

PAPER DETAILS

TITLE: ÖNCELENMİS BORCA AYKIRILIGIN SONUÇLARI

AUTHORS: Basak BASOGLU

PAGES: 287-310

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97606>

ÖNCELENMİŞ BORCA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Araş. Gör. Başak Başoğlu*

GİRİŞ

Borçlar Kanunu'nun 96. ve devamı maddelerinde borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklının borçluya yöneltebileceği hak ve talepleri düzenlenmiştir. Ancak bu hak ve taleplerin kullanılabilmesi için kural olarak borçlunun borcunun muaccel olması gerekmektedir. Oysa borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin borç muaccel olmadan çok önce anlaşılması, hatta bu hususun bizzat kendisi tarafından ifade edilmesi mümkündür. Borçlunun daha ifa günü gelmeden önce borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi veya bunun açıkça anlaşılması durumunda alacaklının elinde hemen harekete geçebilmek için Kanunumuzda düzenlenmiş herhangi bir imkân bulunmamaktadır. Bu durumda, alacaklının vade gününe kadar beklemesi ve borçlunun borcunu gerçekten ifa etmemesi hâlinde borçlu temerrüdü hükümlerini harekete geçirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, alacaklının kendi borcunun vadesi daha önceki bir tarihte ise, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini bilmesine rağmen kendi borcunu ifa etmesi gerekecektir. Dolayısıyla, tüm bu durumlar borçlunun vade günü geldiğinde borcunu ifa etmeyeceğini bilen alacaklı açısından vadeye kadar huzursuz bir bekleyiş yaratacaktır.

Görüldüğü üzere, borçlunun daha ifa günü gelmeden önce borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi veya bunun açıkça anlaşılması durumu hukukumuzda düzenlenmiş değildir. Bu eksikliğin giderilmesi ancak boşluk doldurma ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, bu çalışma ile amaçlanan bu gibi hallerin yarattığı olumsuz sonuçların giderilmesi için alacaklıya tanınabilecek en uygun imkânın saptanmasıdır.

Bu noktada bahsedilmesinde fayda görülen bir diğer husus ise, bu çalışmanın başlığının neden "Öncelenmiş Borca Aykırılık" olarak tercih edildiğidir. Hukukumuzda, borçlunun daha ifa günü gelmeden önce borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi veya bunun açıkça anlaşılması durumunu açıklayan bir kavram mevcut değildir. Söz konusu durum Borçlar Hukuku kitaplarında açık olarak incelenmiş, ancak bu durumu açıklayan bir kavram önerilmemiştir. Bu gibi durumlar Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ("Viyana Satım Sözleşmesi" veya "CISG") düzenlenmiştir. Türkiye'nin Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf olması için süreç baş-

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk, Araştırma Görevlisi.

latılmış ve “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun¹” Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Ancak bu kanun metninde, esas alınacak olan tercüme metne yer verilmemektedir. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulan kanun teklifi-nin ekinde yer alan tercümede ise İngilizce metinde “*Anticipatory Breach*” olarak ifade edilen kavram “Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık” olarak ifade edilmiştir². Bununla birlikte, kavramın tam karşılığı olarak “Öncelenmiş Borca Aykırılığın” tercih edilmesi daha uygun olacaktır. Zira “öncelemek” sözcüğü bu tür durumları daha iyi karşılamaktadır³. Ayrıca, öncelenmiş borca aykırılıkların sadece sözleşmeden kaynaklanan borçlar açısından değil, tüm borca aykırılıklar bakımından karşımıza çıkması mümkündür. Buna karşılık, Viyana Satım Sözleşmesi sadece milletlerarası mal satımlarına ilişkin sözleşmeler açısından uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan, Viyana Satım Sözleşmesi metninde “sözleşmeye aykırılık” ifadesi kullanılmıştır.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Türk hukukunda öncelenmiş borca aykırılığın sonuçlarına ilişkin ileri sürülen farklı görüşler incelenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, öncelenmiş borca aykırılığın düzenlenmiş olduğu çeşitli hukuk sistemlerinin getirdikleri çözümlere yer verilecektir. Zira öncelenmiş borca aykırılık günümüzde gerek hukuk uyumlaştırılması sürecinde, gerekse de çeşitli ülkelerin borçlar kanunlarında düzenlenmiş durumdadır. Söz konusu düzenlemelerin, Türk hukukundaki boşluğun doldurulmasına ışık tutacağı düşüncesiyle, öncelenmiş borca aykırılığın ayrıca karşılaştırmalı hukuk açısından da ele alınmasında fayda görülmüştür⁴. Bu anlamda, öncelikle *common law* sistemi incelenecektir. Zira öncelenmiş borca aykırılığa ilk olarak *common law* sisteminde sonuç bağlanmıştır. Bu bölümde esas olarak İngiliz ve Amerikan hukuku birlikte ele alınacak, ancak ayrıldıkları noktalar ile getirilmiş olan özel düzenlemeler belirtilecektir. Daha sonra da hukuk uyumlaştırması çalışmaları kapsamında Milletlerarası

¹ No: 5870, Kabul Tarihi: 2 Nisan 2009, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 14 Nisan 2009 - Sayı: 27200.

² Antlaşmanın, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı’nın ekinde yer alan Türkçe tercümesi için bkz. (Çevrimiçi 08 Nisan 2009 Türkiye Büyük Millet Meclisi <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0338.pdf>) Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu tercüme metin esas alınmıştır.

