde teslim edilemeyeceğinin öngörülmesi verilmektedir.[2211] Kesin vâdeli bir sözleşmede borcun vâdesinde yerine getirilmemesinin sözleşmenin esaslı ihlâline sebebiyet verecek olması gibi, bunun açık bir şekilde öngörülebilmesi de aynı hukukî sonuca yol açmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin esaslı ihlâline istinaden dönme hakkına başvurabilmek için

[2208] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.11.
[2209] **Atamer,** CISG, s.292-311; **Schlechtriem/Butler,** N.188-189 ve N.241-243; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.11 vd.
[2210] **Atamer,** CISG, s.409-410; **Schlechtriem/Butler,** N.271.
[2211] **Atamer,** CISG, s.410; **Schlechtriem/Butler,** N.271.

vâdeyi beklemek, artık anlamsızlaşmaktadır. Elbette bunun değerlendirilmesi bakımından da tıpkı aşağıda değineceğimiz[2212] "açıklık/aşikâr olma *(clear)*" koşulunun sağlanıp sağlanmadığı noktasında olduğu gibi CISG md.8/2 hükmüne istinaden mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin objektif anlayışına göre hareket edilmelidir.[2213] Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki tüm değerlendirmeler neticesinde "esaslı ihlâl" olarak nitelendirilebilen olayın, borçlunun kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmaması sonucu değiştirmemektedir.[2214]

CISG md.71/1 hükmünün aksine CISG md.72/1 hükmü, ilerideki sözleşme ihlâli sebeplerini listelemeyi tercih etmemiştir. Bununla birlikte CISG md.71/1 hükmünün a ve b bentlerinde sayılan sebepler -tartışmaya yol açacak kadar- ifayı tehlikeye atabilecek her türlü muhtemel aksaklığı etraflıca kapsadığından CISG md.72/1 hükmü bağlamında bir rehber olarak hizmet edebilir.[2215] Ancak unutulmamalıdır ki CISG md.71/1 hükmüne göre borçlunun yükümlülüklerinin "önemli bir kısmını" gelecekte ihlâl edeceğine yönelik emâreler, CISG md.72/1 ve CISG md.25 hükümleri anlamında sözleşmenin gelecekteki esaslı ihlâli sonucunu doğurmayabilir.[2216] Örneğin, borçlunun gizli materyalleri kopyalamak maksadıyla taraflarca kararlaştırılmış bir yasağı ihlâl etmekle alacaklıyı tehdit ettiği bir durum düşünülebilir. Bu durum, alacaklıyı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde mahrum bırakmayabilir; ancak yine de kopyalamanın yapılmaması, sözleşmede öngörülen uzlaşının açık ve meşru bir parçasıdır, bu uzlaşı ihlâl tehlikesiyle karşı karşıyadır.[2217] Hem CISG md.71/1

[2212] Bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, III, C. Öngörü (Tahmin).
[2213] **Atamer,** CISG, s.410.
[2214] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.13.
[2215] **Walter, Marks S.:** "Drafting Contracts to Deal with Insecurity and Prospective Breach (Articles 71, 72, 73(2))", Drafting Contracts Under the CISG, (ed.: Harry M. Flechtner/Ronald A. Brand/Marks S. Walter), Oxford University Press, Oxford 2008, ss.413-428, s.426 vd.
[2216] "Esaslı ihlâl" ile yükümlülüklerin "önemli bir kısmının" ihlâl edilmesi arasındaki ayrımı vurgulayan görüş için, bkz. **Strub,** s.494; **Bernstein, Herbert/Lookofsky, Joseph:** Understanding the CISG in Europe, 2nd Ed., Kluwer Law International, The Hauge, London, N.Y. 2002, s.133, dn.106.
[2217] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Pressure Sensors Case",* Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), 05.04.2007, CISG-online 1521. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.13, dn.38.

hükmünün a ve b bentleri hem de CISG md.72/1 hükmü kapsamına girebilecek durumlar, savaş veya yangın nedeniyle üretim tesislerinin kaybı, ödeme kısıtlamaları (kambiyo düzenlemeleri), patent haklarından yoksunluk, hammadde kullanım yasağı veya hammadde eksikliği, grev, borçlunun iflâsı[2218] ve benzeri durumlardır.[2219] Beklenen sözleşme ihlâlinin *(impending breach of contract)* borçlunun kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ise bu noktada konu ile ilgisizdir.[2220]

C. Öngörü (Tahmin)

Alacaklının CISG md.72/1 hükmüne istinaden sözleşmeyi öncelenmiş bir şekilde ortadan kaldırıp kaldıramayacağı, öngörülebilen yani beklenen ve edimi tehlikeye atacak aksaklıkların ifa tarihinde meydana gelme yahut devam etme olasılığının derecesine bağlıdır. CISG md.72/1 hükmündeki gelecekteki esaslı ihlâlin "aşikâr *(clear)*" olması şartı, yalnızca alacaklının ileride gerçekleşebilecek aksaklıklarla ilgili hususların farkında olmasına atıfta bulunmaz; aynı zamanda bir ihlâlin gerçekten meydana geleceğine dair yüksek bir olasılık derecesinin gerekliliğini de vurgular.[2221]

Esaslı ihlâle ilişkin "açıklık/aşikâr olma *(clear)*" şartının gerçekleştiğinden söz edebilmek için gerekli olan olasılık derecesinin kesin bir tanımı yoktur. Kavramın çok daha fazla yorumlanmaya ihtiyaç duyduğu bir gerçektir. Her ne kadar fiilî bir kesinlik sağlanamasa dahi çok yüksek ve belirgin bir olasılık derecesinin gerekli olduğu hususunda CISG literatüründe geniş bir mutabakat hâkimdir.[2222] Başka bir deyişle

---

[2218] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty Ltd",* F. Ct. Australia, 28.04.1995, CISG-online 218. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.13, dn.39. Ayrıca bkz. **Zeller, Bruno:** "The CISG in Australasia: An Overview", Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (ed.: Franco Ferrari), Sellier European Law Publishers, München 2005, ss.293-323, s.314.

[2219] **Secretariat Commentary,** Art.63, N.2.

[2220] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.13.

[2221] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.72, N.2.2; **Nicholas,** s.233.

[2222] **Gabriel,** s.216; **Lookofsky, Joseph:** Understanding the CISG in the USA, 2nd Ed., Kluwer Law International, The Hauge 2004, s.113; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.72, N.2.2. Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Italian Shoes Case VIII",* LG Berlin, 30.09.1992, CISG-online 70; *"Italian Shoes Case XIII",* LG Krefeld, 28.04.1993, CISG-online 101; *"Italian Shoes Case XIII",* OLG Düsseldorf, 14.01.1993,

doktrinde "açıklık/aşikâr olma *(clear)*" koşulu ile kastedilenin ne olduğu ihtilâflı olmakla beraber[2223] bununla vâde geldiğinde borca aykırı hareket edileceğinin ve bundan dolayı esaslı bir sözleşme ihlâli gerçekleşeceğinin çok yüksek -bilhassa CISG md.71 ve md.73 hükümlerine nazaran- bir olasılık olduğunun öngörülmesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.[2224] CISG md.72/1 hükmündeki olasılık derecesi ile CISG md.71/1 ve md.73/2 hükümlerindeki öngörü gerekliliği mukayese edildiğinde söylenebilir ki CISG md.72/1 hükmünde, en yüksek olasılık seviyesi aranmaktadır. Bu şartın yerine getirilip getirilmediği ise CISG md.8/2 hükmü gereğince mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin objektif anlayışına göre tespit edilmelidir.[2225]

CISG md.71/1 hükmünün aksine CISG md.72/1 hükmü, gelecekteki ihlâlin "sözleşmenin akdedilmesinden" sonra aşikâr *(clear)* hâle gelmesini gerektirmez. Dolayısıyla gelecekteki ihlâl riskinin sözleşmenin akdedilmesinden önce aşikâr olduğunun kanıtlanması, alacaklıyı CISG md.72/1 hükmü kapsamındaki sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkından mahrum bırakmayacaktır. Bu hususta belirleyici olan, tarafların sözleşmedeki risklerin üstlenilmesini nasıl paylaştırdıklarıdır. Örneğin, şüpheli bir sözleşme yaptığının tamamen farkında olan bir taraf, sözleşmenin akdedilmesinden sonra tehlike potansiyelinin farkına varması hâlinde sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını kullanamaz. Buna karşılık, sözleşme borçlunun ciddî malî zorluklarına rağmen akdedilmişse, daha sonra borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmeyeceği aşikâr *(clear)* olduğunda alacaklı, sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını yine de kullanabilir.[2226]

CISG-online 119. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.15, dn.43.

[2223] **Huber/Mullis,** s.345.

[2224] **Eiselen,** UNIDROIT, altb. G; **Schlechtriem/Butler,** N.270; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.15; **Huber/Mullis,** s.345.

[2225] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.15.

[2226] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.16.

Önemle belirtmek gerekir ki "açıklık/aşikâr olma *(clear)*" koşulunun sağlanması için "kesinlik *(certainty)*" gerekmemektedir. Fakat yine de buradaki olasılık seviyesinin yüksek tutulması gerektiği, aksi durumda satıcıya henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya çıkan sözleşmeye aykırılığı giderme olanağı sağlayan CISG md.34 ve md.37 hükümlerindeki kuralların işlevsiz kalacağı ifade edilmektedir.[2227] Nihayetinde vâde tarihinde borca aykırı hareket edileceğinin ve bunun da sözleşmenin esaslı biçimde ihlâl edilmesine sebebiyet vereceğinin önceden açıkça *(clear)* belli olup olmadığı değerlendirilirken hâkim, objektif bir yorum yapacak ve CISG md.8/2 hükmüne göre alıcı veya satıcının yerine konabilecek mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin somut olaydaki beklentilerini esas alacaktır.[2228] Her durumda taraflardan birinin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini kesin ve açık bir biçimde beyan etmesi ihtimalinde artık "açıklık/aşikâr olma *(clear)*" koşulunun sağlandığı kabul edilir.[2229] Fakat yine de böyle bir beyanın yorumunda bile CISG md.8/2 hükmüne göre mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin beyana vereceği objektif mana göz önünde bulundurulmalıdır.[2230]

Böyle bir beyan hâricinde "açıklık/aşikâr olma *(clear)*" koşulunun sağlandığı hâllere örnek olarak sözleşme konusu şey bir parça borcu ise bunun yok olması, ambargoyla sınır ötesi ticaretin (duruma göre ihrâcat veya ithâlat) yasaklanması, satıcının bayilik sözleşmesinin iptal edilmesi yahut tek satıcılık sözleşmesinin feshedilmesi neticesinde sözleşmeye konu malları artık temin etme ihtimalinin kalmaması, sözleşmeye konu malların üretileceği tesisin yanması ve vâde tarihinde teslimatın gerçekleştirilmesine elverecek kadar bir sürede yeniden tesis inşa edilmesinin

[2227] **Huber/Mullis,** s.345, dn.1261; **Atamer,** CISG, s.410. Atamer'in işaret ettiğimiz eserinde verdiği örnekler, esaslı sözleşme ihlâlinin gerçekleşme olasılığının hayli fazla olduğu durumlara dairdir.
[2228] **Atamer,** CISG, s.410; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.15.
[2229] **Schlechtriem/Butler,** N.270.
[2230] **Schlechtriem/Butler,** N.273.

olanaksız olması, satıcının üretip teslim etmeyi taahhüt ettiği markalı ürünlere dair lisans hakkının yitirilmesi ve benzeri durumlar verilebilir.[2231]

IV. BİLDİRİMDE BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ (CISG md.72/2)

A. Kuralın Amacı

CISG md.72 hükmüne istinaden sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, CISG'in dönme ile ilgili genel nitelikli kuralları çerçevesinde mümkündür.[2232] Dolayısıyla sözü edilen genel nitelikli kurallardan CISG md.26, md.49 ve md.61 hükümlerinde olduğu üzere CISG md.72/1 hükmüne istinaden sözleşmeden dönme hakkına başvuracak tarafın, karşı tarafa bunu bildirmesi gerekir; ancak bu bildirim, işin niteliği gereği, edim muaccel hâle gelinceye kadar gerçekleştirilecek olmalıdır.[2233]

Gelecekteki esaslı ihlâlin, açıkça beklenen bir ihlâl olması hâlinde dahi sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı derhâl kullanılamaz. Bunun yerine, kural olarak, alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma niyetinin olduğunu borçluya bildirmesi bir gerekliliktir. Alacaklıya böyle bir bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenmek suretiyle aslında borçluya yeterli bir teminat gösterme ve böylece sözleşmeyle bağlılığına dair oluşan şüpheleri bertaraf edebilmek için bir fırsat tanınmış olmaktadır.[2234] Başka bir deyişle CISG md.72/2 hükmüne göre borca aykırı hareket edileceği öngörüldüğünde muacceliyete değin kalan süre, ifa menfaati zedelenen (sözleşmeden dönme niyeti olan) tarafın, muhtemel zararlarını karşılamaya yetecek bir teminat[2235] verilebilmesi için elverişliyse, evvela dönme niyetine dair karşı

[2231] **Atamer,** CISG, s.410; **Schlechtriem/Butler,** N.270.
[2232] **Huber/Mullis,** s.348.
[2233] **Atamer,** CISG, s.410. Elbette bu bağlamda sözünü ettiğimiz "sözleşmeden dönme beyanı", CISG md.72/2 hükmündeki "bildirim" ile karıştırılmamalıdır, bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.39.
[2234] **Strub,** s.498; **Saidov,** Anticipatory Non-Performance, s.813.
[2235] **Schlechtriem/Butler,** N.272.

tarafı uyaran mâkul bir bildirimin gönderilmesi de zorunludur.[2236] Dolayısıyla, CISG md.72/2 hükmü, taraflar arasında deyim yerindeyse "zorunlu bir iletişim" aracıdır; zira anılan hüküm, borçlunun ilerideki edimi ifa edip etmeyeceği hususuna bir açıklık getirmesini sağlamakta ve böylece alacaklının sözleşmeyi zamanından önce ortadan kaldırma yoluna gitmesini engellemektedir. Borçlunun yeterli bir teminat gösterebilmesi hâlinde, alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırmasına gerek kalmayacaktır; çünkü genellikle yeterli teminatın gösterilmiş olması, sözleşmedeki yükümlülüklerin tam ve düzgün biçimde yerine getirileceğine dair güveni yeniden tesis edecektir.[2237]

Bununla birlikte CISG md.72/1 hükmüne göre bildirimde bulunma yükümlülüğü, yalnızca "objektif nedenlerin" sözleşmenin gelecekte esaslı bir şekilde ihlâl edileceğine işaret ettiği durumlarda mevcuttur. Buna karşılık, CISG md.72/3 hükmünden hareketle ifade etmek gerekir ki borçlunun ifayı reddettiğini beyan ettiği durumlarda alacaklı bakımından böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Sözleşmeyi ifa etmeyeceğini beyan eden borçluya, sözleşmeyi ifa etme iradesinin bulunmadığı zaten açık olduğundan, alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma yoluna gitmesini önleme şansı tanımak anlamsızdır.[2238]

B. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Ön Şartlar

CISG md.71/3 hükmündeki bildirim yükümlülüğünün aksine, CISG md.72/2 hükmünde bahsedilen bildirimde bulunma yükümlülüğü, sözleşmenin geçerli bir şekilde ortadan kaldırılmasının ön şartıdır.[2239] Eğer mevcut koşullar altında sürenin

---

[2236] **Atamer,** CISG, s.411; **Huber/Mullis,** s.347; **Schlechtriem/Butler,** N.272. Bu düzenlemenin İngilizce, Almanca ve Fransızca metinleri arasında uyumsuzluk mevcuttur, bu hususta açıklamalar için bkz. **Atamer,** CISG, s.411; **Schlechtriem/Butler,** N.272. Bahsettiğimiz bildirimde bulunulmamasının karşı taraf lehine bir tazminat hakkı mı yaratacağı yoksa ifa menfaati zedelenen tarafın sözleşmeden dönme hakkından mahrum kalmasına mı yol açacağı hususunda doktrinel tartışma için bkz. **Huber/Mullis,** s.347-348, dn.1273-1274.

[2237] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.17.

[2238] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.18.

[2239] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.19. Ayrıca bkz. ve karş. **Secretariat Commentary,** Art.72, N.2.

elvermesine[2240] rağmen bir bildirimde bulunulmazsa, CISG md.72/1 hükmüne dayanan sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik beyan, etkisiz sayılır. Elbette, borçlu böyle haksız olarak ileri sürülen bir sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanını kabul etmekte serbesttir, hatta nitekim bu hâlde sözleşme, sonradan karşılıklı anlaşmak suretiyle ortadan kaldırılmış sayılır.[2241]

CISG literatüründe aksi yöndeki bir görüşe[2242] göre, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş yani ihbarın yapılmamış olması, alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını engellememelidir. Zira söz konusu görüş, bildirim yapılmazsa sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılamayacağı şeklindeki anlayışı, Alman hukuk doktrinini anımsattığı gerekçesiyle reddetmektedir. Söz konusu görüşe göre ihbar eksikliğinin doğurabileceği tek hukukî sonuç; alacaklının, borçlunun uğrayabileceği zararları tazmin etmesi yükümlülüğünü tetiklemesidir. Ancak CISG md.72/2 hükmündeki bildirim şartının bu şekilde yorumlanması doktrindeki bazı görüşlerce ikna edici bulunmamaktadır.[2243] Zira CISG her durumda, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının dayandığı ilgili hükmün gerekliliklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, sözleşmeyi ortadan kaldırmaya [öncelenmiş (erken) dönmeye] ilişkin beyanın etkisiz olacağını varsaymaktadır. Dolayısıyla bildirim eksikliğinin sözleşmeyi ortadan kaldırmayı etkisiz kılacağı görüşü, hiçbir şekilde CISG bağlamında benimsenmesi uygun olmayan, iç hukuktan (örneğin Alman hukukundan) kaynaklanan bir doktrine dayanmamaktadır. Aksine, CISG md.7/1 hükmünde ifade edilen "Antlaşma'nın özerk bir şekilde yorumlanması" gerekliliğiyle de tam bir uyum içindedir. Sonuç olarak CISG md.72 hükmü bağlamında yanıtlanması gereken tek soru, CISG md.72/2 hükmündeki

[2240] "Sürenin elvermesi" hususunda detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, E. Bildirimin Gerekçelendirilmesi.
[2241] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.19.
[2242] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.20. Ayrıca bu konudaki dava örneği için bkz. *"Argentinian High Carbon Tool Steel Case",* China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 31.12.1996, CISG-online 1524. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.20, dn.52.
[2243] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.20.

bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını etkisizleştiren bir şartı olarak mı yoksa göz ardı edilmesi hâlinde sadece tazminat taleplerini tetikleyen salt bir formalite olarak mı görülmesi gerektiğidir.[2244] Doğru yanıt birincisidir: CISG md.72/2 hükmünün amacı borçluya sözleşmeyi sürdürme şansı vermektir. Eğer alacaklı bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesine rağmen sözleşmeyi ortadan kaldırabilecek olsaydı, borçlu işte tam da bu şanstan mahrum kalacaktı. Böyle bir kabul ise CISG md.72/2 hükmünün mantığına aykırıdır ve aynı zamanda 20.yy. sözleşme hukukundaki en yenilikçi ve ekonomik açıdan en mantıklı gelişme olarak nitelendirilen mekanizmayı da baltalamaktadır[2245], o da şudur: Sözleşme taraflarının olabildiğince iş birliği yaparak ve birbirlerini geçici olarak tatmin ederek sözleşmenin bir sebeple ortadan kaldırılmasının önlenmesi. Nihayetinde ifade etmek gerekir ki bildirimin CISG md.72 hükmü bağlamında sözleşmeyi ortadan kaldırabilmenin bir ön şartı olduğu görüşü, genel bir prensip olan sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde geçerli biçimde ayakta tutma anlamına gelen *"favor validitatis"* prensibi ile uyumludur; buna göre tereddüt hâlinde, şartlar ve hükümler sözleşmeyi sürdürmeye uygun şekilde yorumlanmalıdır.[2246]

[2244] "CISG md.71/3 hükmüne göre bildirimde bulunma yükümlülüğü sadece bir "formalite" oluşturmaktadır, bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.20, dn.55.

[2245] **Robertson, J.R.:** "The Right to Demand Adequate Assurance of Due Performance: Uniform Commercial Code Section 2-609 and Restatement (Second) of Contracts Section 251", Drake LR 1988-1989, vol.38, ss.305-353.

[2246] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.20. Modern uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmaları, teminat gösterilmesine ilişkin kavramları CISG'den farklı olduğu için yorumlama konusunda yardımcı olamaz. Alacaklı, borçluya önceden yeterli bir teminat göstermesine imkân vermek zorunda olmaksızın, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda derhâl sözleşmeyi ortadan kaldırdığını beyan etme hakkına sahiptir. Ancak alacaklı borçludan yeterli bir derhâl göstermesini talep edebilir ve mâkul bir süre içinde teminat verilmezse sözleşmeyi ortadan kaldırabilir, bkz. Art.7.3.3 ve Art.7.3.4 PICC hükümleri; Art.9:304 ve Art.8:105 para.2 PECL hükümleri; III.-3:504 ve 3:505 DCFR hükümleri. Dolayısıyla anılan uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmalarında borçlu, CISG md.72 hükmünde olduğu gibi teminat göstererek alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanmasını önleme imkânına sahip değildir. Benzer şekilde bu metinlerde, alacaklının borçluyu teminat göstermeye davet ettiği bir bildirimde bulunması da zorunlu bir işlem değil, satıcının takdirine bağlı opsiyonel bir aracın kullanılmasıdır.

C. Usûl, Şekil ve Süre Sınırı

CISG md.72/2 hükmündeki bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, CISG md.27 hükmüne[2247] uygun olmalıdır. CISG veya CISG md.9 hükmü[2248] uyarınca teâmüller veya uygulamalar gerektirmedikçe özel bir şekil şartına uyulması gerekmese bile bildirim, koşullara uygun araçlarla yapılmalıdır. Bu durumda bildirimin iletilip iletilmediği riski ise muhatap, yani borçlu tarafından üstlenilir.[2249]

CISG metni, md.72/2 hükmünde yer alan bildirimin yapılması gereken bir süre zarfı öngörmüş değildir. Ancak, açıkça bir süre sınırının belirtilmemiş olması, alacaklı için bir açık çek (sınırsız yetki) olarak yorumlanamaz.[2250] Zira CISG md.77 hükmünde yer alan zararı azaltma külfeti, alacaklıya bir ân önce ihbarda bulunarak durumu mümkün olan en kısa sürede açıklığa kavuşturmak gibi bir görev yüklemektedir. Bilhassa piyasada faaliyet gösteren bir alacaklı, genellikle borçluya sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] niyetini derhâl bildirmekle yükümlü olacaktır; aksi takdirde, alacaklı piyasa fiyatlarının yükselmesi veya düşmesi üzerine spekülasyon yapabilir ve borçlunun zararına olacak şekilde sözleşmeyi ortadan kaldırmayı düşünebilir.[2251]

[2247] CISG md.27 hükmüne göre: *"Antlaşmanın bu Kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."*

[2248] CISG md.9 hükmüne göre: *"(1) Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.*
(2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır."

[2249] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.72, N.21.

[2250] Aksi görüşte olarak bkz. ve karş. **Bridge, Michael G.:** "Issues Arising under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention On Contracts For The International Sale of Goods", Journal of Law and Commerce 2005-2006, vol.25:405, ss.405-421, s.416 vd.

[2251] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.72, N.22.

D. İspat Külfeti

CISG md.72 hükmü bağlamındaki bildirim yükümlülüğünün amacı, borçlunun yeterli bir teminat gösterebilmesine fırsat sağlamak olduğundan dolayı, işbu bildirimin alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma niyetinin sebebini, dayanağını yeterli açıklıkta ihtivâ etmesi ve korkulan esaslı sözleşme ihlâli sebeplerini de açıklıyor olması gerekmektedir. Bununla birlikte alacaklının, borçlunun yeterli bir teminat göstermek suretiyle sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının kullanılmasını önleyebileceğini ayrıca açıklamasına gerek yoktur, yani alacaklının borçluya sahip olduğu bu hukukî imkânı hatırlatması gerekmez. Çünkü CISG bağlamında bir sözleşmenin tarafları hemen her zaman "iş ortakları" gibi kabul edilir ve eşit düzeyde muamele görürler. Dolayısıyla alacaklının borçluya bir şeyleri hatırlatması, deyim yerindeyse "ucuz bilgi sağlayıcısı" gibi davranması beklenemez.[2252]

E. Bildirimin Gerekçelendirilmesi

CISG md.72/2 hükmü uyarınca bir bildirim, sadece *"süre elverdiği takdirde"* gereklidir. Bu sürenin elvermesi tabir edilen şart, ihbarın *"karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla"* şartı ile birlikte değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere ihbarın amacı, borçlunun yeterli bir teminat göstererek aslında ifaya istekli ve niyetli olduğunu ortaya koymasını sağlamaktır. Dolayısıyla alacaklı tarafından düzenlenecek bildirim, yeterince gerekçelendirilmeli ve borçlunun teminat göstermesi gereken bir süre tâyin ediliyorsa, bu süre *"mâkul"* uzunlukta bir süre olmalıdır. Buna karşılık, örneğin teslimat sürelerinin özellikle kısa olması ya da fiyatların hızlı bir şekilde değişmesi durumunda bir çözüme ulaşılması yahut teminat gösterilmesi artık beklenemeyeceği için bir uyarı faydasız görünüyorsa, ihbar da amacına hizmet edemez. Yine ayrıca, borçlunun

[2252] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.23.

göstereceği teminat, beklenen sözleşme ihlâlini *(impending breach of contract)* telâfî edebilecek yeterlilikte değilse ya da ifa zaman içinde niteliğini değiştirecekse (örneğin mevsimlik işler) yahut farklı bir acil teminat vazgeçilmez görünüyorsa, alacaklının yapacağı bildirim anlamsızdır.[2253]

Bildirimde bulunma yükümlülüğünü zayıflatmamak için katı bir standart tatbik edilmelidir. Uygulamada alacaklı, neredeyse her zaman neden bildirimde bulunmadığına[2254] dair bir açıklama sunabileceğinden büyük bir kötüye kullanım potansiyeli mevcuttur ve bu ihtimal, ancak CISG md.8/2 hükmünün uygulanması yani alacaklı yerine konabilecek mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin anlayışının esas alınması ve CISG md.72/2 hükmünde sözü edilen "zaman" unsuruna *("süre elverdiği takdirde")* odaklanılması ve son olarak da alacaklının bildirimin anlamsız (mantıksız) olacağına dair iddiası için sıkı bir kanıt aranmasıyla bertaraf edilebilir.[2255]

Eğer bir bildirimde bulunulması ya yeterli zaman olmadığı için (süre elvermediğinden) ya da faydasız olacağı için mâkul değilse, kusursuz olan taraf gecikmeksizin sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkına başvurabilir.[2256]

F. Teminat Verilmesine İlişkin Süre Öngörülmesi

Genellikle ihbarın içeriğinde borçlunun teminat göstermesi gereken belirli bir süre tâyin edilir. Zaten belirli bir sürenin öngörülmesi, sadece borçlunun değil; aynı zamanda durumun mümkün olan en kısa sürede açıklığa kavuşturulmasını isteyen alacaklının da menfaatine olacaktır. İhbarın, borçlunun yeterli bir teminat gösterebilmesi için belirli bir süre ihtivâ etmesi şartı, ihbarın "mâkul *(reasonable)*"

[2253] **Strub,** s.500; **Honnold,** Art.72, N.398; **Bridge,** Issues Arising, s.416 vd.; **Azeredo da Silveira,** s.30; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.24.
[2254] Bkz ve karş. **Strub,** s.499.
[2255] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.25.
[2256] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.26.

olması gerektiğini belirten CISG md.72/2 hükmünün lafzından da kolaylıkla çıkarılabilir. Bildirimin "mâkullüğü *(reasonability)*", öncelikle burada tâyin edilen sürenin mâkullüğü ile ölçülmelidir. CISG metninde, açık ve belirli bir süre tâyin öngörülmemiş olsa dahi, borçluya teminat gösterebilmesi için alacaklı tarafından yeterli bir süre tanınmalıdır. Nitekim bu süre zarfında alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı da askıya alınmış olur. Süre tâyin edilirken; ilgili koşullar, fiilî ifa tarihinden olan uzaklık ve aksaklığın niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bu bağlamda, § 2-609 para.4 UCC hükmündeki 30 günlük süre, CISG md.72/2 hükmü kapsamında bir yönlendirme kılavuzu olarak hizmet edebilir.[2257]

CISG md.72/2 hükmü, alacaklının bulunduğu bildirimin "mâkul olmadığı" durumlarla ilgilenmez; örneğin, tâyin edilen sürenin çok kısa olması ya da bildirimin hiç gerekçelendirilmemesi yahut herhangi bir şekilde amacına hizmet etmemesi gibi. Bununla birlikte yine de alacaklıya, prensip olarak, bildirimini "mâkul olma" şartına uygun hâle getirebilmesi için tamamlama veya düzeltme şansı verilmelidir. Aksi hâlde bu durum, borçlunun da bir şikâyette bulunmasına yol açabilir. Bildirimin mâkul olmadığı[2258] fark edilir edilmez, borçlu itiraz etmelidir. Borçlu bu yöndeki itirazını zamanında yapmazsa, bildirimin mâkul olmadığı, dolayısıyla geçersiz sayılması gerektiği ve nihayetinde alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik beyanının da etkisiz olması gerektiği şeklindeki savunmalara daha sonradan dayanması hukuken himâye görmez.[2259]

[2257] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.27. § 2-609 para.4 UCC hükmündeki 30 günlük sürenin, CISG md.72/2 hükmü kapsamında bir yönlendirme kılavuzu olarak hizmet edebileceği konusundaki fikir için özellikle bkz. **Strub,** s.498.
[2258] Bu değerlendirmede yine CISG md.8/2 hükmüne istinaden mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin anlayışının esas alınması gerektiğini ifade etmekte fayda görüyoruz.
[2259] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.28.

G. CISG md.72/2 Hükmündeki Bildirim ile CISG md.71/3 Hükmündeki Bildirimin Birleştirilmesi

Gelecekte esaslı bir sözleşme ihlâlinin meydana geleceği aşikâr *(clear)* hâle gelirse, önceden ifa yükümlülüğü olan alacaklının hem CISG md.72/2 hükmü uyarınca bildirimde bulunmakta hem de kendi ediminin ifasını şimdilik askıya almakta özel bir menfaati mevcuttur. Bu bağlamda alacaklının CISG md.72/2 ve CISG md.71/3 hükümlerinin gerekliliklerini (şartlarını) tek ve aynı bildirimle yerine getirme imkânı bulunmaktadır. Bu da alacaklının borçluya kendi ediminin ifasını askıya alma hakkını (CISG md.71/3) ve sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını (CISG md.72/2) kullanma niyetini bildirmesini gerektirmektedir. İşte böyle bir bildirime muhatap olan borçlu, yeterli bir teminat gösterirse, alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldıramaz ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye devam etmek zorunda kalır.[2260]

H. Teminat Gösterilmesi

1. Teminatın Yeterliliği (Elverişliliği)

Borçlu tarafından gösterilecek teminat yeterli olmalıdır. Teminatın türü ve kapsamına ilişkin olarak CISG md.71/3 hükmü bağlamında değindiğimiz ölçütler[2261] uygulanır. Bilhassa teminat, olağan banka teminatlarından farklı araçlardan oluşabilir. Alacaklının hukukî menfaatlerini yeterince korumak kaydıyla, yeterli teminat olarak sayılabilecek çok çeşitli tedbirler mevcuttur. İçerik açısından bakılacak olursa alacaklıya, gelecekte gerçekten esaslı bir ihlâlin vuku bulması hâlinde, esaslı ihlâlin sebebiyet verdiği zararların malî olarak karşılanacağına dair bir teminat verilmelidir. Borçlu tarafından gösterilen teminat, edimin sözleşmeye uygun biçimde ifa edilmemesinden kaynaklanacak malî boşluğu kapsamalıdır; ancak teminatın ihlâl

[2260] **Bianca/Bonell,** *Bennet*, Art.72, N.3.2; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.72, N.30.
[2261] Uygulanacak ölçütler için detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, VI, A, 3. Özel Olarak: Teminat (Güvence) Hükmü.

nedeniyle ortaya çıkabilecek birtakım "ek kayıpları" kapsaması gerekmez. Yeterli teminat; üçüncü kişinin ifanın gerçekleşeceğine dair teyidi,[2262] tedarik kaynağının güvenilirliğinin kanıtlanması ve benzeri enstrümanlar olabilir. Ancak borçlunun ilerideki ifadan imtinâsını sadece zımnî bir beyanla geri çekmesi, genellikle gelecekteki ifa bakımından yeterli bir teminat sayılmaz.[2263]

Bununla birlikte CISG md.72/2 hükmündeki yeterli teminatın sağlanması adına muhakkak bir çeşit şahsî veya aynî teminat verilmesi gerekmez; bildirime muhatap olan tarafın edim muaccel olduğunda borcunu yerine getireceğini veya getirebileceğini bir şekilde ortaya koyması da yeterli teminat olarak tavsif edilebilir.[2264]

2. Etkisi

Borçlu tarafından gösterilen teminat, objektif bir bakış açısıyla (CISG md.8/2 hükmü gereğince mâkul ve orta zekâlı üçüncü bir kişinin anlayışıyla) "yeterli" olarak nitelendirilebiliyorsa alacaklı, bunu kabul etmek zorunda kalır ve artık sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı kullanılamaz. Ayrıca yine daha önce değinildiği üzere[2265] bildirimde bulunulmadığı sürece sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkına başvurulamaz. CISG md.71/3 hükmü kapsamındaki durumdan farklı olarak, CISG md.72/2 hükmü kapsamındaki ihbarda

---

[2262] Bu durum, TBK md.128 hükmüne öngörülen "üçüncü kişinin fiilini üstlenme" müessesesidir. Anılan hükme göre: *"Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir."*

[2263] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.31.

[2264] **Schlechtriem/Butler,** N.272. Doktrindeki bir görüşe göre CISG md.27 hükmünde *"Antlaşmanın bu Kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."* şeklindeki genel nitelikli kuralın aksine bildirimin muhatabı borçlunun, yeterli bir teminat vereceğine ilişkin bildirimi ancak bildirimi düzenleyen alacaklıya vardığı (ulaştığı) ânda hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Çünkü muhatap borçlu, borca aykırı hareket etmiş olduğu için teminat vereceğine ilişkin bildirimin ulaşmaması yahut geç ulaşmasından ileri gelebilecek zarar ve hasarın alacaklıya yükletilmesi için hiçbir mâkul gerekçe mevcut değildir, bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.34. Ayrıca bu doktrinel görüşe dair detaylı açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 12, IV, H, 4. Şartların Usûl, Şekil ve Zaman Sınırı.

[2265] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 12, IV. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü (CISG md.72/2).

bulunma yükümlülüğü, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sözleşmeyi ortadan kaldırmak suretiyle çözümlenebilmesinin bir ön şartıdır. Ancak nihayetinde sözleşmenin ileride ihlâl edileceği yolunda tehlike yaratan tarafın, yeterli bir teminat göstermeyi de reddetmesi veya usûlüne uygun bir bildirime mâkul süre içerisinde yanıt vermemesi hâlinde, sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı, daha fazla beklemeye gerek olmaksızın kullanılabilir.[2266]

3. Yeterli Teminatın Sağlanamaması

Borçlu, tâyin edilen belirli bir süre içerisinde yeterli bir teminat göstermezse, alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını kullanmasının önüne geçemez. Başka bir deyişle yeterli teminat, bildirimden itibaren işleyecek mâkul bir süre[2267] içerisinde gösterilmezse, ifa menfaati zedelenen taraf CISG md.72/1 hükmüne istinaden açıklayacağı bir dönme beyanıyla sözleşmeden dönebilir. İfa menfaati zedelenen (sözleşmeden dönecek olan) taraf, söz konusu beyanı, karşı tarafın (borçlunun) yeterli bir teminat vermeyi reddetmesinden itibaren işleyecek mâkul bir süre içerisinde ortaya koymalıdır.[2268] Bununla birlikte, borçlu tarafından öyle ya da

---

[2266] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.32.

[2267] **Atamer,** CISG, s.411; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.33. Doktrindeki bir görüşe göre CISG md.72/2 hükmünde "mâkul bir bildirimden" *(reasonable notice)* söz edildiğinden dolayı böyle bir bildirimde borçluya, yeterli bir teminat gösterebilmesi adına "mâkul bir süre" de verilmelidir. Zira bildirimin mâkul olup olmadığı, verilen işbu sürenin mâkul olup olmadığı esas alınarak tâyin edilebilecektir. Bildirim, süreye dair bir kloz ihtivâ etmese dahi borçlunun yeterli bir teminat vermek için yeterli bir süreye sahip olduğu, işin niteliği ve mantık gereği, kabul edilmelidir. İşte bu süre içerisinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkı da askıda olmalıdır. Şayet bildirimde mâkul sayılamayacak bir süre tâyin edilmişse, alacaklının daha sonra ilâve bir bildirimde bulunarak mâkul bir süre verme imkânı olduğu da kabul edilmelidir. Fakat borçlu, bildirimde tâyin edilen sürenin yeterli bir teminat gösterebilmek için mâkul sayılamayacağını anladığı gibi derhâl itiraz etmelidir. Böyle bir itirazı yapmayan borçlu daha sonra, alacaklının tâyin ettiği sürenin mâkul olmamasını gerekçe göstererek, kullanılan sözleşmeden dönme hakkının geçersiz olduğunu ileri sürememelidir. Bu hususlarda bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.28.

[2268] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.40. Anılan yazarlarca ifade edilen görüşe göre, CISG md.72/2 hükmüne istinaden borçlu tarafından mâkul süre içerisinde teminat verilmemesi yahut CISG md.72/3 hükmündeki gibi bir bildirim yapılması ile tahakkuk eden öncelenmiş sözleşmeye aykırılık neticesinde sözleşmeden dönme hakkı kazanan taraf, işbu hakkı mâkul bir süre içerisinde kullanmak mecburiyetindedir. Dönme hakkına sahip olan tarafın, tümüyle karşı tarafın aleyhine olacak şekilde, muacceliyetin gerçekleşmesine dek sırf kendi menfaati için en uygun ânı beklemek ve böyle bir ân geldiğinde sözleşmeden dönmek gibi bir hakkı söz konusu olamaz. Dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkı, mâkul bir süre içerisinde kullanılmazsa düşer ve artık sadece borç muaccel olduktan sonra da yerine getirilmezse, deyim yerindeyse klâsik borca aykırılık hükümleri olan CISG md.49 veya md.64 hükümlerine istinaden bir sözleşmeden dönme hakkı gündeme gelebilir. Bu hususta bkz. ve karş.

böyle bir teminatın gösterildiği, ancak gösterilen teminatın yeterli olmadığı yahut yeterli olsa bile mâkul bir süre içerisinde gösterilmediği ihtimallerin nasıl ele alınması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Bu gibi ihtimallerde bildirime muhatap olan borçlu, aslında en azından harekete geçmektedir ve borçlunun çabalarını ısrarla görmezden gelmek hakkaniyete uygun olmayabilir. Bunun yerine, CISG md.48 hükmüne[2269] benzer şekilde borçluya daha sonradan yeterli teminat gösterebilme fırsatı verilmesi isabetli görünmektedir. Ancak elbette böyle ayrıksı -ve CISG md.72 hükmünde hiçbir şekilde sözü edilmeyen- bir fırsat yalnızca, teminatın mâkul sayılamayacak bir gecikme olmaksızın ve alacaklıya mâkul sayılamayacak başka bir rahatsızlık veya belirsizlik yaratmaksızın dar koşullar altında tanınmalıdır.[2270]

4. Şartların Usûl, Şekil ve Süre Sınırı

Alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını kullanmasını önlemek için borçlunun, mâkul bir süre içerisinde yeterli bir teminat göstermesi gerekir. Borçlunun yeterli teminat gösterdiğini açıkladığı beyan, alacaklıya ulaşma anıyla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu nedenle taraflar arasındaki "haberleşmenin rizikosuna" muhatabın katlanacağını öngören CISG md.27 hükmü[2271] bu durumda uygulanmaz; zira CISG md.27 hükmü oldukça farklı bir ilkeyi

---

Schlechtriem/Schwenzer, *Fountoulakis,* Art.72, N.40. Ancak bu tespitlerin tam aksine olarak yine anılan yazarlar, sözleşmeden dönme hakkı mâkul bir süre içerisinde kullanılmadıysa CISG md.77 hükmüne göre "zararı azaltma külfetine aykırı" hareket edilmiş olması nedeniyle hak sahibi tarafın kendi lehine hükmedilecek tazminatın azaltılacağını da ifade ederler. Benzer biçimde, Schlechtriem, bir başka makalesinde, CISG md.72 hükmündeki dönme hakkı ile CISG md.49 ve md.64 hükümlerinde öngörülen sözleşmeden dönme hakları arasında bu hususta bir farklılık bulunduğunu belirtmektedir: Şayet CISG md.49 ve md.64 hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkı mâkul bir süre içerisinde kullanılmazsa hak kaybedilir, fakat aynı durumda CISG md.72 hükmüne göre başvurulacak sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkmaz, sadece zararı azaltma külfetine aykırılık meydana gelmişse talep edilebilecek tazminat azaltılır. Bkz. **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.2.

[2269] CISG md.48/1 hükmüne göre: *"49. madde saklı kalmak üzere satıcı, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da giderebilir; yeter ki bu, makul olmayan bir gecikmeye yol açmasın ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır."*

[2270] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.33.

[2271] CISG md.27 hükmüne göre: *"Antlaşmanın bu Kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."*

içermektedir. CISG md.27 hükmünün arkasında yatan fikir, muhatabın ihlâlde bulunan - yani kusurlu-taraf olduğudur; buna göre, irade beyanının kaybolma veya birilerince imha edilme olasılığı ve benzeri tüm durumların yükü muhatabın omuzlarında olmalıdır. Oysa CISG md.72/2 hükmü bağlamında, bu prensibin tam tersi geçerlidir. Borçlunun yeterli teminat gösterdiğini bildirdiği beyan, kolaylıkla anlaşıldığı üzere, "ihlâlde bulunan tarafça" yapılır. Dolayısıyla muhatabın, yani alacaklının; beyanın kazara kaybolması, gecikmesi veya zarar görmesi riskini taşıması için hiçbir haklı gerekçe yoktur. İşte bundan ötürü CISG md.72/2 hükmü bağlamında "ulaşmayla birlikte hüküm ve sonuç doğurma" ilkesi geçerlidir ve beyan ancak muhatabına (ifa menfaati zedelenen alacaklıya) ulaştığında etkili olur. CISG md.72/2 hükmü bağlamındaki bu prensip ve uygulama, esasen CISG md.47/2 ve md.63/2 hükümlerinde[2272] öngörülen ayrıksı durumlarla da uyumludur. Bunun yanı sıra ayrıca belirtmek gerekir ki taraflardan herhangi biri tarafından teminat gösterilmesi konusunda bir anlaşmaya varmak amacıyla yapılan beyanlar da "sözleşmenin kurulmasına ilişkin kurallara" tâbi olur. Dolayısıyla bu son hâlde de "ulaşmayla birlikte hüküm ve sonuç doğurma" ilkesi geçerlidir.[2273]

[2272] CISG md.47 hükmüne göre: *"(1) Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir.*

(2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

CISG md.63 hükmüne göre: *"(1) Satıcı alıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre verebilir.*

(2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda alıcıdan bir bildirim almadıkça, satıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden satıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez."

[2273] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.34. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin kurallar CISG md.14 ilâ md.24 aralığında düzenlenmiştir. Bunlardan yukarıda değindiğimiz konu bağlamında bilhassa iki hüküm çok önemlidir. CISG md.15/1 hükmüne göre *"icap muhataba vardığı anda hükümlerini doğurur"*. Diğer bir hüküm olan CISG md.18/2 hükmüne göre ise *"bir icabın kabulü, kabul açıklamasının icapta bulunana varması anında hüküm doğurur. Bir kabul, kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz. Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü icap derhal kabul edilmelidir."*

V. ÖNCELENMİŞ VE KESİN İFA REDDİ (BİLDİRİMDE BULUNMA GEREKMEKSİZİN, CISG md.72/3)

A. Kuralın Amacı

İfa tarihinden önce borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi hâlinde, alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] niyetini bildirmesine gerek yoktur. Başka bir deyişle ayrıksı bir hâl olarak CISG md.72/3 hükmüne göre edimin yerine getirilmeyeceği önceden açık bir biçimde beyan edilmişse artık CISG md.72/2 hükmündeki bildirimde bulunma koşulu uygulanmaz ve ifa menfaati zedelenen taraf daha fazla beklemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.[2274] Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ciddî, açık ve net bir şekilde reddeden ve yerine getirmeyeceğini beyan eden bir borçlu ikinci bir şansı hak etmez.[2275] Kesin şekilde ifayı reddetme, sözleşmeye aykırılığın tartışmasız en saf şeklidir ve sözleşmeyi temelinden sarsar.[2276]

B. Kapsamı

Sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının kullanılmasına müsaade edebilmek için, borçlunun yerine getirmeyi kesin biçimde reddettiği yükümlülükleri, CISG md.25 hükmü anlamında esaslı ihlâle sebebiyet verecek türden olmalıdır. Başka bir deyişle borçlunun yerine getirmeyeceğini açıkça beyan ettiği borcun, muhakkak CISG md.25 hükmü bağlamında esaslı bir sözleşme ihlâline yol açacak mahiyette olması, yani muaccel olsa dahi ifa edilmemesi esaslı bir sözleşme ihlâline sebebiyet vermeyecek türden bir yan yükümlülük olmaması

[2274] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.8.
[2275] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Italian Shoes Case XXV",* OLG Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-online 916. İşbu kadar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.35, dn.84.
[2276] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.35.

gerekmektedir.[2277] Bu durum, CISG md.72/1 hükmünün gerekçesinden ve ruhundan kaynaklanmaktadır.[2278]

C. İfanın Reddi Beyanı

Uygulamada, bir yükümlülüğün reddedilmesi genellikle gizlenir. Borçlu ya haksız yere, örneğin sözleşmeden cayma hakkına sahip olduğunu yahut da sözleşmenin geçerli bir şekilde akdedilmediğini iddia eder. Satım bedelinin haksız bir şekilde artırılmasının talep edilmesi, ifa için ek bir süre verilmesinin talep edilmesi ya da sözleşmede başka bir değişiklik yapılmasının talep edilmesi, "örtülü (zımnî) bir öncelenmiş ifa reddi" hâli için verilebilecek diğer örneklerdir.[2279] Örnek mahiyetinde saydığımız tüm bu talepler ve benzerleri, talebin karşılanmaması hâlinde borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıkça ortaya koyduğu sürece, bir ifa reddi teşkil eder.[2280] İçtihat hukukunda, aşağıdaki durumların ciddî ve nihaî bir ifa reddi teşkil ettiği kabul edilmiştir: Alıcının önceki teslimatlar için ödeme yapmayı[2281] veya akreditif açmayı reddetmesi,[2282] satıcının teslimatları keyfî olarak durdurması[2283] veya borçlunun

---

[2277] **Schlechtriem/Butler,** N.273; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.36.

[2278] Keza aynı yönde olarak bkz. III.-3:504 DCFR hükmünde de borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi hâlinde bunun esaslı ihlâle sebebiyet verip vermeyeceği irdelenmektedir. Yine Art.7.3.3 PICC ve Art.9:304 PECL hükümleri, kesin ifa reddinin sübjektif ret ile objektif diğer nedenlerden kaynaklanması arasında herhangi bir ayrım gözetmeksizin sonuç olarak esaslı ihlâlin meydana gelip gelmeyeceği meselesine odaklanır.

[2279] **Honnold,** Art.72, N.396.

[2280] **Bridge,** Issues Arising, s.415. Ayrıca, § 2-610 para.2 UCC hükmünde "öncelenmiş ifa reddi *(anticipatory repudiation*" ile ilgili olarak gözetildiği üzere; İfa reddi kavramı, mâkul bir kişinin diğer tarafın sözleşme kapsamında hâlen yerine getirmesi gereken bir edimi yerine getirmeyeceği veya getiremeyeceği şeklinde yorumlayacağı bir ifadeyi veya mâkul bir kişiye diğer tarafın gelecekte yerine getireceği bir edimi imkânsız kılacak gibi görünen kasıtlı bir davranışı içerir. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH",* OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online 385: "Yetersiz iş birliği, ancak kalan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin ciddî ve nihaî olarak reddedileceğinin 'kesin olarak anlaşılması' hâlinde, diğer tarafa CISG md.72 hükmü uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı verecektir." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.37, dn.91.

[2281] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Italian Shoes Case XIII",* OLG Düsseldorf, 14.01.1993, CISG-online 119; *"Italian Shoes Case XIII",* LG Krefeld, 28.04.1993, CISG-online 101. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.37, dn.92.

[2282] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Downs Investments Pty Ltd. v. Perjawa Steel SDN BHD",* Supr. Ct. Queensland, 17.11.2000, CISG-online 587. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.37, dn.93.

[2283] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Soinco SACI et al. v. NKAP",* Handelskammer Zürich (Chamber of Commerce Zurich), 31.05.1996, CISG-online 1291. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.37, dn.94.

edimini ifa etmeyi ya kabul edilmemiş ek koşullara ya da ek taleplere bağlı kılması.[2284] Bununla birlikte, az önce bahsedilen ek koşullar, diğer tarafın bir hatasından, sözleşmenin yanlış yorumlanmasından veya başka bir yanlış anlamadan da kaynaklanabilir.[2285] CISG kapsamında yapılan her beyanda olduğu gibi, beyanın ifayı reddetme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu, CISG md.8/2 hükmünün tatbiki neticesinde alacaklının yerine konabilecek mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin bunu bu şekilde anlayıp anlamayacağına göre yanıtlandırılacaktır.[2286] Son olarak ifade etmek gerekir ki ifayı reddetmenin açıklığı ve ciddiyeti ile ilgili olarak, CISG md.72/1 hükmünde yer alan "açıklık" unsuru bir kılavuz görevi görebilir.[2287]

D. Geri Alınabilirlik

Bilhassa değinilmesi gereken bir husus ise CISG md.72/3 hükmüne istinaden borcunu yerine getirmeyeceğini önceden kesin ve açık bir biçimde beyan eden tarafın, böyle bir beyanı geri alıp alamayacağıdır. Böyle bir ifadan kaçınma beyanına muhatap olan alacaklı, sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik herhangi bir hazırlık yapmadığı sürece borçlu, ifasını reddetmeye ilişkin beyanını geri alabilir.[2288] Başka bir deyişle bu kısa süre içerisinde borçlu fikrini değiştirebilir ve edimini yerine getirmeye istekli olduğunu açıklayabilir. Bu durumda alacaklı teklif edilen edimi (vâdesi gelmiş olması

[2284] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Magellan Int'l Corporation v. Salzgitter Handel GmbH",* Dist. Ct. Northern District of Illinois, 07.12.1999, CISG-online 439. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.37, dn.95; **Atamer,** CISG, s.410, dn.694.

[2285] Anglo-Amerikan literatüründe, alıcının ek taleplerde bulunma hakkına sahip olduğu yönündeki hatalı varsayımının ifa reddi olarak değerlendirilmemesi gerektiği kabul edilmiştir, bkz. **Cheshire/Fifoot/Furmston,** s.683 vd.; **Chen-Wishart, Mindy:** Contract Law, Oxford University Press, Oxford 2005, s.499; **Azeredo da Silveira,** s.27.

[2286] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.37.

[2287] Bu hususta bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 12, III, C. Öngörü (Tahmin).

[2288] Aynı hukukî çözüm, "Öncelenmiş İfa Reddinin Geri Alınması *(Retraction of Anticipatory Repudiation)*" başlıklı § 2-611 para.1 UCC hükmünde de benimsenmiştir: *"Until the repudiating party's next performance is due he can retract his repudiation unless the aggrieved party has since the repudiation cancelled or materially changed his position or otherwise indicated that he considers the repudiation final."* Hükme göre ifayı reddeden tarafın bir sonraki ediminin vâdesi gelene kadar, ifa menfaati zedelenen taraf ifa reddinden sonra tutumunu geri almadıkça veya önemli ölçüde değiştirmedikçe ya da ifa reddini nihaî olarak değerlendirdiğini başka bir şekilde belirtmedikçe, ifa reddi geri alınabilir. Ayrıca bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.38.

koşuluyla) kabul etmeli ve kendi edimini ifa etmelidir.[2289] Ancak doktrinde farklı bir görüş olarak *Müller-Chen,* alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma (dönme) hazırlığı içerisine girip girmediğine bakılmaksızın sözleşmeden dönülmedikçe, borçlunun ifadan kaçınmaya yönelik beyanını her zaman geri alabileceğini ve bu sayede borca aykırılık hâlinin hızlıca ortadan kaldırılabileceğini ifade etmektedir.[2290]

VI. SÖZLEŞMENİN ORTADAN KALDIRILMASI VE BEYANI

A. CISG md.26 Hükmü Bağlamında

CISG md.72/1 hükmünün şartları sağlanmışsa ve borçlu yeterli bir teminat da göstermemişse yahut CISG md.72/3 hükmünde öngörüldüğü üzere borçlu yükümlülüklerini yerine getirmeyi kesin şekilde reddetmişse, alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkını kullanabilir. Bu amaçla alacaklı, CISG md.26 hükmü[2291] anlamında sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanında bulunmalıdır. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki işbu beyan, alacaklının CISG md.72/2 hükmü uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırma niyetini bildirmesinden ayırt edilmelidir.[2292]

B. Süre Sınırı

CISG md.72 hükmü, sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının kullanılabilmesi için herhangi bir süre sınırı öngörmemektedir. Açık kuralların bulunmaması hâlinde, genel nitelikli kural olan CISG md.26 hükmü uygulanır. Buna göre, koşulların sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılmasına izin verdiği durumlarda, taraflar arasındaki askı hâlinin sınırsız bir süre devam etmesini engellemek

[2289] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.38.
[2290] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Müller-Chen, Markus,* s.1020-1021.
[2291] CISG md.26 hükmüne göre: *"Sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder."*
[2292] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Metal Concentrate Case",* ICC, 01.09.1996, CISG-online 1293. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.39, dn.100.

adına gecikilmeksizin sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanında bulunulmalıdır. Modern uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmalarının tümünde, borçlunun yeterli bir teminat göstermeyi reddetmesinden sonra alacaklının mâkul bir süre içerisinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullandığını beyan etmemesi hâlinde bu hakkı kaybedeceğinin öngörülmesi şaşırtıcı değildir.[2293] Askı durumunun devam etmesi, sözleşmeyle bağlı kalan tarafın, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın zararına olarak spekülasyon yapmasına açık bir kapı bırakabilir. Kaldı ki böyle bir spekülasyon riski, sadece tazminat yoluyla da telâfî edilemez. İlâveten, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın bile askı durumunun sona erdirilmesinde korunmaya değer bir menfaati olabilir. Bu nedenle, sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkının kullanılması gereken mâkul bir süre varsayılmalıdır. Böyle bir mâkul sürenin bitmesinden sonra, ihlâle konu yükümlülüğün ifası muaccel hâle gelene kadar alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanması engellenmelidir. Bu durumda artık sadece CISG md.49 ve md.64 hükümlerinde yer alan genel kurallara göre sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi mümkün olabilir.[2294]

Son olarak, borçlunun alacaklıyı mâkul bir süre içinde bağlayıcı bir beyanda bulunmaya davet ederek askı durumunu sona erdirmesine müsaade edilmesi fikri isabetli görünmektedir. Alacaklının sahip olduğu sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı her hâlükârda borçlunun sözleşmeyi ifa etmesiyle sona erer.[2295]

C. Etkisi

Alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanması üzerine, sözleşme kapsamındaki gelecekteki tüm yükümlülükler de sona erer. CISG md.81 ve devamı

[2293] Bkz. Art.8:105 para.2 PECL hükmü ve Art.9:303 para.2 PECL hükmü. Ayrıca III.-3:508 para.3 DCFR hükmü.
[2294] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.40.
[2295] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.41.

hükümler uyarınca "eski hâle iade", yalnızca önceden ifanın gerçekleştiği ayrıksı durumlarda, örneğin alıcının kısmî bir ödeme yaptığı veya satıcının proje teklifleri, plânlar, lisanslar ve benzeri şeyleri sağladığı durumlarda gerçekleşir.[2296] Öncelenmiş sözleşme ihlâli iddiasına haksız bir biçimde dayanıp da sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullandığını beyan eden alacaklı, bizzat kendisi sözleşmeyi ihlâl etmiş olur. Başka bir deyişle CISG md.72 hükmüne istinaden sözleşmeden dönme hakkı, haksız biçimde kullanılmışsa, bu kez sözleşmeden dönme hakkına başvuran taraf, borca aykırı davranmış sayılır.[2297] Elbette böyle bir ihlâl, borçluya CISG tarafından sağlanan tüm hukukî çözüm yollarına başvurma hakkı verir ki bunlardan en önemlisi bilhassa CISG md.74 ve devamı hükümleri uyarınca tazminat talebidir.[2298] Alacaklının ediminin henüz vâdesi gelmemişse, borçlu CISG md.45/1 hükmünün (b) bendi ve CISG md.61/1 hükmünün (b) bendinin benzer şekilde uygulanması suretiyle tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır.[2299]

VII. TAZMİNAT VE İSPAT

Alacaklı, sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkına ek olarak, borçlunun öncelenmiş ihlâlinin herhangi bir zarara yol açtığı ölçüde tazminat talep etme hakkına da sahiptir. Tazminatın hesaplanması CISG md.74 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Alacaklı CISG md.72/2 hükmüne istinaden mâkul bir süre içerisinde sözleşmeyi ortadan kaldırma niyetini bildirmemişse, ardından yine mâkul bir süre içerisinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullandığını beyan etmemişse, belirtildiği şekilde ikame bir işlem yapmamışsa veya başka bir şekilde zararı

[2296] Sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanının bağlayıcılığı ile ilgili olarak CISG md.26 hükmü ve ayrıca bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, IV, E. 4. Etkileri.
[2297] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.42.
[2298] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.72, N.2.3.
[2299] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.42.

azaltma külfetine (CISG md.77) uymamışsa, hükmolunacak tazminat da buna göre azaltılacaktır.[2300]

Genel ispat ilkelerine göre, alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının gereklerinin yerine getirildiğini, borçlu ise yükümlülüklerini yerine getireceğini ortaya koymak adına yeterli teminat gösterdiğini ispatlamalıdır.[2301]

Bununla birlikte geçerli ve haklı bir biçimde yani şartları sağlanarak sözleşmeden dönülmesi durumunda, sözleşmeden dönme hakkını kullanan tarafın tazminat isteminin içeriğine dair CISG md.72 hükmünde herhangi bir düzenleme getirilmiş değildir.[2302] Bu bağlamda edim henüz muaccel hâle gelmediği için giderilmesi istenecek zararın, muaccel bir borcun esaslı biçimde ihlâli neticesinde giderilmesi istenebilecek zarar ile aynı muhtevâyı hâiz olmasının gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışılmıştır.[2303] Nitekim henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borca aykırı hareket edileceğini öngören, alıcı ise, malları tedarik edebilmek için bir başka satıcı ile ikame bir sözleşme akdetmiş yahut öngören, satıcı ise malları satabilmek için bir başka alıcı bulmuş olabilir. Benzer bir ihtimal olarak satıcı, kendi edimini ifa etmekten imtinâ eden alıcıya teslim edilecek malları, muhafaza etmek üzere bir depoya tevdi ettirmiş olabilir. İşte bu gibi hâllerde meydana gelen zarar ve masrafların tümünün -bilhassa da taraflardan birinin aksi şekildeki beklentilerine rağmen sözleşme vâdesinde yerine getirilirse- karşı taraftan istenip istenemeyeceği önemli bir sorundur. Doktrinde *Schlechtriem* ve *Butler,* bu hususta sadece CISG md.71/3 hükmü veya CISG md.72/2 hükmüne istinaden borçluya bir bildirimde bulunmuş fakat borçlu, mâkul bir süre içerisinde yeterli bir teminat göstermemişse yahut CISG md.72/3 hükmüne göre borçlu, edimini yerine getirmeyeceğini kesin ve

[2300] Bu konudaki dava örneği için bkz. "*Italian Shoes Case XXV",* OLG Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-online 916. İşbu kadar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.44, dn.114.
[2301] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.72, N.44.
[2302] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb. Preliminary Inquiries.
[2303] **Schlechtriem/Butler,** N.275a.

açık bir biçimde beyan etmişse, bu tür zarar ve masrafların da istenebileceği yönünde fikir belirtmişlerdir.[2304] Nitekim henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte meydana gelse dahi, bu tür hareketler, muacceliyet ânında ortaya çıkmış borca aykırılık hâliyle bir tutulmamalıdır.[2305]

§ 13. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA TAZMİNATIN HESAPLANMASI

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda CISG bağlamında zararın hesaplanmasına dair doktrinel görüşler, yalnızca "verme" edimleri çerçevesinde şekillenmiştir. Bu durum gayet doğaldır; zira CISG hükümleri, uluslararası "satım sözleşmeleri" için öngörülmüştür. Bilindiği üzere bir satım sözleşmesinin konusu ise öyle ya da böyle her zaman bir "verme" ediminden ibarettir. CISG'de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde zararın ne şekilde hesaplanması gerektiğine dair özel özel hükümler getirilmediğinden dolayı, tazminata dair genel nitelikli hükümler olan CISG md.74 ilâ md.77 arasındaki hükümler tatbik olunmaktadır. Zarar hesabı hususunda işaret ettiğimiz bu maddeler aralığında "somut" ve "soyut" metotlar benimsenmiştir. Önemli doktrinel ihtilâf konuları; zararın hangi tarih esas alınarak, yani sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı tarihin mi yoksa dönülen sözleşmenin ifa edileceği tarihin mi esas alınarak hesaplanması gerektiği ve CISG md.77 hükmündeki "zararı azaltma külfetinin", öncelenmiş sözleşmeye aykırılık düzleminde nasıl bir tatbik sahasına sahip olması gerektiğidir.[2306]

Tazminat hususundaki genel hükümlerden ilki olan CISG md.74 hükmüne göre *"taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz*

[2304] **Schlechtriem/Butler,** N.275a.
[2305] **Göka,** s.50.
[2306] **Göka,** s.51.

konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz." Anlaşıldığı üzere hükme göre sözleşmenin ihlâlinden ötürü zarar gören taraf, kâr kaybını da içermek suretiyle ifa menfaatine kavuşmasını temin edecek biçimde bütün zararlarının giderilmesini isteme imkânına sahiptir.[2307] Genel nitelikli CISG md.74 hükmü, kuşkusuz öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği durumlarda da uygulanmalıdır.[2308] Çünkü, borçlunun hem CISG md.72/3 hükmüne göre edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi durumunda hem de CISG m.72/2 hükmüne göre yeterli bir teminat göstermekten imtinâ etmesi durumunda mevcutta gerçekleşmiş veya gerçekleşmiş sayılması gereken bir sözleşme ihlâli söz konusudur.[2309] Fakat tazminatın henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte istenmesinden ötürü kaybedilen kâr miktarının kanıtlanmasında bazı güçlükler gündeme gelebilir ve bu sebeple zarar görenin iç yazışmalarını, iş bağlantılarını, münasebetlerini, müşterilerini açıklaması yahut da ticarî defterlerini arz etmesi gerekli olabilir.[2310]

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle CISG md.72 hükmüne istinaden sözleşmeden (öncelenmiş) dönme hakkı kullanılmış yahut CISG m.73/2 hükmüne istinaden sözleşme geleceğe etkili *(ex nunc)* biçimde ortadan kaldırılmış ise sözleşmenin ortadan kalktığı bu durumlara mahsus zararın hesabını özel olarak hükme bağlayan CISG md.75 hükmündeki somut metoda yahut CISG md.76 hükmündeki soyut metoda göre[2311] hesaplanacak bir tazminat istenebilir.[2312] Fakat CISG md.75 ve md.76 hükümleri bağlamında, bu hükümlere göre tazminat istenen durumlarda bile CISG

[2307] **Schlechtriem,** Performance, altb.II.5.
[2308] **Schlechtriem,** Performance, altb.II.5.
[2309] **Schlechtriem,** Performance, altb.II.5.
[2310] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.I.
[2311] Bunlardan hangi hükmün tatbik edileceği, sözleşmeye konu malın câri bir fiyatının mevcut olup olmadığına bakılmak suretiyle tâyin olunur.
[2312] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.I.

md.74 hükmüne istinaden istenebilecek "ek tazminat kalemlerinin" de mevcut olduğu öngörülmüştür.[2313]

Somut metodu öngören CISG md.75 hükmüne göre *"sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir."* Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi açısından anılan hükmün tatbikinde asıl problem, "nasıl bir ikame işlemin mâkul sayılacağı"dır. CISG md.75 hükmünde öngörüldüğü üzere ikame işlem gerek akdedildiği ân gerekse de içerdiği koşullar itibariyle mâkul olarak nitelendirilebilmelidir. İçerdiği koşullar itibariyle mâkul bir ikame işlemden söz edebilmek adına bu işlemin, somut olayın hâl ve şartları izin verdiğince ortadan kaldırılan sözleşmeye hemen hemen yakın klozlar içermesi gerekmektedir.[2314] Bu tespitlerden amaç, ikame işlemi akdedecek tarafın sözleşme konusu malın miktarı, satım bedeli, vâde (teslimat tarihi) ve benzeri unsurlar itibariyle ortadan kaldırılan sözleşmeye hemen hemen yakın şartlar altında bir ikame sözleşme akdetmeye -mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişiden beklenecek ölçüde- gayret

[2313] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II. CISG'in Resmî Gazete'de yayımlanan Türkçe tercümesinde CISG md.75 ve md.76 hükümlerinde zikredilen *"74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir"* ibareleri hatalı yorumlara açıktır. Söz konusu Türkçe tercüme ele alındığında alıcı veya satıcıya CISG md.75 veya md.76 hükmüne istinaden tazminat istemek yerine CISG md.74 hükmüne göre tazminat talep edebilme hakkı verildiği zannedilebilir. Başka bir deyişle alıcı veya satıcıya ya CISG md.75 veya md.76 hükümlerine göre yahut da CISG md.74 hükmüne göre bir tazminat isteyebilme hakları arasından muhakkak birini seçme zorunluluğunun getirildiği düşünülebilir. Ne var ki Türkçe tercümede işaret ettiğimiz bu ibareler, CISG'in İngilizce metninde *"as well as any further damages recoverable under article 74"* ibareleriyle karşılanmış ve nihayetinde CISG md.74 hükmüne istinaden dava edilebilecek her çeşit ek tazminat kaleminin de talep edilebileceği öngörülmüştür. Tespitler için bkz. **Göka,** s.52, dn.232. Bu bağlamda ikame bir alım gerçekleştiren alıcının, CISG md.74 hükmüne istinaden yoksun kalınan kârını isteyip isteyemeyeceğine dair bkz. **Atamer,** CISG, s.435, dn.833; **Saidov,** The Law of Damages, s.173-174.

