

BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDEN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Gülgün ANIK

GİRİŞ

İngiliz hukukunda, hiç ifa etmeme veya imkansızlık, ifada gecikme ve kötü ifa halleri ifa etmeme (non-performance) üst başlığı altında değil, sözleşmenin ihlali (breach of contract) olarak ele alınmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB), "*breach of contract*" üniter kavramı yoktur. Onun yerine, BGB'de, OR'de (İsviçre Borçlar Kanunu) ve ABGB'de (Avusturya Genel Medeni Kanunu) imkansızlık ve gecikme şeklinde iki ifa etmeme nedeni vardır. Bunların dışında üçüncü bir durum daha çıkabilir ki bu da kötü ifa olarak adlandırılan imkansızlık veya gecikme sayılamayan bütün ifa etmeme halleridir. Buna da sözleşmenin pozitif ihlali denmektedir.¹ Fransızca'da temerrüt "*demeure*", borçlunun temerrüdü "*demeure du débiteur*" olarak geçer. İngilizce'de temerrüt "*breach of contract*" olarak ifade edilir. Almanca'da temerrüt "*Erfüllung*" kelimesi ile belirtilir.

Türk Borçlar Kanunu (BK) m. 96-108'de borçların ifa edilmemesinin sonuçları düzenlenmiştir. Borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse ifa etmeme sonucu meydana gelir. Bu durum BK m. 96'da düzenlenmiştir. İfa etmeme yani borca aykırılık üç şekilde meydana gelebilir:

¹ Zweigert - Kötz, s. 525-531; Öz, s. 90; "Borçlunun sözleşmeye aykırılıklarını, Roma hukukunun 'dar hukuk (stricti iuris) sözleşmeleri' ile ve Mommsen'in 'ifa edeme-ifa etmek istememe' kategorileri ile koşullanarak, kusurlu ifa imkansızlığı ve temerrüt kategorilerine ayıran Alman hukuku düzeninde bu iki kategorinin dışında kalan bir sözleşmeye aykırılık türünü ilk olarak sezip seçen hukukçu STAUB olmuş (Staub, Die Positiven Vertragssverktzungen, Berlin, 1904) daha sonra, STOLL 'akdin müspet ihlali' diye nitelenen bu sözleşmeye aykırılık olgularını yerli yerine, gerçek yörüngesine oturtmuştur (Stoll, ACP 136, 134 i.s.)" Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 302-303.

- i. Borç hiç ifa edilmemiş veya imkansız hale gelmiştir,
- ii. Borçlu ifa mümkün olduğu halde yerine getirmemektedir yani mütemerrittir,
- iii. Kötü ifa söz konusudur.²

İmkansızlık, borçlunun edimini istese de yerine getirememesidir. Borçlu temerrüdü ise, borçlunun edimini yerine getirebileceği halde onu yerine getirmek istememesidir. Kötü ifa, imkansızlık ve temerrüt sayılmayan tüm sözleşmeye aykırılık halleridir.³

Bu çalışmanın birinci bölümünde Türk hukukunda borçlunun temerrüdü hakkında genel bilgi verildikten sonra ikinci durumun sonuçlarından biri yani borçlunun temerrüdünden dolayı sözleşmeden dönme konusu incelenecektir. İkinci bölümde genel olarak yabancı hukuklarda ve Viyana Sözleşmesi'nde borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme konusu anlatılmaya çalışılacaktır.

A. TÜRK HUKUKUNDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

I. Borçlunun Temerrüdü

1. Kavram

Temerrüt, hukuk dilinde gecikme, karşı durma anlamına gelmektedir; kanun veya akte göre yapılması gerekeni zamanı gelince yapmamaktır.⁴

Borçlunun temerrüdü, borca aykırılığın diğer bir çeşididir ve BK m. 101-108'de düzenlenmiştir. Borcun ihlali, ifanın geciktirilmesinden ileri geldiği takdirde borçlunun temerrüdünden söz açılır. Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borç borçlusunun vadesinde veya vade yoksa alacaklının istemesine rağmen borcunu ödememesidir.

Bazı yazarlar, borçlunun temerrüdünü tarif ederken temerrüdü bir sorumluluk kaynağı veya sebebi olarak algılamaktadır. Tarife göre "*borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir*".⁵

² Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1135.

³ Serozan - Kocayusufpaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, s. 181.

⁴ Özcan, s. 710.

⁵ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1220.

2. Borçlu Temerrdnn Şartları

a. Borcun Muaccel ve Dava Edilebilir⁶ Olması Gerekir

BK m. 101/1'de borçlunun mütemerrit olabilmesi için açıkça muaccel bir borcun varlığı aranmaktadır. Zamanaşımı gibi bir savunma ile borçlu ifadan kaınabiliyorsa temerrüde düŐmekten kurtulur.

b. Borcun İfasının Mümkün Olması Gerekir

BK m. 102/2'ye göre ifa imkansızlığı halinde borçlu temerrüt sorumluluğundan kurtulur. Borcun ifası imkansız hale gelmiŐse temerrüt hükümleri uygulanmaz; ancak, temerrttten sonra borç imkansızlaşmışsa BK m. 102'nin anlamına göre temerrüt hükümleri uygulanır.

c. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması Gerekir

Borçlunun temerrüdünün gerçekleŐebilmesi için alacaklının mütemerrit olmaması gerekir. Borcun ifasını mümkün kılmak için yapılması gerekli ön hazırlıklar varsa alacaklının bunları önceden yerine getirmiş olması gerekir. Örneğin; seçme hakkı alacaklıda ise ifası gereken edimi önceden seçmiŐ olmalıdır.⁷

d. Borçlunun İfada BulunmamıŐ Olması Gerekir

İfa etmeme, borca aykırı bir davranıŐ olmalıdır ve borçlunun BK m. 81 veya 82'ye dayalı olarak demezlik def'i ileri sürerek edimini ifadan kaçınma hakkı bulunmamalıdır.⁸

e. Alacaklının Borçluya İhtarda Bulunması Gerekir

BK m. 101/1 borçlunun alacaklının ihtarıyla mütemerrit duruma döŐeęini belirtir. 2. fıkra ihtar Őartına istisna getirmektedir. Őöyle ki, borcun ifa edileceği gün karşılıklı anlaŐarak tayin edilmiş veya saklı tutulan bir hakka dayanarak iki taraftan birisi ifa gününü ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiŐse bu günün sona ermesiyle borçlu mütemerrit olur. Dürüstlük

⁶ 12.11.1979 T. E. 1979/1, K. 1979/3 sayılı İçtihadı BirleŐtirme Kararı, Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1220, dpn. 2a naklen.

⁷ Feyzioğlu, s. 240.

⁸ Eren, s. 1086-1087.

kuralı gereğince ihtar gereksizse borçlu muacceliyet tarihinden itibaren mütemerrit olur. Sözleşmede temerrüt için muacceliyetin yeterli olduğu, ayrıca ihtara gerek olmadığı kararlaştırılmışsa borçlu ihtarsız mütemerrit olur. Son olarak, iade veya tazmin borcu haksız fiilden¹⁰ veya mahkeme kararından¹¹ doğuyorsa ayrıca ihtara gerek yoktur.

f. Borçlu Temerrüdünde Kusur

BK m. 101, borçlu temerrüdünde kusur şartını öngörmemektedir.¹² Fakat temerrüt yüzünden BK m. 102'ye dayalı olarak gecikme tazminatı veya karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bir tarafın temerrüdü halinde ifa yerine BK m. 106'ya dayalı tazminatın yada karşılıklı akitlerde temerrüt yüzünden sözleşmeden dönme halinde BK m. 108'e dayalı tazminatın istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir. Buna karşılık, para borcunda temerrütte BK m. 103'e göre borçludan temerrüt faizi istenebilmesi veya karşılıklı akitlerde bir tarafın borçlu temerrüdüne düşmesi halinde diğer tarafın BK m. 106/2'ye göre sözleşmeden dönebilmesi için temerrüde düşmede borçlunun kusuru şart değildir.¹³

3. Borçlu Temerrdnn Genel Sonuçları

a. Genel Olarak

BK m. 102/1'e göre borçlu temerrüdü, borçlunun gecikme tazminatı ödemesine ve temerrttten sonra kazara meydana gelecek zararlardan sorumlu olmasına yol açar. BK m. 102/2'ye göre de borçlu temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlarsa fıkra 1'in öngördüğü bu sorumluluk halinden kurtulur. Temerrüdün bu genel sonuçları yani gecikme tazminatı ve kazadan sorumluluk ile BK m. 103-105'de düzenlenen para borçlarında temerrüdün sonuçları her türlü borç ilişkilerinde söz konusudur. Bunun dışında alacaklı borçlunun temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçip ifa yerine

⁹ Y. Tic. D. 7.10.1968 T. 415/5105 K, Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1230, dn. 25 naklen.

