

^{4f} KARŞILIKLI EDİMLİ SÖZLEŞMELERDE ALACAKLI TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNEN BORÇLUNUN OLUMLU ZARARININ TAZMİNİ SORUNUNA İLİŞKİN BİR İNCELEME

(COULD DEBTOR COMPENSATE POSITIVE DAMAGES IN A SYNALLAGMATIC
CONTRACT, WHICH IS RESCINDED AS A RESULT OF CREDITOR'S DELAY?)

Arş. Gör. Gizem ZURNACI* **

ÖZ

Alacaklı temerrüdü halinde sözleşmeden dönme yoluna başvurmak, bazı hallerde borcundan kurtulmak isteyen borçlu için tek çaredir. Bu yola başvuran borçlunun sözleşmeden dönme ile birlikte genel olarak alacaklıdan tazminat talep edemeyeceği ile tazminata imkan tanınması halinde tazmine konu zararın olumsuz zarar mı yoksa olumlu zarar mı olduğu meseleleri doktrinde tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel bir kararına yer verilecektir. Bu sorun özellikle karşılıklı edimli sözleşmeler bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Zira karşılıklı edimli bir sözleşmede alacaklı temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönen borçlu karşı edim alacağını yitirme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda borçlunun hem karşı edim menfaati hem de borçtan kurtulma menfaati, sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanınarak korunabilir. Fakat öncelikle borçlunun söz konusu menfaatlerini koruyabilecek başka hukuki yolların varlığı irdelenerek sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminini talep etme imkanının hangi hallerde son çare olduğu tespit edilecektir. Bu tespitten sonra söz konusu haller bakımından sözleşmeden dönen borçlu lehine olumlu zararın tazminine imkan tanımının haklılığı ve bunun nasıl mümkün olacağı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Alacaklı temerrüdü, sözleşmeden dönme, külfet (Obliegenheit), alacaklının ifaya katılma borcu, olumsuz zarar, olumlu zarar, karşılıklı edimli sözleşme, karşı edim menfaati.

ABSTRACT

In case of creditor's delay, rescinding the contract is in particular situations the only liberating way for the debtor who is no longer willing to be bound with the debt. Whether the debtor could claim compensation for- negative or positive- damages by rescinding the contract is disputed in legal doctrine. This article will firstly deal with different doctrinal views and a recent judgement given by the Swiss Federal Court. This question is particularly important for synallagmatic contracts in which debtor has also a claim as against

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.02.2020. İlk hakem raporu tarihi: 06.03.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 09.02.2021. Onaylanma tarihi: 08.04.2021.

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2326-2049.

Eser Atf Şekli: Gizem Zurnacı, "Karşılıklı Edimli Sözleşmelerde Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönen Borçlunun Olumlu Zararının Tazmini Sorununa İlişkin Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1265-1300.

the creditor for counter performance, which could not survive after the contract is rescinded. While debtor's consideration interest is no less important than her liberation interest, a formula should be developed in order to protect both interests. It could be provided if the debtor is allowed to claim positive damages by rescinding the contract. However this possible solution should be the last resort. So, this article will first scrutinize whether and how the problem could be solved with other legal instruments. Then, for those cases in which the combination of rescinding the contract and claiming positive damages arises as the only solution, its accuracy will be examined.

Keywords: *Delay of creditor, avoidance of the contract, Obliegenheit, creditor's obligation to cooperate, negative damages, positive damages, consideration benefit, mutual contract.*

I. SORUNUN TESPİTİ

Nitelikleri itibarıyla bazı borçlar alacaklının katılımına gerek olmaksızın borçlu tarafından tek başına ifa edilebilir¹. Yapmama borçları² ile bazı yapma borçlarında³ ve borçlunun bir irade beyanında bulunmayı borçlandırdığı⁴ hallerde böyle bir durum söz konusudur. Buna karşılık verme borçları ile yapma borçlarının çoğunun ifası ancak alacaklının katılımı ile gerçekleştirilebilir⁵. Alacaklının ifaya katılması, borç ilişkisinin şartlarına ve edimin niteliğine göre alacaklının teklif edilen edimi kabul etmesi, ifaya hazırlık fiillerini ya da ifaya eşlik (refakat) eden fiilleri yerine getirmesi tarzında gerçekleşir⁶. Alacaklının katılımı ile gerçekleştirilebilecek bir yapma veya verme ediminin gereği gibi ifası kendisine önerildiği halde haklı bir sebep olmaksızın ifaya katılmaktan kaçınan alacaklının tutumu ise, alacaklı temerrüdüne yol açar (TBK m.106).

Kefalet sözleşmesindeki istisnai düzenleme (TBK m.593/f.2) dışında alacaklı temerrüdünde, borçlunun borcundan kurtulması veya alacak hakkının etkisizleşmesi sonucunu öngörmeyen kanun, bu halde borçluya borcundan kurtulmasını sağlayacak birtakım imkan-

¹ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara, 2019, N.3172; **M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 16. Bası, İstanbul, 2018, N.841.

² Yapmama borçlarında alacaklının katılımına gerek duyulmadığı için alacaklı temerrüdünün söz konusu olmayacağına ilişkin olarak bkz.: **Necip Kocayusufpaşaoğlu/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul, 2016, §12, N.1; **Feyzi Necmeddin Feyzioğlu**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 2. Bası, İstanbul, 1977, s.141; **Oğuzman/Öz**, N.1135.

³ Örneğin, komşusunun manzarasını açmak için kendi bahçesindeki ağaçları kesme borcunu üstlenen borçlu, bu borcu tek başına ifa edebilir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.841.

⁴ Tartışmalı olmakla birlikte borçlunun taşınmaz mülkiyetini nakil borcunu alacaklının katılımı gerek-meksizin tapu sicil memurluğuna yapacağı taleple tek başına ifa edebileceği kabul edilmektedir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.841.

⁵ **Oğuzman/Öz**, N.842. Bu bakımdan alacaklının ifayı kabulü, yapma ve verme borçlarında söz konusu olur. Bkz.: **Haluk N. Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018, N.175.

⁶ **Gökhan Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.3, İstanbul 2017, s.137; **Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, N.1394 vd. İlk halde dar anlamda, son iki halde ise geniş anlamda katılma fiillerinin varlığından bahsedilir. Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3170.

lar tanımlamakla yetinmiştir⁷. Bu imkanlar, bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde (verme borçlarında) doğrudan edim konusu eşya veya paranın (TBK m.107/Art.92 OR); tevdiye elverişli olmayan eşya bakımından ise satma hakkına (TBK m.108/Art.93 OR) başvuru açık artırma ile satıştan elde edilen bedelin tevdi edilmesidir.

Bir şeyin teslimine ilişkin olmayan diğer edimlerde ise edimin niteliği gereği, tevdi veya satma hakkına başvurulması mümkün değildir⁸. Bu hallerde borçluya borcundan kurtulması için tanınan tek imkan, sözleşmeden dönmedir (TBK m.110/Art. 95 OR)⁹. Yapma borçlarında esasen alacaklı temerrüdü söz konusu olmadığı için¹⁰ sözleşmeden dönme imkanı yapma borçlarını hedeflemektedir¹¹. Ayrıca alacaklının ifaya katılımı olmaksızın borçlunun hangi edimi tevdi edeceğini veya satışa çıkaracağını bilemeyeceği durumlarda, sözleşmeden dönme hakkının kıyasen verme borçları için de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹².

TBK m.110 uyarınca alacaklısı temerrüde düşen borçlu, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilecektir¹³. Borçlu temerrüdü hükümlerinde sözleşmeden dönme, TBK m.123-125'te (Art.107-109 OR) düzenlenmiştir. Bu bakımdan sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen borçlu, öncelikle TBK m. 123 uyarınca kural olarak edimin ifasına katılması için alacaklıya uygun bir süre vermelidir¹⁴. Şayet alacaklı, bu süre içerisinde de ifanın tamamlanabilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmezse borçlu, TBK m.125/f.2 uyarınca derhal beyanda bulunarak sözleşmeden dönebilir¹⁵. TBK

⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.6; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.843; **Antalya**, s.135; **Oğuzman/Öz**, N.1155; **Feyzioğlu**, s.148, s.153; **Nomer**, N.176.

⁸ **Feyzioğlu**, s.158; **Eren**, Genel Hükümler, N.3217; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N.1417; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.846.

⁹ TBK m.110'un kaynağını teşkil eden Art.95 OR'da öngörülen sözleşmeden dönme imkanı, 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununda tanınmamıştı. Alacaklı temerrüdü hükümlerinin kanunlaştırma çalışmalarını sırasındaki tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Demian Stauber**, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Bern 2009, N. 78 vd.

¹⁰ **Eren**, Genel Hükümler, N.3218.

¹¹ **Jakob Biedermann**, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Diss. Zürich 1944, s.91; **Oğuzman/Öz**, N.1184; **Nezat Koç**, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara, 1992, 264 vd.; **Alfred Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N.56.91.

¹² Seçim hakkı alacaklıda bulunan seçimlik borçlar bakımından ise mesele tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu ihtimalde de borçlu sözleşmeden dönebilmelidir. Bu yönde bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1184; **Koç**, s.144; **Eren**, Genel Hükümler, N.3219. Diğer görüşe göre ise alacaklının temerrüdü seçim hakkının borçluya geçmesine yol açar. Bu yönde bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.839. Dayanağını BGB § 264 hükmünün kıyasen uygulanmasından alan bu görüş, Türk-İsviçre Borçlar Kanunlarında hukuki dayanağı olmadığı için diğer görüş tarafından eleştirilmektedir. İsviçre hukukundaki tartışmalar için bkz.: **Stauber**, N.669 vd.

¹³ Burada hüküm içi bir atıf bulunduğuna ilişkin olarak bkz.: **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N.1417. Atıf yapılan borçlu temerrüdü hükümlerinin alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmeye kıyasen uygulanacağı hakkında bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.846; **Feyzioğlu**, s.158.

¹⁴ TBK m. 124'te yer alan hallerin varlığı söz konusu ise, borçlu alacaklıya süre vermeden de sözleşmeden dönebilir. Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3220; **Oğuzman/Öz**, N.1185; **Stauber**, N.510 vd.; **Koller**, N.56.92.

¹⁵ **Ingeborg Schwenzler**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, s.499 vd.; **Rolf H. Weber**, Kommentar zu Art. 68-96 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI (Das Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 4. Teilband (Die Erfüllung der Obligationen), 2. Aufl., Bern, 2005, Art.95 OR N 14 vd.; **Eren**, Genel Hü-

m.125/f.3'e göre sözleşmeden dönme üzerine taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve önceden ifa ettikleri edimlerin iadesini isteyebilirler.

Borçluya borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre dönme hakkını veren TBK m.110 (Art.95 OR)'da sözleşmeden dönen borçlunun, alacaklıdan uğradığı zararın tazminini talep edip edemeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁶. Nitekim alacaklı temerrüdü hükümlerinde genel nitelikli bir tazminat düzenlemesi de bulunmamaktadır. Buna karşılık sözleşmeden dönen borçluya bir tazminat hakkı tanınıp tanınmayacağı meselesi doktrinde tartışılmış ve farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüş borçlunun tazminat talep edebilme imkanını tamamen reddederken, çoğunluk görüşü bunun mümkün olduğunu savunmaktadır. Borçluya tazminat hakkı tanıyan görüşler ise tazmine konu zararın olumsuz zarar mı olumlu zarar mı olacağı; yoksa borçluya sözleşmeden dönüp olumsuz zararın ya da ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini istemek hususunda seçimlik hak mı tanınacağı hususunda birbirlerinden ayrılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi ise 3 Mart 2016 tarihli bir kararında¹⁷ TBK m.110 (Art.95 OR) uyarınca ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini isteyen borçlunun talebini haklı bulmuştur.

Bu çalışmada doktrinde ileri sürülen görüşler ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararına yer verdikten sonra, konuya ilişkin yapacağımız değerlendirmede önce sorunu tespit edecek ve bu hususta sözleşmeden dönen borçlunun alacaklıdan tazminat talep edip edemeyeceği sorusuna ilişkin olarak değerlendirmede bulunacağız. Bu açıklamalardan sonra ise tespit ettiğimiz sorunun, hangi hallerde alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurmaksızın borçlar hukukunun başka hükümleri aracılığıyla çözüme kavuşturulabileceğini aydınlığa kavuşturacağız. Böylece soruna ilişkin münhasıran alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde çözüm aranması gereken hallerde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine ilişkin kanaatimizi ortaya koyacağız.

II. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Konuya ilişkin doktrindeki görüşler, tazminat imkanını tamamen reddeden (borçluya sadece sözleşmeden dönme hakkı tanıyan) görüş ile tazminata imkan veren görüşler şeklinde iki ana başlık altında toplanabilir. Tazminata imkan veren görüşler ise kendi içerisinde zararın kapsamını olumsuz zarar ile sınırlandıran görüş, olumlu zararın tazminini kabul eden görüş ve borçlu temerrüdündeki seçimlik hakları borçluya tanıyan görüş olarak üçe ayrılmaktadır. Bu görüşler arasındaki farklılık esas itibarıyla, alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme için borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın farklı şekillerde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda bu görüşlere ve her bir görüşün vardığı sonucu desteklemek için dayandığı gerekçelere yer vereceğiz.

A. Borçlunun Tazminat Talep Edebilmeksizin Sadece Sözleşmeden Dönebileceğini Savunan Görüş

Bu görüşü savunan yazarlara göre, TBK m.110 (Art.95 OR)'da borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfı yalnızca dönme hakkının kullanılması için uyulması gereken süre

kümler, N.3220; **Oğuzman/Öz**, N.1185; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.10; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N.1418; **Max Keller/Christian Schöbi**, Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel/Frankfurt, 1988, s.294; **Staubert**, N.539 vd.

¹⁶ **Eren**, Genel Hükümler, N.3222; **Keller/Schöbi**, s.294.

¹⁷ 4A_446/2015.

gibi prosedürlere yönelik olup, borçlu temerrüdündeki hukuki sonuçlar ile tazminata imkan tanıyan hükümleri de kapsamına alan genel nitelikli bir atf olarak yorumlanamaz¹⁸.

Bu görüş aynı zamanda dayanağını alacaklının ifaya katılma fiillerinin veya ifayı kabulünün hukuken borç değil, külfet (yükleni, *Obliegenheit*) olarak nitelendirilmesinden almaktadır.

Kanundan, taraf iradelerinden ve özellikle sözleşmeden doğan istisnaların varlığı kabul edilmekle beraber, alacaklının ifaya katılma fiillerini külfet olarak nitelendiren hakim görüşün¹⁹ esasını, “alacaklının kabul hakkı ilkesi” oluşturmaktadır. İlk olarak *Mommsen* tarafından savunulan “alacaklının yalnızca bir alacak hakkının sahibi olduğu; alacak hakkını kullanmayan bir kimsenin ise borçlu tarafından ifayı kabule zorlanamayacağı” düşüncesi, daha sonra *Kohler* tarafından geliştirilmiştir. Alman hukukunda büyük yankı uyandıran *Kohler*'in görüşleri, kodifikasyon çalışmaları sırasında Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda alacaklı temerrüdü hükümlerinin düzenlenmesine yol açmış ve böylece “alacaklının ifayı kabul hakkı ilkesi” kanuni bir dayanağa kavuşturulmuştur²⁰.

Doktrinde genel kabul edilen anlayış uyarınca külfet, bazı hakların elde edilebilmesi veya zaten elde edilmiş olan hakların korunabilmesi için yerine getirilmesi gereken davranışlardır. Bir kimsenin üzerine düşen külfeti yerine getirmemesine bağlanan yaptırım ise o kimsenin, kendisi için avantajlı olan bir durumu elde edememesi veya bir hakkı kaybetmesidir; bununla birlikte bu davranışların ifası dava edilemez ve ihlali tazminat sorumluluğuna sebebiyet vermez²¹.

Alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması da, alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca borçluya karşı sahip olduğu elverişli bir hukuksal durumun kaybına yol açmaktadır. Bu bağlamda alacaklı, tevdi sonucu hasarı üstlenmek, tevdi masraflarını ödemek ve kanunda öngörülen hallerde borçlunun dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesine katlanmak zorunda kalır²². Buna karşılık alacaklıya karşı borca aykırılığa özgü yaptırımlara başvurulamayacağı, ifa davası açılmayacağı ve özellikle alacaklının tazminatla sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir²³. Bunun bir sonucu olarak alacaklı

¹⁸ **Biedermann**, s.92: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, § 12, N.10. Art.95 OR'un tarihsel yorumu esas alındığında bu görüşün desteklenebileceğine ilişkin olarak bkz.: **Stauber**, N.567.

¹⁹ **Martin Bernet**, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015, Vor Art.91-96 OR N.2; **Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Jörg/Susan Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, N.2390; **Claire Huguenin**, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2019, N.968; **Schwenzer**, N.69.02; **Koller**, N.2.96; **Eren**, Genel Hükümler, N.3173; **Koç**, s.60 vd.; **Antalya**, s.135 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.3.

²⁰ Alacaklının kabul hakkı ilkesinin tarihi gelişimi hakkında bilgi için bkz.: **Koç**, s. 56 vd.; **Marc-Philippe Weller**, Die Vertragstreue, Vertragsbindung -Naturalerfüllungsgrundsatz- Leistungstreue, Tübingen 2009, s.471-472.

²¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.31 vd.; **Nomer**, s.16, 8.6; **Oğuzman/Öz**, N.62; **Terrier/Pichonnaz/Develioğlu**, N.292.

²² **Koç**, s.62; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.32.

²³ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.3; **Andreas von Tuhr/Arnold Escher**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, 3. Aufl., Band II, Zürich, 1974, s.73; **Schwenzer**, N 69.02; **Antalya**, s.135. Bazı yazarlar ise ayrıca külfet nitelendirmesi yapmaksızın doğrudan alacaklının edimi kabul hakkı ilkesinden hareketle alacaklının yerine getirmesi gereken fiillerin borç doğurucu nitelikten eksik olduğu, bu nedenle tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını ifade etmektedir. Bkz.: **Weber**, Art.91 OR N 51; **Marius Schraner**, Kommentar zu Art.68-96 OR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V (Obligationenrecht), Teilband 1e (Die Erfüllung

temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönen borçlunun bir borca değil, yalnızca külfete aykırı davranan alacaklıdan tazminat talep edemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür²⁴.