[2314] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.1 ve II.b. Fakat burada ifade ettiğimiz "hemen hemen yakın"lıktan amaç, ihlâl edildiği için ortadan kaldırılmış (ilk baştaki) sözleşmeyle tamamen örtüşecek nitelikte bir ikame işlem akdedilmesi değildir, bkz. **Atamer,** CISG, s.434. Örneğin alıcının sözleşmeye konu malları teslim almayı reddetmesinden ötürü, işbu malları artık sezon bitiminde satmak mecburiyetinde kalan bir satıcının, bunları yarı fiyatından satması dahi somut olayın hâl ve şartları göz önüne alındığında mâkul olarak nitelendirilebilir, bkz. **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.1.

etmesidir.[2315] Böylelikle akdedilen ikame sözleşmenin, ortadan kaldırılan sözleşmeyi sırf mâkul bir surette ikame etmek amacıyla yapıldığının anlaşılabilir nitelikte olması zorunludur.[2316]

İkame işlemin akdedildiği ân itibariyle mâkul olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu ise çoğu kez CISG md.77 hükmünde düzenlenen "zararı azaltma külfeti" ile ilişkili olarak ele alınmaktadır.[2317] Doktrinde bu hususu böylece değerlendirmeyi tercih eden yazarlar, sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortadan kaldırıldığı durumlarda zararı azaltma külfetinin tatbik imkânına kavuşacağı esasından hareket etmektedirler.[2318] Doktrindeki işbu görüşe göre, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ardından ikame bir sözleşmeye konu olacak malın fiyatının "ileride artması veya azalması ihtimalleri" değerlendirilmeli ve bu değerlendirme neticesinde ikame sözleşmeyi akdetmek için zararı azaltma külfetine en uygun anın seçilmesi gerekmektedir.[2319] İkame bir sözleşmeye konu olacak malın fiyatının ileride artmasının büyük olasılık olduğunu öngören alıcının yahut ileride azalacağını benzer surette öngören satıcının, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ardından en kısa sürede ikame sözleşme akdetmesi gerektiği görüşü benimsenmektedir.[2320] İşte bu hâllerde ikame bir sözleşme akdetme olanağına sahipken akdetmeyen taraf, zararı azaltma külfetine aykırı davranmış sayılacaktır. İkame işlemin bu ihtimalde olduğu üzere, mümkün olan en kısa zamanda akdedilmesi gereken durumlardan farklı olarak, ikame işlem akdedecek tarafa belli bir müddet bekleme külfeti yüklemek hususunda duraksanmakta ve temkinli hareket edilmektedir. Bu noktada doktrinde *Schlechtriem*'e göre, sözleşmeye aykırı davranmamasına rağmen alıcıya veya satıcıya, ikame işlem akdetmek için belli bir müddet bekleme külfeti

[2315] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.1; **Atamer,** CISG, s.434.
[2316] **Saidov,** The Law of Damages, s.234; **Atamer,** CISG, s.434-435.
[2317] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3.c.aa. vd.; **Saidov,** The Law of Damages, s.234.
[2318] **Saidov,** The Law of Damages, s.234.
[2319] **Saidov,** The Law of Damages, s.232-233.
[2320] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3.c.aa.

yüklemek, sadece gelecekte fiyatların artacağı veya azalacağı kesin biçimde öngörülebiliyorsa olanaklı olmalıdır.[2321] Doktrinde benzer bir görüş olarak nitelendirebileceğimiz *Saidov*'a göre ise ikame bir sözleşme akdedecek tarafın, mâkul suretle[2322] ilerideki fiyat hareketlerinin kuvvetle muhtemel ne yönde seyredeceğini öngörebilecek pozisyonda olduğu durumlarda bu tarafa bekleme külfeti yüklenebileceğini ifade etmektedir.[2323] Hem *Schlechtriem* hem de *Saidov*, değindikleri koşulların sağlanmasındaki güçlükler nedeniyle ikame işlemi akdetmek için belli bir müddet bekleme külfetinin oldukça nadiren söz konusu olabileceğini belirtmektedirler.[2324] Yine Hem *Schlechtriem* hem de *Saidov*'a göre, kural olarak, ortadan kaldırılan sözleşmedeki vâdenin hayli uzak bir tarihe bağlandığı yahut ikame sözleşmeye konu malın yüksek fiyat dalgalanması içeren bir piyasada muamele gördüğü durumlarda işlemi akdedecek tarafın, ilerideki fiyat hareketini kestirebilmesi gerçekçi sayılamayacağından, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının hemen ardından akdedilecek bir ikame sözleşme dahi -biraz daha beklense idi zararın azalacağı sonradan anlaşılsa bile- mâkul olarak nitelendirilmelidir.[2325] Değindiğimiz bütün bu durumlarda çoğu kez, zararı azaltma külfetini ihlâl eder nitelikte bir ikame sözleşme akdedildiğinin ispatı, sözleşmeyi ihlâl etmiş (ve dolayısıyla bunu iddia eden) alıcı veya satıcı üzerinde olur.[2326] Doktrindeki bir başka görüşe göre, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmenin henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortadan kaldırıldığı durumlarda, sözleşme konusu mala dair ilerideki fiyat hareketlerinden hiçbir koşulda ve

[2321] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3.c.aa ve altb.II.3.c.bb; **Saidov,** The Law of Damages, s.234.
[2322] Burada sadece söz konusu malın ticaretiyle iştigal eden mâkul ve objektif üçüncü kişinin perspektifi değil, ikame işlemi yapacak satıcı yahut alıcının konuya dair öznel tecrübe ve bilgisi de göz önünde bulundurulur. Örneğin tecrübeli bir satıcı, domates üretiminin ciddî bir payını elinde tutan sayılı ülkelerde meydana gelen kötü hava şartlarının domates üretiminin azalmasına ve fiyatının yükselmesine yol açacağını öngörebilir, bkz. **Saidov,** The Law of Damages, s.234, dn.28.
[2323] **Saidov,** The Law of Damages, s.234.
[2324] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3.c.aa; **Saidov,** The Law of Damages, s.234.
[2325] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.II.3 vd.; **Saidov,** The Law of Damages, s.234.
[2326] **Saidov,** The Law of Damages, s.234. Fakat belirtmek gerekir ki ortadan kaldırılan sözleşmedeki vâde, hayli uzak bir tarihe bağlanmışken akdedilen ikame sözleşme, derhâl bir alım-satım öngörüyorsa, başka bir deyişle ikame sözleşme, ortadan kaldırılan sözleşmeden içerik itibariyle kayda değer bir sapma hâlindeyse bu durumun neden mâkul olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunun ispatı, elbette ikame sözleşmeyi akdeden taraf üzerinde olur.

zamanda emin olunamayacağından dolayı CISG md.77 hükmündeki "zararı azaltma külfeti" tatbik imkânı bulmamalıdır.[2327] Doktrinde *Göka*'ya göre anılan görüş, fiyat hareketlerinin ne yönde gelişeceğinin kuvvetle muhtemel öngörülebildiği hâllerde bile alacaklının, rizikosu tümüyle borçluya ait olacak biçimde, ikame sözleşme akdetmekte özgür olmasına sebebiyet vereceğinden isabetli değildir.[2328]

Eğer ikame sözleşmeye konu edilecek malın piyasada câri bir fiyatı mevcutsa, CISG md.76 hükmünde öngörülen soyut metoda göre, ikame bir işlem akdetmeye dahi ihtiyaç olmadan doğrudan "sözleşmede tâyin edilen fiyat" ile *"sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat"* arasındaki farkın giderilmesi istenebilir. CISG md.76 hükmünde bâriz biçimde *"sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki fiyat"*tan söz edilse de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği durumlarda, bu ân ile ortadan kaldırılan sözleşmede tâyin edilmiş vâde ânı arasında ciddî bir zaman aralığı olma olasılığı mevcuttur. Bu duruma örnek olarak: Sözleşme hükümlerine göre mallar 2025 senesinde teslim edilecekken, CISG md.72 hükmüne istinaden sözleşmeden 2023'te (öncelenmiş biçimde) dönülmüş olabilir. Böyle bir ihtimalde tazminat, malın sözleşmenin ortadan kaldırıldığı 2023 senesi fiyatı esas alınarak hesaplanırsa, tarafların sözleşme dâhilinde öngörülmemiş bir menfaat elde etme veya öngörmedikleri bir zarara mâruz kalma ihtimali söz konusu olacaktır.[2329] İşte değindiğimiz üzere anılan hüküm, CISG literatüründe ikili bir tasnif üzerinden yorumlanmaktadır. Şayet ikame sözleşmeye konu edilecek mala dair bir vâdeli döviz piyasası[2330] yahut vâdeli işlemler piyasası mevcutsa sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ânda, malın vâdeli işlemler piyasasında oluşan ve sözleşmede tâyin edilmiş vâde ânındaki fiyatı referans alınmalıdır.[2331] Bu tarz bir yorum, somut metotta olduğu gibi soyut metotta da geçerli

[2327] Doktrindeki işbu farklı görüşü aktaran, bkz. **Saidov,** The Law of Damages, s.233.
[2328] **Göka,** s.54.
[2329] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.a.
[2330] **Saidov,** The Law of Damages, s.234, dn.33.
[2331] **Saidov,** The Law of Damages, s.234; **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.c.

olan, ortadan kaldırılan sözleşme göz önüne alındığında mümkün olduğunca ona en yakın koşullarda bir ikame sözleşme akdedilmesi gerekliliğine de uygun olur.[2332] Bunun aksine sözleşme ortadan kaldırıldığında, malın vâde ânındaki (ilerideki) fiyatını belirten bir vâdeli işlemler piyasası mevcut değilse, yine CISG md.76 hükmündeki soyut metot tatbik edilecek fakat bu kez sanki CISG md.75 hükmüne istinaden bir ikame sözleşme akdedilmiş gibi sözleşmenin ortadan kaldırılması tarihinde mevcut olan fiyata göre soyut bir hesaplama yapılacaktır.[2333] Fakat doktrinde *Schlechtriem*'e göre, bu tarz soyut bir hesaplamanın, tazminat isteyen taraf lehine beklenmedik oranda yüksek bir menfaat sağlayacağı hemen hemen muhakkaksa, CISG md.77 hükmündeki zararı azaltma külfetine göre CISG md.76 hükmü tatbik edilmemeli ve CISG md.75 hükmündeki somut metoda istinaden bir ikame sözleşme akdedilmelidir.[2334]

Yukarıda değindiğimiz iki hüküm açısından da ortak olarak ihtilâflı olan mesele, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesi durumunda, sözleşmenin ortadan kaldırılmasından önce ikame sözleşme akdedilip de tazminat istenip istenemeyeceğidir. Bu konuda görüş ileri süren yazarların aynı sonuca varmak için farklı dayanaklar göstermelerine rağmen hâkim görüş, bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır.[2335] İşbu hâkim görüşe göre, zarara mâruz kalan tarafın sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânını hâiz olduğunun kesinleştiği ândan itibaren bu taraf, "sözleşmenin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığına bakılmaksızın" yani bundan bağımsız biçimde tazminat talep edebilir.[2336] Bu bağlamda CISG md.77 hükmündeki zararı azaltma külfeti nedeniyle

[2332] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.c. Fakat bu noktada belirtmek gerekir ki malın vâdeli işlemler piyasasına göre vâde ânındaki fiyatının, sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ândaki fiyatından çok daha fazla olduğu durumlarda sözleşmenin ortadan kaldırılma anına göre soyut metotla bir hesap yapılması icap edebilir, bkz. **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.c

[2333] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.d; **Saidov,** The Law of Damages, s.234-236.

[2334] **Schlechtriem,** Calculation of Damages, altb.III.2.e.

[2335] Hâkim görüştekiler için bkz. **Schlechtriem,** Performance, altb.II.4, dn.28'de belirtilen yazarlar.

[2336] **Schlechtriem,** Performance, altb.II.4. Anılan yazara göre sözleşmenin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığını önemsemeyen bu tazminat isteminin dayanağı, doğrudan doğruya CISG md.74 hükmüdür. Doktrindeki bazı yazarlar ise bu neticeyi, CISG md.75 hükmünün kıyas metoduyla tatbikine bağlarlar. Başka bazı yazarlar ise CISG md.7 hükmündeki dürüstlük kuralına göre edimini yerine getirmeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte açık ve kesin bir biçimde beyan eden tarafın, daha sonra kendisine karşı bir tazminat talebi yöneltildiğinde, henüz sözleşmenin ortadan

ortaya çıkan ayrıksı durumlar elbette mahfuzdur. Şayet ikame sözleşme, borçlunun edimini yerine getirmeyeceği önceden kesin ve açık bir biçimde belli olmadan ve dolayısıyla sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı da kesin olarak ortaya çıkmadan önce akdedilirse, bunun rizikosu tümüyle ikame sözleşmeyi akdeden tarafa aittir.[2337] Başka bir deyişle borçlunun edimini yerine getirmeyeceği fikrinden hareketle ikame sözleşme akdettikten sonra, bu fikre rağmen borçlu edimini yerine getirirse ikame sözleşmeyi akdeden taraf, bundan ötürü oluşan zarar ve masraflara katlanmak durumunda kalır. Fakat anlaşılabileceği üzere, ikame sözleşmenin akdedilmesini müteakip süreçte borçlunun edimini yerine getirmeyeceği belli olursa, bu ândan önce sırf tedbir almak maksadıyla akdedilen ikame sözleşmeye istinaden bir tazminat istenmesi mümkündür.[2338]

§ 14. ART ARDA TESLİMLİ SÖZLEŞMELERDE ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HÂLİ (CISG md.73)

I. DÜZENLEME VE TARİHÇESİ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın ("Viyana Satım Sözleşmesi" olarak anılır) resmî tercümesi[2339] esas alındığında CISG md.73 hükmüne göre:

"(1) Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlâlini teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.

---

kaldırılmamış olması savunması yapmasının çelişkili davranış yasağına *(venire contra factum proprium)* aykırı sayılacağını ifade etmektedirler.

[2337] **Schlechtriem,** Performance, altb.II.5.

[2338] **Schlechtriem,** Performance, altb.II.5.

[2339] Bkz. 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı RG'de yayımlanan Sözleşme metni.

(2) Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir.

(3) Münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan eden alıcı, aynı zamanda, gerçekleşmiş teslimatlara ve gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir, yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılamayacak olsun."

Uluslararası satım hukukunu yeknesaklaştırma çalışmalarının en başından beridir ilgilendiği konulardan birisi de art arda teslimli (taksitli) sözleşmelerde ortaya çıkabilecek spesifik sorunlardır. Art arda teslimli sözleşmeler hakkında öngörülen hüküm (düzenleme), yasama tarihi boyunca ciddî bir değişikliğe uğramamıştır. Art.75 ULIS hükmünde benimsenen yaklaşım, çeşitli iç hukuklarda mevcut olan geniş bir mutabakata dayandırılabilir. Nitekim CISG md.73 hükmünde gerçekleştirilen değişiklikler, Art.75 ULIS hükmüyle karşılaştırıldığında yalnızca lafzî bir nitelik arz eder. Bu bağlamda CISG md.73 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkralarında sadece farklı bir ifade ediliş tarzının benimsendiği görülmektedir.[2340] Bununla birlikte en bâriz değişiklik, Art.75 ULIS hükmünde "sözleşmeyi kısmî ortadan kaldırma" olanağının sadece alıcıya tanınmış olmasıdır. CISG bağlamında ise sözleşmenin sadece bir kısmını veya kısımlarını ortadan kaldırma hakkının her iki tarafa da tanınmasının önemli olduğu düşünülmüştür. Keza buna uygun olarak da CISG md.73/1 hükmüne istinaden bir

[2340] Örneğin Art.75 ULIS hükmünde *"korkmak için geçerli bir sebep (good reason to fear)"* kavramı tercih edilmişken, CISG md.73/2 hükmünde *"ciddi bir gerekçe… (good grounds to conclude)"* kavramı kullanılmıştır. Yine benzer şekilde Art.75 ULIS hükmünde *"teslimatın kendisi için bir değeri kalmamışsa (deliveries worthless to him)*" kavramı tercih edilmişken, CISG md.73/3 hükmünde *"kullanılamayacak olsun (could not be used)"* kavramı kullanılmıştır.

teslimata ilişkin sözleşme ihlâli, CISG md.73/2 ve md.73/3 hükümlerinde yer alan diğer çözüm yolları için başlangıç noktasını oluşturmaktadır.[2341]

II. KAPSAMI VE FONKSİYONU

A. Genel Olarak

CISG md.73 hükmü, art arda teslimli bir sözleşmenin ifasında birtakım aksaklıkların vuku bulması hâlinde sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesine dair bazı özel kurallar öngörmektedir. CISG md.73 hükmünde üç tür durum düzenlenmektedir: İlk olarak CISG md.73/1 hükmü, bir münferit teslimatla (taksitle) ilgili esaslı bir ihlâl hâlinde alacaklıya o münferit teslimata ilişkin olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı verdiğini belirtir. Bu noktada CISG md.73/1 hükmü, CISG'in temelinde yatan genel düşünceyi ifade etmektedir ki buna göre sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, kullanılması hâlinde sözleşmenin ihlâlden etkilenen kısmı ile sınırlı olması gereken nihaî bir çözüm *(ultima ratio)* yoludur. Keza böyle bir kabul, CISG md.51 hükmüne[2342] tekabül etmekte olup, sözleşmenin yalnızca bir kısmının ihlâl edilmesinden kaynaklanan ağır sonuçları mutlak surette gerekli olanlarla sınırlandırmayı amaçlamaktadır.[2343] İkinci olarak CISG md.73/2 hükmü, bir art arda teslimli sözleşmede gelecekteki aksaklıkların olasılığı ile ilgilidir; mevcut münferit teslimatlardan herhangi biriyle ilgili bir yükümlülük ihlâli, gelecekteki teslimatların da tehlikeye girebileceğini gösteriyorsa, alacaklının sözleşmeyi ileriye etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırma hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. Dolayısıyla CISG md.73/2 hükmü, CISG md.72 ile bağlantılı bir önleyici hukuk yoludur.[2344] Başka bir deyişle CISG md.73/2

[2341] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.3.

[2342] CISG md.51 hükmüne göre: *"(1) Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır.*

(2) Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir."

[2343] **Honnold,** Art.73, N.400.

[2344] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 12, II. Kapsamı ve Fonksiyonu. Ayrıca bilgi için bkz. yuk. Dördüncü

hükmü, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinin art arda teslimli sözleşmeler bakımından gündeme gelebilecek özel bir türünü[2345] düzenlemiştir. Üçüncü ve son olarak ise CISG md.73/3 hükmü, tek bir münferit teslimatın aksamasından yani tek bir taksitin ihlâl edilmesinden, tüm sözleşme için başka sonuçlar çıkarır. Buna göre tek bir taksitin esaslı biçimde ihlâli, birbirlerine bağlı olmaları nedeniyle diğer taksitleri veya bir bütün olarak sözleşmeyi de etkiliyorsa alıcı, tek bir münferit teslimat için açıkladığı sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanını, önceki ve/veya gelecekteki teslimatları (taksitleri) da kapsayacak şekilde genişletebilir.[2346]

CISG md.73/1 ve md.73/2 hükümlerindeki hukukî çözüm yolları, sözleşmenin her iki tarafı[2347] bakımından da uygulanırken; CISG md.73/3 hükmündeki imkân, yalnızca alıcıya tanınmıştır. Alacaklı, ayıplı teslimata (taksite) ilişkin olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanmak yerine, aynen ifayı isteme hakkı, ikame teslimat, ayıbın giderilmesi, bedelde indirime gidilmesi veya kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı gibi CISG kapsamında mevcut olan diğer çözüm yollarını kullanmak isteyebilir.[2348]

B. Mukayeseli Analiz

Bir art arda teslimli sözleşme, niteliği gereği çok sayıda teslimatı öngörür ve uzun vâdeli yükümlülükler yaratır. Bu durum, bu türden sözleşmelere yapılacak hukukî müdâhalelerin artmasına yol açabilir. Nitekim birçok hukuk sistemi, art arda teslimli sözleşmelerin kendine has özelliklerini dikkate alarak uygun çözüm yolları öngörmektedir. Örneğin UCC yaklaşımı, tek bir teslimatın esaslı bir şekilde ihlâl edilmesini (söz konusu taksitin değerini önemli ölçüde düşüren aksaklığı) esas almaktadır. Bu durum, alıcının sözleşmeden sadece münferit bir teslimatla (tek bir

Bölüm, § 12, IV, H. Teminatın Gösterilmesi.
[2345] **Schlechtriem/Butler,** N.269; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.1.
[2346] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.1.
[2347] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.1.4.
[2348] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.2.

taksitle) ilgili olarak değil, esaslı ihlâlin sözleşmenin tamamını etkilemesi hâlinde sözleşmenin tamamı ile ilgili olarak ortadan kaldırma hakkının kullanılmasına izin verir.[2349] Yine bir başka örnek olarak Fransız hukuk sistemindeki yaklaşıma göre, bir taksitin ifasında "ciddî bir ihlâlin *(inexécution grave)*" iki sonucu olabilir: Sözleşmedeki edimlerin bölünebilir olduğu hâllerde, alacaklı duruma göre ya ciddî ihlâle konu taksitle ilgili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırabilir ya da ileriye etkili *(ex nunc)* olarak sözleşmeyi tümüyle ortadan kaldırabilir [Art.1184 Cc.F. hükmündeki fesih *(résiliation)* müessesesinin kıyasen uygulanması]. Sözleşmedeki edimlerin bölünebilir olmadığı hâllerde ise sözleşme sadece tümüyle ortadan kaldırılabilir (Art.1184 Cc.F. hükmündeki *résolution* müessesesine göre çözüm). Yine bir başka örnek olarak Alman hukuk sistemi, CISG md.73/3 hükmüyle karşılaştırılabilir bir kural öngörmektedir; § 323 Abs.5 BGB hükmünün[2350] birinci cümlesinde tek bir teslimatın tek başına alacaklının menfaatine olmaması hâlinde sözleşmenin bir bütün olarak ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Son bir örnek olarak ise Avusturya hukuk sisteminde § 918 Abs.2 ABGB hükmü,[2351] tek bir taksitin (münferit teslimatın) gecikmesi hem

---

[2349] § 2-612 UCC para.2 hükmüne göre: *"The buyer may reject any installment which is non-conforming if the non-conformity substantially impairs the value of that installment and cannot be cured or if the non-conformity is a defect in the required documents; but if the non-conformity does not fall within subsection (3) and the seller gives adequate assurance of its cure the buyer must accept that installment."* Anılan fıkraya göre alıcı, sözleşmede kararlaştırılana uygun olmayan herhangi bir taksiti, bu durum taksitin değerini önemli ölçüde düşürüyorsa ve telâfî edilemiyorsa yahut bu durum gerekli belgelerdeki bir kusurdan kaynaklanıyorsa reddedebilir; ancak bu durum altbölüm (3) kapsamına girmiyorsa ve satıcı telâfî için yeterli güvence veriyorsa, alıcı bu taksitin ifasını kabul etmelidir.

Yine § 2-612 para.3 UCC hükmüne göre: *"Whenever non-conformity or default with respect to one or more installments substantially impairs the value of the whole contract there is a breach of the whole. But the aggrieved party reinstates the contract if he accepts a non-conforming installment without seasonably notifying of cancellation or if he brings an action with respect only to past installments or demands performance as to future installments."* Anılan fıkraya göre ise bir ya da daha fazla taksitle ilgili sözleşmeye aykırılık yahut temerrüt, sözleşmenin tamamının değerini önemli ölçüde düşürürse, sözleşmenin tamamı ihlâl edilmiş olur. Ancak ifa menfaati zedelenen taraf, uygun olmayan bir taksiti fesih bildiriminde bulunmadan kabul ederse veya sadece geçmiş taksitlerle ilgili dava açarsa ya da gelecek taksitlerle ilgili ifayı talep ederse sözleşmeyi eski hâline getirmiş olur. Ayrıca bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.4.

[2350] § 323 Abs.5 BGB hükmüne göre: *"Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist."* Anılan hükme göre borçlu kısmî ifada bulunmuşsa, alacaklı ancak kısmî ifada menfaati yoksa sözleşmenin tamamını ortadan kaldırabilir. Borçlu sözleşmeye uygun ifada bulunmamışsa ve borca aykırılık önemsiz ise alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldırmayabilir.

[2351] § 918 Abs.2 ABGB hükmüne göre: *"Ist die Erfüllung für beide Seiten teilbar, so kann wegen*

geciken taksit hem de gelecekteki taksitler bakımından sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılabilmesine olarak sağlamaktadır.[2352]

Son uluslararası satım hukukunu yeknesaklaştırma çalışmaları, art arda teslimli sözleşmeler için CISG md.73 hükmü ile hemen hemen aynı sonuçları doğuracak kavramlar sunmaktadır. Örneğin Art.9:302 PECL hükmünün ilk cümlesi, ayrı bölümler hâlinde ifa edilecek bir sözleşmenin tek bir bölümüyle ilgili olarak esaslı bir ifa etmeme söz konusu olduğunda, karşı-edimin bölünebilir olması şartıyla, feshedilmesine izin vermektedir. Sözleşmenin tümüyle ortadan kaldırılabilmesi için ise ifa etmeme durumunun sözleşmenin bütünü için esaslı olması gerekmektedir.[2353] Art arda teslimli bir sözleşmenin geçmişe etkili *(ex tunc)* olarak bile ortadan kaldırılabilmesi, Art.9:306 PECL hükmüyle[2354] mümkün kılınmıştır. Buna göre malın alıcısı, diğer tarafın edimini esaslı bir şekilde ihlâl etmesi sonucunda malın kendisi için bir değerinin kalmaması hâlinde, malı geçmişe dönük *(ex tunc)* olarak reddedebilir. Uluslararası satım hukukunu yeknesaklaştırma çalışmalarından bir diğeri olan III.-3:506 DCFR hükmü ise yalnızca art arda teslimli sözleşmeleri değil, aynı zamanda "başka şekilde bölünebilir" sözleşmeleri de kapsaması hâricinde, konuyu CISG ile benzer şekilde düzenlemiştir.[2355] Son olarak belirtmek gerekir ki parçalar hâlinde ifa edilmesi plânlanmayan ancak yine

---

Verzögerung einer Teilleistung der Rücktritt nur hinsichtlich der einzelnen oder auch aller noch ausstehenden Teilleistungen erklärt werden." Anılan hükme göre edim her iki taraf için de bölünebilir nitelikteyse fesih, yalnızca kısmî bir ifanın gecikmesi nedeniyle münferit veya yapılmamış tüm kısmî ifalara ilişkin olarak gerçekleştirilebilir.

[2352] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.4.

[2353] Art.9:302 PECL hükmüne göre: *"If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned. It may terminate the contract as a whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole."*

[2354] Art.9:306 PECL hükmüne göre: *"A party who terminates the contract may reject property previously received from the other party if its value to the first party has been fundamentally reduced as a result of the other party's non-performance."*

[2355] III.-3:506 DCFR hükmüne göre: *"(1) This Article applies where the debtor's obligations under the contract are to be performed in separate parts or are otherwise divisible.*

(2) Where there is a ground for termination under this Section of a part to which a counter-performance can be apportioned, the creditor may terminate the contractual relationship so far as it relates to that part. (3) The creditor may terminate the contractual relationship as a whole only if the creditor cannot reasonably be expected to accept performance of the other parts or there is a ground for termination in relation to the contractual relationship as a whole."

de bölünebilir olan sözleşmeler CISG md.51 hükmünde ayrı olarak ele alınırken, PECL bunlara açıkça değinmemektedir.[2356]

Uluslararası satım hukukunu yeknesaklaştırma çalışmalarından bir diğeri olan PICC, kısım kısım ifa edilecek sözleşmeler için özel çözüm yolları öngörmemektedir. Ancak, sözleşmenin feshinin etkilerini ele alan hükümlerinde, ifası "belirli bir süreye yayılmış" ve bölünebilir sözleşmelere değinilmektedir. Bunlardan en önemlisi Art.7.3.7 para.1 PICC hükmüdür. Bu sözleşmelere ilişkin olarak, sözleşme kapsamında verilen edimlerin iadesi yalnızca gelecek için talep edilebilir. Zira anılan hükme göre *"uzun süreli bir sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda iade, sözleşmenin bölünebilir olması kaydıyla, sadece sona erdirmenin hüküm doğurmasından sonraki dönem için talep edilebilir."* PICC'in resmî yorumuna göre,[2357] Art.7.3.7 para.1 PICC hükmünde yer alan bölünebilirlik kriteri uyarınca eğer sözleşmenin tümü olmaksızın tek bir teslimatın yerine getirilmesi alacaklı için faydasız kalacaksa yalnızca bu durumda art arda teslimli sözleşmenin bütün olarak geçmişe etkili *(ex tunc)* biçimde ortadan kaldırılmasına müsaade edilebilir.[2358]

III. MÜNFERİT TESLİMATA (TEK BİR TAKSİTE) İLİŞKİN AKSAKLIK (CISG md.73/1)

A. Hükmün Unsurları

CISG md.73/1 hükmü, art arda teslimli bir sözleşmede borçlunun münferit bir teslimata ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sözleşmenin esaslı ihlâline

[2356] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.4-5. Ayrıca CISG md.73 ve md.51 hükümleri arasındaki farklılıklar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, VI. CISG md.73 Hükmünün CISG md.51 Hükmünden Ayırt Edilmesi.

[2357] (A), (B)'nin festival salonu için bir ve aynı tarihi olayı tasvir eden on resim yapmayı taahhüt eder. (A), beş resmi teslim ettikten ve ücretini aldıktan sonra işi bırakır. Salonun dekorasyonunun aynı ressam tarafından yapılacak ve tek bir tarihi olayın farklı yönlerini gösteren on resimden oluşması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, (B), (A)'ya ödediği avansların iadesini talep edebilir ve beş resmi (A)'ya iade etmek zorundadır, bkz. **UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law,** s.269, N.4.

[2358] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.4-5.

sebebiyet vermesi hâlinde, alacaklıya tek bir taksit bakımından sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı vermektedir.[2359]

B. Art Arda Teslimli Sözleşme

CISG md.73/1 hükmü, "malların taksit taksit teslimine ilişkin sözleşme" formülünü kullanarak art arda teslimli sözleşmelere göndermede bulunmaktadır. Art arda teslimli sözleşme, genel anlamıyla, birbirini izleyen en az iki teslimattan oluşmaktadır.[2360] Art arda teslimli sözleşmeden söz edebilmek için ilk teslimat ile sonraki teslimatı ayıran bir zaman farkı olmalıdır. Ayrıca yine belirtmek gerekir ki art arda teslimli sözleşmeden söz edebilmek için münferit teslimatların her biri, birbirinden ayrı olarak yerine getirilebiliyor olmalıdır. Üstelik münferit teslimatların her biri, sözleşmenin bütününden de ayrılabilir bir nitelik arz etmelidir.[2361] İşte art arda teslimli sözleşmelerin anılan karakteristik niteliği sebebiyle bunlara özgü hukukî düzenlemeler getirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. CISG md.73 hükmü yalnızca, tek bir münferit teslimatın sözleşmeye uygun olup olmadığının tüm sözleşmeyi ortadan kaldırmadan değerlendirilmesinin mümkün olması hâlinde uygulanacaktır. Tek bir teslimatla ilgili

---

[2359] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.6.

[2360] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Czech Cheese Case",* Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage (Hamburg Friendly Arbitration), 29.12.1998, CISG-online 638; *"Macedonian Lambskin Coats Case",* HGer des Kantons Zürich, 30.11.1998, CISG-online 415; *"Austrian Summer Malting Barley Case",* Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (Arbitral Tribunal of the Exchange for Agricultural Products in Vienna), 10.12.1997, CISG-online 351: "CISG md.73 hükmü bağlamında iki arpa teslimatı sözleşmesel bir bütünlük arz etmektedir." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.7, dn.14.

[2361] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.2.1; **Secretariat Commentary,** Art.64, N.1. Ayrıca aynı yöndeki pozitif düzenlemelerden olarak bkz. ve karş. III.-3:506 DCFR hükmüne göre: *"(1) This Article applies where the debtor's obligations under the contract are* ***to be performed in separate parts*** *or are otherwise divisible."* Yine Art.9:302 PECL hükmüne göre: *"If the contract* ***is to be performed in separate parts*** *and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned. It may terminate the contract as a whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole."* Yine § 2-612 para.1 UCC hükmüne göre: *"An "installment contract" is one which requires or authorizes the delivery of goods in* ***separate*** *lots to be separately accepted, even though the contract contains a clause "each delivery is a* ***separate*** *contract" or its equivalent."*

olarak esaslı bir ihlâl olup olmadığı ise elbette CISG'in genel kurallarına göre tespit edilecektir.[2362]

Art arda teslimli bir sözleşmenin mutlaka aynı türden malların teslimini içermesi gerekmez. CISG md.73/3 hükmünün de gösterdiği üzere, art arda teslimli bir sözleşme birbiriyle ilişki olup bir arada anlam ifade ettikleri sürece, farklı türden malların teslimini de içerebilir.[2363] Örneğin, satıcının birkaç parçadan oluşan bir tesisatın ayrı partiler hâlinde teslim edilmesini veya çeşitli malzemelerin parçalar hâlinde teslim edilmesini taahhüt ettiği sözleşmelerde durum böyledir. Yine örneğin birleşik bir sözleşmede yazılım ve donanımın teslimi, birkaç adımda gerçekleştirilecekse aradaki ilişki art arda teslimli sözleşme olarak nitelendirilebilir. Bu noktada her bir teslimatın ekonomik değer bakımından benzer veya karşılaştırılabilir olması da gerekmez. Ayrıca, münferit teslimatların niteliklerinin ya da bedelin ve ifa usûllerinin -özellikle de süreye ilişkin olarak- baştan belirlenmesi şart değildir; bu hususlar daha sonra da belirlenebilir.[2364] Dolayısıyla örneğin çağrı esasına (talebe) dayanan bir tedarik anlaşması da CISG md.73 hükmüne tâbi sayılacaktır.[2365]

Art arda teslimli bir sözleşmede -tıpkı malların teslimatı gibi- ödeme ve ödeme düzenlemeleri de genellikle taksitli olacaktır. Bununla birlikte, diğer ödeme koşulları da mümkündür, örneğin toptan ödeme yahut satıcının ayrı teslimatları dikkate alınmaksızın yapılan ve hesabın nihaî olarak kapatılmasına tâbi olan taksit ödemeleri gibi kararlaştırmalar geçerlidir. Önemle belirtmek gerekir ki bu türden kararlaştırmalar,

---

[2362] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.7.

[2363] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.2.5; **Secretariat Commentary,** Art.64, N.1. Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Macedonian Lambskin Coats Case",* HGer des Kantons Zürich, 30.11.1998, CISG-online 415. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.9, dn.21.

[2364] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.9. Ayrıca bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Tantalum Powder Case II",* OLG Innsbruck, 01.02.2005, CISG-online 1130; *"Tantalum Powder Case I",* OGH, 17.12.2003, CISG-online 828; *"Tantalum Powder Case II",* LG Innsbruck, 09.07.2004, CISG-online 1129; International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (ICAC), 15.04.2004, CISG-online 1270.

[2365] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Copper Cables Case",* ICC, 20.12.1999, CISG-online 1646. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.8, dn.17.

sözleşmenin art arda teslimli sözleşme olma niteliğini değiştirmez. Aksine sadece bedelin taksitler hâlinde ödenmesi, bir sözleşmenin art arda teslimli sözleşme olarak nitelendirilmesi için tek başına yeterli değildir.[2366]

Bir olayın art arda teslimli bir sözleşme mi yoksa birbiriyle alakasız birkaç sözleşme mi barındırdığı sorunu, işlemin bir bütün olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine göre çözümlenebilir. Olaydaki ilişkinin art arda teslimli bir sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, altbölümlere ayrılmış parçaların toplamının tek bir bütün oluşturması gerekir.[2367] Böyle bir bütüne işaret eden unsurlar, teslimatların mantıksal ve/veya ekonomik olarak iç içe geçmiş olmasıdır ki bu hâlde bazı teslimatlar eksik olduğu sürece sözleşme tamamlanmamış veya eksik görünmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki bir sözleşme, art arda teslimli olarak nitelendirilemiyorsa dahi yine de niteliği gereği bölünebilir olabilir.[2368]

C. Sözleşmenin Esaslı İhlâli

CISG md.73/1 hükmünde de öngörüldüğü üzere, sözleşmenin esaslı ihlâline satıcı veya alıcı tarafından sebebiyet verilmiş olabilir. Esaslı ihlâlden etkilenen teslimatın hangisi olduğu -ilk, son ya da ortadaki teslimatlardan herhangi birisinin olması- ve teslimatın sözleşmenin geri kalanına kıyasla değeri, bir önem arz etmez.[2369] Keza bu sorular yalnızca CISG md.73/2 hükmü bakımından önem taşımaktadır: Örneğin, açık nedenlerden ötürü, CISG md.73/2 hükmü geleceğe yönelik yaklaşımıyla

---

[2366] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Auto-Moto Styl S.r.o. v. Pedro Boat B.V.",* Gerechtshof Leeuwarden (Court of Appeal Leeuwarden), 31.08.2005, CISG-online 1100: "Sadece ödemenin taksitler hâlinde olması, CISG md.73 hükmünün tatbikini haklı kılmaz." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.10, dn.24. Ancak doktrindeki farklı bir görüş için bkz. ve karş. **Bianca/Bonell,** *Knapp V.,* Art.61, N.2.12: "CISG md.73 hükmü, taksitli ödemeler hâlinde de kıyasen tatbik edilmelidir."

[2367] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Doors Case",* LG Saarbrücken, 23.03.1992, CISG-online 60: "Sözleşme hükümlerine göre alıcı, satıcının kendi takdirine bağlı olarak kabul edebileceği bireysel siparişlerde bulunmalıydı." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.11, dn.25.

[2368] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.11. Art arda teslimli sözleşmeler ile diğer bölünebilir sözleşmelerin aynı şekilde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya ne ölçüde değerlendirilebileceği hakkındaki açıklamalar için bkz. aşağ. Dördüncü Bölüm, § 14, VI. CISG md.73 Hükmünün CISG md.51 Hükmünden Ayırt Edilmesi.

[2369] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.2.1.

(future oriented approach) yalnızca müteakip teslimatların söz konusu olduğu durumlar bakımından uygulanabilir.[2370]

CISG md.73/1 hükmü, *"...münferit teslimatlardan biri...sözleşmenin esaslı şekilde ihlâlini teşkil etmesi hali(ni)..."* içermektedir. Sözü edilen durumla, yalnızca CISG md.25 hükmü[2371] anlamında bir esaslı ihlâl *(fundamental breach)* kastedilmemektedir. Başka bir deyişle CISG md.73/1 hükmündeki esaslı ihlâlin daha geniş bir içerikte anlamlandırılması gerekmektedir. Bu anlamlandırma faaliyetinde CISG md.49 ve md.64 hükümleri, yani satıcının veya alıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi hâlinde diğer tarafın sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahip olduğu hipotezleri düzenleyen genel sorumluluk hükümleri mutlaka göz önünde bulundurulacaktır. Bu bilgiler ışığında ifade edilebilir ki CISG md.73/1 hükmünün uygulanabilmesi için ya CISG md.25 hükmü anlamında esaslı bir ihlâl [zaten bu hâl CISG md.49/1 hükmünün (a) bendi ve CISG md.64/1 hükmünün (a) bendinde sayılmıştır][2372] yahut da ifa için tâyin edilen ek sürenin sonuçsuz kalmasıyla beraber nihaî bir ifa etmeme durumu [zaten bu hâl CISG md.49/1 hükmünün (b) bendi ve CISG md.64/1 hükmünün (b) bendinde sayılmıştır] gerekmektedir.[2373] Bu bağlamda belirtelim ki DCFR, "ortadan kaldırma nedeni *(grounds for termination)*" ibaresini tercih ederek daha açık bir ifade kullanmaktadır, zira yalnızca esaslı bir ihlâl (DCFR terminolojisinde: "esaslı ifa etmeme")[2374] değil, aynı zamanda ek süreden sonra ifa etmeme,[2375] beklenen esaslı ifa

---

[2370] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.12.

[2371] CISG md.25 hükmüne göre: *"Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."*

[2372] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Tantalum Powder Case II",* OLG Innsbruck, 01.02.2005, CISG-online 1130 (nitelik ayıbı); *"Copper Cables Case",* ICC, 20.12.1999, CISG-online 1646 (tek taraflı indirim değişikliği); *"Ostroznik Savo et al. v. La Faraona soc. coop. a.r.l. et al.",* Tribunale di Padova (District Court Padova), 11.01.2005, CISG-online 967 (sözleşmenin esaslı ihlâli anlamına gelen teslim etmeme); *"Doors Case",* LG Saarbrücken, 23.03.1992, CISG-online 60 (sözleşmenin esaslı ihlâli anlamına gelen bedeli ödememe). Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.73, N.13, dn.30.

[2373] **Brunner,** Art.73, N.8.

[2374] Detaylı bilgi için bkz. III.-3:502 DCFR *"Termination for fundamental non-performance"*.

[2375] Detaylı bilgi için bkz. III.-3:503 DCFR *"Termination after notice fixing additional time for*

etmeme[2376] veya yeterli teminat göstermeme hâlleri[2377] de eksik kısımla ilgili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı doğuracaktır.[2378]

Art arda teslimli bir sözleşmede, teslimatların ayrılmaz bir bütünün parçalarını oluşturması hâlinde, gerçekleşen bir ihlâlin ağırlığını tespit etmek zor olabilir. Böyle bir durumda, münferit teslimatla ilgili ihlâlin sözleşmenin tamamını nasıl etkilediğine bakılmalıdır. Yanıtlanması gereken soru, ihlâlin sözleşmenin tümüne oranla esaslı olup olmadığıdır. Eğer ki ihlâl, alacaklıya sözleşmenin tamamını ortadan kaldırma hakkı verecek nitelikteyse (CISG md.73/3 hükmünde olduğu üzere) tek bir münferit teslimat açısından da esaslı sayılır.[2379] Örneğin, temel ekipmanların montajı için gereken montaj aletlerinin teslim edilmemesi, açık bir süre baskısı yoksa veya alternatifler mevcutsa, sözleşmenin tamamını tehlikeye atmayacaktır. İşte bu hâlde tek bir münferit teslimat açısından esaslı bir ihlâl söz konusu olmayacaktır.[2380]

D. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Usûlü, Şekli ve Süre Sınırı

Sözleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelik beyan için CISG md.26 hükmü[2381] tatbik edilecektir. Bu durumun sonuçları ise şöyledir: İlk olarak CISG md.26 hükmündeki genel kurala göre, sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik beyanının mutlaka açık olması gerekmez. Alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yönelik niyeti, kendisinin davranışlarından çıkarılabildiği sürece, zımnî bir beyan dahi yeterli olacaktır.[2382] İkinci olarak, CISG md.73 hükmünde sözleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelik beyanın açıklanması gereken bir süre açıkça belirtilmemiş olsa da CISG md.26

---

performance".
[2376] Detaylı bilgi için bkz. III.-3:504 DCFR *"Termination for anticipated non-performance"*.
[2377] Detaylı bilgi için bkz. III.-3:505 DCFR *"Termination for inadequate assurance of performance"*.
[2378] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.13.
[2379] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.2.5; **Secretariat Commentary,** Art.64, N.4.
[2380] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.14.
[2381] CISG md.26 hükmüne göre: *"Sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder."*
[2382] Bu konudaki dava örneği için bkz. "*Ukrainian Chemical Fertilizer Case",* ICC, 8128/1995, CISG-online 526. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.15, dn.34.

hükmü, sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkının kullanılmasına ilişkin zımnî bir süre içerdiği şeklinde yorumlanmalıdır. Böyle olunca süre kısıtlaması CISG md.73/1 hükmü kapsamında da geçerli olacaktır. Buna göre, yine CISG md.73/1 hükmü kapsamında, alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldırmaya hakkı olduğunu bildikten veya bilebilecek durumda olduktan sonra mâkul bir süre içerisinde bu yönde bir beyanında bulunmalıdır. CISG literatüründeki farklı bir görüş ise CISG md.73/2 hükmünde açık süre sınırı (*"makul bir süre içerisinde"*) öngörülmüş olduğundan karşıt kavram yorumuyla *(argumentum a contrario)* CISG md.73/1 hükmünde bir süre sınırı belirlenmesinin bilinçli olarak ihmal edildiğini ileri sürmektedir. Oysa bu görüş, CISG md.73/1 hükmünün esasen "beyan" niteliğinde olduğunu ve genel kuralların, özellikle de CISG md.26 hükmünün bu nedenle doğrudan uygulanabilir olduğunu göz ardı etmektedir.[2383]

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının gerekliliklerine, örneğin malların uygun bir şekilde gözden geçirilmesi ve CISG md.38, md.39 ve md.43 hükümleri[2384] uyarınca uygunsuzlukların bildirilmesi gibi diğer gerekliliklere ortadan kaldırılacak münferit teslimatla ilgili olarak uyulmalıdır. Ayrıca alıcı sözleşmenin ortadan kaldırılması bakımından CISG md.82/1 hükmündeki[2385] eski hâle getirme olanağına da sahiptir.[2386]

[2383] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis*, Art.73, N.15.

[2384] CISG md.38 hükmüne göre: *"(1) Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır.*

(2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir.

(3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkâna sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir."

CISG md.39 hükmüne göre: *"(1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.*

(2) Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun."

CISG md.43 hükmüne göre: *"(1) Alıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde satıcıya bu hak veya talebin mahiyetini belirten bir bildirimde bulunmazsa 41. veya 42. madde hükümlerine dayanma hakkını kaybeder.*

(2) Satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse fıkra 1'e dayanamaz."

[2385] CISG md.82/1 hükmüne göre: *"(1) Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı*

E. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Etkileri

Tek bir münferit teslimata ilişkin olarak ortadan kaldırma hakkının kullanılması, söz konusu teslimat bakımından CISG md.81 ve devamı hükümlerinde yer alan sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçlarını doğurur. CISG md.73 hükmünün ikinci ve/veya üçüncü fıkraları tatbik edilmediği müddetçe, sözleşmenin geri kalan hükümleri ilk baştaki gibi varlığını sürdürür. Ancak, sözleşmenin geri kalan hükümleriyle beraber, gelişen yeni duruma uyarlanması gerekebilir. Bir yandan ihlâle konu münferit teslimatın, diğer yandan sözleşmenin geri kalanının farklı farklı hukukî akıbete tâbi olması, çeşitli teslimatların -mümkün olduğunca- birbirinden bağımsız olarak ele alınmasının doğal ve beklenen bir sonucudur. Ayrıca belirtmek gerekir ki CISG md.73/1 hükmü uyarınca sözleşmenin kısmî ortadan kaldırılmasına ek olarak, alacaklı tazminat talep etme hakkına da sahip olabilir.[2387]

IV. GELECEKTEKİ TESLİMATLARA İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN ORTADAN KALDIRILMASI (CISG md.73/2)

A. Hükmün Unsurları

CISG md.73/2 hükmü, alacaklıya geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak art arda teslimli bir sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı vermektedir. Bu hükmün uygulanma şartları şöyledir: (1) münferit bir teslimatın sözleşmeye uygun, tam ve doğru bir biçimde ifa edilmemiş olması, (2) bu nedenle (3) gelecekte (4) esaslı bir ihlâlin meydana geleceğinin varsayılması için iyi gerekçelerin bulunması ve (5) sözleşmeyi ortadan kaldırma iradesinin mâkul bir süre içinde beyan edilmesi.[2388]

---

surette yakın bir durumda iade etmesi imkansızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer."

[2386] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.16.

[2387] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.18-19.

[2388] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.20.

B. Güncel Yükümlülüğün İhlâli

CISG md.73/2 hükmü bağlamında sözleşmeyi ortadan kaldırmak için, basit bir *"taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi"* yeterlidir. İhlâlin esaslı olması gerekmez.[2389] Anlaşıldığı üzere bu durum, teslimatın esaslı bir şekilde ihlâl edilmesinin gerekli olduğu CISG md.73/1 hükmü kapsamındaki durumdan farklıdır. Dolayısıyla CISG md.73/2 hükmü, tam da münferit bir teslimatla ilgili ihlâlin "esaslılık" eşiğine ulaşmadığı hâllerde uygulanır. Örnek olarak, teslimat veya ödemede tekrar eden gecikmeler, şartname veya gerekli plânların sağlanmasında tekrar eden gecikmeler, sözleşmede kararlaştırılana uygun olmayan malların teslimi veya izin olmamasına rağmen taksitler hâlinde gerçekleştirilen teslimatlar verilebilir. Teslimat veya ödemede ara sıra yaşanan gecikmeler daha sık hâle gelirse veya borçlunun gelecekteki teslimatlarla ilgili olarak sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlâl edeceğini gösteren başka rahatsız edici faktörler varsa, gelecekte esaslı bir ihlâlin yaşanabileceğine yönelik iyi bir gerekçe teşkil edebilir. Her ihtimale karşı tedbiren alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmesi için ek bir süre tâyin edecektir. Tâyin edilen ek süre kullanılmadan geçirilirse, sadece CISG md.73/1 hükmü (CISG md.49/1 hükmünün (b) bendi veya CISG md.64/1 hükmünün (b) bendine istinaden eksik teslimatla ilgili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı) anlamında geçmiş teslimatlarla ilgili olarak sözleşmenin esaslı ihlâli söz konusu olmayacak; bunun ötesinde edimin ek süre *(Nachfrist)* içinde dahi ifa edilmemesi "gelecekteki esaslı bir ihlâli varsayabilmek için haklı neden" oluşturacaktır (bkz. CISG md.73/2 hükmü).[2390]

Alacaklının, sözleşmenin gelecekte ortadan kaldırılmasına sebebiyet verecek teslimatın ifa edilmemesine ilişkin diğer hukukî çözüm yollarını kullanma imkânına sahip olması gerekli değildir. Örneğin, alıcının malların sözleşmeye uygun olmaması

[2389] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.2.7; **Secretariat Commentary,** Art.64, N.6.
[2390] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.21. Ayrıca bkz. **Kimbel, Ericson P.:** "Nachfrist Notice and Avoidance Under the CISG", Journal of Law and Commerce 1999, vol.18:301, ss.301-331.

sebebiyle borçluya bir bildirimde bulunmaması bile -gelecekte esaslı bir ihlâlin öngörülmesine dayanak teşkil edebilmesi koşuluyla- bu kusurlu ifayı CISG md.73/2 hükmü uyarınca ileriye etkili *(ex nunc)* biçimde sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi bakımından bir dayanak olarak kullanmasına engel sayılmaz.[2391]

C. Güncel ile Gelecekteki Sözleşmesel İhlâle İlişkin İlliyet Bağı

Mevcut sözleşme ihlâli gelecekteki esaslı bir ihlâlin de öngörülmesine temel teşkil ettiğinden; gelecekteki esaslı bir ihlâl tehlikesi, mevcut sözleşme ihlâlinden çıkarılabilir olmalıdır. Genellikle, mevcut ve münferit bir teslimatla ilgili tek bir önemsiz sözleşme ihlâli, böyle bir öngörü için yeterli bir temel oluşturmayacaktır. Bununla birlikte, birkaç bağımsız ve önemsiz sözleşme ihlâli birlikte ele alındığında, gelecekte esaslı bir sözleşme ihlâlinin yaklaşmakta olduğu sonucuna varılmasını sağlayabilir.[2392]

D. Sözleşmenin Gelecekteki Esaslı İhlâlinin Öngörülmesi

Tek bir münferit teslimatla ilgili olan yükümlülük ihlâli, gelecekteki teslimatlarla ilgili olarak sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlâl edileceği sonucuna varmak için "iyi bir gerekçe" olarak nitelendirilebilmelidir. Öngörülen sözleşme ihlâlinin esaslı olup olmadığı CISG md.25 hükmü uyarınca belirlenirken, ihlâlin ciddiyeti sözleşmenin kalan kısmının tümüne oranla ortaya konmalıdır.[2393]

[2391] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Austrian Summer Malting Barley Case",* Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (Arbitral Tribunal of the Exchange for Agricultural Products in Vienna), 10.12.1997, CISG-online 351: "Kusurlu teslimatlarla ilgili olarak eski hâle iadenin, ayıp bildiriminin gecikmesi nedeniyle imkânsız hâle gelmiş olması, alıcının CISG md.73/2 hükmü uyarınca gelecekteki sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına engel teşkil etmez." İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.22, dn.45.

[2392] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.23; **Kimbel,** s.320 vd.

[2393] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Skin Care Products Case",* Helsingin hovioikeus (Court of Appeal Helsinki), 30.06.1998, CISG-online 1304: "Cilt bakım ürünlerine ilişkin bir sözleşmede, birkaç teslimatta kararlaştırılan asgarî miktarın altında A vitamini bulunması, sözleşmenin gelecekte esaslı bir şekilde ihlâl edileceğinin varsayılması için iyi bir gerekçe oluşturmuştur". İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.24, dn.47.

Gereken olasılık derecesi bakımından, CISG md.72 hükmü (öncelenmiş sözleşme ihlâli) ve CISG md.71 hükmü (ifanın askıya alınması hakkı) kapsamında gereken öngörülerle bazı benzerlikler bulunmaktadır. Bununla birlikte, üç hükümdeki öngörü gereklilikleri ifade ediliş tarzı bakımından farklılık göstermektedir: CISG md.71 hükmü uyarınca, ilerideki ifayı tehlikeye atacak olan sözleşme ihlâli "belirgin (bâriz) hâle gelmelidir *(become apparent)*".[2394] CISG md.72 hükmü gelecekteki esaslı sözleşme ihlâlinin "açık *(clear)*"[2395] olmasını gerektirirken, CISG md.73/2 hükmü ise "esaslı bir sözleşme ihlâlinin gerçekleşeceği sonucuna varmak için iyi gerekçelerden *(good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur)*" bahseder. Görüldüğü üzere farklı formülasyonlara rağmen, çeşitli öngörü standartlarını ayırt etmek için açık ve somut kriterler hayli eksiktir. Farklılaştırma, sözleşmeye yapılan ilgili müdâhalenin işlevi ve ciddiyetinin değerlendirilmesine dayanmalıdır. Bu bilgiler ışığında ifade etmek gerekir ki CISG md.71 hükmünde yer alan ifayı askıya alma hakkı, CISG md.72 ve CISG md.73/2 hükümleri kapsamındaki hukukî çözümlere kıyasla daha zayıf ve daha geçicidir. CISG md.72 ve CISG md.73/2 hükümleri arasında yapılan mukayese; CISG md.73/2 hükmünde öngörülen ileriye etkili *(ex nunc)* biçimde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının, CISG md.72 hükmünde öngörülen sözleşme ihlâli tehdidi nedeniyle sözleşmenin tamamını ortadan kaldırma hakkına göre daha düşük bir seviyede olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, CISG md.71/1 hükmünden CISG md.73/2 hükmüne ve en güçlüsü olan CISG md.72 hükmüne doğru artan "bir hukuk yolu derecelendirmesi" vardır. Bu durum, CISG'in lafzı tarafından sadece kabaca belirlenmiştir, ancak her bir hukuk yolunun işlevine ilişkin yukarıdaki tespitler bunu açıkça ortaya koyar mahiyettedir.[2396] Buna göre, CISG md.72 hükmünde en yüksek

[2394] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, III, B, 4. Alacaklı Tarafından Tehlikenin Öngörülmesi.
[2395] Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 12, III, C. Öngörü (Tahmin).
[2396] Derecelendirme hususunda benzer görüşler için bkz. ve karş. **Honnold,** Art.71, N.388 ve Art.73, N.401; **Nicholas,** s.233; **Strub,** s.494; **Lookofsky,** s.114; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.72, N.2.2 ve Art.73, N.2.7; **Bridge,** Issues Arising, s.414; **Azeredo da Silveira,** s.43-44. Ayrıca bu konudaki dava örneği için

olasılık derecesi aranmaktadır; CISG md.73/2 hükmü kapsamında aranan gereklilikler daha hafiftir ve nihayetinde CISG md.71 hükmü kapsamında en hafif öngörü standardı geçerlidir.[2397]

Başka bir deyişle CISG md.73/2 hükmüne istinaden art arda teslimli bir sözleşmeyi ortadan kaldıran tarafın, haklı olup olmadığı değerlendirilirken CISG md.71 hükmündeki "anlaşılması, bâriz olması *(it becomes apparent)*" ibaresiyle öngörülene nazaran daha ağır fakat CISG md.72 hükmündeki "aşikâr *(clear)*" ibaresiyle öngörülene nazaran daha hafif bir ispat külfeti altında bulunduğu doktrinde ifade edilmektedir.[2398] Bu bilgiler ışığında belirtmek gerekir ki şayet ifa menfaati zedelenen taraf, bu varsayımda bulunmakta haklı ise CISG md.73/2 hükmüne istinaden sözleşmeyi geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırabilir (feshedebilir). Bu noktada sözleşmeyi ortadan kaldırma (fesih) hakkı, yukarıda değindiğimiz haklı varsayımın yapılmasından itibaren mâkul bir süre içerisinde kullanılmalıdır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, elbette geçmişte yerine getirilmiş teslimatları etkilemeyecektir. Etkilenmeyen işbu teslimatların içerisine CISG md.73/1 hükmüne göre sadece bu teslimat bakımından sözleşme ortadan kaldırılmadıkça, aykırı hareket edilmesi nedeniyle ilerideki teslimatların esaslı biçimde ihlâl edileceğinin haklı şekilde öngörülmesine sebebiyet veren teslimat da dâhildir. Yani ihlâle konu münferit teslimat sözleşmenin ortadan kaldırılması (feshedilmesi) hakkının kapsamına dâhil değildir, bundan etkilenmez.[2399]

Yine CISG md.73/2 hükmünün tatbik edilebilmesi için CISG md.72 hükmünden farklı olarak, sadece gelecekte borcun ihlâl edileceğinin öngörülmesi yeterli olmayıp, taraflardan birinin mevcut sözleşme kapsamındaki bir yükümlülüğüne de aykırı

---

bkz. *"Austrian Summer Malting Barley Case",* Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (Arbitral Tribunal of the Exchange for Agricultural Products in Vienna), 10.12.1997, CISG-online 351. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.25, dn.52.

[2397] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.25

[2398] **Huber/Mullis,** s.351-352; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.25.

[2399] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.31.

davranmış olması gerekir. CISG md.73/2 hükmüne göre art arda teslimli bir sözleşmenin "feshedilebilmesi"[2400] için tek bir münferit veya birden çok teslimata dair herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi neticesinde, karşı tarafın ilerideki teslimatların da esaslı biçimde ihlâl edileceğine inanmak bakımından haklı gerekçeleri *(good reasons)* olması zorunludur. İlerideki teslimatların CISG md.25 hükmüne göre esaslı biçimde ihlâl edileceğinin öngörülmesine yol açan yükümlülük ihlâli/ihlâllerinin esaslı olması ise zorunlu değildir.[2401] Fakat bu tespitlerden, CISG md.72 hükmü bağlamında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmeden (öncelenmiş olarak) dönebilmek için bir koşul olan esaslı ihlâlin "açıkça *(clear)*" öngörülmesi hususunun art arda teslimli sözleşmeler bakımından kaldırıldığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Çünkü CISG md.73/2 hükmünde art arda teslimli bir sözleşmenin ortadan kaldırılmasını sağlayan, birtakım münferit teslimatlara dair yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi değil, bu aykırılıktan gelecekteki teslimatların da esaslı biçimde ihlâl edileceği neticesine isabetli olarak varılabilmesidir.[2402]

İçtihat hukukunda, gelecekte esaslı bir sözleşme ihlâlinin meydana geleceği sonucuna varmak için "iyi bir gerekçe" olarak örneğin, satıcının alıcı tarafından bedeli zaten ödenmiş olmasına rağmen ilk teslimatı bile yapamaması verilmektedir.[2403] Yine alıcı ile devam eden bir iş ilişkisi içinde olan satıcının, bozulan malların yerine kararlaştırılan ikame teslimatı kesinlikle yapamayacak olması da bir başka 'iyi neden' olarak değerlendirilebilir.[2404] Yine daha fazla teslimat gerçekleştirmenin imkânsızlığı, bunu yapmak için kesin bir ifa isteksizliğiyle *(unwillingness)* eşdeğerdir.[2405] İçtihat

[2400] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.20-21.
[2401] **Huber/Mullis,** s.351; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.21-22.
[2402] **Huber/Mullis,** s.351; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.21-22.
[2403] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Italian Sunflower Oil Case",* HGer des Kantons Zürich, 05.02.1997, CISG-online 327. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.26, dn.53.
[2404] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Paprika Powder Case I",* LG Ellwangen, 21.08.1995, CISG-online 279. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.26, dn.54.
[2405] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Sour Cherries Case III",* Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, 25.05.1999, CISG-online 438: "Alıcı, satıcının piyasa

hukukundaki diğer davalar; borçlunun mevcut kaynağının gelecekte daha güvenilir olacağını garanti edememesine rağmen tedarik kaynağını değiştirmeyi reddetmesi, o âna kadar gerçekleştirilen tüm teslimatların kusurlu olması ve satıcının aynı nitelik kusurunun gelecekteki teslimatlara da yansıyacağı şüphesini çürütememesi[2406] yahut alıcının gelecekte yeniden ithâlata ilişkin bir yasağa uyacağını garanti etmeyi ısrarla reddetmesi ile ilgilidir.[2407] Bu hususta gelecekteki tüm teslimatların sözleşmeye esaslı bir aykırılıktan mustarip görünmesi şart değildir. Belirleyici olan, sözleşmenin gelecekteki tam ve düzgün bir biçimde ifasının ciddî bir şekilde sorgulanmasıdır; örneğin, teslimatın sözleşmenin bütün süresi göz önüne alındığında önemli bir süre boyunca hiç gerçekleştirilememesi veya genel teslimatın önemli bir kısmının hiç gerçekleştirilememesi yahut en azından teslimatların ayıplardan arındırılamaması böyledir. Benzer şekilde, söz konusu ihlâlin bir ödeme yükümlülüğüne ilişkin olması hâlinde, CISG md.73/2 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorusu, beklenen sözleşme ihlâlinin ciddiyetinin, hâlen ifa edilmemiş olan geriye kalan sözleşmeye oranla önemli olup olmadığına bağlı olarak yanıtlanabilecektir.[2408]

---

fiyatlarındaki ciddî artış nedeniyle gelecekteki vişne teslimatlarını mevcut sözleşme koşulları altında yapmayı açıkça reddetmesinin ardından CISG md.73/2 hükmü uyarınca sözleşmeyi geleceğe yönelik *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırma hakkına sahip olmuştur." Benzer olarak *"Czech Cheese Case",* Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage (Hamburg Friendly Arbitration), 29.12.1998, CISG-online 638: "Satıcı sadece ikinci teslimatı değil, mevcut sözleşme koşulları uyarınca gelecekteki herhangi bir teslimatı da reddettiğinden, alıcı CISG md.73/2 hükmü kapsamındaki haklarını kullanabilir." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.26, dn.55.

[2406] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Austrian Summer Malting Barley Case",* Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (Arbitral Tribunal of the Exchange for Agricultural Products in Vienna), 10.12.1997, CISG-online 351. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.26, dn.57.

[2407] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"BRI Production "Bonaventure" S.a.r.l. v. Pan African Export",* Cour d'appel de Grenoble (Court of Appeal Grenoble), 22.02.1995, CISG-online 151: "Fransız bir blue jean üreticisi, malları Afrika ve Latin Amerika'daki müşterilere yeniden satan Amerikalı bir alıcıyla iş bağlantısı içindeydi. İkinci teslimatın zamanı geldiğinde, diğer kot pantolon üreticileriyle birlikte paralel pazarlar kurmamayı sözleşmeyle kabul etmiş olan ve mallarını Amerika Birleşik Devletleri'nde satmak için lisansı bulunmayan Fransız üretici, Amerikalı alıcıdan kot pantolonların nihaî varış yerini ve nihaî alıcıyı beyan etmesini istemiştir. Mahkeme, Amerikalı alıcının satıcının talebine uymayı ısrarla reddetmesinin ikinci taksitle ilgili olarak sözleşmenin esaslı bir ihlâlini teşkil ettiğine ve bu davranışın gelecekte tekrarlanacağı sonucuna varmak için iyi gerekçeler sunduğuna karar vermiştir. Bu nedenle, üreticinin CISG md.73/2 hükmü uyarınca art arda teslimli sözleşmenin geleceğe yönelik *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırıldığını beyan etmesine izin verilmiştir."

[2408] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.26.

E. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması

1. Sözleşmenin Geleceğe İlişkin *(Ex Nunc)* Ortadan Kaldırılması

Sözleşmenin olağan biçimde ortadan kaldırılması hakkından farklı olarak, CISG md.73/2 hükmü uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı gelecekteki teslimatlara dairdir. Taraflardan biri tarafından muhtemelen hâlihazırda yapılmış olan münferit bir teslimata yönelik hazırlıklar, bu veya diğer teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kaldırılmasını engellemez.[2409] Bu durum, bölünebilirliğin ve münferit bir teslimatın sözleşmenin geri kalanından nispeten bağımsız olmasının doğal bir sonucudur.[2410]

2. Önceden Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü

Diğer tarafa ifa güvencesi sağlama fırsatı vermek için sözleşmeyi ortadan kaldırma niyetini bildirme konusunda açık bir yükümlülük bulunmamaktadır. Art arda teslimli sözleşmelerin karakteristik özelliği olan yakın ve bazen uzun süreli hukukî ilişkiler göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir bildirim yükümlülüğünün mevcudiyeti kesinlikle uygun olurdu; ancak CISG md.73/2 hükmünün mevcut lafzı karşısında böyle bir yükümlülüğün mevcut olduğu yorumunda bulunmak muhtemelen mümkün olmayacaktır.[2411] Bununla birlikte, bir tarafın sözleşme ortağıyla yani karşı tarafla temasa geçmeden art arda teslimli bir sözleşmeyi geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak âniden ortadan kaldırdığını beyan etmesi, duruma göre, CISG md.77 hükmünde öngörülen "zararı azaltma külfetini" ihlâl edebilir. En azından uygulamada bir bildirimde bulunma yükümlülüğü olmasa bile alacaklı, sözleşmenin nihaî olarak kesin

---

[2409] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Dingxi Longhai Dairy, Ltd. v. Becwood Technology Group, L.L.C.",* Dist. Ct. District of Minnesota, 01.07.2008, CISG-online 1774. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.27, dn.62.

[2410] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.27.