¹⁰ Y. 9. HD, 17.12.1967 T, 8660/9027 K., Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1231, dn. 28 naklen.

¹¹ Y. 4. HD, 7.5.1974 T. E. 1973/852 K. 1974/2338, Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1231, dn. 28a naklen.

¹² "Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu bulunması gerekmez" Tunçomağ, s. 912.

¹³ Feyzioğlu, s. 241; BK m. 108 hükmüne göre alacaklı borçlunun kusuru olmasa da sözleşmeyi bozabilir, Velidedeoğlu - zdemir, s. 246.

tazminat veya sözleşmeden dönme hakkına sahip değildir. Ancak borç imkansız hale gelmie BK m. 96'ya dayalı olarak borcun yerine getirilmesinden doğan zararının tazminini talep etme hakkına sahiptir. Bunun dışında iki taraflı akitlerde BK m. 106 borçlunun temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçip ifa yerine müspet zararın tazminini talep veya sözleşmeyi feshetme haklarını alacaklıya tanımıştır.

b. Gecikme Tazminatı

BK m. 102/1'de düzenlenen gecikme tazminatı alacaklının borcun geç ifa edilmesinden dolayı uğradığı zararı telafi etmeyi sağlar. Gecikme tazminatı ifa ile birlikte talep veya ayrıca dava edilebilir.¹⁴ Gecikme tazminatı talep edebilmek için borçlunun mütemerrit olması, alacaklının gecikmeden dolayı zarara uğramış olması, geç ifa ile gecikme zararı arasında uygun illiyet bağı ve borçlunun kusurlu olması gerekir.¹⁵ Tazmin edilecek zarar, alacaklının malvarlığının temerrüde dlmeden borç ifa edilmiş olsaydı bulunacağı durum ile gecikmeli ifa sonundaki hali arasındaki farktır. Bu zararın kapsamına alacaklının gecikme yüzünden yaptığı masraflar, borçlunun gecikmesi yüzünden alacaklının başkalarına ödemek zorunda olduğu tazminatlar, temerrüt devresinde malın değerinin dmesi yüzünden alacaklının uğradığı zarar veya borcun ifasının gecikmesi yüzünden alacaklının mahrum kaldığı kar gibi kalemler girer.¹⁶ Kusursuzluğunu ispat edebilmek için borçlu borcu zamanında ve gecikmeden ifa edebilmek için gerekli bütün tedbirleri aldığını, gecikmede herhangi bir kastı ve ihmali bulunmadığını ispat edecektir.¹⁷

c. Kazara Vukua Gelecek Zarardan Sorumluluk

BK m. 102/1'e göre temerrüde den borçlu bundan sonra kazara vukua gelecek zarardan sorumludur. Bu durum temerrütten itibaren hasarın borçluya ait olması Şeklinde de nitelendirilmektedir.¹⁸ Borçlu gecikmede kusursuz olduğunu veya edim zamanında ifa edilmiş olsaydı bile kazanın alacaklının zararına olarak Őeye isabet edeceğini ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilir. Bu kurtuluş kanıtı borçlunun kendisinin uğradığı

¹⁴ Oğuzman - z, s. 372.

¹⁵ Eren, s. 1091.

¹⁶ Feyzioğlu, s. 243; Oğuzman - z, s. 372.

¹⁷ Feyzioğlu, s. 244.

¹⁸ Oğuzman - z, s. 374.

umulmayan haller için değil, borcun konusunu teşkil eden Őeyin uğradığı kazalar için söz konusudur.¹⁹

d. Para Borçlarında Temerrüdün Sonuçları

BK m. 103, para borçlarında temerrüde düŐme sorumluluğunu düzenlemektedir. Temerrüt(gecikme) faizinin mütemerrit borçludan istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusuru aranmadığı gibi alacaklının bir zarar görmüŐ olması da gerekmez.²⁰ Temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi iŐlemeęe başlar; ancak, BK m. 104/1' de belirtilen iŐlemiŐ olan faizlerin, iradların veya baęıŐlanan bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu alacaklının mahkemeye veya icraya baŐvurduęu tarihten itibaren gecikme faizi ödemek zorunda kalır.²¹ BK m. 104/1' de belirtilen faiz temerrüt dışında iŐlemiŐ faizlerdir.²² BK m. 104/2'ye göre fıkra 1'in aksi sözleşme ile öngörülebilir, yani fıkra 1' de belirtilen borçlar için faizin temerrüt tarihinden itibaren iŐlemesi Şart koŐulabilir ancak bu tür anlaŐmanın sonuçları borçlu aleyhine ağır olması durumunda cezai Şarta ilişkin hükümlere göre hakim müdahale edebilir yani gecikme faizini dava tarihinden itibaren iŐletebilir veya gecikme faizi miktarını azaltabilir.²³ BK m. 104/3'e göre de temerrüt faizine mahkemeye veya icraya baŐvurma tarihinden itibaren de ayrıca temerrüt faizi yürütülemez.²⁴ BK m. 105'e göre alacaklının maruz kaldığı zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu takdirde borçlu kusursuzluğunu ispat edemezse fazla zararı da tazminle yükümlüdür.

4. Karşılıklı Akitlerde Borçlu Temerrdnn Sonuçları

a. Süre Vermek

BK m. 106'ya göre karşılıklı taahhütleri havi akitlerde iki taraftan biri edimini yerine getirmede mütemerrit olduğu takdirde alacaklı ifası gereken edimin yerine getirilmesini ve gecikmeden doğan zararın tazminini

¹⁹ "rneğin; temerrüt devresinde ağır bir hastalığa yakalanır ve bunun sonucu borcu ifa edemez ise bu, Őahsına ait bir umulmazlıktır, onu isbat kendisini sorumluluktan kurtarmaz; fakat temerrüt devresinde Őeyin bir kaza sonunda telef olması halinde bu kazanın gecikme olmasaydı, yani borç vaktinde ifa edilmiş bulursa idi yine Őey rız olacağını isbatla doğan zarardan artık sorumlu tutulamaz" Feyzioğlu, s. 245.

²⁰ Feyzioğlu, s. 247.

²¹ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Alttop, s. 1251, 1256.

²² Oğuzman - z, s. 381.

²³ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Alttop, s. 1257.

²⁴ Oğuzman - z, s. 381.

reddedip onun yerine borcun ifa edilmemesinden doğan zarar ve ziyanını talep veya akdi feshedebilir. BK m. 106 ile tanınan bu seçimlik haklardan yararlanabilmek için öncelikle alacaklının borçluya uygun bir süre vermesi veya bu sürenin hakim tarafından belirlenmesini talep etmesi gerekir.