Yine de bu görüşün temsilcilerinden olan *Serozan* sözleşmeden döndüğü için karşı edimden yoksun kalan borçluya, edimi ifaya hazırlamak için yapmış olduğu masrafların karşılanmasına yönelik bir alacak hakkı tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Fakat bu alacağın “tazminat” niteliğinde olmayıp, alacaklının kusurunu şart kılmadığı ve sorumluluğun borçlu yararına geniş tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar borçluya tanınacak söz konusu alacak hakkını, borçluyu sırf alacaklının tutumu yüzünden mağdur etmenin hakkaniyete uymayacağı düşüncesi ile vekaletsiz iş görmeye dayandırmaktadır²⁵.

B. Borçlunun Tazminat Talep Edebileceğini Savunan Görüşler

Borçlunun herhangi bir tazminat talep edemeyeceğini savunan görüşün aksine doktrindeki hakim görüş, sözleşmeden dönen borçlunun kusurlu olarak alacaklı temerrüdüne düşen alacaklıdan tazminat talep edebileceği yönündedir²⁶. Bu görüşü savunmak için, borçluya tazminat hakkı tanınmamasının, alacaklının davranışları yüzünden borçlunun hukuki durumunun kötüleştirilmesini önlemeyi amaçlayan alacaklı temerrüdü hükümlerinin ruhu ile bağdaşmayacağı, ayrıca TBK m.110 (Art.95 OR)’da borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan genel atıf da esas alındığında bunun prensip olarak kanun koyucu tarafından da desteklendiği ileri sürülmüştür²⁷. Hatta borçlanılan edimin mahiyeti gereği tevdi ve satma

der Obligationen), 3. Aufl., Zürich, 2000, Art.91 OR, N.23; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.837; **Oğuzman/Öz**, N.1153; **Nomer**, N.176.4. İfaya katılmaktan kaçınan alacaklının bir borcu ihlal etmiş olmayacağına ilişkin olarak ayrıca bkz.: **Eugen Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 318.

²⁴ **Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger**, Kommentar zu Art. 1-183 OR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V (Das Obligationenrecht,) Halbband 1, 2. Aufl., Zürich, 1929, Art. 95 OR N. 2; **Hermann Becker**, Kommentar zu Art.1-183 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 2. Aufl., Bern, 1945, Art.95, N.1; **Oğuzman/Öz**, N.1186; **Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druet**, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., 2000, § 33, Rn.16; **Hermann Schulin**, “Besteht ein Recht des Schuldners auf Erfüllung seiner Verpflichtung?”, Grenzen des Instituts des Gläubigerverzugs, Liber amicorum Nedin Peter Vogt, Basel, 2012, s.216, dn.5. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de bu görüşü benimsediği bir karar için bkz.: BGE 110 II 148, 152.

²⁵ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.10. Eser sözleşmesinde işsahibinin alacaklı sıfatıyla temerrüdü halinde yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde bu dönmenin ileriye etkili olacağı ve yüklenicinin o zamana kadar yaptığı işin bedelini ve bu bedele dahil olmayan masrafları talep edebileceği, buna karşılık işsahibinin de eserin tamamlanmış kısmına hak kazanacağına ilişkin olarak bkz.: **Peter Gauch**, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2011, N.1342 vd.

²⁶ **von Tuhr/Escher**, s.84; **Keller/Schöbi**, s.294; **Weber**, Art.95, N.17; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmeneger**, N.2463; **Schraner**, Art.95 OR, N 18; **Koç**, s.274; **Stauber** N. 586 vd.

²⁷ **Keller/Schöbi**, s.294. **Stauber** (N. 586 vd.) ise lafzi yorum dikkate alındığında borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın, olumsuz zararın tazminine ilişkin hükmü de kapsamına alıp almadığı hususunda kesinlik bulunmadığını ifade etmekle birlikte, amaçsal ve sistematik yorum metotları esas alındığında sözleşmeden dönen borçlunun tazminat talep edebilmesi gerektiğini savunur. Nitekim **Weber** (Art.95, N.17) de alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkına imkan tanınmasının amacını göz önünde bulundurarak borçluya tazminat hakkı tanınması gerektiğini, aksi takdirde sözleşmeden dönen borçlunun hukuki durumunu iyileştiremeyeceğini; kanun koyucunun aynı amaçla işsahibi yüzünden ifanın imkansızlaşmasını düzenleyen TBK m.485 /Art.378 OR hükmünü sevk ettiğini ifade etmiştir. Benzer yönde bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.84.

hakkına başvurmadığı için ancak sözleşmeden dönerek borcundan kurtulabilen borçlunun menfaatini korumak amacıyla TBK m.110 (Art.95 OR)'un borçlu temerrüdü hükümlerine atıf yapmak suretiyle bir istisna öngördüğü ve külfet ihlaline borca aykırılığa ilişkin sonuçları bağladığı ifade edilmiştir²⁸.

Bu bakımdan borçluya tazminat hakkı tanıyan görüşler, alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönmede borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın yalnızca sözleşmeden dönmek için izlenmesi gereken prosedürlere değil; aynı zamanda bu hükümlerde öngörülen tazminata da ilişkin olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık hangi tür zararın tazmininin istenebileceğine ilişkin olarak görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bu hususta ileri sürülen görüşleri açıklamaya geçmeden önce, alacaklının tazminat sorumluluğunun ön şartı²⁹ olan kusurdan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır:

Alacaklı temerrüdünden söz edebilmek için borçlunun gereği gibi ifa teklifini kabulden veya üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınan alacaklının, haklı bir sebebi olmaması gerekir. Kaçınmanın haklı bir sebebe dayanmaması ise alacaklının kusurlu olmasını değil³⁰; kabulden kaçınmasını haklı gösterecek objektif bir sebebin bulunmamasını ifade eder³¹. Bu bağlamda ifanın tamamlanmaması alacaklının ölümü, hastalığı veya ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi bir sebepten kaynaklanmış olsa bile, alacaklı temerrüdü gerçekleşir³²; zira böyle bir durumda ifayı kabulden kaçınan alacaklı kusursuz olsa bile kaçınma objektif bir sebebe dayanmadığı için haksızdır. Alacaklının tazminat sorumluluğu için ise kaçınmanın haksızlığı tek başına yeterli olmaz; ayrıca alacaklının temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmektedir³³. Ancak burada da tıpkı borçlu temerrüdünde olduğu gibi kusur karanesi (TBK m.112) uygulanmalı; böylece karine gereği alacaklının temerrüde düşmekte kusurlu olduğu varsayılarak aksini ispat yükü alacaklı üzerinde olmalıdır³⁴.

Aşağıda yer vereceğimiz görüşlerden birinin benimsenmesi halinde borçlu kusurlu alacaklıdan tazminat talep edebilecektir. Doktrinde tazmin edilecek zararın türüne ve kapsamına ilişkin olarak ileri sürülen görüşler şu şekildedir:

²⁸ **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger**, N.2463; **Schraner**, Art.95 OR, N 18. **Koç** (s.274) ise adalet ve hakkaniyet duygularını gerekçe göstererek alacaklının ifayı kabulden kaçınma yönündeki tutumuna prim verilmemesi ve bunun için borçlunun tazminat talep edebilmesi gerektiğini savunmuştur. Yazar hakkaniyet dışında bu görüşünü ayrıca MK m.2'den kaynağını alan alacaklının işbirliği yapma yükümüne dayandırmaktadır.

²⁹ **Keller/Schöbi**, s.294. Borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için alacaklının kusuru aranmaz; ancak alacaklının olası bir tazminat sorumluluğu ancak kusurlu olduğu kabul edilebilirse söz konusu olabilir. Bkz.: **Koller**, N.56.93.

³⁰ **Feyzioğlu**, s.118; **Oğuzman/Öz**, N.1149; **Eren**, Genel Hükümler, N.3184; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.841; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, § 12, N.3.

³¹ **Weber**, Art. 91 OR N.155; **Eren**, Genel Hükümler, N.3184; **Stauber**, N. 110.

³² **Eren**, Genel Hükümler, N.3184; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N.3. Alacaklının hakimiyet alanından kaynaklanan bir sebebin varlığını haklı sebep olarak kabul eden ve kanaatimizce isabetli olmayan bir örnek için bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.840. Bazı hukuki sonuçların doğması için borçlunun kusuru aranmış olsa da, borçlu temerrüdü de alacaklı temerrüdü gibi kusurun varlığından bağımsız gerçekleşir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1533.

³³ **Keller/Schöbi**, s.294; **Eren**, Genel Hükümler, N.3222.

³⁴ “Alacaklının temerrüdünde kusur aranmadığı için (menfi) zararının tazminini isteyen borçlu alacaklının kusurunu ispat zorunda bırakılmamalıdır.” Bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.846.

1. Sözleşmeden Dönme ile Birlikte İstenebilecek Tazminatı Olumsuz Zarar ile Sınırlandıran Görüş

Borçlu temerrüdündeki sözleşmeden dönmeye ilişkin TBK m.125/f.3 hükmünde, temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispat edemeyen borçludan, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zararın tazmininin istenebileceği öngörülmüştür.

Türk-İsviçre doktrinlerindeki hakim görüş uyarınca, kanun metninde yer alan “sözleşmenin hükümsüzlüğünden” kaynaklanan zarar, alacaklının ifa menfaatini karşılayan olumlu zararı değil³⁵; sözleşme ilişkisine girmiş olmasından kaynaklanan ve alacaklının malvarlığının sözleşmeden dönüldükten sonra içinde bulunduğu durum ile böyle bir sözleşme yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı durum arasındaki farktan ibaret olan olumsuz zararı ifade etmektedir.³⁶

Bu doğrultuda TBK m.110 (Art.95 OR)’da borçlunun alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönebilmesi için borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atf esas alınarak sözleşmeden dönen borçlunun tazminini isteyebileceği zararın, olumsuz zarar ile sınırlandırıldığı ileri sürülmüştür³⁷.

Bu görüşü savunan yazarlar ifayı kabulün alacaklı bakımından borç olup olmadığı nitelendirmesinden bağımsız olarak sözleşmeden dönen borçlunun olumsuz zararının tazmini için talepte bulunabileceğini kabul etmiş gözükmektedir. *Oğuzman/Öz* ise sözleşmeden dönme halinde borçlunun isteyebileceği olumsuz zarara ilişkin tazminatın ancak alacaklının ifaya katılma borcu bulunan haller bakımından söz konusu olabileceğini ifade etmiştir³⁸.

³⁵ Sözleşmeden dönmede talep edilebilecek tazminatın kapsamını, çoğu zaman düşük miktarda kalan olumsuz zararlar sınırlamanın taraf menfaatlerine ve somut olay adaletine uygun düşmeyeceği gerekçesiyle doktrinde bazı yazarlar olumlu zararın tazminine imkan tanınması gerektiği görüşündedirler. Bkz.: *Kocayusufoğlu/Serozan/Arpacı*, §16, N.14 vd.; §17, N.19 vd.; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, s.589 vd.; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.970-971; *Weber*, Art.109, Rn.24; 84. Bu görüşte haklılık payı olsa da, ancak *de lege ferenda* savunulabileceği hakkında bkz.: *Mehmet Serkan Ergüne*, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.260 vd.

³⁶ *Vedat Buz*, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.240 vd.; *Ergüne*, s.256 vd.; *von Tuhr/Escher*, s.156; *Oğuzman/Öz*, N. 1705; *Eren*, Genel Hükümler, N.3512; *Nomer*, N.201 vd.; *Wolfgang Wiegand*, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 109 OR N 8.

³⁷ *von Tuhr/Escher*, s.84; *Schraner*, Art.95 OR N 18; *Weber*, Art.95 OR, N 17; *Eren*, Genel Hükümler, N.3222; *Koç*, s.273; *Schwenzer*, N.70.18. Hükümün tarihi yorumu ile lafzi yorumunda bir açıklık olmasa da, hem amaçsal hem de sistematik yorumundan çıkan sonuç gereği en azından olumsuz zararın tazminine imkan tanınması gerektiği yönünde bkz.: *Staubert*, N.586-587.

von Tuhr/Escher (s.84) özellikle eser sözleşmesinde iş sahibinin temerrüdü yüzünden eseri tamamlamayamayan ve sözleşmeden dönme hakkını kullanan yüklenicinin menfaatlerini koruyabilmek için olumsuz zararın tazmin edilebilmesi gerektiğini savunmuş ve burada istenebilecek zararın kapsamının büyük ölçüde TBK m.485 /Art.378 OR uyarınca iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla eserin tamamlanması imkansızlaştığında yüklenicinin isteyebileceği yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen giderler ile örtüştüğünü ifade etmiştir. *Eren* (Genel Hükümler, N.3222) ise dönme ile birlikte olumsuz zararın tazminine imkan tanınması görüşünü ayrıca iş sahibinin kusuru ile ifanın imkansızlaşmasını düzenleyen TBK m.485/II’ye dayandırmaktadır. Kanaatimizce, eser sözleşmesine dair söz konusu hükmün birinci fıkrasında eserin tamamlanmasına kadar yapılan işin değeri ile bu değere girmeyen giderlerin istenebileceği ifade edildiğine göre, artık ikinci fıkrada olumsuz zararın değil; ifa menfaatinin bir görünümü olan, fakat karşı edim alacağı ile sınırlı tutarda olumlu zararın tazmini hedeflenmiş olmak gerekir.

³⁸ *Oğuzman/Öz*, N.1186.

2. Sözleşmeden Dönme İle Birlikte Olumlu Zararın Tazminine İmkan Tanıyan Görüş

İsviçre hukukunda *Keller/Schöbi* sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini talep edebileceğini savunmuşlardır³⁹. Yazarlara göre olumsuz zararın tazmini TBK m.110 (Art.95 OR)'un atf yaptığı borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m.125/f.3 (Art.109/II OR) hükmünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararın tazmininin öngörülmesi olmasına dayandırılabilirse de, bu hükümde alacaklının kendisine tanınan seçimlik hakkı kullanarak sözleşmeden döndüğü ve böylece sözleşmeyi sona erdirdiği gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Alacaklı temerrüdünde ise sözleşmeden dönme, sözleşmeyi ayakta tutmak ile sona erdirmek arasında bir seçim hakkına sahip olmayan borçlunun elindeki tek imkandır. Borçluyu dezavantajlı bir duruma sokan bu halin önlenememesi için ona olumlu zararının tazminini talep etme hakkı tanınmalıdır⁴⁰. Karşı edim alacağını yitirmemek için borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanmaması ise, bu hallerde tevdi veya satış yollarına başvurmak da mümkün olmadığı için, alacaklının tutumu yüzünden borçlunun borcundan kurtulamaması sonucuna yol açar.

Nitekim *Koller* de sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini isteyebileceğini savunmakta; fakat bunu olumsuz zararın tazminine alternatif olarak ele almaktadır. Diğer bir deyişle, borçluya olumlu zarar ile olumsuz zararın tazminini isteyebilmek bakımından bir seçim hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır⁴¹.

Stauber ise TBK m.110 (Art.95 OR)'un yorumundan sözleşmeden dönen borçluya sadece olumsuz zararı için tazminat isteme imkanı tanındığı sonucuna varılabileceğini; olumlu zararın tazmini bakımından ise, kanun koyucunun bilinçli olarak sessiz kaldığını ifade ettikten sonra⁴², bu hususta kanunda gerçek olmayan bir boşluk bulunup bulunmadığını incelemiştir⁴³. Yazara göre kanun amaca göre yorumlandığında, borçluya olumsuz zararın ibaret bir tazminat hakkı tanımak, özellikle borçlunun karşı edim alacağını koruyabilmek açısından yeterli değildir ve sözleşmeden dönen borçlunun karşı edim menfaatini yitirmesinden dolayı uğradığı kayıp ancak olumlu zarar türünde bir tazminat alacağı ile giderilebilir. Borçlunun tazminat talebi sadece olumsuz zarar ile sınırlandırıldığı takdirde ise, ifaya katılmaktan kaçınan alacaklı, borçluyu zamanaşımı süresi dolana kadar her an kendisi tarafından yöneltilecek ifa talebine karşı hazırlıklı bulunmak veya karşı edim alacağını yitirmeyi göze alarak sözleşmeden dönme arasında bir seçim yapmaya zorlanmış olurdu. Halbuki borçlu olayların çoğunda bu kadar uzun süre alacaklının her an ifa talebinde bulunarak kendisini temerrüde düşürebileceği sözleşme ile bağlı olmak istemez. Borçlu sözleşme bağından kurtulmak için dönme hakkını kullandığında, alacaklının da karşı edim bor-

³⁹ *Keller/Schöbi*, s.294.

⁴⁰ Aynı gerekçeye satım sözleşmesinde tam zapt halinde sözleşmenin hükümsüz kalması ile ayıplı ifada alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı hallerde de rastlıyoruz. Tam zapt halinde sözleşmenin ortadan kalkması halinde alıcının talep edebileceği zararın olumsuz zarar ile sınırlandırılmaması gerektiği, burada borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme halinde yalnızca olumsuz zararın tazminini öngören hükme kıyasen zararın olumsuz zarar ile sınırlandırılmasının haklı sayılmayacağı, çünkü borçlu temerrüdünden farklı olarak burada alacaklıya sözleşmeyi ayakta tutup ifa yerine olumlu zararın tazmini ile sözleşmeden dönüp olumsuz zararın tazminini isteme arasında serbest bir seçim hakkı tanınmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle tam zapt ve ayıp halinde borçlu kusurlu ise alacaklının ayrıca olumlu zararı için tazminat talep edebilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz.: **Max Keller/Thomas Lörtscher**, Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Zürich 1986, s.86.

⁴¹ *Koller*, N.56.95.

⁴² *Stauber*, N.588.

⁴³ *Stauber*, N.589 vd.

cundan kurtulabilmesi ise adalet duygusunu zedeleyeceği gibi mevcut hukuk düzenince de kabul edilemez. Bu gerekçelerle alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmini bakımından düzeltilmesi gereken gerçek olmayan bir boşluğun varlığı kabul edilmelidir⁴⁴. Belirtmek gerekir ki *Stauber* de sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminini, olumsuz zararın tazmininin istenmesine alternatif olarak kabul etmekte; diğer bir deyişle sözleşmeden dönme ile birlikte talep edilebilecek tazminatın olumsuz zararla sınırlandırılmaması gerektiğini ve borçluya olumsuz zararı ile olumlu zararının tazminini istemek bakımından bir seçim hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁵.