³ “Öncelemek: Bir şeyi önceden yapmak, geri bırakmamak, öne almak, takdim etmek”. bkz. (Çevrimiçi, 07 Nisan 2009 Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=248264>) Ayrıca “Öncelenmiş Dönme Hakkı” ifadesi için bkz. Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Arpacı, Abdülkadir), Borçlar Hukuku- Genel Bölüm, 3. cilt, İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 4. bası, İstanbul 2006, s. 246; “Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık” ifadesi için bkz. Atamer, Yeşim M., Uluslararası Satım sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. bası, İstanbul, 2005; s. 410 dn. 694.

⁴ Hâkim boşluk doldururken mukayeseli hukuktan da faydalanabilir. (Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 15. bası, İstanbul, 2008, s. 107.

Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda, Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri'nde ve Milletlerarası Ticari Sözleşmelere ilişkin İlkeler'de yer alan düzenlemelere de karşılaştırmalı olarak yer verilecektir. Ayrıca, bu bağlamda Avrupa'da ulusal hukuk sistemlerinde getirilen düzenlemelere de kısaca yer verilmeye çalışılacaktır.

Türk Hukukunda Öncelenmiş Borca Aykırılık

Türk Hukukunda ifayı tehlikeye düşüren bazı durumlarda alacaklıyı korumak amacıyla sevk edilmiş özel hükümler mevcuttur. Hiç şüphesiz bunların en başında borçlunun aciz haline düşmesi halinde diğer tarafa kendi borcunu yerine getirmekten kaçınabilme ve yeterli teminat gösterilmezse sözleşmeden dönme hakkı veren Borçlar Kanunu'nun 82. maddesi gelmektedir. Borçlunun aciz haline düşmesinin de bir öncelenmiş borca aykırılık olduğu açıktır.

Bunun dışında bazı özel sözleşme tiplerinde de borçlunun aczi halinde alacaklıyı koruyan özel hükümler mevcuttur. Kiracının iflas etmesi haline ilişkin Borçlar Kanunu'nun 261. maddesi, karz sözleşmesinde ödünç alanın aczini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi, hizmet sözleşmesinde işverenin aczi halinde işçiye fesih hakkı tanıyan Borçlar Kanunu'nun 346. maddesi ile yayın sözleşmesinde yayıncının iflasına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 384. maddesinin 3. fıkrası hep bu yönde hükümlerdir. Ancak görüldüğü üzere gerek Borçlar Kanunu'nun 82. maddesi, gerekse de saymış olduğumuz bu özel hükümler hep borçlunun aczine ilişkindir⁵.

Öncelenmiş borca aykırılığı aciz hali dışında genel olarak düzenleyen tek hüküm eser sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 358. maddesidir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasına göre, "*Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermiyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir*". Görüldüğü üzere söz konusu bu hükümle, müteahhidin işe zamanında başlamaması, işi yavaş götürmesi veya vade zamanında işi tamamlayamayacağının anlaşılması durumunda, iş sahibi vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilecektir⁶. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, eserin ayıplı olacağının vadeden önce kesin olarak anlaşıldığı durumlarda iş sahibine işi başkasına yaptırma olanağı tanınmıştır⁷.

Ancak tüm bu hükümlere rağmen Kanunumuzda öncelenmiş borca aykırılığın sonuçlarını genel olarak düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

⁵ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. bası, İstanbul, 2005, s. 325

⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte, 1. bası, İstanbul, 1989, s. 47 vd.

⁷ Bu hükme göre, "*İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katiyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamı üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir*".

Bunun sonucu olarak da konu doktrinde tartışmalara yol açmış ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Borçlu Temerrüdü Görüşü

Öncelenmiş borca aykırılığın sonuçlarına ilişkin doktrinde ileri sürülen bir görüş, bu gibi durumlarda borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir⁸. Buna göre, henüz vade gelmemiş olmasına rağmen alacaklı borç muaccel olmuş gibi Borçlar Kanunu'nun⁹ borçlunun temerrüdünü genel olarak düzenleyen madde 101 – 108 hükümlerine başvurabilecektir. Bu görüş¹⁰, Borçlar Kanunu'nun 358. maddesinden ilham almaktadır¹¹. Ancak aşağıda ele alacağımız diğer bir görüşten farklı olarak bu hükmün kıyasen uygulanmasını değil, sorunun genel hükümler yoluyla çözülmesi gerektiğini savunmaktadır. Böylece borçlunun ifada bulunmayacağının anlaşıldığı hallerde, vade henüz gelmemiş olmasına rağmen, borç muaccel olmuş ve borç zamanında ifa edilmemiş gibi alacaklı Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde öngörülmüş olan seçimlik hakkı kullanabilecektir. Bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nin öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin yaklaşımına dayanmaktadır¹². Zira İsviçre Federal Mahkemesi de, borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanması taraftarıdır. Bununla birlikte Mahkeme, öncelenmiş borca aykırılık borçlu tarafından açıkça bildirilmedikçe veya kesin olarak anlaşılmadıkça, borçluya borcunu yerine getirmesi için bir süre verilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹³.

⁸ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 1009.

⁹ Kanun No: 818, Kabul Tarihi: 22 Nisan 1926, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 8 Mayıs 1926 - Sayı: 366, 3.t. Düstur, c.7 - s.763.

¹⁰ Bu görüş için bkz Oğuzman/ Öz, s. 326 ve Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 9. bası, İstanbul, 2006, s.1009 ve orada dipnot 104'de belirtilen BGE 69 II 244, BGE 105 II 31, BGE 110 II 143, Decurtins, Carl, Die Erfüllungsverweigerung von Fälligkeit in System der Vertragsverletzungen, Zürich, 1956, s. 73 vd, Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München, 1984, s. 177, Schenker; Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg, 1988, s. 83-85.