Süre vermek, alacaklının mütemerrit borçluya edimini yerine getirmesi için bir süre tanınmasıdır. Süre, borçlu temerrüde düşmeden verilemez ve temerrüt verilen süre boyunca devam eder.²⁵ Borçlu bu süre için gecikme tazminatı ödemek zorundadır ve kazara vukua gelecek zarardan sorumludur.²⁶ Bir görüş,²⁷ verilen sürenin uygun olmaması halinde beyanın uygun bir süre için hüküm ifade edeceğini ileri sürerken diğer bir görüşe²⁸ göre bu çözüm kanuna uygun değildir; uygun olmayan süre alacaklıya BK m. 106'daki hakları kullanma imkanı vermez, alacaklı hatasını düzeltip yeniden, bu kez uygun, bir ek süre vermelidir.

Tacirler arasındaki süre verme beyanının TTK madde 20/3'e göre noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla veya telgrafla yapılması gerekir.

b. Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

BK m. 107 derhal fesih başlığı altında BK m. 106/2'deki seçimlik haklardan birini kullanabilmek için süre verilmesine gerek olmayan halleri düzenlemiştir. BK m. 107'de sayılan üç durumda ve BK özel hükümlerde belirtilen hallerde süre vermeksizin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemek veya sözleşmeden dönmek mümkündür.²⁹ Bunlar:

i. Borçlunun hal ve vaziyetinden süre vermenin tesirsiz kalacağına anlaşılması (BK m. 107/b. 1),³⁰

²⁵ a.g.e., s. 387.

²⁶ a.y.

²⁷ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altıp, s. 1266.

²⁸ Oğuzman - Öz, s. 388.

²⁹ Karahasan, s. 1449 vd.; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altıp'a göre BK m. 107'de derhal fesih başlığı altında belirtilen üç hal aynı zamanda süre vermeksizin tazminat istenebilmesini mümkün kılmaktadır: "BK m. 107'nin kenar başlığı 'derhal fesih' şeklindedir. Oysa süre tayinine lüzum bırakmayan haller varsa alacaklı yalnız akdi feshetmek hakkına değil, dilerse ifa etmeme dolayısıyla tazminat istemek hakkına da sahiptir. Nitekim örnek İsviçre Kanunu'nun Almanca metnindeki kenar başlıkta 'süre tayin etmeden' denmiş ve bununla süre tayin etmeden tazminat veya fesih şıklarından birinin tercih edileceği haller ifade edilmek istenmiştir" s. 1268, dñn. 16.

³⁰ Y. 13. HD'nin 1997/2055 E. 1997/2616 K. 27.03.1997 t. kararına göre "kesin teslim tarihi kanıtlanamayan taşınmaz satışında satıcı üzerine düşen teslim edimini geciktireceğini

ii. Borçlunun temerrüdü sonucu olarak borcun ifasının alacaklı için faydasız kalması (BK m. 107/b.2),

iii. Sözleşme hükümlerine göre borcun tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya belirli bir süre için yerine getirilmesinin gerekmesi (BK m. 107/b.3). Bu duruma örnek BK m. 187/1'dir, ticari işlerde teslim için bir zaman tayin edilmişse satıcının temerrüdünde alıcı mehil tayin etmeksizin ifadan vazgeçerek zararını talep edebilir.³¹

iv. BK m. 211/1'e göre malın paranın verilmesinden sonra teslim edilmesi gereken hallerde alıcı parayı vermede temerrüde düşerse satıcı derhal sözleşmeden dönebilir.³²

c. Seçimlik Haklar

Verilen uygun sürenin sona ermesiyle borç hala yerine getirilmemişse alacaklı BK m. 106/2 ile tanınan seçimlik haklarından birisini kullanır. Bunlar hala ifayı ve gecikme tazminatını isteme hakkından başka edimin yerine getirilmesinden ve gecikmeden doğan zararının tazminini talepten vazgeçip borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat veya akdi feshetmektir.³³ Fakat, borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulursa alacaklı ifa yerine müspet zararı veya diğer tazminatları talep edemez ya ifayı talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Yalnız para borçlarında borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmasa da temerrüt faizi öder. Borçluyu temerrüde düşüren ihtar ile ifanın talep edildiği önel tayini ve önelin sonuçsuz kalması halinde de seçimlik haklardan hangisinin

bildirerek kendi beyanı ile direngen duruma düşmüş ise, tazminat beyan tarihinden itibaren istenebilir. Madde 107/1 gereğince davacının ayrıca ihtar çekmesine gerek yoktur".

³¹ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1273.

³² Karahasan, s. 1455.

³³ Feyzioğlu, s. 254; bazı yazarlar alacaklının aynen ifayı istemekte kararlı olması halinde mütemerrit borçluya ayrıca münasip bir mehil verme gereği olmadığı görüşündedirler: "alacaklı, mütemerrit borçludan aynen ifayı istemekte direnecekse, yani aynen ifa yerine tazminat dava etmeyi veya akitten dönmeyi düşünmüyorsa, böyle bir süre tayinine ihtiyaç yoktur", dpn. 2b'de "buna karşılık alacaklı aynen ifaya ek olarak gecikme tazminatı da isteyecekse süre tayinine gerek vardır" bkz., Y. 11 HD, 1.11.1983 t. 1983/4595 E. 1983/4691 K. Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1263; diğer bir görüş: "... ifa ve gecikme tazminatı istemek için mehil vermek gerekmez" Oğuzman - Öz, s. 386, dpn. 579.

tercih edildiğinin beyanı birlikte yapılabilir.³⁴ Beyan borçluya ulaşmakla hüküm ifade eder, fakat BK m. 10 hükmü gereği sonuçlarını gönderildiği andan itibaren doğurur; BK m. 9 hükmü gereğince de, borçlu öğreninceye kadar beyan geri alınabilir, fakat öğrendikten sonra geri alınamaz.³⁵ Seçimlik haklardan biri kullanıldıktan sonra değiştirilemeyeceği gibi ifadan vazgeçilmişse alacaklı borçlunun arzedeceği ifayı kabul zorunluluğunda değildir.³⁶

d. Aynen İfadan Vazgeçip İfa Etmemeden Doğan Müspet Zararını Tazmin Ettirmek

Verilen sürede mütemerrit borçlu borcunu ifa etmemiş veya süre tayini gerekmeyen hallerden biri söz konusu ise alacaklı BK m. 106/2'deki üç şıklı seçimlik haklardan ikincisini kullanabilir. Uygun süre sonunda borcunu ifa etmemiş olan borçluya alacaklı aynen ifayı istemekten vazgeçtiğini derhal bildirerek borcun ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Derhal bildirme mecburiyetinin nedeni, tayin edilen süre içinde borç ifa edilmemiş olsa bile alacaklı her zaman için aynen ifa ve gecikme tazminatını istemek hakkını haiz bulunduğundan aynen ifayı istemekte hala kararlı olduğu karine olarak kabul edilir.³⁷ Bazı yazarlara göre,³⁸ BK m. 107'de sayılan hallerin varlığı halinde BK m. 106/2'deki seçimlik haklardan birisinin kullanılabilmesi için aynen ifadan vazgeçildiğinin derhal bildirilmesine gerek yoktur. Bu sonuç, BK m. 106/2'nin

³⁴ Oğuzman - Öz, s. 391; Y. HGK 21.2.1962 t. 4124 K: "Borcu yerine getirmeğe çağırma beyanı ile fesih beyanının aynı zamanda yapılmış olmasında kanuna aykırı bir yön bulunmamaktadır" AD, 1962, s. 872, Reisoğlu, s. 261, dpn. 350 naklen.

³⁵ Oğuzman - Öz, s. 392.

³⁶ a.y.

³⁷ "Ancak alacaklı ikinci bir önel ile borçluyu aynen ifaya davet eder ve bu sürenin sonunda ifa yapılmamışsa derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek kaçırıldığı imkanı kullanır ve ifadan vazgeçtiğini ve ifa etmemeden doğan müspet zararını talep ettiğini bildirir" Feyzioğlu, s. 261; Oğuzman - Öz, s. 392; "... alacaklı sonradan da yeni bir süre belirleyerek m. 106/2'nin kendisine verdiği seçme hakkını yeniden kullanabilir" Velidedeoğlu - Özdemir, s. 245.