Türk hukukunda *Hatemi/Gökyayla* da alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönen ve bu nedenle tevdiye elverişli borçlardan farklı olarak karşı edimini isteyemeyen borçluya tazminat hakkı tanımamanın, sözleşme adaleti ilkesine uygun olmayacağını; bu nedenle “dönme” seçeneğinin haklı olarak kullanıldığı durumlarda sözleşmeye dayanarak tazminat istenebilmesine imkan tanınmasını ve bu talebin olumsuz zararın tazmini ile sınırlandırılmaması gerektiğini savunmuştur⁴⁶.

Alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini isteyebileceğini savunan bazı yazarlar, buradaki tazminatın hesaplanmasında özel bir yonteme başvurmuşlardır⁴⁷. Şöyle ki; kural olarak hiç ifa etmeme veya kötü ifa hallerinde alacaklıya tanınan ifa menfaatini karşılayan olumlu zararın tazmini ile alacaklının malvarlığı, borçlu borcu gereği gibi ifa etmiş olsaydı ne durumda olacak idiye o duruma getirilir. Buna karşılık borçlunun sözleşmeden dönmesine yol açan alacaklı temerrüdü, borçluya alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmesine yönelik ifa davası açma hakkı verdiği için, borçlu alacaklı temerrüdü gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı duruma getirilmesini, örneğin gelecekte kaçırdığı sözleşme yapma fırsatları yüzünden doğan zararının tazminini isteyemez⁴⁸. Burada borçlu ancak alacaklı karşı edim borcunu gereği gibi ifa etseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma yeniden sokulmasını karşılayan bir tazminat talep edebilmelidir⁴⁹. Bu açıdan başlıca zarar kalemi karşı edimin değeridir; fakat bundan borçlunun kendi edim yükümlülüğünün sona ermesi sonucunda yapmaktan kurtulduğu masraflar ve emeğini başka şekilde sarf ederek elde ettiği veya elde etmekten kasıtlı olarak kaçındığı yararlar düşürülmelidir. Böylece alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararı sınırlandırılmış olmaktadır⁵⁰.

3. Borçlu Temerrüdündeki Seçimlik Hakların Borçluya Tanınması Gerektiğini Savunan Görüş

Bu görüşü ilk olarak ortaya atan *Bucher*'e göre, TBK m.110 (OR Art.95) kapsamına giren hallerde sözleşmenin ifasını engelleyen alacaklı, borcunu ifa etmeyen borçlu gibi kabul edilerek, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmeye ilişkin hüküm yanında ayrıca borca aykırılığa ilişkin genel hükümler (TBK m.112 vd.; OR Art.97 vd.) uygulanmalıdır. Alacaklı temerrüdü nedeniyle borçlunun sözleşmeden dönebileceğini ifade eden hükümde

⁴⁴ *Stauber*, N.597.

⁴⁵ *Stauber*, N.578.

⁴⁶ *Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla*, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Bası, İstanbul 2015, N.21, s.250.

⁴⁷ *Koller*, N.56.95; *Stauber*, N.608.

⁴⁸ *Stauber*, N.606.

⁴⁹ *Stauber*, N.607.

⁵⁰ *Koller*, N.56.95; *Stauber*, N.608.

(TBK m.110; Art.95 OR) “dönme” kavramına yer verilmişse de, TBK m.125/II (Art. 107/II OR) anlamında sözleşme bağından kurtulma (*Abgehen vom Vertrag*) da bu kapsamdadır; diğer bir ifadeyle ifanın gerçekleşmesini engelleyen alacaklıya karşı borçlu (fark teorisinin uygulanması sayesinde) sözleşme ayakta iken kendi edimini yerine getirmekten kaçınıp ifa menfaatini talep edebilmelidir⁵¹.

Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger de bu görüşü takip ederek alacaklı temerrüdü hükümlerinde yer verilen “dönme” (*Rücktritt*) kavramının teknik anlamda kullanılmadığını; hükümde borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan genel atf uyarınca borçluya ya sözleşmeden dönme ya da sözleşmeyi ayakta tutup kendi edimini yerine getirmekten kaçınarak fark teorisinin uygulanması ile ifa menfaatini talep etme ve sözleşmeden kurtulma hakkı tanındığını savunmaktadır⁵². Bu bakımdan alacaklı temerrüdü yüzünden borçlu sözleşmeden döndüğünde, kusurlu alacaklıdan dönme ile birlikte olumsuz zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Ayrıca borçluya TBK m.110 (Art.95 OR)’un lafzının ötesinde TBK m.125/II (Art.107/II OR)’ye kıyasen seçimlik haklar tanındığında borçlunun ifa menfaatini karşılayan olumlu zararının tazminini isteyebilmesi de mümkün hale gelir⁵³.

Türk hukukunda ise *Feyzioğlu* TBK. m. 110’un borçlu temerrüdüne yaptığı atfı esas alarak, alacaklı temerrüdüde borçlunun sözleşmeden dönerek olumsuz zararını talep edebileceğini, fakat dilerse bunun yerine karşı edimi elde edemeyişi ile meydana gelen olumlu zararının tazminini de isteyebileceği görüşünü benimsemiştir⁵⁴.

Alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen borçlunun olumlu zararının tazminini isteyebileceğini savunan görüşlerin aksine burada borçluya seçimlik olarak sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararının ya da sözleşmeyi ayakta tutup ifa yerine olumlu zararının tazminini isteme imkanı tanınmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkını kullanan borçlu sadece olumsuz zararının tazmini ile yetinecektir; olumlu zararın tazminini isteyebilmesi ise ancak diğer seçimlik hakkını kullanmasına bağlıdır.

III. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN 3 MART 2016 TARİHLİ KARARI (4A_446/2015)⁵⁵

Karara konu olayda, X anonim şirketi, Y anonim şirketinden 62.500 Fr. karşılığında bir bilgisayar programı satın almıştı. Y şirketinin ayrıca bilgisayar programını kurmayı ve X şirketinin personeline 3 günlük bir eğitim vermeyi de üstlendiği sözleşmede, taraflar bilgisayar programında bulunan veya sonradan ortaya çıkacak ayıplar için, X şirketine onarım hakkı (*Nachbesserungsrecht*) tanınacağını kararlaştırmıştı⁵⁶. X şirketi 23.09.2010 tarihinde

⁵¹ *Bucher*, s.326.

⁵² *Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger*, N. 2462.

⁵³ *Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger*, N.2465.

⁵⁴ *Feyzioğlu*, s.158.

⁵⁵ Kararın Almanca özeti ve değerlendirmesi için bkz.: **Alfred Koller**, Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_446/2015 vom 3. März 2016, X. AG gegen Y. SA, Zeitpunkt des Leistungsverzichts (Art.107 Abs.2 OR) im Falle einer definitiven Leistungsverweigerung des Schuldners (Art.108 Ziff.1 OR). Leistungsverzicht eines Dienstleistungsschuldners wegen Mitwirkungsverzugs (Art.91 OR) des Gläubigers: Haftungsfolgen (Art.95 OR i.V.m. Art.107 f. OR), AJP 2018 S. 912-915.

⁵⁶ TBK m.227/f.1/b.3’ten farklı olarak OR Art.205-206 hükümlerinde satıcının ayıplı ifasında alıcıya seçimlik haklardan sadece sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedel indirimi ve ayıpsız benzeri ile değiştirme hakları tanınmış; ücretsiz onarım hakkı ise kanundan doğan bir seçimlik hak olarak düzenlenmemiştir. Buna karşılık İsviçre doktrininde ve içtihatlarında tarafların anlaşma ile ayıplı ifade alıcının ücretsiz onarım isteyebileceğini kararlaştırabilmelerine imkan tanınmaktadır. Bkz.: **Markus**

teslim edilen bilgisayar programında, ertesi gün ayıp tespit etmiş ve bu ayıbın giderilmesine yönelik talepte bulunmuştu. Bunun üzerine Y şirketi, 12.10.2010 tarihinde X şirketine bilgisayar programının iyileştirilmesi ve onarımı için uğraştıklarını bildirerek, ayıp giderilene kadar X şirketine ait eski sürüm bilgisayar programlarının kullanılmasını istemiştir. Fakat X şirketi, Y şirketinin bilgisayar programını iyileştirme işlemlerini gerçekleştirebilmesi için hazır bulunmadığı ve yapılan hiçbir çağrıya cevap vermediği gibi, 20.01.2012 tarihinde Y şirketine yaptığı bildirimle sözleşmeden dönme istediğini beyan etmiştir. Y şirketi ise 02.03.2012 tarihinde X şirketine sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce onarımı talep etmesi gerektiği için sözleşmeyi sona erdirmeye beyanını kabul etmediğine, bilgisayar programının 14 gün içerisinde onarılarak çalışır duruma getirilebileceğine ilişkin bir bildirimde bulunmuştur. X şirketi bu süre içerisinde de pasif kalarak üzerine düşen fiilleri yerine getirmemiş; Y şirketi ise 12.04.2012 tarihinde TBK m.125/II (Art. 107/II OR) uyarınca ifadan vazgeçerek X şirketinden olumlu zararının tazmin edilmesini istemiştir.

Kanton Mahkemesi, X şirketinin eser ve satış sözleşmelerindeki ayıba ilişkin hükümler çerçevesinde⁵⁷ kendisine tanınan seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkını kullandığı gerekçesiyle Y şirketinin bu talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Y şirketi, mahkemenin verdiği kararı İsviçre Federal Mahkemesi'nde temyize götürmüştür. Federal Mahkeme ise Kanton Mahkemesinin aksine, davada Y şirketini haklı bulmuştur.

Kanunda onarım hakkının seçimlik hak olarak düzenlenmediğini, yine de tarafların sözleşme ile bunu kararlaştırabileceklerini vurguladıktan sonra Federal Mahkeme, uyumsuzluk konusu olayda taraflar böyle bir anlaşma yaptıkları için satıcının onarımı gerçekleştirmekle yükümlü olduğunu; fakat alıcının da yapılan bu anlaşma ile bağlı olduğunu ve bu nedenle onarımı istemeden sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını ifade etmiştir. Sonrasında Mahkeme satıcının onarım borcunu ifa edebilmesi için alıcının üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmeyerek alacaklı temerrüdüne düştüğünü ve verme borcu dışında bir edim söz konusu olduğu için tevdi veya satış imkanlarına başvuramayan satıcının elindeki imkanın, TBK m.123 (OR Art.107) vd.'ndaki şartları yerine getirerek alıcı ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirmek olduğu hususlarını tespit etmiştir⁵⁸.

TBK m.124 (Art.108 OR)'teki sebeplerden biri yoksa alıcıya üzerine düşen fiilleri yerine getirmesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir; bu süreye riayet edilmediğinde ise borçlu aynen ifayı istemediğini derhal alacaklıya bildirmek zorundadır. Karara konu olayda, satıcı yazılımlı onarabilmesine imkan tanınması için alıcıya 14 günlük bir süre vermiş; alıcının bu süreye de uymaması üzerine ifadan vazgeçip olumlu zararının karşılanmasını talep etmişti; ihtilaf konusu olan mesele ise ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini isteyen borçlunun uygun süre sonunda derhal bildirim şartına uyup uymadığı idi. Çünkü X şirketi, Y şirketinin olumlu zararın talep edilebilmesi için gerekli olan "hemen bildirme" koşuluna uymadığını, zira Y şirketinin Mart ayının ortalarında yapması gereken bu bildirim Nisan ayında yerine getirdiğini iddia ederek itiraz etmişti. Federal Mahkeme ise satıcının bu hakkını kullanmak istediğini geç bildirmesinin X şirketinin aleyhine bir durum yaratmadığı

Müller-Chen, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184 - 318 OR), 3. Aufl., Zürich, 2016, Art.205, N.18; **Koller**, AJP, s.913.

⁵⁷ Somut olayda satım, eser ve vekâlet sözleşmelerine ait unsurların bir arada bulunduğu isimsiz bir sözleşme söz konusudur; fakat eldeki uyumsuzluğa satış sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümler uygulanabilir. Bkz.: **Koller**, AJP, s.912-913.

⁵⁸ 4A_446/2015, E.3.5.1.

gerekçesi ile bu itirazı reddetmiş ve Y şirketinin ifadan vazgeçip kusuruyla temerrüde düşen X şirketinden, olumlu zararının tazminini talep edebileceğine hükmetmiştir⁵⁹.

Alacaklı ifaya hazırlık fiillerini kendisine verilen uygun süre içerisinde de yerine getirmedeği takdirde borçlunun süre sonunda derhal bildirimde bulunarak ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini istemesine imkan tanıyan Federal Mahkeme böylece kanunda borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfı, seçimlik hakların tamamına yapılmış bir atf olarak nitelendirmiş gözükmektedir⁶⁰. Nitekim kararda kanun koyucunun Art.95 OR (TBK m.110)'da Art.107 OR (TBK m.123) vd. hükümlerine atf yapmak suretiyle alacaklının külfet niteliğindeki ifaya katılma fiillerini yerine getirmemesini bir borca aykırılık gibi yaptırma bağlamak istediği⁶¹ ifade edilmiştir.

Federal Mahkeme borçlunun olumlu zararının tazminine imkan tanımış olmakla birlikte, temyiz incelemesine dahil olmadığı için ayrıca bu zararın miktarı veya kapsamını hesaplamamış; bu hususu kararı bozarak geri gönderdiği Kanton Mahkemesine bırakmıştır⁶². Dolayısıyla mahkemenin olumlu zarar kapsamında hangi kalemlerin tazminine hükmedeceği hususu açık kalmıştır.

IV. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Borç ister tek tarafa ister iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden veya haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı bir kaynaktan doğmuş olsun, borçlunun her zaman borçlanılan edimi yerine getirerek borcundan kurtulmaya yönelik menfaati bulunmaktadır⁶³. Alacaklı temerrüdünde ise borcunu ifaya hazır bir borçlunun alacaklının direnmesi yüzünden borcunu ifa edememesi ve bu nedenle borçlu kalmaya devam etmesi hali söz konusudur. Karşılıklı sözleşmelerde borçlunun borcundan kurtulma menfaati dışında bir de karşı edimi elde etme menfaati bulunmaktadır.

Verme borçlarında borçlu kural olarak tevdi veya satma hakkına başvurarak borcundan kurtulurken, sözleşme ile birlikte karşı edim alacağı da varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla borçlu söz konusu alacağını talep ve dava edebilir; böylece borçlunun hem borcundan kurtulma hem de karşı edim alacağına kavuşma menfaati korunmuş olur⁶⁴.

Alacaklı temerrüdünde borçluya tanınan tevdi ve satma hakkına başvurmanın edimin niteliği bakımından elverişli olmadığı hallerde ise kanun borçluya sadece sözleşmeden dönmek suretiyle borcundan kurtulma imkanı tanımıştır. Borcundan kurtulmak isteyen borçlu elindeki tek imkan olan sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, sözleşmeden

⁵⁹ 4A_446/2015, E.3.6. **Koller**'e (AJP, s.915) göre ise somut olay bakımından bildirimde bulunmak için 1 aylık süre makul değildir ve bu nedenle satıcı derhal bildirim şartını yerine getirmiş kabul edilemez; fakat yine de ifaya katılma fiillerini kesin olarak yerine getirmekten kaçınan alıcının tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıldığı (TBK m.124/ OR Art.108) için satıcının ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini istediğini derhal bildirmemiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

⁶⁰ **Koller**'e (AJP, s.915) göre mahkemenin değerlendirmesinden iş görme edimi borçlusuna sözleşmenin ifasından vazgeçip, kusuruyla temerrüde düşen alacaklıdan olumlu zararının tazminini isteme imkanı tanındığı çıkarımında bulunulabilir; fakat olumlu zararın yerine olumsuz zararının tazminini talep edip edemeyeceğine ilişkin olarak kararda bir açıklık bulunmamaktadır.

⁶¹ 4A_446/2015, E.3.3.2.

⁶² 4A_446/2015, E.3.6.

⁶³ İfa borcu sona erdirerek borçluyu borçtan kurtardığı için borçlunun borçlanılan edimi ifada menfaati olduğuna ilişkin olarak bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3173.

⁶⁴ **Koç**, s.274.

doğın karşılıklı edimler sona ereceğinden alacaklıya karşı sahip olduğu karşı edim alacağını yitirmiş olacaktır⁶⁵. Şayet borçlu karşı edim alacağını muhafaza etmek istiyorsa, dönme hakkını kullanmayabilir⁶⁶; fakat bu sefer de borçlu kalmaya devam edecektir⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki, alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen borçlunun borçtan kurtulma menfaati ile aynı anda karşı edim alacağına kavuşma menfaati kendisine bu menfaati karşılayacak bir tazminat hakkı tanınması ile korunabilir. Fakat borçlunun tazminat talep edebilmesinin önündeki başlıca engel, alacaklının ifaya katılma fiillerinin doktrindeki hakim anlayış uyarınca bir borç değil, külfet olarak nitelendirilmesidir. Modern doktrinde alacaklının ifaya katılmasını külfet olarak nitelendiren anlayışa yöneltilen gerekçeler tümüyle haksız değildir. Ayrıca alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönebilmek için kanunun borçlu temerrüdü hükümlerine yaptığı atf esas alınarak bu hal ile sınırlı olarak “külfet ihlali”ne borca aykırılığa özgü sonuçların bağlanabileceği; özellikle karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlunun karşı edim menfaatinin korunabilmesi bakımından alacaklı temerrüdünün borçlunun hukuki durumunu iyileştirmese bile, olumsuz bir duruma da getirmemesi gerektiği gerekçeleri kanaatimizce de yerindedir⁶⁸.

Alacaklıdan tazminat talep edilebilmesinin önündeki engel prensipte bu şekilde aşıldığı takdirde ortaya çıkan diğer bir sorun ise sözleşmeden dönme ile birlikte talep edilebilecek tazminatın türüne ilişkindir. Hemen belirtmek gerekir ki, borçlunun karşı edim menfaati ancak kapsamı bu menfaatle sınırlı tutulacak bir olumlu zararın tazmini ile korunabilir; bu bağlamda olumsuz zarar borçlunun ihtiyaç duyduğu yeterli korumayı sağlamaz. Ancak hakim görüş uyarınca sözleşmeden dönme ile birlikte sadece olumsuz zararın tazmini talep edilebilir; ifa menfaatini karşılayan olumlu zarar ise istenemez⁶⁹.