¹¹ Ancak, söz konusu hükmün niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu hususa baskın görüş, bu maddenin henüz işgörme sürecinde müteahhidi temerrüde düşürmek için öncelenmiş bir imkân ile temerrüdün seçimlik imkânlarından yararlanma imkânı sağladığını ileri sürmektedir. Bir diğer görüş ise müteahhidin işe başlayıp başlamamasına göre bir ayırım yapmak suretiyle, müteahhidin işe hiç başlamamış olması halinde iş sahibine seçimlik haklardan yararlanması mümkün iken, müteahhidin işe başlamış olması halinde sadece dönme hakkını kullanabileceğini ifade etmiştir. Son bir görüş ise, burada bir öncelenmiş temerrüt hali düzenlenmediğini, sadece iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı tanınmış olduğunu savunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Öz, Eser Sözleşmesi, s. 48.

¹² Eren, s. 1009 ve orada dn. 104'de anılan BGE 69 II 244, BGE 105 II 31, BGE 110 II 143, Decurtins, Carl, Die Erfüllungsverweigerung von Fälligkeit in System der Vertragsverletzungen, Zürich, 1956, s. 73 vd; Medicus, Dieter; Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München, 1984, s. 177; Schenker; Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg, 1988, s. 83-85.

¹³ Bu görüş için bkz. Serozan, Borçlar, s. 247.

Borçlar Kanunu'nun 106. maddesine göre, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için öncelikle uygun bir süre tayin etmelidir. Ayrıca verilen sürenin sonunda borcun halen daha ifa edilmemiş olması hâlinde, alacaklının ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilmesi için bu yollar-dan hangisini seçtiğini derhal borçluya bildirmelidir. Mehil sonunda alacaklı herhangi bir bildirimde bulunmamış ise, ancak gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep edebilir¹⁴. Görüldüğü üzere, Kanunumuz borçlu temerrüdü açısından asıl olanın aynen ifa olduğunu, aynen ifa yerine müspet zararın tazminini isteyen veya sözleşmeden dönen alacaklının bunu derhal bildirmesi zorunluluğunu kabul etmiştir. Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca ek süre vermenin faydasız olacağı hallerde, kesin vadeli işlemlerde veya alacaklının aynen ifada menfaatinin kalmadığı durumlarda alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır.

Böylece öncelenmiş bir sözleşmeye aykırılık halinde borçlu temerrüdü hükümleri uygulanacak ise, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre alacaklının borçluya bir mehil vermesi gerekecektir¹⁵. Bununla birlikte, öncelenmiş borca aykırılığın mevcudiyetine rağmen alacaklının vadeyi beklemeyi tercih etmesi durumunda, alacaklının 106. maddedeki imkânlardan yararlanması için artık temerrüt ihtarı çekmesine ve ek süre vermesine gerek kalmayacaktır¹⁶. Öncelenmiş borca aykırılık hallerinde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını kabul eden bu görüşün benimsenmesi halinde, borçluya son bir şans vermek daha uygun bir çözüm olacağından bu gibi hallerde 107. maddenin uygulanması daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak bu görüş uyarınca, borcunu ifa etmeyeceği açıkça belli olan borçluya karşı alacaklının elinde vadeyi bekleyerek cebri icra yoluyla edimin ifasını sağlamanın yanı sıra vadenin gelmesinden önce de ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep imkânları bulunmaktadır.

Öncelenmiş borca aykırılık hallerinde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması doktrinde bu hususun işin niteliğine ters düşeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁷. Zira borçlu temerrüdü hükümleri borcun vadesi gelmesine rağmen borcun ifa edilmemesi anlamını taşır ve henüz vadesi gelememiş bir alacak hakkı için borçlu temerrüdü hükümlerine dayanmak kıyasen dahi caiz olamayacak kadar kanunumuzun sistemine terstir¹⁸. Kaldı ki alacaklının, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep etmesi öncelenmiş borca aykırı-

¹⁴ Oğuzman/ Öz, s. 330; Serozan, Borçlar, s. 225 vd. Buna karşılık alacaklının yeni bir süre vermek ve sürenin sonunda seçim hakkını derhal kullanmak suretiyle bu iki imkândan birine başvurusu halen daha mümkündür.

¹⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararları için bkz. Serozan, Borçlar, s. 246 vd.

¹⁶ Serozan, Borçlar, s. 246 vd.

¹⁷ Oğuzman/ Öz, s. 327.

¹⁸ Oğuzman/ Öz, s. 327. Yazarlar ayrıca, bu görüşün ilham aldığı, Borçlar Kanunu'nun 358. maddesinin bir erken temerrüt halini düzenlemediğini, bu nedenle de bu hükümden yola çıkarak öncelenmiş borca aykırılık hallerinde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmanın isabetli olmadığını ifade etmektedirler. Oğuzman/ Öz, s. 327 dipnot 180.

lığın niteliğine de uygun değildir. Zira henüz ortada bir gecikme bulunmadığı için gecikme tazminatından söz etmek de mümkün değildir.

Öncelenmiş borca aykırılığa kıyasen borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması halinde alacaklının sözleşmeden dönmek ve müspet zararının tazmini istemek konusunda seçim hakkı sahip olması, bu görüşün olumlu yönü olarak göze çarpmaktadır. Ancak, alacaklının ifa yerine tazminat talep etmesi durumunda müspet tazminatın nasıl hesaplanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Zira müspet zarar alacaklının malvarlığının borcun ifa edilmiş olması halinde alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde arz ettiği durum arasındaki farkın hesaplanmasıyla tespit edilir. Alacaklının malvarlığının borcun vadesinde ifa edilseydi ne hale geleceğini, daha vadenin henüz gelmediği bir dönemde tespit etmek özellikle fark teorisinin uygulandığı durumlarda bazı sorunlara yol açabilecektir¹⁹.