[2411] Bu hususta bkz. ve karş. **Bridge,** Issues Arising, s.420. Bridge, alıcıya teminat göstererek sözleşmeyi ortadan kaldırmasını önleme imkânı tanınmasını önermektedir (bkz. CISG md.71/3 ve md.72/2). Ayrıca tespitler için bkz. **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.28.

bir şekilde ortadan kaldırılmasından önce, borçluyu sözleşmeyi geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırmakla deyim yerindeyse tehdit edebilecektir.[2412]

3. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması Beyanının Usûlü, Şekli ve Süre Sınırı

Sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanı CISG md.73/2 hükmünde de öngörüldüğü üzere *"makul bir süre içerisinde"* açıklanmalıdır. İşbu süre, beklenen sözleşme ihlâlinin farkına varılması ile işlemeye başlar.[2413] İhlâlin farkına varıldığı tarihe atıfta bulunmak, sürenin sözleşme ihlâlinin meydana gelmesiyle işlemeye başlamasına izin vermekten çok daha açıktır; çünkü korkulan esaslı sözleşme ihlâlinin nedeninin tek bir uygunsuzlukta değil, birden fazla uygunsuz teslimatın toplamında yattığı durumlarda ihlâlin ne zaman meydana geldiği açıkça tespit edilemez.[2414]

Sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanında bulunmak için "mâkul" sürenin ne olduğu sözleşmenin koşullarına bağlıdır ve CISG md.8/2 hükmünün[2415] objektif standardına göre belirlenmelidir. Koşullara bağlı olarak, beyanın zamanında açıklandığının kabul edilebileceği süre, nispeten uzun olabilir. Örneğin, alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldırdığını beyan etmek için borçlu yerine geçecek (ikame) bir tedarikçi bulana kadar bekleyebilir; bu durumda, çok hızlı bir sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanı, sert ve uygunsuz olacaktır.[2416] Diğer hususların yanı sıra, bir sonraki teslimatın gerçekleştirilmesi gereken zaman aralığı da dikkate alınmalıdır. CISG md.73/2 hükmü bağlamında geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak sözleşmeyi ortadan

---

[2412] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.28.

[2413] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Beer Case II",* OLG Brandenburg, 18.11.2008, CISG-online 1734. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.29, dn.67. Ayrıca bkz. **Brunner,** Art.73, N.13; **Azeredo da Silveira,** s.44.

[2414] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.29; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.2.7.

[2415] CISG md.8/2 hükmüne göre: *"Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır."*

[2416] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"BRI Production "Bonaventure" S.a.r.l. v. Pan African Export",* Cour d'appel de Grenoble (Court of Appeal Grenoble), 22.02.1995, CISG-online 151. Ayrıca bkz. ve karş. **Bridge,** Issues Arising, s.419. Yine bir başka karar olarak *"Beer Case II",* OLG Brandenburg, 18.11.2008, CISG-online 1734: "Beklenen ihlâlin farkına varılması ile sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanı arasındaki üç aylık sürenin çok uzun olduğuna karar verilmiştir." Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.30, dn.70.

kaldırmaya sebebiyet veren yükümlülük ihlâli, aynı zamanda CISG md.73/1 hükmü bağlamında münferit bir teslimatla ilgili olarak esaslı bir ihlâl teşkil ediyor olabilir. Alacaklının hem mevcut münferit bir teslimat hem de gelecekteki teslimatlar için sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanında bulunmak istemesi hâlinde, ortadan kaldırma beyanının *"makul bir süre içerisinde"* açıklanması gerekliliği -her ne kadar açıkça belirtilmemiş olsa dahi- CISG md.73/1 hükmü bakımından da geçerlidir.[2417]

4. Etkileri

Geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak sözleşmenin ortadan kaldırılması, aslında sözleşmenin ikiye bölünmesine yol açar. Şöyle ki sözleşmenin hâlihazırda ifa edilmiş olan kısmı bundan etkilenmez. Bu durum, sözleşme CISG md.73/1 hükmü kapsamında ortadan kaldırılmadığı sürece, gelecekte bir ihlâlin meydana geleceği sonucuna varmak için "iyi gerekçeler" sağlayan teslimatı da içerir. Sözleşmenin sağlam kısmına ilişkin veya bu kısımdan kaynaklanan ödeme yükümlülükleri, tazminat talepleri ve benzeri istemler de etkilenmez. Buna karşın sözleşmenin ortadan kaldırılan gelecekteki kısmıyla ilgili olarak, her iki taraf da CISG md.81/1 hükmünün birinci cümlesi[2418] uyarınca yükümlülüklerinden kurtulur. Bu kısımla ilgili olarak eski hâlin iadesi, yalnızca ayrıksı olarak, örneğin bir avans ödemesi yahut sözleşmenin genel amacı doğrultusunda sağlanan makine veya lisanslar bakımından gerçekleşir. Sözleşmenin tamamının uygulanmasına yönelik olan bu tür hazırlık eylemleri, sözleşmenin bölünmesini engellemez. Ancak, avans ödemesi, teslim edilen temel ekipman ve benzerleri sözleşmenin tamamı ortadan kaldırılmış gibi iade edilmelidir. Bunun sonuçları ise CISG md.81 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir.[2419]

[2417] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.30.

[2418] CISG md.81/1 hükmünün birinci cümlesine göre: *"Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır…"*

[2419] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.31.

F. CISG md.73/2 Hükmünün CISG md.71 ve md.72 Hükümlerinden Ayırt Edilmesi

İçtihat hukukunda, CISG md.72 ve md.73/2 hükümleri genel olarak aynı ânda tatbik edilmektedir.[2420] Bununla birlikte, iki hükmün farklılık gösterdiği bazı hususlar vardır ve bu farklılıklar, hükümlerin hareket noktalarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. CISG md.72 hükmü uyarınca sözleşmeyi ortadan kaldırma [öncelenmiş (erken) dönme] hakkı, sözleşmenin öncelenmiş ve esaslı bir ihlâline dayanırken, CISG md.73/2 hükmünde borçlu, gelecekteki bir aykırılığın öngörüsünü sunan münferit bir teslimatla ilgili olarak zaten esaslı bir sözleşme ihlâli gerçekleştirmiştir. Keza muhtemelen bu nedenle, CISG md.72 hükmünden farklı olarak CISG md.73/2 hükmü, borçlunun yeterli teminat göstererek sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kullanılmasını engellemek adına alacaklının borçluya bildirimde bulunmasını aramamaktadır. Bu durum, borçlunun hayli aleyhine olabilir; ancak CISG md.73/2 ve CISG md.72 hükümleri arasındaki ayrımı hukuk pratiğinde anlamlı kılmaktadır. CISG md.72 hükmünden farklılık arz eden hususlar olarak CISG md.73/2 hükmünün sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanı için açık bir süre sınırı koyması (*"makul bir süre içerisinde"*), ihlâlin öngörülmesine ilişkin daha düşük bir kesinlik düzeyi gerektirmesi ve sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının kapsamının gelecek teslimatlarla sınırlı olması sayılabilir. Sonuç olarak CISG md.73/2 hükmü, art arda teslimli sözleşmelerle ilgili olarak CISG md.72 hükmündeki genel kuraldan farklı biçimde beklenen ihlâle ilişkin özel birtakım kurallar öngörmektedir.[2421] Bu durum kadim bir hukukî ilkesi olan *"lex specialis derogat legi generali"* yani özel hükmün genel hükme nazaran öncelikle uygulanması yönündeki kabule uygun olarak CISG md.73/2

[2420] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Skin Care Products Case",* Helsingin hovioikeus (Court of Appeal Helsinki), 30.06.1998, CISG-online 1304; *"Soinco SACI et al. v. NKAP",* Handelskammer Zürich (Chamber of Commerce Zurich), 31.05.1996, CISG-online 1291. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.32, dn.74.

[2421] **Brunner,** Art.73, N.11; **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.3.3; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.32.

hükmündeki hukukî çözüm yolunun öncelikli olması sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık önemle belirtmek gerekir ki CISG md.73/2 hükmü uyarınca başvurulabilecek hukukî çözüm yolunun ön koşullarının yerine getirilmiş olması, CISG md.71/1 hükmü uyarınca ifayı askıya alma hakkının kullanılmasını engellemez.[2422]

V. SÖZLEŞMENİN ORTADAN KALDIRILMASI HAKKININ BAĞIMLILIK NEDENİYLE GENİŞLETİLMESİ (CISG md.73/3)

A. Hükmün Unsurları

CISG md.73/3 hükmü, yalnızca alıcıya uygulanır ve alıcıya belirli koşullar altında sözleşmenin tamamını veya bir bölümünü ortadan kaldırma imkânı tanır. Bu hüküm, satıcının tek bir münferit teslimatla ilgili olarak esaslı bir sözleşme ihlâli gerçekleştirmiş olmasını (CISG md.73/1 hükmü) ve bu durum ve teslimatlar arasındaki iç bağlantı nedeniyle sözleşmenin bir bütün olarak veya büyük bir kısmının geri dönülemez bir şekilde bozulmuş olmasını gerektirmektedir. Tek bir münferit teslimatla ilgili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanında bulunulduğu an, sözleşmenin diğer kısımlarıyla ilgili olarak da bu beyan geçerli olacaktır.[2423] Dolayısıyla, CISG md.73/3 hükmü bağımsız bir çözüm yolu öngörmemekte, yalnızca alıcının tek bir münferit teslimatın bozulması karşısında gösterdiği tepkinin sözleşmenin tamamını veya bir kısmını kapsayacak şekilde genişletilmesini sağlamaktadır.[2424]

[2422] Bu konudaki dava örnekleri için bkz. *"Shuttle Packaging Systems, L.L.C. v. Jacob Tsonakis, INA S.A. et al.",* Dist. Ct. Western District of Michigan, 17.12.2001, CISG-online 773; *"Roller Bearings Case",* ICC, 9448/1999, CISG-online 707; *"Umbrellas Case",* OGH, 12.02.1998, CISG-online 349. Anılan tüm kararlar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.33, dn.80. Ayrıca bkz. ve karş. **Gabriel,** s.219; **Brunner,** Art.73, N.5.

[2423] **Secretariat Commentary,** Art.64, N.7.

[2424] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.34.

B. CISG md.73/1 Hükmüne Göre Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması

CISG md.73/3 hükmü, münferit bir teslimatla ilgili esaslı bir yükümlülük ihlâli nedeniyle alıcının bir sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı elde etmiş olmasını (CISG md.73/1 hükmü) ve bu hakkı kullanmasını gerektirir.[2425]

C. Bağımlılık

1. Münferit Teslimatlar Arasındaki Bağımlılık

CISG md.73/3 hükmü, ancak alacaklının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını dayandırdığı teslimatların tek ve aynı amaç için yapılmış olması hâlinde uygulanabilir.[2426] CISG md.73/3 hükmü kapsamında münferit teslimatların birbirine bağlı olmasını şart koşmak, CISG md.73 hükmünün genel şartı olan "sözleşmenin bölünebilir olması" şartıyla çelişmez; keza birçok durumda, ortak bir amaca yönelik mallar tek bir sözleşmenin içeriğinde bölünebilir teslimatlar hâlinde tedarik edilir. Bu noktada belirleyici ölçüt, münferit teslimatların birbiri üzerine inşa edilmesi ve yalnızca toplamlarının işlevsel bir bütünlük oluşturmasıdır. Belirli bir bina için kaplama, çatı, pencere ve benzeri tek tip malzeme tedariki, özellikle tekstil veya kimya endüstrisinde önemli olan belirli niteliklerdeki özel bir şey üretimi için gerekli malzeme veya belirli bir müşteri grubu için onların talimatlarına göre bir ürün tedariki örnek olarak verilebilir. Tipik olarak bu hâllerde, satıcı tarafından taahhüt edilen teslimatlar, üçüncü bir kişiden hemen edinilebilecek türden mallardan değildir.[2427]

Hâlihazırda gerçekleştirilmiş olan teslimatlara ya da gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak esaslı bir ihlâl olması gerekmemektedir. Gerekli olan tek şey, sözleşmeye esaslı biçimde aykırılık taşıyan bir teslimat nedeniyle alıcının amacı düşünüldüğünde

[2425] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.35.
[2426] **Secretariat Commentary,** Art.64, N.7 vd.
[2427] **Secretariat Commentary,** Art.64, N.7 vd.; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.36.

artık teslimatların işe yaramaz hâle gelmesidir. Dolayısıyla, tek bir münferit teslimatın gerçekleştirilmemesinin veya bir teslimatın kararlaştırılana uygun olmamasının sözleşmenin amacına ulaşılmasını imkânsız hâle getirdiği gösterilmelidir.[2428]

2. Kriter

Teslimatların birbirine bağlı olması gerekliliğinin bir objektif bir de sübjektif yönü bulunmaktadır. Sözleşmenin amacının belirlenmesi, alıcının malları hangi amaçla satın aldığına dair sübjektif bir unsur içermektedir. Aynı zamanda CISG, her iki tarafın da sözleşmenin akdedilmesi esnasında bu amacı düşünmüş olmasını şart koşarak âdeta öznel unsuru nesnelleştirmeye çalışmaktadır.[2429] Zira CISG'in bu çabası, md.73/3 hükmündeki *"...yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılamayacak olsun."* ifadesinden kolaylıkla anlaşılmaktadır. Yalnızca eğer satıcı, alıcının malları satın alma amacının ne olduğunu yuvarlak ifadelerle anlamışsa veya anlamış olması gerekiyorsa, alıcı CISG md.73/3 hükmüne dayanabilecektir. Benzer bir "nesnelleştirilmiş öznel" yaklaşım, "alacaklının ifayı kabul etmesinin mâkul olarak beklenemeyeceği" gerçeğine atıfta bulunan DCFR[2430] tarafından benimsenmiş ve PECL'de[2431] de îmâ edilmiştir. Satıcının alıcı tarafından güdülen amacı fark etmesinin gerekip gerekmediği, satıcının yerine konabilecek mâkul ve orta zekâlı bir üçüncü kişinin (CISG md.8/2 hükmü) sözleşme ve beraberindeki koşullar temelinde alıcının amacının farkına varması gerekip gerekmediği araştırılarak belirlenir.[2432]

[2428] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.37.
[2429] **Secretariat Commentary,** Art.64, N.7.
[2430] III.-3:506/3 DCFR hükmüne göre: *"The creditor may terminate the contractual relationship as a whole* ***only if the creditor cannot reasonably be expected to accept performance of the other parts*** *or there is a ground for termination in relation to the contractual relationship as a whole."*
[2431] Art.9:302 PECL hükmüne göre: *"If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned.* ***It may terminate the contract as a whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole."***
[2432] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.38.

D. Sadece Gelecek ya da Geçmiş Teslimatlar Sebebiyle Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması

Lafzı itibariyle ele alındığında, CISG md.73/3 hükmü yalnızca hâlihazırda yapılmış olan teslimatlar yahut gelecekteki teslimatlar bakımından sözleşmenin ortadan kaldırılmasını öngörmektedir. Ancak bu şekilde, sözleşmenin tümüne yaygın nihaî amaca ulaşılması çoğu zaman mümkün olmayacaktır. CISG md.73 hükmünün öncülü sayabileceğimiz[2433] Art.75 ULIS hükmü, sözleşmenin tamamının ortadan kaldırılması imkânını açıkça öngörmekteydi.[2434] Bu noktada CISG md.73/3 hükmünün hukukî tarihçesi ve bağlamından, selefi olan Art.75 ULIS hükmüne nispeten içeriğinin kısıtlanmaması gerektiği sonucuna varılmalıdır.[2435] Bu nedenle, sözleşmenin amacına artık ulaşılamaması hâlinde, sözleşmenin bütününe yönelik esaslı bir ihlâl gerçekleşmiş olur ve bu da zaten sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasını gerektirir.[2436] Bu açıdan hemen hemen benzer hükümler içeren PECL ve DCFR, bir bütün olarak feshetme hakkı tanıyarak belirsizliklerden kaçınmaktadır.[2437] Gerçekten de Art.9:302 PECL hükmüne göre alacaklının sözleşmeyi bir bütün olarak feshedebilmesi için ifa etmeme durumunun sözleşmenin bütünü için esaslı olması gerekir. III.-3:506 para.3 DCFR hükmüne göre ise alacaklının sözleşme ilişkisini bir bütün olarak feshedebilmesi için diğer kısımların ifasını kabul etmesinin mâkul olarak beklenememesi veya sözleşme ilişkisinin bütününe ilişkin bir fesih gerekçesinin bulunması gerekir. [2438]

[2433] Bu hususstaki tarihsel açıklamalar için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 14, I. Düzenleme ve Tarihçesi.

[2434] Art.75 para.2 ULIS hükmüne göre: *"The buyer may also, provided that he does so promptly, declare the contract avoided in respect of future deliveries or in respect of deliveries already made* ***or both****, if by reason of their interdependence such deliveries would be worthless to him."* Hükümde öngörüldüğü üzere alıcı, gelecekteki teslimatlar veya hâlihazırda yapılmış olan teslimatlar **ya da her ikisi açısından,** bu teslimatların birbirine bağlı olması nedeniyle kendisi için ifanın artık değersiz olması durumunda, sözleşmeyi ortadan kaldırdığını derhâl beyan edebilir.

[2435] **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.2.8; **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.39.

[2436] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Cotton Gin Motes Case",* China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 07.04.2005, CISG-online 1453. İşbu karar nak.: **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.39, dn.91.

[2437] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.39.

[2438] Art.9:302 PECL hükmüne göre: *"If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance,*

Ayrıca belirtmek gerekir ki CISG md.73/3 hükmü, alıcıya bir "âzamî hak *(maximum right)*" tanımaktadır. Alıcı, teslimatların birbirine bağlı olduğu ölçüde sözleşmeyi ortadan kaldırabilir, ancak âzamî çerçeveyi, yani tüm hakkını tüketmesi gerekmez. Başka bir deyişle, alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını tam olarak mı yoksa daha az mı kullanacağı konusunda seçim yapmak durumunda bırakılır.[2439] Ancak doktrindeki aksi görüşe göre alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanırken, sınırlı sayıdaki teslimatlar bakımından bunu kullandığını beyan etmek gibi bir olanağı bulunmamalıdır.[2440] Geçmişteki teslimatlar bakımından sözleşmenin ortadan kaldırıldığı beyan edildiği sürece, gerçekleştirilen ödemeler ve teslimatlar CISG md.81 ve devamı hükümleri uyarınca iade edilmelidir.[2441]

E. Etkileri

Bir art arda teslimli sözleşmenin kısmen ortadan kaldırılması, ifa tarihlerinin değiştirilmesi veya iş koşullarının ayarlanması gerekliliğine sebebiyet verebilir. Örneğin, böyle bir ihtimalde mevcut teminatlar ve lisanslar uzatılmalı veya yenilenmeli, tedarik sözleşmeleri yeniden değişen şartlara uyarlanmalı, kredi sözleşmeleri devredilmelidir. Bunlara ilâveten sözleşmenin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması, özel iade yükümlülüklerine de yol açabilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki CISG md.81/1 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, alıcı tazminat talep etme hakkını muhafaza eder.[2442]

---

the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned. ***It may terminate the contract as a whole*** *only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole."* Yine benzer şekilde III.-3:506 para.3 DCFR hükmüne göre: ***"The creditor may terminate the contractual relationship as a whole*** *only if the creditor cannot reasonably be expected to accept performance of the other parts or there is a ground for termination in relation to the contractual relationship as a whole."*

[2439] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.40.

[2440] Sözü edilen aksi görüş için bkz. **Bridge,** Issues Arising, s.420.

[2441] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.40.

[2442] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.41.

F. Usûlü, Şekli ve Süre Sınırı

Sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanı, CISG md.26 hükmüne[2443] tâbidir. CISG md.73/3 hükmü kapsamındaki beyan, CISG md.73/1 hükmü kapsamında sözleşmenin ortadan kaldırılmasına sebebiyet veren teslimata dair beyan ile aynı zamanda yapılmalıdır. Alıcı, CISG md.73/3 hükmü kapsamındaki sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanıp kullanmayacağına derhâl karar vermelidir. CISG md.73/3 hükmü kapsamındaki sözleşmeyi ortadan kaldırmanın, CISG md.73/1 hükmü kapsamındaki sözleşmeyi ortadan kaldırmadan ayrı olarak beyan edilmesi gerekmez; her ikisi için de tek bir beyan yeterlidir.[2444]

CISG, alıcının, sebebiyet veren münferit teslimat veya ilgili diğer teslimatlar bakımından sözleşmeyi ortadan kaldırdığını beyan etmesi gereken açık bir zaman dilimi öngörmemektedir. Ancak, CISG md.73/3 hükmü kapsamındaki sözleşmeyi ortadan kaldırma beyanının, CISG md.73/1 hükmü kapsamındaki beyanla eş zamanlı olarak *(simultaneously)* yapılması gerektiğinden, aynı gereklilikler geçerlidir. Buna göre, alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının mevcudiyetini bildikten veya bilebilecek durumda olduktan sonra mâkul bir süre içerisinde ortadan kaldırma beyanında bulunmalıdır.[2445]

VI. CISG md.73 HÜKMÜNÜN CISG md.51 HÜKMÜNDEN AYIRT EDİLMESİ

Hem CISG md.73 hükmü hem de CISG md.51 hükmü borcun bir kısmının esaslı bir şekilde ihlâl edilmesi durumunu ele almaktadır.[2446] Ancak, CISG md.73 hükmü

[2443] CISG md.26 hükmüne göre: *"Sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder."*
[2444] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.42.
[2445] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.43.
[2446] CISG md.51 hükmüne göre: *"(1) Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır.*

teslimatların birbirini takip eden (müteakip) taksitler hâlinde yapılması gereken durumları düzenlerken, CISG md.51 hükmü prensipte aynı ânda ifa edilmesi gereken ancak teknik nedenlerle bölünebilen ve parçalar hâlinde teslim edilen edimlerle ilgilidir. Ayrıca, CISG md.51 hükmü yalnızca alıcıya atıfta bulunurken, CISG md.73 hükmünün birinci ve ikinci fıkraları -maddenin üçüncü fıkrası hâriç- hem alıcı hem de satıcı için uygulanabilir niteliktedir.[2447]

Tek bir münferit teslimata ilişkin esaslı ihlâl söz konusu olduğunda, alacaklının sadece CISG md.51/1 hükmü kapsamında değil, aynı zamanda CISG md.73/1 hükmü kapsamındaki (yani sadece sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı değil, aynı zamanda CISG md.45, md.61, md.71 ve md.72 hükümlerindeki hukuk yolları) tüm hukuk yollarından feragat ettiğinin kabul edilmesi şartıyla, hukukî sonuçlar her iki hüküm bakımından da aynı olacaktır. Birbirlerine bağlı olmaları nedeniyle tek bir teslimata dair sözleşmeyi ortadan kaldırmayı sözleşmenin diğer kısımlarına da yayma (genişletme) hakkına ilişkin olarak, CISG md.73/3 hükmü ve CISG md.51/2 hükmü ifade tarzı bakımından farklılık gösterebilir, ancak iki hüküm de temel amaçları bakımından herhangi farklılık göstermez. Nitekim bu durum, art arda teslimli sözleşmeleri ve bölünebilir sözleşmeleri aynı şekilde ele alan PICC ve DCFR tarafından da vurgulanmaktadır.[2448] Dolayısıyla, taksitler hâlinde (art arda) ifa edilmesi plânlanan sözleşmeler ile bölünebilir tek taraflı sözleşmeler arasındaki ayrım yalnızca CISG md.73/2 hükmüyle ilgilidir. Olumsuz bir öngörü durumunda geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak sözleşmenin ortadan kaldırılmasına izin veren bu hüküm, geleceğe yönelik bir

---

(2) Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir." Ayrıca bkz. ve karş. **Bianca/Bonell,** *Bennet,* Art.73, N.3.2.

[2447] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.44.

[2448] Art.7.3.7 para.1 PICC hükmüne göre: *"Uzun süreli bir sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda iade, sözleşmenin bölünebilir olması kaydıyla, sadece sona erdirmenin hüküm doğurmasından sonraki dönem için talep edilebilir.*

(2) İadenin yapılmış olması halinde, Madde 7.3.6 hükümleri uygulanır."

Ayrıca III.-3:506/3 DCFR hükmüne göre: *"Alacaklının sözleşme ilişkisini bir bütün olarak feshedebilmesi için diğer kısımların ifasını kabul etmesinin makul olarak beklenememesi veya sözleşme ilişkisinin bütününe ilişkin bir fesih gerekçesinin bulunması gerekir."*

yaklaşım benimsemiş ve kavramsal olarak yalnızca art arda teslimli sözleşmelere özel olarak getirilmiştir.[2449]

VII. İSPAT YÜKÜ

CISG md.73 hükmünde öngörülen hukukî çözüm yollarından birine veya birkaçına başvuran alacaklı, ilgili çözüm yolunun kullanılmasına ilişkin koşulların yerine getirildiğini ispatla yükümlüdür.[2450]

[2449] **Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.45.
[2450] Bu konudaki dava örneği için bkz. *"Austrian Summer Malting Barley Case",* Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (Arbitral Tribunal of the Exchange for Agricultural Products in Vienna), 10.12.1997, CISG-online 351. İşbu karar nak.:**Schlechtriem/Schwenzer,** *Fountoulakis,* Art.73, N.46, dn.106.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

§ 15. ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN BAZI HUKUKÎ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Anglo-Sakson hukuk sisteminin tarihsel gelişim süreci içerisinde yargısal bir karar neticesine ortaya çıkmış, yani pozitif bir zemini olmaktan çok, içtihadî bir karakteri hâiz olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin hukukumuza da kazandırılması ve bunun gerekliliği, işbu çalışmanın ana eksenini oluşturur. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, Türk hukukuna yeni ve başlıca bir borca aykırılık hâli olarak getirilmeli, TBK'da buna ilişkin yeni maddeler ihdas edilmeli ve mevcut maddelerden bazıları öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin hukukî niteliğiyle uyumlu olacak şekilde değiştirilmelidir. Esas tavsiyemiz böyle olmakla birlikte, bunun hayata geçirilebilmesi için her şeyden önce, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın, mevcut hukuk düzenimizdeki kavram ve müesseselerle olan ilişkisine, çatışmasına ve uyumuna işaret etmek kaçınılmaz bir zorunluluktur.

II. BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN

A. Genel Hükümlerde

1. Haklı Sebeple Fesih

Haklı sebeple fesih ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık arasında yadsınamaz bir ilişkinin mevcut olduğu doktrinde ifade edilmiştir: Nasıl ki sürekli edim ihtivâ eden sözleşmeler haklı sebeple feshedilebilmektedir; âni edim ihtivâ eden yahut henüz ifasına başlanmamış olmak kaydıyla sürekli veya dönemlik edim ihtivâ eden sözleşmeler de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden âdeta "haklı sebeple" ortadan

kaldırılabilmektedir. Dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, sürekli edim ihtivâ eden borç ilişkilerindeki haklı sebeple feshin, kural olarak âni edim ihtivâ eden sözleşmeler bakımından bir özdeşidir.[2451] Nitekim gerek haklı sebeple fesih gerekse de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın alacaklıya tanıdığı sözleşmeyi sona erdirme olanakları, "sözleşmeyle bağlılık" *(pacta sund servanda)* prensibine birer aykırılık teşkil etmekte olup her iki müessese de ifa güçsüzlüğünde veya art arda teslimli sözleşmelerde son çare *(ultima ratio)* olarak tatbik edilebilmektedir.[2452] Her iki müessese arasındaki benzerliği somutlaştırmak gayesiyle doktrinde *Cumalıoğlu,* haklı sebeple feshin de -tıpkı öncelenmiş (erken) dönme hakkı gibi- sözleşmeyi taraflarca tâyin edilen süreden önce sona erdirebilmesi kabiliyetinden hareketle bunu "öncelenmiş fesih" olarak isimlendirmiştir. Aralarındaki benzerliği vurgulayan yazar, haklı sebeplerin mevcudiyeti durumunda fesih olanağı sunan hükümlerin emredici nitelikte olmasına rağmen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair hükümlerin -kanunlarında bunu düzenlemiş olan hukuk sistemlerinde- birer yedek hukuk kuralı olduğunu da ifade etmektedir.[2453]

Doktrinde "fesih" müessesesi farklı farklı sözleşmelerde gündeme gelebildiği için çok çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir, bunlardan yaygın ve kullanılan tasniflere göre fesih; haklı-haksız, olağan-olağanüstü,[2454] derhâl (hemen),[2455] önemli sebeple,[2456]

[2451] Bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.340-342; **Cumalıoğlu,** s.39.
[2452] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.121.
[2453] **Cumalıoğlu,** s.39.
[2454] Olağan fesih ve sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerin fesih hâricinde kalan birtakım sona erme sebepleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Seliçi,** Sürekli Borç, s.170 vd.; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.84 vd. Ayrıca olağanüstü fesih, doktrinde "süresiz fesih" olarak da adlandırılmaktadır, bkz. **Eren,** Borçlar Genel, N.3955; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.93.
[2455] Kiracının kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcuna dair TBK md.316/2 hükmüne göre: *"Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunur. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir."*
[2456] Önemli sebeple fesih müessesesinin sıkça gündeme geldiği kira sözleşmelerindeki durum hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **İnceoğlu,** Kira Hukuku, s.233 vd.; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.370; **Eren,** Borçlar Özel, s.459; **Zevkliler/Gökyayla,** s.360; **Yavuz/Acar/Özen,** Özel Hükümler, s.315 vd.; **Aral/Ayrancı,** s.399 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.271 vd.; **Öz,** *(Doğan, Murat),* s.260; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.304; **Tandoğan,** C.I/2, s.230; **Yavuz/Acar/Özen,** C.I, s.646.

uygun olmayan zamanda fesih ve benzeri pek çok görünüm arz eder.[2457] Sözleşmeden dönme hakkından farklı olarak birden fazla türe ayrılması dolayısıyla fesih beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurma ânı feshin türüne göre değişmektedir. Örneğin haklı bir sebebe, yani hukukî bir gerekçeye dayanmaksızın yapılan (haksız) fesih, kanunda aksi düzenlenmemişse, hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez ve sözleşme mevcudiyetini korur.[2458] Yine örneğin haklı sebeple fesih,[2459] "uygun olmayan zamanda fesih"ten farklıdır;[2460] kaldı ki haklı bir sebebin mevcudiyeti, sözleşmeyi sona erdirmenin uygun olmayan zamanda yapılıp yapılmadığının araştırılmasını önler.[2461]

[2457] **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.115 vd.; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.90 ve s.93; **Cumalıoğlu,** s.39-40; **Eren,** Borçlar Genel, N.3953 vd.

[2458] **Ertaş,** Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshi, s.393.

[2459] Haklı sebeple fesih hâllerine örnek için bkz. **Gülver, Ender:** "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi", Legal İHSGHD 2011, C.8, S.31, ss.999-1029, s.1005 vd.

[2460] **Gümüş,** Borçlar Özel, s.506; **Zevkliler/Gökyayla,** s.674.

[2461] **Gökyayla, Emre:** Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Soma Ermesi, Ankara 2007, s.71, dn.16. Fesih hakkı, vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğunda, uygun olmayan bir zamanda kullanılsa, yani "zamansız fesih" yapılsa dahi hüküm ve sonuçlarını meydana getirerek sözleşmeyi sona erdirir, bkz. **Zevkliler/Gökyayla,** s.674. Fakat TBK md.512 hükmüne göre *"...uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* buradaki zarar, menfî zarar olarak nitelendirilir, bkz. **Aral/Ayrancı,** s.561; **Eren,** Borçlar Özel, N.2554. Yine vekâlet sözleşmesinin sona ermesi hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. **Akıncı, Şahin:** Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004. Konuya dair bir Yargıtay kararına göre: *"...vekalet sözleşmesi karşılıklı güvene dayalıdır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 396/1. maddesine göre, müvekkilin vekilini azletmesi veya vekilin vekillikten istifa etmesi her zaman caizdir. Bu hükme göre; vekalet sözleşmesi, her iki tarafça da, belirli bir neden gösterilmesine gerek olmaksızın, tek taraflı bir irade beyanıyla her zaman ortadan kaldırılabilir. Söz konusu irade beyanı, karşı tarafa ulaşmakla, geleceğe yönelik olarak hükümlerini hemen doğurur. Hizmet sözleşmesinden farklı olarak, vekalet sözleşmesinde bu hakkın kullanılması, haklı bir nedene dayanmak zorunda olmadığı gibi bir süreyle sınırlı da değildir. Borçlar Kanunu'nun azil veya istifa konusundaki bir irade bildirimine bağladığı tek sonuç, azil veya istifanın münasip olmayan bir zamanda gerçekleşmiş olması halinde, diğer tarafın bundan dolayı uğradığı zararı tazmin yükümlülüğüdür."* **[Yargıtay HGK, E.2010/13-571, K.2010/550, T.03.11.2010,** nak.: **Özkaya, Eraslan:** Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2013, s.870]. Yine bir başka Yargıtay kararı olarak bkz. **[Yargıtay 13.HD, E.3899, K.4280, T.13.05.1993,** nak.: **Özkaya,** s.917]. "Uygun olmayan zamanda" fesih ile kastedilen, fesih hakkının kullanıldığı anın sözleşmenin karşı tarafı bakımından "özel bir olumsuz neticeye sebebiyet verebilecek" olmasıdır, bkz **Gümüş,** Borçlar Özel, s.506. Yine ifade etmek gerekir ki *"Burada önem taşıyan nokta şudur: Fesih hakkının kullanılması bir haklı sebebe dayanıyorsa (örn. vekilin sır saklama yükümünü ihlali, en yüksek derecede özenden çok açık bir sapma oluşturacak şekilde özensiz iş görmesi; vekâlet verenin vekili, vekilin vekâlet vereni kusurlu olarak yaralaması, dövmesi; vekâlet verenin ahlaka ve hukuka aykırı talimatları vs.), yani sözleşmenin devamı dürüstlük kuralı gereğince artık beklenemiyorsa bu hak, zamansız olarak dahi kullanılabilir ve fesih hakkını zamansız olarak kullanan sözleşme tarafı, zamansız sona erme sebebiyle TBK m.512, c.2'ye göre karşı tarafa tazminat ödemekle dahi yükümlü olmaksızın vekâlet sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdirebilir ve hatta haklı sebebin oluşmasında kusurlu olan diğer taraftan uğramış olduğu zararının tazminini de talep edebilir.",* nak.: **Gümüş,** Borçlar Özel, s.506. Vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda feshedilmesi hâlinde tazminat ödenmesinin nedeni, sözleşmenin ihlâl edilmiş olması değildir; burada her daim sözleşmeyi sona erdirme (fesih) hakkının olumsuz birtakım neticelerini ortadan kaldırmaya yönelik, "hakkaniyete" dayanan bir tazminat söz konusudur, bkz. **Aral/Ayrancı,** s.561. Hatta bir Yargıtay kararına göre: *"Vekil haksız azil halinde güvendiği vekalet ilişkisinin uygun olmayan zamanda ortadan kalkmasından dolayı uğradığı menfi zararı isteyebilecektir. Bu tazminatın dayanağı*

Kanunda açıkça bir hükümle öngörülmüş olmasa dahi gerek doktrindeki gerekse hukuk pratiğindeki yaklaşım, sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde haklı sebeple feshin mümkün olduğu yönündedir. Doktrindeki görüşlerden bir kısmı[2462] anılan yaklaşıma hukukî bir temel olarak TMK md.2 hükmündeki dürüstlük kuralına; bir kısmı[2463] ise TMK md.23/1 (Art.27 Abs.1 ZGB) hükmündeki *"kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez."* kuralına işaret etmektedir. § 314 Abs.1 BGB hükmünden[2464] hareketle haklı sebeple fesih, tıpkı bir görüş[2465] tarafından akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* olarak tavsif edilen öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi, dürüstlük kuralına göre sözleşmeyle bağlı kalması kendisinden artık beklenemeyecek tarafın sözleşmeyi sona erdirmesinden ibarettir.[2466]

---

sözleşmenin ihlal edilmiş olması değildir. Her zaman sözleşmeyi sona erdirme hakkının olumsuz sonuçlarını gidermeye yöneliktir. Vekil, vekaletin devam edeceğine güvenerek fiilen yaptığı masraflar için belirtilen madde hükmüne dayalı olarak tazminat isteminde bulunabilir. Bu çeşit masrafın varlığını ve tutarını vekilin kanıtlaması gerekir. Zarar hesaplanırken vekilin bu masraflar dolayısıyla sağladığı yarar da mahsup edilmelidir." **[Yargıtay 23.HD, E.2013/1342, K.2013/3623, T.30.05.2013,** nak.: **Aral/Ayrancı,** s.561, dn.9]. Zira sözleşmenin uygun olmayan zamanda feshi durumunda karşı tarafın "ifaya olan menfaati" değil, menfî zararının karşılanması gerekmektedir, bkz. **Seçer, Öz:** "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İNÜHFD 2015, C.6, S.4, ss.877-944, s.899. **Yalçınduran, Türker:** Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2004, s.237; **Akipek, Şebnem:** Alt Vekâlet, Ankara 2003, s.76; **Zevkliler/Gökyayla,** s.675. Başka bir deyişle sözleşmenin uygun olmayan zamanda feshi dolayısıyla, sözleşmenin ifa edileceğine dair güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan zararlar giderilmelidir, bkz. **Sarı, Suat:** Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s.139; **Tandoğan,** C.II, s.638 vd. İşte bu noktada sözleşmenin devam etmesi olasılığından kaynaklanan menfaatler ise himâye görmez. Giderimi istenecek zararın kapsamına bilhassa, sözleşmenin akdedilmesi nedeniyle yapılan harcamalar, vekâlet görevinin yerine getirilmesi için alınan önlemler ve yapılan masraflar, vekâlet verenin yeni bir vekil bulmak üzere girişeceği yeni yeni masraflar girmektedir, bkz. **Akipek,** Alt Vekâlet, s.76 ve s.246; **Seçer,** Vekâlet, s.900-901; **Sarı,** s.141 vd.; **Zevkliler/Gökyayla,** s.675; **Aral/Ayrancı,** s.561. Oysa doktrinde Gümüş, hâkim görüşe işaret ederek TBK md.512 hükmünde sözü edilen zararın bir güven zararı olduğunu, dolayısıyla sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklı olan müspet zararın tazmininin de mümkün olduğunu ifade etmekte; yine buna dayanak olarak İsviçre Federal Mahkemesi kararı göstermektedir, BGE 109 II 469, nak.: **Gümüş,** Borçlar Özel, s.507 ve s.507, dn.2040.

[2462] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.203.

[2463] **Altınok Ormancı,** Fesih, s.116.

[2464] § 314 Abs.1 BGB hükmüne göre: *"Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann."* Anılan hükme göre sözleşmenin her bir tarafı, önemli bir sebebin varlığı hâlinde sürekli bir borç ilişkisini ihbar süresine uymaksızın feshedebilir. Önemli sebep, fesheden tarafın, tek tek durumun tüm koşullarını dikkate alarak ve tarafların çıkarlarını değerlendirerek, sözleşme ilişkisinin kararlaştırılan sona erme tarihine kadar veya ihbar süresinin bitimine kadar devam etmesinin mâkul olmadığı durumlarda söz konusu olur.

[2465] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini "akdin müspet ihlâli" olarak değerlendiren görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, IV. Akdin Müspet İhlâli Görüşü.

[2466] **Seçer, Öz:** Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 1.B, Ankara 2016; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.133.

Haklı fesih sebepleri; olağan kira sözleşmesine dair bir olağanüstü fesih gerekçesi olarak "Önemli Sebepler" madde başlıklı TBK md.331 (Art.266g OR) hükmünde; ürün kirasına dair olarak yine "Önemli Sebepler" madde başlıklı TBK md.369 (Art.297 OR) hükmünde;[2467] genel hizmet sözleşmesinde derhâl feshin koşullarından olarak "Haklı Sebepler" madde başlıklı TBK md.435 (Art.337 OR) hükmünde;[2468] pazarlamacılık sözleşmesine dair TBK md.453 (Art.349 OR) hükmünde; ölünceye kadar bakma sözleşmesine dair olarak "Önel Verilmeksizin Fesih" madde başlıklı TBK md.617 (Art.527 OR) hükmünde ve adi ortaklık sözleşmesinin sona erme sebeplerine dair TBK md.639/1 7. bendinde (Art.545 Abs.1 Ziff.7 OR) düzenlenmiştir. Ayrıca FKFFK md.31/2 hükmünde[2469] de haklı sebeple fesih müessesesine rastlamak mümkündür. Önemle belirtmek gerekir ki açıkça saymayı tercih ettiğimiz işbu düzenlemelerin hiçbiri öncelenmiş sözleşmeye aykırılık dâhilinde sayılmaz.[2470]

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki yalnızca özel bir sözleşme klozuna dayanılarak hareket edilmesi, yapılan feshin kendiliğinden haklı olarak nitelendirilmesini sağlamaz. Haklı sebep, bizzat bu sebebe dayananın veya muhatabının

---

[2467] Gerçekten de "Önemli Sebepler" madde başlıklı TBK md.331 ve md.369 hükümlerinde kira sözleşmeleri bakımından olağanüstü sebeplerin mevcudiyeti durumunda fesih hakkının kullanılabileceği öngörülmüştür. Konuya dair bir Yargıtay kararına göre: *"Önemli nedenlerden dolayı kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için; belli bir süre için kurulmuş bir adi kira veya birden çok yıl için yapılmış bir hasılat kirası olmalı, adi kira sözleşmesinin ise taşınmaz kirasına ilişkin bulunmalı ve de kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli nedenler ortaya çıkmalıdır. Önemli nedenler, sözleşmenin kurulması anında tarafların sözleşmeye temel olarak kabul ettikleri kişisel veya maddi şartlarla ilgili nedenlerdir. Bunlar, sözleşmenin devamı esnasında ortaya çıkabileceği gibi daha başlangıcında da kendisini gösterebilir. Öte yandan önemli nedenler, bunları ileri süren bakımından, sözleşmeye devamın çekilmez hale geldiği iyiniyet kurallarına göre kabul edilebilecek nedenler olmalıdır. Hakim, önemli nedeni kendiliğinden gözönüne alamaz; o halde önemli nedenin varlığı ve ne olduğu sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafça belirtilmelidir."* **[Yargıtay 3.HD, E.2001/1467, K.2001/2257, T.22.01.2001,** nak.: **Uygur, Turgut:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.II (Madde 237-649), 3.B, Ankara 2013, s.1783]. Konuya dair detaylı açıklamalar için bkz. **İnceoğlu,** Kira Hukuku, s.233 vd.

[2468] Hizmet sözleşmesinin işverence haklı sebeple feshedilmesinde işçinin fesih anına dek almaya hak ettiği ücret ödenir. Oysa hizmet sözleşmesinin işverence haklı bir sebep olmaksızın feshedilmesinde sözleşmenin belirli süreli olup olmamasına göre işçi tazminat istemeye hak kazanır, bkz. TBK md.437-438. İlâveten fesih bildirim süresine uyulmuş olsa idi işçi, TBK md.432/2 hükmüne istinaden isteyeceği tazminatı, kişilik hakkının ihlâl edilmesinden kaynaklanan zararını, şartları gerçekleşmişse ek zararlarını ve işverenin kötüniyeti sebebiyle tazminat isteyebilir. Detaylı açıklamalar için bkz. **Yürekli, Sabahattin:** Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3.B, Ankara 2016, s.299 ve s.309-314.

[2469] FKFFK md.31/2 hükmüne göre: *"Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı harekette bulunduğu hâllerde, bu aykırılık nedeniyle diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda sözleşme feshedilebilir."*

[2470] **Cumalıoğlu,** s.42.

kusurundan yahut hâricî bir etkiyle meydana gelebilir.[2471] Sebebin haklı olup olmadığının tespitinde fesih beyanının yöneltildiği kimsenin herhangi bir ihmal yahut kusurunun bulunup bulunmadığı hususunda bilirkişi raporu alınmalıdır.[2472] Ayrıca zaten hâkim, haklı nitelikte olduğu iddia edilen ve dayanılan fesih sebebini TMK md.4 (Art.4 ZGB) hükmüne istinaden takdir yetkisiyle değerlendirir. Hâkim ileri sürülen sebebi haklı olarak nitelendirirse fesih dışında bir hüküm kuramaz.[2473]

"Haklı sebebin" tam olarak tanımlanması hususunda gerek pozitif hukukta gerekse de doktrinde yeterli bir tespitten söz edilemez.[2474] Pozitif normlarda ve elbette doktrinde ifade edilen "dürüstlük kuralına göre…", "çekilmez hâle geldiyse…" gibi kıstaslar haklı sebep kavramının içini doldurmakta yeterli sayılamaz. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki sözleşme ilişkisini taraflardan biri yahut ikisi bakımından da "çekilmez hâle getiren" örneğin; temerrüt, kusurlu ifa imkânsızlığı, kötü veya ayıplı ifa, işlem temelinin çökmesi, esaslı biçimde değişen şartlar ve benzeri tüm diğer hâller, çoğu kere fesih için bir haklı sebep dayanağı teşkil edebilir.[2475] Böylesine muğlak bir kavram olması dolayısıyla somut olayda feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığını hâkim takdir eder. Keza öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta da borçlunun sözleşmeye aykırı davranacağının henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte öngörülebilir olup olmadığını ve yine bunun esaslı olup olmadığını hâkim takdir eder.[2476]

Hukukumuzdaki durum yukarıda değinildiği gibi olmakla birlikte Anglo-Sakson hukuk sisteminde kiracının, sözleşmede kararlaştırılan sona erme ânından evvel kiralananı terk etmesinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verip

[2471] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.197-199.
[2472] **Yargıtay 13.HD, E.2005/16998, K.2006/6398, T.24.04.2006,** nak.: **Özkaya,** s.886-888; yine benzer olarak **Yargıtay 13.HD, E.9846, K.530, T.28.01.1993,** nak.: **Özkaya,** s.922.
[2473] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.187.
[2474] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.186 vd.
[2475] **Seliçi,** Sürekli Borç, s.194-195.
[2476] **Cumalıoğlu,** s.43.

veremeyeceği doktrinde ihtilâflıdır.[2477] *Cumalıoğlu*'na göre hukukumuzda böyle bir durum, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermez. Çünkü ifasına başlanmış sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerin; öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sebebiyle değil, bir kanun hükmüne istinaden yahut doğrudan haklı sebeple fesih marifetiyle ortadan kaldırılması mümkün olabilir. Çünkü çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere,[2478] sürekli edim ihtivâ eden bir sözleşmede (örnekte kira sözleşmesi) edimin ifasına bir kez başlanmışsa artık ihlâlin öncelenmesinden söz etmek mümkün değildir. Ayrıca hukukumuzda kiracı kiralananı sözleşmenin sona ereceği tarihten evvel terk etse, yani hiç kullanmasa dahi kira bedelini ifa etmek mecburiyetinde olup bilakis kira bedelini ödememesi, kiraya veren açısından kiracı temerrüdüne istinaden bir haklı fesih sebebi teşkil edecektir. Sadece ayrıksı bir durum olarak "hâsılat kiraları" yahut "çatılı işyeri kiraları" söz konusu olduğunda kiralananın kullanımı kiracı bakımından bir hak olmasının yanı sıra ayrıca bir borç olarak nitelendirilebilir ve kira bedelini ödemesine karşın kiracının kiralananın kullanmaması fesih için haklı sebep teşkil edebilir.[2479]

Anglo-Sakson hukuk sistemindeki bir başka ihtilâfta, yine kira sözleşmesi gibi sürekli edim ihtivâ eden bir sözleşme olan çarter sözleşmesinde, gemi kullanan, kararlaştırılan bedeli düşürmek istemiş ve mevcut bedeli de vâdesi gelmesine rağmen ödememiştir. Gemiyi kullandıran ise kaptana, konişmentolar üzerine "navlun ödenmiştir" yazmaması emrini vermiştir. Kaptan işbu talimata uygun bir konişmentoyu henüz düzenlememişken gemiyi kullanan bir dava açmış ve mahkeme öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olduğu yönünde hüküm kurmuştur.[2480]

[2477] **Orth, Jonh V.:** "Leases: Like Any Other Contract?", The Green Bag An Entertaining Journal of Law Autumn 2008, vol.12, iss.1 (https://greenbag.org/v12n1/v12n1_orth.pdf, E.T.12.10.2025).
[2478] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, C, 3. Sözleşmenin Âni, Sürekli yahut Dönemlik Edim İhtivâ Etmesi Açısından Değerlendirme.
[2479] **Cumalıoğlu,** s.43.
[2480] İhtilâf için bkz. *"Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena,* 1979 A.C. 757, nak.: **Liu,** Inferring, s.575 vd.

İşte CISG'de üç bağımsız maddeye konu edilmiş öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tarihsel köklerinin uzandığı Anglo-Sakson hukuk sisteminde sürekli edim ihtivâ eden sözleşmeler de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden ortadan kaldırılabilmektedir. *Cumalıoğlu*'na göre ise hukukumuz açısından en azından sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde haklı sebeple fesih müessesesi yeterli sayılabilir. Yine yazar, sözleşmeden dönme ve feshin hüküm ve sonuçları arasındaki farkların da, Anglo-Sakson hukuk sistemindeki kabullerin hukukumuza uygun düşmeyeceğini gösterdiğini ifade eder.[2481]

2. Nama İfa (TBK md.113, Art.98 OR)

Daha önce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini açıklamaya çalışan görüşlerde etraflıca değinildiği üzere[2482] ifası borçlunun şahsına tâbi olmayan bir "yapma" ediminin borçlusu taahhüdünü yerine getirmediğinde alacaklı, TBK md.113/1 hükmüne istinaden nama ifa müessesesini işletebilir.[2483] Nama ifa istemi için "ifanın hâlen istenebilir olması" zorunludur; ancak borçlunun mütemerrit olması gerekmez.[2484] Nama ifa istemi esasen sözleşmeye yönelik bir müdâhale sayılsa bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair bir durum olarak nitelendirilemez. Çünkü nama ifa, muaccel bir edim için istenir ve amacı sözleşmenin ifasına yöneliktir.[2485] Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta henüz edim muacceliyet kazanmamıştır, yani muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte hareket edilmektedir ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın alacaklıya sağlayacağı hukukî enstrümanlar; sözleşmenin ifasına değil, hemen çoğu durumda ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Örneğin öncelenmiş

[2481] **Cumalıoğlu,** s.43-44.
[2482] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, III. İfa İmkânsızlığı Görüşü.
[2483] Detaylı açıklamalar için bkz. **Aydıncık**. Ayrıca bir karara göre: *"Nama ifa, TBK nın 125/1. Fıkrası kapsamında aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bir başka değişle nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu nedenle arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir."* **[Yargıtay 23.HD, E.2016/6308, K.2017/967, T.28.03.2017,** www.legalbank.net]
[2484] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.178.
[2485] **Cumalıoğlu,** s.44.

sözleşmeye aykırılığın ağır sonuçlarından olan öncelenmiş (erken) dönme hakkı, nama ifanın tam tersine olarak, ifa istemine son verir. Ayrıca öncelenmiş (erken) dönme neticesinde alacaklının isteyebileceği tazminatın dâhiline, nama ifa için yapılan masraflar da girmektedir.[2486]

3. İfa Güçsüzlüğü (Teminat veya Aciz) Def'i (TBK md.98, Art.83 OR)

TBK md.98 hükmünde "İfa Güçsüzlüğü" madde başlığı altında öngörülmüş olan "ifa güçsüzlüğü",[2487] "teminat" veya "aciz" def'i olarak farklı kavramlarla tabir edilen bu müessese, karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde taraflardan birinin edimini yerine getirmekte güçsüzlüğe düşmesi sebebiyle önce ifa yükümlüsü olan tarafın alacağını elde etmesinin tehlikeye girdiği hâllerde, tehlikeye mâruz kalan tarafa birtakım koşulların gerçekleşmesi durumunda edimin muacceliyet kazanmasını beklemeksizin sözleşmeden dönebilme olanağı sunmaktadır. İşte ifa güçsüzlüğü def'i ve bunun etkili sonucu olan henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden öncelenmiş (erken) dönme hakkı TBK md.98 hükmünde *"karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir."* cümleleriyle düzenlenmiştir. Kısacası TBK md.98 hükmünde, edimini henüz yerine getirmemiş olan borçlunun bir şekilde ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, alacaklının kendi edimi yerine getirmekten kaçınmasına (ilk fıkra) ve devamında borçlu tarafından yeterli bir

[2486] **Cumalıoğlu,** s.44. Örneğin bir eser sözleşmesinde TBK md.473/1 hükmüne istinaden başvurulan öncelenmiş (erken) dönme hakkı sonucunda istenebilecek menfî zarar tazminatı kalemlerinden biri de nama ifa istemine dair masraflardır. Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"Dosya kapsamından davalının sözleşmedeki edimlerini yerine getirmediği, bu nedenle sözleşmenin davacı tarafından davacı nam ve hesabına üçüncü şahsa yaptırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda iş sahibi 6098 sayılı TBK'nın genel hükümlerinden olan 125. maddesi gereğince olumsuz (menfi) zararını talep edebilir."* **[Yargıtay 15.HD, E.2017/1000, K.2018/3552, T.03.10.2018,** www.legalbank.net]

[2487] "İfa Güçsüzlüğü"ne dair detaylı açıklamalar için bkz. **Şahbaz, Ali:** İfa Güçsüzlüğü, Ankara 2025.

teminat gösterilmemesi şartıyla sözleşmeden dönebilmesine (ikinci fıkra) olanak verilmiştir.[2488] TBK md.98 hükmüne madde başlığını veren "İfa Güçsüzlüğü" müessesesi; temerrüt, ifa imkânsızlığı, kötü ifa ve benzeri herhangi bir borca aykırılık hâline işaret etmez; fakat daha da önemlisi gelecekteki sözleşmeye aykırılığı henüz muacceliyet gerçekleşmemişken bile "öngörülebilir" kılar. Zaten bu sebepledir ki alacaklıya öncelenmiş (erken) dönme hakkı veren anılan düzenleme, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir türüdür.[2489]

Dikkat edilirse TBK md.98 hükmüyle taraflardan birinin edimini yerine getirmekte güçsüzlüğe düştüğü hâllerde, karşı tarafa doğrudan doğruya bir sözleşmeden dönme olanağı verilmemiştir. Çünkü TBK md.98 hükmünde ifa güçsüzlüğü hâlinde karşı tarafın faydalanabileceği imkânlar arasında âdeta tedricî bir sistem getirilmiştir. Alacağını elde etmesi tehlikeye giren taraf, uygun bir süre dâhilinde alacağının teminat altına alınmasını talep edecek ve bu süre zarfında kendi edimini yerine getirmekten imtinâ edebilecek, şayet ifa güçsüzlüğü içerisindeki taraf teminat göstermezse ancak o takdirde "son çare *(ultima ratio)"* sözleşmeden dönebilecektir.[2490]

[2488] Daha önce de öncelenmiş (erken) dönme hakkının çeşitli vesilelerle zararın artmasını engelleyici bir fonksiyona sahip olduğu vurgulanmıştı, bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, G, 2, d. Genel Bir Değerlendirme. Ayrıca doktrinde, yine öncelenmiş (erken) dönme hakkıyla kolaylıkla ilişkilendirilebilecek ve TBK'nın genel hükümler kısımında yer alan TBK md.98 hükmünün zararı azaltıcı fonksiyonuna dair şu değerlendirmelerde bulunulmuştur: *"Federal Mahkemeye göre (BGE 105 II 28 = JdT 1979 I 314) BK. m. 82 gereğince alacaklı, diğer sözleşenin malvarlığı durumunun kötüleşmesi nedeniyle kendi alacak hakkı tehlikeye düşmüş görününce teminat isteme hakkına sahip olur. Bu alacak hakkı, borçlunun sözleşmeye uygun bir ifada bulunmaması halinde meydana gelebilecek zararların tazminine de ilişkin olabilir. Bu bakımdan BK. md. 81 alacaklıya bir koruma sağlamamaktadır: Borçlu kararlaştırılan zamanda ifada bulunmazsa, gerçi alacaklı bu hükme dayanarak edimini ifayı reddedebilir ve BK. m. 106 gereğince tazminat isteyebilir; ancak bu yol, borçlunun ödemedeki aczi nedeniyle artık ona yardımcı olmayacaktır. Buna karşılık BK. m. 82 alacaklıya, sözleşmenin yerine getirilirliği hakkında erkenden açıklık sağlamaya izin vermektedir. Eğer borçlu teminat göstermezse alacaklı sözleşmeden dönebilir ve bir zarara uğramaktan kurtulabilir veya üçüncü bir kişi ile benzer bir sözleşme kurarak veya artık çözülmüş bulunan sözleşmenin ifası için giriştiği hazırlık faaliyetlerinden vazgeçerek zararın büyümesini önleyebilir…",* nak.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835, dn.26a.

[2489] **Cumalıoğlu,** s.124.

[2490] **Çukadar, Neslihan:** Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014, s.67-68; **Uygur, Turgut:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.I (Madde 1-236), 2.B, Ankara 2012, s.630; **von Tuhr,** s.529 vd.; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.598-599; **Oğuzman/Öz,** C.I, s.372 vd.; **Feyzioğlu,** s.131 vd.; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.754; **Nomer,** s.376-377; **Reisoğlu,** s.332-333; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.768 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, s.1128 vd.

Doktrinde "ifa güçsüzlüğü", esasen ve çoğu durumda ödeme kabiliyetindeki güçsüzlük olarak ele alınır;[2491] bu hâl, genel olarak TBK md.98 hükmünde ve bunun hâricinde birtakım özel hükümlerde öngörülmüştür.[2492] Ödeme kabiliyetindeki güçsüzlükten kasıt ise bilhassa *"borçlunun iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması"* durumlarını da ihtivâ edecek biçimde, borçlunun ekonomik ve şahsî kredibilitesinde ortaya çıkan olumsuz her tür değişikliktir.[2493] Zaten bu nedenle TBK md.98 hükmünün tatbiki için doktrinde, borcun konusunun "para" yahut "maddî edim" olması gerektiği ve dolayısıyla şahsî edimler bakımından hükmün tatbik imkânı bulamayacağı ileri sürülür.[2494] Roma hukukundan gelen *"genus non perit* (cins mal telef olmaz)" prensibi gereğince "para" borcunda ifa imkânsızlığı meydana gelemeyeceğinden, borçlu ifa güçsüzlüğü içerisindeyse alacaklıya hemen aşağıda değinilecek birtakım şartlar dâhilinde öncelenmiş (erken) dönme hakkı sunulur. Şartlar incelenmeden önce vurgulamak gerekir ki ifa güçsüzlüğü (TBK md.98), bir uyarlama hükmü değildir,[2495] çünkü uyarlamaya sebebiyet verecek vâkıa olan aşırı ifa güçlüğü (TBK md.138, § 313 BGB), sözleşmenin temelinde ve koşullarında ortaya çıkması beklenmeyen bir değişikliğe işaret eder.[2496]

[2491] **Cumalıoğlu,** s.124.

[2492] "Birtakım özel hükümler"den kastımız yalnızca TBK'nın "Özel Borç İlişkileri" kısımında yer alan düzenlemeler değildir. Örneğin ifa güçsüzlüğüne dair TMK'da da bir madde mevcuttur. Borç ödemeden acze düşmüş bir mirasçının altsoyunu korumak maksadıyla getirilen TMK md.513/1 hükmüne göre *"mirasbırakan, hakkında borç ödemeden aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak, bu yarıyı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesi şarttır."* Düzenlemeye dair detaylı açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, 14.B, Ankara 2025, s.179 vd.; **İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan:** İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 12.B, Ankara 2024, s.277 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, 1987 Yılı 3.B'den 4.Tıpkı B., İstanbul 2024, s.319 vd.; **Çabri, Sezer:** Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) C.I, 2.B, İstanbul 2022, s.305 vd.; **İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman:** Miras Hukuku, 1.B, Ankara 2019, s.99 vd.; **Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek:** Türk Miras Hukuku, 5.B, Ankara 2023, s.213 vd.; **İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, 16.B, İstanbul 2022, s.255 vd.; **Dural, Mustafa/Öz, Turgut:** Türk Özel Hukuku C.IV Miras Hukuku, 18.B, İstanbul 2022, s.218 vd.; **Öztan,** s.241 vd.; **Çabri, Sezer:** Miras Hukuku, 1.B, İstanbul 2025, s.274 vd.

[2493] **Eren,** Borçlar Genel, N.3120.

[2494] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.72.

[2495] **Baysal,** Uyarlama, s.330.

[2496] **Eren,** Borçlar Genel, N.3114; **Cumalıoğlu,** s.124-125.

Alacağını elde etmesi tehlikeye giren tarafın ifa güçsüzlüğü def'ine başvurabilmesi bakımından karşı tarafın borç ödemeden acze düşmüş olması[2497] ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünün alacaklının edimine kavuşmasını tehlikeye atmış olması zorunludur. Bu hâlde alacağını elde etmesi tehlikeye giren tarafın, karşı tarafın borç ödemeden aciz içerisinde bulunduğunu ispatlaması da gerekmektedir. İspat hususuyla ilgili olarak ilk göze çarpan TBK md.98 hükmündeki *"…taraflardan birinin…özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle…"* ibareleridir. Anlaşılan odur ki borçlunun iflâsı, borç ödemeden acze düştüğünü zaten bâriz biçimde ortaya koyduğundan dolayı iflâsın gerçekleştiğini göstermek, TBK md.98 hükmü anlamında ispat için yeterli olacaktır. Yine benzer şekilde, borçlunun hakkındaki haciz işlemi sonuçsuz kalmışsa da borç ödemeden aciz hâli ortadadır. Başka bir deyişle borçlu hakkında yürütülen bir cebrî icra takibi neticesinde "aciz vesikası" elde edilmişse ifa güçsüzlüğü ispatlanmış olur.[2498] Ancak elde edilen vesika, geçici aciz vesikası ise TBK md.98 hükmünün uygulanmayacağı doktrinde ileri sürülmektedir.[2499]

Karşı tarafın ifa güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle edimi tehlikeye giren tarafın sözleşmeden öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanması durumunda sözleşmenin sona ermesinin hüküm ve sonuçlarına dair olarak doktrinde farklı farklı kuramlar öne sürülmektedir.[2500] İlâveten ifa güçsüzlüğünün gündeme geldiği sözleşme ilişkisinin

---

[2497] Önemle ifade etmek gerekir ki TBK md.98 hükmünün tatbiki için borçlunun herhangi bir zamanda değil, sözleşmenin kurulmasından sonra borç ödemeden acze düşmüş olması gerekmektedir. Borçlu, sözleşmenin kurulması öncesinde veya esnasında zaten aciz içerisindeyse ve karşı taraf bunu bilmiyorsa doktrindeki bir görüşe göre olsa olsa irade bozukluğu hâllerinden yanılma (TBK md.30 vd.) veya aldatma (TBK md.36) hükümlerine istinaden sözleşmenin iptali talep edilebilir, bkz. **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.654; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.752; **Eren,** Borçlar Genel, N.3121; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1123. Ancak aksi yöndeki görüşe göre ise önce ifa yükümlüsü olan taraf, karşı tarafın borç ödemeden aciz içerisinde olduğunu bilmediği müddetçe, "aciz" hâli, sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olsa dahi TBK md.98 hükmü tatbik edilebilir, bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835.

[2498] Borçlunun İİK md.285 ve devamı hükümlerine istinaden konkordato isteminde bulunmuş olması da kendisinin ifa güçsüzlüğüne yani borç ödemeden acze düştüğüne dair bir ikrarı olarak değerlendirilebilir, bkz. **Nomer,** N.174.1.

[2499] Bu hususta bkz. JdT 1942 I 568, nak.: **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1125, dn.1217; ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.835.

[2500] İşbu kuramlara dair detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F, 3, c. Öncelenmiş

sürekli edim ihtivâ etmesi hâlinde TBK md.98 hükmünün lafzında ifade edilmemiş olsa dahi dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin ileriye etkili *(ex nunc)* olarak ortadan kaldırılabileceği yani öncelenmiş şekilde feshedilebileceği fikri[2501] benimsenmektedir. Buna göre fesih beyanına kadar yerine getirilmiş edimler geri istenemez ve o âna kadar verilmesi gerekip de verilmeyen şeylerin fesihten sonra dahi ifası talep edilebilir, fakat fesih beyanından sonraki döneme dair tüm yükümlülükler son bulur.[2502] Kaldı ki böyle bir akıl yürütme, TBK md.126 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbikiyle de gayet mümkündür.[2503]

Nihayetinde ek bir bilgi olarak paylaşmak gerekir ki sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde TBK md.98 hükmünün kıyasen *(analogia)* fesih hakkı verecek şekilde tatbik edilebileceği yönündeki doktrinel görüş benimsenirse "özel hüküm-genel hüküm" çatışması sorunu ortaya çıkabilir. TBK'nın sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelere özgü olarak öngördüğü bazı hükümlerde de -daha dar perspektifle- ifa güçsüzlüğü hâli ele alınmıştır. *"Lex specialis derogat legi generali"* prensibi gereğince elbette bu hükümler, genel nitelikli olan TBK md.98 hükmüne nazaran öncelikle tatbik edilir. TBK'nın özel bir hüküm öngörmediği sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde ise TBK md.98 hükmü anlamındaki bir ifa güçsüzlüğü, olsa olsa haklı fesih sebebi olarak ele alınabilir. İşaret edilen "özel hüküm-genel hüküm" çatışmasına belki de bir ayrıksı hâl olarak değinmek gerekir ki ifa güçsüzlüğü def'ine dair TBK md.98 hükmü, genel nitelikli bir kural olmasına rağmen özel bir sözleşme türü olan eser sözleşmelerinde de tatbik imkânı bulur. Daha açık bir deyişle TBK md.98 hükmü, işsahibinin öncelenmiş

(Erken) Dönmenin Hüküm ve Sonuçları.

[2501] Doktrinde sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde TBK md.98 hükmünün "fesih" hakkı şeklinde yorumlanarak tatbike müsait olduğu yolundaki görüşler için bkz. **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.433; **Eren,** Borçlar Genel, N.3133. Ancak doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde TBK md.98 hükmünün tatbiki, yani fesih hakkının gündeme gelmesi mümkün değildir, bkz. ve karş. **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.71.

[2502] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1125.

[2503] Yalnız, bu uygulamanın ayrıksı olduğu göz ardı edilmemelidir. Zira borçlunun ifa güçsüzlüğüne, başka bir deyişle borç ödemeden acze düşmüş olmasına ilişkin TBK'da bazı sözleşme türlerine dair pek çok özel hüküm mevcuttur. Böyle durumlarda özel hükümler, genel nitelikli olan TBK md.98 hükmüne nazaran öncelikle uygulanacaktır, bkz. *lex specialis derogat legi generali* prensibi.