³⁸ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1282-1284; Feyzioğlu'na göre de mehil tayinine ihtiyaç olmayan hallerde bile BK m. 106/2'deki diğer yollardan yararlanabilmesi için alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini beyan etmeksizin tazminat talebinde bulunabilir: "... taahhüdünü kat'iyen nakzeden borçluya karşı önel tayin etmeden BK m. 106/2'deki tazminat veya akdi fesih yollarından yararlanabilecek durumda sayılan alacaklının bu yollardan yürüyebilmesi için (aynen ifadan vazgeçtiğini) borçluya bildirmesine artık ihtiyaç yoktur; öte yandan borcu ifa etmemek niyetini açıkça ortaya koyan borçlunun, ifadan vazgeçme beyanı yapılmadan tazminat isteme yoluna gidilemeyeceğini savunması da dürüstlük kuralları ile bağdaştırılmaz" s. 262.

“mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette” ifadesinden çıkarılır; zira, ancak bu durumda artık aynen ifayı istemeyen alacaklı bunu derhal bildirmelidir. Bundan çıkan sonuca göre, süre verilmesine gerek olmayan hallerde derhal bildirim mecburiyeti yoktur. Aynen ifadan vazgeçtiğini belirten alacaklının beyanından diğer seçimlik haklarından hangisini tercih ettiği anlaşılmıyorsa müspet zararının tazminini talep ettiği kabul edilir.³⁹ Aynen ifadan vazgeçme beyanı şarta bağlanamayacağı gibi bunu geri almak da mümkün değildir.⁴⁰ Alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazmini yolunu seçmesi halinde sözleşme ilişkisi korunmakta, yalnızca içeriği değişmektedir, yani sözleşmenin asli edim yükümü yerine tazminat ödeme yükümü geçmektedir.⁴¹

Doktrinde müspet zarar ve bunun tazmininin hesaplanmasıyla ilgili iki teori vardır; mübadele teorisi ve fark teorisi. Mübadele teorisine göre, mütemerrit borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa etmek zorundadır.⁴² Fark teorisine göre ise, alacaklı, mütemerrit borçluya karşı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa zorunda değildir, bunun yerine borçludan istediği alacağından borçlanmış olduğu edimin değerini arada bir fark varsa mahsup yoluyla düşürür ve geri kalan kısmı ister.⁴³ Kanun koyucu BK m. 188 ve 212/2’de, ticari satışlarda satıcının veya alıcının borçlu temerrüdüne düşmesinde müspet zararın tazmini için fark teorisini benimsemiştir.⁴⁴

II. Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme

1. Dönme Kavramı

Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme yukarıda ifade edildiği gibi alacaklıya yalnızca karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde BK m. 106’da tanınmıştır. Doktrinde, BK m. 106, 107 ve 108’de kullanılan fesih terimi kavram tartışmasına neden olmuş ve bu terimin kaynak İsviçre Kanunu’ndan yanlış çevrildiği dönme şeklinde anlaşılması gerektiği yolunda

³⁹ Feyzioğlu, s. 265.

⁴⁰ Eren, s. 1105.

⁴¹ a.y.

⁴² Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1159; Oğuzman - Öz mübadele teorisini benimsemektedirler s.183.

⁴³ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1160; Eren fark teorisini benimsemektedir s. 1106-1107.

⁴⁴ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1160; Oğuzman - Öz, s. 394; Velidedeoğlu - Özdemir, s. 246.

baskın bir görüş vardır.⁴⁵ Zira fesih terimi ile dönme terimi birbirinden farklı anlamlar taşıyıp birincisi ileri sürülen görüşe göre sadece ex nunc yani geleceğe etkili ikincisi ise ex tunc yani geçmişe etkili sonuç doğurur.⁴⁶ Bir tanıma göre, “*ani edimli borç ilişkilerindeki eski hale iadeyi sağlamaya yönelik tek yanlı işleme dönme denir*”.⁴⁷

Dönme bildirim borçluya ulaşması gereken yenilik doğuran bir işlemdir. Bildirim borçluya ulaşmakla hükümlerini yöneltildiği andan itibaren doğurur. Yanlardan birinin sahip olduğu hakka dayanarak geçerli bir sözleşmeyi tek yanlı bir bildirimle ve geçmişe etkili sona erdirmesine dönme denir.⁴⁸ Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haklardandır; bu hakkın kullanılması var olan bir hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırr.⁴⁹

2. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

a. Dönmenin Hukuki İlişkiye Etkisi

Borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde borç ilişkisi geriye etkili olarak sona ermiş olur. Yani, BK m. 108/1'e göre alacaklı edimini yerine getirmekten kaçınabileceği gibi verdiğini de geri isteyebilir. Kanaatimce, kanunkoyucu BK m. 108/1'de, “*feshin hükümleri*” başlığı altında “*akitten rücu eden alacaklı*” ifadesini kullanarak borçlunun temerrüdünde alacaklının BK m. 106/2'deki fesih hakkını kullanmasının sözleşmeden dönmesi şeklinde olacağını yani buradaki feshin geriye etkili olacağını belirtmiş olmaktadır. Doktrinde borçlunun temerrüdünde alacaklının sözleşmeyi feshetmesi terimi yerine sözleşmeden dönmesi kullanılmaktadır.⁵⁰ Burada da aynı nedenle BK m. 106-108'deki haller için fesih yerine dönme kelimesi kullanılmıştır.

⁴⁵ Öz, s. 27; Eren, s. 1104; Sungurbey daha 1957'de bu kavram çelişmesine parmak basmış ve fesih kavramının İsviçre Borçlar Kanunu'nun almancasından değil fransızcasından yanlış çevrildiğini belirtmiştir, Saleilles, von Tuhr, *Wieland'ın Eserlerinin Türkçeleri Üzerine Bir İki Söz*, s. 81; “BK m. 106'da söz konusu olan gerçek bir 'fesih' değil de 'dönmedir'”, Tunçomağ, s. 950.

⁴⁶ Oğuzman - Öz, s. 366; Eren, s. 1247-1249.

⁴⁷ Öz, s. 27.

⁴⁸ Karahasan, s. 1472.

⁴⁹ a.g.e., s. 1472.

⁵⁰ Velidedeoğlu - Özdemir m. 106 ve 107'deki 'fesih' ile 108'deki 'rücu' kelimeleri yerine 'bozma' kelimesini kullanmaktadırlar, s. 244-249.

b. Dönme Hakkında Doktrindeki Görüşler

Borçlunun temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönmesini hukuki sonuçları açısından ele alan başlıca üç teori vardır:

i. Klasik Teori: Bu teorinin taraftarlarına⁵¹ göre, dönme bildirimi sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır. İfa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer. Tarafların iktisap ettikleri haklar ve malvarlıklarında doğan her artış sebepsiz zenginleşme sayılır; bu yüzden iade borcu bir yıllık zamanaşımına tabidir. Sözleşmeden dönme üzerine borçlunun ödeyeceği tazminat BK m. 108/2'ye göre menfi zarardır.

ii. Yasal Borç İlişkisi Teorisi: Bu görüş taraftarlarına göre, sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu BK m. 108'den kaynaklanan özel bir iade borcu olup sebepsiz zenginleşme borcu değildir. Buna göre dönme, sözleşme ilişkisini BK m. 108'in düzenlediği bir yasal borç ilişkisine dönüştürür; ne var ki, gene de sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanacaktır, ancak iade borcu on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır. Klasik görüşten farklı olarak bu görüşü ileri sürenlere göre dönme halinde dahi müspet zararın tazmini talep edilebilecektir.⁵²

iii. Aynı Etkili Dönme Teorisi: Bu teoriyi savunan yazarlar⁵³ dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta olduğunu kabul etmekte ancak klasik dönme teorisinden farklı olarak sözleşmeden dönmeye "aynı etki" tanımaktadırlar. Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili gücü borçlandırıcı işlemler yanında tasarruf işlemlerini de etkiler. Dönme ile ifa edilmemiş edimler ve yerine getirilmiş edimler geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Yerine getirilen maddi edimlerin iadesi istihkak davası ile talep edilebilir ve bu dava süreye tabi değildir. Diğer iade talepleri ise se-