Alacaklı temerrüdünde borçluya, borçlu temerrüdündeki seçimlik hakların tanınması gerektiğini savunan görüş kabul edildiğinde ise bu engel aşılabilmektedir. Şöyle ki; kanun koyucunun alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme imkanı öngörmesinin nedeni, borçluya edim yükümlülüğünden kurtulma imkanı sağlamaktır. TBK m.110 (Art.95 OR)’daki atfın TBK m.125/II (Art. 107/II OR)’de öngörülen seçimlik hakları da kapsadığı kabul edildiği takdirde, günümüz öğretisinde ifa yerine geçen olumlu zararın hesaplanmasında benimsenen fark teorisi sayesinde, borçluya sözleşmeden dönme dışında dilerse sözleşmeyi ayakta tutup karşı edim alacağından vazgeçme ve aynı zamanda kendi edimini de yerine getirmekten kurtulma imkanı tanınmış olmaktadır. Böylece ifadan vazgeçip fark teorisi uyarınca olumlu zararının tazminini isteyen borçlu, sözleşmeden dönmeye olduğu gibi

⁶⁵ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, § 12, N. 10. Krş.: **Weller**, s.507. Borçlu daha önce karşı edimini elde etmişse dönme halinde bu edimi iade ile yükümlü olacaktır. Bkz.: **Koç**, s.270 vd.

⁶⁶ Kanunda borçtan kurtulmak için tanınmış olan imkanlar borçluya verilmiş bir yetki niteliğindedir; dolayısıyla borçlu bu yetkiye başvurup başvurmamakta serbesttir. Bkz.: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.843.

⁶⁷ Alman Federal Mahkemesi de bir kararında § 643 BGB kapsamında iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde fesih hakkını kullanan yüklenicinin karşı edim alacağını kaybetmesi sorununa işaret etmiştir. Bkz.: **Weller**, s.507, dn.292’de gösterilen karar.

⁶⁸ Alman hukukunda da eser sözleşmesi özelinde ifaya katılma fiilleri borç olarak nitelendirilmese ve bunun sonucu olarak yüklenicinin sözleşmenin ifasına yönelik bir talep hakkının varlığı reddedilse bile, kusurlu olarak eserin meydana getirilmesi için üzerine düşen katılım fiillerini yerine getirmeyen yüklenicinin karşı edim menfaatinin korunması gerektiğine ilişkin olarak hem içtihatlarla hem de doktrinde görüş birliği bulunduğuna dikkat çekilmiştir. Bkz.: **Fritz Nicklisch**, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertragsbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag, Betriebs-Berater (1979), Heft 11, s.535.

⁶⁹ Bkz.: dn.35.

kendi edim yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Yine de belirtmek gerekir ki, borçluya seçimlik hakların tanınması, edim yükümlülüklerinin sona ermesi bakımından değil; istenebilecek tazminatın türü açısından önem taşımaktadır⁷⁰. Şöyle ki, sözleşmeden dönme ile birlikte sadece olumsuz zararının tazminini isteyebilecek olan borçlu diğer seçimlik hakkı kullandığında, yani ifadan vazgeçtiğinde olumlu zararının tazminini isteyebilmektedir.

Fakat alacaklı temerrüdü hükümlerinde sözleşmeden dönme için borçlu temerrüdü hükümlerine yapılan atfın, seçimlik hakların tamamına yapılmış genel nitelikli bir atf olduğu öne sürülerek desteklenmeye çalışılan bu görüşün kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır⁷¹. Kaldı ki, fark teorisinin bile esasını kanundan değil; doktrindeki görüşlerden aldığı gerçeği göz önünde bulundurduğunda kanun koyucunun genel bir atf yaptığı ve borçluya bu şekilde alternatif bir borçtan kurtulma imkanı tanımak istediği sonucuna varılamaz. Kanun koyucunun öngörüsüne göre tevdi veya satışa elverişli olmayan edimlerde alacaklı temerrüdünde borçtan kurtulmanın tek yolu, (teknik anlamda) sözleşmeden dönme⁷² hakkının kullanılmasıdır.

Dolayısıyla sorunun çözümü TBK m.110'da öngörülen sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanınıp tanınmayacağı noktasında düşünülmektedir⁷³.

Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zarar için tazminat talep edilip edilemeyeceği meselesi, özellikle borçlu temerrüdü bakımından doktrinde yoğun tartışmalara yol açmıştır.

Bir görüş sözleşmeden dönme ile olumlu zararın istenemeyeceği düşüncesinin aşılması gereken bir dogmadan ibaret olduğunu ileri sürmektedir. Nitekim borçlu temerrüdünde alacaklı, kendi edimini henüz yerine getirmemişse, fark teorisi uyarınca olumlu zararını talep edebilir; alacaklı bu sayede kendi edim yükümlülüğünden de kurtulduğu için, sözleşmeden dönme ile olumlu zarar "filen" bir arada bulunabilmektedir. Fark teorisinin uygulanması dolaylı olarak sözleşmeden dönme ile benzer sonuca yol açtığı halde, yine de alacaklı olumlu zararının tazminini isteyebildiğine göre, sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine de karşı çıkılmaması gerekir⁷⁴.

Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin istenmesi önünde teorik bir engel bulunmadığı ve bu ikisi birbiriyle bağdaşmaz nitelikte olmadığı halde⁷⁵, hakim görüş uyarınca sözleşmeden dönen alacaklı sadece olumsuz zararını talep edebilir; olumlu zararının tazminini istediği takdirde ise sözleşmeden dönme yerine diğer seçimlik hakkını kullanması gerekir. Bu anlayış doğrultusunda kusurlu borçluya karşı ifa yerine tazminat isteme hakkından yararlanmayarak sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklı, yaptığı bu seçimin sonuçlarına katlanmalı ve olumsuz zararının tazminiyle yetinmelidir⁷⁶.

Fark teorisinin uygulanması her ne kadar sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmin edilmesine benzer sonuçlara yol açsa da, ifadan vazgeçip olumlu zararın taz-

⁷⁰ **Stauber**, N.534.

⁷¹ TBK m.110 (OR Art.95) hükmünün seçimlik hakların borçluya tanındığına dair bir yoruma elverişli olup olmadığı değerlendirilmiş (**Stauber**, N.529 vd.) ve sonuç olarak buna olumsuz cevap verilmiştir. Bkz.: **Stauber**, N.538.

⁷² TBK m.110 (OR Art.95)'ün lafzi yorumu bakımından teknik anlamda sözleşmeden dönme kavramının kullanıldığı hususunda bir tereddüt yoktur. Bkz.: **Stauber**, N.529.

⁷³ Benzer yönde bkz.: **Stauber**, N.534.

⁷⁴ Bkz.: **Rona Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 592; **Stauber**, N.595 ve N.598.

⁷⁵ Nitekim Alman hukukunda olduğu gibi (BGB 325) ulusal hukukların birçoğunda, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklıya, kusurlu borçludan olumlu zararını isteme hakkı tanınmıştır. Çeşitli hukuk sistemlerinde kabul edilen düzenlemeler için bkz.: **Ergüne**, s. 261.

⁷⁶ İsviçre Federal mahkemesi ile Yargıtay'ın bu anlayışı benimsediğine ilişkin olarak bkz.: **Ergüne**, s.258-259.

minini talep hakkı kanunda bağımsız bir seçimlik hak olarak düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine izin verilirse, TBK m.125'te alacaklıya tanınan seçimlik hakların sayısında bir azalma olur; diğer bir deyişle, alacaklının fark teorisine göre olumlu zararının tazminini talep etmesi ile sözleşmeden dönmesi arasında pratik bakımdan hiçbir fark kalmaz⁷⁷. Bu gerekçelerle, mevcut hukuk (*de lege lata*) açısından sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunan görüşe karşı çıkmıştır⁷⁸.

Alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin talep edilebilmesi bakımından da kanun koyucunun bilinçli susması söz konusudur⁷⁹.

Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme alacaklıya ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini isteme hakkına alternatif bir hak olarak tanınmıştır. Borçlu temerrüdünde bu imkanı varken, sözleşmeden dönme yolunu tercih eden alacaklının olumsuz zararının tazminini istemek ile yetinmesi haklı görülebilir. Zira borçlu temerrüdünde alacaklı, durumunu çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurarak gözden geçirme ve kendisi için en uygun seçeneği tercih etme imkanına sahiptir. Alacaklı temerrüdünde ise, doktrinadaki görüşler ve Federal Mahkemenin bu yönde yorumlanabilecek yukarıda işaret ettiğimiz kararının aksine, borçlu temerrüdündeki seçimlik haklar alacaklı temerrüdünde borçluya tanınmamıştır. Bu nedenle borcundan kurtulmak isteyen borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanmaktan başka başvurabileceği bir yol bulunmamaktadır. Hal böyle olunca borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme ile olumlu zararın tazmininin birlikte istenebilmesine karşı serbest seçim hakkı tanındığına ve sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanındığı takdirde kanunda öngörülen seçimlik hakların sayısında azalma olacağı yönündeki eleştiriler burada geçerli değildir.

Hem alacaklı hem de borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen taraf, kendi edim yükümlülüğünden kurtulmayı hedeflemektedir⁸⁰. Yine de alacaklı temerrüdünde borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkı, borçlu temerrüdünde alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkından fonksiyon itibarıyla farklıdır. Şöyle ki:

Borçlu temerrüdünde karşılıklı edimli sözleşmelerde karşı edime kavuşma menfaati tehlike altında iken kendi edimini yerine getirmek çekilmez olacağı için alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır⁸¹. Bu bakımdan sözleşmeden dönmenin en önemli işlevlerinden birinin, karşılıklı edimler arasında sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ve borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile bozulan fonksiyonel bağlılığı ve dengeyi, sözleşmenin kurulmasından önceki duruma dönülmesi suretiyle yeniden sağlamak olduğu ifade

⁷⁷ **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.265 vd.; özellikle s.268. Bu görüşün haklı olmadığı eleştirisi için bkz.: **Ergüne**, s.266.

⁷⁸ Sözleşmeden dönen alacaklının olumlu zararının tazminini talep edebilmesinin bir “de lege ferenda” öneri niteliği taşımaktan öteye gidemeyeceğini ifade eden **Buz** (Sözleşmeden Dönme, s.268), böyle bir çözüme dahi tereddütle yaklaşmaktadır. **Ergüne** (s.267) ise de lege ferenda bir öneri olarak sözleşmeden dönme halinde alacaklının, olumsuz zararının veya olumlu zararının tazmini talepleri arasında seçimlik bir hakla sahip olmasını ve kendisi bakımından hangisi daha lehte olacak ise o yöndeki menfaatinin giderilmesini talep edebilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu çözümü haklı kılan gerekçeler için bkz.: **Ergüne**, s.260 vd.

⁷⁹ **Stauber**, N.588.

⁸⁰ Borçlu temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının altında yatan başlıca sebep, kendi ediminden kurtulmak ve şartları varsa borçludan tazminat elde etmektir. Bkz.: **Ergüne**, s.264-265.

⁸¹ **Stauber**, N.596.

edilmiştir⁸². Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin temel fonksiyonu, karşılıklı edimli sözleşmelerdeki synallagma ilişkisine dahil edimler bakımından bir anlam ifade ederken; alacaklı temerrüdündeki sözleşmeden dönme imkanı sadece bu nitelikteki sözleşmelerle sınırlandırılmamış, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da borçluya aynı imkan tanınmıştır. Zira tevdi veya satma hakkına başvurmanın mümkün olmadığı edimlerde alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkının amacı ifaya direnen alacaklı karşısında borçlunun borcundan kurtulmasını sağlamaktır.

Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminin istenebilmesine ilişkin *de lege ferenda* çözüm önerisi sadece fark teorisinin uygulanmadığı haller⁸³ bakımından söz konusu olabilir⁸⁴. Alacaklı temerrüdünde ise borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanarak borçlandığı edimden kurtulmak istemesine doğrudan alacaklının davranışı yol açmaktadır. Bu halde borcunu ifaya hazır olan; fakat alacaklının kaçınması yüzünden ifayı gerçekleştiremeyen borçluyu, borçlu kalmaya devam etmek istemediği sözleşmeden döndüğü için karşı edim alacağından mahrum bırakmak daha büyük haksızlığa yol açacaktır⁸⁵. Dolayısıyla borçlu temerrüdündekine nazaran alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönen borçluya olumlu zararının tazmin edilebilmesine imkan veren bir düzenleme daha çok ihtiyaç duyulmaktadır.

Doktrinde sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zarar tazmininin borçlunun menfaatleri açısından yeterli korumayı sağlamadığı gerekçesiyle kanunda gerçek olmayan bir boşluk bulunduğu ve borçlunun olumsuz zarar yerine olumlu zararının tazmini talebine imkan tanımak suretiyle bu boşluğun düzeltilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki, kanundaki boşluğun gerçek olmayan boşluk⁸⁷ olduğu kabul edilse bile doktrindeki hakim görüş, bu tür boşluklar aynı zamanda örtülü boşluk teşkil

⁸² **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.66; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.39-40. Sözleşmeden dönmenin diğer fonksiyonları için bkz.: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.67 vd.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.40 vd.

⁸³ Doktrindeki hakim görüşe göre (ifa imkansızlığında ve) karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde ifa yerine tazminat istendiği takdirde alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki fark göz önünde bulundurularak fark teorisine göre hesaplanmalıdır. Bu görüş için bkz.: **Bucher**, s.380 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.870; **Eren**, Genel Hükümler, N.3497. Buna karşılık başka bir görüş fark teorisinin sadece ifa imkansızlığı halinde uygulanabileceğini; borçlu temerrüdünde ise zararın her iki edim ayrı ele alınarak, zararın sadece ifa edilmeyen edim gözönüne alınarak mübadele (değişim) teorisine göre hesaplanacağını; fark teorisinin uygulanmasını ise kanunun desteklemediğini ileri sürmüştür. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1299. Ayrıca belirtmek gerekir ki, fark teorisinin uygulanabileceğini kabul eden görüşlerde çoğunluk olumlu zararın bu şekilde hesaplanmasını alacaklının kendi edimini henüz yerine getirmemiş olduğu hallerle sınırlandırmakta; kendi edimini önceden yerine getirmiş alacaklının ise fark teorisini yardımıyla verdiklerini geri alarak olumlu zararının isteyebilmesini kabul etmemektedir.

⁸⁴ Fark teorisinin uygulanamayacağı hallerde borçluya sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmin edilememesinin adil olmayacağı gerekçesi ile (*de lege ferenda* bir çözüm önerisi olarak) olumlu zararın talep edilebilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz.: **Ergüne**, s.265-266.

⁸⁵ **Stauber**, N.596.

⁸⁶ **Stauber**, N.597. Borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin istenebilmesi bakımından da kanunda gerçek olmayan boşluğun bulunduğu kabul edilerek bu boşluğun doldurulması gerektiğini ileri süren görüşler bulunmaktadır. Bkz.: **Ergüne**, dn.426'da gösterilen yazarlar.

⁸⁷ Gerçek olmayan boşluklar örtülü boşlukları da kapsamına alan daha geniş bir kavramdır. Kanunda lafzî ile ruhu bağdaşmayan, eşdeğerdeki başka bir hükümle çatışan veya uygulanması dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğuran bir hüküm varsa örtülü boşluk söz konusudur. Buna karşılık kanun hükmünde böyle bir örtülü boşluk bulunmadığı halde, hükümde öngörülen çözüm tarzının beğenil-

etmedikçe, doldurulamayacağı yönündedir⁸⁸. Bu bakımdan alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönen borçlunun karşı edim menfaatini koruma çabası, olumlu zararın tazminine yönelik *de lege ferenda* bir çözüm önerisinde bulunmaktan öteye geçemeyecektir.

B. Sorunun Çözümüne İlişkin Olarak Alacaklı Temerrüdü Hükümleri Dışında Başvurulabilecek Hukuki Çareler

Doktrinde özellikle karşılıklı edimli sözleşmeler bakımından TBK m.110 (Art. 95 OR) hükmünün uygulama alanının oldukça sınırlandırıldığına dikkat çekilmiştir⁸⁹.

Alacaklı temerrüdünde borçlunun borçtan kurtulma ile birlikte karşı edim menfaatinin korunmasına duyulan ihtiyaç ve mevcut hukuk bakımından işaret ettiğimiz sorun da tam olarak karşılıklı edimli sözleşmelerde ortaya çıkmaktadır⁹⁰. Alacaklının karşı edim borcu bakımından borçlu sıfatını taşıdığı bu hallerde, *de lege ferenda* bir çözüm arayışına girilmesine dahi gerek kalmayabilir. Bu nedenle aşağıda önce alacaklı temerrüdü hükümleri devreye sokulmaksızın borçlunun her iki menfaatinin korunmasını sağlayabilecek başka hukuki çareleri inceleyeceğiz. Böylece meselenin en azından *de lege ferenda* bir öneri getirilerek sadece alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde çözülmek zorunda olduğu halleri de tespit etmiş olacağız.

1. Alacaklı Karşı Edim Borcuna Aykırı Davranmışsa

Karşılıklı edimli sözleşmelerde karşı edim bakımından aynı zamanda borçlu sıfatını taşıyan alacaklı⁹¹, hem alacaklı temerrüdüne düşmüş hem de karşı edim borcuna aykırı davranmış olabilir. Hatta karşılıklı sözleşmelerde karşı tarafın edimini kabul etme-

memesi, ihtiyaçlara uygun görülmemesi, tatminkar bulunmaması halinde yine de gerçek olmayan boşluğun varlığından söz edilir. Bkz.: **Seyfullah Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara 1997, s.134; **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018, N.341 ve N.343. Aslında kanunun boşluğunu değil, kanunun sakatlığını veya yetersizliğini ifade eden gerçek olmayan boşluğu karşılamak için kanun boşluğu kavramının kullanılması eleştirilmiştir. Bkz.: **Oğuzman/Barlas**, N.342.