İfa İmkânsızlığı Görüşü

Doktrinde, öncelenmiş borca aykırılığa, ifa imkânsızlığı sonuçlarının bağlanması gerektiğini ileri süren bir görüş bulunmaktadır²⁰. Bu görüş, cebri icrası mümkün olan edim borçları ile cebri icrası mümkün olmayan edim borçları arasında bir ayrım yapmıştır. Buna göre, cebri icrası mümkün olan borçlar açısından, alacaklının vadenin sonuna kadar beklemesi ve alacağını vadenin sonunda cebri icra mekanizması kullanmak suretiyle elde etmesi gerekir. Bununla birlikte, cebri icrası mümkün olmayan borcun ifa edilmeyeceğinin vadeden önce anlaşılması üzerine, borç ilişkisi imkânsızlık nedeniyle son erecek ve alacaklı Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca tazminat talep ede-

¹⁹ Alacaklının ifadan vazgeçerek müspet zararın istenmesi halinde kendi edimini ifa edip etmeme sorunu ortaya çıkacaktır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüdü hâlinde, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyen alacaklının kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığı hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Mübadele teorisi olarak adlandırılan bir görüşe göre (von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, cilt 1-2 (Çev: Cevat Edege); 2. bası, Ankara 1983, s. 78 vd.; Öz, Eser Sözleşmesi, s. 183 dn. 138), ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteyen alacaklı, mutlaka kendi edimini yerine getirmelidir. Kendi edimini yerine getirmeyip sadece bu edimin değeriyle müspet zararı arasındaki farkın tazminini talep etmekle yetinmesi mümkün değildir. Buna karşı fark teorisi olarak anılan diğer bir görüş (Eren, s. 1025, Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul, 1993, s. 870), karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyen alacaklının kendi edimini yerine getirmeyip, kendi ediminin değeriyle müspet zararının arasındaki farkın tazminini isteyebileceği yönündedir. Fark teorisi bir yandan işlemleri basitleştirmekte ve tazminat alacaklısını kendi edimini ifa etmek yükümlülüğünden kurtarmakta ise de, diğer yandan da kendi edimini esasen karlı bir şekilde değerlendiren alacaklının bunu gizleyerek haksız bir kazanç sağlamasına olanak tanımaktadır (Oğuzman/ Öz, s.347). Bunun yanı sıra doktrinde son bir görüş (Serozan, Borçlar, s. 247), müspet zararının miktarının belirlenmesinde hesabın fark teorisine göre mi yoksa mübadele teorisine göre mi yapılması gerektiği konusunda alacaklının seçim yetkisinin bulunduğunu savunmaktadır.

²⁰ Oğuzman/ Öz, s. 327.

bilecektir²¹. Borçlunun şahsi özelliklerinin önem taşıdığı yapma borçları açısından durum böyledir.

Böylece bir verme ediminin borçlusu vadeden önce borcunu ifa etmeyeceğini alacaklıya bildirmiş veya davranışlarıyla açıkça ortaya koymuş ise, edimin cebri icrasının mümkün olup olmadığı önem taşıyacaktır. Eğer söz konusu edimin cebri icrası mümkünse, alacaklının vadeye kadar beklemesi gerekmektedir. Bu kurguda, edim imkânsızlaşmadığı yani cebri icrası mümkün olduğu ve borçlunun da aczi söz konusu olmadığı için alacaklı açısından vadeyi beklemesi en uygun çözüm olarak nitelendirilmektedir²².

Bu görüşün temeli, ifası imkânsızlaşan her borcun sona ereceği; dolayısıyla borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı arasında borcun sona ermesi yönünden bir fark olmadığı görüşüne dayanmaktadır²³. Bu görüşe göre borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hâlinde borcun sona ereceğini benimsemek, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından önem taşımaktadır. Zira Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, imkânsızlık sonucu bir yandan borcundan kurtulan taraf, diğer yandan da karşı alacağını kaybetmektedir²⁴. Aynı sonucun borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hâlinde de uygulanması yerinde olacaktır²⁵. Buna göre sorumlu olduğu imkânsızlık sebebiyle kendi borcundan kurtulan borçlu, aynı zamanda karşı edimini de kaybedecek, diğer bir ifadeyle karşılıklı borçlar sona erecek ve alacaklının karşı edimini ifa etme yükümlü-

²¹ Oğuzman/ Öz, s. 327.

²² Oğuzman/ Öz, s. 327.

²³ Oğuzman/ Öz, s. 311 dn. 111 ve orada anılan Engel, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Neuchâtel, 1973, s. 464; Oğuzman/ Öz, 311-314 ve 444; Oğuzman, Kemal, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi*, İstanbul, 1955, s. 144-145; Öz, Eser Sözleşmesi, s. 156 dn. 12.

²⁴ Meğerki sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan bir istisna mevcut olsun. Bilindiği üzere bu konuda kanundan kaynaklanan en önemli istisna, Borçlar Kanununun 183. maddesidir. Bugün oldukça eleştirilen ve uygulama alanı olabildiğince sınırlanmaya çalışılan söz konusu hükme göre, parça satımında hasar sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçmekte ve edimin sözleşmenin kurulmasından sonra hasara uğraması veya tamamen telef olması hâlinde satıcı karşı edimini talep edebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, yapılan eleştirileri de göz önüne alarak hasarın intikali anı olarak zilyetliğin geçişi anını kabul etmiştir. Buna karşılık Uluslararası Satım Sözleşmeleri'ne ilişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) hasarın intikali anına ilişkin sorunların çözümünde teslim kavramını veya mülkiyetin geçişini esas almak yönündeki yaklaşımı benimsememiş, bunun yerine 67. vd maddelerde farklı olasılıkları dikkate alan daha esnek bir çözüm yolu kabul etmeyi tercih etmiştir. Anlaşma, gönderme borcu doğuran satım sözleşmelerini, nakil hâlinde bulunan malların satımını ve aranılacak veya götürülecek borç doğuran satım sözleşmelerini ayrı hükümlerle düzenlemiş durumdadır.