⁵¹ İlk Oertmann tarafından ortaya atılmıştır (Oertmann, P., *Die Bedeutung der Rücktrittserklärung*, Jeuff B1. 69, 1904, s. 65 vd.) Buz, s. 118, dñn. 5 naklen; "Dönme hakkında sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar" Karahaslan, s. 1472; Oğuzman - Öz'e göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olması, yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması ve sadece olumsuz zararın tazmininin istenebilmesi gerekir, s. 399 vd.; "... burada varlığı sona ermiş bir haksız iktisap hali söz konusudur" Fezyiođlu, s. 264; Eren, s. 1111; "Bozma geçmişe kapsayarak yani sözleşmenin yapıldığı andan başlayarak geçerli olur ve sözleşmenin tümünü ortadan kaldırır (Federal Mahkeme Külliyatları, c. 49 II, s. 292). Artık sözleşmeden hiç bir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmecilerden her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de nedensiz edinim (m. 63 vd.) kuralları uyarınca geri isteyebilir" Velidedeoğlu - Özdemir, s. 249; Tunçomağ, s. 951-952.

⁵² Öz, s. 35-37, Oğuzman - Öz, s. 398.

⁵³ Buz, s. 134 vd.; Öz, s. 40.

bepsiz zenginleŖmeden doğan borçların tabi olduğu bir yıllık zamanaŖımı süresine tabidir.

iv. Yeni Dönme Teorisi: Bu teoriyi destekleyenlere⁵⁴ göre, dönme iŖlemi ne gemiŖe etkili ne de ileriye etkili sona erer; dönme iŖlemi szleŖmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye iliŖkisi haline getirir. SzleŖmeden dönmenin hukuki etkileri ve sonuçları yasadan değil doğrudan szleŖmeden dönme hukuki iŖleminden doğar. SzleŖmeye aykırılık zararının tazmini talep edilmekle asli edim yükümünün yerine zararın tazmini yükümü, dönme ile asli edim yükümünün yerine geri verme yükümü geçmektedir. Dönme ile sadece szleŖmenin konusu deęiŖmekte akdi verme yükümleri akdi geri verme ykmlerine dnŖmektedir.⁵⁵ Kısaca, dönme sonrasında çözülme iliŖkisine dnŖmiŖ bir szleŖme iliŖkisi söz konusudur. Yerine getirilmemiŖ edimler için dönme ile kaçınma hakkı (def'i hakkı) doğar. İade borcu on yıllık zamanaŖımına tabi olup sebepsiz zenginleŖme kuralları değil BK m. 96 vd. uygulanır. Dönme bildirimine yre borç iliŖkisi ortadan kalkmadığına göre alacaklı müspet zararının tazminini isteyebilecektir.

c. Yargıtay'ın Dönme Hakkındaki GrŖ

Yargıtay'a göre BK m. 108/1 hükmü sebepsiz mal edinmenin geri verilmesi hükmü olmayıp ortadan kalkan szleŖmenin doğurduğu bir sonuçtur ve sebepsiz mal edinme esasından ayrı olarak kanuna konmuŖtur; bu yüzden, geri alma alacağı szleŖmeye dayanır ve zamanaŖımı süresi BK m. 125 uyarınca on yıldır.⁵⁶ Temerrüt nedeniyle szleŖmeden dönmede istenebilecek zarar menfi zarardır ancak bunu ngren BK m. 108/2 hükmü emredici

⁵⁴ Bu grŖ ilk kez Stoll tarafından ortaya atılmıŖtır (Stoll, H., Die Wirkungen des Vertragmassigen Rckritts, Bonn, 1921) z, s. 37, dpn. 73 naklen; "Dönme yre kurulduğu iliŖkisi yeni dönme kuramı ıŖıęında bir 'szleŖme iliŖkisi' sayılınca, hiç kuŖkusuz, bu 'akdi' çözülme iliŖkisine, szleŖmeye değgin kural ve ilkeler de doğrudan doğruya uygulanabilecek ve BK m. 96 vd. , m. 117, 125 kurallarının adaletli def'i, iŖpat yükü, sorumluluk, hasar ve zamanaŖımı düzeni, dönme öncesinde olduğu gibi dönme sonrasında da etkinliğini sürdürecektir" Serozan bu grŖ Türk doktrininde ilk ileri süren yazardır, SzleŖmeden Dönme, s. 80 vd., 547 vd., 632 v.d., Serozan'ın yeni dönme kuramını klasik teoriye üstün kılma nedenlerinden biri dönme iŖleminin sonradan geersizleŖmesi halinde klasik teoriye göre szleŖme gemiŖe etkili olarak ortadan kalkmıŖ olacağına göre hangi hukuksal temele göre szleŖmenin ifa edilebileceği açık değildir, s. 95; Serozan, KocayusufpaŖaoęlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, s. 172-176.

⁵⁵ Sungurbey bu varyıyı 'tornistan' olarak nitelendirmektedir, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 4, s. 469.

⁵⁶ Y. HGK. 17.10.1962 t. 14E. 35K., Karahasan, s. 1475.

kural olmadığından taraflar sözleşme ile fesih halinde dahi hem olumlu hem de olumsuz zararın talep edilebileceğini kararlaştırabilirler.⁵⁷

d. Sürekli Borç İlişkilerinde Temerrüt Halinde Fesih

Sürekli borç ilişkilerinde ise durum farklıdır. Kira gibi sürekli borç ilişkilerinde geçmişe değil ileriye etkili fesih mümkündür.⁵⁸ Fesih anına kadar ki döneme ilişkin borçlara dokunulmayacak, bu andan sonrası için borç ilişkisi ortadan kalkacaktır. Karşılıklı iade talepleri de ancak fesih sonrası döneme ait bir edim yerine getirilmişse söz konusu olacaktır.⁵⁹

e. Dönmenin Sözleşmeden Doğan Borçlara Etkisi

Geçerli bir dönme beyanının borçluya ulaşması ile birlikte dönülen sözleşmeden doğan bütün asli edim yükümlülükleri ile birlikte yan edim yükümlülükleri ve ifaya yardımcı yan yükümlülükler de sona erer. Ancak, Medeni Kanun m. 2' den kaynaklanan haber verme yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü, iade konusu edimin çalınması veya herhangi bir şekilde zarar görmesi tehlikesine karşı muhafaza yükümlülüğü gibi yükümlülükler devam eder.⁶⁰ Sözleşme ile verilen teminatların durumunda ise, teminatın sadece borçlunun dönülen sözleşme ile üstlendiği asli edim yükümlülüğünü yerine getirmesini güvence altına almak için kurulduğu anlaşılıyorsa dönme ile birlikte fer'i nitelikteki bu teminat da ortadan kalkar.⁶¹ Eğer teminat asli edim yanında her türlü talep hakkını da güvenceye alıyorsa dönmeden sonra da varlığını sürdürür.⁶² Bazı yazarlara ve Yargıtay'ın uygulamasına göre, dönme ile birlikte sözleşmede öngörülen cezai şart da sözleşme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkar; çünkü cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur.⁶³ İade konusu edimin dönme beyanından sonra imkânsızlaşması

⁵⁷ Y. 13. HD, 1994/78129E. 1994/9463K. 1.11.1994 t.

⁵⁸ Sungurbey, İ., *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 4, s. 466 vd.

⁵⁹ Oğuzman - Öz, s. 403.

⁶⁰ Buz, s. 157.

⁶¹ *a.g.e.*, s. 158-159.

⁶² a.y.