⁸⁸ Kanun koyucunun hatası veya sonradan ortaya çıkan teknik yahut sosyal gelişmeler nedeniyle artık tatmin edici olmayan bir hükmün uygulanmasını istemek hakkını kötüye kullanılması anlamı taşıyorsa, hakim, TMK m.2/II'yi gerekçe göstererek söz konusu hükmü uygulamaktan imtina edecek ve ortaya çıkan örtülü kanun boşluğunu MK m.1'e göre kendisi doldurabilecektir. Ancak böyle bir durum söz konusu olmadıkça, kanunda yer alan ve tatmin edici görülmeyen bir hükmü düzeltmeye veya değiştirmeye yetkili olan hakim değil; kanun koyucudur. Bkz.: **Oğuzman/Barlas**, N.344; **Edis**, s.134. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin de TMK m.2/II kapsamına giren haller dışında gerçek olmayan boşluğun tanımlanmasına imkan tanımadığı ifade edilmiştir. Bkz.: **Antalya**, s.250.

⁸⁹ Özellikle borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilen hallerde alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulama alanının daraldığına işaret eden yazarlar için bkz.: **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N.2464; **Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey**, § 33, Rn.16; **Staubert**, N.590. **Bernet**, Art.95, N.1. Bunun dışında ayrıca bazı sözleşme tipleri bakımından kanunun alacaklı temerrüdüne ilişkin öngördüğü özel hükümlerin de böyle bir sınırlandırmaya yol açtığı hakkında bkz.: **Keller/Schöbi**, s.295.

⁹⁰ Alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da tanınmıştır. Fakat burada karşı edim alacağı söz konusu olmadığı için böyle bir sorun ile karşılaşmamaktadır.

⁹¹ Karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu ve alacaklı kavramlarında yaratılabilecek olası bir karşıklığı önlemek adına "alacaklı" sıfatını yalnızca alacaklı temerrüdüne yol açan edimin alacaklısı bakımından kullanacağız

yen kimsenin, kendi edimini de ifaya hazır olmadığı⁹² ve alacaklı temerrüdüne düşen alacaklının çoğu kez aynı anda borçlu temerrüdüne düşeceği ifade edilmiştir⁹³.

Alacaklı borçluya karşı ifa ile yükümlü olduğu karşı edim borcu bakımından borçlu temerrüdüne düştüğünde borçlu, (alacaklı sıfatıyla) karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde alacaklıya tanınan seçimlik hakları kullanabilecektir⁹⁴. Borçlu seçimlik haklardan ifa yerine olumlu zararın tazminini istediği takdirde, hakim görüşün tazminatın hesaplanmasında kabul ettiği fark teorisi⁹⁵ uyarınca, hem kendi borcundan kurtulacak hem de karşı edim menfaatinin korunmasına hizmet eden olumlu zararının tazminini talep edebilecektir.

Borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmek için öncelikle borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan en önemlisi de borcun muaccel hale gelmiş olmasıdır⁹⁶. Borçlunun karşı edim alacağı daha önce muaccel olmuşsa veya karşılıklı edimler bakımından aynı anda ifa prensibinin geçerli olduğu bir hal söz konusu ise, doğrudan borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır⁹⁷.

Borçlunun önce ifa ile yükümlü olduğu haller⁹⁸ ise bu bakımdan özellik arz eder. Önce ifa yükümlülüğü iki anlam taşıyabilir⁹⁹: (1) karşılıklı edimlerin muacceliyeti bakımından sadece zamansal bir öncelik-sonralık ilişkisi vardır (*unbeständige Vorleistungspflicht*) veya (2) borçlunun karşı edim alacağının muaccel olabilmesi önce kendisinin borçlandığı edimi ifa etmesi şartına bağlanmıştır (*beständige Vorleistungspflicht*).

⁹² **Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey**, § 33, Rn.16; **Koller**, N.56.27.

⁹³ **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, N.2464; **Stauber**, N.590; **Bernet**, Art.95, N.1; **Keller/Schöbi**, s.295; **Schwenzer**, N.69.04.

⁹⁴ Satış sözleşmesinde alıcının satılanı devir ve teslim almaya yanaşmaması, aynı zamanda satış bedelini ödemekten kaçınmak anlamına geliyorsa borçlu temerrüdündeki seçimlik hakların kullanılabilmesine ilişkin olarak bkz.: **Haluk Tandoğan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, s.201.

⁹⁵ Karşılıklı edimli sözleşmelerde ifa yerine istenen olumlu zararın hesaplanmasında kullanılacak yöntemlerden biri olarak fark teorisi hakkında genel bilgi için bkz.: **Oğuzman/Öz**, N. 1679; **Eren**, Genel Hükümler, N.3497.

⁹⁶ **Oğuzman/Öz**, N. 1504 vd.; **Eren**, Genel Hükümler, N.3407.

⁹⁷ Aynı anda ifa prensibinin geçerli olduğu hallerde mütemerrit alacaklının, borçlu olduğu edim bakımından kendisine karşı yöneltilen ifa talebine karşı farklı gerekçelerle de olsa ödemezlik defini ileri sürmeyeceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3193; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N. Yalnızca **Oğuzman/Öz** (N.1161) ödemezlik definin ileri sürülememesinin alacaklı temerrüdünün değil; doğrudan ifanın teklif edilmiş olmasının bir sonucu olduğunu ve alacaklının haklı bir sebebe dayanarak kaçındığı hallerin alacaklı temerrüdüne yol açmaması bile, yine de ödemezlik defini etkisiz hale getireceğini savunur. İsviçre hukukunda alacaklı temerrüdünün ödemezlik defini etkisiz hale getirmesine ilişkin olarak ileri sürülen farklı gerekçeler için bkz.: **Stauber**, N.729 vd. Alacaklı temerrüdünün ödemezlik defini etkisiz hale getireceğini savunan hakim görüşün eleştirisi için bkz.: **Koller**, N.56.122. Alman hukukunda ileri sürülen çeşitli görüşler ve mahkeme kararları için bkz.: **Uwe Hüffer**, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, Berlin 1976, s.25-26 ve s.195 vd.; **Christian Hartmann**, *Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers*, Berlin 1997, s.35 vd.; **Weller**, s.480-481. Yazar alacaklı olduğu edimin ifasına katılmaktan ciddi ve kesin olarak kaçınan alacaklının, karşı edim borcu bakımından kendisine yöneltilen ifa talebine karşı hakim görüş doğrultusunda ödemezlik defini (§320 BGB) ileri sürmeyeceğini belirttiikten sonra, alacaklının sadece temerrüde düştüğü hallerin bu sonuca varılması için tek başına yeterli olmadığını ifade etmiştir. Bkz.: **Weller**, s.482 vd.

⁹⁸ Önce ifa yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden, işin niteliğinden veya teamülden doğabilir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1077 vd; **Weber**, Art. 82 OR N.140.

⁹⁹ **Weber**, Art. 82 OR N.147 vd.; **Stauber**, N. 741.

İlk hal bakımından alacaklının borçlunun borçlandığı edimin ifasına katılması, borçlunun karşı edim alacağına muaccel hale gelebilmesi bakımından herhangi bir önem arz etmez. Burada borçlunun karşı edim alacağı için öngörülen vadenin beklenmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

İkinci halde ise, borçlu önce kendi borcunu ifa etmediği sürece karşı edim alacağı da muaccel hale gelmez¹⁰¹. İsviçre doktrininde çoğunluk tarafından savunulan bir görüşe göre alacaklının kabulden veya üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmemesinden dolayı borcunu ifa edemeyen borçlunun önce ifa yükümlülüğü ortadan kalkar ve karşı edim alacağı muaccel hale gelir¹⁰².

Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş, alacaklı temerrüdünün tek başına karşı edimi muaccel hale getirmeye yetmeyeceğini savunmaktadır¹⁰³. Bu bakımdan karşı edim alacağı muaccel hale gelmeyen borçlunun, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurması da söz konusu olamayacaktır. Ancak alacaklının borçlunun ifasını kabulden kaçınmaya ilişkin

¹⁰⁰ **Weber**, Art. 82 OR N.148; **Stauber**, N.744.

¹⁰¹ **Stauber**, N.745; **Weber**, Art. 82 OR N 147. Karşılıklı edimli sözleşmelerde alacaklı temerrüdünde borçlunun karşı edim alacağını talep edebilmesi bakımından asıl sorunun bu hallerde ortaya çıkacağına ilişkin olarak bkz.: **Weller**, s.481. Ayrıca krş.: **Hartmann**, s.24.

¹⁰² Bu görüş için bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.76; **Weber**, Art. 92 OR, N. 22; **Schraner**, Art. 92 OR, N. 19. Alman hukukunda konuya ilişkin ileri sürülen görüşler için bkz.: **Hartmann**, s.24 vd.; **Hüffer**, s.25-27. Yazara göre içtihatların ve bunu takip eden doktrindeki görüşlerin aksine, borçlunun karşı edimin ifasına yönelik talebine karşı alacaklı temerrüde düşmüş olsa bile yine de ödemezlik defini ileri sürebilir. Bkz.: **Hüffer**, s.195-198. Türk hukukunda ise karşılıklı edimli sözleşmelerde alacaklı temerrüdü yanında borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinin yalnızca aynı anda ifa prensibinin geçerli olduğu hallerle sınırlı ele alındığı; alacaklı temerrüdünün muacceliyete etkisi sorununa ise değinilmediği görülmektedir. Krş.: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12, N. 1; **Antalya**, s.137. Yalnızca Oğuzman hizmet sözleşmesi özelinde Alman Federal Mahkemesinin işverenin temerrüdünün kendi karşı edimini muaccel kılacağına ilişkin kararına değinmiş ve varılan sonucunun alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerde bir dayanacak bulamayacağını ifade etmiştir. Bkz.: **M. Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.142.

¹⁰³ **Koller**, N.56.125; **Stauber** (N.748 vd.) ise alacaklının kabulden kaçındığı haller ile ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçındığı haller arasında ikili bir ayırım yapmaktadır. Önce ifa yükümlülüğü borçlunun karşı edim alacağına muacceliyeti bakımından bir şart niteliğindedir. Borçlunun gereği gibi ifa teklifini kabul etmeyerek alacaklı temerrüdüne düşen alacaklının bu tutumu, TBK m.175 (Art.156 OR) bağlamında şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde engellenmesi olarak nitelendirilmeli ve böylece borçlunun karşı edim alacağına muaccel hale geldiği kabul edilmelidir. Bu şekilde farklı bir gerekçeyle de olsa doktrindeki hakim görüşün olduğu sonuç desteklenmektedir. Buna karşılık alacaklı temerrüdü alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması sonucu gerçekleşmişse burada şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde engellenmesinden söz edilemez; çünkü borçlunun gereği gibi ifa teklifini sunup sunamayacağı henüz belli olmayan bir aşamada alacaklının davranışının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kesin bir şekilde söylenemez.

Alman hukukunda ise tek başına alacaklı temerrüdünün (*bloße Gläubigerverzug*) borçlunun önce ifa ile yükümlü olduğu edimi muaccel hale getirmeyeceği; ancak alacaklının ifanın gerçekleşebilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmeyi hiçbir sebebe dayanmaksızın kesin olarak reddettiği (*Annahme- und Mitwirkungsverweigerung*) hallerde borçlunun karşı edim alacağını doğrudan talep edebileceği ifade edilmektedir. Fakat bu durumun borçlunun önce ifa yükümlülüğünün bulunmasından bağımsız olduğu da belirtilmiştir. Bkz.: **Weller**, s.481-482 ve orada gösterilen Alman Federal Mahkemesi kararları.

tutumu kendi borcuna da aykırı davranacağı anlamına geliyorsa, bu hal doktrinde “öncelenmiş borca aykırılık¹⁰⁴” olarak ifade edilen duruma işaret eder.

Öncelenmiş borca aykırılıkta vadesi henüz gelmeyen bir borcun ifasının borçlunun davranışları yüzünden tehlikeye düşürülmesi söz konusudur¹⁰⁵. Borçlunun ifayı gerçekleştirebilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmekten kesin olarak kaçınan alacaklı aynı zamanda henüz vadesi gelmeyen karşı edim borcunun ifasını tehlikeye düşürmüş olabilir¹⁰⁶. Kanunda düzenlenmeyen bu aykırılığın hukuki niteliği ve hangi hükümlere tabi olacağı doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁷. Kıyasen borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüşün¹⁰⁸ kabulü halinde, fark teorisinin uygulanması ile ifa yerine olumlu zararını tazminini seçen borçlu hem borcundan kurtulup hem de ifa menfaatinin kavuşabilecektir¹⁰⁹. Bu bakımdan borçlu temerrüdü hükümlerinin TBK m.110 (Art.95 OR) aracılığıyla değil; doğrudan uygulanacağı¹¹⁰ bu hallerde alacaklı temerrüdünde istenecek tazminatın türüne ilişkin yapılan tartışmanın önemini yitireceği ifade edilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁴ **Başak Başoğlu**, Öncelenmiş Borca Aykırılık, İÜHFİM, C. LXVI, S.2, 2008, s.289 vd. Bu hali ifade etmek üzere doktrinde borca aykırı davranılacağından önceden belli olması (**Oğuzman/Öz**, N.1562 vd.); borçlunun vaktinden önce ifadan açıkça kaçınması (**Eren**, Genel Hükümler, N.3291); borçlunun (ifa günü gelmeden) borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi (**Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §18, N.8 vd.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.315 vd.) gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır.

¹⁰⁵ **Oğuzman/Öz**, N.1563.

¹⁰⁶ **Bucher**, s. 319; **Koller**, N.56.27 ve N.56.125; **Koller**, AJP, s.915; **Stauber**, N.754.

¹⁰⁷ Bir görüş borçlunun bu tutumunu sözleşmenin müspet ihlali, diğer bir görüş ise güven ilişkisinden doğan edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisinin ihlali olarak nitelendirir. Başka bir görüşe göre kıyasen borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen farklı görüşler için bkz.: **Başoğlu**, s.289 vd.; **Oğuzman/Öz**, N.1567 vd.

¹⁰⁸ Türk hukukunda bu görüşte bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.3291.

¹⁰⁹ Belirtelim ki, öncelenmiş borca aykırılığın tabi tutulacağı rejim bakımından doktrinde ileri sürülen diğer görüşlerde borçlunun hem sözleşmeyi ayakta tutup hem de kendi edim yükümlülüğünden kurtulma imkanı bulunmamaktadır. Gerçi ifa imkansızlığı görüşü, cebri icrası mümkün olmayan borçlar bakımından imkansızlık görüşünü savunup, alacaklıya ifa menfaatinin karşılayan tazminat hakkı verdiği için hem borçtan kurtulma hem de karşı edim alacağına kavuşma menfaati bu ihtimalde korunabilir. Buna karşılık cebri icrası mümkün olan borçlarda vadenin beklenmesi gerektiği savunulduğu için, bu takdirde alacaklının temerrüdü nedeniyle esasen vade hiç gelemeyeceğinden, borçlunun karşı edim alacağını elde etme menfaati korunamaz. İfa imkansızlığı görüşü ve bu görüşün sonuçları için bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1574. Öncelenmiş borca aykırılığı sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiren görüş ise, ihlale bağlanan sonuçlar bakımından kendi içerisinde ayrılmaktadır. Bir görüşe göre sözleşmenin müspet ihlaline, kanunun kötü ifaya bağladığı sonuçlar uygulanır ve bu ihlal tazminat sorumluluğuna yol açar. (Bu görüş için bkz.: **Haluk Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s.401; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 465.). Bu görüş karşı edim alacağı tehlikeye giren borçlunun sadece karşı edim menfaatinin korumakta; fakat sözleşmeden dönme hakkı tanımadığı için alacaklı temerrüdü nedeniyle kendi borcunu ifa edemeyen borçlunun borçtan kurtulma menfaatinin koruyamamaktadır. Buna karşılık öncelenmiş borca aykırılığı sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiren başka bir görüş, hakkı tehlikeye düşürülen tarafın sözleşmeden dönebileceğini ve kusurlu taraftan tazminat talep edebileceğini savunur. (Bu görüş için bkz.: **Serozan**, s.319.). Bu görüş doğrultusunda borçlunun hem karşı edim hem de borçtan kurtulma menfaatlerini aynı anda korumak mümkün olabilse de, doktrinde bu görüş haklı olarak eleştirilmektedir. Bu görüşün eleştirisi için bkz.: **Oğuzman/Öz**, N.1573.

¹¹⁰ Bkz.: **Bucher**, s. 319; **Koller**, N.56, 27.

¹¹¹ **Koller**, AJP, s.915.

2. Alacaklı Karşı Edim Borcuna Aykırı Davranmamışsa

Doktrinde TBK m.110 (Art.95 OR) hükmünün uygulama alanının karşılıklı edimli sözleşmelerde oldukça sınırlandırıldığı ileri süren yazarların bu sonuca, ifayı kabulden kaçınan alacaklının, karşı edim borcuna da aykırı davranmış sayılacağı yönündeki kanaatten yola çıkarak ulaştıkları anlaşılmaktadır. Halbuki alacaklının bu tutumu her zaman karşı edim borcuna da aykırı davranacağı şeklinde yorumlanamaz¹¹². Örneğin alacaklının ifaya katılımını gerektiren bir halin olup olmadığı veya alacaklının üzerine düşen fiilleri yerine getirip getirmediği meseleleri taraflar arasında ihtilaflı ise veya alacaklının üzerine düşen katılma fiillerinin geçici veya sürekli olarak yerine getirememesi, bu fiiller için görevlendirildiği üçüncü kişinin buna uygun hareket etmemesinden kaynaklanmışsa, alacaklının kaçınması, sözleşmeyi sabote etme amacından kaynaklanmaz¹¹³.

Kaldı ki, alacaklı borçluya karşı ifası ile yükümlü olduğu karşı edimi zaten yerine getirmiş; yine de sahip olduğu alacak hakkının borçlu tarafından yerine getirilebilmesi için üzerine düşen fiilleri yerine getirmekten kaçınmış olabilir¹¹⁴. Bu halde alacaklının ifaya katılmaktan kaçınması karşı edim borcuna aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, ileride bu borca aykırı davranacağı şeklinde bir çıkarımda da bulunulamayacağı açıktır¹¹⁵.