²⁵ Bu görüş doktrinde, özellikle iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshini kolaylaştırıcı bir durum yaratmak suretiyle işçi aleyhine sonuçlar doğurabileceği için eleştirilmiştir (Kaniti, Salamon; Mahkeme Kararları Kroniği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c.XXIX, sy.4, s. 1201 – 1223 (1206); Kocayusufoğlu, Necip; *Kitap Tanıtım: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi*, İstanbul Barosu Dergisi, c. XXIX, s. 8, s. 391-396 (394-395)).

lûğü söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı arasındaki tek fark, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık yüzünden borcun sona ermesi hâlinde, borçlunun Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca alacaklının uğradığı zararı tazminle yükümlü olmasıdır²⁶. Bununla birlikte, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığının borç ilişkisine olan etkisine ilişkin doktrindeki baskın görüşün bu yönde olmadığını belirtmekte fayda vardır²⁷.

Bunun yanı sıra, cebri icrası mümkün olmayan borçlar açısından, borçlunun borcunu vadesinden önce ifa edemeyeceğinin anlaşıldığı halleri bir ifa imkânsızlığı sayan bu görüşün kabul edilebilmesi, yine aynı yazarlar tarafından ileri sürülen ifa imkânsızlığı tanımının kabul edilmesine bağlıdır. Bilindiği üzere hâkim görüş ifanın mümkün olup olmadığını borçlu açısından değerlendirmekte iken²⁸, azınlıkta kalan bir görüş, ifa imkânsızlığını mevcut bir

²⁶ Oğuzman/ Öz'e göre buradaki tazminat borcu, asli edimin içeriğinin değişmesi anlamını taşımamaktadır; Kanundan doğan yeni bir borçtur. Bu bakımdan alacaklının tazminat talebinde bulunması için vadeye kadar beklemesi gerekmeyecek ve imkânsızlık anından itibaren tazminat alacağını talep edilebilecektir. Buna göre, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca borçlunun ödeyeceği tazminat, borcun konusu edim değil, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucu bir yaptırım olarak ödenecek tazminattır (Oğuzman/ Öz, 312). Dolayısıyla, tazmin edilecek zarar, alacak hakkının kaybindan kaynaklanan zarardır (Oğuzman/ Öz, 312, dn. 113).

²⁷ Doktrindeki hâkim görüşe göre, borçlu ifa imkânsızlığından sorumlu değilse, Borçlar Kanununun 117. maddesi uyarınca borç sona erecektir (von Tuhr (Edege), s. 569 vd; Eren, s. 1252; Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) 1. cilt, 2.Bası İstanbul 1977, s. 181 ve 188; Serozan, Borçlar, s. 198; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 853-854). Buna karşılık, borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise borcun içeriği değişerek Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca ifası imkânsızlaşan edimin yerini tazminat borcu alacaktır. Dolayısıyla borç sona ermeyeceğinden, borca ait ferî haklar devam edecek, borca ait zamanaşımı süresi işleyecek ve asıl borca ilişkin savunma imkânları da tazminat alacağına karşı ileri sürülebilecektir. Buna göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık sonucu, mübadele ilişkisi tazminat borcu ile alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu edim arasında devam edecek ve alacaklının borçlunun ediminin yerini alan tazminat alacağına kavuşabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan vadeye kadar beklemesi ve kendi edimini ifa etmesi gerekecektir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığın borcu sona erdirmeyeceği, sadece borcun içeriğini değiştirerek tazminat borcuna dönüştüreceği yönündedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 25.1.1993 tarih, 1992/8546 Esas ve 1993/348 Karar sayılı kararında, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığın borç ilişkisine olan etkisini inceleyerek, "*doktrindeki hâkim görüş uyarınca, borçlunun kusuru yüzünden ifa imkânsız hale gelse bile taraflar arasında borç ilişkisinin devam edeceğini, böyle bir imkânsızlığın yalnızca alacak hakkının içeriğini değiştireceğinden, imkânsızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümü alacağını ve taraflar arasında borç ilişkisi devam ettiği için rehin ya da kefalet gibi asıl alacağa bağlı teminatların, tazminat alacağı yönünden de devam edeceğini*" ifade etmiştir. (Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2.6.2004 tarih, 2003/6445 Esas ve 2004/3081 Karar sayılı kararı (Çevrimiçi 07 Nisan 2009 Kazancı Bilişim- Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).