⁶³ *a.g.e.*, s. 160-161; Öz, s. 295-296; Y. 15. HD, 1996/463 E. 1996/821 K. 14.2.1996. t. "sözleşmede kararlaştırılan gecikme cezası (ifaya ekli ceza) olumlu zarar kapsamına girer ve ancak sözleşme varlığını sürdürdüğü sürece talep edilebilir. 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"; Y. 15. HD, 1996/5425 E. 1996/6930 K. 25.12.1996 t.

halinde, sonraki kusursuz imknsuzluğı düzenleyen ve bir sözleşme hukuku kuralı olan BK m. 117'nin uygulama alanı bulması gerekir.⁶⁴ Söz konusu iade imknsuzluğından iade borçlusunun sorumlu olması halinde BK m. 96 uygulanır ve iade borçlusu iade alacaklısının zararını tazminle yükümlü olur.⁶⁵ Buna karşılık, iade imkansızlığından taraflardan hiçbirinin sorumlu olmaması halinde BK m. 117/1 uygulanır ve iade borcu sona erer.⁶⁶ İadesi imknsuzlaşan edimin piyasa değerinin esas alınması gerekir. Türkiye'deki enflasyon dikkate alınır, iadesi imknsuzlaşan edimin değerinin hesaplanmasında iade anının esas alınması hakkaniyete uygun olacaktır.⁶⁷ BK m. 205'in kıyasen yorumuyla borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme halinde iade borçlusu iade konusu Őeyden elde ettiği semereleri iade etmekle yükümlüdür.⁶⁸ İyiniyetli iade borçlusunun lüks masrafları talep etme hakkı yoktur. Ancak yaptığı masraflar sonucu meydana gelen fazlalığı iade konusu mala zarar vermeden ayırma hakkı vardır.⁶⁹ Kötüniyetli iade borçlusu, iade konusu edime ilişkin olarak yaptığı harcamalardan sadece iade alacaklısı için de yapılması zorunlu olanların tazminini talep edebilir(MK. m. 908/1).⁷⁰ Eğer alacaklının edimi bir Őey değil de bir iş yapılmasına ilişkin ya da verdiği Őey aynen durmuyor ise borçlu bu edimin sonucunda zenginleştiği tutarı para olarak ödemek zorundadır.⁷¹ Geri vermenin kapsamı konusunda sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK m. 63 vd. uygulanır. Borçlu Őeyi başkasına ivazsız geçirse bile Őeyin değerini ödemekle yükümlü olur.⁷²

f. Dönme zerine İstenebilecek Tazminat

Sözleşmenin geçerli olmasında ve ifa edilmesindeki menfaat müspet sözleşme menfaati, böyle bir sözleşmeyi kurma girişiminde hiç bulunmamış olmasındaki menfaati menfi sözleşme menfaatidir.⁷³ Yargıtay, sözleşmenin

⁶⁴ Buz, s. 210; "Kesin vadeli sözleşmelerde, zaman işlerin önemli bir unsuru haline getirilmiştir. Eğer zamana daha büyük bir önem verilmiş ve zaman sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilmişse, bu takdirde temerrüt değil de, sonraki imkansızlıkla ilgili hükümler (BK m. 96 veya 117) uygulanacaktır" Tunoğmağ, s. 941.

⁶⁵ Buz, s. 210.

⁶⁶ a.g.e., s. 211.

⁶⁷ a.g.e., s. 220.

⁶⁸ a.g.e., s. 224.

⁶⁹ a.g.e., s. 231.

⁷⁰ a.y.

⁷¹ Karahasan, s. 1475.

⁷² a.y.

⁷³ Jhering, (Jher, Jb. 4 1961) s. 16; Buz, s. 239 naklen.

feshinde istenebilecek zararın menfi zarar olduğunu belirtmiştir.⁷⁴ Buradaki menfi zarar, alacaklının sözleşmeyi yaptığı için uğradığı sözleşmeyi yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olarak tanımlanmaktadır.⁷⁵ Menfi zarar fiili zarar ile yoksun kalınan kârdan oluşur. Bu kavrama şunların gireceği kabul edilmektedir; sözleşmenin kurulması için yapılan giderler, sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek başkası ile sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması yüzünden uğradığı zarar, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi için yapılan giderler. Menfi zarar, feshedilen sözleşmenin getireceği kâr yoksunluğu miktarını aşamaz.⁷⁶ BK m. 108/2'ye göre borçlu kusursuzluğunu ispatlayarak bu tazminat sorumluluğundan kurtulabilir.⁷⁷

⁷⁴ Y. 13. HD'nin 1994/7280 E. 1994/9464 K. 1.11.1994 tarihli kararına göre "sözleşmenin feshinde istenebilecek zarar menfi zarardır. Sözleşmenin geçerliliğine, ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da menfi zarar kapsamında kalır."; Y. 15. HD'nin 1996/310 E. 1996/535 K. 01.02.1996 tarihli kararına göre, BK'nın 108. maddesi uyarınca istenen menfi zarardır. Buradaki menfi zarar iş sahibinin yüklenici tarafından üstlenilen işin yerine getirileceği inancıyla onunla sözleşme yaptığı tarihte bir başkasıyla müsait sözleşme yapma imkanı varken bu imkanı kaçırmaması ve bu kez de yüklenicinin işi yapmamasından dolayı işin bir başka kimseye yaptırılması nedeniyle aradaki farktan doğan zarardır. Fesihle birlikte davacı taraf, fazla ödediğini isteme hakkına kavuşmuştur. Diğer anlatımla, alacağı muaccel olmuştur. Ancak, muaccel alacağın borçlusunun mütemerrit olması için alacaklının uyarıda bulunması şarttır (BK m. 101). Davadan önce böyle bir uyarının varlığı kanıtlanmadığına göre istenilen geçmiş günler faizinin dava tarihinden başlatılması gerekir; Y. 15. HD'nin 1996/729 E. 1996/823 K. 15.02.1996 t. kararına göre davacı iş sahibi, davalının mütemerrit duruma düşmesini neden göstererek, sözleşmeyi feshettiğine göre, BK m. 108 gereğince ancak menfi zararının tazminini isteyebilir. burada kalan işleri daha yüksek bir bedelle yaptırması sözleşme tarihinde başka birisi ile yapabileceği sözleşme imkanını kaçırmamasının sonucu olup menfi zarar kapsamındadır. Ancak, davalının temerrüdünden dolayı kira kaybından doğan zarar menfi zarar kapsamına girmediğinden bunu isteyemez; Serozan müspet zararın da talep edilebileceğini ileri sürmektedir, *Sözleşmeden Dönme*, s. 633 vd.; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop da Serozan'a katılarak sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını da talep edebilmesi gerektiğini kabul etmektedirler, s. 1298-1299.

⁷⁵ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1296; Feyzioğlu'na göre menfi tazminat olarak "... alacaklı akit hiç yapılmamış olsaydı malvarlığının bulunacağı durum ile akdin hükümsüzlüğü sonucu malvarlığının almış olduğu durum arasındaki farkın tazminini isteyebilecekler" s. 264.

⁷⁶ Y. 15. HD, 28.9.1993 t. 93/3691 K YKD, 1994 s. 1297, Reisoğlu, s. 309 naklen.

⁷⁷ Y. 13. HD'nin 1994/7129 E. 1994/9463 K. 01.11.1994 t. kararına göre "borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse, alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini talep edebilir".