Dolayısıyla bu ihtimalde borçlunun elinde karşı edim alacağı bakımından borca aykırılık hükümlerine başvurabilmesini sağlayacak imkanlar bulunmamaktadır. Borçlu, ancak alacaklının ifaya katılmaktan kaçınmasına bağlanabilecek hükümler çerçevesinde hukuki çareler arayabilecektir.

a. Alacaklının İfaya Katılımı Aynı Zamanda Bir Borç Teşkil Ediyorsa

Modern doktrinde her ne kadar eleştirilse¹¹⁶ de, alacaklının ifaya katılma fiillerini külfet olarak nitelendiren görüş hakimiyetini korumaktadır. Buna karşılık hakim görüşte de kanun veya sözleşme gereği istisnai bazı hallerde alacaklının ifaya katılmasının teknik anlamda bir borç teşkil edebileceği kabul edilmektedir¹¹⁷.

Doktrinde bu hallerde ifaya katılma fiillerinin yerine getirilmesi bakımından aynı zamanda alacaklı sıfatını taşıyan borçlunun, dilerse alacaklı dilerse borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabileceği ifade edilmektedir¹¹⁸. Fakat teknik anlamda bir borç teşkil etse

¹¹² **Stauber**, N.592. Ayrıca krş.: **Weller**, s.534.

¹¹³ **Hartmann**, s.16.

¹¹⁴ **Stauber**, N.591.

¹¹⁵ Krş.: **Weller**, s.535.

¹¹⁶ Alacaklının ifaya katılması gereken hallerde buna uygun davranmamasının borçlunun aleyhine birtakım sonuçlar doğurması ve külfet görüşünün bu olumsuz sonuçları ortadan kaldıramaması gerekçeleriyle, külfet (*Obliegenheit*) teorisinin terk edilerek yerine borçluya dava hakkı vermeyen, ancak ihlal edildiğinde alacaklının tazminat sorumluluğuna yol açan yan borç niteliğinde genel bir ifaya katılma borcunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlar, görüşlerini hem pratik ve teorik temeller üzerinde desteklemeye hem de alacaklı temerrüdü hükümlerinin varlığı ile bağdaştırmaya çalışın tezler ortaya atmıştır. Krş.: **Hartmann**, s.91 vd.; **Weller**, s.502 vd.; **Stauber**, N.151 vd.

¹¹⁷ **Keller/Schöbi**, s.231; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N.2391; **Antalya**, s.136; **Weller**, s.475 vd. Bilhassa borçlunun edimin alacaklı tarafından kabulünde özel bir menfaatinin bulunduğu açık olan hallerde alacaklının ifaya katılma fiillerinin istisnaen bir borç olduğu hakkında bkz.: **Huguenin**, N.974.

¹¹⁸ **Oğuzman/Öz**, N.1136; **Weber**, Art.91, N.73; **von Tuhr/Escher**, s.76, **Schraner**, Art.91, N 43; **Schwenzer**, N 69.03; **Bernet**, Vor Art. 91-96 N 3; **Keller/Schöbi**, s.232; **Schulin**, dn.5; **Stauber**,

bile, ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınan alacaklının her zaman borçlu temerrüdüne de düştüğü söylenemez. Bu hususta öncelikle alacaklının bu borcunun, hangi yükümlülük kategorisine girdiği tespit edilmelidir.

Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler çeşitli ayrımlara göre sınıflandırılmaktadır. Bu ayrımlardan biri edim yükümlülükleri-yan yükümlülükler şeklindedir¹¹⁹.

Alacaklının ifaya katılma fiilleri kural olarak bağımsız bir amaca sahip olmayıp, asıl borcun ifasına hizmet ettikleri için belirgin bir şekilde asli edim yükümlülüklerinden ayrılırlar¹²⁰. Edim yükümlülüklerinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden alacaklının ifaya katılma fiilleri, bu bakımdan borçluya yükletilen yan yükümlülüklerle eşdeğer niteliktedir ve bu yükümlülüklerle aynı şekilde ele alınması gerekmektedir¹²¹. Yan yükümlülüklerle aykırılığa bağlanan yaptırım ise sadece ihlal edenin tazminat sorumluluğuna yol açmasıdır; buna karşılık asli edim yükümlülüklerinden farklı olarak bu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için bağımsız bir ifa davası açılmaz¹²². Bunun bir sonucu olarak da yan yükümlülükler bakımından borçlu temerrüdünden bahsedilemez¹²³. Dolayısıyla ifaya katılma fiillerini yerine getirmeye ilişkin davranışın bir yan yükümlülükten ibaret olduğu hallerde borçlu ya alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanacak ya da yan borca aykırı davranan alacaklıdan TBK m.112 uyarınca sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talep edebilecektir. Borçlunun hem borcundan kurtulmasına hem de ifa menfaatini karşılayan olumlu zararının tazminini isteyebilmesine ise imkan yoktur.

Bazı hallerde ise alacaklının ifaya katılma fiilleri, yerine getirilmediği takdirde ifa davası açma hakkı veren bir edim yükümlülüğü teşkil eder. Edim yükümlülükleri kendi içerisinde asli ve yan edim yükümlülükleri şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Asli edim yükümlülükleri sözleşmenin tipini belirleyen, onu karakterize eden; yan edim yükümlülükleri ise bu nitelikte olmayan, asli edime oranla ikincil bir öneme sahip olan, ancak asli edimden bağımsız bir amaca hizmet eden ve ihlalleri halinde ifa davası açılabilen yükümlülüklerdir¹²⁴.

Kanun koyucu alacaklının ifaya katılma fiillerini bir edim yükümlülüğü olarak öngörmüş olabilir. Örneğin, alıcının satılanı devralmakla yükümlü olduğunu düzenleyen TBK m.232/I (Art.211 OR)'de böyle bir hal söz konusudur¹²⁵. Taraflar arasındaki anlaşmadan

N.175-176. Alıcının satılanı devralma borcunu yerine getirmemesi halinde satıcının, alacaklı temerrüdü ya da borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabileceğine ilişkin olarak bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.200.

¹¹⁹ Bu ayrım için bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.87; **Ernst Kramer**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1, 2 und 18 OR, Bern 1986, N.91-92; **Stauber**, N.160 vd.

¹²⁰ **Stauber**, N.169.

¹²¹ **Stauber**, N.170.

¹²² **Kramer**, N.91; **Eren**, Genel Hükümler, N.101.

¹²³ **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.115.

¹²⁴ **Kramer**, N.93; **Eren**, Genel Hükümler, N.89 ve N.91.

¹²⁵ **von Tuhr/Escher**, s.69, dn.2; **Tandoğan**, C.I/1, s.198 vd. (yazar alıcının bu borcunu yan borç olarak nitelendirmiş olsa da alıcının satılanı devralma borcunu yerine getirmemesi halinde satıcının, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabileceğini belirtmek suretiyle, bizim yan edim yükümlülüğü olarak ifade ettiğimiz yükümlülükleri kastettiği anlaşılmaktadır. Bkz.: s.200-201). Buna karşılık doktrinde alıcının satılanı devralmasının bir borç değil; külfet olduğunu ileri süren görüşlere de rastlanmaktadır. Hatta doktrindeki hakim görüşün külfet olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2019, N.519, dn.427'de gösterilen yazarlar. **Eren** (Özel Hükümler, N.521) de külfet görüşüne katıldığını; ancak durumun gerektirdiği bazı hallerde

veya somut olayın özelliklerinden, borçlunun edimin kabulünde veya ifaya hazırlık fiillerinin yerine getirilmesinde özel bir menfaati olduğu anlaşılabilen hallerde de, tarafların ifası dava edilebilir bir edim yükümlülüğü kararlaştırdıkları sonucuna varılabilir¹²⁶. Örneğin sipariş verilen balıkları kararlaştırılan tarihte teslim alınması için hazır bulunduran ve söz konusu balıkları buzdolabında saklayabilecek yeterli alanı olmayan balık satıcısının, alıcının vaktinde gelip balıkları teslim almasında özel bir menfaati söz konusudur¹²⁷.

Kanın veya sözleşme gereği, alacaklının ifaya katılma fiilleri bir edim yükümlülüğü teşkil ediyorsa, söz konusu fiilleri yerine getirmeyen alacaklıya karşı yine tazminat davası açılabilir; ayrıca bu fiillerin yerine getirilmesi bağımsız bir ifa davasına da konu olabileceğinden borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması mümkün hale gelir¹²⁸. İşte ifaya katılma fiillerinin edim yükümlülüğü teşkil ettiği istisnai bu hallerde borçlu, dilerse alacaklı temerrüdü yerine borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir¹²⁹.

Karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan seçimlik haklar ise, yalnızca karşılıklılık (synallagma) ilişkisindeki edimlerin ifasında temerrüde düşülmesi halinde söz konusu olabilir¹³⁰. Asli edim yükümlülüklerinin synallagmaya dahil yükümlülükler olduğu hususunda şüphe yoktur¹³¹. Yan edim yükümlülükleri ise ancak tarafların iradelerinden veya somut olayın özelliklerinden bu edim olmaksızın asli edimin ve dolayısıyla sözleşmenin alacaklı için anlamsız hale geleceği anlaşılan hallerde synallagmaya dahil kabul edilmektedir¹³².

alıcının devralma yükümlülüğünün bir borç teşkil edebileceğini ifade etmiştir. Eser sözleşmesinde (TBK m.486) ise sadece yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise iş sahibinin eseri kabul etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.69, dn.2; **Stauber**, N.641. Bu halde dahi iş sahibinin eseri kabul borcundan bahsedilemeyeceğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz.: **Schraner**, Art.91, N.41.

¹²⁶ **Stauber**, N.173; **Weber**, Art.91, N.68. Taraflar arasındaki anlaşma kural olarak borçlunun alacaklı yararına borçlandığı edimi yerine getirmeyi üstlenmesini hedefler; ayrıca alacaklının ifaya katılma fiillerinin borç olarak kararlaştırılması istisnai niteliktedir. Bu nedenle sözleşmenin yorumundan kural olarak tarafların alacaklının ifaya katılma fiillerini ifası talep edilebilir bir edim yükümlülüğü olarak kararlaştırdıkları sonucuna varılamayacağı ifade edilmiştir. Bkz.: **Stauber**, N.177.

¹²⁷ Bu örnek için bkz.: **Huguenin**, N.974. Borçlunun alacaklının ifayı kabulünde veya ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmesinde özel menfaati bulunan hallere ilişkin verilen çeşitli örnekler için ayrıca bkz.: **Stauber**, N.174. Özellikle satış sözleşmesi bakımından verilen örnekler için bkz.: **Weber**, Art.91, N.68; **Schraner**, Art.91, N.31; **Tercier/Pichonnaz/Develiöglü**, N.1399.

¹²⁸ Alacaklının ifaya katılma fiilleri yan edim yükümlülüğü teşkil etse bile borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından bunun bir önemi yoktur. Zira yan edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülükleri gibi bağımsız olarak dava edilebildikleri için bu tür edimler bakımından da borçlu temerrüdü mümkündür. Yan edim yükümlülüklerinde borçlu temerrüdünün söz konusu olabileceğine ilişkin olarak bkz.: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.114; **Weber**, Art.91, N.58-59. İfaya hazırlık fiilleri asli edimin olmazsa olmaz bir unsuru niteliğindeyse bu fiillerin yerine getirilmemesi borçlu temerrüdüne yol açar. Bkz.: **von Tuhr/Escher**, s.76, dn.53; **Weber**, Art.91, N.61.

¹²⁹ Bkz.: **Stauber**, N.175-176.

¹³⁰ **Nicklisch**, s.544. Borçlu temerrüdündeki seçimlik haklardan bir diğeri olan sözleşmeden dönme de aynı şekilde synallagmaya dahil edimlerde temerrüt halinde söz konusu olabilir. Bkz.: **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.114. Federal Mahkeme'nin ise bir kararında (BGE 59 II 307) satış sözleşmesinde alıcının devralma borcunda temerrüde düşmesi halinde seçimlik hakların uygulanabilmesini kayıtsız olarak kabul ettiğine işaret edilmiştir. Bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.201, dn.7.

¹³¹ Bkz.: **Eren**, Genel Hükümler, N.89.

¹³² **Buz**, Sözleşmeden Dönme, s.114.

Kural olarak alacaklının ifaya katılma yükümlülükleri synallagmaya dahil değildir¹³³; ancak borçlunun edimi bizzat yerine getirmeye ilişkin önemli bir menfaatinin söz konusu olduğu istisnai bazı hallerde ifaya katılma fiilleri taraflar arasındaki anlaşma ile synallagma içerisindeki bir yükümlülük olarak kararlaştırılabilir¹³⁴.

Alacaklının ifaya katılma fiillerinin synallagmaya dahil edim yükümlülüğü teşkil ettiği bu hallerde borçlu temerrüdündeki seçimlik haklara da başvurulabilir. Borçlunun hem borcundan kurtulma hem de karşı edim menfaatinin karşılayacak bir tazminata kavuşabilmesi, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan seçimlik haklardan biri olan ifa yerine olumlu zararın tazmini istendiğinde fark teorisinin uygulanması ile mümkün olabilmektedir.

b. Alacaklının Kaçınması Borçluyu İbra Etmeye Yönelik Bir Öneri Olarak Yorumlanabiliyorsa

Alacaklının üzerine düşen ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması, borçluyu borcundan ibra etmek istemesinden kaynaklanmış olabilir. Fakat alacaklının bu tutumunun borçluyu ibra iradesi olarak yorumlanabilmesi için borçlunun ifa teklifini, kesin ve tereddüte yer vermeyecek surette reddetmiş olması gerekmektedir. Özellikle karşı edim borcunu önceden ifa etmiş olan alacaklı, kesin bir şekilde borçlunun ifasını istemediğini açıklamışsa, bu beyan, borçluyu kendisine karşı olan borcundan ibra etmeye yönelik (örtülü) bir öneri niteliğindedir¹³⁵. Borçlu bu öneriyi kabul ettiği takdirde¹³⁶, hem borcundan kurtulur hem de ibraya rağmen karşı edim alacağı varlığını koruduğu için, bu alacağını talep ve dava edebilir; halihazırda elde ettiği alacağı ise iade etmek zorunda kalmaz. Bu ihtimalde borçlunun her iki menfaati de korunmuş olur.

3. Özel Hükümlerdeki Düzenlemeler

a. Hizmet ve Kira Sözleşmelerinde Alacaklı Sıfatıyla İşveren/Kiracının Temerrüdü

Bazen borçlu, bizzat alacaklının yol açtığı bir davranış nedeniyle borçlandığı edimin ifasını alacaklıya teklif etme olanağını temelli olarak yitirir. Böyle bir halin varlığı, alacaklı

¹³³ Satış sözleşmesinde ifaya katılmaktan kaçınan alıcının bir asli edim yükümlülüğünü değil; yan edim yükümlülüğünü ihlal ettiği ve ifayı kabul veya ifaya hazırlık fiillerini yerine getirme kural olarak synallagmaya dahil kabul edilmediği için (zira satış sözleşmesinde synallagma içerisindeki edimlerin, satış bedelinin ödenmesine karşılık mülkiyetin ve zilyetliğin devridir), borçlu temerrüdü hükümlerinin ancak kıyasen uygulanabileceği hakkında bkz.: **Weber**, Art.91, N.67.

¹³⁴ Eser sözleşmesi bakımından ifaya katılma (işbirliği) yükümlülüklerinin kural olarak synallagmaya dahil olmadığı; ancak yüklenici için ücretin ikinci planda kaldığı, edimi sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yerine getirebilmenin asli önem taşıdığı projelerin bunun istisnasını teşkil ettiği yönünde bkz.: **Nicklisch**, s.541, 544 ve dn.134'te verilen örnek. Alıcının satılanı devralma borcu kural olarak bir yan borç niteliğinde olduğu için, bu borcun yerine getirilmemesi halinde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilecek olan satıcının sadece gecikme tazminatı isteyebilir. Bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.200-201. Ancak satılanın devralınmasında satıcının önemli bir menfaati söz konusu olduğu için satılanın devralınması asli bir borç niteliğini taşıyorsa (bahçede biriken yanmış kömür artıklarının satışında olduğu gibi) karşılıklı edimli sözleşmelerde temerrüde özgü seçimlik hakların kullanılabilir. Bkz.: **Tandoğan**, C.I/1, s.201; **Eren**, Özel Hükümler, N.521.

¹³⁵ **Stauber**, N.185.

¹³⁶ TBK m.132'de ibra sözleşme olarak düzenlendiği için alacaklının tek taraflı olarak alacak hakkından vazgeçmesine izin verilmemiştir.

yüzünden ifa imkansızlığına işaret eder¹³⁷. Bu imkansızlığın nedeni, alacaklının ifayı kabulü veya üzerine düşen hazırlık fiillerini vaktinde yerine getirmemiş olmasından da kaynaklanmış olabilir. Şöyle ki, mutlak kesin vadeli bir işlemin söz konusu olduğu hallerde alacaklının zamansal gecikmesi, diğer bir deyişle borçlunun ifayı gerçekleştirilebileceği o tek zaman dilimini kaçırmaması, ifa imkansızlığına (zamansal imkansızlık) yol açar¹³⁸. Örneğin, düğün için çağrılan orkestra, düğün saati alacaklı tarafından kendisine bildirilmediği için düğüne yetişememişse böyle bir durum söz konusudur. Nitekim sürekli edimli sözleşmelerin de çoğu kez mutlak kesin vadeli işlem olduğu ve ifa zamanı kaçırıldığı takdirde bunun temerrüde değil; ifa imkansızlığına yol açacağı ifade edilmiştir¹³⁹.

Hem alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığında hem de alacaklı temerrüdünde borçlu borçlanmış olduğu edimi doğrudan doğruya alacaklı yüzünden yerine getirememektedir. Bununla birlikte alacaklı temerrüdü, edimin sonradan telafi edilmesinin olanaklı bulunduğu durumda söz konusu olur; bu nedenle geçici bir ifa engelidir. Alacaklı yüzünden ifa imkansızlığında ise borçlunun borçlandığı edimi yerine getirme imkanı tamamen ortadan kalkmıştır; bu nedenle alacaklının yarattığı ifa engeli kesindir¹⁴⁰.