(erken) dönme hakkını düzenleyen TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) hükmünün tatbikine engel teşkil etmediği gibi TBK md.473/1 hükmü de TBK md.98 hükmünün tatbikine engel teşkil etmez. Çünkü anılan iki hükmün de uygulama sahası birbirinden farklılık arz eder. Şöyle ki TBK md.98 hükmü sadece genel kapsamlı bir borç ödemeden aciz durumuna ilişkin getirilmişse de ileride detaylıca değineceğimiz üzere[2504] TBK md.473/1 hükmü çok daha spesifik olarak *"yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme…"* durumlarına mahsus olarak getirilmiştir.[2505]

Konunun başında, işbu altbaşlıkta her şeyden önce belirttiğimiz gibi TBK md.98 hükmünün karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde tatbik imkânı bulduğuna kuşku yoktur. Doktrinde bu özellikte olmayan dikkat çekici bir örnek olarak "çok taraflı sözleşme (karar)" tavsif edilen "adi şirket"e ifa güçsüzlüğü hükmünün uygulanmayacağı ileri sürülür.[2506] Yine genel olarak *synallagma* ilişkisinin mevcut olmadığı diğer sözleşmelere de hükmün tatbiki olanaklı değildir.[2507] Benzer gerekçelerle tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa ile yükümlü tarafın, karşı tarafın ifa güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle zaten tehlikeye düşecek herhangi bir hakkı (karşı-edim) mevcut olmadığından yine TBK md.98 hükmü tatbik olanağı bulmaz.[2508] Doktrinde aksi yöndeki bir görüş ise TBK md.98 hükmünün de tıpkı TBK md.97 (Art.82 OR) hükmündeki ödemezlik def'i *(exceptio non adimpleti contractus)* gibi çok taraflı sözleşmelere (adi şirket vb.) ve hatta eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere tatbik edilebileceği yönündedir.[2509] İleride ayrı bir altbaşlıkta inceleyeceğimiz üzere

[2504] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 1, a. Yüklenicinin İşe Başlama ve Yürütme Borcu Kapsamında Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı (TBK md.473/1, Art.366 Abs.1 OR).
[2505] **Gümüşsoy Karakurt,** s.80-81. Ayrıca detaylı açıklamalar için bkz. **Öz,** İnşaat, s.138 vd.
[2506] **Antalya,** Borçlar Genel C.III, s.71.
[2507] **Çabri,** İfa Güçsüzlüğü, s.415-416.
[2508] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3996.
[2509] **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1091, N.1092 ve N.1093. Oğuzman ve Öz, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden söz ederken vekâlet sözleşmesi örneğini verir.

eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan faizsiz tüketim ödüncü (karz) sözleşmelerinde ifa güçsüzlüğüne dair özel bir düzenleme (TBK md.390, Art.316 OR) öngörülmüş olması da doktrindeki aksi görüşün tespitlerini bir bakıma teyit eder niteliktedir.[2510]

Hukukumuzdaki ifa güçsüzlüğü müessesesi şartları ve hükümleri itibariyle böyle olmakla birlikte Anglo-Sakson hukuk sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir alt görünümü olarak ifa güçsüzlüğü hâlini de kapsayacak biçimde *"disablement"* yahut *"self-disablement"* tabir edilen bir sınıflandırma görülmektedir. İki farklı kavramla ifade edilen bu müessese, borçlunun bizzat kendi kusurlu davranışlarıyla içinde bulunduğu sözleşme ilişkisinden doğan taahhüdünü yerine getirmesini imkânsızlaştırması olarak tanımlanır;[2511] fakat tek başına (salt) ifa güçsüzlüğü hâlinin borca aykırılık olarak tavsif edilmemesi gerektiği de ifade edilir.[2512] Keza anılan hukuk sisteminde iflâs -Türk hukukundan tamamen farklı olarak-[2513] bizzat borçlunun kendi

---

[2510] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 3. Tüketim Ödüncü (Karz) Sözleşmesinde Ödünç Alanın Aczi (TBK md.390, Art.316 OR).

[2511] **Andrews/Clarke/Tettenborn/Virgo,** s.139.

[2512] **Mustill,** s.33.

[2513] Türk hukukunda iflâs, borçlunun kötü yönetimi, savurganlığı vb. sebeplerden yani bizzat kendi kusurundan ileri gelebileceği gibi ülke çapında âniden ortaya çıkan devalüasyon, savaş vb. sebeplerden de kaynaklanabilir. İkinci ihtimalde borçlu, elinden geldiğince basiretli davranmış yani kusursuz olsa bile iflâs gündeme gelebilir. Ancak bu durum, tacir kişiler bakımından geçerli değildir. Öyle ki Yargıtay pratiğinde tacirlerin enflasyon veya devalüasyonu önceden fark edebilmeleri gerektiği düşünülmektedir. İlgili karara göre: *"Davalı tacirdir. Türk Ticaret Kanununun 20. maddesinde, her tacirin ticarethanesine ait bir takım faaliyetlerde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi açıkça vurgulanmıştır. O nedenle, daha çok 1980 yılından sonra egemenliğini sürdüren ve her yıl artan olgu olarak ekonomiye etkisini koyan enflasyonist olayların Hükümetçe alınacak ekonomik tedbirlerin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olduğunun tacir olan davalı yönünden kabulü gerekir. Hal böyle olunca, davalının fiyat önerisinde bunları düşünerek hareket ettiği benimsenmelidir. Bu durumda davalının savunmalarının hukuki dayanaktan yoksun kaldığı açıktır."* **[Yargıtay 13.HD, E.1996/3653, K.1996/3920, T.16.04.1996,** www.legalbank.net]. Yine bir başka Yargıtay kararına göre: *"Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.5.2003 tarih ve 2003/13-332 esas, 2003/340 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere; TTK 18/1 maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı yasanın 20/2 maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli öngörülü bir tacirden beklenen özenin gösterilmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk Parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan "öngörülmezlik" şartının da oluşmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda, şartları*

istem ve iradesiyle ortaya çıktığından ötürü "borcun yerine getirilmeyeceği beyanı" gibi değerlendirilir.[2514]

TBK md.98 hükmü anlamındaki ifa güçsüzlüğü sebebine istinaden gündeme gelen öncelenmiş (erken) dönme hakkı, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte karşı-edimi tehlikeye girmiş alacaklıya sunulan bir hukukî enstrüman olup açık yahut zımnî (örtülü) biçimde kullanılabilmektedir. Doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre TBK md.98 hükmü *"geniş yorumlanırsa"* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair TBK kapsamında yeni bir düzenleme getirmeye dahi gerek kalmayabilir. Yazarın ifadeleri, TBK md.98 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kuramında ne denli anlam ifade ettiğini ortaya koyar niteliktedir. *Cumalıoğlu,* benzerlikleri sebebiyle TBK md.98 hükmünün CISG ve Anglo-Sakson hukuk sistemindeki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarını bünyesinde barındırdığına, ancak müessesenin sebeplerini de içerebilmesi için hükmün geniş yorumlanması ihtiyacına dikkat çeker.[2515]

4. Cayma Parası ve İfayı Engelleyen Cezaî Şart (Dönme Cezası)

Cayma parasını *(Reugeld)* düzenleyen TBK md.178 (Art.158 Abs.3 OR) hükmüne göre, *"cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığının iki katını geri verir."* Bununla birlikte TBK md.179/3 (Art.160 Abs.3 OR) hükmünde tanımlanan ancak doktrinde gerçek ve teknik anlamda cezaî şart olarak nitelendirilmeyen, ifayı engelleyen cezaî şartta (dönme cezası, *Wandelpön)* ise taraflardan biri, önceden kararlaştırılan dönme cezası bedelini ödemek suretiyle sözleşmeden tek taraflı biçimde dönebilme hakkını müstesna tutmaktadır. Doktrindeki baskın görüş, dönme cezasının gerçek ve teknik anlamda bir cezaî şart olmadığı, daha

---

oluşmayan davanın reddine karar vermek gerekirken, davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." **[Yargıtay 13.HD, E.2003/5675, K.2003/10165, T.16.09.2003,** www.legalbank.net]

[2514] **Calamari/Perillo,** s.483.

[2515] **Cumalıoğlu,** s.126.

ziyade TBK md.178 hükmünde öngörülen "cayma parasına (pişmanlık akçesine)" benzediği yönündedir.[2516] İlâveten cezaî şart, niteliği gereği asıl alacağın güçlendirilmesine hizmet etmesine, yani alacak hakkını bir güvenceye bağlayarak, borçlunun aslî edim yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamasına rağmen dönme cezasında borçlunun aslî edimini yerine getirmesini sağlayıcı, yani ifayı kuvvetlendiren bir fonksiyondan söz edilemez. Bilakis dönme cezası (ifayı engelleyen cezaî şart) borçluya istediği zaman ceza bedelini ödemek suretiyle sözleşmeden dönebilme olanağı sunmaktadır. Gerçek ve teknik anlamda cezaî şart müessesesinin aksine sözü edilen hâl, alacaklının değil borçlunun menfaatine hizmet eder.[2517]

İşte böylece değindiğimiz cayma parası ve ifayı engelleyen cezaî şart, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ağır sonuçlarından olan öncelenmiş (erken) dönme hakkında olduğu gibi esasen sözleşmeyi vâdeden evvel ortadan kaldırma olanağı tanıyan müesseselerdir. Fakat bu olanaklar, alacaklıya veya borçluya, sözleşmeye aykırılığın "henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte anlaşılabilmesi" olgusuna bağlı olarak sunulmuş olmadığından cayma parası ve ifayı engelleyen cezaî şart ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılık arasında herhangi bir bağlantıdan söz etmek mümkün olmaz.[2518]

B. Özel Borç İlişkilerinde

"İflâs" yahut "borç ödemeden aciz" ibarelerinin kullanıldığı her hüküm, sırf bu sebeple öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilişkilendirilemez. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, bu ibareler üzerine inşa edilmediği gibi oldukça incelikli

[2516] **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.863 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.352 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.3697; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, s.1008-1010.
[2517] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.352 vd.; **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.221. Örneğin genel hizmet sözleşmesine dair TBK md.446/2 hükmüne göre: *"İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.* Anılan düzenlemede de dikkat edilirse işçinin yani borçlunun lehine bir cezaî şart öngörülmüş olup, burada hâliyle dönme cezası kararlaştırılmıştır.
[2518] **Cumalıoğlu,** s.49.

şartların[2519] bir arada gerçekleşmesiyle meydana gelebilen ve kanaatimizce başlı başına bağımsız bir borca aykırılık hâlidir. Birtakım sözleşme türlerinde rastlanıldığı üzere, borçlunun iflâs etmesi durumunda tarafların hangi haklara sahip olduğuna ilişkin özel hükümler ihdas edilmiş olabilir.[2520] Birtakım başka özel hükümlerde ise iflâsın sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirecek bir olgu olduğu düzenlenmiş olabilir. Örneğin vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK md.513/1 (Art.405 Abs.1 OR) hükmüne göre *"sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır."* Fakat bu tarz düzenlemeler, sırf bu sebeple öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilişkilendirilmemelidir.[2521] Türk hukukunda "İfa Güçsüzlüğü"ne ilişkin akla ilk gelen düzenleme olan TBK md.98 (Art.83 OR) hükmü hâricinde de yine aynı konuda fakat bu kez özel nitelikli düzenlemeler mevcuttur. Eser sözleşmesinde yüklenicinin işe başlama ve yürütme borcu kapsamında öncelenmiş (erken) dönme hakkı (TBK md.473/1, Art.366 Abs.1 OR), eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı meydana getirilmesi durumunda işsahibinin hakları (TBK md.473/2, Art.366 Abs.2 OR), yaklaşık bedelin aşılması sebebiyle eser sözleşmesinin sona ermesi (TBK md.482, Art.375 OR), tam tazminat karşılığında eser sözleşmesinin feshi (TBK md.484, Art.377 OR), kira sözleşmesinde kiracının iflâsı (TBK md.332, Art.266h OR), tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinde ödünç alanın aczi (TBK md.390, Art.316 OR), hizmet sözleşmesinde işverenin aczi (TBK md.436, Art.337a OR), yayım sözleşmesinde yayımcının iflâsı (TBK md.500, Art.392 OR), kefalet sözleşmesinde dönme (TBK md.599, Art.510 OR) ve bağışlama sözü vermede bağışlayanın ifa güçsüzlüğü (TBK

[2519] Her biri için tek tek bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Koşulları.
[2520] Ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer alan "Devredilemezlik, İflas ve Haciz Hâlinde İstem" madde başlıklı TBK md.619 hükmü; yine ömür boyu gelir sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer alan "Gelir Alacaklısının Hakları / Hakkın Kullanılması" madde başlıklı TBK md.609/3 hükmü bunlara örnektir, bkz. **Cumalıoğlu,** s.127, dn.148.
[2521] **Cumalıoğlu,** s.127.

md.296, Art.250 OR) hep ifa güçsüzlüğüyle ilişkili özel nitelikli düzenlemelerdir. Ancak bu düzenlemelerden bir kısmı -özellikle sürekli edim ihtivâ eden sözleşmeler için- haklı fesih sebebi sayılırken, sadece bir kısmı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilişkilidir.

1. Eser Sözleşmesindeki Durum

Öncelikle belirtmek gerekir ki eser sözleşmesine dair hemen aşağıda inceleyeceğimiz yaklaşık bedelin aşılması sebebiyle sözleşmenin sona ermesini düzenleyen TBK md.482 hükmünün[2522] ve tam tazminat karşılığında fesih imkânını düzenleyen TBK md.484 hükmünün[2523] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesiyle herhangi bir teknik ilgisi bulunmamaktadır. Oysa TBK md.473 hükmünün birinci ve ikinci fıkraları çoğu bakımdan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile ilintilidir; dolayısıyla bu hükmün üzerinde etraflıca durulması elzemdir.

Tanıma dair TBK md.470 (Art.363 OR) hükmünden hareketle ifade edilebilir ki: Eser sözleşmesi *(Werkvertrag),* işsahibinin bir bedel (para) ödeme edimini taahhüt etmesi mukabilinde yüklenicinin de bir "eser" meydana getirip bunu işsahibine teslim etmeyi üstlendiği isimli bir özel sözleşme türüdür.[2524] Yani yüklenicinin işi (eseri) bitirip tamamlaması yeterli olmayıp bunu yükleniciye teslim etmesiyle sözleşmenin

---

[2522] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 1, c. Yaklaşık Bedelin Aşılması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Ermesi (TBK md.482, Art.375 OR).

[2523] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 1, d. Tam Tazminat Karşılığında Fesih (TBK md.484, Art.377 OR).

[2524] **Dayınlarlı, Kemal:** İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, 4.B, Ankara 2008, s.4-5; **Becker, Herman:** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi C.II, (çev.: Suat Dura), 1.B, Yargıtay Yayınevi, Ankara 1993, s.587; **Tandoğan,** C.II, s.1; **Eren,** Borçlar Özel, N.1999; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.455 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.305; **Zevkliler/Gökyayla,** s.486; **Aral/Ayrancı,** s.441; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.345; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.588; **Uygur,** Şerh C.II, s.2123; **Kurt,** Eser, s.27; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1082; **Duman, İlker Hasan:** İnşaat Hukuku, 10.B, Ankara 2021, s.43-44; **Öz,** *Özdemir,* s.491-493; **Yavuz/Acar/Özen,** Özel Hükümler, s.543-544; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.497; Bir Yargıtay kararında verilen tanıma göre eser sözleşmesi: *"Eser sözleşmesi yanlara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftirler. Davalı yüklenici sözleşme gereği imalata başlamış, kendi edimini ifa edip eseri teslim etmiştir. Yüklenicinin eseri teslim aşamasına kadar eksik-kusurlu işlerden sorumluluğu sözkonusudur. Teslimden sonraki dönemde ise tekeffül sorumluluğu gündeme gelmektedir."* **[Yargıtay 15.HD, E.2005/7623, K.2006/166, T.23.01.2006,** www.legalbank.net].

gereği yerine getirilmiş olur. Her ne kadar TBK md.470 hükmünde yüklenicinin eseri "teslim borcu" açıkça zikredilmemişse de TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR), TBK md.474/1 (Art.367 Abs.1 OR), TBK md.475 (Art.368 OR), TBK md.478 (Art.371 OR) ve TBK md.479/1 (Art.372 Abs.1 OR) gibi pek çok hükümden hareketle böyle bir borcun mevcudiyetini ortaya koymak mümkündür.[2525] Ayrıca eser sözleşmesi, hukukî tavsifi itibariyle iş görme sözleşmeleri çatısı altında bulunan, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve isimli bir sözleşmedir.[2526]

"Eser"den maksat, yalnızca yeni bir eser yaratımının hâricinde hâlihazırda zaten var olan bir eserin tamiri, bakımının görülmesi, herhangi bir surette değişiklik yapılması yahut tahrip edilmesi gibi hâllerdir ve bunların her biri eser sözleşmesi ile mümkündür.[2527] TBK md.470 ilâ md.486 dâhilinde hükme bağlanan eser sözleşmesinde işsahibinin bedel (para) ödeme taahhüdüne mukabil olarak yüklenicinin eser meydana getirme, araç ve gereçleri temin yükümlülüğü, malzeme temini, meydana getirilen eseri işsahibine teslim ederek mülkiyeti devretme yükümlülüğü, tüm bu süreçte özen yükümlülüğü ve ayıba karşı tekeffül olmak üzere pek çok borcundan söz etmek mümkündür.[2528]

[2525] **Tandoğan,** C.II, s.124 vd.; **Zevkliler/Gökyayla,** s.511; **Şenocak, Zarife:** Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s.26; **Erman,** s.29; **Kurt,** Eser, s.67.

[2526] Eser sözleşmesine dair detaylı açıklamalar için bkz. **Tandoğan,** C.II, s.1 vd.

[2527] **Duman,** s.45; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.497-500; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.347-348; **Zevkliler/Gökyayla,** s.492; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, 459; **Tandoğan,** C.II, s.23; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.9-14; **Uygur,** Şerh C.II, s.2123 ve s.2131; **Becker,** s.588; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1089; **Kurt,** Eser, s.35-36; **Öz,** *Özdemir*, s.497-498; **Aral/Ayrancı,** s.443 vd. ve s.447 vd.

[2528] Anılan yükümlülüklerin hukukî nitelikleri, türleri ve diğer tüm hususlarda etraflı açıklamalar için bkz. **Eren,** Borçlar Özel, N.2072 vd.; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.590 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.464 vd.; **Aral/Ayrancı,** s.453 vd.; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.352 vd.; **Tandoğan,** C.II, 48-233; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.33-60; **Zevkliler/Gökyayla,** s.510-567; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1099-1142; **Kurt,** Eser, s.56 vd.; **Duman,** s.191 vd. ve s.245 vd.; **Öz,** *Özdemir,* s.501 vd.; **Akıntürk/Ateş,** s.307; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.508 vd.

a. Yüklenicinin İşe Başlama ve Yürütme Borcu Kapsamında Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı (TBK md.473/1, Art.366 Abs.1 OR)

aa. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenicinin "işe zamanında başlama ve devam borcu" sözleşmeden kaynaklanan aslî edim yükümlülüklerinden belki de en önemlisidir.[2529] Ayrıca işbu borç, yüklenicinin eseri özen ve sadakat içerisinde meydana getirme borcunun doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.[2530] İşe zamanında başlama ve devam borcu, başlı başına bir maddede düzenlenmiş olmayıp esasen TBK md.473/1 hükmünün lafzından anlaşılmaktadır. Buna göre sözleşmede taraflarca bir zaman tâyin edilmişse yüklenici bu zamanda; tâyin edilmemişse derhâl ifaya başlamalı ve sözleşmeye uygun surette işi sürdürerek eseri tamamlamalıdır.[2531] TBK md.473/1 hükmüne göre *"yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."* Madde amacı itibariyle yorumlandığında yüklenicinin aslî ediminin yalnızca bir "edim sonucu" meydana getirmek olmadığı, bunun yanı sıra yüklenicinin "edim sürecini" de taahhüt ettiği, yani eseri yaratım sürecinde dikkat etmesi gereken muhtelif yükümlülüklerinin de olduğu görülmektedir.[2532] Yüklenicinin eseri yaratım sürecindeki hareketlerinin de hukuken bir anlam ifade etmesi, eser sözleşmesinin tam manasıyla âni edim ihtivâ eden bir sözleşme

[2529] **Şenocak,** s.25; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.79; **Aral/Ayrancı,** s.476; **Tandoğan,** C.II, s.112 vd.
[2530] **Karataş, İzzet:** Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s.108; **Yücel, Özge:** "Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Sürdürme Borcu", AÜHFD 2008, C.57, S.3, ss.779-790, s.780; **Eren,** Borçlar Özel, N.2139 vd.; **Öz,** *Özdemir,* s.526 vd.; **Tandoğan,** C.II, s.51 vd.; **Kurt,** Eser, s.64-65; **Duman,** s.297-299.
[2531] **Yücel,** s.780.
[2532] **Yücel,** s.780-781.

olarak tavsif edilemeyeceğine delil olarak öne sürülmüştür.[2533] İsabetli olarak değerlendirdiğimiz ve katıldığımız "geçici-sürekli karmaşığı" görüşünün yanında doktrindeki aksi bir görüşe göre, eser sözleşmesi yüklenicinin eser yaratma yükümlülüğüne mukabil işsahibinin bedel (para) ödeme borcundan ibaret bir hukukî ilişki olup gerçekten eserin yaratımı belirli bir süreci zorunlu kılsa da mühim olan bu süreçten ziyade eserin bitirilip işsahibine teslim edilmesidir. Eserin ortaya konulma sürecinde yüklenicinin hareketlerine atfedilen hukukî anlamlar da esasen eseri meydana getirme ve işsahibine teslim borcunun tam ve düzgün bir biçimde ifasına hizmet eder. Elbette bazen bilhassa eserin "bölümler, etaplar" hâlinde meydana getirilip teslim edilmesi hususunda taraflarca mutabık kalındığı sözleşmeler süreklilik arz eder[2534] fakat her hâlükârda eser sözleşmesi, eserin tümüyle meydana getirilip işsahibine sunulduğu ve bu itibarla, kural olarak, âni edim ihtivâ eden bir hukukî ilişki tesis eder.[2535]

Eser sözleşmesinin hukuk niteliğine dair doktrinel görüşler[2536] bir kenara bırakılırsa, TBK md.473/1 hükmü, taraflar arasında tâyin edilen "zaman mefhûmunu"

[2533] Doktrinde Şenocak, eser sözleşmesinin hukukî niteliği itibariyle âni edim ihtivâ etmediğini, bunun "geçici-sürekli karmaşığı" bir sözleşme olduğunu belirtmektedir. Çünkü Şenocak'a göre yüklenicinin eser meydana getirme borcu bir yandan iş görme fiilini öte yandan iş görmenin sonucunu ihtivâ eden karmaşık bir yükümlülüktür, bkz. **Şenocak,** s.9-12.

[2534] Örneğin uygulamada sıkça rastlanılan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri"nde yüklenici taahhüt ettiği edimleri zamana yayılan bir surette kısımlar şeklinde yerine getirmekte olduğundan bu hâlde eser sözleşmesi âni edim ihtivâ etmemektedir, bkz**. Erman,** s.8.

[2535] **Yücel,** s.781.

[2536] Eser sözleşmesinin hukukî niteliği gerçekten de doktrinde oldukça tartışılmıştır. Serozan, eser sözleşmesinin kesin surette âni edimli yahut sürekli edimli bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.166 vd.; **Ürem,** s.28; **Gümüşsoy Karakurt,** s.15. Ancak Zevkliler ve Gökyayla, eser sözleşmelerinin, kural olarak, âni edim ihtivâ etse dahi bazı durumlarda sürekli borç ilişkisi özelliği gösterebileceğine işaret eder, bkz. **Zevkliler/Gökyayla,** s.504-506. Bir eser sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğünün "eseri teslim etmek" olduğu göz önüne alınırsa bu sözleşmenin hukukî niteliği itibariyle artık sürekli edim ihtivâ etmediği, âni edimli bir sözleşme olduğu neticesine kolayca ulaşılabilir. Fakat öte yandan eseri meydana getirecek yüklenici (borçlu) perspektifinden bakılırsa sözleşme sürekli edim ihtivâ eder görünecektir, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.166. Prensip itibariyle bir akdî ilişkide taahhüt edilen edime dair ifaya hazırlık hareketlerinin uzun bir süreçte gerçekleştirilebilmesi, sözleşmenin âni edimli karakterini değiştirmese bile uzun süreli eser sözleşmelerinde yüklenicinin taahhüt ettiği edim, sürekli edimlerle olan benzerliği göz önüne alınırsa sözleşme "sürekli edimli sözleşme benzeri" olarak da tavsif edilmeye müsaittir, bkz. **Eren, Fikret:** I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri – II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları – III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1996, s.51 vd.; **Gökyayla, Emre:** Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s.18; **Altınok Ormancı,** Fesih, s.42. Bu görüşe yakın bir Yargıtay kararına göre: *"İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler*

ihlâl eden davranışların hüküm ve sonuçlarını öngörmektedir. Çünkü yüklenicinin "işe zamanında başlamaması" veya "işi geciktirmesi" yahut "işin tâyin edilen zamanda tamamlanamayacağının anlaşılması" gibi hâllerde işsahibinin hemen (gecikmeksizin, derhâl) yani herhangi bir ek süre (mehil) tâyin etmesine ve eserin geç de olsa teslimini beklemesine gerek olmaksızın erkenden (öncelenmiş olarak) sözleşmeden dönme hakkına işaret edilmiştir.[2537] Hükme dair doktrindeki -katılmadığımız- görüşe göre yüklenicinin eseri yaratım sürecinde yani işin icrasında düştüğü bir temerrüt nedeniyle

---

grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır." **[Yargıtay İBGK, E.1983/3, K.1984/1, T.25.01.1984,** www.legalbank.net]. Anılan görüşe karşı çıkan bazı görüşler, eser sözleşmesini "hazırlık faaliyetleri büyük öneme sahip âni edimli sözleşme" şeklinde nitelendirmektedirler. Bir başka görüşe göre ise kural olarak, âni edim ihtivâ etse de art arda teslimli ve bir eserin mevcudiyetinin süreç içerisinde genişlediği eser sözleşmeleri, hukukî niteliği itibariyle sürekli edimli sayılır, bkz. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.20-23. Bir başka görüş olarak Seçer'e göre eser sözleşmesi, âni edim ihtivâ eden bir sözleşmedir; fakat bazı özel hâllerin mevcudiyetinde sürekli borç ilişkilerine mahsus kurallar içerir, zaten bu sebepledir ki kanun koyucu eser sözleşmesi için özel düzenlemeler öngörmeyi tercih etmiştir, bkz. **Seçer,** Tam Tazminat, s.45. Yine doktrinde Kılıçoğlu'na göre TBK md.126 hükmüyle eser sözleşmenin geleceğe etkili *(ex nunc)* olarak sona erdirilebileceği fikri, doğrudan kanun tarafından getirilmiştir, bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4870. TBK md.126 hükmünün tatbik edilebilmesi için sözleşme; sürekli edim ihtivâ etmeli ve sözleşmeden doğan borcun ifasına başlanmış olmalıdır. İşte bu şartlar tahakkuk etmişken borçlu mütemerrit olmuşsa alacaklı aynen ifa isteminde direterek zararının giderimini talep edebileceği gibi sözleşmeyi feshedebilir. Ancak burada "dönme" olanağı tanınmaz, bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4876-4880. Doktrinde Cumalıoğlu'na göre ise işsahibinin hukukî menfaati göz önüne alınırsa eser sözleşmesi, âni edim ihtivâ eden bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Yazara göre *"eser, bir ceket dikimi gibi maddi bir varlık ya da bir tiyatro oyununun sergilenmesinde olduğu gibi gözlenebilen bir bütünlük olsa da"* önem arz eden husus eserin bitirilip tamamlanması, böylece taahhüt edilen neticenin ortaya çıkarılması ve bunun teslimi olanaklıysa işsahibine teslim edilmesidir. Fakat Cumalıoğlu'na göre eser sözleşmesinin sona erdirilmesinin hüküm ve sonuçları, her bir somut olay özelinde, geleceğe yahut geçmişe etkili olarak ortaya çıkabilmelidir. Örneğin yüklenici eseri teslim borcunda mütemerrit olmuşsa artık işsahibi TBK md.473/1 hükmüne istinaden değil, borçlu temerrüdüne dair genel hükümlere istinaden sözleşmeyi sona erdirebilecektir, bkz. **Cumalıoğlu,** s.130-131.

[2537] **Zevkliler/Gökyayla,** s.547-548; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.471; **Aral/Ayrancı,** s.476-478; **Tandoğan,** C.II, s.112-113; **Yücel,** s.781; **Öz,** *Özdemir,* s.533; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.363-364. Doktrinde açıkça "erken temerrüt" yahut "erken dönme" kavramlarının kullanıldığı görülmektedir, bkz. **Nomer,** N.178.4 ve N.186; **Uygur,** Şerh C.II, s.2161; **Kurt,** Eser, s.65-66; **Duman,** s.301-302; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1119. TBK md.473/1 hükmünün tatbikine dair bir Yargıtay kararına göre: *"Gerek inşaatın teslimine 4 ay kala meydana gelen deprem ve gerek 26.01.2001 dava tarihi itibariyle (A) blokun sadece hafriyatının yapılıp temelinin döküldüğü, (E) blokun ise sadece hafriyatının yapıldığı, (B) blokun da temelinin atılarak perdelerinin döküldüğü ve bodrum tavan kalıbının yapıldığı tespit edilmiştir. Üstelik, davalı yüklenici de, inşaatı bu haliyle bırakıp, inşaat mahallini terk etmiştir. İnşaatın deprem olmasa dahi kalan sürede tesliminin yapılamayacağı aşikar olduğuna ve yüklenici de inşaatı terk ettiğine göre, BK'nın 358/1. maddesi uyarınca, davacı arsa sahiplerinin vadeden önce dahi sözleşmeden dönme haklarının doğduğu da gözönüne alındığında, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."* **[Yargıtay 15.HD, E.2007/161, K.2007/3059, T.07.05.2007,** www.legalbank.net].

işsahibinin sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir.[2538] Oysa kanaatimizce burada düzenlenen işin icrasında temerrüt değil, spesifik bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlidir. TBK md.473/1 hükmüne "erken temerrüt"[2539] mü yoksa "öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" mı demek, basit bir terminoloji problemi değildir. Zira "erken temerrüt" tabir edilen görüş benimsendiğinde anılan hükme istinaden sözleşmeden vâdeden önce dönme hakkının kullanılabilmesi için TBK md.473/1 hükmünün gerektirdiği koşullara ilâveten TBK md.117 ilâ 125 hükümleri dâhilinde öngörülen borçlu temerrüdünün genel koşullarının da sağlanmış olması zorunludur.[2540] Çünkü katılmadığımız bu görüşteki yazarlara göre temerrüdün diğer koşulları açısından eksik ve yetersiz olan, hatta gerçek ve teknik anlamda bir "boşluk" barındıran TBK md.473/1 hükmünün olsa olsa TBK md.117 ilâ 125 hükümleri marifetiyle tamamlanması icap eder. Zaten bu sebepledir ki temerrüdün gerçekleşmesi için gereken hâllerde ihtar düzenlenmesi ve tâyin edilen uygun ek süreden (mehilden) sonra sözleşmeden dönme beyanının, sürenin bitiminde gecikmeksizin (derhâl) yükleniciye bildirilmesi gerekir.[2541] Fakat yine bu görüşe göre hükümde geçen *"...işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."* ifadeleri sebebiyle, kural olarak, artık işsahibinin TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmüne istinaden bir ek süre (mehil) tâyin etmesine yahut hâkimden böyle bir tâyinde bulunmasını istemesine ihtiyaç yoktur.[2542]

[2538] **Aral/Ayrancı,** s.477; **Öz,** *Özdemir,* s.533; **Zevkliler/Gökyayla,** s.547-548; **Duman,** s.298; **Eren,** Borçlar Özel, N.2140.

[2539] Doktrindeki hâkim görüşün tabiri olan "erken temerrüt" hâricinde Tandoğan, *"imaldeki (işin görülmesindeki) temerrüd"* ve *"teslim vâdesinden önceki temerrüd"* ibarelerini de kullanmaktadır, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.113.

[2540] **Öz,** *Özdemir,* s.533; **Duman,** s.310; **Tandoğan,** C.II, s.113; **Aral/Ayrancı,** s.478; **Kurt,** Eser, s.66-67; **Eren,** Borçlar Özel, s.643. Doktrinde TBK md.473 hükmünün TBK md.125 hükmünün tamamlayıcısı yahut spesifik bir yansıması olduğu ileri sürülmektedir, bkz. **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.62; **Zevkliler/Gökyayla,** s.548; **Tandoğan,** C.II, s.119. Fakat Gümüş, bu görüşe katılmaz, bkz. ve karş. **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366-367.

[2541] **Aral/Ayrancı,** s.478.

[2542] Bkz. **Sivrikaya,** s.255. Bazı Yargıtay kararlarında TBK md.473/1 hükmü bağlamında -eBK md.358/1 döneminden kalan bir alışkanlık olsa gerektir ki- "fesih" ibaresi kullanılmakla beraber, burada kastedilen gerçek ve teknik manasıyla "sözleşmeden dönme"dir. Keza aynı yönde bkz. ve karş. **Yücel,** s.785. Nitekim bir karara göre: *"Yüklenicinin yaptığı inşaatın seviyesine göre, bu fesih, geriye etkili sonuç*

Oysa kanaatimizce doktrindeki hâkim görüşe katılmaya olanak yoktur; zira en azından TBK md.473 hükmünde gerçek ve teknik anlamda bir boşluk olamayacak kadar kanunun sözü açıktır. Dolayısıyla olmayan bir kanun boşluğunun borçlu temerrüdüne dair genel hükümlerle tamamlanmasından da söz edilemez.[2543] Yüklenicinin meydana getirdiği eseri işsahibine teslim etmesi borcu perspektifinden bakıldığında âni edimli sayılabilecek eser sözleşmesinde, teslim borcunda yüklenicinin (borçlunun) temerrüde düşmesi ve burada karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde alacaklının (işsahibinin) seçimlik haklarını düzenleyen TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmünün tatbiki elbette mümkündür; lâkin TBK md.473/1 hükmü deyim yerindeyse "bambaşka" bir duruma ilişkin olup henüz yüklenici temerrüde düşmemişken, hatta belki de eseri daha üretmemişken işsahibine tanınan bir dönme hakkı söz konusudur. Doktrinde yine katılmadığımız bir görüşe göre başvurulabilecek olan sadece "dönme hakkı"dır.[2544] Gerçekten de genel itibariyle bakıldığında öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya (işsahibine) pek çok seçimlik hak tanınmış olsa da[2545] TBK md.473/1 hükmünün lafzı sebebiyle yalnızca öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanılmaya müsaittir. Fakat tavsiye ettiğimiz[2546] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair genel nitelikli pozitif düzenlemelerin TBK'ya eklenmesi hâlinde elbette yeni hükümler, daha özel nitelikli olan TBK md.473/1 hükmünü tamamlayacak ve

---

doğurur. Başka bir anlatımla, sözleşme hiç yapılmamış gibi, işin tasfiyesi gerçekleştirilir. Tasfiye sırasında hesaplanacak imalat bedelinin içerisinde yüklenici kârı bulunmaz ve imalat bedelinin hesabında da piyasa rayici esas alınır. Öte yandan, bu maliyet bedelinin, işin yapıldığı tarih itibariyle hesaplanması gerekir ise de, memlekette yaşanan yüksek enflasyon nedeniyle, denkleştirici adalet ilkesi gereği, fesih iradesinin karşı tarafa bildirildiği 1997 yılı ilk yarısı itibarıyla denkleştirme işleminin yapılması, hakkaniyete uygun olur." **[Yargıtay 15.HD, E.2006/1561, K.2006/3399, T.30.06.2006,** www.legalbank.net]. Yine ilgili bir başka Yargıtay kararına göre: *"Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, ek sözleşme tarihinin inşaata başlama tarihi olup, bu tarihten itibaren 60 ve 48 aylık sürelerde inşaatın bitirilmesi gerektiği, belediye cevabına göre inşaat ruhsatı alınmamış olduğu, davacı tarafından yapılan işlemlerin inşaata başlama hazırlıkları olmasına rağmen ilgili projelerin ruhsatlandırılmadığı, bu sebeple fiilen imalata başlamada gecikme gösterildiği, yüklenicinin kendisine tanınan sürelerde imalata dair herhangi bir girişimde bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde davacı yüklenicinin TBK'nın 125/2 ve 473/1 maddeleri anlamında temerrüde düştüğünün kabul edildiği…"* **[Yargıtay 23.HD, E.2014/10974, K.2016/2722, T.10.05.2016,** www.legalbank.net].

[2543] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49 vd. Ayrıca aynı görüşte olarak bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.135.

[2544] **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366; **Cumalıoğlu,** s.135; **Gümüşsoy Karakurt,** s.195 vd.; **Öz,** İnşaat, s.128; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49 vd.

[2545] Bunlara dair bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları.

[2546] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

işsahibinin öncelenmiş (erken) dönme hakkı dışında da pek çok hukukî enstrümana başvurabilmesi sağlanacaktır.

Tekraren ifade etmek gerekir ki kanaatimizce TBK md.473/1 hükmü, işsahibine henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte yani öncelenmiş biçimde sözleşmeden dönme olanağı veren bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık düzenlemesidir.[2547] Doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre TBK md.473/1 hükmü, kıyas *(analogia)* metoduyla TBK'daki diğer iş görme sözleşmelerine de tatbik edilmeye müsaittir.[2548] *Gümüşsoy Karakurt* ise TBK md.473/1 hükmünün tüm eser sözleşmelerine, bu arada karma nitelikteki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine[2549] ve tüketici işlemi niteliğini hâiz eser sözleşmelerine[2550] de tatbik edilebileceğini fakat bunun hâricinde kalan diğer iş görme sözleşmelerine kıyasen de olsa tatbik edilemeyeceğini ileri sürer.[2551]

bb. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Devam Borcu

i. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Borcu

Yüklenici taahhüt ettiği bir eser meydana getirme yükümlülüğünü gerek sözleşmeye gerek kanunun ilgili hükümlerine uygun surette yerine getirebilmek amacıyla, her şeyden önce, "işe zamanında başlamak" mecburiyetindedir. Nitekim işe zamanında başlamanın önemi, yüklenicinin işe zamanında başlamaması hâlinde işsahibinin TBK md.473/1 hükmüne istinaden taraflarca tâyin edilen teslim zamanını (vâdeyi) beklemeksizin öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme olanağına sahip

[2547] Nitekim doktrinde de bu minvalde görüşler mevcuttur, bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.131; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.48; **Sert, Selin:** Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, s.163.
[2548] **Cumalıoğlu,** s.131.
[2549] **Gümüşsoy Karakurt,** s.101.
[2550] **Gümüşsoy Karakurt,** s.103.
[2551] **Gümüşsoy Karakurt,** s.100-102.

kılınmış olmasından kolaylıkla anlaşılmaktadır.[2552] Fakat bu noktada "işe ne zaman başlanacağı?" sorusunun yanıtı önemlidir ve kendi içinde iki farklı "alt ihtimal"i daha barındıran iki farklı "ana ihtimal"den, yani nihayetinde dört ihtimalden söz edilebilir:

İlk ihtimal olarak taraflar, eser sözleşmesinde yüklenicinin işe başlama zamanını belirlemiş olmalarına rağmen işin teslimi için herhangi bir vâde tâyin etmemişlerse, artık teslim zamanı, "işin niteliğine" ve "dürüstlük kuralına" istinaden tespit edilecektir. Hatta bunlarla da yetinilmeyip böyle bir durumda kanaatimizce yüklenicinin özen borcundaki ölçütü veren TBK md.471/2 hükmünün[2553] kıyasen *(analogia)* tatbiki mümkün olup benzer alanlardaki işleri taahhüt eden, basiretli bir yüklenicinin sergilemesi gereken *"meslekî ve teknik kurallara uygun"* hareketleri esas alındığında, -zaten bir vâdenin mevcut olmamasının verdiği rahatlıkla- işi olması gereken bir hızda yürütmeyen yükleniciye karşı işsahibi ihtar ile işin bitirilmesi ve teslim edilmesi için bir vâde tâyin edebilir yahut süre verilmesini hâkimden talep edebilir. İşsahibinin kanaatimizce başvurabileceği anılan iki hukukî yoldan birincisi TBK md.117/2 (Art.102 Abs.2 OR) hükmünde düzenlenen vâdenin belirlenmediği hâllerde *"...sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri(nin) usulüne uygun bildirimde bulunmak suretiyle..."* vâdeyi tâyin edebilmesine olanak tanıyan "muacceliyet ihbarı"[2554] hakkından kaynaklanmıştır. İkincisi ise karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde mütemerrit borçluya (konumuz bağlamında "yüklenici") süre verilmesine dair TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmünün tatbik edilebilirliğinden kaynaklanmıştır.

İkinci ihtimal olarak taraflar, eser sözleşmesinde işin teslimi için herhangi bir vâde tâyin etmedikleri gibi yüklenicinin işe başlamasına dair herhangi bir kloz da

[2552] **Gümüş,** Borçlar Özel, s.364; Daha detaylı açıklamalar için bkz. **Duman,** s.301 vd.

[2553] TBK md.471/2 hükmüne göre: *"Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır."*

[2554] "Muacceliyet ihbarı" müessesesine dair detaylı açıklamalar ve tartışmalar, içtihatlar için bkz. **Sivrikaya,** s.138-145.

öngörmemişlerse "Süreye Bağlanmamış Borç" madde başlıklı TBK md.90 (Art.75 OR) hükmündeki tüm borçların doğduğu ânda muacceliyet kazanacağı kuralından hareketle yüklenicinin sözleşme akdedilir edilmez işe "derhâl" başlaması gerekecektir. İşe "derhâl" başlama gerekliliği, yüklenicinin işe başlamasına engel teşkil eden bir durumun yahut işsahibinin yerine getirmesi gereken bir ifaya hazırlık hareketinin mevcut olmaması hâlinde hiç vakit kaybedilmeksizin ifaya başlanması anlamına gelir.[2555] Şayet bu iki gerekçeden (mâkul sebeplerden) herhangi biri yokken yüklenici hâlen işe başlamamışsa, işsahibi TBK md.473/1 hükmündeki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa başvurabilecektir. Başka bir deyişle yüklenicinin işe başlamaması sebebiyle eserin bitirilip teslim edilmesinde bir gecikme yaşanacağı açıkça öngörülebiliyorsa, işsahibi, öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilecektir.[2556]

[2555] **Yücel,** s.781; **Tandoğan,** C.II, s.113-114; **Zevkliler/Gökyayla,** s.551; **Aral/Ayrancı,** s.477; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.128; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1119. Önemle belirtmek gerekir ki yüklenici TBK md.90 hükmü gereğince "derhâl" işe başlamak zorunda olsa bile yine de kendisine işe başlayabilmesi için "mâkul bir hazırlık zamanı" tanınmalıdır. Öyle ki yüklenicinin işe başlayabilmesi adına işsahibi tarafından yerine getirilmesi gereken birtakım başlangıç yahut hazırlık hareketleri veya fiilleri gerekiyorsa (örneğin üzerine bina yapılacak bir arsayı işsahibinin yükleniciye önceden tahsis etmesi, işsahibine ait olduğu kararlaştırılmışsa araç, gereç, ekipman, malzemelerin vb. yükleniciye teslim edilmesi, yine arsa üzerine yapılacak bina için işsahibinin gerekli idari mercilerden izin/ruhsat alması, dış kaynaklı kredinin işsahibince temin edilmiş olması) bunlar da gerçekleştirilmelidir, bkz. **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.114; **Tandoğan,** C.II, s.115; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.471; **Eren,** Borçlar Özel, N.2146. Yine ayrıca bkz. ve karş. **Zevkliler/Gökyayla,** s.551. Yüklenicinin işe zamanında başlama yükümlülüğüne dair önemli olduğunu düşündüğümüz bir Yargıtay kararına göre: "*Taraflar arasında düzenlenen sözleşme içeriğinde yüklenicinin işe başlama ve bağımsız bölümleri davacıya teslim etme sürelerine ilişkin herhangi bir şart kararlaştırılmamıştır. Başka bir anlatımla, sözleşmede eserin teslim süresi kararlaştırılmamış, teslim süresini belirleme yetkisi davalıya tanınmıştır. Ancak; davalı, bu yetkisini kullanırken, objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmalı ve haklı nedenlere dayalı gecikmeler hariç, eserin niteliğinin ve büyüklüğünün gerektirdiği imalât süresi içinde eseri tamamlamalıdır. Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uygulama alanı bulur ve hakime olağanüstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasa ve sözleşmedeki kuralları tamamlayıcı işlevini yerine getirir. O halde, sözleşme konusu iş-eser'in teslimi gereken uygun sürenin belirlenmesi, eser bu süreden önce tamamlanmış olarak teslim olunmuş ise o teslim tarihinin saptanması zorunludur. Taraflarca eserin teslim süresinin belirlenmediği durumda, davalı-yükleniciye eserin teslimi için sınırsız bir sürenin tanınmış olduğu gibi bir anlam ortaya çıkar ki bunu da gerek sözleşme hukukunun ana ilkeleri ile ve gerekse de TMK'nun 2. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir."* **[Yargıtay HGK, E.2012/162, K.2012/217, T.21.03.2012,** www.legalbank.net]. Ayrıca doktrinde bir görüş olarak anmak gerekir ki TBK md.473 hükmünde temerrüt düzenlenmemişse dahi (bkz. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.48) yüklenici işe hiç başlamamışsa temerrüt hükümleri tatbik edilebilmelidir, fakat işe başlamışsa sadece sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilmelidir, bkz. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49 vd.

[2556] **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.102. *"Yüklenicinin işe hiç başlamaması, eserin teslimi için vade ya da süre belirlenmemiş eser sözleşmelerinde dönme için gerekçe olabilir. Ancak istisnai olarak, eserin teslimi için belirlenen süre yüklenicinin işe başlaması ile işleyecek ve yüklenici işe başlamıyorsa iş sahibi dönme hakkını kullanabilmelidir.",* bkz. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.55. Bu hâlde iş sahibi, temerrüt

Üçüncü ihtimal olarak taraflar, eser sözleşmesinde eserin teslimi bakımından bir vâde tâyin etmişler fakat yüklenicinin işe başlayacağı zamanı belirlememişlerse, tamamen ikinci ihtimal bakımından yapılan tespitler geçerli olacak, aynı hüküm ve sonuçlar doğacaktır.

Dördüncü ihtimal olarak taraflar, eser sözleşmesinde eserin teslimi bakımından bir vâde kararlaştırmış ve ayrıca yüklenicinin işe başlayacağı zamanı da beraberce tâyin etmişler fakat yüklenici bu tarihte işe hâlen başlamamışsa, işsahibi yine vâdeyi beklemeye gerek olmaksızın yani henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte yükleniciye karşı öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki sırf teslim tarihine (vâdeye) uyulmayacak olması, işsahibine başlı başına bir sebep olarak öncelenmiş dönme hakkına başvurma olanağı sağlamaz. Bunun için ayrıca işin vâdesinde bitirilip de teslim edilemeyeceğinin *"açıkça"* anlaşılabilmesi, öngörülebilmesi zorunludur.[2557] Elbette borçlar hukukuna hâkim bir prensip olan sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak taraflar, aralarındaki eser sözleşmesinde işe zamanında başlanmamasını, bir sözleşmeden dönme sebebi olarak tâyin etmişlerse, yüklenicinin işe başlamada gecikmesi, artık TBK md.473/1 hükmü yani kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılık dolayısıyla değil,

---

ihtarı gönderir ve yüklenici yine işe başlamazsa TBK md.125 hükmündeki haklarına başvurabilir, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.124.

[2557] Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre: *"Somut olayda; her iki sözleşmede aksine hüküm yer almadığından inşaatta ruhsat alımı arsa sahiplerine aittir. Davalı N... ve B...'in M...'ya pay devri ruhsat alınması koşuluna bağlanmış, daha sonra arsa sahiplerinin muvafakatı üzerine B... payı devretmiş, N... ise ruhsat alınma koşulu yerine getirilmediğinden pay devrini yapmamıştır. Davacılar ve uhdesinde pay bulunan diğer davalılarca ruhsat alınmadığı gibi bu konuda yüklenici M...'ya vekaletname de verilmiş değildir. Bundandır ki bir örneği dosyaya giren "tescil istem belgesi" de uhdelerine pay geçirilen ilk yüklenicilerle birlikte arsa sahiplerince düzenlenmiştir. Yüklenici M...'dan ruhsatsız hafriyata ve inşaata başlamasını beklemek ve istemek kamu düzeniyle bağdaşmaz. O halde işe başlanılmada gecikmeyle iş sahibi davacıların tutumu arasında nedensellik bağının varlığı açık ve ortadadır. Ruhsat tarihinden itibaren yirmi aylık sürede bitirilmesi öngörülen işin hiç bir girişimde bulunulmadan geçen 68 günlük süreden arta kalan zaman içinde bitirilme olanağı bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulmamış, olanaksız bulunduğu da saptanmış değildir. Tüm bunlar bir yana davalıların edimlerini yerine getirmeleri için kendilerine işe başlanması ihtar edilerek mehil verilmemiş, dava yoluyla doğrudan fesih iradesi karşı tarafa iletilmiştir. Yanların işe başlama ve işin tamamlanma tarihlerini tespitte gerçek amaçları bu iki tarih arasında inşaatın bitirilmiş olması esasında toplanmaktadır. Aslolan üstlenilen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle ve yasada öngörülen koşulların varlığına bakılmaksızın sözleşmelerin bozulması ahde vefa kuralıyla da bağdaşmaz."* **[Yargıtay 15.HD, E.1992/3285, K.1993/1196, T.11.03.1993,** www.legalbank.net].

bizzat sözleşme maddesi (klozu) olması dolayısıyla işsahibine öncelenmiş (erken) dönme hakkı verir.

Kanaatimizce andığımız her dört ihtimalde de öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın şartları sağlanmış olduğundan öyle ya da böyle nihayetinde işsahibine öncelenmiş (erken) dönme hakkı tanınmaktadır. Doktrinde burada "erken temerrütten" söz edildiği görülmektedir. Oysa "erken temerrüt" ne pozitif ne içtihadî ne de tarihsel hukuk kökenleri olan bir kavramdır. Burada işletilen müessese, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olsun olmasın, gerçek ve teknik anlamda bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktır.

Doktrinde "erken temerrüt" kavramından hareket eden bazı görüşlere göre eser sözleşmesi belirli vâdeliyse yüklenicinin işe başlamada gecikmesi durumunda erken temerrüde düşürülebilmesinin şartı olarak gecikme alelâde bir gecikme olmayıp işin ileride teslim zamanında (vâdesinde) bile bitirilmesini olanaksızlaştıran anlamda bir gecikme olmalıdır.[2558] Burada erken temerrütten söz edilmediği, bunun yerine isabetli olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi konulduğunda da anılan görüşün tespitleri oldukça haklıdır. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için ilerideki edimin ifasının tehlikeye düşürülmüş olması ciddiyet ve kesinlik arz etmelidir. İşte işe başlamanın vâdesinde dahi teslimi olanaksız kılacak derecede geciktirilmesi gerekliliği, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktaki ciddiyet ve kesinlik koşullarına karşılık gelmektedir.

Seliçi'ye göre eser sözleşmesinde taraflarca bir teslim tarihi (vâde) tâyin edilmiş olsa dahi işe ne zaman başlanması gerektiğine yüklenici karar verir. Çünkü TBK md.471/2 hükmüne göre *"yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi*

[2558] **Karahasan, Mustafa Reşit:** İnşaat İmar İhale Hukuku C.I, İstanbul 1997, s.237; **Kostakoğlu, Cengiz:** İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5.B, İstanbul 2006, s.397; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.57-58; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.55; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.103; **Aral/Ayrancı,** s.477-478.

gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır." Dolayısıyla yapımını taahhüt ettiği eserin sahasında ihtisasa sahip olması gereken yüklenici, eseri ne kadar sürede tamamlayıp tamamlayamayacağını bilir, bunu hesap etmek yüklenicinin ödevidir ve dolayısıyla sırf işe zamanında başlamadığı gerekçesiyle öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkına başvurulması nadirdir.[2559]

Doktrinde *Yücel* ise *Seliçi*'nin tespitlerine katılmayarak taraflarca eser sözleşmesinde belirli bir teslim zamanı (vâde) tâyin edilip edilmediğinin yahut işe başlamadaki gecikmenin önemli olup olmadığının esas alınmaması gerektiğini ifade etmektedir. *Yücel'*e göre yüklenici işe zamanında başlamazsa işsahibi düzenleyeceği bir ihtarla yükleniciye ek süre (mehil) tâyin etmeli, bunun üzerine yüklenici işe başlarsa öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurulamamalı ve yalnızca borca aykırılığa dair genel düzenleme olan TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne göre uğranılan bir zarar söz konusuysa bunun giderimi istenebilmelidir. Fakat ihtara rağmen yüklenici işe başlamazsa işsahibi artık doğrudan doğruya öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir.[2560] *Yücel*'in bu tespitleri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi ışığında şöyle okunmalıdır: Yüklenici, işe zamanında başlamazsa, işsahibi yükleniciye sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması *(Klärung der Vertragstreue)*[2561] için teyit amaçlı bir ihtar düzenlemeli, kendisine mâkul bir süre tanımalıdır. Bunun üzerine yüklenici işe başlarsa zaten sözleşme, her iki taraf için de bağlayıcılığını devam ettirdiğinden işsahibi yalnızca uğradığı zararların giderimini isteyebilir. Yüklenicinin buna rağmen işe başlamaması olasılığında ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya (işsahibine) pek çok seçimlik hak tanınmış olsa da[2562] TBK md.473/1 hükmünün lafzı sebebiyle yalnızca öncelenmiş (erken) dönme

[2559] **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.83.
[2560] **Yücel,** s.782.
[2561] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.
[2562] Bunlara dair bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları.

hakkı kullanılmaya müsaittir. Fakat tavsiye ettiğimiz[2563] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair genel nitelikli pozitif düzenlemelerin TBK'ya eklenmesi hâlinde elbette yeni hükümler, daha özel nitelikli olan TBK md.473/1 hükmünü tamamlayacak ve işsahibinin öncelenmiş (erken) dönme hakkı dışında da pek çok hukukî enstrümana başvurabilmesi sağlanacaktır.

ii. Yüklenicinin İşe Devam Borcu

Yüklenicinin işe zamanında başlama yükümlülüğünün âdeta tamamlayıcısı olarak işi gerekli bir hızda sürdürme yani işe devam yükümlülüğünden de söz edilir. Bu borç bağlamında yüklenicinin sözleşmeye aykırı bir biçimde işi bırakması, işten sebepsizce geri durması yahut işi ertelemesi borcun ihlâli sayılır.[2564] Nitekim işe devam borcunun ihlâli yine TBK md.473/1 hükmünde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmiş ve işsahibine öncelenmiş (erken) dönme hakkı verilmiştir. Doktrinde bazı görüşler, taraflarca teslim zamanının (vâdenin) tâyin edildiği eser sözleşmelerinde işe devam borcunu ihlâl eden yükleniciye karşı öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurulabilmesi için hâlihazırda geriye kalan vakitte işin bitirilmesinin olanaksızlaşmış olması gerektiğine dikkat çekerler.[2565] Ancak doktrindeki farklı bir görüşe göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa -anılan görüş "erken temerrüt" tabir eder- sebebiyet verebilecek hâller TBK md.473/1 hükmünde üç hipotez hâlinde düzenlenmiş olup *"yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması"*

[2563] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

[2564] **Yücel,** s.782. Yüklenici işe zamanında başlamış olsa dahi işin yapılması sırasındaki dinlenme sürelerine ya da işçi istihdam etmekteyse sözleşmede tâyin edilen vardiya değişim sürelerine uymayarak yahut gerekli malzeme, araç-gereç ve işgücünü önceden hazır etmeyerek işi geciktirebilir, yani işe devam borcunu ihlâl edebilir ve nihayetinde temerrüde -kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa- düşebilir, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.113-114; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.472; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.364-365; **Aral/Ayrancı,** s.477; **Eren,** Borçlar Özel, N.2147.

[2565] **Kostakoğlu,** s.397; **Karahasan,** s.237; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.103; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.57; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.57-58; **Aral/Ayrancı,** s.477-478. Fakat taraflarca teslim zamanının (vâdenin) tâyin edilmediği eser sözleşmelerinde TBK md.473/1 hükmünün "işe devam borcu" bakımından tatbik edilip edilemeyeceği hususunda anılan yazarlar muhtelif görüşler ileri sürerler. Kostakoğlu, Karahasan ve Dayınlarlı, bu hâlde TBK md.473/1 hükmünün değil, yalnızca karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK md.123-125 hükümlerinin tatbik edilebileceğini savunur. Altaş ve Öz ise bu hâlde de TBK md.473/1 hükmünün tatbik edilebileceğini, taraflarca teslim zamanının tâyin edilip edilmemesinin önem arz etmediğini savunur.

koşulu, sadece üçüncü hipotez için yani *"işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme"* için aranmıştır. Dolayısıyla ilk hipotez olan *"işe zamanında başlamama"* ve ikinci hipotez olan *"sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirme"* bakımından işin vâdesinde bitirilip bitirilemeyeceği hiçbir önem arz etmez.[2566]

Doktrinde yerleşik ve klâsik anlayışa göre yüklenicinin işten el çekmesi yahut işi geciktirmesi, savsaklaması, yavaş bir şekilde sürdürmesi durumlarında TBK md.117 (Art.102 OR) hükmüne istinaden bir ihtar düzenlenerek[2567] yüklenici temerrüde düşürülebilmeli ve sözleşmeden dönme hakkı da dâhil TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmünde öngörülen seçimlik haklara başvurulabilmesi adına yükleniciye bir ek süre (mehil) tâyin edilmelidir.[2568] *Gautschi*'ye göre böyle bir ek süre (mehil) tâyin edilirken esasen işin tamamlanabilmesi amaçlandığından yüklenicinin ancak işi gerçekten tamamlayabileceği mâkul süre göz önünde bulundurulmalıdır.[2569] Fakat aksi görüşteki *Seliçi* ve *Yücel*'e göre tâyin edilecek ek süre (mehil), eserin meydana getirilme sürecinde sadece normal bir çalışma performansının sağlanmasına ilişkindir.[2570] Yüklenici, kendisine tâyin edilen ek süre (mehil) dâhilinde bile işi sürdürmez yahut gerekli çalışma performansına dönmezse artık işsahibi, öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilecektir. Fakat yüklenici tâyin edilen ek süreyi (mehili) iyi değerlendirerek işi sürdürür, gerekli çalışma performansını yakalarsa işsahibi öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvuramaz, yalnızca borca aykırılığa dair genel düzenleme olan TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne göre uğranılan bir zarar söz konusuysa bunun giderimi isteyebilir.[2571] Tüm bu tespitler öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi ışığında şöyle okunmalıdır: Yüklenicinin işten el çekmesi yahut işi geciktirmesi, savsaklaması, yavaş bir şekilde sürdürmesi durumlarında işsahibi

[2566] **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1119-1120; **Yücel,** s.782-783.
[2567] Detaylı açıklamalar için bkz. **Sivrikaya,** s.61 vd.
[2568] **Yücel,** s.783.
[2569] Bkz. **Tandoğan,** C.II, s.118 ve s.118, dn.125. Ayrıca bkz. BGE 46 II 251.
[2570] **Yücel,** s.783; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.84. Seliçi, ek sürenin (mehilin) sadece taraflarca teslim zamanının (vâdenin) tâyin edilmediği eser sözleşmelerinde verilmesinin mümkün olduğu görüşündedir.
[2571] **Yücel,** s.783.

yükleniciye sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması *(Klärung der Vertragstreue)*[2572] için teyit amaçlı bir ihtar düzenlemeli, kendisine mâkul bir süre tanımalıdır. Bunun üzerine yüklenici sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturmak için gelen ihtarı iyi değerlendirerek işi sürdürür, gerekli çalışma performansını yakalarsa, sözleşme her iki taraf için de bağlayıcılığını devam ettirdiğinden işsahibi yalnızca uğradığı zararların giderimini isteyebilir. Yüklenici ihtara rağmen işi sürdürmez yahut gerekli çalışma performansına dönmezse öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya (işsahibine) pek çok seçimlik hak tanınmış olsa da[2573] TBK md.473/1 hükmünün lafzı sebebiyle yalnızca öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanılmaya müsaittir. Fakat tavsiye ettiğimiz[2574] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair genel nitelikli pozitif düzenlemelerin TBK'ya eklenmesi hâlinde elbette yeni hükümler, daha özel nitelikli olan TBK md.473/1 hükmünü tamamlayacak ve işsahibinin öncelenmiş (erken) dönme hakkı dışında da pek çok hukukî enstrümana başvurabilmesi sağlanacaktır.

iii. İşin Vâdesinde Bitirilmesi Mümkün Olmayacak Şekilde Yaşanan Gecikme

İşin taraflarca tâyin edilen teslim zamanında (vâdesinde) dahi bitirilemeyecek kadar gecikmiş olduğu hâllerde[2575] artık işsahibi vâdeyi beklemeksizin yani henüz

---

[2572] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.

[2573] Bunlara dair bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları.

[2574] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

[2575] **Becker,** s.607; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.112-113; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.364-366; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.596-597; **Zevkiler/Gökyayla,** s.549; **Kurt,** Eser, s.66; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1120; **Eren,** Borçlar Özel, N.2145; **Aral/Ayrancı,** s.477-478. Daha detaylı açıklamalar için bkz. **Duman,** s.311 vd. Eserin vaktinde bitirilmesinin imkânsızlaştığından söz edebilmek için tarafların muhakkak bir kesin veya belirli vâde tâyin etmiş olmaları gerektiğini savunan görüş için bkz. **Gümüş,** Borçlar Özel, s.365. Konuya dair ele alınabilecek Yargıtay kararlarından olarak, bir karara göre: *"Sözleşmede işe başlama ve bitirme tarihlerinin gösterilmesi meydana getirilecek eserin en geç bu iki tarih arasında bitirilmesini sağlamak amacıyladır. İşe gösterilen tarihte başlanmamış olması sözleşmenin kesinlikle bozulmasını gerektirmez. Sözleşmeyi bozma hakkı, davalının usulsüz olarak bozduğu tarih ile işin bitimi için geri kalan süre içerisinde davalı yükleniciye sözleşme gereğince yüklenen borcun yerine getirilmesine maddeten olanak kalmasında bağlıdır. İşe başlamak ve onu yapmak konusundaki gecikmeye karşın, yüklenici için belirlenen tarihte işi bitirmek olanağı varsa sözleşmenin*

muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte yüklenicinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verdiği gerekçesiyle öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilir. Doktrinde yerleşik ve klâsik anlayışa göre bu hipotezde, hemen yukarıda incelediğimiz iki hipotezden farklı olarak, işsahibinin yükleniciye bir ek süre (mehil) tâyin etmesine bile gerek olmaz zira TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmüne göre *"borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa"* ek süre (mehil) gereksizdir, işsahibi kendisine sunulan haklara derhâl başvurabilir. Böyle bir hâlde işsahibi yalnızca bir ihtar düzenleyerek yükleniciyi temerrüde düşürebilir ve ek süre (mehil) tâyin etmeksizin öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilir.[2576] "İşin icrasındaki gecikmenin işin zamanında bitirilemeyecek derecede bir gecikme niteliğinde olması" şeklinde özel bir hâlin getirilme sebebi, kuşkusuz, ek süre (mehil) tâyinine lüzum olmayan bu hipotezi, diğer hipotezlerden ayırt etmektir. Ne var ki hem doktrinde hem de Yargıtay kararlarında "işin bitirilemeyecek

---

bozulması yoluna gidilemez." **[Yargıtay 15.HD, E.1974/898, K.1974/1922, T.26.11.1974,** www.legalbank.net]. Bir başka karara göre: *"Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu haliyle teslim tarihi 25.1.1991 olduğu halde dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilirkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılana göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. Davada istem, "sözleşmenin feshi" ve "tapu iptalidir". Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi binayı imal ve teslimdir. Oysa davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremiyeceği açık olup BK.nun 358. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir."* **[Yargıtay 15.HD, E.1992/3812, K.1993/1871, T.21.04.1993,** www.legalbank.net]. Yine bir başka karara göre: *"...Özellikle taraflar arasındaki 31.7.1978 tarihli sözleşmede işin 20.2.1979 tarihinde ikmal edilip teslimi kararlaştırıldığı halde yapılan tesbitlerde davalının işi teslim tarihinde bile yeterli seviyeye getirmediği anlaşılmış ve 24.4.1979 tarihli ihtara rağmen bir faaliyet göstermediği böylece BK.nun 358/1. madde hükmü gereğince artık işi tamamlayamayacağı ortaya çıkmış bulunmasına, sözleşmenin davacı kurumca haklı olarak feshedilmiş bulunmasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir."* **[Yargıtay 15.HD, E.1988/1537, K.1989/407, T.06.02.1989,** www.legalbank.net]. Son olarak bir başka karara göre: *"Mahkemece alınan bilirkişi raporunda inşaat ruhsatının 27.12.1993'te alındığı açıklanmıştır. İnşaatın tesliminin gerektiği tarih buna göre değerlendirilip 24 ayın ilave edilmesi halinde işin 27.12.1995'te bitmesi gerekmektedir. Hal böyle iken inşaatın %1.5 seviyesinde bulunduğu ve kalan sürede de inşaatın bitirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı yanca başkaca inşaatın gecikmesine etkili bir sebep gösterilmemiş ve kanıtlanmamıştır. Bu durumda teslim için gerekli süreyi beklemeden ve davalıya yeni bir ihtar çekmeden akdin feshedilmesi BK.nun 358/1 maddesine uygun bulunmaktadır. İnşaattan daire satın almak amacıyla hareket ettikleri açık bulunan davalı üçüncü kişilerden birisi davalının eşi olup durumu bilmesi hayatın olağan akışından bulunmakla ve diğer davalı Mehmet'in ise hakkı inşaatın teslimine bağlı bulunmakla mahkemece davalılar adına oluşan tapu kayıtlarının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmelidir."* **[Yargıtay 15.HD, E.1997/1967, K.1997/2324, T.01.05.1997,** www.legalbank.net].