3. Kısmî Temerrütte Sözleşmeden Dönme⁷⁸

Kısmî temerrütte kural olarak alacaklı kısmî ifayı kabul zorunluluğunda değildir, bu yüzden kısmî ifayı reddederek borcun tümü için borçluyu temerrüde düşürebilir. O halde, alacaklının kısmî ifayı kabul ettiği veya dürüstlük kuralı uyarınca kabul etmek zorunluğunda olduğu durumlarda kısmî temerrüt söz konusu olur. Sürekli borç ilişkilerinde kısmî temerrüt olamaz, bu, ancak ileriye fesih nedeni olabilir. O halde kısmî temerrüt bölünebilir edimli ani borç ilişkilerinde mümkündür. Eğer alacaklının ifa olarak aldığı kısım bütün borç ifa edilmedikçe bir değer taşımıyorsa alacaklı bu kısmı iade etmek suretiyle akitten tamamen dönebilir veya ifa yerine tazminat isteyebilir. Eğer alacaklı aldığı iade edemiyorsa bu kısmın değerini tazmin edecektir. Alacaklının kendi edimi bölünemiyorsa, ifa olarak aldığı kısım iade veya tazmin etmek suretiyle akitten tamamen dönebilir. Alacaklı kabul ettiği ifa kısmına karşılık teşkil edecek oran içinde olmak

⁷⁸ Oğuzman - Öz, s. 407-409; Tunçomağ'a göre kural edimin ifa edilmeyen kısmı için dönme mümkündür; istisnası, eğer alacaklı edimin bölünebilir olmaması veya borçlu tarafından ifa edilen kısmın alacaklı için değersiz bulunması ve alacaklının sırf borçlunun derhal ifada bulunacağı inancıyla kısmî edimi kabul etmesi hallerinde alacaklıya bütün sözleşme için dönme imkanı verilmelidir, s. 958-960; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1299-1301; Reisoğlu'na göre "kısmi temerrüt halinde temerrüdün hukuki sonuçları kural olarak edimin ifasında gecikilen kısmını kapsar. Bununla beraber, borcun ifa edilen kısmı alacaklı için bir yarar sağlamıyorsa geri kalan kısmın gecikmeksizin teslim edileceği inancıyla kısmî ifa kabul edilmişse örn. bir yemek odası takımının sadece vitrini ve üç sandalyesi getirilmişse alacaklı sözleşmenin tamamını BK 106 vd. uyarınca geriye etkili bir şekilde feshedebilir. Bu takdirde alacaklı edimin teslim edilen kısmını sebepsiz zenginleşme kurallarına göre borçluya iade ile yükümlüdür" s. 310; Velidedeoğlu - Özdemir'e göre "borçlunun edimden henüz yerine getirmemiş olduğu geri kalan bölüme ilişkin bir 'bölümsel bozma' ancak alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken karşı edimin de bölünebilir nitelikte olması, her iki tarafın edimlerindeki türlü bölümlerin birbirine denk bulunması ve karşı edimin geri kalan bölümünü elde edemeyecek olduğunu bilmiş olsaydı borçlunun sözleşmeyi yapmayacak olduğunu kabule yer bulunmaması durumunda caizdir. Bölüm bölüm teslim yüklenimi kabul edilmiş olan sözleşmelerde bu bölümsel edimlerden herbiri ayrı ayrı ivedili olur. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi başlıbaşına bir bütün oluşturan her hukuksal ilişkide alacaklının benzetme yoluyla m. 106'ya göre davranabileceğini kabul etmektedir (Federal Mahkeme Kararları Külliyyatı C. 45II, s. 61 C. 52II, s. 142). Buna göre bölümsel edimlerden bir kaçında oluşan direngenlikten, sonraki sonraki edimlerin de zamanında yerine getirilmeyeceği anlaşılırsa alacaklı sözleşmenin henüz yerine getirilmemiş olan bölümünü bozma hakkına sahiptir. Böylece bölümsel edimlerdeki bu direngenlik sözleşmenin tümünün amacını zedeleyici bir nitelik gösterir ki burada geri kalan taksit ödeme günlerinin gelmesinden önce bir süre m. 107'nin anlamına göre gereksiz olur. Artık bu durumda sözleşmenin geri kalan bölümlerini bozma ile tehdit, bölümsel bir edim için sözleşmenin bozulması, o zamana kadar yapılmış olan teslimler üzerinde genellikle hiç bir etki yapmaz" s. 246-247.

zere kendi edimini kısmen yerine getirmek zorundadır; ifa edilmeyen kısım bakımından alacaklı aynen ifa, tazminat ve dönme Şıklarından birini tercih edebilir; kısmi ifayı kabul eden alacaklı aldıklarını da geri vermeyi kapsayacak surette akitten tamamen dönebilmek için borunun temerrüde düŐtüđü kısım mevcut olmasaydı akdin yapılmayacak olduğunu ispat etmelidir; bu istisna dışında alacaklı yalnız ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşmeden dönebilir. Ard arda teslimli sözleşmede malın bir parçasının tesliminde temerrüde düŐülmesi halinde sonraki parçalar için mütemerrit sayılmaz ve alacaklı sadece ifa edilmeyen parça için BK m. 106'ya dayanabilir. Fakat malın bir parçasındaki temerrüt bütün borcun ifa edilmeyeceği Őüphesini doğuruyorsa alacaklı bütün sözleşmeden döneceğini açıkça bildirmelidir; aksi takdirde dönme ifa edilmeyen parça ile sonradan muaccel olacak parçalar hakkında hüküm doğurur.

4. Alacaklının Sözleşmeden Dnemeyeceği Haller

BK' da borunun temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeden dönemeyeceğini ngren hükümler de vardır:

i. Satımda, mal alıcıya teslim edilmişse, satıcı açıkça saklı tutmuŐ olmadıkça, satım sözleŐmesinden dönemez (BK m. 211/3).

ii. Gene, BK m. 204/2'ye göre alacaklının borçludan kabul ettiği edimi kendi kusuru yüzünden telef etmesi veya baŐkasına devretmesi halinde ancak değer kaybına karşılık semenin indirilmesini dava edebilir. Bu hükmün kıyasen yorumlanabileceği hallerde alacaklının sözleşmeyi bozamayacağı kabul edilmelidir.⁷⁹

iii. Sözleşmeden dönmenin doğruluk ve güven kurallarına aykırılık teşkil etmesi halinde de dönme mümkün olmamalıdır. Örneğin; *"satıŐ bedelini ödeyen fakat malı teslim almadığı için temerrüde düşen alıcı karŐısında satıcı sözleşmeden dönemez; aynı Şekilde, satıcının edimin önemsiz bir parçasını zamanında ifa etmemesi yüzünden alıcı da sözleşmeden dönemez"*.⁸⁰ Zira, bu iki örnekten de temerrüt fer'i bir edime iliŐkindir.

iv. Dönme hakkının sınırlandırıldığı bir diğer hal de BK m. 222'de düzenlenmiştir; buna göre, taŐınır bir mal satıŐ parası taksitle ödenmek koŐuluyla teslim edilir ve alıcı taksitlerden birini ödemede temerrüde düşerse satıcı taksidin ödenmesini isteyebileceği gibi eğer bu hakkı saklı tutmuŐsa satılanın mülkiyetini geri isteyebilir ya da satımda dönebilir.

⁷⁹ Karahasan, s. 1481.

⁸⁰ Tunçomağ, s. 957.

v. Aradan uzun bir zaman geçmesinden sonra sözleşmeden dönüle-meyeceğine dair Yargıtay karar vermiştir.⁸¹

5. Sözleşmeden Dönme ile Tanınan Hakların Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi

BK m. 106'ya dayalı olarak iki taraflı akitlerde borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi durumunda yerine getirilen edimlerin iadesinin talep edilmesi ile talep edilecek tazminat hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresi ve hukuki dayanağı da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe⁸² göre BK m. 61 vd.da düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulduğundan BK m. 66'da öngörülen bir ve on yıllık zamanaşımı uygulanır. Diğer bir görüşe⁸³ göre de akde aykırılık nedeniyle fesih söz konusu olduğundan BK m. 125'de düzenlenen genel zamanaşımı süresi yani on yıl içinde yerine getirilen edimlerin iadesi ile tazminat talep etme hakkı kullanılmalıdır. Yerine getirilen edimlerin iadesi konusunda, farklı olarak, BK m. 63-65'de yer alan kuralların kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürenler vardır.⁸⁴

SONUÇ

Borçlunun temerrüdünde, alacaklının sözleşmeden dönme seçimsel hakkını kullanmasıyla sözleşme geriye etkili olarak sona erer. Sözleşmeden

⁸¹ YTD, 22.6.1951 4276/4119, Olgaç, N., 1679, a.y. naklen.