Türk-İsviçre hukuklarında alacaklı yüzünden ifa imkansızlığına ilişkin genel bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Buna karşılık doktrindeki genel anlayış Alman hukukunda (§326 II BGB) öngörülen çözümün kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁴¹. Bu hüküm uyarınca, karşılıklı sözleşmede ifa imkansızlığına bizzat yol açan alacaklı, edim alacağından yoksun kalır; buna karşılık karşı edim borcunu yerine getirmek zorundadır. Aynı esasın Türk-İsviçre hukuklarında da benimsenmesi halinde, bir yandan borcundan kurtulan borçlu, diğer yandan karşı edim alacağına hak kazanabilecektir. Ancak edimin yerine getirilmesinden kurtulmakla borçlunun tasarruf etmiş oldukları ve bir bu sayede elde ettikleri bu karşı edimden düşürülecektir¹⁴².

Alacaklının ifası mümkün olan edimin yerine getirilmesini, ifayı kabulden veya ifa hazırlık fiillerinden kaçınarak engellediği alacaklı temerrüdünde ise, borçlunun hem borcundan kurtulup hem de karşı edim alacağını elde edebilmesi kural olarak mümkün değildir¹⁴³. Alacaklı yüzünden ifa imkansızlığından farklı olarak alacaklı temerrüdünde, en azından tevdiye elverişli edimlerde, borçlu hem borcundan kurtulup hem de karşı edim menfaatine kavuşabilmek için tevdi prosedürlerini yerine getirmek zorundadır. Bu bakım-

¹³⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.1; **Oğuzman/Öz**, N.1192.

¹³⁸ **Hartmann**, s.24; **Weller**, s.479; **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.2.

¹³⁹ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.2; §13 N.2.

¹⁴⁰ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.1 ve N.3. Alacaklı temerrüdü ile alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı arasındaki fark için ayrıca bkz.: **Fatih Gündoğdu**, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s.336 vd.

¹⁴¹ **Oğuzman/Öz**, N.1193; **Halil Akkanat**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996, s.37.

¹⁴² **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.4; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.320.

¹⁴³ **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.321; yazar aynı yerde imkansızlık halinden farklı olarak, alacaklı temerrüdünde, karşılıklı sözleşmenin karşılıklı edimleri arasındaki görevsel bağılılığı borçlu yararına koparmanın adalete uygun olmadığı; varlığında eksilen bir değer söz konusu olmayan borçlunun, hem kendi edimini alkoyup hem de karşı edimi alacaklıdan sağlamasına izin verilerek karşılıksız olarak zenginleşmesinin düşünülemeyeceğini belirtmiştir. Fakat aynı yazara göre yapma edimleri alacaklı tarafından engellendiğinde, menfaatler durumu haklı gösteriyorsa, sözleşmeden dönen borçluyu karşı edimden ister istemez yoksun bırakan alacaklı temerrüdü yerine, alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığının (zamansal imkansızlık) gerçekleştiği varsayılarak borçluya karşı edimin tümü sunulmalıdır. Bkz.: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.5.

dan alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığının alacaklı temerrüdüne nazaran borçlu için çok daha elverişli olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁴. Nitekim alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca borçlunun borcundan kurtulabilmesi için sözleşmeden dönme hakkını kullanmak zorunda olduğu haller ile karşılaştırıldığında da alacaklı yüzünden ifa imkansızlığı borçlu için daha elverişli bir durum yaratır: sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına gerek olmaksızın imkansızlık sonucu borçlu borcundan kurtulur; buna karşılık sözleşmeden dönülmediği ve sözleşme halen ayakta olduğu için karşı edim alacağını muhafaza eder.

Hal böyle olmakla birlikte bizatihi kanun bazı hallerde mütemerrit alacaklı karşısında özel bir korumaya ihtiyaç duyan borçluların lehine hem borçtan kurtulma hem de karşı edim alacağına kavuşmaya imkan tanıyan özel düzenlemeler öngörmüştür¹⁴⁵. Bu nedenle borçlu için alacaklı temerrüdüne ilişkin öngörülen özel hükümlere başvurmanın daha avantajlı olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁶.

Bu hallerden ilki, hizmet sözleşmesinde işverenin işçinin edimini yerine getirmesini engellemesini ve buna bağlanan sonuçları düzenleyen TBK 408 hükmüdür. Bu hükümde kanun koyucu işçiyi koruyabilmek için sosyal birtakım düşüncelerle¹⁴⁷, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engelleyen veya edimi kabulde temerrüde düşen işverenin (alacaklı), işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceğini; yine de işçinin ücretini ödemekle yükümlü olduğunu düzenlenmiştir.

Aslında işçinin hizmet edimi genelde mutlak kesin vadeli işlem niteliğindedir; diğer bir deyişle belirli bir süre içinde gerçekleştirilmesi gerekli sürekli iş edimi sonradan telafi edilemez. Dolayısıyla işverenin işçinin hizmet edimini yerine getirmesini engellemesi, alacaklı temerrüdüne değil; ifa imkansızlığına yol açar¹⁴⁸. Fakat bazı hallerde işçinin hizmet edimi (işgörmeye borcu) mutlak kesin vadeli işlem olmayıp, kaçırılan ifa zamanı dışında başka bir zaman da yerine getirilebilir. Buna rağmen kanun koyucu işgücünü her an paraya çevirebilecek olan işçiyi sonradan edimini yerine getirmek zorunda bırakmak istememiş ve çalıştırılmadığı süre için ücret alacağını koruyan alacaklı temerrüdüne¹⁴⁹ ilişkin bu özel düzenlemeye yer vermiştir¹⁵⁰.

¹⁴⁴ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.5.

¹⁴⁵ **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s.321.

¹⁴⁶ **Keller/Schöbi**, s.297.

¹⁴⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.4.

¹⁴⁸ **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §12 N.2; §13 N.4. Bir görüşe göre işverenin işçinin hizmet edimini geri çevirmesinin alacaklı yüzünden ifa imkansızlığına yol açtığı hallerde de TBK m.408 uygulanacaktır. Bu görüşte bkz.: **Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı**, §13 N.4. Başka bir görüşe göre ise bu hüküm yalnızca işçinin mutlak kesin vadeli işlem niteliğinde olmayan hizmet ediminin, işveren tarafından engellenerek alacaklı temerrüdüne yol açtığı hallerde uygulanacak; işçinin hizmet ediminin mutlak kesin vadeli işlem olduğu ve bu nedenle işverenin engellemesinin ifa imkansızlığına yol açtığı haller ise bu hükmün uygulama alanı dışında tutulacak. Bu görüşte bkz.: **Marcel Giger**, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsmöglichkeit, Bern Stuttgart Wien 1992, s.140. Fakat hizmet ediminin ifası çoğunlukla mutlak kesin vadeli işlem niteliğinde olduğundan işverenin tarafından engellendiğinde ifa imkansızlığına yol açacağı; bu nedenle de hükmün uygulama alanının oldukça sınırlandırıldığı belirtilmiştir. Bkz.: **Giger**, s.141.

¹⁴⁹ Doktrinde Oğuzman hakim anlayışın aksine bu hükümde alacaklı temerrüdünün değil; doğrudan doğruya imkansızlığın düzenlendiği görülmektedir. Bkz.: **Oğuzman**, s.149 vd. Başka bir görüş ise işçinin hizmet ediminin genelde mutlak kesin vadeli işlem olduğu ve öngörülen zamanda yerine getirilmediğinde ifa imkansızlığına yol açacağı gerekçeleriyle, TBK m.408 (Art.324 OR)'ın madde başlığında "işverenin temerrüdü" ibaresine yer verilmiş olsa da bunun kısmi imkansızlık şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu yönde bkz.: **Schraner**, OR 91 N 37. Yine de kanun gere-

Benzer bir düzenlemeye kira sözleşmesi bakımından TBK m.324'te rastlanmaktadır. Burada kiralanan kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılsa bile kiracının, kira bedelini ödemekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kiraladığı taşınmaza yerleşmeyecek veya kira konusu bir taşınır eşya ise bunu teslim almayarak alacaklı temerrüdüne düşen kiracı, geçmiş günler için taşınmazda oturma olanağını kaçırmış olsa veya kira konusu eşyayı kullanamamış olsa bile o döneme ait kira bedelini ödeme borcundan kurtulamaz¹⁵¹. Bu nedenle kira sözleşmesindeki özel düzenlemenin de alacaklı temerrüdü hükümlerine nazaran borçlu için daha elverişli olduğu ifade edilmiştir¹⁵².

TBK m.408 ve m.324 hükümleri uyarınca alacaklı temerrüdü nedeniyle ifa yükümlülüğü sona eren işçi veya kiraya veren, bu sayede yapmaktan kurtulduğu masrafları karşı edim alacağından düşürmek (mahsup etmek) zorundadır. Hizmet sözleşmesinde işçinin ücret alacağından ayrıca işçinin başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların da indirileceği öngörülmüştür.

b. Eser ve Vekalet Sözleşmeleri Bakımından Alacaklının İfayı Kabulden Kaçınmasının Sözleşmeyi Sona Erdirme İradesi Olarak Yorumlanması

Alacaklı temerrüdünde borçlunun borcundan kurtulmak için sözleşmeden dönme hakkını kullanmak zorunda olduğu en önemli edimlerden birini eser sözleşmesinde yüklenicinin iş görme borcu oluşturmaktadır. Yüklenicinin iş görme borcunu ifaya başlayabilmesi için iş sahibi üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmiş olmalıdır (örneğin arsayı inşaata elverişli şekilde yükleniciye teslim etmelidir); aksi takdirde iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer ve yüklenici TBK m.110'a göre sözleşmeden dönebilir. Bu bakımdan eser sözleşmesinde iş sahibinin alacaklı sıfatıyla temerrüdü halinde iş görme borcundan kurtulmak isteyen yüklenicinin (borçlu) elindeki imkan kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını kullanmaktır.

Fakat eser sözleşmesinde iş sahibinin üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmemesi halinde, yüklenicinin borcu başka bir hukuki sebeple sona erebiliyorsa, TBK m.110 (Art.95 OR) uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına gerek kalmayacaktır.

Bu hususta göz önünde bulundurulması gereken hallerden biri, eserin tamamlanmasının, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkansızlaşmasıdır. Alacaklı yüzünden ifa imkansızlığının eser sözleşmesindeki özel görünümünü teşkil eden bu halde, kanun koyucu yükleniciye, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteme hakkı (TBK m.485/f.1); ifa imkansızlığının ortaya çıkmasında iş sahibinin kusurlu olması halinde ise buna ek olarak tazminat isteme hakkı (TBK m.485/f.2) tanımıştır. İş sahibinin ifaya katılmaktan kaçınması nedeniyle eserin meydana getirilmesi objektif olarak imkansızlaştığında da aynı hukuki sonuçlar meydana gelecektir¹⁵³.

Eser sözleşmesi bağlamında iş sahibinin temerrüdü ile bağlantısı kurulan diğer hal ise, iş sahibinin tazminat karşılığı feshini düzenleyen TBK m.484 (Art.377 OR)'tür. Bu

ği herhalükarda işçi, işgörmeye borcunu daha sonra yerine getirmek zorunda kalmaksızın ücret alacağına kavuşabilirdi için hukuki nitelendirmenin önem taşımadığı ifade edilmiştir.

¹⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, §13 N.4.

¹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu/Serozan/Arpacı, §12 N.2.

¹⁵² Keller/Schöbi, s.297.

¹⁵³ Gauch, N.1343.

hükümde iş sahibine, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi sona erdirmeye (feshetme) hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda eser sözleşmesinde iş sahibinin haklı bir sebep olmadan üzerine düşen ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması da onun tazminat karşılığı eser sözleşmesini sona erdirmeye iradesi olarak görülebilir.¹⁵⁴

Yüklenicinin eser sözleşmesini tam tazminat karşılığı feshetmesi, örtülü bir irade beyanı veya iradeyi gösteren davranışla da mümkündür.¹⁵⁵ Fakat iş sahibinin sözleşmeyi kesin olarak sona erdirmeye iradesi açığa vurulmalıdır; yüklenicinin iş sahibinin gerçek iradesini anlamaması halinde ise, ödeme beyanının bulunup bulunmadığına güven prensibi çerçevesinde karar verilecektir.¹⁵⁶ Bu bakımdan iş sahibinin üzerine düşen katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınmasının örtülü bir fesih iradesi olarak nitelendirilebilmesi için kaçınmanın kesin olması gerekmektedir.¹⁵⁷ Herhalükarda iş sahibi eser sözleşmesini (sözgelemi finansal durumu kötüye gittiği için) açık bir beyanla sona erdirmeyip, ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınarak TBK m.484 (Art.377 OR) hükmünün öngördüğü hukuki sonuçları bertaraf edemeyecektir.¹⁵⁸

TBK m.484'te kendisine tanınan fesih hakkını kullanarak eser sözleşmesini sona erdiren iş sahibi, yüklenicinin fesih nedeniyle uğrayacağı olumlu zararını tazmin etmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden iş sahibine yüklenen yüklenicinin olumlu zararını tazmin yükümlülüğü ile yüklenicinin malvarlığı, sözleşme ifa edilmiş olsa idi hangi durumda bulunacak idiye onun temin edilmesi amaçlanır.¹⁵⁹ Bu nedenle söz konusu tazminatın üst sınırını feshedilen sözleşmede kararlaştırılan ücret oluşturur.¹⁶⁰ Hükümde değinilmemiş olmasına rağmen zarar hesaplanırken, yüklenicinin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle serbest kalan iş gücünü, malzeme ve makinelerini başka bir işte kullanması nedeniyle elde ettiği veya kötüniyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançların düşürüleceği kabul edilmektedir.¹⁶¹

İş sahibinin ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması aynı zamanda eser sözleşmesini sona erdirmeye yönelik irade açıklaması olarak nitelendirilebildiği takdirde, yüklenici bir yandan ifayı yerine getirme yükümlülüğünden kurtulurken, diğer yandan sona erme nedeniyle uğrayacağı olumlu zararın tazmin edilmesini iş sahibinden talep edebilir.

¹⁵⁴ Keller/Schöbi, s.295.

¹⁵⁵ Gauch, N.526; Vedat Buz, İş Sahibinin BK m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, C.XXI/2 (2001), s.230.

¹⁵⁶ Gauch, N.526; Buz, BATİDER, s.231.

¹⁵⁷ Gauch, N.1343. Alman hukukunda eser sözleşmesinde iş sahibinin ifayı kabulden veya üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmekten keyfi ve kesin olarak kaçındığı hallerin §649 BGB uyarınca iş sahibinin fesih hakkı olarak yorumlanabileceği belirtilmişse de, pasif şekilde kaçınmaktan ibaret olan fiillerin irade beyanı olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz.: Weller, s.483.

¹⁵⁸ Gauch, N.1343.

¹⁵⁹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Bası, İstanbul 2010, s.343; Eren, Özel Hükümler, N.2347; Buz, BATİDER, s.234; Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.147. Burada tazmini gereken zararın yoksun kalınan kar olduğu yönünde bkz.: Gauch, N.547; Tandoğan, C.II, s.348; Buz, BATİDER, s.239.

¹⁶⁰ Tandoğan, C.II, s.349; Eren, Özel Hükümler, N.2349. Doktrinde bu tazminatın ya toplama metoduna (olumlu yöntem) ya da kesinti metoduna (olumsuz yöntem) göre hesaplanabileceği belirtilmekte ve Türk/İsviçre kanun koyucusunun toplama metodunu benimsediği ileri sürülmektedir. Bkz.: Tandoğan, C.II, s.348; Eren, Özel Hükümler, N.2351-2353; Gauch, N.546 vd.. Eserin henüz yapılmamış kısmı bakımından söz konusu olacak tazminatın nasıl hesaplanacağını tam olarak tespit etmenin güç olduğu yönünde bkz.: Buz, BATİDER, s.239.

¹⁶¹ Gauch, N.549; Tandoğan, C.II, s.348-349; Öz, s.148; Buz, BATİDER, s.239; Eren, Özel Hükümler, N.2347.

Böylece yüklenici alacaklı temerrüdü hükümlerince sözleşmeden dönme hakkını kullanmasa bile borcundan kurtulabilmekte ve aynı zamanda olumlu zararının tazminini talep edebilmektedir.

Borçlu vekilin bir iş görme borcunu üstlenmiş olduğu vekalet sözleşmesinde müvekkilin alacaklı temerrüde düşmesi halinde de borçlunun borçtan kurtulması TBK m.110 (Art.95 OR) uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile mümkün olabilecektir. Fakat eser sözleşmesinde olduğu gibi burada da borçlu vekilin alacaklı temerrüdü hükümlerinin kendisine tanıdığı bu imkana başvurmasına gerek kalmaksızın edim yükümlülüğünden kurtulması mümkün olabilir.

Bu bağlamda göz önünde bulundurulması gereken hal, TBK m.512 (Art.404 OR)'de düzenlenen vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmedir.

Bu hükümde hem vekâlet verene hem de vekile, bir neden göstermeksizin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye yetkisi verilmiştir¹⁶². Ancak kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmak isteyen taraf sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdirmişse, diğer tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür¹⁶³. Doktrinde genel olarak kabul edilen anlayışa göre vekalet veren, ifa menfaatini karşılayan olumlu zararın değil; ancak olumsuz zararın tazminini talep edebilir¹⁶⁴. Buna karşılık bir görüş sona erdirmeye halinde istenecek tazminatı olumsuz zarar ile sınırlandırmayıp olumlu zararın tazminine de imkan tanımakta; fakat buradaki olumlu zararın, sözleşme uygun zamanda sona erdirilseydi borçlu vekilin malvarlığının içerisinde bulunacağı durum göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶⁵.

Vekalet sözleşmesinde alacaklının haklı bir sebep olmadan kabulden veya ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması, örneğin vekile gereken talimat ve bilgiyi vermemesi, vekalet verenin örtülü olarak tek taraflı sona erdirmeye yetkisini kullanması anlamına gelebilir¹⁶⁶. Şayet böyle bir halin varlığı söz konusu ise ve vekalet verenin bu fiilleri yerine getirmekten kaçınmak suretiyle vekalet sözleşmesini sona erdirmek istemesi uygun olmayan bir zamanda gerçekleşmişse, ancak doktrindeki azınlık görüşün kabulü halinde, vekil hem borcundan kurtulup hem de olumlu zararının tazminini talep etmeye hak kazanacaktır. Bu tazminat karşı edim menfaatini tam anlamıyla karşılamaya yetmeyecekse¹⁶⁷ de, borçlu

¹⁶² Tandoğan, C.II, s.619-620.