[2576] **Tandoğan,** C.II, s.118; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.85; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.105; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.62.

derecede gecikmesi", TBK md.473/1 hükmündeki üç hipotez bakımından da yükleniciyi "erken temerrüde" düşürebilmenin ortak bir şartı gibi ele alınmıştır.[2577]

Ancak daha önceden beridir katıldığımız[2578] görüşe göre TBK md.473/1 hükmü, her üç hipotezi de birbirinden ayrı değerlendirmiş, başka bir deyişle işin zamanında bitirilemeyecek derecede gecikmesini başlı başına bağımsız, özel bir hipotez olarak öngörmüştür. Diğer iki hipotezde ise bu denli ağır bir derecede gecikmeye lüzum

[2577] **Aral/Ayrancı,** s.477-478. Kostakoğlu, taraflarca eser sözleşmesinde bir vâde tâyin edilmemişse erken temerrüdün tatbik edilemeyeceği kanaatindedir. Yazara göre bu hâlde öncelikle bir vâde tâyin edilmeli, süresinde ifa gerçekleştirilmezse artık böylelikle yüklenici temerrüde düşürülebilmelidir. Yine yazara göre taraflar daha sözleşmenin kuruluşunda bir vâde tâyin etmişlerse erken temerrüdün işletilebilmesi için işin zamanında bitirilmesinin imkânsız olması gerekmektedir, bkz. **Kostakoğlu,** s.397-400. Yüksek yargı pratiğinde, *"bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği"* koşulu, TBK md.473/1 hükmündeki üç hipotezde de erken temerrüde -kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa- düşürebilmenin bir ön koşulu şeklinde yorumlanmaktadır. Fakat katıldığımız ve Yargıtay'ın aksine görüşe göre bunlardan her birinin ayrı ve bağımsız birer hipotez olduğu açıktır. Bir Yargıtay kararına göre: Bir karara göre: *"Bilindiği üzere, TBK.nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Somut olayda ise sözü edilen bu şart gerçekleşmediği gibi, sözleşmede ruhsat alınması ve işe başlanması için belirli bir vade kararlaştırılmamış, arsa sahiplerince, bu konuda yükleniciye gönderilen ihtarname tebliğ edilememiş, daha sonrasında da yüklenicinin işe başlaması yönünde uyarı amaçlı herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Tüm bunlara ilaveten yukarda açıklandığı gibi mahkemece, işin kararlaştırılan vadede tamamlanabileceği tespit edilmiştir. Açıklanan sebeplerle birleşen 2010/23 esas sayılı davanın reddi gerekirken hatalı yoruma dayalı gerekçeyle kabulü doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir."* **[Yargıtay 23.HD, E.2013/1452, K.2013/4306, T.21.06.2013,** www.legalbank.net]. Yine bir başka karara göre: *"Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa inşaat ruhsatının alınması arsa sahibine aittir. Bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece yükleniciden işe başlamasını istemek kamu düzeniyle bağdaşmaz. İş sahibinin kusuru olmaksızın yüklenici işe başlamakta gecikmiş olsa dahi, eserin vadede bitirilmesi olanağı varsa iş sahibi sözleşmenin bozulmasını isteyemez. Aslolan üstlenilen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle sözleşmeden dönme ahde vefa kuralını zedeler."* **[Yargıtay 15.HD, E.1992/3285, K.1993/1196, T.11.03.1993,** www.legalbank.net]. Yine bir başka karara göre *"Bir hafta içinde işe başlamasına dair tebligata rağmen davacı hiç işe başlamamış bulunduğundan davalı belediye 30.03.1976 tarihli sözleşmeyi feshetmiştir. Müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder, yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muyayyen zamanda bitirmesine imkan vermiyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebileceğinden davalı belediye tarafından akdin feshi sözleşmeye ve Borçlar Kanununun 358. maddesine göre, doğrudur. Bu durumda davalı belediye teminatı irat kaydetmekde haklı olduğu gibi akdin ifasında mütemerrit duruma düşen davacı taraf zarar ve bu arada menfi zararını da isteyemez."* **[Yargıtay 15.HD, E.1977/1619, K.1977/1738, T.28.09.1977,** www.legalbank.net]. Nihayetinde bir başka karara göre: *"Ne var ki gerek inşaatın teslimine 4 ay kala meydana gelen deprem ve gerek 26.01.2001 dava tarihi itibariyle (A) blokun sadece hafriyatının yapılıp temelinin döküldüğü, (E) Blokun ise sadece hafriyatının yapıldığı, (B) blokun da temelinin atılarak perdelerinin döküldüğü ve bodrum tavan kalıbının yapıldığı tespit edilmiştir. Üstelik, davalı yüklenici de, inşaatı bu haliyle bırakıp, inşaat mahallini terk etmiştir. İnşaatın deprem olmasa dahi kalan sürede tesliminin yapılamayacağı aşikar olduğuna ve yüklenicinin inşaatı terk ettiğine göre, BK. 358/1. maddesi uyarınca, davacı arsa sahiplerinin vadeden önce dahi sözleşmeden dönme haklarının doğduğu göz önüne alındığında, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken..."* **[Yargıtay 15.HD, E.2007/161, K.2007/3059, T.07.05.2007,** www.legalbank.net].

[2578] **Sivrikaya,** s.255-257.

yoktur. İlk hipotez[2579] ve ikinci hipotez[2580] ile üçüncü hipotez[2581] arasındaki tek fark; ilk ikisinde öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurulabilmesi için yükleniciye bir ek süre (mehil) tâyin edilmesi gerekirken, üçüncü hipotezde artık ek süreye (mehile) bile gerek yoktur.[2582] Kısacası kanun koyucu, TBK md.473/1 hükmünde esasen *"yüklenicinin işe zamanında başlamaması"* veya *"sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi"* olasılıklarıyla *"işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği(nin) açıkça anlaşıl(ması)"* olasılığı arasında öncelenmiş (erken) dönme hakkının derhâl (gecikmeksizin) kullanılıp kullanılamayacağına dair bir farklılık yaratmıştır.

TBK md.473/1 hükmüne istinaden işsahibinin *"teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın"* sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesi için, işin taraflarca tâyin edilen sürede bitirilemeyeceğinin *"açıkça"* anlaşılması, yani

---

[2579] *"…işe zamanında başlamama".*

[2580] *"…sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirme".*

[2581] *"…işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa"*

[2582] **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1119-1120; **Yücel,** s.783-784; **Zevkliler/Gökyayla,** s.550; **Duman,** s.319-320. Detaylı açıklamalar için bkz. **Sivrikaya,** s.260-261. Ayrıca katıldığımız görüşün hukuk pratiğine yönelik dayanakları da vardır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na istinaden çıkartılan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi md.47 hükmüne göre: *"Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde, idarenin noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre, ivedi durumlar dışında, uyarı yazısının müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez. Bu süre içinde müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa ayrıca protesto çekmeğe ve hüküm almağa gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur."* Yine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na istinaden çıkartılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi md.47 hükmüne göre: *"(2) İdare aşağıda belirtilen hallerde sözleşmeyi fesheder; a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi…"* Görüldüğü üzere Kamu İdaresinin işsahibi sıfatını hâiz olduğu sözleşme ilişkilerinde "işe zamanında başlanmaması" (birinci hipotez) veya "işin sözleşmeye uygun olarak devam ettirilmemesi" (ikinci hipotez) hâllerinde ihtar ve ek süre (mehil) tâyini koşulları sağlandıktan sonra işsahibi İdare, öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilmektedir. Oysa katılmadığımız görüşe göre burada öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanabilmek için bir de "işin zamanında bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılabilir olması" gibi ağır dereceli bir şart aranacaktı. Değindiğimiz Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi, sonuçta TBK md.473/1 hükmünün ihalelerde nasıl tatbik edilmesi gerektiğine yönelik hukuk normlarıdır ve kanun hükmü ile bunların uygulanmasını gösteren normlar, birbiriyle çelişecek biçimde yorumlanamaz. Şartnamelerde öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılabilmesi bakımından "işin zamanında bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılabilir olması" şartı aranmıyorsa kanun hükmünde (TBK md.473/1) de aranmamalı, burada birbirinden bağımsız üç ayrı hipotezin düzenlendiği yönünde yorum yapılmalıdır.

"öngörülebilmesi" gerekmektedir.[2583] Elbette hükümde sözü edilen öngörülebilme *("açıkça")* hususu, yaşamın olağan akışına göre işin taraflarca tâyin edilen zamanda, sürede, vâdede bitirilip de teslim edilemeyeceğinin anlaşılabilir olmasıdır.[2584] Bunun doğal sonucu olarak anılan hipotez, sadece eserin teslimi bakımından bir "vâdenin tâyin edildiği" sözleşmelerde tatbik edilebilecek niteliktedir.[2585] Örneğin işin taraflarca tâyin edilen vâdeye yetiştirilebilmesi için üç vardiya işçi istihdam edilmesi zorunlu olmasına ve işsahibinin bu minvaldeki uyarılarına rağmen yüklenici, bir vardiya işçi istihdam etmekte diretiyorsa, işsahibi öncelenmiş (erken) biçimde sözleşmeden dönebilir.[2586]

Tüm bu tespitler öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi ışığında şöyle okunmalıdır: TBK md.473/1 hükmünde üç ayrı ve bağımsız hipotez getirilmiş olup yüklenicinin herhangi birini gerçekleştirmesi hâlinde alacaklı (işsahibi), öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiğini kabul edebilecektir. Bunun üzerinde işsahibi yükleniciye sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturması *(Klärung der Vertragstreue)*[2587] için teyit amaçlı bir ihtar düzenlemeli, kendisine mâkul bir süre tanımalıdır. Yüklenici sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturmak için gelen ihtarı iyi

---

[2583] Bir Yargıtay kararına göre: "*Bilindiği üzere, TBK.nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir."* **[Yargıtay 23.HD, E.2013/1452, K.2013/4306, T.21.06.2013,** www.legalbank.net]. Yine bir başka karara göre: *"Yanlar arasındaki 9.6.1994 tarihli Düzenleme Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine göre işin süresi temel ruhsatını müteakip 14 ay olup temel ruhsatı 11.8.1994 tarihinde alındığından süre 11.10.1995 tarihinde sona ermektedir. Davacı talebi ile mahallinde 31.8.1995 günü yaptırılan tesbitte alınan bilirkişi raporuna göre inşaatın seviyesi %40 kalan işlerin ikmali için gerekli süre ise 10 aydır. İnşaatta ihzarat olarak malzeme mevcut olmayıp inşaat büyük ölçüde durmuş vaziyettedir. Daha sonra yargılama sırasında alınan 21.5.1996 tarihli bilirkişi raporuna göre ise inşaatın ikmal oranı %48.62 dir. Davalıya dükkanların ve bir dairenin satış yetkisi verilmiş olup güven sarsıcı şekilde davalı hakkında yapılan icra takipleri, davacıların 18.7.1995 tarihli ihtarla teminat verilmesini istemelerine rağmen davalının buna yanaşmaması, inşaat süresinin bitimine çok az bir süre kala inşaatın seviye durumu nazara alındığında davacı arsa sahipleri yönünden fesih şartları oluştuğu halde davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, karar bozmayı gerektirmiştir."* **[Yargıtay 15.HD, E.1997/4967, K.1998/637, T.23.02.1998,** www.legalbank.net].

[2584] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.61.

[2585] Ancak doktrinde ifade edildiği üzere *"işin yavaş yürütülmesi nedeniyle sözleşmeden dönülebilmesi için de vadenin kararlaştırılmamış olması ve işin daha hızlı görülmesinin yükleniciden beklenebilmesi gerekir.",* bkz**. Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.57.

[2586] Anılan örnek için bkz. **Yakuppur, Sendi:** Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009, s.48.

[2587] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*.

değerlendirerek üç hipotezden herhangi birine giren davranışına son verirse sözleşme her iki taraf için de bağlayıcılığını devam ettirdiğinden işsahibi yalnızca uğradığı zararların giderimini isteyebilir. Yüklenici ihtara rağmen henüz muacceliyet öncesi süreçte sözleşmeyi ihlâl eder davranışlarını sürdürürse öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya (işsahibine) pek çok seçimlik hak tanınmış olsa da[2588] TBK md.473/1 hükmünün lafzı sebebiyle yalnızca öncelenmiş (erken) dönme hakkı kullanılmaya müsaittir. Fakat tavsiye ettiğimiz[2589] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair genel nitelikli pozitif düzenlemelerin TBK'ya eklenmesi hâlinde elbette yeni hükümler, daha özel nitelikli olan TBK md.473/1 hükmünü tamamlayacak ve işsahibinin öncelenmiş (erken) dönme hakkı dışında da pek çok hukukî enstrümana başvurabilmesi sağlanacaktır.

cc. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmüne Göre Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Koşulları

Doktrinde TBK md.473/1 hükmünü ele alan çoğu görüş "erken temerrüt" nitelendirmesi yapsa da bunun isabetli bir tabir olmadığı kanaatindeyiz. Zira tekraren belirtmek gerekir ki "erken temerrüt" ne pozitif ne içtihadî ne de tarihsel hukuk kökenleri olan bir kavramdır. Burada işletilen müessese, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olsun olmasın, gerçek ve teknik anlamda bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktır.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere[2590] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi bakımından -tıpkı borçlu temerrüdünde olduğu gibi- borçlunun (yüklenicinin) kusurlu olması gerekmez, yani kusur aranmaz. Başka bir deyişle TBK md.473/1 hükmüne istinaden işsahibinin sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmesi bakımından yüklenicinin kusuru aranmaz. Fakat yine de yüklenicinin işe zamanında

[2588] Bunlara dair bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları.
[2589] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.
[2590] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, IV. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta Kusurun Yeri.

başlamaması yahut işi devam ettirmemesi, geciktirmesi, savsaklaması nesnel (objektif) manada borca aykırılık teşkil etmelidir.[2591] Somut olayda işsahibine isnat edilebilecek bir hâl söz konusuysa; örneğin işsahibi yüklenicinin ifaya başlayabilmesi için önceden yerine getirmesi gereken bir ifaya hazırlık hareketini yapmamışssa yahut zorlayıcı bir sebep mevcutsa artık yüklenicinin borca aykırı hareket ettiğinden söz edilemez.[2592] İşsahibinin riziko sahasında kalan, ona yüklenebilen ve böylece yükleniciye karşı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa gidilmesine engel olan sebeplere örnek olarak şunlar verilebilir: İşsahibinin temin etme sözü verdiği malzemeleri geç getirmesi, işsahibince gösterilecek inşaat yerinin zamanında hazır edilmemesi, işsahibinin başlangıçta değil de sonradan çıkıveren birtakım istekleri yahut işin yürütülmesi esnasında verdiği talimatlar, yükleniciye belli zamanlarda yapılması gerekli ödemelerin geciktirilmesi,[2593] plânların hazırlanmaması, projede değişiklik yaptırılması, işsahibinin taahhüt ettiği arsa

[2591] **Tandoğan,** C.II, s.115; **Becker,** s.608; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.113; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1120; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.82; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.52; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.58; **Aral/Ayrancı,** s.478; **Duman,** s.307-308. Örneğin işin gecikmesi, işsahibinin üzerine düşen hazırlık hareketlerini vaktinde tamamlamamasından yahut vermiş olduğu talimatlardan ileri gelmemelidir, yükleniciye yapılması lazım gelen ödemeler vaktinde yerine getirilmelidir, bkz. **Eren,** Borçlar Özel, N.2149; **Tandoğan,** C.II, s.115. Önemle tekrarlamak gerekir ki TBK md.473/1 hükmündeki koşulların tahakkukuyla beraber işsahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır, işsahibinin kusurlu olmaması yeterlidir. Oysa aynı maddenin ikinci fıkrasında açıkça "yüklenicinin kusurlu olması" aranmıştır. Esasen işbu farklılık, kanun koyucunun bilinçli bir tercihine işaret eder, bkz. **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.473; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.114. Bazı yazarlar, kusur kavramından ziyade işin gecikmesinin yükleniciye yüklenebilen bir sebebe dayanması kavramını kullanırlar, zira bu hâlde teknik anlamda bir kusurdan söz etmek mümkün değildir, bkz. **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366; **Tandoğan,** C.II, s.115. Bu hususta bir Yargıtay kararına göre: *"Yapı Denetim Kanunu'na göre yapı denetim sözleşmelerinin arsa sahibi ile yapı denetim şirketleri arasında düzenlenmesi yasal zorunluluktur. Bu yasal zorunluluğa rağmen arsa sahibince yapı denetim şirketiyle yapı denetim sözleşmesi yapılmaması veya feshedilmesi sonucu belediye tarafından inşaatın durdurulması halinde ya da inşaat durdurulmasa dahi yapı denetim sözleşmesi bulunmadığı için yüklenicinin inşaat faaliyetine devam etmesi istenemeyeceği ve zorlanamayacağından bu arada geçen süre ve gecikme arsa sahibinin edimini ifa etmemesinden kaynaklanacağından gecikme tazminatı istenmesi mümkün değildir."* **[Yargıtay 15.HD, E.2019/2101, K.2019/3280, T.09.07.2019,** www.legalbank.net]. Ayrıca ifade etmek gerekir ki Türk hukukunda temerrüdün meydana gelebilmesi için kusur koşulu aranmamaktadır; borçlunun edimini geciktirmesinin yahut hiç yerine getirmemesinin objektif borca aykırılık teşkil etmesi yeterlidir. Oysa yüklenicinin edimi objektif olarak (teknik ve gerçek anlamda) imkânsızlaşırsa yahut yüklenici TBK md.97-98 hükümlerine istinaden bir ödemezlik def'i ileri sürerse edimin yerine getirilmemesi objektif borca aykırılık olarak tavsif edilemez. Yine sırf işsahibinin kusurlu davranışları, yüklenicinin işe başlamasına engel teşkil ediyor yahut geciktiriyorsa da artık temerrütten söz edilmemelidir, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.115-117; **Yücel,** s.784-785; **Zevkliler/Gökyayla,** s.549-550; **Aral/Ayrancı,** s.478

[2592] **Karahasan,** s.235-236; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.82; **Tandoğan,** C.II, s.115-117; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.52-53. Doktrinde Tandoğan, "zorlayıcı neden"in mevcudiyeti durumunda işin ifa zamanının ötelenmesini, başka bir deyişle yüklenici lehine süre uzatımına gidilmesini önermektedir. Altaş ise "zorlayıcı neden"in illiyet bağını kesen bir sebep olarak ortaya çıktığını ve bu nedenle gecikmenin yükleniciye isnat edilemeyeceğini ileri sürer, bkz. **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.99.

[2593] **Yargıtay 4.HD, E.1364, K.3643, T.28.05.1947,** nak.: **Tandoğan,** C.II, s.115, dn.124.

payını devir yükümlülüğünü yerine getirmemesi.[2594] Fakat işsahibinin riziko sahasına giren, yani ona isnat edilebilecek bir hâlin büyük bir gecikmeye sebebiyet vereceği işsahibince anlaşılamıyorsa yüklenici, özen borcu icabı bu hâlin yol açabileceği aksaklıkları işsahibine bildirmesi gerekir.[2595] Başka bir deyişle eserin meydana getirilmesi sürecinde ortaya çıkan gecikmenin işsahibine isnat edilebilmesi, gecikmeye sebebiyet veren olayın onun riziko sahasından kaynaklanması ve yüklenicinin bu olayı işsahibine vaktinde haber verme yükümlülüğünü ifa etmiş olması koşuluyla mümkün olur.[2596] Böylece işsahibi artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanamaz. Yine örneğin yüklenici, işsahibinin verdiği ve vakit alabilecek yeni yeni talimatların gereğini mâkul sayılabilecek bir süre dâhilinde gerçekleştirmekteyse işsahibi TBK md.473/1 hükmüne gidemez,[2597] yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanamaz.

Yukarıda sayılan tüm örnek durumlara ilâveten işsahibinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa başvurabilmesi bakımından yüklenicinin sözleşmeye aykırı hareketiyle gecikme arasında uygun illiyet bağının tesis edilebiliyor olması zorunludur. Öyle ki yüklenicinin işe zamanında başlayamaması yahut işi sürdürürken gecikmesine sebebiyet veren vâkıalar tamamen yüklenicinin riziko sahası hâricinde gerçekleşiyorsa işsahibi henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte herhangi bir hakkını -bu arada öncelenmiş (erken) dönme hakkını da- kullanamaz.[2598] Ancak doktrindeki bir görüşe göre işsahibinin riziko sahası hâricinde kalan ve edimin yerine getirilmesini geciktiren durumlar (örneğin işçi grevi, olumsuz hava şartları gibi) söz konusuysa yüklenici bunların üstesinden gelebilmek için her türlü çabayı göstermiş olsa bile erken temerrüde -kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa- düşmekten kurtulamaz.[2599] Çünkü TBK md.473/1 hükmünde yüklenicinin mütemerrit olması bakımından tıpkı

[2594] **Tandoğan,** C.II, s.115-116; **Aral/Ayrancı,** s.478; **Yücel,** s.785; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.81; **Bilge, Necip:** Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958, s.180-181.
[2595] **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.81; **Yücel,** s.785.
[2596] **Tandoğan,** C.II, s.116; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.114; **Sivrikaya,** s.259; **Duman,** s.308.
[2597] **Tandoğan,** C.II, s.116; **Sivrikaya,** s.259.
[2598] **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.99; **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.52 vd.
[2599] **Zevkliler/Gökyayla,** s.549; **Tandoğan,** C.II, s.116-117.

öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermekte olduğu gibi kusurlu olması koşulu aranmamıştır. Ne var ki aksi yöndeki bir görüş, edimin gecikmesine sebebiyet veren ancak engellenmesi yükleniciden beklenemeyecek ve bunun yanı sıra işsahibinin riziko sahasına da dâhil olmayan durumlarda temerrüdün söz konusu olmayacağını; yüklenicinin istemine göre yahut iyiniyet kuralları gereğince tarafların varsayımsal (farazî) iradelerine göre bir süre uzatımının temin edilmesi gerektiğini ileri sürer.[2600] Yine evleviyetle *(a fortiori)* söylenebilir ki işsahibine isnadı mümkün gecikmelerde yüklenicinin süre uzatımına dair istemleri haksız sayılmaz.[2601]

Doktrinde ve yargı pratiğinde TBK md.473/1 hükmünde öngörülen sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi bakımından kanunun lafzında mevcut olmayan birtakım şartlar öne sürülmektedir. Bu duruma örnek olarak yüklenicinin taahhüt ettiği eseri, kendisine ait olan malzemelerle ve kendi arazisi üzerinde meydana getireceği durumlarda TBK md.473/1 hükmünün (dolayısıyla öncelenmiş dönme hakkının) tatbik edilemeyeceği; zira böyle bir olasılıkta işsahibinin talimat verme veya denetleme gibi bir yetkisinin mevcut olmadığı, yüklenicinin iş görme sürecinden ziyade sadece bir "teslim borcu" altına girdiği ileri sürülür.[2602] *Tandoğan*'ın ifadeleriyle *"...teslim borcu iş görme borcunu arka plâna itmiştir."*[2603] Doktrindeki aksi görüşe göre ise böyle bir örnekte dahi öncelenmiş dönme hakkına başvurulabilmesi açısından işsahibinin yükleniciye talimat verme veya onu denetleme gibi bir yetkiyi hâiz olup olmaması önem arz etmez; TBK md.473 hükmü, bütün eser sözleşmelerine tatbike müsaittir.[2604]

[2600] **Tandoğan,** C.II, s.117.
[2601] **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.114.
[2602] **Yakuppur,** s.51-52. Yine doktrinde Tandoğan, yüklenicinin kendisine ait olan malzemelerle ve kendi işyerinde meydana getireceği "taşınırlar" açısından söz konusu görüşü ifade eder, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.120.
[2603] **Tandoğan,** C.II, s.120.
[2604] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.55.

dd. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmüne Göre Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları

Doktrinde yerleşik ve klâsik anlayışa göre TBK md.473/1 hükmünde bir "erken temerrüt" hâli getirilmiştir. Bu görüşün temelinde borçlar hukukunun genel hükümlerinde yer alan borçlu temerrüdüne dair düzenlemeleri burada da tatbik etme fikri vardır. Buna göre *"yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi"* hâlinde işsahibi, yükleniciye TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmüne istinaden bir ek süre (mehil)[2605] vermelidir.[2606] Şayet anılan ek süre (mehil) zarfında yüklenici işe başlar yahut işe devam borcundaki gecikmeyi bertaraf ederse işsahibi öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvuramamalı fakat yalnızca genel düzenleme mahiyetindeki TBK md.112 (Art.97 OR) hükmüne istinaden yüklenicinin borca aykırı hareketlerinden ileri gelen zararların giderilmesini isteyebilmelidir. Fakat anılan ek süre (mehil) zarfında "bu fırsata rağmen" yüklenici işe başlamaz yahut işe devam borcundaki gecikmeyi bertaraf etmezse işsahibi artık TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmüne istinaden sözleşmeden (öncelenmiş biçimde) dönebilmelidir. Ne var ki *"işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa"* artık "Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar" madde başlıklı TBK md.124/2 (Art.108 Abs.2 OR) hükmüne göre *"borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız"* kaldığından herhangi bir ek süre (mehil) tâyin edilmeksizin öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurulabilmelidir.[2607] Esasen aynı mantıkla TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR)

[2605] Ek süre (mehil) tâyin edilirken çalışma temposunun yahut işçi ya da araç-gereç sayısının beklenilebilecek mâkul bir şekilde artırılması hâlinde söz konusu ek sürenin işin zamanında bitirilmesi açısından yeterli olup olmayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. İlâveten yüklenicinin işsahibince bilinmesi icap eden kapasitesi ve nitelikleri de önemle irdelenmelidir, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.118; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1119; **Sivrikaya,** s.260, dn.841.

[2606] **Duman,** s.319-320; **Zevkliler/Gökyayla,** s.550.

[2607] **Duman,** s.319-320; **Zevkliler/Gökyayla,** s.550; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1120; **Yücel,** s.782-783; **Tandoğan,** C.II, s.118; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.116-118; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366. Aynı fikirde

hükmüne göre *"borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa"* yani yüklenici işe başlamaktan yahut başladığı işe devam etmekten kesin surette imtinâ etmekteyse artık işsahibinin TBK md.473/1 hükmünün öngördüğü koşulların gerçekleşmesini beklemesine dahi lüzum olmayıp TBK'nın genel temerrüt hükümlerine gidebilmesi mümkündür.[2608]

Açıkça görüldüğü üzere TBK md.473/1 hükmünde işsahibinin yükleniciye bir "ihtar" çekmesinden yahut "ek süre (mehil)" tâyin etmesinden söz edilmemiştir. Hükmün lafzı bir kenara bırakılırsa amaçsal (gaî) bir yorumla da böyle bir gerekliliğe varmak mümkün değildir. Fakat doktrinde bu noktada gerçek ve teknik manada bir kanun boşluğunun bulunduğu ve boşluğun sadece borçlu temerrüdüne dair genel hükümlerden yola çıkılarak doldurulabileceği fikri benimsenmektedir. Öyleyse ihtar ve ek süre (mehil) gibi borçlu temerrüdünün oluşum şartları, TBK md.473/1 hükmü için de gündeme gelebilir.[2609] Borçlu temerrüdünün oluşum şartlarını referans alan bu görüşe göre temerrüdün hüküm ve sonuçlarına dair kuralların da TBK md.473/1 hükmü bağlamında tatbik edilmesinde bir sakınca görülmemelidir. Dolayısıyla her ne kadar TBK md.473/1 hükmünde açıkça düzenlenmemiş olsa dahi işsahibi sözleşmeden (öncelenmiş biçimde) dönebileceği ve menfî zararının giderimini isteyebileceği gibi diğer seçimlik haklar olarak TBK md.125 hükmüne istinaden aynen ifa ile beraber gecikme tazminatı yahut müspet zararının giderilmesini isteyebilir. Zira birçok yazar TBK md.473 hükmünü, TBK md.123-125 hükümlerinin özel bir yansıması olarak tavsif

---

bkz. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.62. Doktrinde Serozan, işe başlamayan yükleniciye son kez bir ihtar düzenlenmesi gerektiğini fakat ihtarın faydasız ve anlamsız kalacağı açıkça anlaşılabiliyorsa TBK md.124 hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbikiyle artık süre verilmesine gerek olmayacağını ifade eder, bkz. **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.318-319. Ayrıca bir Yargıtay kararına göre: *"...sözleşmeyi yerine getirmiyerek inşaatı terk eden müteahhit, BK. m. 107 uyarınca ihtarsız temerrüt durumuna düşmüş olur."* **[Yargıtay TD, 415/5105, T.07.10.1968,** nak.: **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop,** s.918, dn.25.] Benzer yönde bkz. **Yargıtay 15.HD, E.15, K.54, T.18.09.1973,** nak.: **Serozan,** Sözleşmeden Dönme, s.319, dn.188.

[2608] **Zevkliler/Gökyayla,** s.550; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1120; **Tandoğan,** C.II, s.115; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.114; **Duman,** s.319-320.

[2609] **Kurt,** Eser, s.66-67; **Tandoğan,** C.II, s.118; **Eren,** Borçlar Genel, N.2150; **Duman,** s.319-320; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.116-117; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1120.

etmektedir.[2610] Kaldı ki yine bu görüşe göre sözleşmeden dönme, temerrütle karşı karşıya kalan alacaklının başvurabileceği en ağır hak olduğuna göre alacaklı (işsahibi), sözleşmeden dönme ile mukayese edildiğinde daha hafif neticeleri olan diğer seçimlik haklara evleviyetle *(a fortiori)* başvurabilmelidir.[2611]

Doktrinde bir görüşe göre yüklenicinin "erken temerrüde" düşmesi hâlinde işsahibi, TBK md.473/1 hükmünde sunulan imkânların yanı sıra nama ifaya dair TBK md.113 (Art.98 OR) hükmüne istinaden işin kalan kısmının masrafları yükleniciye ait olmak şartıyla kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini hâkimden talep edebilmelidir.[2612] Böyle bir çıkarım, esasen hemen bir sonraki altbaşlıkta inceleyeceğimiz TBK md.473/2 hükmünün erken temerrüt hâline kıyasen *(analogia)* tatbiki neticesinde de gündeme gelebilir. Hatta TBK md.473/2 hükmü tatbik edildiğinde, TBK md.113 hükmünden farklı olarak, artık hâkimden izin alınması şartına da gerek kalmaz. TBK md.473/2 hükmüne istinaden işsahibi, eseri kendi kusuruyla ayıplı yahut sözleşmeye aykırı surette meydana getiren yükleniciye karşı tâyin edeceği veya ettireceği uygun bir süre dâhilinde bu durumun ortadan kaldırılmasını aksi takdirde hasar ve masraflarının kendisine (yükleniciye) ait olmak koşuluyla işin bir üçüncü kişiye tevdi edilip tamamlattırılacağını ihtar edebilir. İşte TBK md.473/2 hükmü, kıyas metoduyla *(analogia)* TBK md.473/1 hükmünün üzerine tatbik edilirse: İşe başlamakta yahut başladığı işi sürdürmekte geciken yükleniciye karşı yine bir süre tâyin edilip

---

[2610] **Eren,** Borçlar Genel, N.2151; **Tandoğan,** C.II, s.119; **Duman,** s.321-322; **Zevkliler/Gökyayla,** s.550-551; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.366-367; **Yavuz/Acar/Özen,** C.II, s.1120; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.62; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, 79-80; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.98; **Aral/Ayrancı,** s.479; **Karahasan,** s.237. Fakat aksi yönde görüş de mevcuttur bkz. ve karş. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49-50. Öz, eBK md.358/1 (TBK md.473/1) hükmünün "erken temerrüdü" düzenlemediğini, hâliyle eBK md.106 (TBK md.123-125) hükmünün tatbik edilemeyeceğini ve dolayısıyla diğer seçimlik haklara gidilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte Gautschi, yüklenici henüz işe hiç başlamamış ise işsahibinin eBK md.106 (TBK md.123-125) hükmündeki seçimlik haklara gidebileceğini; işe başlamış ancak sürdürmek hususunda gecikmiş ise yalnızca sözleşmeden (öncelenmiş biçimde) dönmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir, nak.: **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.49.

[2611] **Yücel,** s.786.

[2612] **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.64; **Tandoğan,** C.II, s.120; **Altaş,** İstisna Sözleşmesi, s.108; **Karahasan,** s.238-239; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.81. Ancak aksi yönde bir görüş de mevcuttur, bkz ve karş. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.51.

gereği yerine getirilmezse işin bir başkasına yaptırılacağı ihtar edilebilmelidir.[2613] Başka bir deyişle işsahibi, işe zamanında başlama yahut işe devam borcunu ihlâl eden yüklenici karşısında TBK md.473/1 hükmünün TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümleriyle tamamlanması neticesinde borçlu temerrüdünün kendisine sunduğu seçimlik hakların yanı sıra TBK md.473/2 hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbiki sayesinde, tıpkı TBK md.113 hükmündeki nama ifaya benzer biçimde, işi bir üçüncü kişiye gördürüp tamamlatma olanağına da sahiptir.

Son olarak İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre işsahibinin sözleşmeden (öncelenmiş biçimde) dönmektense "fesih ihbarında" bulunmak suretiyle eserin o âna kadar tamamlanmış kısmının bedeli mukabilinde kendisine teslimini talep edebilme olanağı da vardır.[2614]

Şimdiye dek işbu altbaşlıktaki tüm açıklamalar, TBK md.473/1 hükmünde "erken temerrüt" hâlinin düzenlendiğini savunan doktrindeki yerleşik ve klâsik anlayışa göre yapılmıştır. Oysa kanaatimizce tekrar ifade etmek gerekir ki "erken temerrüt" ne pozitif ne içtihadî ne de tarihsel hukuk kökenleri olan bir kavramdır. Burada işletilen müessese, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olsun olmasın, gerçek ve teknik anlamda bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktır. Bunun işsahibine tanıyacağı hukukî enstrüman ise mevcut TBK md.473/1 hükmünün lafzı üzerinden hareketle yalnızca "öncelenmiş (erken) dönme hakkı"dır. Fakat TBK'ya eklenmesini önereceğimiz[2615] genel nitelikli pozitif düzenlemeler sayesinde işsahibi; kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı

[2613] **Yücel,** s.786.
[2614] BGE 116 II 452 vd.; **Eren,** Borçlar Genel, N.2151; **Zevkliler/Gökyayla,** s.550. İsviçre Federal Mahkemesi'nin işaret ettiği bu ilginç hâl, özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin TMK md.2 hükmü anlamında dürüstlük kuralına istinaden ileriye etkili *(ex nunc)* olarak sona erdirilmesinin mümkün olduğu olaylarda gündeme gelebilir. Nitekim Yargıtay pratiği de bu eğilimdedir. Nihayetinde gerek işsahibi eserin tamamlanmış kısmından faydalanabilir gerekse de yüklenici borcundan kurtulmuş olur, bkz. **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.597. Hatta eser sözleşmesinin ileriye etkili *(ex nunc)* olarak sona erdirilmesinde yani feshedilmesinde müspet zararın giderimi de istenebilir, bkz. **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.50.
[2615] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

(suspension),[2616] borçludan açıklama yapmasını yani sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturmasını isteme hakkı *(Klärung der Vertragstreue)*,[2617] bazı durumlarda hapis hakkı[2618] ve yeterli bir teminat göstermesini isteme hakkı gibi[2619] pek çok çeşitli hukukî enstrümana kavuşacaktır.

ee. TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) Hükmünün Tamamlayıcı Özellik Göstermesi

TBK md.470 ilâ md.486 dâhilinde eser sözleşmesini düzenleyen hükümler, genel itibariyle "düzenleyici" ve "tamamlayıcı" norm sayılır; bu sebepledir ki hükümlerin aksi taraflarca her zaman kararlaştırılabilir. Dolayısıyla taraflar TBK md.473/1 hükmündeki spesifik öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlini -kimi görüşler "erken temerrüt" tabir eder- ve öncelenmiş (erken) dönme hakkını sözleşmeyle özgürce bertaraf edebilirler. Fakat yüklenicinin işe başlama tarihinin veya eseri bitirip işsahibine teslim etmesi gereken tarihin (vâdenin) taraflarca tâyin edilmemiş olması, işsahibinin TBK md.473/1 hükmüyle kendisine sunulan haklardan vazgeçtiği, tarafların kendi aralarında anlaşarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı bertaraf ettikleri şeklinde yorumlanamaz. Yüklenicinin işe başlama tarihi veya eseri bitirip işsahibine teslim etmesi gereken tarih (vâde) sözleşmede tâyin edilmemişse de sözleşme geçerli biçimde kurulmuş olur ve hatta bu durum yüklenicinin işe dilediğinde başlayabileceği veya eseri dilediğinde teslim edebileceği anlamına gelmez. Sözleşmede işe başlama tarihi taraflarca tâyin edilmemişse bile zaten TBK md.90 (Art.75 OR) hükmü gereğince, kural olarak, her borç doğumuyla muacceliyet kazanacağından ötürü yüklenici, derhâl işe

[2616] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, B. "Edimin İfasını Askıya Alma" veya "Malların Teslimini Durdurma Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR).
[2617] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*. Ayrıca yine bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, D. "Borçludan Açıklama Yapmasını" ve/veya "Yeterli Bir Teminat Göstermesini İsteme Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR).
[2618] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, C. "Hapis Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TMK md.952 (Art.897 ZGB).
[2619] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, D. "Borçludan Açıklama Yapmasını" ve/veya "Yeterli Bir Teminat Göstermesini İsteme Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR).

başlamakla yükümlüdür ve olağan şartlar altında böyle bir eser ne kadar sürede bitirilebilecek idiyse o kadar sürede bitirip işsahibine teslim etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla taraflar açıkça TBK md.473/1 hükmünden vazgeçmemişlerse, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı bertaraf etmemişlerse sözleşmede işe başlama veya teslim tarihi (vâde) tâyin edilmiş olmasa dahi işsahibi yükleniciye karşı TBK md.473/1 hükmüne istinaden öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarına başvurabilir.[2620]

b. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Meydana Getirilmesi Durumunda Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık (TBK md.473/2, Art.366 Abs.2 OR)

TBK md.473/2 hükmünde, hemen yukarıda ifade ettiğimiz, birinci fıkra hükmünden tamamen ayrı bir hâl düzenlenmektedir. Artık bu hâlde yüklenici işe zamanında başlama yahut işe devam yükümlülüğünü ihlâl etmemektedir; fakat yaratım sürecinde yani henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte eserin bizzat yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı yahut yine yüklenicinin kusuru sebebiyle tarafların akdettiği eser sözleşmesi hükümlerine aykırı bir surette meydana getirileceği açıkça öngörülebilmektedir.[2621] TBK md.473/2 hükmü, bunu fark eden işsahibine bir ihtar çekme vasıtasıyla anılan sürece müdâhale edebilme olanağı sunmuştur. Zira işsahibinin eserin yaratım sürecinde, yani henüz eser teslim borcu bakımından muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte eserin ayıplı yahut sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu saptaması durumunda, ancak eserin bitirilip kendisine teslim edilmesinin ardından ayıptan kaynaklanan haklarına başvurmasını beklemek, isabetli bir yaklaşım sayılamaz.[2622] Dolayısıyla tipik bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlini tarif eden TBK md.473/2 hükmünde işsahibine sunulan "ihtar düzenleme" olanağının içeriği ve tavsifi değerlendirilmelidir. Öncelikle ifade edilmelidir ki TBK md.473/2 hükmü, eserin

[2620] Tüm bu tespitlere dayanak olarak bkz. **Yücel,** s.787.
[2621] **Duman,** s.327 vd.; **Öz,** *Özdemir,* s.526-527; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.475.
[2622] **Tandoğan,** C.II, s.62.

meydana getirilip bitirilip de işsahibine teslim edilmesinin ardından saptanan ayıp yahut sözleşme hükümlerine aykırılıklara değil; henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte yani bizzat eserin yaratım sürecinde meydana gelen ayıp yahut sözleşmeye aykırılıklara dair bir düzenlemedir.[2623] Zaten tam da bu sebeple sadece böyle bir ihtimalde işsahibine ihtar düzenlemek suretiyle sürece dâhil olabilme olanağı sunulmuştur.

TBK md.473/2 hükmünde sözü geçen ihtarın düzenlenebilmesi bakımından bazı koşulların sağlanmış olması gereklidir:

İlk koşul; yüklenicinin eserin yaratım sürecinde işsahibiyle aralarındaki eser sözleşmesi hükümlerine aykırı bir biçimde hareket etmesidir.[2624] Aslında TBK md.473/2 hükmünün lafzına bakıldığında sözleşmeye aykırı hareket olarak eserin *"ayıplı"* bir biçimde meydana getirilmesinden söz edilmişse de bu yalnızca sıkça rastlanılabilecek bir örnek mahiyetindedir. Çünkü *"ayıp"* hâricinde yüklenicinin eseri yaratım sürecinde özen yahut sadakat borcunu bir şekilde ihlâl etmesi de "sözleşmeye aykırı hareket" olarak tavsif edilip hükmün dâhilinde ele alınmaya müsaittir.[2625] Örneğin eserin yaratımı esnasında sözleşmede taraflarca tâyin edilenden farklı üretim metotlarına yahut câiz olmayan alt yükleniciye başvurmak, ayıp olarak nitelendirilemese dahi sözleşmeye aykırılıktır.[2626]

İkinci koşul; yüklenicinin eseri yaratım sürecinde sebebiyet verdiği "ayıbın" yahut "sözleşmeye aykırılıkların" açıkça görülebilir, saptanabilir olmasıdır.[2627]

[2623] **Becker,** s.608; **Tandoğan,** C.II, s.63; **Duman,** s.327-328; **Öz,** *Özdemir,* s.527; **Eren,** Borçlar Özel, N.2152; **Aral/Ayrancı,** s.470-471.

[2624] **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.475; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.368; **Duman,** s.328; **Öz,** *Özdemir,* s.527; **Eren,** Borçlar Özel, N.2152.

[2625] **Eren,** Borçlar Özel, N.2152; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.475; **Öz,** *Özdemir,* s.527; **Yücel,** s.780. Ne var ki doktrinde Tandoğan, TBK md.473/2 hükmünün bir örnek mahiyetinde olarak değil de hükmün lafzında açık olduğu üzere "ayıp" ve "sözleşmeye aykırılık" şeklinde iki farklı duruma işaret ettiği görüşündedir, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.64.

[2626] **Öz,** *Özdemir,* s.528; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.368; **Duman,** s.328; **Tandoğan,** C.II, s.64; **Aral/Ayrancı,** s.471.

[2627] **Gümüş,** Borçlar Özel, s.368; **Öz,** *Özdemir,* s.527; **Tandoğan,** C.II, s.63; **Duman,** s.327-328;

Dolayısıyla eserin yaratım sürecinde ayıbın yahut sözleşmeye aykırılığın mevcut olduğunun tespit edilebildiği ân artık bu koşulun tahakkuk ettiği varsayılır.[2628] Ayrıca işbu ikinci koşul, doktrinde zamansal açıdan oldukça geniş yorumlanmakta olup yüklenici henüz eseri meydana getirmeye başlamamış olsa bile işin sonunda ortaya çıkacak eserin sözleşmeye aykırı yahut ayıplı olacağı açıkça öngörülebiliyorsa da TBK md.473/2 hükmünün -lafzına hiç uygun olmamasına karşın- tatbiki olanaklıdır.[2629] Benzer bir yorumla eserin yaratım sürecinde eserde olması gereken muayyen niteliklerin olmaması, yüklenicinin çalışmaları tamamlandığında eserin ayıplı yahut sözleşmeye aykırı olacağını daha şimdiden açıkça gösteriyorsa da TBK md.473/2 hükmünün tatbiki için ikinci koşul gerçekleşmiş sayılır.[2630]

Üçüncü koşul; eserin yaratım sürecinde ayıplı olmasının yahut sözleşmeye aykırılık arz etmesinin doğrudan doğruya yüklenicinin kusurundan ileri gelmesi zorunluluğudur. Hiç kuşku yok ki TBK md.116 (Art.101 OR) anlamında ifa yardımcılarının ya da yüklenicinin işini kolaylaştırmak için işin belirli kısımlarını kendilerine devrettiği alt yüklenicilerin kusuru da "asıl yüklenicinin" kusuru sayılmaktadır.[2631] Başka bir deyişle işbu üçüncü koşul gereğince eserin yaratım sürecinde ayıplı olması yahut sözleşmeye aykırılığı ile yüklenicinin yahut kendi

---

Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s.476; **Aral/Ayrancı,** s.470.

[2628] **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.476; **Eren,** Borçlar Özel, N.2152; **Öz,** *Özdemir,* s.527; **Duman,** s.327-328; **Aral/Ayrancı,** s.471.

[2629] **Tandoğan,** C.II, s.63; **Öz,** *Özdemir,* s.527; **Aral/Ayrancı,** s.470. Doktrindeki bu yorum, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na istinaden çıkartılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi md.15/5 hükmüne dayanmaktadır. Anılan hükme göre: *"Yüklenicinin işyerine getirdiği malzemenin, teknik şartnamesine veya daha önce alınmış mühürlü örneğine uygun ve işe elverişli olmadığı anlaşıldığı takdirde yüklenici, bu konuda kendisine verilen yazılı talimatın tebliği tarihinden başlamak üzere on gün içinde sözkonusu malzemeyi işyerinden kaldırıp uzaklaştırmak zorundadır. Bunu yapmadığı takdirde yapı denetim görevlisi bu malzemeyi, bütün zarar ve giderleri yükleniciye ait olmak üzere, işyeri çevresi dışına çıkarmaya yetkilidir"*

[2630] **Tandoğan,** C.II, s.64; **Duman,** s.327-328; **Öz,** *Özdemir,* s.527; **Aral/Ayrancı,** s.471.

[2631] **Tandoğan,** C.II, s.64; **Öz,** *Özdemir,* s.528; **Duman,** s.328-329.

sorumluluk sahasında bulunan kimselerin (ifa yardımcısı, alt yüklenici vb.) kusurlu hareketleri arasında uygun bir illiyet bağının bulunması mecburidir.[2632]

Dördüncü koşul; işsahibinin eserin yaratım sürecinde ayıplı yahut sözleşme hükümlerine aykırı olarak meydana getirildiğini açıkça görmesi durumunda yükleniciye bir ek süre (mehil) tâyini ihtivâ eden ihtar düzenlemesi gerekliliğidir. Fakat söz konusu ihtar hem konusu hem de muhtevâsı bakımından TBK md.117 (Art.102 OR) hükmündeki borçluyu temerrüde düşüren ihtardan tümüyle farklılık arz eder. Çünkü TBK md.473/2 hükmü bağlamında düzenlenecek ihtarda işsahibi, eserin yaratım sürecindeki ayıbın yahut sözleşmeye aykırılığın mâkul bir süre[2633] dâhilinde ortadan kaldırılmasını ve şayet gereği yerine getirilmezse hasar ve tüm masrafları sonradan yükleniciye yükletilmek üzere eserin tamirini yahut işin sürdürülmesini üçüncü bir kişiye bırakacağını ifade etmektedir.[2634] İlâveten ifade edilmelidir ki yüklenicinin ayıbı yahut sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırmayacağı açıkça anlaşılabilmekteyse ya da yüklenicinin açık veya zımnî birtakım davranışlarından mevcut hâli değiştirmeyeceği şüphesi uyanmaktaysa bir ihtar düzenlenerek mâkul ek süre (mehil) tâyin edilmesi artık

[2632] **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.475; **Eren,** Borçlar Özel, N.2152; **Aral/Ayrancı,** s.471; **Duman,** s.328-329. Doktrinde Eren, söz konusu "kusur" tabirinin geniş manada değerlendirilmesi gerektiğini gerek kastın gerekse de ağır yahut hafif ihmalin TBK md.473/2 hükmünün tatbiki açısından kusur olarak kabul edileceğini, daha ötesinde işsahibinin sorumluluğunu öngören TBK md.476 hükmü hâricinde kalan bütün ayıp yahut sözleşmeye aykırılık durumlarında bunun yüklenicinin kusurundan ileri geldiğinin kabul edilmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir, bkz. **Eren,** Borçlar Özel, N.2152. Ancak doktrinde Bühler tarafından savunulan görüşe göre, yüklenicinin kusurlu sayılması bakımından eserin yaratım sürecinde sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmesi ile ayıplı olması arasında bir ayrıma gidilmelidir: Eser ayıplı olarak meydana gelmekte ise yüklenicinin kusurlu sayılabilmesi için işsahibinin kusurunun bulunmaması yeterli olur; fakat eser sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmekte ise mutlaka yüklenicinin kusurlu olup bunun işsahibince ispat edilmesi gerekir, bkz. **Aral/Ayrancı,** s.471, dn.80 ve **Eren,** Borçlar Özel, N.2152. Doktrinde bir görüş, burada teknik manada bir kusurdan bahsedilemeyeceğini, yalnızca ayıp yahut sözleşmeye aykırılık meselesinde TBK md.476 hükmüne göre işsahibine bir kusurun yüklenememesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Gümüş,** Borçlar Özel, s.368.

[2633] Yüklenici, tâyin edilen mâkul bir ek süre (mehil) dâhilinde ayıpları yahut sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırsa bile işsahibinin yaşanan gecikme sebebiyle bir tazminat talep edebilmesi hâlen olanaklıdır, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.65.

[2634] **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.126; **Eren,** Borçlar Özel, N.2155; **Tandoğan,** C.II, s.65; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.396; **Aral/Ayrancı,** s.472; **Duman,** s.329; **Öz,** *Özdemir,* s.529. İşsahibi, düzenlediği ihtarda işin üçüncü bir kişiye yaptırılacağını ifade ederken hâkimden izin almak mecburiyetinde değildir. Fakat gelecekte taraflar arasında TBK md.473/2 hükmünün tatbik koşullarının sağlanıp sağlanmadığı yahut tâyin edilen ek sürenin (mehilin) mâkul sayılıp sayılamayacağı konusunda bir uyuşmazlık meydana gelmesi gayet olası olduğundan ek süre (mehil) tâyin ederken işsahibinin hâkime başvurması faydalı olacaktır, bkz. **Tandoğan,** C.II, s.65.

gereksizdir.[2635] Bu durum tıpkı borçlu temerrüdüne dair genel düzenlemelerde yer alan "Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar" madde başlıklı TBK md.124/1 (Art.108 Abs.1 OR) hükmündeki *"borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa"* ifadelerine benzemektedir. Aynı şekilde yine yüklenicinin eserin yaratım sürecindeki ayıpları yahut sözleşmeye aykırılığı istese de ortadan kaldıramayacağı anlaşılmaktaysa da ek süre (mehil) tâyin edilmesi gereksizdir.[2636]

Doktrindeki pek çok görüş tarafından ifade edildiği üzere[2637] TBK md.117 (Art.102 OR) hükmü bağlamındaki temerrüt ihtarında *(die Mahnung, the legal notice)* alacaklı, derhâl yahut tâyin edeceği bir süre dâhilinde borçludan yalnızca sözleşmeye konu edimi yerine getirmesini istemektedir. Bu durumda alacaklı edimin muhtevâsına, cinsine, nasıl yerine getirilmesi yahut nasıl bir ifa yolu takip edilmesi gerektiğine ilişkin hemen hiçbir açıklamada bulunmaz.[2638] TBK md.117 hükmü bağlamındaki ihtar, hukukî niteliği itibariyle, hukukî işlem benzeri bir fiil/irade açıklaması *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* olarak kabul edilir,[2639] başka bir deyişle alacaklının

---

[2635] **Aral/Ayrancı,** s.471-472; **Öz,** *Özdemir,* s.529. Esasen bu durum, ihtarın dürüstlük kuralı gereği gereksiz olmasıyla da yakından ilişkilidir, detaylı açıklamalar için bkz. **Sivrikaya,** s.145 vd.

[2636] **Tandoğan,** C.II, s.65; **Öz,** *Özdemir,* s.529.

[2637] Detaylı açıklamalar için bkz. **Sivrikaya,** s.61 vd.

[2638] **Sivrikaya,** s.266.

[2639] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s.914; **Eren,** Borçlar Genel, N.3411; **İnal,** s.437; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.911; **İnan/Yücel,** s.618; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.4540; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.906; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1508; **von Tuhr,** s.606; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.III, § 17 N.5; **Serozan/Baysal/Sanlı,** § 17 N.5; **Nomer,** N.186; **Barlas,** s.36; **Havutçu,** Tam İki Tarafa, s.25-26; **Reisoğlu,** s.368; **Feyzioğlu,** s.232; **Ayan,** Borçlar Genel, s.469; **Akıncı,** Borçlar Genel, s.336; **Aybay,** s.146; **Önen,** s.41; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.327; **Akkanat,** s.21; **Yılmaz, Halil:** "Para Borçlarının İfasında Borçluya Yöneltilen Temerrüt İhtarı", Yargıtay Dergisi 1975, C.31, S.1-2, ss.71-102, s.74; **Nazikioğlu, Işık:** "Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü", AÜHFD 1951, C.8, S.1-2, ss.658-684, s.665; **Furrer/Müller-Chen/Çetiner,** s.665; **Hatemi/Gökyayla,** s.276; **Doğan,** s.23. Bu konudaki Yargıtay kararına göre: *"Vade ile ilgili bir başka ayrım olağan vade, belirli vade ve kesin vade kavramları arasında söz konusudur. Belirli vade, borcun muaccel olduğu zamanı ve bunun yanında borcun ifa edilmemesi hâlinde alacaklının ihtarına gerek olmaksızın mütemerrit duruma düşeceği zamanı ifade ederken, kesin vade söz konusu olduğunda borçlu ihtara gerek olmaksızın mütemerrit olur. Olağan vade ise, borcun muaccel olduğu, alacaklının edimini talep edebildiği, borçlunun da bunu ifa etmek zorunda olduğu tarihi anlatan bir kavramdır ve bu tür vadeye bağlı* işlemler *"ihbara bağlı olan* işlemler*" olarak adlandırılır. Burada borçlu vadenin gelmesiyle kendiliğinden mütemerrit olmaz. Temerrüt kavramı ise, en kısa tanımıyla, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hâle gelmiş bir borcun ifasındaki gecikmedir ve kural olarak, bu tür (muaccel) bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Bu husus BK'nın 101. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup ikinci fıkra hükmüne göre ise "Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin*

ihtar neticesinde borçlunun temerrüde düşeceğini yahut temerrüt neticesinde kendisi lehine bazı haklar [örneğin TBK md.125 (Art.107 Abs.2, Art.109 OR) hükmündeki seçimlik haklar] ortaya çıkacağını bilmesi ve irade etmesi gerekmez. Alacaklı bir ihtar düzenlerken yalnızca edimine kavuşmayı hedeflemekte ve temerrüdün tüm hüküm ve sonuçları kanun gereği *(ipso iure)* kendiliğinden meydana gelmektedir.

Ne var ki kanaatimizce TBK md.473/2 hükmü bağlamındaki ihtarda kanunun öngördüğü hüküm ve sonuçlar değil, "alacaklının iradesi" ön plândadır; çünkü artık alacaklı (işsahibi) eserin yaratım aşamalarına bizzat ve doğrudan doğruya müdâhale etmekte, bu çerçevede eserde hangi bakımlardan bir ayıp yahut sözleşmeye aykırılık mevcut olduğunu saptamakta ve bunun ortadan kaldırılmasını, aksi hâlde eserin tamirini yahut işin sürdürülmesini üçüncü bir kişiye bırakacağını ifade edebilmektedir.[2640] Kısacası TBK md.117 hükmü bağlamındaki borçluyu temerrüde düşüren ihtarında yalnızca edimine kavuşma maksadı güden ve esasen pasif bir konumda bulunan alacaklı, TBK md.473/2 hükmü bağlamındaki ihtarda artık eserin yaratım safhalarına bizzat ve doğrudan doğruya müdâhale edip direktifler veren, yönlendirmelerde bulunan bir role bürünmektedir, yani pasif konumdan aktif bir konuma geçmektedir. Bu gerçekler göz önünde tutulursa yine kanaatimizce TBK md.473/2 hükmü bağlamındaki ihtarın hukukî niteliğinin hukukî işlem benzeri bir fiil/irade açıklaması *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* sayılıp sayılamayacağı ihtilâfa müsaittir.[2641] Hatta hemen yukarıda ifade edildiği üzere TBK md.117 hükmü anlamındaki temerrüt ihtarının hukukî niteliği itibariyle hukukî işlem benzeri bir fiil/irade açıklaması *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* olmasından ötürü alacaklının tam fiil ehliyetine

---

edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile" borçlu mütemerrit olacaktır. Temerrüt için aranan ihtar hukuki işlem benzeri fiil mahiyetinde olup, alacaklının alacak miktarını belirterek borçludan borcun ifasını istemesi, ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesi anlamına gelir. İhtar kural olarak şekle tabi olmayıp, yapılmadığı itirazı vaki olursa aksinin ispatı, niteliği gereği alacaklıdan beklenir." **[Yargıtay HGK, E.2017/595, K.2019/364, T.23.03.2019,** www.legalbank.net].

[2640] Aynı yönde daha önceki açıklamalarımız için bkz. ve karş. **Sivrikaya,** s.266.

[2641] Bkz. **Sivrikaya,** s.266.

sahip olması gerekmez; alacaklı yalnızca temyiz kudretini hâiz olsa bile ihtar düzenleyebilir, çünkü alacaklının ihtar düzenlediğinin farkında olup bunun doğuracağı hüküm ve sonuçları bilip istemesinin herhangi bir önemi yoktur.[2642] Ne var ki kanaatimizce TBK md.473/2 hükmüne istinaden bir ihtar düzenleyen işsahibinin, yalnızca temyiz kudretine sahip olmasının yeterli olduğu, ayrıca tam fiil ehliyetini hâiz olmasının gerekmediği şeklindeki bir neticeye varmak oldukça güçtür. Çünkü TBK md.473/2 hükmünde işsahibinin düzenleyeceği bir ihtarla hasar ve tüm masrafları sonradan yükleniciye yükletilmek üzere eserin tamirini yahut işin sürdürülmesini üçüncü bir kişiye bırakmasının mümkün olduğu ve bunun için hâkimden izin almasına ihtiyaç olmadığı fikri doktrinde benimsenmiştir.[2643] Fakat bu hukukî enstrümana sahip kılınmış işsahibinin, her ne kadar hasar ve tüm masrafları sonradan yükleniciye yükletmesi mümkün olsa da üçüncü kişiyi seçerken özenli davranması zorunludur; yoksa hasar ve masraflardan yüklenici değil, bizzat kendisi sorumlu olur.[2644] Dikkat edilirse TBK md.473/2 hükmüne istinaden düzenlediği ihtarla işsahibi, esasen haklarını kullanmak isterken borç altına girme olasılığıyla da karşı karşıyadır. Anılan gerekçelerle kanaatimizce; TBK md.473/2 hükmü bağlamındaki ihtarın, alacaklı bilip istemese de borçluyu temerrüde düşüren, alacaklı farkında olmasa da kendisi lehine pek çok haklar gündeme getiren, hukukî işlem benzeri bir fiil/irade açıklaması *(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)* olarak tavsif edilen "temerrüt ihtarı"ndan farklı olduğu bârizdir. Zira bu

[2642] **von Tuhr,** s.607; **Tandoğan,** Mes'uliyet, s.474; **Tunçomağ,** Borçlar Genel, s.906; **Feyzioğlu,** s.234; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.1515; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.909; **Eren,** Borçlar Genel, N.3412; **Doğan,** s.24; **Uygur,** Şerh C.I, s.751; **Önen,** s.41; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.327. Dolayısıyla temyiz kudretini hâiz olan ancak küçük yahut kısıtlı oldukları için tam fiil ehliyeti bulunmayan kimselerin, borçluya yönelik olarak geçerli bir biçimde temerrüt ihtarı (TBK md.117) düzenleyebilmelerinin önünde bir engel yoktur. Çünkü doktrinde "sınırlı ehliyetsiz" tabir edilen bu kimseler, salt ihtar düzenlemekle herhangi bir borç veya taahhüt altında girmeyip bilakis karşılarındaki muhatabı (borçluyu) temerrüde düşürüp tamamen kendi lehlerine bir işlem tesis etmiş olacaklarından kanunî temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymaksızın hukuka uygun ve geçerli bir ihtar düzenleyebilirler. Ne var ki temyiz kudretini dahi hâiz olmayan alacaklı açısından ihtar, ancak kanunî temsilcisi tarafından düzenlenmelidir. Tüm bu açıklamalar için bkz. ve karş. **Oser/Schönenberger,** TBK: 41-108, s.754; **Feyzioğlu,** s.234; **Önen,** s.41; **Gümüş,** Borçlar Genel, s.909; **Eren,** Borçlar Genel, N.3412; **Akkanat,** s.22; **Barlas,** s.37.

[2643] **Öz,** *Özdemir,* s.529; **Tandoğan,** C.II, s.65; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.368-369; **Eren,** Borçlar Özel, N.2154. Yalnızca tâyin edilecek ek sürenin (mehilin) mâkul sayılıp sayılamayacağı ihtilâfından kurtulmak için işsahibinin "süre" konusunda hâkime danışması tavsiye edilebilir, bkz. **Duman,** s.335.

[2644] **Becker,** s.609; **Tandoğan,** C.II, s.63; **Öz,** *Özdemir,* s.532; **Sivrikaya,** s.267.

hâlde alacaklı (işsahibi), düzenlediği ihtarla yalnızca kanundaki haklarını elde etmemekte, çoğu kez -üçüncü kişiyi seçerken özenli davranmazsa- borç altına girme riskiyle de karşılaşabilmektedir.[2645]

TBK md.473/2 hükmünün lafzı esas alındığında hemen yukarıda açıklanan dört koşulun da kümülatif olarak tahakkuku neticesinde işsahibinin tâyin edeceği veya tâyin ettireceği mâkul bir ek süre (mehil) içerisinde ayıbın yahut sözleşmeye aykırılığın giderilmesini isteme ya da eserin tamirini veya işin sürdürülmesini üçüncü bir kişiye bırakma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.[2646] Fakat doktrindeki hâkim görüş; bu hâlde ayrıca TBK md.473/1 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbikinin olanaklı olduğu, yani işsahibinin anılan haklar hâricinde ayrıca "sözleşmeden dönme" hakkına da sahip olması gerektiği şeklindedir.[2647] Hâl böyle olunca borçlu temerrüdünün genel

---

[2645] Aynı yönde daha önceki açıklamalarımız için bkz. ve karş. **Sivrikaya,** s.267.

[2646] **Zevkliler/Gökyayla,** s.551; **Tandoğan,** C.II, s.65; **Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu,** s.597; **Dayınlarlı,** İstisna Akdi, s.126; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.476-477; **Duman,** s.335 vd.; **Öz,** *Özdemir,* s.529 vd.

[2647] **Eren,** Borçlar Özel, N.2155; **Cumalıoğlu,** s.137; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.369; **Öz,** *Özdemir,* s.532-533. Doktrindeki hâkim görüş, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın aynı minvaldeki içtihatlarıyla da desteklenmektedir. Federal Mahkeme'nin 28.03.2000 tarihli kararı, BGE 126 III 230, 234 vd., nak: **Eren,** Borçlar Özel, s.646, dn.105 ve **Aral/Ayrancı,** s.475, dn.91. Yargıtay'ın ilgili kararına göre: *"ÖZETİ: Davalı yüklenicinin inşaatı eksik bıraktığı ve böylece sözleşme ile üstlendiği edimini yerine getiremediği tartışmasızdır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda projeye aykırılıkların bulunduğu, iskân ruhsatının alınmadığı, alınabilmesi için yapı denetim raporunun temininin gerektiği açıklanmıştır. Akdin geriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine karar verilmelidir. Mahkemece delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek ileriye etkili fesih kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür. Bozmaya uyularak verilen hükmün temyizen tetkiki davacılar vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kâğıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü: Taraflar arasındaki uyuşmazlık 28.09.1992 tarihli, tapuda arsa payı devri karşılığında inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacı arsa sahipleri, inşaatın kararlaştırılan sürede teslim edilmediğini ileri sürerek akdin feshini talep etmişlerdir. Mahkemece bozmadan sonra yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi asıl ve ek raporuna dayanılarak akdin ileriye etkili şekilde feshine karar verilmiş, hüküm davacılar vekilince temyiz edilmiştir. Davalı yüklenicinin inşaatı eksik bıraktığı ve böylece sözleşme ile üstlendiği edimini yerine getiremediği tartışmasızdır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda; inşaatın % 74 seviyesinde bulunduğu, inşaattaki kolonların, donatı ve kirişlerin noksan imal edildiği, çatının yapılmadığı, projeye aykırılıkların bulunduğu, iskân ruhsatının alınmadığı, alınabilmesi için yapı denetim raporunun temininin gerektiği açıklanmıştır. Bu haliyle % 74'ü ikmal olunan ve kolon ve kirişleri projesine göre küçük yapıldığı anlaşılan inşatta, 25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın uygulanarak akdin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine karar verilmesi, oluşa ve dosya kapsamına uygun bulunmamıştır. Akdin geriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine karar verilmelidir. Mahkemece delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek ileriye etkili fesih kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür."* **[Yargıtay 15.HD, E.2005/6210, K.2006/397, T.01.02.2006,** www.legalbank.net]. Tandoğan da bu görüşe katıldığını şu ifadelerle dile getirmiştir: *"...Kanımızca, borçlunun temerrüdünde feshe ilişkin BK. md. 106/108 kıyas yoluyla diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde ve bu arada BK. md. 358 f.II'deki hallerde de uygulanabilmelidir; başka bir deyimle, müteahhit verilen mehil içinde gereken düzeltmeyi yapmaz veya imalâtı sözleşmeye uygun biçimde yapmağa girişmezse iş sahibi işi başkasına yaptırmak yerine fesih yolunu tercih edebilmelidir..."*

sonuçlarından olan aynen ifayla beraber gecikme tazminatı istenebilmesi yahut aynen ifa isteminden derhâl vazgeçildiğini bildirip müspet zararın tazmininin istenebilmesi veyahut da sözleşmeden dönme ve menfî zararın tazminini isteme olanakları TBK md.473 hükmünün tamamı -hem birinci hem ikinci fıkra- bakımından mevcut olmalıdır.[2648] Başka bir deyişle TBK md.473/2 hükmündeki dört koşul da kümülatif olarak tahakkuk ettiğinde işsahibi, karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarına dair TBK md.125 hükmünde öngörülen alacaklının seçimlik haklarına da başvurabilmelidir.[2649] Çünkü TBK md.473/2 hükmü bağlamında işsahibi, eserdeki ayıbın yahut sözleşmeye aykırılığın ortadan kaldırılmasını, giderilmesini düzenlediği bir ihtarla talep ederken esasen "aynen ifayı" istemektedir. Yine işsahibi, eserin tamirini yahut işin sürdürülmesini hasar ve tüm masrafları yükleniciye yükletilmek üzere üçüncü bir kimseye bırakırken de yüklenicinin "aynen ifasından vazgeçip" üçüncü kimse için yapılacak masrafları ve o âna kadarki hasarı yine de yükleniciden istemekte yani "müspet zararının tazminini" hedeflemektedir.[2650]

Fakat doktrinde TBK md.473/2 hükmüne dair farklı görüşlerin olduğunu ifade etmek gerekir. Bir görüş, eserin ayıplı yahut sözleşmeye aykırı olacağının açıkça görülmesine rağmen ancak işin üçüncü bir kişiye gördürülmesi olanaklı değilse, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olması gerektiğini savunur.[2651] Bir başka görüşe göre TBK md.473/2 hükmü, yüklenicinin "şahsına bağlı olmayan" eser sözleşmelerinde, işsahibine sözleşmeden dönme hakkı vermez. İşsahibi, ayıbın yahut

---

nak.: **Tandoğan,** C.II, s.69. TBK md.473/2 hükmünün tatbik şartları gerçekleşmişken ayrıca TBK md.473/1 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla işsahibinin "öncelenmiş dönme" hakkına da başvurulabilmesi gerektiği yolundaki görüşe katılan Cumalıoğlu, bunun için yüklenicinin kusurlu olmasının, işsahibinin uygun bir süre tanımasının ve ayıp yahut sözleşmeye aykırılık ortadan kaldırılmazsa öncelenmiş dönme hakkını kullanacağını bildirmesinin gerektiğini açıkça vurgular, bkz. **Cumalıoğlu,** s.137.

[2648] **Eren,** Borçlar Özel, N.2155; **Tandoğan,** C.II, s.65 vd.; **Öz,** *Özdemir,* s.532.