²⁸ Borçlar Kanununun 96. ve 117. maddelerinde ifa imkânsızlığı kavramı açıkça tanımlanmamış, sadece ifa imkânsızlığının sonuçları düzenlenmekle yetinilmiştir. Öğretide imkânsızlık kavramına ilişkin çeşitli tanımlar verilmiştir. Durağa göre, ifa edile-

borcun ifasının cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesi olarak tanımlanmaktadır²⁹. İfa imkânsızlığının mevcut olup olmadığı borçlu açısından değerlendiren hâkim görüşün kabul edilmesi durumunda, öncelenmiş borca aykırılıkların da ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Kanaatimce öncelenmiş borca aykırılık hallerini ifa imkânsızlığına bağlayan bu görüşün en büyük sakıncası, alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı tanımaması ve özellikle verme borçlarında alacaklının vadeyi beklemek zorunda kalmasıdır. Her ne kadar yazarların kabul ettiği borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı sisteminde, karşılıklı olarak her iki borç da sona ermekte olduğu için, alacaklı kendi edimini ifa etmek yükümlülüğünden kurtuluyorsa da, cebri

meyen veya ifa edilemez hale gelen bir edimin ifası imkânsızdır (Dural, İmkânsızlık, s. 7). *Serozan'a* göre ifa imkânsızlığı, edimin içeriği değişmeksizin yani aliud ifa söz konusu olmaksızın, borçlunun aynen ifada bulunmasının olanak dışı olduğu, sürekli ve kalıcı nitelik taşıyan ve bu niteliği gereği temerrüdün karşısı olan bir ifa engelidir (Serozan, Borçlar, s. 163). *Eren* ifa imkânsızlığını dar anlamda ve edim sonucuna ilişkin ele alarak, edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler bakımından sürekli olarak yerine getirilmesinin mümkün olmaması olarak tanımlanmaktadır (Eren, s. 995). *Tandoğan'a* göre; sözleşmenin kurulması esnasında mevcut olmayan ancak sonradan ortaya çıkan, bertaraf edilemez nitelikteki bir engelin borçlunun edimini ifa etmesini engellemesi hâlinde ifanın imkânsız hale gelmesidir (Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, 1. bası, Ankara, 1961, s. 395). Buna karşılık, öğretide imkânsızlık kavramını geniş yorumlayarak, ifanın dürüstlük kuralı uyarınca borçludan beklenemeyeceği halleri de imkânsızlık kavramı içinde değerlendirmekte olan görüşler bulunmaktadır. (Bu görüşler için bkz. Tandoğan, Mesuliyet, s. 397 ve orada anılan Becker, H, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt. 2. Aufl. Bern, 1941, II. Abt. Bern 1934, Art. 97, Nr. 16-20; Oser-Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 1. Teil, 2. Aufl., Zürich, 1929, 2. Teil, 2. Aufl. Zürich, 1936, Art. 97, Nr.7; Barth, Hans Rudolf, Schadenersatz bei Nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Diss. Zürich, 1958, s. 22 vd.) Görüldüğü üzere tüm bu görüşler, ifa imkânsızlığını borçluyu dikkate alarak tanımlanmakta ve ifanın mümkün olup olmamasını borçlu açısından değerlendirilmektedir (ayrıca bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 907 vd; Oğuzman/ Öz, s. 306, dn. 82 ve orada anılan von Tuhr/ Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich, 1974, § 68, I, s. 94; Becker, Berner Kommentar zum Schweiz, Privatrecht, Obligationenrecht I. Abteilung, Bern, 1941, II. Abteilung, Bern, 1944, Art. 20 N. 2, Art.97, N.13, Bucher, E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich, 1988, s. 248; Guhl/ Merz/ Kummer, Das Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl. Zürich, 1980, s. 39).

²⁹ *Oğuzman/ Öz* ifa imkânsızlığı kavramını, alacaklının ifayı elde edebilmesi bakımından ele alarak, baskın görüşün aksine alacaklıyı nazara alarak bir tanım yapmak yoluna gitmiştir. Buna göre, ifa imkânsızlığı, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesidir. Alacaklının ifaya olan çıkarını üstün tutan bu görüşe göre, dürüstlük kuralı uyarınca alacaklının edimi imkânsızlaşmış saymakta haklı olup olmadığı tespit edilmek suretiyle; alacaklının her ne sebeple olursa olsun ifayı elde edemeyeceği bütün durumlar imkânsızlık olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda borçlu dilerse ifayı gerçekleştirebilecek olsa bile, alacaklı bunu sağlayamayacak ise ifa imkânsızlığının olduğu kabul edilmektedir. Böylece borçlunun ifadan kaçındığı ve cebri icranın mümkün olmadığı haller dahi bu görüşteki yazarlar tarafından ifa imkânsızlığı kavramı içine dâhil edilmiş olmaktadır. *Oğuzman/ Öz*, s. 305-310).

icranın mümkün olduğu durumlarda, alacaklı vadeyi beklemek ve kendi ediminin ifa zamanı daha önce ise kendi edimini yerine getirmek zorunda kalacaktır. Oysa borçlunun, borcunu yerine getirmeyeceğini açıkça ifade ettiği bir kurguda borçluyu kendi edimini ifa etmek ve vadeyi beklemek zorunda bırakmak ne menfaatler dengesine ne de hakkaniyete uygun bir çözüm tarzı değildir.

Sözleşmenin Müspet İhlali Görüşü

Doktrindeki baskın görüş, öncelenmiş borca aykırılığı, “sözleşmenin müspet ihlali”³⁰ olarak nitelendirmektedir³¹. Ancak, doktrinde sözleşmenin müspet ihlali olgusunun niteliği ve dolayısıyla bu olguya bağlanan sonuçlar açısından farklılıklar bulunmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak da öncelenmiş borca aykırılıkların akdin müspet ihlali teşkil ettiği yönündeki baskın görüş de kendi içerisinde ayrılmaktadır. Bazı yazarlara göre, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşmenin amacını tehlikeye sokma; sözleşmenin amacını ihlal niteliğinde olabileceği gibi soyut ve genel anlamda sözleşmenin müspet ihlali de söz konusu olabilir³². Söz konusu yazarlar bu gibi hallerde kötü ifanın sonuçlarının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, borçlu vadeyi beklemeksizin Borçlar Kanunu’nun 96. maddesi uyarınca tazminat isteyebilecektir³³. Bu görüş, henüz ifayı talep etmek mümkün olmadığı halde olumlu bir davranışla edimin kötü ifa edildiğinin ileri sürülemeyeceği gerekçe-