⁸² a.g.e., s. 952; Feyzioğlu, s. 264; Velidedeoğlu - Özdemir, s. 249; Öz'e göre: "Sözleşmeden dönmenin özelliği sonucu ... daima bir yıllık zamanaşımı söz konusu olacak, on yıllık süreye yer bulunmayacaktır. Zira, iadeyi isteme hakkı sözleşmeden dönme işleminin yapılmasıyla doğduğu gibi, gene aynı anda taraflar bu hakkın varlığını öğrenmiş durumdadırlar" sf. 257.

⁸³ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1295; Karahasan'a göre "geri alma alacağı akte dayanan bir alacaktır ve zamanaşımı süresi 125. madde uyarınca on yıldır" s. 1475, "borçlunun giderim ödeme yükümü borca aykırı davranışının bir sonucu olduğu için az önce anılan giderime ilişkin dava hakkı BK m. 125'e göre on yıllık zamanaşımına bağlıdır" s. 1479; Serozan bu konuda diyor ki "Dönme işlemine genellikle eşlik edebilecek akdi zarar-giderim istemi de aynen dönme üzerine oluşan akdi çözümler ilişkisindeki bütün tasfiye işlemleri gibi BK madde 125 kuralı uyarınca 10 yıllık bir zamanaşımı süresine bağlı kalacak ve sözleşme edimleriyle ilgili aynı ve nisbi güçte güvenceler aracılığı ile pekişmiş sayılacaktır", Sözleşmeden Dönme, s. 649; Oğuzman - Öz'e göre sözleşmeden dönme halinde m. 108/2 uyarınca borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğü borca aykırı davranışının bir sonucudur ve tazminat davası m. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabiidir, süre dönme beyanından itibaren işlemeye başlar, 402; Eren, s. 1112.

⁸⁴ a.y.

dönülmesi üzerine her iki tarafın asli edimlerini ve buna bağlı fer'ilerini yerine getirmesi borcu sona erer ve verilenlerin de iadesi gerekir. Gecikme cezası şeklindeki cezai şart müspet zarar kapsamında sayılıp Yargıtay'ca menfi tazminat olarak talep edilemeyeceğine hükmedilmektedir. Cezai şart, asıl edime bağlı bir fer'i borç olsa bile dönme halinde dahi sözleşme ile öngörülmüş olan sözleşmenin ihlaline bağlı cezai şartın talep edilebilmesi gerekir. Zira, cezai şart sözleşmenin ihlali halinde verileceği taahhüt edilen bir tazminattır. Cezai şartın talep edilemeyeceği haller BK m. 161/2'de belirtilmiştir. Buna göre, ahlaka veya kanuna aykırı bir borç için şart edilmiş veya aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça borcun ifası borçlunun kusursuzluğu ile imkansızlaşmışsa cezai şart istenemez. Bu durumda sözleşmenin ihlaline bağlı her türlü cezai şart menfi tazminat kapsamında talep edilebilmelidir. Ayrıca dönülen sözleşmede varsa tahkim şartı da uygulanabilmelidir.

Borçlunun kusursuzluğunu kanıtlayamaması halinde alacaklı menfi zararının tazminini talep edebilir. Yargıtay'ın çelişkili kararlarına rağmen menfi zarar kapsamına fiili zarar yanında yoksun kalınan kâr da girer. Yani, alacaklı, borçlunun kusuruyla gerçekleşmeyen sözleşme nedeniyle uğramış olduğu zararı örn. yaptığı masrafları, borcun ifasındaki gecikme nedeniyle üçüncü şahıslara ödemek zorunluğunda kaldığı cezai şartları ve buna benzer tazminatları ve yoksun kaldığı kârı örn. malın tesliminde gecikilen sürede elde edilebilecek olan semereleri, kiralari, aynı malı daha uygun fiyata alma imkanını kaçırmaması nedeniyle uğradığı zararı talep edebilecektir.

Verilen edimlerin iadesi talebi ile sözleşmeden dönen alacaklının uğradığı zararının tazmini davasının madde 108'den kaynaklanan akde aykırılık sebebine dayanılarak madde 125'teki on yıllık zamanaşımına tabi olacağı kanaatindeyim.

Türk hukuk doktrininde ve uygulamasında sözleşmeden dönme halinde müspet zararın istenemeyeceği görüşü hakimdir. Bu görüş, BK m. 106/2'deki ifayı reddedip müspet zararını talep etme veya sözleşmeyi feshedip menfi zararını talep etme ayırımından kaynaklanmaktadır. Eğer her iki durumda da müspet zarar talep edilebilecekse bu ayırımın anlamı kalmayacaktır. Yabancı hukuklarda ve uluslararası anlaşmalarda ise, sözleşmeden dönme halinde müspet zararın talep edilebileceğine dair düzenlemeler vardır. Alman hukukunda yeni dönme teorisi baskındır.⁸⁵ BGB'nin değiştirilmesine ilişkin tasarıda (BGB-KE 327/I) sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararının veya menfi zararının tazminini talep hususunda seçimlik hak tanınmıştır ve ABGB 921'de sözleşmeden dönen

⁸⁵ Buz, s. 123.

alacaklının müspet zararının tazminini talep edebileceği ngrlmstr.⁸⁶ Uluslararası Eyaların Satımı Sözleşmeleri'ne İlişkin Andlama'nın (Viyanalı Andlaşması) 45/2 ve 61/2 maddeleri dolayısıyla dönme ile müspet zarar da talep edilebilir. Viyanalı andlamasında müspet zararın da talep edilebilmesi imkanının verilmesinden dolayı andlamada yeni dönme teorisinin uygulandığı ileri sürülmektedir.⁸⁷

Sonuç olarak, BK m. 96 borcun ifa edilmemesinde genel olarak borçlunun sorumluluğunu düzenlemekle borçlunun temerrüdünü de kapsamaktadır. Bu yüzden, borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönülmesi halinde uygulanacak hükümler BK m. 96 vd.'dir.

KAYNAKLAR

- Anık, G., "Uluslararası Eyaların Satışı Sözleşmelerine İlişkin 1980 Tarihli Viyanalı Andlamasının 25. Maddesine Göre Sözleşmelerin Asli İhlalleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1995 S. 4, s. 485-495.
- Buz, V., *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara, 1998.
- Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 5. Bası, İstanbul, 1999.
- Feyzioğlu, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 2. Bası, İstanbul, 1977.
- Karahasan, M., *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul, 1992.
- Kocayusufpaaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. 3, İstanbul, 1998.
- Oğuzman, K. - z, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- z, T., *İ Sahibinin Eser Szlemesinden Dönmesi*, İstanbul, 1989.
- zcan, H., *Ansiklopedik Hukuk Szliğ*, Ankara, 1980.
- Reisoğlu, S., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, İstanbul, 1999.
- Serozan, R., *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, 1975.
- Sungurbey, İ., "Saleilles, von Tuhr, Wieland'ın Eserlerinin Türkçeleri zerine Bir İki Söz", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1957 S. 1, s. 81.
- Sungurbey, İ., *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 4, İstanbul, 1980.

⁸⁶ a.g.e., s. 243.

⁸⁷ a.g.e., s. 125.

Tekinay, S., S. - Akman, S. - Burcuoğlu, H. - Altop, A., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 5. Bası, İstanbul, 1985.

Tunçomağ, K., *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 6. Bası, İstanbul, 1976.

Velidedeoğlu, H. V. - zdemir, R., *Türk Borçlar Kanunu Őerhi (Genel-zel)*, Ankara, 1987.

Yargıtay Kararları, CD-Rom.

Zweigert, K. - Ktz, H., (çev. Tony Weir, *An Introduction to Comparative Law*), Oxford, 1992.

ABONET REKLAMI - 2