[2649] **Tandoğan,** C.II, s.65 vd.; **Aral/Ayrancı,** s.474-476; **Eren,** Borçlar Özel, N.2155; **Öz,** *Özdemir,* s.532-533.

[2650] Benzer açıklamalar için bkz. **Sivrikaya,** s.268.

[2651] **Öz,** Eser Sözleşmesinden Dönme, s.62 vd.

sözleşmeye aykırılığın ortadan kaldırılması için işi bir üçüncü kişiye bırakabilir.[2652] Hâkim görüşe göre ise böyle bir ayrıma gidilmesine gerek olmadan işsahibine sözleşmeden dönme hakkı verilmelidir.[2653] Bununla birlikte hâkim görüş çatısı altında yer alan bir fikre göre yaratım sürecinde eserin ayıplı yahut sözleşmeye aykırı olacağını açıkça gören işsahibi, yükleniciye bir ihtar düzenleyerek uygun bir süre (mehil) vermeli, verilen süre dâhilinde ayıp yahut sözleşmeye aykırılık ortadan kaldırılmazsa işsahibi, TBK md.125 hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbiki sayesinde sözleşmeden dönebilmelidir.[2654] Doktrinde *Zevkliler* ve *Gökyayla* ise daha farklı bir yaklaşımla, işin ayıplı yahut sözleşmeye aykırı olacağının açıkça belli olması ve işsahibinin yükleniciye verdiği uygun sürede dahi bunun ortadan kaldırılamayacağının anlaşıldığı hâllerde, işsahibinin -tıpkı TBK md.125 hükmünde olduğu gibi- TBK md.473/2 hükmüne istinaden sözleşmeden dönebileceğini, bu hâlde dönmenin, kural olarak, geçmişe yönelik *(ex tunc)* etkili olacağını,[2655] hatta ayıbın yahut sözleşmeye aykırılığın düzeltilemeyeceğinin kesin surette anlaşılması ihtimalinde süre vermeye dahi gerek olmadığını[2656] savunurlar. *Zevkliler* ve *Gökyayla,* işin vâdesinde bitirilemeyeceğinin kesin surette anlaşıldığı ve artık işsahibinin sözleşmeyle bağlı olmasındaki menfaatin de çoğu durumda ortadan kalkmış olacağı gerekçesiyle işsahibinin işi üçüncü bir kişiye yaptırmasının zorunlu olduğunu savunmanın, normun amacına aykırı olduğunu da vurgularlar.[2657]

Nihayetinde kanaatimizce TBK md.473 hükmünün her iki fıkrası da herhangi bir gerçek ve teknik manada "boşluk" barındırmayıp borçlu temerrüdüne dair hükümlerle tamamlanma ihtiyacı hissetmeyen, tipik birer öncelenmiş sözleşmeye aykırılık düzenlemeleridir. Zaten TBK md.473/1 hükmünde kanun koyucu öncelenmiş

[2652] **Gümüş,** Borçlar Özel, s.368. Fakat ayrıksı hâllerde dönme hakkı tanınabileceği doğrultusunda görüşler de mevcuttur, bkz. **Gümüşsoy Karakurt,** s.271 vd.
[2653] Doktrindeki hâkim görüşü teşkil eden yazarlar için bkz. **Aral/Ayrancı,** s.475, dn.89.
[2654] **Tandoğan,** C.II, s.68-69.
[2655] **Zevkliler/Gökyayla,** s.535; **Tandoğan,** C.II, s.69; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.114.
[2656] **Zevkliler/Gökyayla,** s.534-535; **Tandoğan,** C.II, s.65; **Seliçi,** İnşaat Sözleşmesi, s.112.
[2657] **Zevkliler/Gökyayla,** s.535.

sözleşmeye aykırılığın ağır ve önemli bir sonucu olan "öncelenmiş (erken) dönme" hakkını açıkça düzenlemiştir, işsahibi henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden dönebilmektedir. Bunun borçlu temerrüdünde seçimlik hakları düzenleyen TBK md.125 hükmündeki -alışılagelmiş- sözleşmeden dönme hakkıyla bir ilgisi yoktur. Yine TBK md.473/2 hükmünde kanun koyucu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte işsahibine (alacaklıya), yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı hareketleri (yaratım sürecinde ayıp yahut sözleşmeye aykırılık) karşısında birtakım hukukî enstrümanlar tanımıştır. Başka bir deyişle TBK md.473/2 hükmünde de alacaklı, vâdeyi beklemek zorunda olmaksızın borçluya karşı harekete geçebilmektedir. Bu imkânlar bile tipik öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa işaret eder. TBK md.473/2 hükmünün de borçlu temerrüdüne dair hükümlerle tamamlanması gerekmez, hatta böyle bir çaba anılan maddede düzenlenen kendine özgü *(sui generis)* müessesenin tabiatına da uygun değildir. Gerek TBK md.473/1 hükmü gerekse de TBK md.473/2 hükmü olsa olsa TBK'ya eklenmesini önereceğimiz[2658] genel nitelikli pozitif düzenlemeler ile tamamlanabilir ki böylece işsahibi; kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı *(suspension),*[2659] borçludan açıklama yapmasını yani sözleşmeyle bağlılığını açıklığa kavuşturmasını isteme hakkı *(Klärung der Vertragstreue),*[2660] bazı durumlarda hapis hakkı[2661] ve yeterli bir teminat göstermesini isteme hakkı gibi[2662] pek çok çeşitli hukukî enstrümana kavuşacaktır. Ancak TBK'ya böyle bir ekleme yapılmamışken yani hâlihazırdaki mer'î mevzuat durumunda kanun koyucu, TBK md.98 (Art.83 OR) ve CISG'deki "Öne Alınmış Sözleşmeye

[2658] Bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.
[2659] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, B. "Edimin İfasını Askıya Alma" veya "Malların Teslimini Durdurma Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR).
[2660] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, d. Borçlunun "Sözleşmeyle Bağlılık" Gösterip Göstermeyeceğinin Teyit Edilmesi *(Klärung der Vertragstreue)*. Ayrıca yine bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, D. "Borçludan Açıklama Yapmasını" ve/veya "Yeterli Bir Teminat Göstermesini İsteme Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR).
[2661] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, C. "Hapis Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TMK md.952 (Art.897 ZGB).
[2662] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, D. "Borçludan Açıklama Yapmasını" ve/veya "Yeterli Bir Teminat Göstermesini İsteme Hakkı" ve Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi: TBK md.98 (Art.83 OR).

Aykırılıklar"a dair md.71, md.72 ve md.73 hükümlerinden farklı olarak öncelenmiş (erken) dönme hakkına sahip olan tarafa, somut olayın niteliğine göre bir teminat talep etme veya süre verme gibi bir yükümlülük yüklemiş değildir. Dolayısıyla son tahlilde TBK md.473/1 hükmü lafzına sadık kalınarak yorumlandığında -ve elbette borçlu temerrüdüne dair hükümlerle tamamlanmadığında- alacaklıya (işsahibine) sadece öncelenmiş (erken) dönme hakkı verirken; TBK md473/2 hükmü de aynı yorum kuralları altında alacaklıya (işsahibine), uygun bir süre tâyin etmek/ettirmek kaydıyla ayıbın veya aykırılığın giderilmesini yükleniciden talep edebilme, aksi hâlde hasar ve tüm masrafları sonradan yükleniciye yükletilmek üzere eserin tamirini yahut işin sürdürülmesini üçüncü bir kişiye bırakabilme haklarını vermektedir. Bu lafzî ve katı yorumun esnetilebileceği tek husus kanaatimizce, TBK md.473/1 hükmündeki öncelenmiş dönme hakkının kıyasen TBK md.473/2 hükmü bağlamında da uygulanabilmesidir. Zira her iki fıkra da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlleridir, normun ortak maksadı henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçluyu (yükleniciyi) edimine karşı özenle ve sadakatle hareket etmeye yöneltmektir.

c. Yaklaşık Bedelin Aşılması Sebebiyle Sözleşmenin Sona Ermesi (TBK md.482, Art.375 OR)

TBK md.26 (Art.19 OR) hükmünde düzenlenen sözleşme serbestîsi prensibine istinaden taraflar, aralarındaki müzâkereler neticesinde sözleşmenin öngördükleri vâdeden evvel yanlardan biri yahut her ikisi tarafından da ortadan kaldırılabileceği hususunda mutabık kalabilirler. Bu hâlde "iradî bir kabulden" söz edilir; ancak bazı hâllerde de vâdeden evvel sona erdirme hakkı, doğrudan doğruya bir kanun hükmünden kaynaklanabilir. Örneğin eser sözleşmesinin sona ermesine dair sebeplerden biri olarak "Yaklaşık Bedelin Aşılması" madde başlıklı TBK md.482/1 hükmü uyarınca *"başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, işsahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa işsahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan*

sonra sözleşmeden dönebilir." Anılan düzenleme "aşırı ifa güçsüzlüğü" hâli olarak nitelendirilemese de sözleşmenin kurulmasının ardından vuku bulan bir sebeple, vâdeden önce sona erdirilebilmesini öngörür. Doktrinde *Cumalıoğlu*'na göre TBK md.482/1 hükmünde işsahibinin dönme hakkına başvurabilmesi, sözleşmenin kurulması sırasında tâyin edilen yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılacağının öngörülmesine tâbi kılınmış olsa dahi dikkat edilirse burada borçlunun edimini hiç yahut gereği gibi yerine getirmeyeceğine dair herhangi bir öngörülebilirlik söz konusu olmadığından dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan da söz edilemez. Benzer gerekçelerle TBK md.482/2 hükmünde[2663] işsahibine verilen "vâdeden evvel fesih hakkı" da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesiyle ilgili değildir.[2664]

d. Tam Tazminat Karşılığında Fesih (TBK md.484, Art.377 OR)

Eser sözleşmesinin sona ermesine dair sebeplerden biri olarak "Tazminat Karşılığı Fesih" madde başlıklı TBK md.484 hükmü uyarınca *"işsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir."* Anılan düzenlemenin de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesiyle bir ilgisi yoktur; hükümde sadece işsahibine klâsik ve teknik anlamda bir sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınmış ve bu hakkın şartları ifade edilmiştir. TBK md.484 hükmü de tıpkı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi gibi "sözleşmeyle bağlılık" *(pacta sund servanda)* prensibinden bâriz bir anomaliye işaret etse bile hükümde sözü edilen sözleşmeyi sona erdirme hakkı, borçludan kaynaklanan yahut taraflarla ilgisi olmayan bir sebebe, örneğin bir sözleşmeye aykırılığın öngörülebilmesine dayanmaz.[2665]

[2663] TBK md.482/2 hükmüne göre: *"Eser, işsahibinin arsası üzerine yapılıyorsa işsahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir."*

[2664] **Cumalıoğlu,** s.45.

[2665] **Cumalıoğlu,** s.45.

2. Kira Sözleşmesindeki Durum

a. Kiracının Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu (TBK md.316, Art.257f OR)

"Özenle Kullanma ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu" madde başlıklı TBK md.316 hükmüne göre *"Kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür.*

Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunur. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir.

Konut ve çatılı işyeri kirasında, kiracının kiralanana kasten ağır bir zarar vermesi, kiracıya verilecek sürenin yararsız olacağının anlaşılması veya kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranışının kiraya veren veya aynı taşınmazda oturan kişiler ile komşular bakımından çekilmez olması durumlarında kiraya veren, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir."

Anılan düzenleme, kiracının en az "kira bedeli ödeme borcu" kadar önemli olan bir diğer borcunu yani kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcunu hükme bağlamaktadır. Maddenin birinci fıkrası, borcu ve sınırlarını tanımlarken; ikinci fıkrası borcun ihlâline bağlanan müeyyideyi düzenlemektedir. Dikkat edilirse yasa koyucu "müeyyide" hükmünde, kira konusunun konut ve çatılı işyeri olup olmamasına göre farklı fesih usûlleri öngörmüştür: Konut ve çatılı işyeri kiraları hâricinde kalan diğer kira ilişkilerinde kiracının özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcuna aykırı davranışı karşısında kiraya veren, herhangi bir ihtara gerek olmaksızın derhâl fesih hakkını kullanabilirken; konut ve çatılı işyeri kiralarında fesihten önce en az otuz

günlük bir süre tâyin edilmesi gerekmekte ve bu sürede kiracıdan borca aykırı davranışını sonlandırması talep edilmektedir; fesih hakkı ancak bu iki şartın sağlanması akabinde kullanılabilmektedir. Bununla birlikte ayrıksı bir durum olarak TBK md.316/3 hükmünde sayılan bazı vâkıalar karşısında konut ve çatılı işyeri kirasının dahi derhâl fesih ile sona erdirilebileceği öngörülmüştür.

TBK md.316 hükmü ilk bakışta kira sözleşmesi hâlihazırda devam ederken, yani sözleşme süresi henüz dolmamışken kiraya verene fesih hakkı tanımış olması sebebiyle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesiyle ilişkilendirilmeye oldukça müsaittir. Fakat daha önce ifade ettiğimiz üzere[2666] öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, "sürekli" edim ihtivâ eden sözleşmelere çoğu kez yabancıdır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçları göz önüne alındığında, işbu borca aykırılık hâlinin âni edim ihtivâ eden sözleşmelerde her zaman; sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde ise henüz borcun ifasına başlanmamış olmak kaydıyla meydana gelmesi mümkündür.[2667] Borcun ifasına başlanmış olan sürekli edimli sözleşmelerde, edim zaten her ân muaccel hâlde olduğundan dolayı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği bir zaman aralığı, bir süreç mevcut değildir. Daha ayrıntılı açıklamak gerekirse çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere[2668] öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebilmesi için borcun (edimin) doğumu ile muaccel hâle gelmesi arasında öyle ya da böyle bir zaman aralığı, bir süreç mevcut olmalıdır ki bu süreçte borçlu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce edimini ifa etmeyeceğini kesin bir biçimde beyan edebilsin. Âni edimli sözleşmelerde hemen her durumda böyle bir zaman aralığı (borcun doğumu ile muacceliyeti arasında) mevcuttur. Oysa sürekli edimli sözleşmelerde edim bir kez ifa edilmeye başlandı ise artık her ân muacceliyet söz konusu olacağından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği uygun bir zamansal zemin mevcut

[2666] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, C, 3. Sözleşmenin Âni, Sürekli yahut Dönemlik Edim İhtivâ Etmesi Açısından Değerlendirme.
[2667] **Cumalıoğlu,** s.58.
[2668] Daha detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, A. Genel Olarak.

değildir. İfasına başlanmış sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerde teknik sebeplerle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemese dahi bunun eksikliğini (bilhassa erken dönme hakkının eksikliğini) "haklı sebeple fesih" müessesesi giderir mahiyettedir.[2669] İşte TBK md.316 hükmünde olan durum tam olarak böyledir. Kiracı, ister konut ve çatılı işyeri olsun isterse de diğer kira ilişkileri olsun, kiralananı bir kez teslim almış olmakla birlikte, sözleşme süresinin sonuna kadar "kira bedeli ödeme" ve "kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme" borçları altına girer. Bunlardan ilk borç kuşkusuz dönemlik edim sayılır ve ödemelerin hangi periyotlarla yapılması gerektiği kararlaştırılmış olursa olsun nihayetinde bir vâde (ya da muacceliyet ânı) tâyin edilmiş olacağından öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir. Başka bir deyişle kiracının kira bedeli ödeme borcu bakımından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermesi mümkündür. Zaten hemen müteakip altbaşlıkta incelenen "Kiracının İflâsı" meselesi bunun tipik ve spesifik bir örneğini teşkil eder. Kira bedeli ödeme borcu, dönemlik edimdir ve tıpkı âni edimli sözleşmelerde olduğu gibi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği bir zamansal zemine (sözleşmenin kurulmasından, edimin muaccel olması ânına dek geçen süreye) sahiptir.

Oysa diğer borç olan "kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme" borcu, kiralananın teslimiyle başlayan ve her ân kesintisiz olarak devam eden, yani belirli bir muacceliyet ânının olmadığı, "sürekli" edim olarak tavsif edilmesi gereken bir borçtur. Hâl böyle olunca kiracının özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcuna aykırı davranması, teknik olarak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık teşkil etmez. Zaten TBK md.316 hükmünde düzenlenen derhâl fesih, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mahsus olan ve daha önce değindiğimiz[2670] "öncelenmiş (erken) dönme/fesih"

[2669] **Cumalıoğlu,** s.58.
[2670] Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, § 9, II, F, 3. Öncelenmiş (Erken) Dönme Hakkı *(vorzeitiger Rücktritt vom Vertrag).*

değildir. Anılan maddedeki fesih olsa olsa haklı fesih olarak nitelendirilebilir, nitekim maddenin üçüncü fıkrasında sayılan vâkıalar da tipik birer haklı sebeptir.

b. Kiracının İflâsı (TBK md.332, Art.266h OR)

"Kiracının İflası" madde başlıklı TBK md.332 hükmünde[2671] kiracının iflâs etmesi durumunda kiraya vereni hukuken himâye edecek bir düzenleme öngörülmüştür. Çünkü kiracının iflâs etmesi durumunda kiraya veren, kiracının kiralananı kullanımını önleyemeyecek ve fakat buna rağmen kira bedelini tahsil edememe tehlikesine mâruz kalacaktır.[2672] TBK md.332 hükmü, kiracının ancak kiralananın tesliminden sonraki süreçte iflâs etmesi ihtimalinde tatbik imkânı bulur.[2673] TBK md.332 hükmünde kiracının iflâsına istinaden kira sözleşmesinin feshi, *"kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir. Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir."* şeklinde düzenlenmiştir.[2674]

TBK md.332 hükmünde ifa güçsüzlüğüne yani borçlunun ödemeden acze düşmüş olmasına ilişkin genel nitelikli hüküm olan TBK md.98 (Art.83 OR) hükmüne

---

[2671] Nitekim aynı düzenleme Art.266h OR'de de mevcuttur, buna göre: *"Fällt der Mieter nach Übernahme der Sache in Konkurs, so kann der Vermieter für künftige Mietzinse Sicherheit verlangen. Er muss dafür dem Mieter und der Konkursverwaltung schriftlich eine angemessene Frist setzen.*
Erhält der Vermieter innert dieser Frist keine Sicherheit, so kann er fristlos kündigen."

[2672] **Ural Çınar, Nihal:** Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s.135.

[2673] Kira sözleşmesinin akdedilmesinin ardından gerek kiraya veren gerekse de kiracı taahhüt ettikleri yükümlülüklerini ifa etmemişlerse, TBK md.332 hükmünün bâriz lafzı karşısında, anılan hüküm tatbik edilemeyecek bunun yerine genel nitelikli olan TBK md.98 hükmüne gidilecektir. İşte böyleliklerdir ki kiraya veren, kira bedeli ödenmediği müddetçe kiralananın kullanımını kiracıya bırakma yükümlülüğünden imtinâ edebilecektir, bkz. **Ural Çınar,** s.139.

[2674] Önemle belirtmek gerekir ki TBK md.332 hükmü, ürün (hâsılat) kiraları hâricinde kalan kira sözleşmelerinde tatbike müsaittir. Nitekim ürün (hâsılat) kiraları açısından özel bir düzenleme olarak TBK md.370 hükmü öngörülmüştür. Anılan hükme göre: *"Kiracının iflası hâlinde sözleşme, iflasın açıldığı anda, kendiliğinden sona erer. Ancak, kiraya veren, işlemekte olan kira ve tutanağa geçirilen eşya için yeterli güvence verildiği takdirde, sözleşmeyi kira yılının sonuna kadar sürdürmekle yükümlüdür."* İşte anılan hüküm ile ürün (hâsılat) kiralarında kiracının iflâs etmesi üzerine iflâsın açıklanması ile sözleşmenin kendiliğinden *(ipso iure)* sona ereceği şeklinde bir çözüm anlayışı benimsenmiştir, bkz. **Ural Çınar,** s.146-147.

esasen paralel bir düzenleme, kira sözleşmeleri bağlamında öngörülmüştür. TBK md.332 hükmünün kapsamına sadece işleyecek kira bedelleri dâhildir.[2675] Başka bir deyişle TBK md.332 hükmü, "işlememiş" yani henüz muacceliyet kazanmamış kira bedelleri açısından alacaklıya (kiraya verene) sözleşmeyi sona erdirme olanağı sunmaktadır. Oysa "işlemiş" yani muaccel kira bedellerini ödememiş kiracı, doğrudan temerrüde düşmüş sayılacağından artık kira sözleşmesi TBK md.315 (Art.257d OR) hükmüne[2676] istinaden feshedilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki TBK md.332 hükmü, sadece olağan (adi) kiralar ile konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından tatbike müsaittir, zira ürün (hâsılat) kiraları bakımından TBK md.370 (Art.297a OR) hükmünde kiracının iflâsının açılmakla birlikte sözleşmeyi kendiliğinden sonra erdireceğine dair ayrı ve özel bir düzenleme ihdas edilmiştir. TBK md.370 hükmüne göre *"kiracının iflası hâlinde sözleşme, iflasın açıldığı anda, kendiliğinden sona erer. Ancak, kiraya veren, işlemekte olan kira ve tutanağa geçirilen eşya için yeterli güvence verildiği takdirde, sözleşmeyi kira yılının sonuna kadar sürdürmekle yükümlüdür."* Görüldüğü üzere TBK md.332 hükmünden farklı olarak md.370 hükmünde kanun koyucu, alacaklıya (kiraya verene) herhangi bir şekilde sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik bir enstrüman tanımamış, bilakis doğrudan bir yasa hükmüyle sözleşmenin "ne zaman sona ereceğini" düzenlemiştir. Hâliyle TBK md.370 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla bir ilgisi yoktur.[2677]

Dikkat edilirse TBK md.332 hükmü uyarınca kiraya veren -TBK md.98 hükmünde de olduğu üzere- doğrudan doğruya sözleşmeyi sona erdirme olanağına sahip kılınmamıştır. Zira her şeyden önce kiraya veren, ihtilâfa konu kira bedellerine

---

[2675] **Ural Çınar,** s.140; **Uygur,** Şerh C.II, s.1788; **Ruhi, Ahmet Cemal:** Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku C.I, Ankara 2011, s.662.

[2676] TBK md.315 hükmüne göre: *"Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir.*

Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar."

[2677] **Cumalıoğlu,** s.127.

kavuşabilmek maksadıyla[2678] iflâs masasına ve kiracıya bir teminat göstermesi için süre tâyin edecek, şayet süre dâhilinde teminat gösterilmezse sözleşmeyi feshedebilecek, yani ileriye etkili *(ex nunc)* olarak sona erdirebilecektir.[2679]

İşte özelliklerine kısaca değindiğimiz TBK md.332 hükmü, kiracının iflâsını -ister istemez- bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli olarak düzenlemiştir. Aslında daha önce çeşitli vesilelerle değinildiği üzere sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerin ifasına bir kez başlandıktan sonra artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi, müessesenin hukukî niteliği gereği mümkün olmaz. Kira sözleşmesi de sürekli edimli bir sözleşmedir. Ancak dikkat edilirse buradaki sürekli edim, kiraya verenin kiralananı sözleşmeye uygun bir biçimde ve hazır surette kiracıya sunmak ve onun kullanmasına veya yararlanmasına sözleşme devam ettikçe katlanmaktır. Oysaki kiracının bedel ödeme borcu sürekli edim değil, "dönemlik edim" olduğu için kiraya veren aleyhine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi gayet mümkündür. Kira sözleşmesi akdedilmiş, kiralanan kiracıya teslim edilmiş ve kira bedelleri her ay kararlaştırılan günde muacceliyet kazanacakken, iflâs gibi sözleşmenin akdinden sonra fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ortaya çıkan bir vâkıa, artık kiraya veren perspektifinden bakıldığında edimin (kira bedellerinin) vâdesinde ödenmeyeceğinin muacceliyetten önce öngörülebilmesini sağlar. Dolayısıyla artık kiraya verenin birtakım haklarını kullanmak için muacceliyete dek beklemesini gereksiz gören kanun koyucu, açıkça belirtmese de TBK md.332 hükmünde tipik bir öncelenmiş

[2678] TBK md.332 hükmünün eski kanun döneminde karşılığını teşkil eden eBK md.261 hükmünde kiraya verenin "işlemiş kira bedelleri" bakımından da teminat talep edebileceği öngörülmüştü. Oysaki yeni kanun döneminde TBK md.332 hükmüyle işlemiş kira bedelleri, maddenin tatbik sahası hâricinde bırakılmıştır. TBK md.332 hükmünün gerekçesine göre *"birikmiş kiralar ise genel hükümlere tâbi olduğu için, kapsam dışı tutulmuştur."* Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Uygur,** Şerh C.II, s.1788; **Günay, Cevdet İlhan:** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1.B, Ankara 2012, s.1074.

[2679] **Ural Çınar,** s.142 vd.; **Uygur,** Şerh C.II, s.1788; **Aydoğdu/Tuncer,** s.628-629; **Aydınlıyım, Suat:** Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması, Ankara 1972, s.13 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** Özel Hükümler, s.296 vd.; **Aral/Ayrancı,** s.400-401; **Eren,** Borçlar Özel, N.1313 vd.; **Gümüş,** Borçlar Özel, s.312 vd.; **Kılıçoğlu,** Borçlar Özel, s.273; **Öz,** *Doğan,* s.253 vd.; **Tandoğan,** C.I/2, s.227 vd.; **Zevkliler/Gökyayla,** s.351 vd.; **Yavuz/Acar/Özen,** C.I, s.580 vd; **Tunçomağ,** Akdin Muhtelif Nev'ileri, s.313 vd.

sözleşmeye aykırılığa yer vermiştir. Hatta bunun sonuçlarından olarak kiraya veren yine muacceliyeti beklemeksizin öncelenmiş (erken) fesih hakkını[2680] kullanarak sözleşmeyi ortadan kaldırabilmektedir.

Ancak doktrinde *Cumalıoğlu,* TBK md.332 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilgili olmadığı, sadece haklı sebeple fesih imkânı sunan bir düzenleme olduğu görüşündedir.[2681]

3. Tüketim Ödüncü (Karz) Sözleşmesinde Ödünç Alanın Aczi (TBK md.390, Art.316 OR)

Tüketim ödüncü sözleşmesinde ödünç alanın ifa güçsüzlüğüne yani borç ödemeden acze düşmesi durumunda ödünç veren hukuken himâye edilmiştir. Bu himâye, ödünç verene ödünç konusu şeyi "teslimden imtinâ hakkı" verilerek sağlanmıştır. TBK md.390 hükmüne göre *"Ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir. Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir."*

İfa güçsüzlüğüne dair genel nitelikli düzenleme olan TBK md.98 (Art.83 OR) hükmünde borçlunun acze düşmesinin sözleşmenin kurulmasından önce mi yoksa sonra mı olması gerektiğine dair herhangi bir açıklık mevcut değilken; ödünç alanın acze düşmesine istinaden ödünç verenin ödünç konusu şeyi teslimden imtinâ hakkını kullanabilmesi bakımından aciz hâlinin sözleşmenin kurulmasından gerek önce gerek sonra ortaya çıkmış olabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Sadece sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkmış borç ödemeden aciz hâlinde, ödünç verenin hakkını

[2680] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarından en ağırı öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkıdır. Bu hak, kural olarak, yalnızca âni edimli sözleşmelerde kullanılabilse de bunun kıyasen sürekli edimli sözleşmelerde artık "öncelenmiş (erken) fesih hakkı"na bürüneceğini kabul etmekte herhangi bir sakınca yoktur. Keza mevcut pozitif hukuk düzenimiz de TBK md.126 hükmü sayesinde böyle bir yoruma müsaittir.

[2681] **Cumalıoğlu,** s.127.

kullanabilmesi bakımından bunu öğrenmiş olması gerektiğine hükümde vurgu yapılmıştır. Oysaki kanaatimizce maddenin bu hükmü gereksizdir, zira hiç kimse sahip olduğunu bilmediği bir hakkı kullanmayı zaten düşünemez.

TBK md.390 hükmü iki parçalı olarak okunmaya müsaittir: Kural olan birinci fıkra hükmünde, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde ödünç verenin ifasını askıya alma hakkını [*"ödünç konusunun tesliminden kaçın(ma)"*] kullanabileceği öngörülmüştür. Ayrıksı durum olan ikinci fıkra hükmünde ise ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olmasına rağmen ödünç veren bu hâli bilmiyorsa ve güçsüzlüğü sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenirse yine de ödünç verenin ifasını askıya alma hakkını kullanabileceği öngörülmüştür. Dikkat edilirse TBK md.390 hükmü, sözleşmeyi sona erdirme hakkını değil; esasen farklı kelimelerle de olsa ifayı askıya alma hakkını *(suspension)* düzenlemektedir. Kaldı ki -faizsiz- tüketim ödüncü (karz) sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan dolayı "sözleşmeden dönme", "sözleşmeyi feshetme", "sözleşmeyi sona erdirme" gibi haklardan söz edilmemesi gayet anlaşılırdır, zira anılan haklar olsa olsa tam iki tarafa borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde kullanılmaya müsaittir.[2682]

TBK md.390 hükmünde de tıpkı TBK md.332 hükmünde olduğu gibi öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilecek bir durum düzenlenmiştir. Zira ödünç konusu şeyin teslimi borcu henüz muaccel olmamışken, ödünç alanın borç ödemeden acze düşmesi üzerine gelecekteki edimine kavuşamayacağını öngören ödünç veren, kendi edimini (ödünç konusu şeyi teslim) yerine getirmekten henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte imtinâ edebilmektedir. TBK md.332 hükmünde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ağır sonucu olan öncelenmiş (erken) fesih

[2682] Benzer yönde bkz. ve karş. **Cumalıoğlu,** s.128.

hakkı düzenlenmişken, TBK md.390 hükmünde daha hafif bir sonuç olarak ifayı askıya alma hakkı[2683] düzenlenmiştir.

Doktrinde *Cumalıoğlu,* tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme karakterine büründüğü hâllerde, örneğin ödünç alanın faiz ödeme taahhüdünde bulunduğu bir olayda ifa güçsüzlüğüne düşmesinin öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verebileceğini ve buna karşılık ödünç verenin artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarına başvurabileceğini ifade eder.[2684] Yazarın tespitlerine katılmakla birlikte hemen yukarıda izah ettiğimiz üzere, tüketim ödüncü (karz) sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir karakterdeyken de sırf TBK md.390 hükmünde tarif edildiği şekilde bile öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi mümkündür.

4. Hizmet Sözleşmesinde İşverenin Aczi (TBK md.436, Art.337a OR)

TBK md.436 hükmüyle işverenin ifa güçsüzlüğüne yani borç ödemeden acze düşmesi durumunda işçiye, sözleşmeden kaynaklanan hakları işverence uygun bir sürede teminat altında alınmadığı takdirde sözleşmeyi feshedebilme olanağı tanınmıştır. Dikkat edilirse TBK md.436 hükmüyle sadece "işverenin" ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda sözleşmeyi haklı sebeple feshetme olanağı getirilmiştir. Yoksa işçinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi elbette haklı fesih sebebi değildir.[2685]

Bu bağlamda işverenin ifa güçsüzlüğüne yani borç ödemeden acze düştüğünü ispatı, işçiye aittir.[2686] TBK md.436 hükmünde işverenin borç ödemeden acze düştüğünün kabul edilebileceği hâllere dair herhangi bir saymaya, örneklendirmeye gidilmiş değildir; bu hâller oldukça farklıdır. Ancak yine de menfî bir çözümde

[2683] Bkz. ve karş. CISG md.71, *"suspension of performance"*.
[2684] **Cumalıoğlu,** s.128.
[2685] **Gümüşsoy Karakurt,** s.83.
[2686] **Eren,** Borçlar Özel, N.1938.

bulunmak mümkündür: İfa güçsüzlüğünün mevcudiyetinin saptanmasında işveren bakımından iflâs yahut konkordato kararı alınmış olması gerekmemektedir.[2687]

TBK md.436 hükmü de esasen bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlini düzenlemektedir. Zira hükümde geçen işçinin *"...sözleşmeden doğan hakları..."*ndan en önemlisi kuşkusuz ücret alacağıdır. Oysa henüz ücret alacakları muaccel olmamışken işveren ifa güçsüzlüğüne yani borç ödemeden acze düşmüş olduğundan işçi perspektifinden bakıldığında ilerideki edimin ihlâl edileceği açıktır; sözleşmeye aykırılık öncelenmektedir. İşte bu sebeple öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ağır sonucu olan öncelenmiş (erken) fesih hakkı,[2688] işçiye tanınmıştır.

Tıpkı hemen yukarıda[2689] kira sözleşmesi bakımından ifade ettiğimiz gibi hizmet sözleşmesi de kuşkusuz sürekli olup sürekli edim ihtivâ eden sözleşmelerin ifasına bir kez başlandıktan sonra artık öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi, müessesenin hukukî niteliği gereği mümkün olmaz. Ancak dikkat edilirse buradaki sürekli edim, işçinin iş görme (hizmet) borcudur. Oysaki işverenin ücret ödeme borcu sürekli edim değil, "dönemlik edim" olduğu için işveren açısından öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi gayet mümkündür.

Ancak doktrinde *Cumalıoğlu,* TBK md.436 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilgili olmadığı, sadece ifasına başlanmış sürekli edim ihtivâ eden bir sözleşmenin haklı sebeple feshine ilişkin bir düzenleme olduğu görüşündedir.[2690]

[2687] **Eren,** Borçlar Özel, N.1938.

[2688] Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarından en ağırı öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkıdır. Bu hak, kural olarak, yalnızca âni edimli sözleşmelerde kullanılabilse de bunun kıyasen sürekli edimli sözleşmelerde artık "öncelenmiş (erken) fesih hakkı"na bürüneceğini kabul etmekte herhangi bir sakınca yoktur. Keza mevcut pozitif hukuk düzenimiz de TBK md.126 hükmü sayesinde böyle bir yoruma müsaittir.

[2689] Bkz. yuk. Beşinci Bölüm, § 15, II, B, 2, b. Kiracının İflâsı (TBK md.332, Art.266h OR).

[2690] **Cumalıoğlu,** s.127-128.

5. Yayım Sözleşmesinde Yayımcının İflâsı (TBK md.500, Art.392 OR)

Yayım sözleşmesinin "Kişisel Sebeplerle Sona Ermesi" madde başlıklı TBK md.500/2 hükmüne göre *"yayımcı iflas ederse yayımlatan, eseri başka bir yayımcıya verebilir; ancak, iflas anında henüz muaccel olmamış borcun yerine getirileceği konusunda güvence gösterilmişse, yayımlatan eseri başka bir yayımcıya veremez."*[2691] Hükümde de tipik bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâli mevcuttur. Zira yayımlama borçlusu olan yayımcı, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte iflâs ettiğinden yani ifa güçsüzlüğüne düştüğünden ötürü, yayımlatan ilerideki edimin vâdesinde yerine getirilemeyeceğini şimdiden öngörebilmektedir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tipik görünümü gerçekleştiğinden, kanun koyucu *"...eseri başka bir yayımcıya verebilir..."* ibareleriyle yayımlatan bakımından âdeta bir öncelenmiş (erken) fesih hakkı getirmiştir. Yine doktrinde ifade edildiği üzere, yayım sözleşmesinin karakteristik (aslî) edimlerinden olan "çoğaltma" ve "yayma" edimleri göz önüne alındığında sözleşmenin sürekli edim ihtivâ ettiği ve TBK md.500 hükmünün esasen henüz ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmelerde dönmeyi düzenlediği ve dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırı olduğu anlaşılmaktadır.[2692]

6. Kefalet Sözleşmesinde Dönme (TBK md.599, Art.510 OR)

TBK md.599 hükmü uyarınca *"gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür."* Anılan hükümlerde kefile henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki

[2691] Detaylı açıklamalar için bkz. ve karş. **Uygur,** Şerh C.II, s.2283; **Zevkliler/Gökyayla,** s.632-633.
[2692] **Cumalıoğlu,** s.128.

süreçte sözleşmeden dönme hakkı verilmiş olsa dahi bu hak, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmamaktadır. Çünkü dikkat edilirse kefile, sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasının ardından ve kefalet sözleşmesinin değil, "asıl borç sözleşmesinin tarafı olan borçlunun" malî vaziyeti kötüleşirse kefaletten dönebilme hakkı verilmiştir. [2693] Bu hâlde öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edilebilecek olsaydı, ancak ve ancak asıl borç ilişkisinin borçlusu ve alacaklısı arasındaki sözleşmeye aykırılığın öngörülebilmesine istinaden böyle bir çıkarım yapılabilirdi. Yine dikkat edilirse zararlarının giderilmesini talep edecek olan taraf, sözleşmeden dönme hakkını kullanan kefil değil, bilakis kefalete güvenen alacaklıdır. Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden başvurulan bir öncelenmiş (erken) dönme hakkı söz konusu olsaydı zararlarının giderilmesini talep edecek olan taraf, zaten öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanan taraf olacaktı.[2694] Doktrinde *Kılıçoğlu*'nun ifade ettiği üzere TBK md.599 hükmü bağlamında her ne kadar lafız itibariyle sözleşmeden dönmeden söz edilmiş olsa dahi ortada gerçek ve teknik anlamda bir dönme hâli bulunmayıp, olsa olsa "kişinin (lehine kefalet verilen borçlunun) niteliklerinde yanılmadan dolayı sözleşmenin iptali" mevcuttur.[2695] Bir başka gerekçe olarak tarafımızca katılmak mümkün olmamakla birlikte[2696] doktrinde *Cumalıoğlu,* tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelemeyeceğini, bu gerekçeden hareketle kefalet sözleşmesi de tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan dolayı TBK md.599 hükmünde sözü geçen durumun öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ve öncelenmiş (erken) dönme hakkı olmadığını ifade etmektedir.[2697]

[2693] **Cumalıoğlu,** s.45.
[2694] **Cumalıoğlu,** s.45.
[2695] **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.1380-1381.
[2696] Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dahi öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği sadece buna mâruz kalan tarafın (kendisi bir karşı-edim taahhüdünde bulunmamış olan alacaklının) birtakım hakları, işin mahiyeti gereği, kullanamayacağına dair görüşümüz için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, B. Sözleşmeyle Borç Altına Giren Taraf Açısından Değerlendirme.
[2697] **Cumalıoğlu,** s.46.

7. Bağışlama Sözü Vermede Bağışlayanın İfa Güçsüzlüğü (TBK md.296, Art.250 OR)

Bilindiği üzere bağışlama sözü verme, tek tarafa yani sadece bağışlama sözü verene borç yükleyen, buna mukabil bağışlananın ise herhangi bir borç altına girmediği bir sözleşmedir. "Bağışlama Sözü Vermenin Geri Alınması ve İfadan Kaçınma" madde başlıklı TBK md.296/2 hükmünde *"bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar."* denmektedir. Doktrinde katılmadığımız bir görüşe göre bağışlamada olduğu gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez,[2698] dolayısıyla TBK md.296/2 hükmü, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair bir düzenleme olarak değerlendirilemez. Fakat dikkat edilirse TBK md.296/2 hükmünde alacaklıya (bağışlanana) değil, bizzat borçluya (bağışlama sözü verene) bir hak, hatta daha da ötesinde bir "kurtuluş" tanınmıştır ki sırf bu nedenle burada öncelenmiş sözleşmeye aykırılık mevcut değildir.[2699] Oysa öncelenmiş sözleşmeye aykırılık söz konusu olsaydı buna mâruz kalan alacaklı lehine birtakım haklar tanınırdı.

III. MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN

Miras hukukundan bilindiği üzere şeklî anlamda bir ölüme bağlı tasarruf türü olan miras sözleşmesi[2700] ile ölüme bağlı tasarruf iradesini açıklayacak kimse, TMK md.527/2 (Art.494 Abs.2-3 ZGB) hükmüne göre *"...malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir; ancak, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına itiraz edilebilir."* Anılan düzenleme, miras sözleşmesinde murisin taahhüt ettiği yükümlülüğünü ihlâl edeceğinin öngörülebildiği

[2698] **Cumalıoğlu,** s.54.
[2699] **Cumalıoğlu,** s.128.
[2700] "Miras sözleşmesi"ne dair detaylı açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu,** Miras Hukuku, s.129 vd.; **İnan/Ertaş/Albaş,** s.207 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu,** s.227 vd. ve 251 vd.; **Çabri,** Şerh C.I, s.480 vd. ve s.698 vd.; **İşgüzar/Demir/Yılmaz,** s.75 vd.; **Eren/Yücer Aktürk,** s.193 vd.; **İmre/Erman,** s.179 vd.; **Dural/Öz,** s.101 vd.; **Öztan,** s.241 vd.; **Çabri,** Miras Hukuku, s.132 vd.

hâllerde, ihlâl sayılabilecek hareketlere, ölümden[2701] önce itiraz edilebileceğini öngörmektedir. Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki miras sözleşmesi gerçek ve teknik anlamda tam iki tarafa borç yükleyen yani *"synallagmatic"* bir sözleşme değildir; zira murisin ölümüyle birlikte, başka bir deyişle tabiat olayı neticesinde mallarının başka kimselere intikal etmesi sözleşmeler hukuku anlamında "ifa" olarak düşünülemez. Keza belki de işaret ettiğimiz gerçekten hareketle, TMK md.527 (Art.494 ZGB) hükmünün lafzında isabetli olarak dönme değil, *"itiraz"* ibaresi tercih edilmiştir. Dolayısıyla TMK md.527 hükmündeki hukukî enstrümanlar, tamamen miras hukukuna mahsus getirilmiş olup öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesiyle ilgili değildir.[2702]

Miras sözleşmesinin ortadan kaldırılmasına dair "Sözleşmeden Dönme Yolu ile" madde başlıklı TMK md.547 (Art.514 ZGB) hükmüne göre *"miras sözleşmesi gereğince sağlararası edimleri isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya güvenceye bağlanmaması hâlinde borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönebilir."* Görüldüğü üzere sağlararası edimleri esas alan ve bu edimlerin alacaklısına teminat talep etme olanağı tanıyan, bunun gerçekleşmemesi üzerine ise sözleşmeden dönme hakkı veren hüküm, ilk bakışta öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla oldukça benzer bir yapı arz etmektedir. Oysa TMK md.547 hükmünün de öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla herhangi bir ilgisi yoktur. Zira anılan madde, sağlararası edimlerin sözleşmeye uygun surette ifa edilmemesinden, başka bir deyişle "muacceliyet kazanmış" bir edimin hiç yahut gereği gibi ifa edilmemesinden söz etmektedir.[2703] Fakat çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, her durumda "henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki sürecin" üzerine bina edilir. Muaccel bir edimin olduğu yerde -tıpkı TMK md.547 hükmünde olduğu gibi- öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan değil, olsa olsa

[2701] "Ölüm" olgusu, hukukî niteliği itibariyle "vâde"dir.
[2702] **Cumalıoğlu,** s.48.
[2703] **Cumalıoğlu,** s.48-49.

temerrüt, ifa imkânsızlığı, kötü ifa, akdin müspet ihlâli gibi borca aykırılık hâllerinden söz edilebilir.

Durum böyle olmakla birlikte doktrinde *Cumalıoğlu,* TMK md.547 hükmünde *"borçlar hukuk kurallarına"* atıfta bulunulduğundan dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın genel bir kural olarak veya pozitif bir norm olarak benimsenmesi ihtimalinde miras sözleşmelerine, sağlararası edimler açısından kıyasen tatbik edilmesinin tartışılabileceğini ifade etmektedir.[2704] Kanaatimizce TBK'da öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair hükümler[2705] getirilse de bunların miras sözleşmelerine kıyasen dahi tatbiki mümkün olmaz. Zira ister vasiyetname olsun isterse miras sözleşmesi, ölüme bağlı tasarruflar, sağlararası tasarruflardan farklı olarak ancak "ölüm" ile birlikte hüküm ve sonuç doğururlar. Esasen bir vâde olan ölüm anına kadar ölüme bağlı tasarrufların akıbeti, yani hüküm ve sonuç doğurmayacağı belirsizdir. Örneğin lehine ölüme bağlı tasarruf yapılmış bir vasiyet alacaklısının yahut mirasçının muristen önce ölmesi hâlinde işbu tasarruf zaten hükümsüz kalacaktır. Hüküm ve sonuçları itibariyle askıda olan, muacceliyetin belirsiz olduğu, vâdenin (ölümün) de belirsiz olduğu, miras hukuku sözleşmelerinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hükümleri tatbike müsait değildir. Kaldı ki aksi yönde bir kabul, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin amacına ve ruhuna da uygun değildir. İşbu müessese, tarihsel olarak -borçlandırıcı- sözleşmeler hukukundan doğmuş olup günümüzde hemen herhâlde milletlerarası ticarete dair konvansiyonlarda yer almış olduğu kadar millî hukuk sistemlerinde de ticaret hayatını kolaylaştırmaya, tarafları "ümitsiz bir sözleşme ilişkisine" mahkûmiyetten kurtarmaya hizmet etmektedir. Bu gerçeklere miras hukukunda rastlanmadığı gayet açıktır.

[2704] **Cumalıoğlu,** s.49.
[2705] Bunlar hakkında tavsiyelerimiz için bkz. aşağ. Beşinci Bölüm, § 16, II, B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi.

IV. DENİZ TİCARETİ HUKUKU BAKIMINDAN

TTK md.1158/1 hükmünde[2706] yolculuk çarteri sözleşmesi, yine aynı kanun md.1164/1 hükmünde[2707] ise kırkambar sözleşmesi açısından, "taşıtanın yolculuk başlamadan önce sözleşmeyi fesih hakları" öngörülmüştür. Anılan maddeler de sunulmuş haklar da tıpkı öncelenmiş (erken) dönme hakkında olduğu üzere sözleşmede kararlaştırılan vâdeden evvel taşıtana sözleşmeyi ortadan kaldırma olanağı tanır. Fakat anılan maddelerde sözü edilen fesih hakları, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir unsuru olan "ihlâlin öngörülebilmesi"nden[2708] kaynaklanmadığı, bilakis doğrudan bir kanun hükmüne dayandığından dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.[2709]

V. İCRA VE İFLÂS HUKUKU BAKIMINDAN

A. Ölüm, Ehliyet Kaybı ve İflâs

Ölüm, bir tabiat olayı olmasının yanı sıra hukukun da pek çok sahasında önem arz eder. Hukuk, "ölüm" dışında ölüme eşdeğer birtakım olgular da kabul etmiştir ki bunlar, TMK md.31 (Art.34 ZGB) hükmündeki "ölüm karinesi" ve TMK md.32 (Art.35 ZGB) hükmündeki "gaiplik"tir. TMK md.28 (Art.31 ZGB) hükmü gereğince tam ve sağ doğumla başlayan kişilik -ve hak ehliyeti- her üç durumda da sona erer.[2710] Bunların borçlar hukuku ile ilgisine değinmek gerekirse bilindiği üzere bir borç ilişkisinin

---

[2706] TTK md.1158/1 hükmüne göre: *"Taşıtan, yolculuk çarteri sözleşmesini, gemi o sözleşme uyarınca yüklemesini tamamlayıp yolculuğa çıkıncaya kadar feshedebilir."*

[2707] TTK md.1164/1 hükmüne göre: *"Yüklemeden sonra taşıtan, tam navlunu ve 1201 inci madde uyarınca teminat altına alınmış diğer alacakları ödeyerek veya 1202 nci madde uyarınca teminat vererek sözleşmeyi feshedebilir; şu kadar ki, gemiye alınmış olan eşyanın boşaltılması, yolculuğun gecikmesine veya aktarmaya sebep olabilecek ise, diğer bütün taşıtanların onayını almış olmadıkça taşıtan, eşyanın boşaltılmasını isteyemez. Taşıyan, eşyanın gemiden çıkarılması için rotayı değiştirmek veya bir limana uğramak zorunda değildir."*

[2708] İhlâlin öngörülebilmesine dair detaylı açıklamalar için yuk. Birinci Bölüm, § 5, III. Öncelenme Kavramı.

[2709] **Cumalıoğlu,** s.50.

[2710] Tüzel kişilerin ölümünden veya gaipliğinden söz edilemeyeceği gibi kendileri hakkında ölüm karinesi de işletilemez. Ancak bir tüzel kişinin borç ilişkisinin borçlu veya alacaklı tarafını teşkil etmesi hâlinde, eğer tüzel kişilik bir şekilde sona ererse, tıpkı gerçek kişinin ölümü bakımından yapılan akıl yürütmeler geçerli olacaktır.

(Schuldverhältnis) "alacaklı", "borçlu" ve "edim" olmak üzere üç unsuru mevcuttur.[2711] Borçlu, borç ilişkisinin unsurlarından biri olduğundan dolayı ölümüyle birlikte mirasçılara geçmesi mümkün olmayan borçların tamamı son bulur,[2712] mirasçılara geçmesi mümkün olan borçlar ise mirasçılar tarafından yerine getirilir. Oldukça ayrıksı bazı hâllerde ise borç ilişkisinin süjesi olan borçlu öldüğünde aynı ilişki, farklı kişilerin taraf olmasıyla devam edebilmektedir. Örneğin konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine mahsus bir düzenleme olan TBK md.356 hükmüne göre *"ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler."*

Hukukumuzda ölüm, ehliyet kaybı ve iflâs bazı sözleşmelerin başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın kanun gereği *(ipso iure)* sona erme sebebidir. Örneğin TMK md.548/1 (Art.515 Abs.1 ZGB) hükmü gereğince miras sözleşmesiyle lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kişi, murisin ölümü ânında sağ değilse sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar. Yine TBK md.298 (Art.252 OR) hükmü gereğince dönemsel edimi konu alan bir bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın ölümü üzerine kendiliğinden sona erer. TBK md.440 (Art.338 OR) hükmü gereğince bir hizmet sözleşmesi işçinin ölümüyle sona erer. Örnekleri artırmak mümkündür.[2713] Değindiklerimiz gibi kanundaki bir hükümde ölüm üzerine sözleşmenin sona ereceği öngörülmüşse sözleşme, taraflarca tâyin edilen süreden önce ortadan kalkar fakat dikkat edilirse burada sona erme sebebi herhangi bir sözleşmeye aykırılığın (ihlâlin) önceden anlaşılması değildir. Kaldı ki sözleşme taraflarından birinin diğerinin ölümünü öngörerek hareket etmesi kendisinden beklenemeyeceği gibi ölüm öngörülebilir olsa

[2711] **Eren,** Borçlar Genel, N.61; **Kılıçoğlu,** Borçlar Genel, N.3 vd.; **Oğuzman/Öz,** C.I, N.12 vd.
[2712] Bu hususta olarak *"Maddî edimler, kural olarak, üçüncü bir kişi tarafından da yerine getirilebilir…ve borçlunun ölümünde mirasçılarına geçer…Buna karşı, kişisel edimlerin bazıları, ancak bizzat borçlu tarafından ifa edilebilir…ve borçlunun ölümü ile düşer, mirasçılarına geçmez."* nak.: **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı,** C.I, s.36.
[2713] Sayılanlar ve daha fazla örnek için bkz. **Cumalıoğlu,** s.47, dn.133.

bile sözleşmeye aykırılık hâli değildir. Ölüm olgusunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile herhangi bir ilgisi yoktur. Ölüm, olsa olsa bazı ayrıksı durumlarda karşı taraf bakımından sözleşmenin feshedilebilmesi için bir haklı sebep teşkil edebilir. Örneğin ölünceye kadar bakma sözleşmesine dair TBK md.618 (Art.528 OR) hükmüne göre bakım borçlusunun ölmesi, bakım alacaklısı için bir haklı fesih sebebidir. Yine TBK md.333 (Art.266i OR) ve TBK md.371 (Art.297b OR) hükümlerine göre kiracının ölmesi gerek kiraya veren gerekse de kiracının mirasçıları bakımından bir haklı fesih sebebidir.[2714]

Nihayetinde kişinin kendi eylemi neticesinde yahut tesadüfî bir biçimde olsun ölüm, hukukî niteliği itibariyle bir sözleşmeye aykırılık hâli olarak düşünülemez. Ayrıksı durumlarda kanun koyucu, hakkaniyet düşüncesinden hareketle sözleşmenin ölümle sona ereceğini kabul etmiş olmasına rağmen tazminat sorumluluğu öngörmüş olabilir. Örneğin işçiyi koruma maksadına istinaden getirildiği bâriz olan TBK md.441 (Art.338a OR) hükmünde[2715] yahut bakım alacaklısı bakımından yine aynı sâiklerle getirilen TBK md.618 hükmünde[2716] durum böyledir. Dikkat edilirse bu hâllerde ölümle birlikte sözleşme zaten kendiliğinden, kanun gereği *(ipso iure)* sona ermiştir. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte gerek sözleşmeden doğan tüm borçlar -yine kanun gereği- muacceliyet kazanır gerekse de bu tarz sözleşmeler çoğu kez sürekli edim ihtivâ ettiğinden öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelemez.[2717]

[2714] **Cumalıoğlu,** s.47-48.

[2715] TBK md.441 hükmüne göre: *"Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir."*

[2716] TBK md.618 hükmüne göre: *"Bakım borçlusu ölürse bakım alacaklısı, bir yıl içinde sözleşmenin feshini isteyebilir. Bu durumda bakım alacaklısı, bakım borçlusunun iflası hâlinde, iflas masasından isteyebileceği miktara eşit bir paranın kendisine ödenmesini, bakım borçlusunun mirasçılarından isteyebilir."*

[2717] İfasına başlanmış bir sürekli edim ihtivâ eden sözleşmede, müessesenin niteliği gereği öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelemeyeceğine dair detaylı açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, C, 3. Sözleşmenin Âni, Sürekli yahut Dönemlik Edim İhtivâ Etmesi Açısından Değerlendirme.

B. Müeccel Borcun Kanun Gereği Muacceliyet Kazanması

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, asıl borcun talep edilebilirliğini yani muacceliyetini değil, alacaklının vâdeden sonra kullanabileceği sözleşmeden dönme hakkını öne almaktadır. Gerçekten de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, alacaklıya ediminin ifasını askıya alma, sözleşmeyle bağlılığın açıklığa kavuşturulmasını isteme, teminat isteme, öncelenmiş (erken) dönme, tazminat isteme gibi pek çok hukukî enstrüman sunmasına rağmen bunlar arasında "aynen ifa istemini erkene alma", "aynen ifayı muacceliyetten önce isteme" gibi bir hak yoktur. İşte öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile müeccel bir borcun kanun gereği muacceliyet kazanması bu noktada birbirinden tamamen farklıdır. İİK md.257/2 hükmünde[2718] henüz vâdesi gelmemiş dolayısıyla muacceliyet kazanmamış bir borçtan dolayı ihtiyati haciz talep edilebilmesinin şartları öngörülmüştür.[2719] İşte şartlar tahakkuk ettiğinde ihtiyati haciz konulursa esasen müeccel bir borç, artık borçlu hakkında muaccel olur. Ancak bu durumun öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla hiçbir ilgisi olmayıp sadece kanunun alacaklıya tanıdığı bir imkândan ibaret olduğunu belirtmek gerekir.[2720]

Yine "Müflisin Borçlarının Muacceliyet Kesbetmesi" madde başlıklı İİK md.195/1 hükmüne göre *"borçlunun gayri taşınır mallarının rehni suretiyle temin edilmiş olan alacaklar müstesna olmak üzere iflasın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar."* Anlaşıldığı üzere hüküm, borcun talep edilebilirliğini öne almakta olup

---

[2718] İİK md.257/2 hükmüne göre: *"Vadesi gelmemiş borçtan dolayı yalnız aşağıdaki hallerde ihtiyati haciz istenebilir:*

1 –Borçlunun muayyen yerleşim yeri yoksa;

2 –Borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadiyle mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunursa;

Bu suretle ihtiyati haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder."

[2719] Detaylı açıklamalar için bkz. **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel:** İcra ve İflâs Hukuku, 6.B, Ankara 2020, s.442 vd.; **Kuru, Baki/Aydın, Burak:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 8.B, Ankara Ekim-2023, s.380 vd.; **Özekes, Muhammet:** İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, 1.B, Ankara 1999; **Deynekli, Adnan/Saldırım, Mustafa:** Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 3.B, Ankara 2011.

[2720] **Cumalıoğlu,** s.46.

bunun da öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla herhangi bir ilgisi yoktur.[2721] Çünkü zaten iflâsın açılmasıyla kanun gereğince *(ipso iure)* muaccel olmuş bir borcun, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ihlâl edilip edilmediği artık tartışılmaya değer değildir.

Bununla birlikte "iflâs" olgusunun kendisi, TBK md.98 (Art.83 OR) hükmüne göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesinin sebeplerinden biri olabilir. Zira kendi edimini önceden yerine getirmiş olan alacaklı, borçlunun iflâsı hâlinde karşı-edimi iflâs masasından isteyecek yahut sözleşmeden dönecek; kendi edimini henüz yerine getirmemiş olan alacaklı ise TBK md.98 hükmü gereğince ediminin ifasını askıya alma ve bir teminat gösterilmezse sözleşmeden dönme haklarına başvurabilecektir.[2722]

§ 16. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN TESPİT VE TAVSİYELERİMİZ

I. GENEL OLARAK

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğine dair tartışmalara yukarıda değinmiş, her bir görüşün olumlu ve olumsuz yönlerini saptadıktan sonra TBK'ya yeni bir pozitif düzenlemenin eklenmemesi ihtimalinde tercihan akdin müspet ihlâli görüşünün benimsenebileceğini, ancak bu görüşün de bilhassa öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hüküm ve sonuçlarını tam olarak ortaya koyamadığını ifade etmiştik.[2723] Fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tanımı, hukukî niteliği, benzer borca aykırılık hâllerinden farkları, meydana gelme şartları, hüküm ve sonuçları, akdî ilişkideki tarafların hak ve yükümlülükleri gibi pek çok ihtilâflı meselenin çözümü için iki kümülatif yol izlenmelidir: TBK'nın genel hükümler kısmına yeni hükümlerin

[2721] **Cumalıoğlu,** s.46.
[2722] **Cumalıoğlu,** s.46-47.
[2723] Etraflıca açıklamalar için bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, IV. Akdin Müspet İhlâli Görüşü. Ayrıca ve bilhassa bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 6, VII. Görüşlerin Değerlendirilmesi.

eklenmesi ve mevcut TBK hükümlerinin bazılarında (TBK md.117, md.124 vb.) revizyona gidilmesi.

II. YENİ DÜZENLEMELERE OLAN İHTİYAÇ

A. Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil

İsviçre'de, *Huguenin* ve *Hilty* başkanlığında[2724] teşkil edilen Federal Adalet Komisyonu, "OR 2020" tabir edilen *"Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil"* (İsviçre Borçlar Kanunu 2020: Yeni Bir Genel Hükümler Taslağı) öneri metni hazırlamıştır. Kanunun genel hükümlerini dünyanın gidişatına göre yeniden ele almak ve bilhassa borca aykırılık sistemine dair önemli değişikliklere gitmek çalışmanın esaslı noktası olmuştur. OR 2020 Tasarısı'nda *"schuldnerische Nichtleistung* (borçlunun kusurlu ifa etmemesi) kavramına odaklanıldığı görülmektedir.[2725] Tasarı'nın Art.118 hükmü çalışmamız bakımından önem arz eder:

Art.118 OR 2020		
2. Abschnitt: Die Nichterfüllung **A. Ausbleiben der Erfüllung** **I. Im Allgemeinen**	**Chapter 2: Non-performance of obligations** **A. Failure to perform** **I. In general**	**2. Borçların ifa edilmemesi** **A. İfa etmeme** **I. Genel olarak**
Erfüllt der Schuldner eine Pflicht nicht, kann der Gläubiger: **a.** die eigene Leistung zurückbehalten; **b.** Erfüllung verlangen; **c.** die Pflicht selber erfüllen oder erfüllen lassen; **d.** seine eigene Leistung herabsetzen; **e.** Schadenersatz verlangen; **f.** Zinsen verlangen; **g.** den Vertrag aufheben. Der Gläubiger kann diese Rechte nebeneinander geltend machen, soweit sie nicht unvereinbar sind.	In case the debtor fails to discharge his obligation, the creditor may: **a.** withhold his own performance; **b.** request performance; **c.** discharge the obligation himself or lets it be discharged through a third party; **d.** reduce his own performance; **e.** claim damages; **f.** claim interest; **g.** avoid the contract. The creditor may cumulate those remedies insofar as they are not incompatible.	Borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda alacaklı: **a.** kendi ifasını askıya alabilir; **b.** aynen ifayı ifa talep edebilir; **c.** yükümlülüğü kendisi yerine getirebilir veya üçüncü bir şahıs aracılığıyla yerine getirilmesini sağlayabilir; **d.** kendi edimini indirebilir; **e.** tazminat talep edebilir; **f.** faiz talep edebilir; **g.** sözleşme ilişkisini ortadan kaldırabilir. Alacaklı, bu hakları birbiriyle çelişmediği sürece birlikte kullanabilir.

[2724] Tam isimler olarak: Prof Dr. Claire Huguenin ve Prof. Dr. Reto M. Hilty.

[2725] **Müller-Chen, Markus:** Vorbemerkungen Art.118-134, Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Schulthess Juristische Medien A.G., Zürich-Basel-Genf 2013, s.346 vd.

Yukarıdaki tabloda verilen Art.118 OR 2020 hükmünde, edimin yerine getirilmemesi durumunda alacaklının başvurabileceği haklar genel olarak ifade edilmiş, CISG'e benzer biçimde, borca aykırılığın türüne göre değil de "müeyyide merkezli" bir sistem tavsiye olunmuştur. Ancak yine de Art.124 OR 2020 ve devamı maddeleri göz önüne alındığında ifa imkânsızlığı, temerrüt ve akdin müspet ihlâli biçimindeki alışılagelmiş ayrımdan tümüyle vazgeçilmediği görülmektedir. Bu durum İsviçre hukuk doktrininde eleştirilere mâruz kalmıştır: Art.124 OR 2020 ve devamı maddelerinde yalnızca temerrüdün bağımsız bir yer tutması hâricinde "borcun ifa edilmemesi" müessesesi, CISG md.45 ve devamında olduğu üzere "kusura dayanmayan borca aykırılık" (Art.118 vd. OR 2020) başlığında birleştirilmelidir. Başka bir deyişle ifa imkânsızlığı, temerrüt, akdin müspet ihlâli biçimindeki tasniften vazgeçilmelidir.[2726]

Art.132 OR 2020 hükmünde *"absehbarer Nichterfüllung"* yani "öngörülebilen ifa etmeme" madde başlığı altında öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi şöyle bir hükme bağlanmıştır:

Art.132 OR 2020		
2. Abschnitt: Die Nichterfüllung **B. Folgen** **VII. Aufhebung des Vertrages** **1. Voraussetzungen** **c. Bei absehbarer Nichterfüllung**	**Chapter 2: Non-performance of obligations** **B. Effects** **VII. Avoidance of contract** **1. Requirements** **c. In case of anticipated non-performance**	**2. Borçların İfa Edilmemesi** **B. Sonuçları** **VII. Sözleşmenin ortadan kaldırılması** **1. Şartları** **c. Öngörülebilen İfa Etmeme Durumunda**
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.	The creditor may avoid the contract if it is already obvious before performance is due that the debtor will breach his duties in a way that justifies the avoidance of the contract.	Borçlunun, edimini yerine getirmek zorunda olduğu ândan önce, yükümlülüğüne, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını haklı kılacak surette aykırı davranacağı açıksa, alacaklı sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Önemle belirtmek gerekir ki Art.118 ve Art.124 OR 2020 ve devamı maddelerine dair Tasarı'da tavsiye edilen revizyonlar ve doktrinde ileri sürülen

[2726] **Honsell, Heinrich:** "İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler", (çev.: Ümmühan Kaya), YBHD 2017, C.2, S.2, ss.189-197, s.195. Ayrıca bkz. **Müller-Chen,** Vorbemerkungen Art.118-134, s.351, N.3-4.

eleştiriler, TBK'ya sirayet ettirilmeden Art.132 OR 2020 hükmündeki *"absehbarer Nichterfüllung"* özdeşi bir düzenlemenin Türk hukukuna kazandırılması, borca aykırılık sistemimizde bazı güçlüklere sebebiyet verebilecektir. Dolayısıyla Art.132 OR 2020 hükmünün İsviçre hukuk sistemindeki anlamı etraflıca incelenmeli ve kavranmalıdır. Art.132 OR 2020 hükmü, alacaklının Art.130 OR 2020 hükmündeki borçlu temerrüdü ve diğer muhtelif yükümlülük ihlâllerine dair Art.131 OR 2020 hükmünün yanı sıra içinde bulunduğu akdî ilişkiyi sonlandırabilmesine imkân veren bambaşka bir hukukî enstrümandan söz etmektedir. Bunun zemini, gelecekte gerçekleşmesi beklenen borca aykırılık hâli, başka bir deyişle henüz edim muacceliyet kazanmamışken borçlunun edimin ifasını sözleşme hükümlerine uygun biçimde gerçekleştirmeyeceğinin açıkça anlaşılabilmesi hâlidir. Düzenleme sayesinde böyle bir duruma mâruz kalan alacaklı, vâdeyi (ifa zamanını, *Zeitpunkt*) beklemeksizin akdî ilişkiyi sonlandırabilmektedir. Doktrinde ifade edildiği üzere Art.132 OR 2020 hükmü, yepyeni bir norm öngörmemekte, mevcut içtihatlardaki hukuk pratiğini sadece pozitif hâle getirmekte yani kodifiye etmektedir.[2727] Zira hâlihazırdaki İsviçre hukuk pratiğinde borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte her tür kuşkudan uzak biçimde (açıkça, *offensichtlich*) edimini ifa etmeyeceğinin anlaşılabildiği vâkıalarda, karşılıklı borç yükleyen *(synallagmatic)* sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin Art.107-109 OR (TBK md.123-125) hükümlerinin kıyasen tatbikiyle kendisine bir ek süre (mehil) tâyin etmeye gerek olmaksızın alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği fikri benimsenmektedir.[2728] Önemle belirtmek gerekir ki İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında Art.132 OR 2020 hükmünün "lafzından" hayli farklı olarak; yalnızca borçlunun açık ve kesin bir surette edimini ifa etmeyeceğini beyan ettiği somut olaylar üzerinden hareket edilmiştir. İçtihatlardaki bu durum, elbette Art.132 OR 2020

[2727] **Yağcıoğlu, Ali Haydar:** Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile Karşılaştırmalı Olarak Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)" Hükümlerine İlişkin Açıklamalar, 1.B, Ankara 2021, s.407.
[2728] **Yağcıoğlu,** s.407.

hükmünün kapsamına giren ihtimallerden biridir.[2729] Fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılık olarak tavsif edilebilecek durumlar, yalnızca borçlunun edimini ifa etmeyeceğini beyan etmesiyle sınırlı tutulamaz.[2730] Bu bilgiler ışığında Art.132 OR 2020 hükmünün, kendisine ilham olan İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarından çok daha kapsamlı olduğunu ifade etmek yanlış olmaz.