³⁰ Sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya sona erdirecek şekilde sonuç doğuracak davranışlardan kaçınmaya ilişkin genel yükümlülüğün ihlali sözleşmenin müspet ihlali-
lidir. Bu, kusurlu imkânsızlık ve temerrüt ayrımının dışında kalan bir borca aykırılık türüdür. Örneğin, istisna sözleşmesinden kaynaklanan borcunun ifası için eve gelen ustanın boruyu iyi sıkıması nedeniyle evi su basması veya işini bitirdikten sonra yere attığı sigaranın yangına sebep olması hâllerinde zarar sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle tazmin edilecektir. (Serozan, Rona, “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi” Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Y.2 Sy.3 1968, s. 111 (112)). Sözleşmenin müspet ihlalinin en tipik iki görünümü, asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yarayan yan edim yükümlülüklerine aykırılıklar ve koruma yükümlülüklerine aykırılıklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin müspet ihlali borçlu yapmaması gereken bir şeyi yapmaktır. Bir başka deyişle, borca aykırılık çoğu zaman olumlu bir fiil ile yani bir yapma fiili ile gerçekleştirilmektedir (İnal, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, 1. bası, İstanbul, 2004, s. 113). Ancak bugün artık bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranmak gibi “menfi” davranışların da sözleşmenin müspet ihlali teşkil edebileceği kabul edilmektedir. (Serozan, Borçlar, s. 242). Sözleşmenin müspet ihlali sonucunda meydana gelen zararın tazmini kusurlu imkânsızlık hükümlerinin kıyasen uygulanması ile sağlanmaktadır (Eren, s. 1001). Serozan’a göre sözleşmenin müspet ihlalinin temelinde MK m. 2/1, BK m. 96 ve m. 101 ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulandığı bir genel ilke bulunmaktadır (Serozan, Borçlar, s. 246).

³¹ Tandoğan, Mesuliyet, s. 401; Arslanlı, Halil, Ticari Bey’, 1. cilt, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa, 4. Bası, İstanbul, 1955, s. 555

³² Bu görüş için bkz. Serozan, Borçlar, s. 246.

³³ Arslanlı, Ticari Bey, s. 555; Tandoğan, Mesuliyet, s. 401; Tandoğan, Haluk, “Differentes Categories D’Inexécution Des Obligations Conventionnelles et Sanctions Qui Y Sont Attachees en Droit Turco-Suisse”, Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsh’e Armağan, Ankara, 1964, s. 409-438 (418), Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar, s. 465

siyle eleştirilmektedir³⁴. Ayrıca, bu görüşe getirilen bir diğer eleştiri ise Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi uyarınca zararın nasıl hesaplanacağına belli olmamasıdır³⁵. Kaldı ki, bu görüşün kabul edilmesi halinde borçlunun kusurlu olmadığı durumlarda alacaklının hiçbir talep hakkı kalmamaktadır. Bu nedenlerle borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin önceden anlaşıldığı bir durumda, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verilmelidir. Alacaklıya, sadece tazminat talep etme hakkı tanıyan bu görüş yeterli bir çözüm getirmemektedir.

Doktrinde bir diğer görüş, öncelenmiş borca aykırılığın, sözleşmenin amacını ihlal veya sözleşmeden kaynaklanan güven ilişkisinin temelden çöktürme niteliğinde bir sözleşmeye aykırılık olduğunu ileri sürmektedir³⁶. Buna göre, bu gibi durumlarda sözleşmenin tarafları arasındaki güven ilişkisini kökünden sarsıcı ve edim yükümünden soyut ve bağımsız bir davranış yükümüne aykırılık tipinde bir sözleşmenin müspet ihlali bulunmaktadır³⁷. Söz konusu davranış yükümü, borçlunun kendi rızasıyla ifayı gerçekleştirme ve alacaklının çıkarlarını tehlikeye sokmama yükümü olup, mağdur tarafın süre vermeksizin sözleşmeden dönme ve kusurlu taraftan tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır³⁸. Buna göre, öncelenmiş borca aykırılık, sözleşmenin tarafları arasındaki dürüstlük kuralından kaynaklanan güven ilişkisini ihlal etmektedir³⁹.

Bu durum alacaklı için sözleşmeyi çekilmez kılmaktadır ve bu nedenle alacağı tehlikeye düşen tarafa dürüstlük kuralından kaynaklanan bir sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır. Ayrıca güveni ihlal edilmiş olan alacaklıya da bu nedenle zararının tazminini talep etme olanağı verilmesi mümkündür⁴⁰. Öte yandan bu görüş, öncelenmiş borca aykırılığın borçlunun ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi gibi Borçlar Kanunun 107. maddesinin kıyasen uygulanabileceği bir durumdan kaynaklanması halinde, alacaklının süre vermeksizin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, öncelenmiş borca aykırılığın bu kadar açık olmadığı durumlarda, alacaklının borçluya davranışını düzeltmesi için bir süre vermesi gerekmektedir⁴¹.

Bu görüş, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisinin doktrinde kabul edilen hâkim görüşe göre alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı değil, sadece tazminat talep etme imkânı verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴². Kaldı ki, vadeden önce asli edim yükümünü açıkça ifa etmeyeceğini bildiren borçlunun yan edim yükümüne aykırılığı değil, asli edim yükümünün inkârı söz konusu olduğu ve bunun da sözleşmenin müspet ihlali sayılmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴³. Sözleşmenin müspet ihlali görüşüne getirilen eleştiriler-

³⁴ Oğuzman/ Öz, s. 326.