¹⁶³ Tandoğan, C.II, s.634 vd.

¹⁶⁴ Walter Fellmann, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern 1992, Art.404 OR, N.69'da gösterilen yazarlar. Ayrıca bkz.: Aynı yazar, Art.404 OR, N.72 vd. Tandoğan, C.II, s.640.

¹⁶⁵ Bu görüş için bkz.: Fellmann, Art.404 OR, N.70-71. Olumlu zararın tazminine imkan tanımakla birlikte yine de sona erme halinde istenebilecek tazminatın esas itibarıyla olumsuz zarara ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Aynı yazar, N.72. Tandoğan (C.II, s.641) ise sadece olumsuz zararın tazmininin istenebileceğini belirtmekle beraber, vekilin, vekaletinin devam edeceğini düşünerek reddettiği diğer vekaletler dolayısıyla yoksun kaldığı ücretin tazminini istemesi halinde olumsuz zararın olumlu zararla çakışabileceğini ve hatta onu geçebileceğini ifade etmiştir. Fellmann'ın verdiği örneklerden de bu gibi olumlu zarar ile olumsuz zarar kalemlerinin çakışabileceği halleri kastettiği anlaşılmaktadır. Bkz.: Fellmann, Art.404 OR, N.71. Dolayısıyla olumlu zararın tazminine imkan tanınsa bile, vekil sözleşmeyi sona erdiren vekalet verenden sözleşmede kararlaştırılan vekalet ücretinin tamamını talep edemez.

¹⁶⁶ Keller/Schöbi, s.295.

¹⁶⁷ Olumlu zararın tazminine imkan veren azınlık görüşü benimsense bile, vekalet sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin tamamına hak kazanılamaz. Sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın

vekil alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte yalnızca olumsuz zararın tazmin edilebilmesine nazaran daha elverişli bir durumda olabilecektir.

C. Sorunun Münhasıran Alacaklı Temerrüdü Hükümleri Kapsamında Kaldığı Hallerin Belirlenmesi ve Bu Hallerde Nasıl Bir Yol İzlenmesi Gerektiği

Yukarıda incelediğimiz üzere, karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlunun borcundan kurtulması ve kısmen de olsa karşı edim menfaatini karşılayacak bir tazminat alacağına kavuşması, borca aykırılık hükümleri ya da hizmet, kira, eser ve vekalet sözleşmelerindeki özel hükümler aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Bu nedenle alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde bir çözüm arayışına girilmesine ihtiyaç duyulmayacağı söylenebilir. Ancak alacaklının karşı edim borcuna aykırı davranmadığı veya özel hükümlerin uygulama alanına girmeyen hallerde, alacaklının ifaya katılma borcu da söz konusu değilse ve alacaklı borçluyu ibra iradesi taşııyorsa, ancak alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde bir çözüm bulunmak zorundadır.

Bu hallerde alacaklının tutumundan borçluyu ifa ile yükümlü tutmaya devam etmek; fakat borcun ifasını kendisi için uygun bir zamana ertelemek istediği anlaşılır¹⁶⁸. Örneğin, kendisine ait arsa üzerinde bir bina inşa edilmesi için yüklenici ile anlaşma yapan iş sahibi (alacaklı), işlerinin yoğunluğu nedeniyle üzerine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmeyi aksatıyor ve bu nedenle yüklenicinin (borçlu) inşaata başlamasını geciktiriyorsa, iş sahibinin tutumu kendi edim borcuna aykırı davranma ve sözleşmenin geleceğini tehlikeye düşürme amacını taşıdığı şeklinde yorumlanamayacağı gibi, ibraya yönelik bir irade olarak da nitelendirilemez.

Karşı edim menfaatine kavuşsa da alacaklı ifayı kabulden veya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçındığı için borçlu kalmaya devam eden borçlu, alacaklı ifaya hazır olduğunu bildirecek alacaklı temerrüdünü sona erdirdiğinde, ifayı gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Borçlu alacaklının ifa talebini ancak kanunda öngörülen zamanaşımı süresi dolduğunda defî hakkını kullanarak etkisiz hale getirebilecektir; zamanaşımı içerisinde kendisine karşı yöneltilen ifa talebi bakımından ise kural olarak herhangi bir savunmada bulunamayacaktır.

Bu takdirde borçlu ya karşı edimi elinde tutup borçlu kalmaya devam edecek ya da borçtan bir an önce kurtulmak için sözleşmeden dönecektir. Alacaklı temerrüdünde borcundan kurtulmak için sözleşmeden dönmekten başka çaresi olmayan borçlu, dönme beyanında bulunarak sözleşmeyi sona erdirdiğinde ise karşı edimi artık isteyemeyecek, önceden almışsa iade etmek zorunda kalacaktır. Doktrinde borçlunun karşı edim alacağına ilişkin korumanın yalnızca bu edimin ifa edilmediği haller ele alınarak incelendiği anlaşılmaktadır¹⁶⁹. Halbuki borçlunun halihazırda karşı edim alacağına kavuştuğu hallerde ortaya çıkan sorun, borcundan kurtulmak için sözleşmeden dönme hakkını kullanan borçlunun bir kez elde ettiği karşı edim alacağını iadeye zorlanamamasıdır. Dolayısıyla borçtan kurtulma ile birlikte karşı edim menfaatinin korunmasına duyulan ihtiyaç burada da ortaya çıkmaktadır.

tazminine imkan tanınması halinde ise, borçlunun talep edebileceği olumlu zarar daha kapsamlıdır. Bu hususta vekalet sözleşmesindeki düzenlemenin alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanındığı takdirde bu zarara bir üst sınır teşkil edip etmediği sorusu ortaya atılmışsa (Stauber, N.610) da buna olumsuz yönde cevap verilmiştir. Çünkü burada vekalet veren vekalet sözleşmesini tek taraflı sona erdirmeye hakkını kullanmadığı için, bu hakkı kullanıyorsa daha sınırlı tutarda bir tazminat ödemek zorunda kalacak olduğunu ileri süremez. Bkz.: Stauber, N.611

¹⁶⁸ Stauber, N.186.

¹⁶⁹ Bkz.: dn.92 ve 93.

Bu haller bakımından ancak *de lege ferenda* sözleşmeden dönen borçluya ifa menfaati tutarında olumlu zarar tazminine imkan tanınması düşünülebilir. Sorulması gereken soru ise şudur: Borçlunun sözleşme bağından kurtulup karşı edim alacağını elinde tutması *de lege ferenda* bir çözüm getirilmesini haklı kılar mı? Başka deyişle, alacaklı karşı edim borcuna aykırı davranmadığında borcundan kurtulmak isteyen borçlunun sözleşmeden dönüp karşı edimini elinde tutmak istemesi haklı görülebilir mi?

Teorik olarak alacaklının ifa talebini zamanaşımı süresi içerisinde dilediği zaman ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Fakat borçlunun bir an önce borcundan kurtulmaya yönelik menfaatinin bulunduğu açıktır. Sözelimi eser sözleşmesinde yüklenicinin iş sahibinin inisiyatifine göre belirleyeceği bir zaman dilimi boyunca borçlu kalmaya devam etmemekte haklı menfaatleri söz konusu olabilir¹⁷⁰. Çünkü yüklenici, sözleşme varlığını koruduğu sürece ekipmanlarını, çalışanlarını ifaya hazır durumda bekletmek zorundadır; yüklenicide yaratılan bu belirsizlik onun gelecekte kaynaklarını başka şekilde kullanmasına da engel teşkil eder ve borçlunun hareket özgürlüğünü kısıtlar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, vade her zaman alacaklı lehine değildir; nitekim bunu öngören kanun koyucu borçluya kural olarak borcunu vadesinden önce ifa (erken ifa) yetkisi tanımıştır (TBK m.96). Dolayısıyla alacaklı bu şekilde ifa zamanını borçlunun aleyhine olacak şekilde tek taraflı olarak belirleyememelidir. Borçlunun borcundan kurtulmaya yönelik menfaati kanunun borçluya erken ifa yetkisi tanıyan hükmü ile birlikte düşünüldüğünde, kural olarak borçlunun menfaatinin borcundan *bir an önce* kurtulmaya yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazminine imkan tanınması lehindeki önemli argümanlardan biri, sözleşmeden dönmenin aksine tevdi ve satış hakkına başvurulabilen hallerde borçlunun hem borcundan kurtulup hem de sözleşme ilişkisi ayakta olduğu için karşı edim menfaatine kavuşabilmesidir. Fakat diğer yandan buna izin verilmesinin, kanunda tevdi ve satış hakkı öngörülen haller ile sözleşmeden dönme hakkı tanınan haller arasındaki dengeyi sarstığı da iddia edilebilir¹⁷¹. Şöyle ki, sözleşmeden dönme, tevdi ve satışa nazaran borçtan kurtulabilmeye yönelik çok daha kolay bir imkandır. Hatta tevdi ve satış prosedürlerinin dönmeye nazaran öngördüğü zorluğun, bu hallerde borçlunun karşı edim alacağına zahmetsiz kavuşabilme imkanı ile hafifletildiği söylenebilir.

Hemen ifade edelim ki, bu yönde ileri sürülebilecek olası bir itiraz haklı değildir; çünkü tevdi ve satışın aksine sözleşmeden dönmeye karşı edim menfaatine kavuşma imkanı borçlu için ancak alacaklıya “kusur” isnat edilebilecek haller bakımından söz konusu olacaktır. Tevdi ve satışta ise sözleşme ayakta olduğu için karşı edimi talep hakkı doğrudan sözleşmeye dayanır, alacaklının temerrüde düşmekte kusurlu olup olmaması bir önem taşımaz. Ayrıca sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için alacaklıya uygun bir süre tayin edilerek son bir şans da verilmesi gerekmektedir. Verilen bu süre içerisinde de kusurlu olarak ifaya katılma fiillerini yerine getirmeyen alacaklının borçlu karşısında artık korunmayı haklı kılan bir menfaati bulunmamaktadır.

Alacaklı-borçlu arasındaki menfaat dengesi bakımından kanaatimizce varılması gereken sonuç, *de lege ferenda* sözleşmeden dönen borçluya karşı edim menfaati ile sınırlı

¹⁷⁰ Stauber, N.191.

¹⁷¹ Doktrinde bir görüş ise tevdi veya satış yollarına başvurulabilecek edimlerde bu yolların borçlu açısından dolambaçlı ve zahmetli olduğu gerekçeleriyle yalnızca yapma edimleri değil; aynı zamanda tevdi ve satış hakkının kullanılacağı verme edimleri bakımından da sözleşmeden dönme imkanının tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz.: Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.324-325.

olmak şartıyla olumlu zararının tazminini isteyebilmesine imkan tanınmasıdır. Bu hallerde alacaklı karşı edim borcunu ifa etmiş olacağı için sözleşmeden dönen borçlu, sadece borcu sona erdiği için yapmaktan kurtulduğu masrafları, alacaklıya iade etmek zorundadır; yoksa önceden elde ettiği karşı edim alacağının tamamını değil!

V. SONUÇ

Yapma borçları ile tevdi ve satış yollarına başvurulamayan verme edimlerinde alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçluya borcundan kurtulması için tanınan tek imkan, sözleşmeden dönmedir. Kanun koyucu alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönmeyi düzenleyen hükümde (TBK m.110/Art.95 OR) borçlu temerrüdü hükümlerine göndermede bulunmuş ve bu şekilde dönmeye ilişkin prosedürlere borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını öngörmüş; fakat sözleşmeden dönen borçlunun ayrıca bir tazminat talep edip edemeyeceği hususunu cevapsız bırakmıştır. Doktrinde ise sözleşmeden dönen borçlunun tazminat talep edip edemeyeceği meselesi tartışılmıştır. Bir görüş alacaklının külfet olarak nitelendirilen ifaya katılma fiillerinin ihlali halinde tazminat istenemeyeceğini savunurken, doktrindeki hakim görüş borçlunun tazminat talebini tanıma yönündedir. Buna karşılık tazminata imkan tanıyan görüş içerisinde de istenebilecek tazminatın türü bakımından görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Karşılıklı edimli sözleşmelerde alacaklı temerrüdünde sözleşmeden dönmek suretiyle borçtan kurtulma menfaati korunan borçlunun karşı edim alacağına kavuşma menfaati mevcut hukukta, tevdi ve satış yollarına başvurma mümkün olduğu hallerden farklı olarak, korunamamaktadır. Borçlunun bu menfaatinin korunabilmesi ancak sözleşmeden dönme ile birlikte istenebilecek tazminatı olumsuz zarar ile sınırlandırmayan görüşlerden birinin kabulü halinde mümkündür. Bu görüşlerden karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde alacaklıya tanınan seçimlik hakları alacaklı temerrüdündeki borçluya da tanıyan görüşün kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla değerlendirilmesi gereken ihtimal, sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin mümkün olup olamayacağıdır. Aynı tartışma doktrinde borçlu temerrüdü bakımından da yapılmış olmakla birlikte, alacaklı temerrüdünde öngörülen sözleşmeden dönme imkanının arz ettiği fonksiyon ve özel durum göz önünde bulundurulduğunda, borçlu temerrüdündeki yoğun tartışmaların bu alana taşınmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Fakat yine de sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin istenememesinin önündeki en önemli engel, kanun koyucunun bu imkanı öngörmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda ortaya çıkan gerçek olmayan boşluk doktrindeki baskın görüş uyarınca ancak kanun koyucu tarafından yapılacak bir düzenleme ile doldurulabileceğinden, sözleşmeden dönen borçluya olumlu zararını isteme hakkı tanımak *de lege ferenda* bir öneri olmaktan öteye geçemeyecektir. Bu gerçek karşısında ilk olarak değerlendirilmesi gereken husus, meselenin çözümüne yönelik alacaklı temerrüdü hükümleri dışında mevcut hukuk bakımından bir çarenin bulunup bulunamayacağıdır. Alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınması alacaklı temerrüdü dışında borca aykırılık teşkil ediyorsa ve özellikle karşılıklı edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdünde tanınan seçimlik haklara başvurma olanağı varsa, meselenin çözümü nispeten kolaydır: borçlu ifadan vazgeçip olumlu zararını istediğinde fark teorisi sayesinde hem borcundan kurtulabilir hem de karşı edim menfaatine kavuşabilir. Yine alacaklının borçluyu ibra ettiği veya hizmet, kira, eser ve vekalet sözleşmelerindeki özel durumlardan biri varsa, borçlunun bu her iki menfaatinin korunabilmesi kısmen de olsa mümkün olabilmektedir. Ancak alacaklının ifaya katılma fiillerini yerine getirmekten kaçınmasının yalnızca alacaklı temerrüdü hükümlerini devreye sokabildiği hallerde, sözleşmeden dönen borçluya karşı edim menfaatini koruyabilmek için olumlu zararını istemesini haklı kılan gerekçeler vardır. Bu nedenle karşılıklı edimli sözleşmelerle sınırlı olarak ala-

çaklı temerrüdü yüzünden sözleşmeden dönen borçluya olması gereken hukuk açısından olumlu zararını isteme imkanı tanımak en uygun çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

KISALTMALAR

AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGH	: Alman Federal Mahkemesi
Bkz./bkz.	: bakınız
c.	: cilt
dn.	: dipnot
E.	: Erwägung
f.	: fıkra
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
N.	: Numara
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

Akkanat, Halil: Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996.

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.3, İstanbul 2017.

Başoğlu, Başak: Öncelenmiş Borca Aykırılık, İÜHFMD, C. LXVI, S.2 (2008), s.287-310.

Becker, Hermann: Kommentar zu Art.1-183 OR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI (Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 2. Aufl., Bern 1945.

Bernet, Martin: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015.

Biedermann, Jakob: Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Diss. Zürich 1944.

Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Sözleşmeden Dönme).

Buz, Vedat: İş Sahibinin BK m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, C.XXI/2 (2001), s.209-265. (BATİDER)

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara 1997.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019. (Genel Hükümler)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası Ankara 2019. (Özel Hükümler)

Ergüne, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

Fellmann, Walter: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.

Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 2. Bası, İstanbul 1977.

Gauch, Peter: Der Werkvertrag, 5. Aufl., Basel 2015.

Gauch, Peter/Schluop, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014.

Guhl, Theo/Koller, Alfred/ Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas: Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., 2000.

Gündoğdu, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014

Hartmann, Christian: Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, Berlin 1997.

Hatemi, Hüseyin/Gökayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2019.

Hüffer, Uwe: Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, Berlin 1976.

Giger, Marcel: Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern Stuttgart Wien 1992.

Keller, Max/Schöbi, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988.

Keller, Max/Lörtscher, Thomas: Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Zürich 1986.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, İstanbul 2016.

Koç, Nevzat: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992.

Koller, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017.

Koller, Alfred: Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_446/2015 vom 3. März 2016, X. AG gegen Y. SA, Zeitpunkt des Leistungsverzichts (Art.107 Abs.2 OR) im Falle einer definitiven Leistungsverweigerung des Schuldners (Art.108 Ziff.1 OR). Leistungsverzicht eines Dienstleistungsschuldners wegen Mitwirkungsverzugs (Art.91 OR) des Gläubigers: Haftungsfolgen (Art.95 OR i.V.m. Art.107 f. OR), AJP (2018), s. 912-915.

Kramer, Ernst: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1, 2 und 18 OR, Bern 1986.

Müller-Chen, Markus: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184 - 318 OR), 3. Aufl., Zürich 2016.

Nicklisch, Fritz: Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertragsinsbesondere beim Bau- und Industrianlagenvertrag, Betriebs-Berater (1979), Heft 11, s.533-544.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018.

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.1, 16. Bası, İstanbul 2018.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018. n

Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zu Art. 1-183 OR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V (Das Obligationenrecht,) Halbband 1, 2 Aufl., Zürich 1929.

Öz, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

Schraner, Marius: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band V, Teilband 1e, Die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000.

Schulin, Hermann: “Besteht ein Recht des Schuldners auf Erfüllung seiner Verpflichtung?”, Grenzen des Instituts des Gläubigerverzugs, Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012.

Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

Stauber, Demian: Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, Bern 2009.

Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974.

Weber, Rolf H.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation, Art.68-96 OR, 2.Aufl., Bern 2005.

Weller, Marc-Philippe: Die Vertragstreue, Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz- Leistungstreue, Tübingen 2009.

Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), hrsg. von Honsell/Vogt/Wiegand, 6. Aufl., Basel 2015.