Art.132 OR 2020 hükmünün önem arz eden yönü, borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarından ötürü artık edimin tam ve doğru biçimde yerine getirileceğine dair haklı beklentinin boşa çıkacağı durumlarda alacaklının deyim yerindeyse "eli kolu bağlı biçimde" muacceliyete dek sabretmek mecburiyetinde olmaksızın sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesinde gizlidir. Art.132 OR 2020 hükmü anlamında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi için zorunlu üç kümülatif şarttan birincisi, beklenen bu hâlin "açıkça *(offensichtlich)*" anlaşılabilir olmasıdır. İkincisi, bu hâlin ve açıkça anlaşılmasının "muacceliyet öncesi süreçte *(wenn schon vor dem Zeitpunkt)*" gerçekleşmesidir. Üçüncüsü ise yükümlülük ihlâlinin Art.130-131 OR 2020 hükümlerinde[2731] öngörülen kıstaslara göre sözleşmenin ortadan kaldırılması için haklı bir gerekçe teşkil etmesidir.[2732]

[2729] **Yağcıoğlu,** s.407-408.

[2730] İsviçre Federal Mahkemesi'nin değerlendirdiği somut olaylarda hareket ettiği öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "tek bir görünümü" için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1. Borçlunun Henüz Muacceliyet Gerçekleşmemişken İfadan Haksız Biçimde Kaçınması (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Sübjektif Görünümü – *"endgültige Erfüllungsverweigerung"*). Fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bununla sınırlı tutulamaz, bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 2. İlerideki İfanın Objektif Biçimde Tehlikeye Düşmesi (Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın "Objektif Görünümü" – *"objektive Erfüllungsgefährdung"*).

[2731] Art.130 OR 2020 hükmüne göre: *"(1) Befindet sich der Schuldner in Verzug, kann der Gläubiger den Vertrag aufheben, wenn eine dem Schuldner gesetzte angemessene Nachfrist unbenutzt verstrichen ist.*

(2) Die Ansetzung einer Frist ist nicht erforderlich:

(a) wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie unnütz wäre;

(b) wenn infolge des Verzugs des Schuldners die Leistung für den Gläubiger nutzlos geworden ist;

(c) wenn sich aus dem Vertrag ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll.

(3) Der Gläubiger kann den Vertrag nur mit Bezug auf den Teil der Leistung aufheben, mit dem der Schuldner in Verzug ist, wenn der geleistete Teil nicht nutzlos ist." Hükme göre (1) Borçlu temerrüde düşerse alacaklı, borçluya kanun gereği verilen uygun süre hareketsiz olarak geçirildiği takdirde, sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

(2) Aşağıdaki durumlarda borçluya uygun bir süre verilmesi gerekli değildir:

(a) borçlunun hareketlerinden süre tâyin edilmesinin faydasız olacağı anlaşılabiliyorsa;

Hemen yukarıdaki paragrafta zorunlu üç kümülatif şarttan ilki olarak değindiğimiz beklenen bu hâlin "açıkça *(offensichtlich)*" anlaşılabilir olmasından maksat; borçlunun sözleşmeye konu edimi yerine getirmeyi kesin ve ciddî bir surette reddetmesi[2733] yahut ifayı gerçekleştirme olanağı bulunmadığının *(inability)* veya ifaya istekli olmadığının *(unwillingness)* yeterli bir açıklıkta anlaşılabildiği durumlardır.[2734] Mesele Türk hukuku bakımından ele alındığında borçlunun ifayı gerçekleştirme olanağına sahip olmaması pek çok hâlde gündeme gelebilir. Örneğin borç ödemeden acze düşmüş olmak, iflâs etmek gibi TBK md.98 hükmü ekseninde sayılan durumlar böyledir.

İfa isteksizliğini ortaya koyan duruma ise borçlunun sözleşmeye konu edimi yerine getirmek için öncelikle gerçekleştirmesi gereken ifaya hazırlık hareketlerine muacceliyete az bir vakit kalmış olmasına rağmen hiç başlamamış olması örnek gösterilebilir.[2735] Borçlunun sözleşmede tâyin edilen vâdede edimini yerine getiremeyeceğini henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte beyan ettikten sonra edimi ifa edebilecek güce veya olanağa kavuşmuş olması hâlinde borçlunun bahse konu beyanı, elbette sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkına başvurulabilmesi için bir zemin teşkil etmez. Böyle bir hâlde borçlunun ifa kabiliyetinin mevcudiyeti hususunda

---

(b) borçlunun temerrüde düşmesi üzerine ifa artık alacaklı için faydasız kalmışsa;

(c) edimin belirli bir ânda yahut belirli bir süre dâhilinde ifa edilmemesi nedeniyle ifanın artık alacaklı tarafından kabul edilemez hâle geldiği bizzat sözleşmeden anlaşılabiliyorsa.

(3) Kısmî ifa mümkün olup da edimin yerine getirilen kısmı, alacaklı için fayda arz ediyorsa sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, yalnızca borçlunun temerrüde düştüğü kısım bakımından kullanılabilir."

Art.131 OR 2020 hükmüne göre: *"(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht auf andere Weise, kann der Gläubiger den Vertrag aufheben, wenn die Schwere der Pflichtverletzung die Aufhebung rechtfertigt.*

(2) Die Vertragsaufhebung ist insbesondere gerechtfertigt:

(a) wenn dem Gläubiger im Wesentlichen entgeht, was ihm nach dem Vertrag zusteht;

(b) wenn die genaue Erfüllung der betreffenden Pflicht wesentlich ist." Hükme göre (1) Borçlu, yükümlülüğünü başka bir surette ihlâl ederse alacaklı, ihlâlin ağırlığı haklı kıldığı ölçüde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahiptir.

(2) Aşağıdaki durumlar, sözleşmenin ortadan kaldırılması için haklı sayılabilir:

(a) alacaklı, sözleşmeden doğan haklarından esaslı surette yoksun edilmişse;

(b) edimin tam ve gereği gibi ifa edilmesi, sözleşmenin esası sayılmaktaysa.

[2732] **Yağcıoğlu,** s.408.

[2733] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, VI, B, 1, a, aa. Borçlunun Edimini İfa Etmeyeceğini Beyan Etmesi.

[2734] **Yağcıoğlu,** s.408.

[2735] **Yağcıoğlu,** s.408.

alacaklı kuşku etmekteyse sırf bu kuşku, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına başvurmak açısından "haklı neden" olarak nitelendirilmemelidir. Zira çalışmamızın çeşitli başlıklarında değindiğimiz üzere sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı, hatta henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte kullanıldığında "öncelenmiş (erken) dönme hakkı" olarak adlandırdığımız bu hukukî enstrüman, borçlu açısından ağır neticeleri olan, akdî ilişkiyi tümüyle çözen, son çare *(ultima ratio)* bir yoldur. Alacaklının tarif ettiğimiz kuşkusu, durumun hâl ve şartlarına göre sözleşmeyi ortadan kaldırmaktansa olsa olsa kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilme *(suspension)* hakkı sağlar.[2736] Nitekim Art.123 ve Art.101-102 OR 2020 hükümleri de aynı yönde düzenlemeler öngörmüştür.[2737] Zaten böyle bir mantık yürütme, uluslararası satım hukukunu yeknesaklaştırma çalışmalarında da görülmektedir. Örneğin CISG md.72/1 hükmüne göre *"sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir."*[2738] Yine Art.7.3.3 PICC hükmüne göre *"vadeden önce taraflardan birinin*

[2736] **Yağcıoğlu,** s.408-409; **Müller-Chen,** Vorbemerkungen Art.118-134, s.393-394, N.1-4; **Akçaal, Mehmet:** "İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'nda (OR.2020) İfa Engellerinin Şartları", AÜHFD 2019, C.68, S.3, ss.529-550, s.159.

[2737] Art.101 OR 2020 hükmüne göre: *"(1) Wer gegen seinen Gläubiger eine fällige Forderung hat, die mit seiner Schuld in Zusammenhang steht, kann seine Leistung zurückhalten, bis die Leistung des anderen sichergestellt, erfüllt oder deren Erfüllung angeboten wird.*

(2) Stehen die Leistungen in einem Austauschverhältnis, kann er seine Leistung selbst dann zurückhalten, wenn ihm Sicherstellung angeboten wird." Hükme göre (1) Alacaklısına karşı, kendi borcu ile bağlantılı muaccel bir alacağı bulunan borçlu, diğer tarafın edimi güvence altına alınıncaya, ifa edilinceye veya usulüne uygun olarak ifa teklifinde bulunuluncaya kadar kendi edimini ifadan kaçınabilir.

(2) Edimler karşılıklı değişim ilişkisi içinde bulunuyorsa, borçlu, kendisine güvence gösterilmiş olsa bile kendi edimini ifadan kaçınabilir.

Art.102 OR 2020 hükmüne göre: *"(1) Ist die Gegenleistung gefährdet, weil der andere zahlungsunfähig geworden ist, kann der Schuldner seine Leistung auch dann zurückhalten, wenn seine Forderung noch nicht fällig ist.*

(2) Stehen die Leistungen in einem Austauschverhältnis, kann er der zahlungsunfähigen Partei eine angemessene Frist zur Sicherstellung ansetzen.

(3) Erfolgt die Sicherstellung nicht fristgerecht, kann er den Vertrag aufheben." Hükme göre (1) Karşı edimin diğer tarafın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle tehlikeye girmesi durumunda borçlu, alacağı henüz muaccel olmasa bile kendi edimini ifadan kaçınabilir.

(2) Edimler, karşılıklı değişim ilişkisi içinde bulunuyorsa, borçlu, ödeme güçsüzlüğüne düşen tarafa güvence göstermesi için uygun bir süre verebilir.

(3) Güvence, verilen süre içinde gösterilmezse, borçlu sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Art.123 OR 2020 hükmüne göre: *"Erfüllt der Schuldner eine Pflicht nicht, sind die Bestimmungen über die Erfüllung bei zusammenhängenden Leistungen sinngemäss anwendbar."* Hükme göre borçlu bir yükümlülüğünü ifa etmezse bağlantılı edimlerin ifasına dair hükümler kıyasen tatbik edilir.

[2738] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 12, III. Gelecekteki Esaslı İhlâl Nedeniyle Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Hakkı (CISG md.72/1).

sözleşmeyi esaslı olarak ifa etmeyeceği apaçıksa, diğer taraf sözleşmeyi sona erdirebilir."[2739] İşte anılan düzenlemeler de sözleşmeyi sona erdirmeyi son çare olarak ele almış olup bu yola ancak esaslı ihlâl hâlinde başvurulabileceğini öngörmüştür.[2740]

Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun sözleşmeye konu edimi ifa etmeyeceğinin açıkça öngörülebildiği durumlarda alacaklının borçluya borcunu ifa etmesi için herhangi bir süre tâyin etmeksizin sözleşmeyi her zaman ortadan kaldırması mümkündür.[2741] Nitekim Tasarı'ya sistematik açıdan yaklaşıldığında Art.130 Abs.2 lit.(a) OR 2020 hükmündeki borçlunun davranışlarından bir ek süre tâyin etmenin yararsız olacağı anlaşıyorsa ek süreye gerek olmadığı yönündeki kural da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin tabiatına uygundur. Art.131 OR 2020 hükmü[2742] dâhilinde değerlendirilebilecek bir vâkıa, eş deyişle borçlu temerrüdü dışında kalan muhtelif yükümlülük ihlâlleri söz konusu olduğunda henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkının yani öncelenmiş (erken) dönme hakkının kullanılabilirliği, ancak beklenen yükümlülük ihlâlinin ağırlığının bu hukukî enstrümana başvurmayı haklı kılacak olmasına bağlıdır. Doktrinde verilen örnek odur ki *"satın alınan bilgi teknolojisi sistemi için yapılan ön testler sonucunda ağır bir ayıp tespit edilip de bu sistemi devreye almanın mümkün olmamasında durum böyledir."*[2743] İşbu örnekte veya izah edilen durumlarda öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanan alacaklı, ilâveten Art.128 OR 2020

[2739] Detaylı açıklamalar için bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 4, IV, D. Uluslararası Ticarî Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri *(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016).*

[2740] **Özdamar, Demet/Yağcıoğlu, Burcu/Meral, Ö. Oğuzhan:** Avrupa Sözleşmeler Hukuku ve Türk Hukuku'nda İfa ve İfa Etmeme, 1.B, Ankara 2020, s.244-245.

[2741] **Yağcıoğlu,** s.409.

[2742] Art.131 OR 2020 hükmüne göre: *"(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht auf andere Weise, kann der Gläubiger den Vertrag aufheben, wenn die Schwere der Pflichtverletzung die Aufhebung rechtfertigt.*

(2) Die Vertragsaufhebung ist insbesondere gerechtfertigt:

(a) wenn dem Gläubiger im Wesentlichen entgeht, was ihm nach dem Vertrag zusteht;

(b) wenn die genaue Erfüllung der betreffenden Pflicht wesentlich ist." Hükme göre (1) Borçlu, yükümlülüğünü başka bir surette ihlâl ederse alacaklı, ihlâlin ağırlığı haklı kıldığı ölçüde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahiptir.

(2) Aşağıdaki durumlar, sözleşmenin ortadan kaldırılması için haklı sayılabilir:

(a) alacaklı, sözleşmeden doğan haklarından esaslı surette yoksun edilmişse;

(b) edimin tam ve gereği gibi ifa edilmesi, sözleşmenin esası sayılmaktaysa.

[2743] **Yağcıoğlu,** s.409.

hükmüne istinaden borçludan bir tazminat talep edebilecek ve borçlu da böyle bir hâlde Art.121 OR 2020 hükmüne giderek sorumluluktan kurtulamayacaktır.[2744]

B. TBK için "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi" Düzenlemesi

Doktrinde *Göka,* hukukumuz bakımından TBK md.123-126 aralığına yahut anılan hükümlerin hemen ardından eklenmek üzere şu düzenlemeleri tavsiye etmektedir:

"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."*[2745]

Yine doktrinde *Cumalıoğlu* ise ifa güçsüzlüğüne dair TBK md.98; eser sözleşmesinde yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam borcuna dair TBK md.473; yayım sözleşmesinde yayımcının iflâsına dair TBK md.500/2; ticarî satış ve mal değişimi sözleşmelerinde dair TTK md.23/1 hükmünün (a) bendi; CISG md.71, md.72 ve md.73; § 323 Abs.4 BGB; Hollanda Medenî Kanunu'nun 6. Kitabı'nın Art.80 hükmü; § 2-609, § 2-610, § 2-612 UCC; Art.7.3.3 ve Art.7.3.4 PICC; Art.9:304 ve Art.8:105 PECL; III.-3:504 ve III.-3:505 DCFR gibi düzenlemelerden ve nihayetinde muhtelif ülkelerdeki içtihatlardan hareketle[2746] hukukumuz bakımından TBK'nın Genel

---

[2744] **Yağcıoğlu,** s.409; **Müller-Chen,** Vorbemerkungen Art.118-134, s.394, N.5-7; **Akçaal,** s.159. Bahse konu Art.128 OR 2020 hükmüne göre: *"Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, dass der Schuldner eine Pflicht verletzt hat."* Hükme göre alacaklı, borçlunun herhangi bir yükümlülüğünü ihlâl etmesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Art.121 OR 2020 hükmüne göre ise: *"Der Gläubiger hat keinen Anspruch auf Erfüllung, Ersatzvornahme und Schadenersatz, wenn der Schuldner beweist, dass die Verletzung seiner Pflicht auf Umstände zurückgeht, die er nicht zu vertreten hat."* Hükme göre borçlu, yükümlülüğünü ihlâl etmesinin sorumlu tutulamayacağı sebeplerden kaynaklandığını ispat ederse, alacaklı aynen ifayı, nama ifayı ve uğradığı zararın giderilmesini isteyemez.

[2745] **Göka,** s.187-188.

[2746] **Cumalıoğlu,** s.246.

Hükümler kısmının Üçüncü Bölümü'ne 138/A maddesi olarak eklenmek üzere şu düzenlemeleri tavsiye etmektedir:

"Öngörülebilen İhlal"
"MADDE 138/A – *(1) Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmeyeceği öngörülebilirse alacaklı, borcun muacceliyetinden önce sözleşmeden dönebilir.* *(2) Borcun vadede ifası mümkün ve süre elveriyorsa alacaklı, borçludan güvence ister ve yeterli güvence verilene kadar kendi borçlarının ifasını askıya alabilir, hapis hakkını kullanabilir.* *(3) Alacaklı kendi borcunu önceden ifa etmiş olsa da haklarını muacceliyet anına kadar kullanabilir. Sözleşmeden dönen alacaklı, uğramış olduğu zararın derhal giderilmesini talep edebilir."*[2747]

*Cumalıoğlu'*na göre TBK'ya eklenecek işbu "MADDE 138/A" sayesinde TBK md.98, md.473, md.500/2 ve TTK md.23/1 hükmünün (a) bendi ehemmiyetini kaybedecek; hatta borçluya isnat edilebilen imkânsızlık, ifa güçsüzlüğü, borçlunun edimini yerine getirmesiyle önemli surette çelişki teşkil eden açıklama ve hareketlerinin sonuçları tamamen aynı hüküm kapsamında ele alınabilecektir. Yazarın tavsiye ettiği yeni maddede geçen haklara dürüstlük kuralına aykırı şekilde başvurulamayacağını ifade etmeye ayrıca ihtiyaç duyulmamış olup alacaklı bu haklara ilâveten TMK md.950 ve müteakip hükümlerde öngörülen hapis hakkına da başvurabilecektir. Ayrıca yazar, hapis hakkının borçlunun ödemeden azce düşmesi hâli dışında kalan diğer hâlleri de içine alacak şekilde genişletilmesi gerektiği kanaatindedir.[2748]

Kanaatimizce işbu çalışmanın konusunu teşkil eden öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi ile TBK yan yana geldiğinde TBK'ya dair çözülmesi gereken iki mesele vardır: İlki TBK'ya "birden fazla yeni maddenin eklenmesi gerekliliği", ikincisi ise "TBK'nın borca aykırılığa ve bilhassa borçlu temerrüdüne dair bazı maddelerinde değişikliğe gidilmesi", yani revizyon gerekliliğidir. Anılan bu iki aksiyon ile TBK ve ülkemizin yıllardır tarafı olduğu, T.C. 1982 Anayasası md.90/5 hükmü gereğince

[2747] **Cumalıoğlu,** s.246-247.
[2748] **Cumalıoğlu,** s.246.

"kanun" gücünde kabul edilen Viyana Satım Sözleşmesi'nin 71, 72, 73. maddeleri arasındaki "bağlantısızlık" sorunu giderilecektir. Bu sorun, basit bir özel hukuk meselesinin çok daha ötesindedir. Zira andığımız Anayasa hükmü, *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir."* diyerek Viyana Satım Sözleşmesi ile TBK'nın somut olayda karşılaşması hâlinde "kanun-kanun çatışması" çıkabilmesine açık bir kapı bırakmaktadır. Bu durum, iç (millî) hukukun temel kodifikasyonlarından olan bir kanunun uluslararası satım hukukundaki güncel gelişmeler karşısındaki itibarı açısından sakıncalıdır.

İşte hemen yukarıda izah ettiğimiz önemli noktadan hareketle TBK'ya eklenmesi gereken "Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi Düzenlemesi"nde kanaatimizce alınabilecek en ciddî referans CISG md.71, md.72 ve md.73 hükümleri olacaktır. Ancak Sözleşme, uluslararası mal satımına ilişkin ihdas edildiğinden ve Kara Avrupası hukuk sistemiyle Anglo-Sakson hukuk sisteminin âdeta arasını bulmaya çalıştığından, TBK'nın ve mehazı olan OR'nin borca aykırılık prensiplerine ve kurallarına, özellikle temel kavramlarına bir halel getirilmemesi gerekliliği de çok açıktır. Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. İşbu çalışmada çeşitli vesilelerle değindiğimiz tüm araştırmalar ve tespitlerimiz sonucunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair tarafımızca önerilen, TBK'nın Genel Hükümler kısmının İkinci Bölümü'nün "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları" başlıklı İkinci Ayırım'ına, tercihan genel bir borca aykırılık hükmü olan TBK md.112 (Art.97 OR) ve devamındaki bir konuma şu hükümlerin eklenmesidir:

A – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık
Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeyeceği henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte açıkça anlaşılırsa alacaklı, durumun haklı göstermesi kaydıyla, vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilir. Vadeyi beklemeden sözleşmeden dönme niyetinde olan alacaklı, süre elverdiği takdirde borçludan gelecekteki ifaya dair yeterli bir güvence göstermesini isteyebilir, güvence gösterilinceye kadar kendi borcunun ifasını askıya alabilir. Alacaklının borcunu daha önce ifa etmiş olduğu durumlarda ya da borçlunun içinde bulunduğu şartlardan veya tutumundan borcunu ifa etmeyeceğinin kesin surette anlaşıldığı durumlarda birinci fıkra hükmü uygulanır. Borçlu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etse bile alacaklı bu haklarını kullanabilir.

TBK'ya eklenmesi tavsiye edilen dört maddeden ilki olan "A – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" başlıklı işbu madde dört fıkradan ibarettir. İlk fıkra, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın en etkili hüküm ve sonuçlarından olan öncelenmiş (erken) dönme hakkına ilişkindir. İlk fıkra bu yönüyle CISG md.72/1 hükmüne benzerdir; ancak CISG md.72/1 hükmünde öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme hakkına başvurulabilmesi için borçlunun borca aykırı davranışının esaslı ihlâl teşkil etmesi şartı öngörülmüşken, tavsiye edilen maddede Türk hukukuna yabancı bir kavram olan esaslı ihlâl yerine aslında anlamsal bakımdan en yakın ifade olan *"durumun haklı göstermesi kaydıyla"* ifadesi tercih edilmiştir. Zira esaslı ihlâlin de özünde sözleşme ilişkisini sürdürmenin artık beklenemeyeceği bir durum yatar ki bunu hukukumuz bakımından hâkimin takdirine bırakmak ve bu yöntemi *"durumun haklı göstermesi kaydıyla"* şeklinde ifade etmek isabetlidir. Yine CISG md.72/1 hükmünde esaslı ihlâlin aşikâr olması gerektiği öngörülmüşken, buna mukabil olarak tavsiye edilen maddenin ilk fıkrasında *"açıkça anlaşılırsa"* ibaresine yer verilmiştir.

Daha önce değindiğimiz üzere[2749] kanaatimizce sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen, eksik iki tarafa borç yükleyen yahut da tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme

[2749] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, B. Sözleşmeyle Borç Altına Giren Taraf Açısından Değerlendirme.

olması, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelip gelmemesi bakımından bir özellik arz etmemelidir. Zira bir sözleşmenin tam iki tarafa veya eksik iki tarafa yahut bir tarafa borç yüklemesi, sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hangi taraf bakımından ortaya çıkacağı meselesi ile ilgilidir. Örneğin satım sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede satıcı bakımından satım konusuna dair bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaşanabilecekken, alıcı bakımından da satım bedelini (semeni) ödeme borcuna dair bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaşanabilir. Yine bağış sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olduğunda sadece bağışlayan bakımından bağış konusu şeye dair bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaşanabilecekken, bağışlananın herhangi bir edim yükümlülüğü bulunmadığından bizzat kendi beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebep olması düşünülemez. İşte bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan söz edebilmek için her şeyden önce kurulmuş ve geçerli bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı, ilâveten öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın irtibatlı olacağı bir edim yükümlülüğü olmalıdır. Başka bir deyişle aykırılığa konu olacak bir "edim" mevcut olmalıdır. Kuramsal olarak durum böyle olmakla birlikte öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelebileceği temel sözleşme tipleri (satım, kira, eser vb.) göz önüne alındığında tavsiye edilen madde metninde açıkça *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde"* vurgusuna gidilmiştir.

Yine bir başka husus olarak tavsiye edilen maddenin ilk fıkrasında *"borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeyeceği"* kalıbı kullanılarak mevcut TBK'nın borca aykırılığa dair genel (şemsiye) hükmü olan 112. maddesine paralel bir anlayış sergilenmiştir. Böylelikle öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa zemin teşkil edecek her türden ifa etmeme yahut eksik, kusurlu, ayıplı ifa hâlleri madde kapsamına alınabilmiştir.

Tavsiye edilen maddenin ilk fıkrasına dair son bir husus olarak belirtmek gerekir ki *"henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte"* ve *"vadeyi beklemeden*

sözleşmeden dönebilir" ifadeleri tercih edilerek öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın "zamansal" özelliklerine vurgu yapılmıştır.

Tavsiye edilen maddenin ikinci fıkrası ise birinci fıkradaki öncelenmiş (erken) dönme hakkını yumuşatarak CISG md.72/2 hükmüne benzer bir normatif yapıda tasarlanmış, fakat sonucunu CISG md.71/1 hükmünden almış yani öncelenmiş (erken) dönme hakkı yerine alacaklının kendi ediminin ifasını askıya alabilme hakkını öngörmüştür. Ancak burada alacaklının öncelenmiş (erken) dönme hakkı ile ifayı askıya alma hakkı birbirinin alternatifi olarak düşünülmemelidir. Zira ikinci fıkrada açıkça belirtildiği üzere alacaklı, öncelenmiş (erken) dönme hakkını kullanmadan önce *"süre elverdiği takdirde borçludan gelecekteki ifaya dair yeterli bir güvence göstermesini"* isteyecek ve sadece böylelikle güvence verilene kadar kendi ediminin ifasını askıya alabilecektir. Kuşkusuz buradaki ifayı askıya alma hakkı, geniş anlamda anlaşılmalı ve Viyana Satım Hukukunda sıkça rastlanılan "stopaj" imkânını[2750] da kapsar biçimde yorumlanmalıdır. Keza ifayı askıya alma hakkı ve stopaj hakkı CISG md.71'de ardışık fıkralar hâlinde hükme bağlanmıştır.

İkinci fıkrada bir başka husus olarak belirtmek gerekir ki tercih edilen *"süre elverdiği takdirde"* ve *"yeterli bir güvence"* ibareleri yine somut olayın hâl ve şartlarına göre hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Tavsiye edilen maddenin üçüncü fıkrası ise birinci fıkraya gönderme yaparak artık işin niteliği gereği alacaklının kendi ediminin ifasını askıya alma hakkını kullanamayacağı, doğrudan doğruya öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurmasının gerekeceği iki hipotez öngörmüştür: İlki, *"Alacaklının borcunu daha önce ifa etmiş olduğu durumlar"*dır; zira artık alacaklı teknik olarak ifa ettiği edimini askıya alamaz. İkincisi ise *"borçlunun içinde bulunduğu şartlardan veya tutumundan borcunu ifa*

[2750] Bkz. yuk. Dördüncü Bölüm, § 11, V. Stopaj Hakkı (CISG md.71/2).

*etmeyeceğinin kesin surette anlaşıldığı durumlar"*dır; zira kesin ifa reddinde bulunan borçluya karşı alacaklının kendi ediminin ifasını sonsuza kadar askıya alması düşünülemez.

Tavsiye edilen maddenin dördüncü yani son fıkrası ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kusurdan bağımsız olarak da meydana gelebileceğini öngörerek doktrinel tartışmaların önüne geçmeyi hedeflemiştir. Zira daha önce de değindiğimiz üzere[2751] Katıldığımız ve Türk hukuk sistemine uygun olan görüş de öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için kusurun aranmamasıdır. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. Sayılan sorumluluk sebeplerinin hiçbirinde kusur, bir oluşum koşulu olmadığına göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kusur aramanın bir açıklaması olamaz. Kaldı ki kanaatimizce isabetli olan gelecekteki ihlâl kuramına *(non-actual breach theory)* göre öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi; gelecekteki ihlâl ile muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki aşamada başvurulabilecek talepler arasında âdeta bir "köprü kurmakta" ve gelecekteki ihlâle dair müeyyideleri şimdiden talep edilebilir hâle getirmektedir. Öyleyse temerrüt, ayıplı ifa, kötü ifa ve benzeri için kusur aranmamaktayken, bunların alacaklıya tanıdığı çeşitli imkânların, henüz muacceliyet gerçekleşmemişken kullanımını sağlayan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için kusurun aranması çelişkili olurdu. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinde kusur, sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle ifa menfaati zedelenen tarafın (alacaklının) zararının tazmininde önemli bir unsur olabilir.

[2751] Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 5, IV. Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılıkta Kusurun Yeri.

B – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bildirimde bulunma yükümlülüğü
Alacaklının kendi borcunun ifasını askıya alma veya vadeyi beklemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanması, derhâl bildirimde bulunması şartına bağlıdır. Kanununda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmeyle ilgili olsa bile bildirimin geçerliliği şekle bağlı değildir.

TBK'ya eklenmesi tavsiye edilen dört maddeden ikincisi olan "B – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bildirimde bulunma yükümlülüğü" başlıklı işbu madde tek fıkradan ibarettir. İlk maddenin alacaklıya tanıdığı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan öncelenmiş (erken) dönme ve ifayı askıya alma haklarının CISG md.71 ve md.72'nin sistemine paralel olarak, derhâl bildirim ile kullanılabileceği tartışmasız kabul edilmiştir. Ayrıca TBK md.12 hükmündeki şekil serbestîsi prensibi göz önüne alınarak bildirimin -ihtilâfın ortaya çıktığı sözleşmeden de bağımsız olarak- herhangi bir şekilde yapılmasının geçerliliği sağlayacağı maddede öngörülmüştür. Böylece öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalan alacaklının haklarını kullanmak istediğinde katı şekil kurallarına tâbi bildirimlerle uğraşmak zorunda kalmasının ve borçlunun da "şekle aykırılık" bahanesi ileri sürmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Keza diğer borca aykırılık hâllerinden olan örneğin temerrütte ihtar (TBK md.117) herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamıştır; yine satım sözleşmesindeki ayıp ihbarı (TBK md.223) veya eser sözleşmesindeki (TBK md.474) ayıp ihbarı da geçerlilik şekline tâbi değilken öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hakların kullanımı için yapılacak bildirimi şekle bağlamak TBK'nın borca aykırılık sistemi göz önüne alındığında hayli çelişkili olurdu.

C – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde tazminat
Borçlu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan tüm zararını gidermekle yükümlüdür. Ancak tazminatın hesabında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıktığı anın, vadeye olan yakınlığı göz önünde bulundurulur. Alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanırken borçlunun zararına yol açmaktan kaçınır. Aksi hâlde borçlu, uğradığı zararı ispat ettiği ölçüde tazminattan indirim isteyebilir.

TBK'ya eklenmesi tavsiye edilen dört maddeden üçüncüsü olan "C – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde tazminat" başlıklı işbu madde iki fıkradan ibarettir. Tazminata ilişkin temel kural, ilk fıkranın ilk cümlesinde öngörülmüştür. Dikkat edilirse bu kısımda da TBK'nın borca aykırılığa dair genel (şemsiye) hükmü olan 112. maddesine paralel bir anlayış sergilenmiştir. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren borçlu, kusur karinesi altında olup kusursuzluğunu kanıtlamadıkça alacaklının uğradığı tüm zararı tazmin ile yükümlü olacaktır. Fakat buradaki kusur, hemen yukarıda değindiğimiz üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi bakımından önem arz etmemektedir; başka bir deyişle borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi öncelenmiş sözleşmeye aykırılık meydana gelebilir. İşbu tavsiye edilen maddedeki kusur, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın oluşumuyla değil; sonucuyla yani ortaya çıkan zararın tazminiyle ilgilidir.

İlk fıkranın ikinci cümlesinde ise TBK bakımından tamamen yeni bir mekanizma ihdas edilmektedir: İlk cümle gereği öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren borçlu, kusursuzluğunu kanıtlamadıkça alacaklının tüm zararını giderecektir ancak bu hâlde TBK md.112 hükmünün altında yatan düşünceden farklı olarak bir "vâde" veya "muacceliyet hâli" söz konusu değildir. Bilakis borçlu, borç konusu edimi henüz ifa etmemişken yani "müecceliyet döneminde" alacaklıyı zarara uğratmaktadır. İşte muacceliyet öncesi süreçte ortaya çıkan zararın hesabında "muacceliyete ne kadar kaldığı?" sorusunun yanıtı önem arz eder. Eğer borçlu, muacceliyete çok yakın bir ândayken öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermişse alacaklının sözleşmede kararlaştırılan edimin ifa edileceğine olan güvenini çok daha fazla sarsmış yani daha fazla ifa menfaati zedelemiş olacaktır. Başka bir deyişle borçlu, edim tam muacceliyet kazanacak ve ifayı gerçekleştirmek zorunda kalacakken öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vererek alacaklının sözleşmeye olan haklı güvenini fazlasıyla boşa çıkarmış olacaktır. Böyle bir hâlde tazminat daha yüksek

hesaplanacaktır. Oysa tam tersi bir durumda yani muacceliyetin gerçekleşmesine daha çok zaman varken -genelde sözleşmenin yeni kurulduğu ânlarda- borçlu öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet verirse alacaklının sözleşmeye olan güveni veya ifa menfaati yeni yeni oluşmaya başladığından uğranılan zarar da nispeten daha az olacaktır. Kaldı ki sözleşme kurulur kurulmaz borçlunun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermesi ihtimalinde alacaklının önünde daha pek çok ikame sözleşmeler yapmak suretiyle mevcut sözleşmeden beklediği ifa menfaatini başka kişilerden elde etme olasılığı da hemen her durumda yüksektir. İşte bu gerçeklerden ötürü hükmedilecek tazminat daha az olabilecektir. Kısacası ilk fıkranın ikinci cümlesinde *"tazminatın hesabında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıktığı anın, vadeye olan yakınlığı göz önünde bulundurulur"* şeklindeki yeni kural, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık dolayısıyla alacaklı lehine hükmedilecek tazminatın, aykırılığın muacceliyete ne kadarlık bir zaman varken gerçekleştiği sorusunun yanıtıyla ters orantılıdır. Muacceliyetin gerçekleşmesine daha çok zaman varken ortaya çıkan öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa istinaden hükmedilecek tazminat nispeten düşük; muacceliyete yakın bir zamanda ortaya çıkan aykırılığa istinaden hükmedilecek tazminat nispeten daha yüksek olacaktır.

İkinci fıkrada ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâline özgü olarak bir zararı azaltma külfeti *(Schadensminderungspflicht)* düzenlenmiştir. Zira öncelenmiş sözleşmeye aykırılık alacaklıya, öncelenmiş (erken) dönme ve kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı gibi efektif hukukî enstrümanlar vermişken alacaklının bunları borçluya karşı spekülatif veya amacı dışında kullanmasının önüne geçmek önem arz eder. Alacaklı, haklarını kullanırken borçluyu uğrattığı zarar ölçüsünde, ileride hak edeceği tazminatın indirilmesi riskiyle karşı karşıyadır. Esasen ortaya çıkışı ve pozitif konumu itibariyle haksız fiil hukukuna ait bir norm olan TBK md.52/1 hükmü zararı azaltma külfetini düzenlemiş ve TBK md.114/2 hükmü sayesinde anılan külfet akdî

sorumluluk sahasına da tatbik edilebilir nitelik kazanmıştır. Bu itibarla tavsiye edilen üçüncü maddenin ikinci fıkrasının gerekliliği tartışmaya açık bırakılmalıdır.

D – Diğer durumlar
Sürekli edimli sözleşmenin ifasına başlanmamış olmak kaydıyla alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanabilir. Art arda teslimli sözleşmelerde münferit bir teslimata ilişkin ortaya çıkan öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta alacaklı, haklarını yalnızca bu teslimat bakımından kullanabilir. Münferit bir teslimata ilişkin ortaya çıkan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin kalanının hiç veya gereği gibi ifa edilmeyeceği yönünde ciddi bir gerekçe oluşturuyorsa, alacaklı mâkul bir süre içerisinde sözleşmeyi feshedebilir. Alacaklı, münferit bir teslimata ilişkin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde, ifa edilmiş edimlerin teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle artık sözleşmenin amacı doğrultusunda kullanılamayacak olduğunu ispatlarsa, sözleşmeden derhâl dönebilir.

TBK'ya eklenmesi tavsiye edilen dört maddeden sonuncusu olan "D – Diğer durumlar" başlıklı işbu madde dört fıkradan ibarettir. İlk fıkra öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın çoğu durumda meydana geleceği âni edim içeren sözleşmelerden farklı olarak sürekli edimli sözleşmelerde arz ettiği özelliği düzenlenmektedir. Sürekli edimli sözleşmelerde edimin ifası bir kez başlandıktan sonra alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanması teknik olarak mümkün olmamaktadır.[2752] Dolayısıyla ilk fıkra bunu pozitif bir zemine kavuşturmaktadır.

İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkralar ise CISG md.73 hükmünün art arda teslimli sözleşmeler için öngördüğü kurallara benzer düzenlemeleri Türk hukukuna kazandırmaya matuftur.

C. Mevcut TBK Hükümlerinin Bazılarında Revizyona Gidilmesi

Yukarıdaki "B. TBK için Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi Düzenlenmesi" altbaşlığında tavsiye edilen dört yeni maddenin TBK'ya eklenmemesi ihtimalinde

[2752] Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 7, I, C, 3. Sözleşmenin Âni, Sürekli yahut Dönemlik Edim İhtivâ Etmesi Açısından Değerlendirme.

öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin meydana gelebileceği somut olayların yine TBK'ya göre çözümlenebilmesi için mevcut borca aykırılık hükümlerinde ve bilhassa borçlu temerrüdü hükümlerinde birtakım revizyonlara gidilmesi gereklidir. Ancak bu türden bir revizyonun borçlu temerrüdü hükümleri ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair getirilmesi tavsiye edilecek yeni normlar arasında sistematik bir "yama görünümü" arz etmesi ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerin dağınık hâlde muhtelif maddelerin fıkraları olarak kalması risklerine dikkat çekmek gerekir.

"İfa Güçsüzlüğü" madde başlıklı TBK md.98 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın alacaklıya tanıdığı tipik haklardan olan ifayı askıya alma hakkına benzer bir "def'i hakkı"nı ve sözleşmeden dönme hakkını açıkça düzenlediği görülmektedir. Maddenin taraflarca tâyin edilen vâdeden önceki süreçte tatbike müsait olup olmadığı ise lafzı itibariyle muğlaktır. Bu sebeple alacaklının sayılan haklarını "henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte" de kullanabileceği yönündeki ibarenin madde lafzına eklenmesi ve bu sayede TBK md.98 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair genel bir başvuru normu hâline getirilmesi isabetli olabilir. Böylece artık revize hâliyle TBK md.98 hükmü yukarıdaki "B. TBK için Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi Düzenlenmesi" altbaşlığında tavsiye edilen dört yeni maddenin ilki olan "A – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık" maddesinin yerini tutabilir. Bu amaçla TBK md.98 hükmünün aynen muhafaza edilmesi fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair yeni bir fıkra (üçüncü) eklenmesi bir çözüm yöntemi olabilir:

İfa Güçsüzlüğü – TBK md.98	
Mevcut Hâli	**Önerilen Revize Hâli**
"Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir."	"Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir. Bu durumda hakkı açıkça tehlikeye düşen taraf ise sayılan imkanları henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte de kullanabilir. Hakkı açıkça tehlikeye düşen taraf, borcunu daha önce ifa etmişse ya da borçlunun içinde bulunduğu şartlardan veya tutumundan borcunu ifa etmeyeceği kesin surette anlaşılırsa, durumun haklı göstermesi kaydıyla, vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilir."

Yine borca aykırılığa dair genel (şemsiye) hüküm olan TBK md.112 hükmünün aynen muhafaza edilmesi ve fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte meydana gelebilecek hiç ifa etmeme yahut gereği gibi ifa etmeme hâllerini de kapsar biçimde genişletilmesi ve bu durumun tazminat üzerindeki etkilerine dair yeni iki fıkra eklenmesi isabetli olabilir:

A. Borçların İfa Edilmemesi I. Giderim Borcu 1. Genel Olarak TBK md.112	
Mevcut Hâli	**Önerilen Revize Hâli**
"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."	"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde de aynı kural geçerlidir. Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borca aykırı davranılacağının belli olması hâlinde tazminatın hesabında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıktığı anın, vadeye olan yakınlığı göz önünde bulundurulur."

Esasen borçlu temerrüdünün genel oluşum şartlarını düzenleyen 117. madde, temerrüt ihtarını ve ihtara gerek olmayan hâlleri öngörmektedir. Yukarıda "B. TBK için Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi Düzenlenmesi" altbaşlığında tavsiye edilen dört yeni

maddeden ikincisi olan "B – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bildirimde bulunma yükümlülüğü" maddesinde alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanabilmek için herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmayacak surette bir bildirimde bulunma mecburiyeti öngörülmüştü. İşte TBK'nın mevcut hükümleri ve sistemi korunacaksa, başka bir deyişle TBK'ya öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair yeni yeni maddeler eklenmeyecekse, alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanabilmesi için bulunmak mecburiyetinde olduğu bildirim, olsa olsa TBK md.117 hükmünde, yani ihtara dair madde çatısı altında yeni bir fıkra ile düzenlenebilir. Buna göre TBK md.117 hükmünün mevcut hâli aynen korunmak suretiyle yeni bir üçüncü fıkra getirilebilir ve böylece temerrüt ihtarı ile öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktaki bildirim (ihtar) aynı çatı altında toplanabilir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki TBK md.117 hükmüne "yeni bir üçüncü fıkra" olarak eklenebileceğini öngördüğümüz işbu revizyon hükmü, elbette TBK md.98 hükmünün revize edilmiş yeni hâline de eklenebilir. Bahse konu yeni üçüncü fıkranın, TBK md.98 hükmüne mi yoksa TBK md.117 hükmüne mi eklenebileceği hususundaki tercih; TBK md.98 hükmünün öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair genel bir norm olarak kabul edilip edilmeyeceğine yahut "temerrüt ihtarı" ile "öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan hakları kullanmaya yönelik bildirimin" sistematik açıdan aynı çatı altında toplanıp toplanamayacağıyla ilgili yasa koyucunun iradesine bağlıdır. "B. TBK için Yeni Bir Borca Aykırılık Sebebi Düzenlenmesi" altbaşlığında tavsiye edilen dört yeni maddenin TBK'ya eklenmemesi durumunda elde kalan seçenek mevcut TBK hükümlerinin bazılarında revizyona gidilmesi ise kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bildirimde bulunma yükümlülüğünün TBK md.117 yani ihtara dair hüküm altında düzenlenmesinde tereddüt etmemek gerekir. Zira temerrüt ihtarı, nasıl ki bazı durumlarda borçluyu temerrüde düşürmek ve alacaklının temerrütten doğan haklarına başvurabilmesine olanak sağlıyorsa öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktaki bildirim

yükümlülüğü mecburiyeti de alacaklının işbu sebepten doğan haklarına [ifayı askıya alma yahut öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme] başvurabilmesini sağlamaktadır. Daha öz ifade etmek gerekirse TBK md.117 anlamında temerrüt ihtarı ile tavsiye ettiğimiz öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktaki bildirim yükümlülüğü hukukî açıdan -kendi içerisinde- aynı fonksiyonu ifa etmektedir. Bu ciddî gerekçe, bunların aynı madde çatısı altında düzenlenmesine zemin teşkil edebilir. Yine bir başka gerekçe ise TBK md.98 hükmünün hemen yukarıda tavsiye ettiğimiz revize hâlinin hukukî sistematik açısından aslında müessesenin genel çerçevesini çizen bir düzenleme olması sebebiyle bu müessesenin hüküm ve sonuçlarından olan "bildirim mecburiyetinin" buraya konulmasının doğru olmayacağı hususudur. Revize hâliyle TBK md.98 hükmü, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı açıklar ve bunun alacaklıya sağlayacağı hukukî enstrümanları ortaya koyar; bunlara başvurmanın koşulu olan "bildirim" meselesi ise apayrı bir yere ait olmalıdır:

B. Borçlunun Temerrüdü **I. Koşulları** **TBK md.117**	
Mevcut Hâli	**Önerilen Revize Hâli**
"Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır."	"Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır. Henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borca aykırı davranılacağının belli olması hâlinde alacaklının kendi borcunun ifasını askıya alma veya vadeyi beklemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanması, derhâl bildirimde bulunması şartına bağlıdır. Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmeyle ilgili olsa bile bildirimin geçerliliği şekle bağlı değildir."

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi bağlamında TBK'da yapılabilecek bir diğer revizyon ise karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde mütemerrit borçluya ek süre (mehil) tâyin edilmesini gerektirmeyen durumlara ilişkin TBK md.124 hükmüyle ilgili gündeme gelebilir. Değinildiği üzere revize hâliyle TBK md.98 hükmünün ikinci ve üçüncü fıkralarına göre *"hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir. Bu durumda hakkı açıkça tehlikeye düşen taraf ise sayılan imkanları henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte de kullanabilir."* Burada sözü edilen *"sayılan imkanlar"*dan maksat kuşkusuz ifayı askıya alma hakkı ve öncelenmiş (erken) dönme hakkıdır. Ancak dikkat edilirse revize hâliyle TBK md.98 hükmü alacaklıya öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanırken serbestçe hareket etme olanağı vermemiş; bilakis "terditli" biçimde davranma yükümlülüğü yüklemiştir. Alacaklı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa sebebiyet veren borçluya karşı gelecekteki edime ilişkin bir teminat göstermesi için öncelikle uygun bir süre tâyin edecek, işbu süre zarfında kendi ediminin ifasını askıya alabilecek ve nihayetinde borçlu bir teminat göstermezse son çare *(ultima ratio)* olarak öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilecektir. Oysa TBK md.124 hükmünde sayılan hâllerde alacaklı, nasıl ki mütemerrit borçluya karşı herhangi bir ek süre (mehil) tâyin etmeksizin TBK md.125 hükmünde mezkûr tüm haklarını serbestçe kullanabilmektedir; işte öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta da niteliğine uygun düştüğü ölçüde aynı şekilde hareket etmek gerekir. Zira TBK md.124 hükmünde sayılan tüm hâller alacaklının temerrüt sonucunda kesin şekilde mahrum kaldığı "edim menfaati" ile ilişkilidir. Kuşkusuz aynı edim menfaati, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa mâruz kalan alacaklı için de gündeme gelebilecektir ve böyle bir ihtimalde alacaklının öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarının en etkilisi olan öncelenmiş (erken) dönme hakkına başvurabilmesi için borçluya uygun bir süre tâyin etmesine veya borçlunun teminat göstermesini beklemesine gerek

duyulmamalıdır. Aksinin kabulü, alacaklıyı temerrüt karşısında güçlü bir şekilde korurken, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık karşısında o kadar da hukukî himâyeye değer görmemek anlamına gelir. Böyle bir revizyonla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklı, en az borçlu temerrüdünde olduğu kadar korunabilecektir. Yine zaten anılan maddede bentler şeklinde sayılan olasılıklar, gerçekten de borçlunun edim menfaatini âdeta hiçe saydığı, kendisine verilecek her ne ad altında olursa olsun "süre"nin amacına ulaşamayacağı olgulara işaret etmektedir. Böyle bir durumda alacaklıdan süre vermesini beklemek, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tarihsel olarak ortaya çıkış amacına aykırı olduğu kadar, alacaklıyı hızlı hareket etmekten de alıkoyacaktır. Bu gerekçelerle TBK md.124 hükmünün aynen muhafaza edilmesi ve fakat maddenin sonuna yeni bir fıkra eklenmek suretiyle esasen borçlu temerrüdüne ilişkin olan bu düzenlemenin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sahasına aktarılabilmesi mümkün olacaktır:

Süre Verilmesini Gerektirmeyen Durumlar – TBK md.124	
Mevcut Hâli	**Önerilen Revize Hâli**
"Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur: 1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa. 2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa. 3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa."	"Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur: 1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa. 2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa. 3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa. Yukarıdaki hükümler, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun borca aykırı davranacağının açıkça anlaşılması hâlinde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır."

SONUÇ

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesi, tarihsel perspektifle bakıldığında Anglo-Sakson hukuk sisteminde kodifiye olmayan yani içtihadî bir usûlle ortaya çıkmış, uzunca bir zamandır yerleşmiş ve günümüze yakın tarihlerde ise CISG, PECL, DCFR, PICC gibi milletlerarası nitelik arz eden satım hukukunda yeknesaklaştırma amacını güden metinlerde detaylı hükümler üzerinden pozitif bir zemine kavuşturulmuş bir borca aykırılık hâlidir. İşbu borca aykırılık hâlinin Almanya'da 01.01.2002 tarihinde gerçekleştirilen ve kapsamlı değişiklikler öngören Borçlar Hukuku Reform Yasası *(Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)* ile kanuna eklenen § 323 Abs.4 BGB hükmünde bâriz biçimde norma bağlandığı göz önünde bulundurulduğunda, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın Anglo-Sakson hukuk karakterinden sıyrılıp Kara Avrupası hukuku çatısı altında yer alan ülkelerde de önemsendiği yadsınamaz. Hâl böyleyken hukukumuzda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair kanun boşluğunun da ötesinde bir "hukuk boşluğu" mevcut olduğundan dolayı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tanımı, hukukî niteliği, benzer borca aykırılık hâllerinden farkları, meydana gelme şartları, hüküm ve sonuçları, akdî ilişkideki tarafların hak ve yükümlülükleri gibi pek çok mesele ihtilâflıdır.

Hukukumuzda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, pek çok durumda, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini kesin biçimde beyan etmesi ve/veya bu iradenin onun tutum ve davranışlarından anlaşılabilmesi şeklinde değerlendirilmiştir. Ancak çalışmamızda etraflıca değindiğimiz üzere böyle bir ele alış, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sadece "sübjektif görünümünü" ortaya koyar. Zira sübjektif görünümde borçlu, ilerideki ifayı gerçekleştirebilecek bir durumda bulunmasına rağmen beyan yahut hareketleriyle henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce ifadan kesin surette imtinâ etmektedir. Dolayısıyla öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın sübjektif görünümü söz konusu

olduğunda tespit edilmesi gereken husus, borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarından edimini kesin surette yerine getirmeme iradesini hâiz olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağıdır. Bu tespitin içeriği öz biçimde, borçlunun muacceliyetten önceki süreçte haksız ve kesin surette ifadan imtinâsı olarak belirtilebilir.

Öte yandan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, borçlunun edimini yerine getirmeme iradesi bir kenara bırakılacak olursa, ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye girmesi olgusuyla da meydana gelebilir. Bu ihtimalde borcun hiç yahut gereği gibi yerine getirilemeyeceğine yönelik çıkarımlar, borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışları üzerine değil de doğrudan doğruya "objektif birtakım olgulara" dayandırılmaktadır. Bu sebepledir ki artık borçlunun kesin surette bir ifadan imtinâ iradesi taşıyıp taşımadığı gözetilmeksizin sadece ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye girip girmediği araştırılır. Hatta TBK md.473/1 (Art.366 Abs.1 OR) hükmündeki *"...bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."* İfadeleri, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın objektif görünümünün pozitif bir örneğine işaret eder. Ne var ki doktrindeki aksi görüşlere rağmen anılan hüküm, eser sözleşmelerine mahsus olup her bir sözleşme tipine tatbike müsait değildir. Çünkü "Süre Verilmesi" madde başlıklı TBK md.123 (Art.107 Abs.1 OR) hükmünde karşılıklı borç doğuran *(synallagmatic)* sözleşmelerde mütemerrit borçluya dahi gecikmiş ifayı gerçekleştirebilmesi maksadıyla uygun bir ek süre (mehil) tâyin edilebileceği düzenlenmişken, eser sözleşmesi hâricinde kalan diğer sözleşme tiplerinde ilerideki ifanın objektif biçimde tehlike girmesi, sadece ifanın edimin muacceliyet kazanmasından sonra tâyin edilecek uygun bir ek süre (mehil) içerisinde bile gerçekleştirilemeyeceğinin çok büyük olasılıkla öngörülebilmesiyle meydana gelir. Ancak TBK md.124 (Art.108 OR) hükmünün ikinci fıkrasında belirtildiği üzere *"borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız*

kalmışsa" ve yine aynı hükmün üçüncü bendinde belirtildiği üzere *"borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa"* öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın objektif görünümünün gerçekleştiğinin yani ilerideki ifanın objektif biçimde tehlikeye girdiğinin ifade edilebilmesi için borçlunun edimini vâdesinde yerine getirmeyeceğinin öngörülmesi yeterli olacaktır.

Sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulması sırasında alacaklının "güvenini kazanan" borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin surette kaçınması durumunda alacaklının gecikmeksizin, hemen sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmaya girişeceğini düşünmek, çoğu kez hayatın olağan akışıyla örtüşmez. Böyle bir durumla karşılaşan alacaklı, gecikmeksizin sözleşmeyi ortadan kaldırmaktan ziyade öncelikle borçlunun tutumunu açıklığa kavuşturmaya çabalayacak, yani borçlunun sözleşmeyle bağlı olup olmadığını teyit edecek ve nihayetinde son çare *(ultima ratio)* olarak öncelenmiş (erken) sözleşmeden dönme gibi ağır sonuçları olan enstrümanlara yönelecektir. Dikkat edilirse öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği "zaman aralığı" önem arz eder. Şöyle ki sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlu, edimini ifa etmeyeceği yönündeki iradesini ortaya koyduğunda alacaklının buna istinaden gecikmeksizin vaziyet almadığı, yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kendisine sunduğu hak ve enstrümanlara başvurmadığı, beklemecenin söz konusu olduğu bir ara dönem mevcuttur. Tıpkı öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın tanımı, hukukî niteliği ve meydana gelme şartlarında olduğu gibi işbu beklemece evresinde alacaklının ve borçlunun gerek haklarının gerekse yükümlülüklerinin nelerden ibaret olduğu hususunda da TBK'da bir kanun boşluğu söz konusudur. Önerdiğimiz pozitif düzenlemelerin TBK'ya eklenmesi hâlinde elbette boşluk doldurulmuş olacaktır. Fakat bu yönde gerekli pozitif düzenlemelerin getirilmediği varsayımı altında

öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa ilişkin her tür boşluğun, TMK md.1 (Art.1 ZGB) hükmünün öngördüğü hâkimin hukuk yaratması, kıyas ve benzeri metotların tatbikiyle taraflar arasında hakkaniyeti, menfaatler dengesini ve sözleşme bağlamındaki adaleti sağlayan surette doldurulması uygulayıcının görevidir.

Özel hukuk kökenli tüm mevzuata ilk bakıldığında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair kanun koyucunun -kanaatimizce bilinçli yahut bilinçsiz olması önem arz etmeksizin- genel bir hüküm ihdas etmediği, sadece belli başlı sözleşme tiplerinde "serpintiler hâlinde" bulunan ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bizzat kendisini değil de birtakım sonuçlarını düzenleyen özel hükümler olduğu gözlemlenmektedir. Bundan hareketle elbette gerçek ve teknik anlamıyla bir kanun boşluğunun mevcudiyetini tespit etmek kaçınılmazdır. Fakat TMK md.1/2 hükmünde öngörülen *"kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."* kuralı gereğince hâkimin karşılaştığı kanun boşluğu sebebiyle örf ve âdet hukukuna başvurması gerekecektir. Zaten pozitif hukuk bakımından uygulaması oldukça sınırlı olan örf ve âdet hukukunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair hiçbir kural mevcut değildir. Dolayısıyla ilk bakışta ulaştığımız kanun boşluğu tespitini artık "hukuk boşluğu" olarak değiştirmek ve bunun çözümünü de ya TBK'ya yeni pozitif düzenlemelerin eklenmesinde aramak yahut da hâkimin TMK md.1/2 (Art.1 Abs.2 ZGB) hükmündeki görevi ve yetkisi gereğince kanun koyucu gibi hareket ederek önüne gelen her bir öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ihtilâfına özgü biricik kurallar ihdas edip bunu olaya altlamasında *(subsumption)* aramak gerekmektedir.

Pozitif hukukumuzdaki borca aykırılık sistemine dair tüm hükümler [TBK md.27 (Art.20 OR), TBK md.98 (Art.83 OR), TBK md.112 (Art.97 OR), TBK md.117 (Art.102 OR), TBK md.123-126 (Art.107-109 OR), TBK md.136 (Art.119 OR), TBK md.138 (§ 313 BGB) vb.] dikkate alınarak gerçekleştirilecek bir akıl yürütme faaliyeti

neticesinde, yukarıda sözü edilen boşluğun doldurulmasında ilk argüman, borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin surette imtinâ edeceğini beyan etmesi ve/veya bunun tutum ve davranışlarından anlaşılmasının tek başına hâlihazırda geçerli ve taraflarını bağlayan bir akdî ilişki bakımından hiçbir etkisinin söz konusu olamayacağıdır. Zira borçlu, ister muacceliyet öncesi isterse de sonrası süreçte edimini yerine getirmeyeceğini beyan etsin, böyle bir beyanın sözleşmeyi ortadan kaldırabilecek bir anlamı ve gücü yoktur. Hatta edimini yerine getirmeme niyetinde olan borçlu, bu tutumunda ısrar ederek "sözleşmeden döndüğünü" ifade etse de doktrinde bir görüş birliği olarak haksız sözleşmeden dönme beyanının hüküm ve sonuç doğurmayacağı fikri benimsenmektedir. İşte pozitif hukukumuzda -şimdilik- borçlunun edimini yerine getirmeme niyeti önem arz etmediğinden alacaklı, borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlara istinaden henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önce TBK md.125/2 hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbikiyle seçimlik haklarına başvurmadığı müddetçe "ifadan imtinânın geri alınabileceği" yönündeki sınırlı serbestlik kuramını kabul etmek isabetli sayılır. Pozitif hukukumuzun sınırlı serbestlik kuramına uygun olduğu yolunda bir örnek vermek gerekirse: TBK md.96 (Art.81 OR) hükmü uyarınca erken ifanın geçerli olduğu bir sözleşme ilişkisinde borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ifadan imtinâ ediyor olmasına rağmen, daha sonradan düşüncesini değiştirip edimini yerine getirirse, alacaklı böyle bir ifayı kabul mecburiyetinde olacaktır. Görüldüğü gibi borçlunun muacceliyet öncesinde böyle bir düşünce değişikliğine gidebilmesi ve alacaklının ifayı kabul etmesi, sınırlı serbestlik kuramının isabetliliğini ortaya koyar. Ancak sınırlı serbestlik kuramının tercih edilmesinin kaçınılmaz sonucu, henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte alacaklının TBK md.125/2 hükmünün kıyasen *(analogia)* tatbikiyle sahip olduğu seçimlik haklarına başvurmaksızın bir ikame sözleşme akdetmesi ihtimalinde, borçlunun ifadan imtinâ iradesini geri alıp da tam ve

doğru bir ifa gerçekleştirmesi rizikosuna tamamen katlanacak olmasıdır. Zira alacaklı, borçlunun daha sonradan düşüncesini değiştirip de edimini yerine getirmesi hâlinde böyle bir ifayı kabul mecburiyetinde olacak, fakat başka bir ikame sözleşme de akdettiğinden nihayetinde ihtiyacı olmadığı hâlde aynı edime kavuşmak amacıyla "iki kez bedel ödemiş" olacaktır.

Bir diğer husus şudur ki öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiğinden, başka bir deyişle borçlunun henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmekten kesin surette imtinâ ettiğinden söz edebilmek için oldukça sıkı koşulların mevcudiyeti ve edimin çok büyük bir olasılıkla yerine getirilmeyeceğinin önceden açıkça farz edilebilmesi gerekmektedir. Ne var ki alacaklı, dâhil olduğu her sözleşme ilişkisinde böylesine net bir çıkarımda bulunamayabilir. Kaldı ki iyiniyetli olmayan bir borçlu, edimi yerine getirme niyeti ve yeterliliği hususunda bile isteye (kasten) kuşku yaratacak hareketler sergileyerek alacaklıyı haksız yere sözleşmeyi sonlandırmaya sevk edebilir. Tarif ettiğimiz durumda borçlu maksadına ulaşırsa alacaklı, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiğinden söz edebilmek için aranan borçlunun edimi yerine getirmekten imtinâ iradesinin "kesinlik" arz etmesi koşulunun gerçekleştiğine dair yeterli delilleri ortaya koymadan sözleşmeyi sona erdirirse, esasen sözleşmeyi hiç yerine getirmemek niyetinde olan borçlunun, alacaklıyı tuzağa düşürerek ondan bir tazminat isteme fırsatı gündeme gelecektir. Kısacası, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana geldiğinden söz edilebilmesi için oldukça sıkı koşulların mevcudiyeti aranırken, alacaklının "kesinlik" koşulunun sağlandığına kani olmadan öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın kendisine sunacağı hak ve enstrümanlara başvurmaya kalkışması oldukça risklidir; zira haklarını kullanmak niyetinde olan alacaklının, bu kez bizzat kendisi mevcut ve geçerli bir sözleşmeyi ihlâl ederek borçluya tazminat ödemek mecburiyetinde kalacak olabilir. Fakat öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa muhatap olmasına rağmen alacaklı, sırf değindiğimiz

"rizikolardan" korkup da haklarına başvurmakta tereddüt eder ve vâdeye dek beklemeyi seçerse bu kez farklı bir sorun ortaya çıkacaktır: Borçlu henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte edimini yerine getirmeyeceğini beyan ederken ciddî olup vâde geldiğinde bile edimi ifa etmezse alacaklı, "boş yere tereddütlerle vâdeye dek beklemiş" ve çok önceden önleyebilecek olmasına rağmen daha fazla zarara mâruz kalmış olacaktır. İşte zaten etraflıca değindiğimiz hukukî dilemmayı ortadan kalmaya yönelik olarak alacaklı, borçluya karşı tâyin edeceği mâkul bir süre dâhilinde sözleşmeyle bağlılığını yeter derecede kanıtla açıklığa kavuşturmasını isteyebilme olanağına sahip kılınmalıdır. Pozitif hukukumuzda bu olanağa dair bir hüküm olmamakla birlikte TMK md.2/1 (Art.2 Abs.1 ZGB) hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralı gereğince borçludan sözleşmeyle bağlı kalıp kalmayacağı sorulabilir. Belki de son çare olarak TBK md.98/1 hükmünün kıyas *(analogia)* metoduyla tatbiki düşünülebilir. Zira anılan maddede alacaklının haklarını kullanmadan önce, borç ödemeden acze düşen borçludan uygun bir sürede teminat göstermesini talep edebileceği düzenlenmiş olup buradaki ifadelerden hareketle, kıyasen, borçludan edimi yerine getirip getirmeyeceğini açıklamasını yani sözleşmeyle bağlı olup olmadığını açıklığa kavuşturmasını isteyebilmenin mümkün olduğu sonucuna varmak belki düşünülebilir.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi hâlinde hukukumuzda mevcut pozitif düzenlemelerden hangisinin ne tür bir metotla (örneğin doğrudan, kıyasen vb.) tatbik edilebileceği ihtilâflıdır. Zira bu ihtilâflar, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliği altbaşlığında incelenmiştir; fakat TBK'ya konuyla ilgili herhangi bir pozitif düzenleme eklenmediği müddetçe tartışmaların devam etmesi veya yeni görüşlerin ileri sürülmesi kaçınılmazdır. Bu tartışmaları derinleştiren temel gerçek ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesinin tarihsel olarak kodifiye değil "içtihadî" bir müessese olması, farklı borca aykırılık türleri altında ele alınmaya ve

mevcut muhtelif hükümlerin kıyasen *(anologia)* tatbikiyle yorumlanmaya gayet müsait oluşudur. Çalışmamızın "Türk Hukuku Bakımından Tespit ve Tavsiyelerimiz" başlığında ileri sürdüğümüz pozitif düzenlemelerin TBK'ya kazandırılmamış olması hâlinde doktrindeki en isabetli -aynı zamanda hâkim- görüş olan, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benimsediği gibi,[2753] *"…tarafların sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya bertaraf edecek davranışlardan kaçınmasını gerektiren genel yükümlülüğün ihlâli şeklinde…"* gelişen akdin müspet ihlâlinin mevsuf (nitelikli) bir çeşidi olarak tavsif eden ve alacaklıdan bu hâlde artık sözleşmeyle bağlı kalması beklenemeyeceğinden alacaklıya borçlu temerrüdüne dair TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerinin kıyasen tatbikiyle aynen ifa isteminden vazgeçip sözleşmeden dönme ve menfî zararının giderilmesini isteme yahut müspet zararının giderilmesini isteme olanakları sunan görüştür. Hatta hâkim görüşe sadık kalınırsa alacaklıya "yapma edimi" ihtivâ eden sözleşmelerde henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte dahi TBK md.113/1 (Art.98 Abs.1 OR) hükmüne başvurma yani nama ifadan yararlanma olanağı verilmiş olacaktır.

Açıkçası öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini ortaya koymayı amaç edinen görüşlerden hiçbirisi, müessesenin meydana gelme şartlarını, daha da önemlisi alacaklının sahip olacağı hak ve imkânları tam manasıyla açıklamaya elverişli değildir. Fakat yine de hukukumuzun benimsediği ve pozitif bir zemine oturttuğu borca aykırılık türleri göz önünde bulundurulduğunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı akdin müspet ihlâlinin mevsuf (nitelikli) bir çeşidi olarak ele almanın tutarlı yönleri yok değildir: TBK'nın borca aykırılık sistemindeki anlayışı, esasen edimin ifasının gerçek ve teknik anlamda "imkânsızlaşıp imkânsızlaşmadığı" üzerine iki parçalı olarak tesis edilmiştir. Edim, imkânsızlaşmışsa artık ne borçlu veya alacaklı temerrüdünden ne kötü, eksik, ayıplı ifadan söz edilebilir. Dolayısıyla imkânsızlık, belki de kendine özgü bir

[2753] BGE 69 II 243 vd.

borca aykırılık hâli olup bir kez vuku bulmakla kendisi hâricinde kalan diğer tüm borca aykırılık hâllerinin meydana gelmesinin önünü keser. Başka bir deyişle TBK'nın borca aykırılık sistemi anlayışında bir kanatta ifa imkânsızlığının; öteki kanatta ise alacaklı veya borçlu temerrüdü, kötü, eksik, ayıplı ifanın olduğu düşünülebilir. "İlk kanat" perspektifinden bakacak olursak öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hukukî niteliğini ifa imkânsızlığı üzerinden açıklamak, oldukça zorlama bir yorumdur. Ayrıca bu görüş, "ifa imkânsızlığı"nı dahi doktrindeki hâkim görüşten ayrılarak oldukça farklı tanımlamaktadır. Ne var ki ifa imkânsızlığı, doktrindeki hâkim görüş üzerinden tanımlansa bile borçlunun henüz muacceliyet öncesi -veya sonrası- süreçte edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmesi, tabiatı itibariyle edimin ifasını "kesin", "sürekli", "kalıcı", "objektif (herkes için)" biçimde engellemez. Yani öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, bir ifa imkânsızlığı hâli olmadığı gibi ona benzetilemez de. TBK'nın borca aykırılık sistemi anlayışındaki "ikinci kanat" perspektifinden bakacak olursak öncelenmiş sözleşmeye aykırılık; temerrüt, kötü, eksik, ayıplı ifa olarak da tavsif edilemez; çünkü bunların her biri sadece edimin muacceliyet kazanmasının ardından meydana gelebilecek borca aykırılık türleridir. Öyle ki TBK md.117 (Art.102 OR) hükmü gereği muacceliyet, borçlu temerrüdünün kanunî ve kurucu bir şartıdır; muacceliyetin olmadığı bir olayda temerrütten söz edilemez. Yine bir edimin kötü, eksik veya ayıplı olarak ifa edildiğini ileri sürebilmek için bunun alacaklıya teslim edilmiş, hatta çoğu kez alacaklı tarafından bizzat incelenip kusurların saptanmış olması zorunludur. Yani kötü, eksik veya ayıplı ifadan söz edilebilmesi için de edimin muacceliyet kazanmış ve alacaklıya sunulmuş olması zorunludur. İşte bu "kanatlar" hâricinde sadece, sınırları oldukça muğlak ve kapsamı geniş bir "şemsiye" borca aykırılık türü olarak akdin müspet ihlâli *(die positive Vertragsverletzung)* bulunmaktadır. TBK'ya pozitif bir düzenleme eklenmediği sürece öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı bu şemsiyenin altında düşünmekten başka çare yoktur.

Yalnız mesele, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı akdin müspet ihlâli olarak değerlendirmekle tam olarak çözümlenemez. Zaten bunun içindir ki gerek doktrindeki hâkim görüş gerekse İsviçre Federal Mahkemesi, alelâde değil "mevsuf (nitelikli)" bir akdin müspet ihlâli vurgusu yapagelmiştir. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, ancak mevsuf (nitelikli) bir akdin müspet ihlâli olarak ele alındığında ifa menfaati zedelenmiş tarafa, borçlu temerrüdüne dair TBK md.123-125 (Art.107-109 OR) hükümlerinin kıyasen tatbikiyle birtakım haklar sunulabilmektedir.

Bir diğer konu ise öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın hayatın olağan akışı içerisinde, kural olarak, sözleşmedeki aslî edim yükümlülüğü üzerinden meydana geleceğidir. Fakat doktrindeki aksi görüşlere rağmen kanaatimizce öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın yan edim yükümlülükleri veya yan yükümler üzerinde de söz konusu olması mümkündür. Buradaki temel ölçüt, edimin niteliği değil; edimin ihlâli hâlinde ifa menfaati zedelenen taraf için sözleşme ilişkisini çekilmez duruma getirip getirmediğidir. Elbette kesin bir kural olmamakla birlikte, aslî edim yükümlülüğü ihlâlinin önemine binaen esaslı bir ihlâl sayılacağı ve (diğer koşulları da oluşmuşsa) öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açacağı yadsınamaz. Bununla birlikte madem ki yan edim yükümlülükleri ister kanundan ister sözleşmeden isterse de dürüstlük kuralından doğsun, aslî edim yükümlülüğünün tam ve gereği gibi ifa edilmesine hizmet eder, öyleyse bunların ihlâli de gelecekte aslî edim yükümlülüğünün ihlâl edilmesine sebep olacağından yine öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa yol açacağı yadsınmamalıdır.

İşte her tür edim yükümlülüğü veya yan yüküm bakımından meydana gelebilecek, pek çok yabancı hukuk sisteminde ve CISG, PECL, DCFR, PICC gibi milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde pozitif zemine oturtulmuş, ticarî satım sözleşmelerinde sıkça görülen öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair TBK'ya gerekli hükümlerin eklenmesi hukukî ve iktisadî yönü olan bir zorunluluktur. Türk kanun koyucusu, bu yenilikleri yapma niyetinde olduğunda, Alman hukukunda

01.01.2002 tarihinde gerçekleştirilen ve kapsamlı değişiklikler öngören Borçlar Hukuku Reform Yasası *(Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz),* zaten 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla uygun bulunan ve Bakanlar Kurulu'nun 11.03.2010 tarihli ve 2010/247 sayılı kararıyla tarafı olduğumuz CISG'in ilgili hükümleri, tarafı olup olmadığımıza bakılmaksızın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı düzenleyen tüm uluslararası satım hukuku metinleri ve bunlar üzerine inşa edilmiş doktrinel görüşler, uluslararası mahkeme kararları ve hukuk pratiği gerçek bir yol gösterici olacaktır. Yine TBK'nın mehazı olması sebebiyle İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin müesseseye dair kararları anbean takip edilmelidir.

Nihayetinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık da tıpkı alacaklı veya borçlu temerrüdü, ayıplı ifa, kötü ifa, eksik ifa ve benzeri sebepler gibi yeni bir sorumluluk sebebi olarak ortaya çıkar ve borca aykırılık hâllerini tamamlar. İşbu çalışmada çeşitli vesilelerle değindiğimiz tüm araştırmalar ve tespitlerimiz sonucunda öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesine dair tarafımızca önerilen, TBK'nın Genel Hükümler kısmının İkinci Bölümü'nün "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları" başlıklı İkinci Ayırım'ına, tercihan genel bir borca aykırılık hükmü olan TBK md.112 (Art.97 OR) ve devamındaki bir konuma şu hükümlerin eklenmesidir:

A – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeyeceği henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte açıkça anlaşılırsa alacaklı, durumun haklı göstermesi kaydıyla, vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilir.

Vadeyi beklemeden sözleşmeden dönme niyetinde olan alacaklı, süre elverdiği takdirde borçludan gelecekteki ifaya dair yeterli bir güvence göstermesini isteyebilir, güvence gösterilinceye kadar kendi borcunun ifasını askıya alabilir.

Alacaklının borcunu daha önce ifa etmiş olduğu durumlarda ya da borçlunun içinde bulunduğu şartlardan veya tutumundan borcunu ifa etmeyeceğinin kesin surette anlaşıldığı durumlarda birinci fıkra hükmü uygulanır.

Borçlu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etse bile alacaklı bu haklarını kullanabilir.

B – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bildirimde bulunma yükümlülüğü

Alacaklının kendi borcunun ifasını askıya alma veya vadeyi beklemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanması, derhâl bildirimde bulunması şartına bağlıdır. Kanununda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmeyle ilgili olsa bile bildirimin geçerliliği şekle bağlı değildir.

C – Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde tazminat

Borçlu, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan tüm zararını gidermekle yükümlüdür. Ancak tazminatın hesabında öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ortaya çıktığı anın, vadeye olan yakınlığı göz önünde bulundurulur.

Alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanırken borçlunun zararına yol açmaktan kaçınır. Aksi hâlde borçlu, uğradığı zararı ispat ettiği ölçüde tazminattan indirim isteyebilir.

D – Diğer durumlar

Sürekli edimli sözleşmenin ifasına başlanmamış olmak kaydıyla alacaklı öncelenmiş sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanabilir.

Art arda teslimli sözleşmelerde münferit bir teslimata ilişkin ortaya çıkan öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta alacaklı, haklarını yalnızca bu teslimat bakımından kullanabilir.

Münferit bir teslimata ilişkin ortaya çıkan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin kalanının hiç veya gereği gibi ifa edilmeyeceği yönünde ciddî bir gerekçe oluşturuyorsa, alacaklı mâkul bir süre içerisinde sözleşmeyi feshedebilir.

Alacaklı, münferit bir teslimata ilişkin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde, ifa edilmiş edimlerin teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle artık sözleşmenin amacı doğrultusunda kullanılamayacak olduğunu ispatlarsa, sözleşmeden derhâl dönebilir.

KAYNAKÇA*

KİTAPLAR, KİTAP BÖLÜMLERİ VE MAKALELER

AKÇAAL, Mehmet: "İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'nda (OR.2020) İfa Engellerinin Şartları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C.68, S.3, ss.529-550.

AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 13.Baskı, Konya 2022. [Akıncı, Borçlar Genel]

AKINCI, Şahin: Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004. [Akıncı, Vekâlet Sözleşmesi]

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, 30.Baskı, İstanbul 2022.

AKİPEK, Şebnem: "Tamamlayıcı Olgunun Hukukî İşleme Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1995, C.44, S.1, ss.269-291. [Akipek, Tamamlayıcı Olgu]

AKİPEK, Şebnem: Alt Vekâlet, Ankara 2003. [Akipek, Alt Vekâlet]

AKKANAT, Halil: "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

AKKURT, Sinan Sami/ERDOĞAN, Kemal/TOKAT, Hüseyin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri), 6.Baskı, Ankara 2023.

AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.

ALBAŞ, Hakan: Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105), Ankara 2004.

ALTAŞ, Hüseyin: "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. Mad.358)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, ss.97-110. [Altaş, İstisna Sözleşmesi]

ALTAŞ, Hüseyin: "Munzam Zararda İspat Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2001, C.50, S.1, ss.121-129. [Altaş, Munzam]

ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011. [Altınok Ormancı, Fesih]

* Aynı yazara ait birden çok eserin veya aynı soyadı taşıyan birden fazla farklı yazarın mevcut olduğu durumlarda, eserlerin ve yazarların ayırt edilebilmesi için dipnotlarda kısaltmalar kullanılmış olup söz konusun kısaltmalar, eserlerin sonunda ayrıca köşeli parantez içinde ifade edilmiştir.

ALTINOK ORMANCI, Pınar: Zararı Azaltma Külfeti, 1.Baskı, İstanbul 2016. [Altınok Ormancı, Zarar]

ANDREWS, Neil/CLARKE, Malcolm/TETTENBORN, Andrew/VIRGO, Graham: Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, Sweet &Maxwell, London 2011.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, İstanbul 2016. [Antalya, Borçlar Genel C.I]

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.III, İstanbul 2017. [Antalya, Borçlar Genel C.III]

ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011. [Aral, Kötü İfa]

ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994. [Aral, Takas]

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15.Baskı, Ankara 2022.

ARAT, Ayşe: "Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018, C.26, S.2, ss.325-366.

ARSEBÜK, Esat: Borçlar Hukuku Birinci ve İkinci Cilt, 3.Baskı, Ankara 1950.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2020.

ARSLANLI, Halil: Ticarî Bey', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul 1952.

ATAMER, Yeşim M.: "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, 1.Baskı, İstanbul 2010, ss.317-360. [Atamer, İfa Engelleri]

ATAMER, Yeşim M.: "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", Milletlerarası Satım Hukuku, (ed.: Yeşim M. Atamer), 2.Baskı, İstanbul 2012, ss.221-266. [Atamer, Sözleşmeye Aykırılık]

ATAMER, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1.Baskı, İstanbul 2005. [Atamer, CISG]

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Ankara 2020. [Ayan, Borçlar Genel]

AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008. [Ayan, İnşaat Sözleşmesi]

AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 15.Baskı, İstanbul 2020.

AYDEMİR, Efrail: Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Ankara 2013.

AYDINCIK, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları: Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013.

AYDINLIYIM, Suat: Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması, Ankara 1972.

AYDOĞDU, Murat/TUNCER, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri – Sözleşmeler Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2023.

AYRANCI, Hasan: Ön Sözleşme, 1.Baskı, Ankara 2006. [Ayrancı, Ön Sözleşme]

AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105), Ankara 2006. [Ayrancı, Munzam Zarar]

AZEREDO DA SILVEIRA, Mercédeh: "Anticipatory Breach under the United Nations Convention On Contracts for the International Sale Of Goods", Nordic Journal of Commercial Law 2005, iss.2, ss.1-51.

BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1991.

BAŞ, Ece: "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi 2013, Özel Sayı, C.8, ss.623-655.

BAŞOĞLU, Başak: "Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2008, C.66, S.2, ss.287-310.

BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, 4.Baskı, İstanbul 2020. [Baysal, Uyarlama]

BAYSAL, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012. [Baysal, Müterafik]

BEATSON, Jack/BURROWS, Andrew/CARTWRIGHT, John: Anson's Law of Contract, 29th Edition, Oxford, New York 2010.

BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi C.II, (çev.: Suat Dura), 1.Baskı, Yargıtay Yayınevi, Ankara 1993.

BERNSTEIN, Herbert/LOOKOFSKY, Joseph: Understanding the CISG in Europe, 2nd Edition, Kluwer Law International, The Hauge, London, New York 2002.

BIANCA, C.M./BONELL M.J.: Commentary on the International Sales Law the 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milan 1987. [Bianca/Bonnel, *bölüm yazarının soyadı*]

BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C.16, S.1, ss.151-192.

BLACK, Henry Campbell: Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Revised 4th Edition, West Publishing Co., St.Paul, Minnesota 1968.

BLUM, Brian A.: Contracts, Examples & Explanations, 6th Edition, New York 2013.

BRIDGE, Michael G.: "Avoidance for Fundamental Breach of Contract Under the UN Convention on the International Sale of Goods", The International & Comparative Law Quarterly 2010, vol.59, iss.4, ss.911-940. [Bridge, Avoidance for Fundamental Breach of Contract]

BRIDGE, Michael G.: "Issues Arising under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention On Contracts For The International Sale of Goods", Journal of Law and Commerce 2005-2006, vol.25:405, ss.405-421. [Bridge, Issues Arising]

BRIDGE, Michael G.: The International Sale of Goods, 3th Edition, Oxford University Press, Oxford 2013. [Bridge, The International Sale of Goods]

BRUNNER, Christoph: Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles Exemption for Non-Performance in International Arbitration, Wolters Kluwer Law&Business, Bern 2008.

BUZ, Vedat: "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, ss.91-111. [Buz, İfa]

BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1998 Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2014. [Buz, Sözleşmeden Dönme]

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. [Buz, Yenilik Doğuran]

CALAMARI, The Late John D./PERILLO, Joseph M.: The Law of Contracts, 4th Edition, West Group, St.Paul, Minnesota 1998.

CANSEL, Erol: "Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı", İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 275, Ankara 1970.

CARTER, J.W.: "The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach", Modern Law Review 1984, vol.47, iss.4, ss.422-436.

CARTER, J.W./PHANG, Andrew/PHANG, Sock-Yong: "Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests", Journal of Contract Law 1999, vol.15, iss.2, ss.97-132.

CHEN-WISHART, Mindy: Contract Law, Oxford University Press, Oxford 2005.

CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON: Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, 13th Edition, London 1996.

CHITTY, Joseph: Chitty on Contracts vol.I: General Principles, (ed.: H.G. Beale), 32nd Edition, Sweet&Maxwell, London 2015. [Chitty, General Principles]

CHITTY, Joseph: Chitty on Contracts vol.II: Spesific Contracts, (ed.: H.G. Beale), 32nd Edition, Sweet&Maxwell, London 2015. [Chitty, Spesific Contracts]

CORBIN, Arthur Linton: Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law vol.4, West Publishing Co., St.Paul, Minnesota 1951.

CUMALIOĞLU, Emre: TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilen İhlal, 1.Baskı, İstanbul 2019.

CUMALIOĞLU, Emre/ERVERDİ, Zeynep: "Türk Borçlar Kanunu'nun Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ile Yapılan Değişiklikler ve Getirilen Yenilikler", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, ss.389-413.

ÇABRİ, Sezer: "Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlanan Sonuçlar", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, ss.414-439. [Çabri, İfa Güçsüzlüğü]

ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) C.I, 2.Baskı, İstanbul 2022. [Çabri, Şerh C.I]

ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2025. [Çabri, Miras Hukuku]

ÇUKADAR, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014.

DAVIES, F.R.: Davies on Contract, (ed.: Robert Upex & Geoffrey Bennett), 10th Edition, London 2008.

DAWSON, Francis: "Metaphors and Anticipatory Breach of Contract", Cambridge LJ 1981, vol.40, iss.1, ss.83-107.

DAYINLARLI, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, 4.Baskı, Ankara 2008. [Dayınlarlı, İstisna Akdi]

DAYINLARLI, Kemal: "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan 2003, C.23, S.1-2, ss.203-249. [Dayınlarlı, Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler]

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

DeNOOYER, Dena: "Remedying Anticipatory Repudiation -Past, Present, and Future?", Southern Methodist University Law Review 1999, vol.52, iss.4, ss.1787-1816.

DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre: Sorumluluk Hukuku, (çev.: Salim Özdemir), Kadıoğlu Matbaası, Ankara 1983.

DEYNEKLİ, Adnan/SALDIRIM, Mustafa: Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 3.Baskı, Ankara 2011.

DOĞAN, Öykü: Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Para Borçlarında Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları, 1.Baskı, İstanbul 2019.

DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2021.

DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C.IV Miras Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2022.

DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku C.I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 17.Baskı, İstanbul 2022.

EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4.Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

EISELEN, Sieg: "Anticipatory Breach: 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", 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, ss.207-211. [Eiselen, UNIDROIT]

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, ss.461-465. [Eiselen, PECL]

ENDERLEIN, Fritz/MASKOW, Dietrich: International Sales Law, Oceana Publications, New York 1992.

ERBEK ODABAŞI, Özge: "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması", İzmir Barosu Dergisi 2020, Yıl: 85, S.3, ss.61-155.

ERDEM, H. Ercüment: "Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C.12, S.1, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu, Özel Sayı, (ed.: Enver Murat Engin), ss.259-289. [Erdem, Türk Hukuku ile Karşılaştırma]

ERDEM, H. Ercüment: "Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, ss.857-894. [Erdem, Sözleşmeden Dönme]

ERDOĞAN, Ersin: "Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi 2017, C.75, S.2, ss.145-176.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28.Baskı, Ankara 2023. [Eren, Borçlar Genel]

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara 2023. [Eren, Borçlar Özel]

EREN, Fikret: I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri – II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları – III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1996. [Eren, İnşaat Sözleşmeleri]

EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.I (m.1-48), 2.Baskı, Ankara 2023. [Eren/Dönmez, Şerh C.I]

EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.III (m.83-206), 2.Baskı, Ankara 2023. [Eren/Dönmez, Şerh C.III]

EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi C.V (m.393-646), 1.Baskı, Ankara 2023. [Eren/Dönmez, Şerh C.V]

EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 5.Baskı, Ankara 2023.

ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

ERKAN, Kutluhan: CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, 1.Baskı, İstanbul 2013.

ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2.Baskı, İstanbul 2007.

ERTAŞ, Şeref: "Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Sonuçları", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, ss.391-399. [Ertaş, Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshi]

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 15.Baskı, İzmir 2020. [Ertaş, Eşya Hukuku]

ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve İsviçre Medeni Kanunu Son Değişiklikleri Eklenmiş 9.Baskı, Ankara 2024.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 2.Baskı, İstanbul 1977.

FRANKO, Nisim İ.: Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (B.K. 373-381), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No:167, Ankara 1981.

FRANSWORTH, E. Allan: On Contracts vol.II, 2nd Edition, Aspen Publishers Inc., New York 1998.

FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, İstanbul 2022.

GABRIEL, Henry Deeb: Contracts for the Sale of Goods – A Comparison of U.S. and International Law, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford 2009.

GOODE, Roy: "International Restatements of Contracts and English Contract Law", Uniform Law Review 1998, vol.2, iss.2, ss.231-248.

GÖKA, Mehmet Emir: Borca Aykırı Davranılacağının Önceden Belli Olması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.

GÖKYAYLA, Emre: Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Soma Ermesi, Ankara 2007. [Gökyayla, Avukatlık Sözleşmesi]

GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009. [Gökyayla, Ek İş ve İş Değişikliği]

GÖRMEZ, Gizem: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdünde Ek Süre Tayini, 1.Baskı, Ankara 2024.

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat: Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Kazancı Yayınları, Ankara 1977.

GULOTTA Jr., James C.: "Anticipatory Breach – A Comparative Analysis", Tulane Law Review May 1976, vol.50.

GÜLVER, Ender: "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2011, C.8, S.31, ss.999-1029.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 6.Baskı, İstanbul 2022. [Gümüş, Borçlar Özel]

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 1.Baskı, Ankara 2021. [Gümüş, Borçlar Genel]

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m.138), 1.Baskı, Ankara 2022. [Gümüş, Uyarlanma]

GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, 1.Baskı, İstanbul 2017.

GÜNAY, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1.Baskı, Ankara 2012.

GÜNDOĞDU, Fatih: "Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C.10, S.2, ss.331-355. [Gündoğdu, Viyana Konvansiyonu]

GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014. [Gündoğdu, Kusurlu İfa İmkânsızlığı]

GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2.Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 476, Ankara 1984.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul 2017.

HAVUTÇU, Ayşe: "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2.Baskı, İstanbul 2012, ss.307-327. [Havutçu, İfa Engelleri]

HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995. [Havutçu, Tam İki Tarafa]

HONNOLD, John: Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, Kluwer, Bedfordshire 2009.

HONSELL, Heinrich: "İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler", (çev.: Ümmühan Kaya), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 2017, C.2, S.2, ss.189-197, s.195.

HUBER, Peter/MULLIS, Alastair: The CISG, Regensburg 2007.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 16.Baskı, İstanbul 2022.

İNAL, H. Tamer: Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, 8.Baskı, Ankara 2023.

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 12.Baskı, Ankara 2024.

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara 2014.

İNCEOĞLU, M. Murat: "İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C.57, S.4, ss.237-254. [İnceoğlu, İmkansızlaşma]

İNCEOĞLU, M. Murat: Kira Hukuku C.I, İstanbul 2014. [İnceoğlu, Kira Hukuku]

İŞGÜZAR, Hasan/DEMİR, Mehmet/YILMAZ, Süleyman: Miras Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2019.

KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin: "Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C.14, S.175-176, ss.887-916.

KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007. [Kaneti, Haksız Fiil]

KANETİ, Selim: Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972. [Kaneti, Tahvil]

KANIŞLI, Erhan: "CISG'da ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırılması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C.II, Özel Sayı 2016, C.22, S.3, ss.1399-1456. [Kanışlı, Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık]

KANIŞLI, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, 1.Baskı, İstanbul 2013. [Kanışlı, Satıcının Hakları]

KAPANCI, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014.

KAPLAN GÜLER, Beyhan: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali (TBK-CISG), 1.Baskı, İstanbul 2023.

KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.

KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, 17.Baskı, Ankara 2014.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku C.I, İstanbul 1997.

KARATAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004.

KARTAL, Dilşah Büşra/ÖĞÜN, Pınar: "TBK m.473/I Hükmü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi", Sorumluluk Hukuku Seminerler, (ed.: Başak Baysal), İstanbul 2016, ss.229-252.

KESKİN, Dilşad A.: "Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C.11, S.1-2, ss.209-231.

KILIÇ ÖZTÜRK, Gizem: Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, 1.Baskı, Ankara 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28.Baskı, Ankara 2024. [Kılıçoğlu, Borçlar Genel]

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2020. [Kılıçoğlu, Borçlar Özel]

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Eşya Hukuku, 2.Bası, Ankara 2024. [Kılıçoğlu, Eşya Hukuku]

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2025. [Kılıçoğlu, Miras Hukuku]

KIMBEL, Ericson P.: "Nachfrist Notice and Avoidance Under the CISG", Journal of Law and Commerce 1999, vol.18:301, ss.301-331.

KNAPP, Charles L./CRYSTAL, Nathan M./PRINCE, Harry G.: Problems in Contract Law, 6th Edition, New York 2007.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 1987 Yılı 3.Basıdan 4.Tıpkı Bası, İstanbul 2024.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 5.Baskı, İstanbul 2010. [Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I]

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.Baskı, İstanbul 2009. [Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III]

KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5.Baskı, İstanbul 2006.

KUNTALP, Erden: Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968. [Kuntalp, Satım]

KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 291, Ankara 1971. [Kuntalp, Karışık Muhtevalı]

KURT, Leyla Müjde: "Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C.64, S.3, ss.775-814. [Kurt, Zararı Azaltma]

KURT, Leyla Müjde: (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, 1.Baskı, Ankara 2012. [Kurt, Eser]

KURT, Leyla Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), 1.Baskı, Ankara 2016. [Kurt, İmkânsızlık]

KURU, Baki/AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 8.Baskı, Ankara Ekim-2023.

LANDO, Ole: "Termination for Breach of Contract in the CISG, The Principles of European Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Chinese Law", The Future of European Contract Law, Essays in Honour of Ewoud Hondius, (ed.: Katharina Boele-Woelki & Willem Grosheide), Kluwer Law International 2007, ss.195-210.

LIMBURG, Herbert R.: "Anticipatory Repudiation of Contracts", The Cornell Law Quarterly 1925, vol.10, iss.2, ss.135-180.

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. [Liu, Suspension or Avoidance]

LIU, Qiao: "Claiming Damages upon an Anticipatory Breach: Why should an Acceptance Be Necessary?", Legal Studies 2010, vol.25, ss.559-577. [Liu, Claiming Damages]

LIU, Qiao: "Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract", Cambridge Law Journal 2007, vol.66, iss.3, ss.574-604. [Liu, Inferring]

LIU, Qiao: Anticipatory Breach, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2011. [Liu, Anticipatory Breach]

LOOKOFSKY, Joseph: Understanding the CISG in the USA, 2nd Edition, Kluwer Law International, The Hauge 2004.

MAHONEY, Jr., Brian B.: "Contract Law - Anticipatory Repudiation and the Running of the Statute of Limitations - *Franconia Associates v. United States"*, 536 U.S.129 (2002), Suffolk University Law Review 2004 37 Suffolk U. L. Rev. 1235.

MARCANTONIO, Barrigan J.: "Unifying the Law of Impossibility", Hastings International & Comparative Law Review 1984-1985, vol.8, iss.41, ss.41-60.

MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: The German Law of Contract, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford 2006.

McCAMUS, John D.: The Law of Contracts, 2nd Edition, Irwin Law Inc., Toronto 2012.

MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan: Borçlar Hukuku I Genel Bölüm, (çev.: Kerem Öz), (ed.: Tufan Öğüz), Asıl Eserin Gözden Geçirilmiş 22.Basısı, İstanbul 2025.

MOSES, Paul A.: "The Doctrine of Anticipatory Breach of Contracts: Theoretically and Historically Considered", North Carolina Law Journal 1900-1901, vol.1, ss.321-333.

MUSTILL, Michael: "Anticipatory Breach", Butterworth Lectures 1989-1990, Butterworths, London 1990, ss.1-78.

MÜLLER-CHEN, Markus: Vorbemerkungen Art.118-134, Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Schulthess Juristische Medien A.G., Zürich-Basel-Genf 2013. [Müller-Chen, Vorbemerkungen Art.118-134]

MÜLLER, Sebastian: Antizipierter Vertragsbruch, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 159, Zürich 2021.

NAZİKİOĞLU, Işık: "Karşılıklı Taahhütleri Havi Akitlerde Borçlunun Temerrüdü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1951, C.8, S.1-2, ss.658-684.

NICHOLAS, Banny: "The Vienna Convention on International Sales Law", The Law Quarterly Review 1989, vol.105, ss.201-243.

NIENABER, Petrus Millar: "The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, Cambridge Law Journal 1962, vol.20, iss.2, ss.213-233.

NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19.Baskı, İstanbul 2023.

NOMER, Halûk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2023.

O'SULLIVAN, Janet/HILLIARD, Jonathan: The Law of Contract, Oxford University Press, Oxford 2012.

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 28.Baskı, İstanbul 2022.

OĞUZMAN, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, 18.Baskı, İstanbul 2020. [Oğuzman/Öz, C.I]

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 15.Baskı, İstanbul 2020. [Oğuzman/Öz, C.II]

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22.Baskı, İstanbul 2020.

OKUMUŞ, Selmani: Müspet Zarar, Ankara 2022.

ORTH, Jonh V.: "Leases: Like Any Other Contract?", The Green Bag An Entertaining Journal of Law Autumn 2008, vol.12, iss.1.

OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Madde: 41-109 (TBK: 41-108), (çev.: Recai Seçkin), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1950. [Oser/Schönenberger, TBK: 41-108]

OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde: 110-183 (TBK: 109-181), (çev.: Ferid Ayiter), Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1950. [Oser/Schönenberger, TBK: 109-181]

OZANEMRE YAYLA, H. Tolunay: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, İstanbul 2023.

ÖNEN, Turgut: Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No:95, Kalite Matbaası, Ankara 1975.

ÖZ, Kerem: Tadil Sözleşmesi, 1.Baskı, İstanbul 2016. [Öz, Tadil]

ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1.Baskı, Ankara 2023. [Öz, *bölüm yazarının soyadı*]

ÖZ, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3.Baskı, İstanbul 2016. [Öz, İnşaat]

ÖZ, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989. [Öz, Eser Sözleşmesinden Dönme]

ÖZ, M. Turgut: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri'nin Kısa Karşılaştırması, 1.Baskı, İstanbul 2016. [Öz, Karşılaştırma]

ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, Murat: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu C.II-III (Madde 83-206), 3.Baskı, İstanbul 2019. [Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu, *bölüm yazarının soyadı*]

ÖZBİLEN, Arif Barış: "Tüketim Ödüncü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukukî Sonuçlar", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2016, Yıl:7, S.27, ss.125-154.

ÖZDAMAR, Demet/YAĞCIOĞLU, Burcu/MERAL, Ö. Oğuzhan: Avrupa Sözleşmeler Hukuku ve Türk Hukuku'nda İfa ve İfa Etmeme, 1.Baskı, Ankara 2020.

ÖZEKES, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, 1.Baskı, Ankara 1999.

ÖZKAYA, Eraslan: Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2013.

ÖZMEN, Ethem Saba/ÜREM, Müge: "Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi", İstanbul Barosu Dergisi 2016, C.90, S.3, ss.193-218.

ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 13.Baskı, Ankara 2023.

PARRY, David Hughes: The Sanctity of Contracts in English Law, London 1959.

PEEL, Edwin: The Law of Contract, 12th Edition, Sweet&Maxwell, London 2007.

PEJOVIC, Caslav: "Stoppage in Transit and Right of Control: 'Conflict of Rules'?", Pace Internatioal Law Review April 2008, vol.20, iss.1, ss.129-159.

PETEK, Hasan: "Borçlunun Temerrüdünde Beklenmedik Hâlden Sorumluluk", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, (yh. Emel Badur/Gamze Turan Başara), Ankara 2016, ss.321-344.

PETERSDORFF, Charles Erdman: A Practical and Elementary Abridgment of the Common Law as Altered and Established by the Recent Statutes, Rules of Court and Modern Decisions, vol.III, London 1843.

POSNER, Eric A.: "Fault in Contract Law", Michigan Law Review, vol.107, iss.8, Symposium: Fault in American Contract Law 2009, ss.1431-1444.

PREJOVIC, Caslav: "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", Victoria University of Wellington Law Review 2001, vol.32, iss.3, ss.817-842.

PULAŞLI, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.Baskı, İstanbul 2013.

ROBERTSON, J.R.: "The Right to Demand Adequate Assurance of Due Performance: Uniform Commercial Code Section 2-609 and Restatement (Second) of Contracts Section 251", Drake Law Review 1988-1989, vol.38, ss.305-353.

ROWLEY, A. Keith: A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Cincinnati Law Review vol.69, Winter 2001, ss.565-639.

RUHİ, Ahmet Cemal: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku C.I, Ankara 2011.

SAIDOV, Djakhongir: "Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles", Uniform Law Review 2006, vol.11, iss.4, ss.795-823. [Saidov, Anticipatory Non-Performance]

SAIDOV, Djakhongir: The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments, Oxford 2008. [Saidov, The Law of Damages]

SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, 2.Baskı, İstanbul 2017.

SARI, Suat: Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.

SARIKAYA, Murat: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması "CISG" Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, 1.Baskı, İstanbul 2017.

SAYMEN, Ferit Hakkı/ELBİR, Halid Kemal: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1958.

SCHLECHTRIEM, Peter: "Calculation of Damages In the Event of Anticipatory Breach Under the CISG", 2006. [Schlechtriem, Calculation of Damages]

SCHLECHTRIEM, Peter: "Damages, Avoidance of the Contract and Performance Interest Under the CISG", altb.II.5. [Schlechtriem, Performance]

SCHLECHTRIEM, Peter/BUTLER, Petra: UN Law on International Sales, Springer, Berlin 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg: Commentary on The UN Convention on The Sales of Goods (CISG), (ed.: Ingeborg Schwenzer & Ulrich G. Schroeter), 5th Edition, Oxford 2022. [Schlechtriem/Schwenzer, *bölüm yazarının soyadı*]

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, (ed.: Ingeborg Schwenzer & Pınar Çağlayan Aksoy), 1.Baskı, İstanbul 2015. [Schlechtriem/Schwenzer, Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi]

SCHWARZ, Andreas B.: Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih, Ebül'ula Mardin'e Armağan, (çev.: Bülent Davran), Kenan Matbaası, İstanbul 1944.

SCHWENZER, Ingeborg/HACHEM, Pascal/KEE, Christopher: Global Sales and Contract Law, 1st Edition, Oxford University Press, Oxford 2012.

SCOTT, Robert E./KRAUS, Jody S.: Contract Law and Theory, 4th Edition, New Jersey 2007.

SECRETARY-GENERAL: Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by Secretariat, 1979. [Secretariat Commentary]

SEÇER, Öz: "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C.6, S.4, ss.877-944. [Seçer, Vekâlet]

SEÇER, Öz: Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 1.Baskı, Ankara 2016. [Seçer, Tam Tazminat]

SELİÇİ, Özer: "Kesin Vadeli İşlemler", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, C.2, S.3, ss.92-107. [Seliçi, Kesin Vade]

SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977. [Seliçi, Sürekli Borç]

SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1979. [Seliçi, İnşaat Sözleşmesi]

SEROZAN, Rona: "BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının, İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006, ss.38-51. [Serozan, BK Tasarısı]

SEROZAN, Rona: "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlâli" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, C.2, S.3, ss.108-129. [Serozan, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi]

SEROZAN, Rona: "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi – Kronolojik Açıdan Ayrımlı Olguları Ortak Bir Rejime Bağlama Denemesi", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, ss.1013-1030. [Serozan, Edimler Arası Dengesizlik]

SEROZAN, Rona: "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2000, C.58, S.1-2, ss.231-248. [Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri]

SEROZAN, Rona: "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlâli" ve "Culpa in Contrahendo", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1990, C.15, S.18, ss.27-42. [Serozan, Yürürlükteki İfa Engelleri]

SEROZAN, Rona: Hukukta Yöntem, 2.Baskı, İstanbul 2015. [Serozan, Hukukta Yöntem]

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2.Baskı, İstanbul 2007. [Serozan, Sözleşmeden Dönme]

SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem: Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 8.Baskı, İstanbul 2022.

SERT, Selin: Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.

SERT, Selin/CİHAN, Ali Hulki: "Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2013, C.8, S.2, ss.901-918.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2022. [Sirmen, Eşya Hukuku]

SİRMEN, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992. [Sirmen, Şart]

SİVRİKAYA, Emre Can: Borç İlişkilerinde İhtar, 2.Baskı, Ankara 2025.

SMITH, J.C./THOMAS, J.A.C.: Smith & Thomas: A Casebook on Contract, (ed.: Roger Brownsword), 20th Edition, London 2009.

SMITH, John: "Anticipatory Breach of Contract", Contemporary Issues in Commercial Law: Frestschrift in Honour of Tony Guest (Lomnika), London 1997, ss.174-193.

SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Özel Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2020.

STOLJAR, Samuel: "Some Problems of Anticipatory Breach", Melbourne University Law Review 1974, vol.9, iss.3, ss.355-369.

STRUB, Gilbey M.: "The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries", International & Comparative Law Quarterly 1989, vol.38, iss.3, ss.475-501.

SWANTON, Jane: "Discharge of Contracts for Breach", Melbourne University Law Review 1981, vol.13, ss.69-90.

ŞAHBAZ, Ali: İfa Güçsüzlüğü, Ankara 2025.

ŞAHİN, Onur: "CISG Kapsamında Alıcının Zararı Azaltma Külfeti", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2016, C.2, ss.269-297.

ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

TABACHNIK, E.: "Anticipatory Breach of Contract", Current Legal Problems 1972, vol.25, iss.1, ss.149-178.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1, 6.Baskı, İstanbul 2008. [Tandoğan, C.I/1]

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/2, 4.Baskı, İstanbul 2008. [Tandoğan, C.I/2]

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.II, 5.Baskı, İstanbul 2010. [Tandoğan, C.II]

TANDOĞAN, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010. [Tandoğan, Mes'uliyet]

TAYLOR Jr., E. Hunter: "The Impact of Article 2 of the UCC on the Doctrine of Anticipatory Repudiation", Boston College Law Review 1968, vol.9, iss.4, 1968, ss.917-941.

TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, İstanbul 2020.

THE COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW: Principles of European Contract Law Parts I and II, (ed.: Ole Lando & Hugh Beale), The Hague 2000. [Lando/Beale]

THOMSON, J.M.: "The Effect of A Repudiatory Breach", The Modern Law Review 1978, vol.41, iss.2, ss.137-146.

TREITEL, Guenter Heinz: Treitel on the Law of Contract, (ed.: Edwin Peel), 14th Edition, London 2015. [Treitel, Contract]

TREITEL, Guenter Heinz: "Affirmation After Repudiatory Breach", The Law Quarterly Review 1998, vol.114, ss.22-27. [Treitel, Repudiatory]

TREITEL, Guenter Heinz: Remedies for Breach of Contract, Oxford 1988. [Treitel, Remedies]

TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku II.Cild Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri), 2.Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974. [Tunçomağ, Akdin Muhtelif Nev'ileri]

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul 1976. [Tunçomağ, Borçlar Genel]

TÜMERDEM, Murat: Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK md.126), 1.Baskı, Ankara 2018.

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 2016.

URAL ÇINAR, Nihal: Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.

UYGUR, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. I (Madde 1-236), 2.Baskı, Ankara 2012. [Uygur, Şerh C.I]

UYGUR, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.II (Madde 237-649), 3.Baskı, Ankara 2013. [Uygur, Şerh C.II]

ÜREM, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018, C.13, S.169-170, ss.203-256.

VOLD, L.: "Anticipatory Repudiation of Contracts and Necessity of Election", Michigan Law Review 1927-1928, vol.26, ss.502-530. [Vold, Necessity of Election]

VOLD, L.: "The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contracts", Harward Law Review 1928, vol.41, iss.3, ss.340-376. [Vold, The Tort Aspect]

von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.I-II, (çev.: Cevat Edege), 1.Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.

WADDAMS, S.M.: The Law of Contracts, 6th Edition, Canada Law Book, Toronto 2010.

WALTER, Marks S.: "Drafting Contracts to Deal with Insecurity and Prospective Breach (Articles 71, 72, 73(2))", Drafting Contracts Under the CISG, (ed.: Harry M. Flechtner/Ronald A. Brand/Marks S. Walter), Oxford University Press, Oxford 2008, ss.413-428.

WEIDT, Heinz: Antizipierter Vertragsbruch, Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

WELSER, Rudolf/WELSER, Irene: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar, (çev.: Ayça Akkayan Yıldırım), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006, C.5, S.1-2, ss.145-164.

WHITTAKER, Simon: "How Does French Law Deal with Anticipatory Breaches of Contract?", International & Comparative Law Quarterly 1996, vol.45, ss.662-667.

WIESNER, Donald A./KLOTCHMAN, Janisse: "Anticipatory Breach and Unilateral Contract: A Decade of the Status Quo", University of Dayton Law Review 1982, vol.8, iss.1, ss.61-80.

WILLISTON, Samuel: A Treatise on the Law of Contracts vol.11, 3th Edition, Mount Kisco, Baker, Voorhis & Co., New York 1968.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu (OR) ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile Karşılaştırmalı Olarak Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020)" Hükümlerine İlişkin Açıklamalar, 1.Baskı, Ankara 2021.

YAKUPPUR, Sendi: Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009.

YALÇINDURAN, Türker: Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2004.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18.Baskı, İstanbul 2022. [Yavuz/Acar/Özen, Özel Hükümler]

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I, 11.Baskı, İstanbul 2022. [Yavuz/Acar/Özen, C.I]

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.II, 11.Baskı, İstanbul 2022. [Yavuz/Acar/Özen, C.II]

YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Ankara 2024.

YELKENCİ, Işıl: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, 1.Baskı, İstanbul 2014.

YILDIRIM, Abdulkerim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Baskı, Ankara 2024.

YILDIZ, Mustafa Göktürk: Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, 1.Baskı, İstanbul 2020.

YILMAZ, Halil: "Para Borçlarının İfasında Borçluya Yöneltilen Temerrüt İhtarı", Yargıtay Dergisi 1975, C.31, S.1-2, ss.71-102. [Yılmaz, İhtar]

YILMAZ, Süleyman: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, 1.Baskı, Ankara 2013. [Yılmaz, CISG]

YÜCE, Melek Bilgin: Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul 2015.

YÜCEL, Özge: "Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Sürdürme Borcu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C.57, S.3, ss.779-790.

YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3.Baskı, Ankara 2016.

ZAMIR, Eyal: "The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence", Virginia Law Review 2007, vol.93, ss.59-138.

ZE, Jay Lie: "Anticipatory Breach of Contract, the PRC System and English Comparisons", Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 2005, ss.253-271.

ZELLER, Bruno: "The CISG in Australasia: An Overview", Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (ed.: Franco Ferrari), Sellier European Law Publishers, München 2005, ss.293-323.

ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2.Baskı, İzmir 2013.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21.Baskı, İstanbul 2021.

ZEYTİNOĞLU, Emin: "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2005, C.4, S.8, ss.223-263.

YARGI KARARLARI

Türk Hukukunda

Yargıtay 15.HD, E.2002/367, K.2002/1946, T.18.04.2002
Yargıtay 15.HD, E.2006/4710, K.2007/5271, T.12.09.2007
Yargıtay 15.HD, E.2005/2830, K.2005/3054, T.17.05.2005
Yargıtay 3.HD, E.2017/6433, K.2017/10426, T.19.06.2017
Yargıtay 15.HD, E.2003/4184, K.2004/1686, T.25.03.2004
Yargıtay TD, K.1215/2530, T.22.11.1957
Yargıtay İBGK, E.1983/3, K.1984/1, T.25.01.1984

Yargıtay 2.HD, 5577/6142, T.20.11.1970
Yargıtay 2.HD, 5584/6134, T.20.11.1970
Yargıtay HGK, 70/1-622/5065, T.02.10.1971
Yargıtay 21.HD, E.2004/1232, K.2004/1703, T.01.03.2004
Yargıtay HGK, E.1995/9-866, K.1995/920, T.03.11.1995
Yargıtay HGK, E.1951-244, K.1951/1000, T.30.05.1951
Yargıtay HGK, E.2010/14-386, K.2010/427, T.29.09.2010
Yargıtay HGK, E.2006/21-546, K.2006/565, T.20.09.2006
Yargıtay HGK, E.2013/10-433, K.2013/1649, T.06.12.2013
Yargıtay 6.HD, E.2022/50, K.2022/2292, T.20.04.2022
Yargıtay İBK, E.1979/1, K.1979/3, T.12.11.1979
Yargıtay 3.HD, E.2016/22416, K.2018/11055, T.06.11.2018
Yargıtay 23.HD, E.2015/5981, K.2016/5294, T.06.12.2016
Yargıtay HGK, E.1998/19-835, K.1998/840, T.25.11.1998
Yargıtay HGK, E.587, K.130, T.12.02.1964
Yargıtay HGK, E.1983/1112, K.1984/224, T.14.03.1984
Yargıtay HGK, E.2011/13-528, K.2011/571, T.28.09.2011
Yargıtay 13.HD, E.2008/15800, K.2010/5308, T.20.04.2010
Yargıtay 23.HD, E.2015/9406, K.2017/2044, T.06.07.2017
Yargıtay 15.HD, E.2014/6696, K.2015/3002, T.02.06.2015
Yargıtay 15.HD, E.2016/1935, K.2016/3471, T.16.06.2016
Yargıtay 4.HD, 1235/1321, T.10.05.1958
Yargıtay 13.HD, E.1992/8546, K.1993/348, T.25.01.1993
Yargıtay HGK, E.1997/15-157, K.1997/444, T.21.05.1997
Yargıtay HGK, E.1985/139, K.1986/385, T.09.04.1986
Yargıtay 6.HD, E.2013/2907, K.2013/8028, T.07.05.2013
Yargıtay 9.HD, E.2008/37378, K.2009/12271, T.30.04.2009
Yargıtay 8.HD, E.2013/5506, K.2013/14915, T.21.10.2013
Yargıtay 3.HD, E.2013/17632, K.2014/2693, T.24.02.2014
Yargıtay 11.HD, E.2011/12054, K.2012/18025, T.13.11.2012
Yargıtay HGK, E.2011/11-693, K.2012/88, T.22.02.2012
Yargıtay 11.HD, E.1990/1959, K.1992/96, T.15.01.1992
Yargıtay 14.HD, E.2010/5177, K.2010/7104, T.15.06.2010
Yargıtay HGK, E.1991/15-340, K.1991/467, T.09.10.1991
Yargıtay 6.HD, E.1988/15143, K.1988/3090, T.01.03.1988
Yargıtay 23.HD, E.2016/4729, K.2017/747, T.09.03.2017
Yargıtay 23.HD, E.2015/4159, K.2015/6432, T.09.10.2015
Yargıtay HGK, E.2003/15-302, K.2003/330, T.07.05.2003
Yargıtay 3.HD, E.2007/13484, K.2007/17980, T.27.11.2007
Yargıtay HGK, E.1996/5-144, K.1996/503, T.19.06.1996
Yargıtay 13.HD, E.1996/9985, K.1997/810, T.13.02.1997
Yargıtay HGK, E.1970/T-1053, K.1974/222, T.20.03.1974
Yargıtay 19.HD, E.2006/10269, K.2007/3205, T.30.03.2007
Yargıtay 15.HD, E.2018/2380, K.2018/1912, T.14.05.2018
Yargıtay 13.HD, E.2002/14715, K.2003/3204, T.20.03.2003
Yargıtay HGK, 25/12, T.05.04.1961

Yargıtay 13.HD, E.1982/5088, K.1982/5709, T.06.10.1982
Yargıtay 15.HD, E.1982/113, K.1982/391, T.22.02.1982
Yargıtay TD, E.3399/K.4095, T.03.11.1970
Yargıtay 15.HD, E.1996/463, K.1996/821, T.14.02.1996
Yargıtay 15.HD, E.1998/2081, K.1998/2403, T.04.06.1998
Yargıtay 15.HD, E.1998/868, K.1998/1178, T.25.03.1998
Yargıtay 15.HD, E.2004/4834, K.2004/4802, T.01.10.2004
Yargıtay 15.HD, E.2003/5058, K.2004/2275, T.21.04.2004
Yargıtay 15.HD, E.327/K-296, T.29.11.1973
Yargıtay 5.HD, E.339/329, T.06.12.1973
Yargıtay TD, 2309/2419, T.24.05.1973
Yargıtay HGK, E.1987/15-509, K.1988/48, T.27.01.1988
Yargıtay 15.HD, 436/4040, T.01.12.1986
Yargıtay 15.HD, 993/4323, T.24.09.1991
Yargıtay 15.HD, 889/3881, T.27.09.1989
Yargıtay 15.HD, 3723/5352, T.12.12.1997
Yargıtay 15.HD, 2081/2403, T.04.06.1998
Yargıtay 15.HD, 1658/2473, T.10.06.1999
Yargıtay 15.HD, 492/1152, T.10.03.2003
Yargıtay 15.HD, E.2003/3057, K.2004/88, T.14.01.2004
Yargıtay 15.HD, E.2003/4328, K.2004/1320, T.10.03.2004
Yargıtay 15.HD, E.2004/7507, K.2005/505, T.04.02.2005
Yargıtay 15.HD, E.1996/3158, K.1996/3503, T.19.06.1996
Yargıtay HGK, E.2010/13-571, K.2010/550, T.03.11.2010
Yargıtay 13.HD, E.3899, K.4280, T.13.05.1993
Yargıtay 23.HD, E.2013/1342, K.2013/3623, T.30.05.2013
Yargıtay 3.HD, E.2001/1467, K.2001/2257, T.22.01.2001
Yargıtay 13.HD, E.2005/16998, K.2006/6398, T.24.04.2006
Yargıtay 13.HD, E.9846, K.530, T.28.01.1993
Yargıtay 23.HD, E.2016/6308, K.2017/967, T.28.03.2017
Yargıtay 15.HD, E.2017/1000, K.2018/3552, T.03.10.2018
Yargıtay 13.HD, E.1996/3653, K.1996/3920, T.16.04.1996
Yargıtay 13.HD, E.2003/5675, K.2003/10165, T.16.09.2003
Yargıtay 15.HD, E.2005/7623, K.2006/166, T.23.01.2006
Yargıtay 15.HD, E.2007/161, K.2007/3059, T.07.05.2007
Yargıtay 15.HD, E.2006/1561, K.2006/3399, T.30.06.2006
Yargıtay 23.HD, E.2014/10974, K.2016/2722, T.10.05.2016
Yargıtay HGK, E.2012/162, K.2012/217, T.21.03.2012
Yargıtay 15.HD, E.1992/3285, K.1993/1196, T.11.03.1993
Yargıtay 15.HD, E.1974/898, K.1974/1922, T.26.11.1974
Yargıtay 15.HD, E.1992/3812, K.1993/1871, T.21.04.1993
Yargıtay 15.HD, E.1988/1537, K.1989/407, T.06.02.1989
Yargıtay 15.HD, E.1997/1967, K.1997/2324, T.01.05.1997
Yargıtay 23.HD, E.2013/1452, K.2013/4306, T.21.06.2013
Yargıtay 15.HD, E.1977/1619, K.1977/1738, T.28.09.1977
Yargıtay 15.HD, E.1997/4967, K.1998/637, T.23.02.1998

Yargıtay 15.HD, E.2019/2101, K.2019/3280, T.09.07.2019
Yargıtay 4.HD, E.1364, K.3643, T.28.05.1947
Yargıtay TD, 415/5105, T.07.10.1968
Yargıtay 15.HD, E.15, K.54, T.18.09.1973
Yargıtay HGK, E.2017/595, K.2019/364, T.23.03.2019
Yargıtay 15.HD, E.2005/6210, K.2006/397, T.01.02.2006

İsviçre Hukukunda

BGE 48 II 224
BGE 54 II 33
BGE 69 II 244
BGE 69 II 243
BGE 110 II 143
BGE 110 II 141
BGE 41 II 365
BGE 109 II 110
BGE 117 II 218
BGE 79 II 275
BGE 95 II 409
BGE 118 II 297
BGE 52 II 139
BGE 135 II 212
BGE II 390 = JdT 1973 I 80
BGE 79 II 380
BGE 82 II 136
BGE 133 III 257
BGE 105 II 28 = JdT 1979 I 314
BGE 109 II 469
BGE 46 II 251
BGE 116 II 452
BGE 126 III 230
BGE 126 III 234

Alman Hukukunda

Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 11, 84

Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 149, 403

ReG 23.02.1904 - II 298/03: RGZ 57, s.113

BGH, Urteil vom 05.07.1990 – VII ZR 352/89, NJW-RR 1990, s.1300

BGH 14.7.1971 – VIII ZR 28/70: NJW 1971, s.1839

Viyana Satım Hukukunda

"Clothing Case", ICC, 8786/1997, CISG-online 749

"*Used Printing Machines Sase I",* OLG Celle, 24.05.1995, CISG-online 152

"Magellan Int'l Corporation v. Salzgitter Handel GmbH", Dist. Ct. Northern District of Illinois, 07.12.1999, CISG-online 439

"Downs Investments Pty Ltd. v. Perjawa Steel SDN BHD", Supr. Ct. Qld, 17.11.2000, CISG-online 587

"Pesticides Case I", OLG Köln, 19.05.2008, CISG-online 1700

"French Shoes Case II", OLG Karlsruhe, 20.07.2004, CISG-online 858

"Glass Recycling Machine Case", OGH, 08.11.2005, CISG-online 1156

"Cosmetic and Perfume Products Case", OLG Frankfurt a M, 06.10.2004, CISG-online 996

"Swedish Furniture Case", LG Darmstadt, 29.05.2001, CISG-online 686

"Ethyl Acetate Case", OLG Dresden, 27.12.1999, CISG-online 511

"Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH", OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online 385

"Industrial Equipment Case I", ICC, 23.01.1997, CISG-online 236

Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (MKAC), 24.05.2004, CISG-online 1210

"Mimusa C.A. v. Yves Saint Laurent Parfums S.A.", CdC, 20.02.2007, CISG-online 1492

"Elkay Manufacturing Co. v. Compañía de Aguas Belnature, SL", Audiencia Provincial de Navarra (Court of Appeal Navarra), 27.03.2000, CISG-online 575

"Yiwu Majiali Import & Export Co., Ltd. v Y & Q International Trade (Group), Inc.", Intermediate People's Court Shanghai No.1, 29.06.2005, CISG-online 1656

"Italian shoes case XV", LG Berlin, 15.09.1994, CISG-online 399

"Furniture case IV", LG München I, 06.04.2000, CISG-online 665

"Hungarian furniture case", OLG Hamm, 23.06.1998, CISG-online 434

"J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV", RBK Hasselt, 01.03.1995, CISG-online 373

"Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH et al.", Supr. Ct. BC, 21.08.2003, CISG-online 1017

"ATT v. Armco", International Arbitration Court of the Belarusian Chamber of Commerce and Industry, 05.10.1995, CISG-online 861

"Umbrellas Case", OGH, 12.02.1998, CISG-online 349

"Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al.", S.D.N.Y, 29.05.2009, CISG-online 1892

"Glass Bottles Case", BGH, 27.11.2007, CISG-online 1617

"Auto-Moto Styl S.r.o. v. Pedro Boat B.V.", Gerechtshof Leeuwarden (Court of Appeal Leeuwarden), 31.08.2005, CISG-online 1100

"Ketchup Bottles Case", OLG Rostock, 15.09.2003, CISG-online 920

"Used Machine Case", KGer Appenzell Ausserrhoden (Court of First Instance Appenzell Ausserrhoden), 10.03.2003, CISG-online 852

"Natural Stone Case I", LG Stendal, 12.10.2000, CISG-online 592

"Rijn Blend Oil Case", Netherlands Arbitration Institute, 15.10.2002, CISG-online 740

"Fashion Products Case", ICC, 11849/2003, CISG-online 1421

"Swiss-Russian Sales Contract Case", Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (MKAC), 27.07.1999, CISG-online 779

"Italian Shoes Case V", AG Frankfurt a M, 31.01.1991, CISG-online 34

"Ispat Unimetal, SA v. Trenzas y Cables de Acero PSC SL", Audiencia Provincial de Cantabria (Court of Appeal Cantabria), 05.02.2004, CISG-online 837

"Tannery Machines Case", OLG Köln, 08.01.1997, CISG-online 217

"Kickboards Case", BGer, 17.07.2007, CISG-online 1515

"Austrian-Ukrainian Sales Contract Case", International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (ICAC), 2005, CISG-online 1372

"Prodema S.A. v. Michon B.V.", RB Utrecht, 18.07.2007, CISG-online 1551

"Kickboards Case", KassGer des Kantons Zürich, 02.04.2007, CISG-online 1526

"Key Press Case", BGH, 15.02.1995, CISG-online 149

"Pressure Sensors Case", Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), 05.04.2007, CISG-online 1521

"Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty Ltd", F. Ct. Australia, 28.04.1995, CISG-online 218

"Italian Shoes Case VIII", LG Berlin, 30.09.1992, CISG-online 70

"Italian Shoes Case XIII", LG Krefeld, 28.04.1993, CISG-online 101

"Italian Shoes Case XIII", OLG Düsseldorf, 14.01.1993, CISG-online 119

"Argentinian High Carbon Tool Steel Case", China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 31.12.1996, CISG-online 1524

"Italian Shoes Case XXV", OLG Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-online 916

"Soinco SACI et al. v. NKAP", Handelskammer Zürich (Chamber of Commerce Zurich), 31.05.1996, CISG-online 1291

"Metal Concentrate Case", ICC, 01.09.1996, CISG-online 1293

"Czech Cheese Case", Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage (Hamburg Friendly Arbitration), 29.12.1998, CISG-online 638

"Macedonian Lambskin Coats Case", HGer des Kantons Zürich, 30.11.1998, CISG-online 415

"Austrian Summer Malting Barley Case", Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (Arbitral Tribunal of the Exchange for Agricultural Products in Vienna), 10.12.1997, CISG-online 351

"Tantalum Powder Case II", OLG Innsbruck, 01.02.2005, CISG-online 1130

"Tantalum Powder Case I", OGH, 17.12.2003, CISG-online 828

"Tantalum Powder Case II", LG Innsbruck, 09.07.2004, CISG-online 1129

International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (ICAC), 15.04.2004, CISG-online 1270

"Copper Cables Case", ICC, 20.12.1999, CISG-online 1646

"Doors Case", LG Saarbrücken, 23.03.1992, CISG-online 60

"Ostroznik Savo et al. v. La Faraona soc. coop. a.r.l. et al.", Tribunale di Padova (District Court Padova), 11.01.2005, CISG-online 967

"*Ukrainian Chemical Fertilizer Case",* ICC, 8128/1995, CISG-online 526

"Skin Care Products Case", Helsingin hovioikeus (Court of Appeal Helsinki), 30.06.1998, CISG-online 1304

"Italian Sunflower Oil Case", HGer des Kantons Zürich, 05.02.1997, CISG-online 327

"Paprika Powder Case I", LG Ellwangen, 21.08.1995, CISG-online 279

"Sour Cherries Case III", Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, 25.05.1999, CISG-online 438

"BRI Production "Bonaventure" S.a.r.l. v. Pan African Export", Cour d'appel de Grenoble (Court of Appeal Grenoble), 22.02.1995, CISG-online 151

"Dingxi Longhai Dairy, Ltd. v. Becwood Technology Group, L.L.C.", Dist. Ct. District of Minnesota, 01.07.2008, CISG-online 1774

"Beer Case II", OLG Brandenburg, 18.11.2008, CISG-online 1734

"Shuttle Packaging Systems, L.L.C. v. Jacob Tsonakis, INA S.A. et al.", Dist. Ct. Western District of Michigan, 17.12.2001, CISG-online 773

"Roller Bearings Case", ICC, 9448/1999, CISG-online 707

"Cotton Gin Motes Case", China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 07.04.2005, CISG-online 1453

Anglo-Sakson Hukukunda

"Hochster v. De la Tour", Queen's Bench, 2 Ellis and Blackburn 678, 118 English Reports 922

"Hadley v. Baxendale", 1954, 9 Exch. 341

"Universal Cargo Carriers Corp v. Citati", Queen's Bench 1957, 2 Q.B. 401

"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

"Heyman v. Darwins Ltd.", 1942 AC, s.379

"Spettabile Consorzio Veneziano & C. v. Northumberland Shipbuilding Co.", (1919) 121 L.T. 628, 934

"Freeth v. Burr", (1874) 9 C.P. 208, 213

"The Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzon & Co." (1884) 9 A.C. 434, 438

"Ross T. Smyth & Co. Ltd. v. T.D. Bailey Son & Co.", House of Lords 1940, 67 Lloyd's Rep. 147, s.159

"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

"Ripley v. McClure", 1849, 4 Exch. 345; 154 ER 1245

"White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor", 1962, W.L.R. 17, 3 All E.R. 1178 (H.L.)

"Turntables Inc. v. Gestetner", 382 N.Y.S. 2d 798 (N.Y. App. Div. 1976)

"Bradley v. Newsom Sons Ltd. and Co." (1919) A.C.

"Johnstone v. Milling", 1986, 16 Q.B.D. 460

"Peter Turnbull v. Mundus", 1954, 90 C.L.R. 235

"Planche v. Colburn", 1831, 131 All E.R. 305

"Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.", 1980, 1 W.L.R. 277 (H.L.)

"Wallace Clark & Co. v. Acheson Industries, Inc.," 422 F. Supp. 20 (S.D.N.Y. 1976)

"Franklin Society Federal Savings & Loan Association v. FarPap Corp." 57 A.D. 2nd 607, 393 N.Y.S. 2nd 782 (1977)

"Pollack v. Pollack", 46 S.W. 2nd 292 (Tex. Civ. App. 1932)

"Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co", 1997, 2 Lloyd's Rep. 228

"DeForest Radio Tel. & Tel. Co. v. Triangle Radio Supply Co.", 243 N.Y. 283, 153 N.E. 75 (1926)

"Franconia Associates v. United States", 536 U.S.129 (2002)

"The Mihalis Angelos", 1971, 1 Q.B. 164

"Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.", 1951, 1 K.B. 417, 421

"Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.", Queen's Bench 1962, 2 Q.B. 26, 57

"Philpotts v. Evans", 1840, 5 M. & W., 475

"Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena, 1979 A.C. 757

"Embiricos v. Sydney Reid & Co." [1914] 3 KB 45

ÖZET

İşbu Özel Hukuk (Medenî Hukuk) Doktora Tezi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık müessesesini incelemektedir. Bilindiği üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu veya selefi olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair herhangi bir genel nitelikli pozitif düzenleme bulunmamaktadır. Benzer şekilde Türk özel hukukunda anılan müesseseye dair herhangi bir örf ve âdet hukuku kuralına rastlamak da mümkün değildir. Dolayısıyla bir sözleşmenin kurulmasından sonraki fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte sözleşmeden doğan yükümlülüklerin taraflarca ihlâl edilip edilemeyeceği problemi, kanun boşluğunun da ötesinde mevcut bir hukuk boşluğunun doldurulmasıyla çözümlenebilecek bir meseledir. Türk özel hukukunda bir boşluğun nasıl doldurulacağı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu md.1/2 hükmünde öngörülmüştür. Açıkçası öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dair mevcut bir yasal düzenlemenin bulunmamasına rağmen hâkimin, önüne gelen somut olayda henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte borçlunun beyan ve/veya tutum ve davranışlarıyla ilerideki ifadan imtinâ edebileceği gerçeğini kabul etmesi gerekir. Bazen de hâkimin yine henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte ortaya çıkan bazı sebeplerin ilerideki ifayı tehlikeye düşürebileceği gerçeğini kabul etmesi gerekir. İki ihtimalden hangisi olursa olsun öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın meydana gelmesi durumunda, alacaklıyı yerine getirilmeyeceği bâriz olan bir sözleşmeyle ifa zamanına dek bağlı kalmaya zorlamak, hakkaniyetli bir yaklaşım olamaz. Bu sebepledir ki alacaklıya henüz muacceliyet öncesi süreçte bile gecikmeksizin başvurabileceği bazı haklar veya hukukî enstrümanlar tanımak sözleşme adaletinin bir gereğidir. Belirttiğimiz hususları pozitif bir zemine yerleştirmek zordur. Çünkü Türk borçlar hukukunda, Viyana Satım Sözleşmesi ve pek çok milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinin aksine yeknesak bir borca aykırılık kavramı benimsenmediği; ifa imkânsızlığı, alacaklı veya borçlu temerrüdü, kötü ifa, eksik veya

ayıplı ifa gibi muhtelif borca aykırılık hâlleri hükme bağlandığı için söz konusu boşluk giderilirken öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, bunlardan herhangi biri içerisinde ele alınmakta ve ilgili borca aykırılık türüne dair kanunda yer alan hükümler kıyasen öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa tatbik edilmektedir.

Mevcut borca aykırılık türlerinden herhangi birine dair kanunda yer alan hükümleri kıyasen tatbik etme yöntemi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklıya sunulabilecek hakların tespiti bakımından iş görebilir. Fakat henüz muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki süreçte; borçlunun ifadan imtinâ açıklamasını geri alıp alamayacağı, alacaklının böyle güvensizlik yaratan bir borçluyla hâlâ sözleşme ilişkisine devam etmeye zorlanıp zorlanamayacağı, alacaklının kendisine sunulan haklara derhâl mi yoksa borçluya son bir şans verdikten sonra mı başvurması gerektiği gibi pek çok kuramsal soru da yanıtlanmaya muhtaçtır. Kanundaki muhtelif borca aykırılık türlerine dair hükümlerin kıyasen tatbik edilmesinin zorluğu, Türkiye'nin de taraf olduğu Viyana Satım Sözleşmesi ve pek çok milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu müesseseye açıkça yer verilmiş olması, hatta Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri kısımında dahi öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkla ilgili dağınık hâlde bazı hükümlerin mevcudiyeti, Türk borçlar hukukunun mehazı olan İsviçre'de *Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil* (İsviçre Borçlar Kanunu 2020: Yeni Bir Genel Hükümler Taslağı) adlı çalışmada da yer verilmiş olması gibi birçok inandırıcı sebep dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'na öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa ve sonuçlarına dair genel nitelikli hükümlerin eklenmesi ve mevcut birtakım hükümlerde uyumu sağlamak adına revizyona gidilmesi zorunluluktur.

Anahtar Kelimeler: Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, vâde, muacceliyet, ifadan kaçınma, sözleşmenin vâdesinden önce ihlâl edilmesi, ifa güçsüzlüğü, teminat, sözleşmeyle bağlılık.

ABSTRACT

This Ph.D. Thesis in Private Law (Civil Law) examines the institution of anticipatory breach. As is well known, neither the Turkish Code of Obligations No. 6098 nor its predecessor, the Code of Obligations No. 818, contains any general positive regulation concerning anticipatory breach. Similarly, it is not possible to find any unwritten law rules regarding the aforementioned institution in Turkish private law. Therefore, the problem of whether the obligations arising from a contract can be breached by the parties after the contract is concluded but before maturity is an issue that can be resolved by filling a legal gap that exists beyond the gap in the law. Article 1/2 of the Turkish Civil Code No. 4721 provides for how a gap in Turkish private law should be filled. Clearly, despite the absence of existing legal regulations regarding anticipatory breach, the judge must accept the fact that, in the specific case before them, the debtor may refuse from future performance based on their statements and/or attitudes and behaviour during the period prior to the occurrence of the due date. Sometimes, the judge must also accept the fact that certain reasons arising before the maturity date may jeopardise future performance. Regardless of which of the two possibilities arises, compelling the creditor to remain bound by a contract that is clearly unenforceable until the time of performance cannot be considered a fair approach. For this reason, it is a requirement of contractual justice to grant the creditor certain rights or legal instruments that they can invoke without delay, even before the debt becomes due. It is difficult to establish the points we have mentioned on a positive basis. This is because Turkish obligations law does not adopt a uniform concept of breach of contract, unlike the Vienna Sales Convention and many international harmonisation texts; various cases of breach of contract, such as impossibility of performance, default by the creditor or debtor, positive breach of contract, incomplete or defective performance. Therefore, when addressing this gap, anticipatory breach is considered within any of

these categories, and the provisions in the Code relating to the relevant type of breach of contract are applied by legal analogy to the anticipatory breach.

The method of applying the provisions of the law concerning any type of breach of the existing debt by analogy may be useful in determining the rights that can be offered to the creditor in the event of a anticipatory contract. However, in the period prior to the occurrence of maturity, many theoretical questions remain to be answered, such as whether the debtor can withdraw their declaration of refusal to perform, whether the creditor can be compelled to continue the contractual relationship with such an unreliable debtor, and whether the creditor should exercise the rights available to them immediately or only after giving the debtor one last chance. The difficulty of applying the provisions of the law concerning various types of breach of contract by analogy, the fact that this institution is explicitly mentioned in the Vienna Sales Convention, to which Turkey is a party, and in many international law harmonisation texts, and even in the Turkish Code of Obligations's section on Special Debt Relationships, the existence of scattered provisions relating to breach of a prior contract, and the fact that it is also included in the work Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (Swiss Code of Obligations 2020: Draft for a New General Part), it is imperative that general provisions regarding anticipatory breach and its consequences be added to the Turkish Code of Obligations and that certain existing provisions be revised to ensure consistency.

Keywords: Anticipatory breach, maturity, due date, refusal to perform, breach of contract prior to maturity, weakness of performance, assurance, agreements must be kept.