³⁵ Oğuzman/ Öz, s. 326.

³⁶ Serozan, Borçlar, s. 247.

³⁷ Serozan, Borçlar, s. 247.

³⁸ Serozan, Borçlar, s. 247; Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. bası, İstanbul, 2007., s. 318.

³⁹ Serozan, Dönme, s. 318

⁴⁰ Serozan, Dönme, s. 319

⁴¹ Serozan, Dönme, s. 319

⁴² Oğuzman/ Öz, s. 326.

⁴³ Serozan, Dönme, s. 317 ve orada dn. 185'de anılan Hüffer, Uwe, Der Kieslieferungsvertrag, Juristische Schulung, 1970, s. 457.

den bir diğeri ise, “sözleşmenin amacını ihlal” ya da “ifasını tehlikeye sokma” düşüncesinin, borçlu temerrüdü hükümlerine egemen olması itibarıyla zaten kanunun bu konundaki boşluğunu doldurmaya elverişsiz olmasıdır⁴⁴.

İfayı Tekeffül Borcuna Aykırılık Görüşü

Öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise *Common Law* sisteminden esinlenmiştir⁴⁵. Aşağıda açıklandığı üzere⁴⁶, *Common Law* sisteminde borçlunun öncelenmiş borca aykırılık bildirimi karşısında alacaklı derhal zararının tazminini isteme veya vadeyi bekleme haklarına sahiptir. Bununla birlikte, öncelenmiş borca aykırılık karşısında alacaklının sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır. Alacaklının tazminat talebinin dayanağı ise borçlunun borç taahhüdüne aykırı davranışdır. Zira *Common Law* sisteminde imkânsızlık – temerrüt veya kötü ifa gibi hukuki olgulara göre bir sınıflandırma yapılmaksızın, genel bir sözleşmeye aykırılık kavramı kabul edilmekte ve borçlunun borç taahhüdünün beraberinde aynı zamanda ifayı tekeffül ettiği ve borcunu ifa etmediği durumda da bu tekeffül borcuna aykırı davranmış olduğu kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da borçlunun kusurlu olup olmaması bir önem taşımamaktadır.

Common Law sistemindeki borç taahhüdüne aykırılık fikrinden hareket eden bu görüşe göre, borcu vadesinde ifa etmeyeceğini açıklayan borçlu, güven ilkesi uyarınca öncelenmiş borca aykırılığa katlanmalıdır ve bundan hareketle alacaklıya bir öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır⁴⁷. Ayrıca, alacaklının öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkı, borçlunun kusurundan ve sözleşmenin amacının tehlikeye girip girmemesi olgusundan bağımsız olup alacaklının bu itibarla borçluya son bir şans olarak ifayı yerine getirmek için ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır⁴⁸. Ancak, hemen hatırlatmak gerekir ki, bu görüşün dayandığı İngiliz hukukunda öncelenmiş borca aykırılık halinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkı bulunmamakta, alacaklı sadece borç taahhüdüne aykırılık nedeniyle tazminat isteyebilmektedir.

Bu görüşe doktrinde getirilen eleştirilerin başında, sözleşmeden dönme yaptırımının borçlunun kusurundan bağımsız olarak uygulanabilmesi gelmektedir. Zira bu durumda borçlunun sözleşmeden olan menfaatleri tamamen göz ardı edilmiş olmaktadır⁴⁹. Öte yandan, bu durumda tazminat istenebilmesinin

⁴⁴ Serozan, Dönme, s. 317 ve orada dn. 184’de anılan Merz, ZGB 2 N 448.

⁴⁵ Serozan, Borçlar, s. 247; Serozan, Dönme, s. 315.

⁴⁶ İngiliz hukukunda öncelenmiş borca aykırılık kavramına bağlanan sonuçlar için bkz. aşağıda Bölüm § II A.

⁴⁷ Bu görüşler için bkz. Serozan, Dönme, s. 316. Bu görüşü savunan yazarlara göre, borçlunun vade gününde bu öncelenmiş borca aykırılık bildiriminin tersine hareket etmesi *venire contra factum proprium* sayılacağından dikkate alınmayacaktır.

⁴⁸ Serozan, Dönme, s. 316 ve orada dn. 180’de anılan Rabel, Ernst, Das Recht des Warenkaufs I Band, Berlin, 1957, s. 382, Esser, Josef, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Karlsruhe, 1970, § 52 VI 4, s. 386, Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, s. 162 i.s., Emmerich, Volker, Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts, § 14 IV5, s. 414; von Caemmerer, Ernst, NJW 1956, 596/70.

⁴⁹ Serozan, Dönme, s. 316. Kanaatimce bu eleştiride haklılık payı bulmak güçtür. Zira hukukumuzda sözleşmeden dönme hakkının kabul edildiği başlıca hal olan borçlu

ancak borçlunun bildiriminin bir zarar ödeme vaadi olarak nitelendirilmesi gibi zorlama bir çözüm ile mümkün olabilmesi de doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁰.

Borçlar Kanunu'nun 358. Maddesi'ni Kıyasen Uygulayan Görüş

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Borçlar Kanunumuzda öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 358. maddesi uyarınca *"müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebilir."* Dolayısıyla, eser sözleşmelerinde, müteahhidin işi vadeye yetiştiremeyeceğinin açık olduğu hallerde iş sahibine bir sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, bu hüküm hukuki kıyası⁵¹ yoluyla bütün sözleşmelere uygulanabilecektir⁵².

Söz konusu hükümde borçlu müteahhidin edimini zamanında ifa etmeyeceğini açık olarak bildirmesi, yani bir irade beyanı değil, müteahhidin sözleşmeyi ifa etmeyeceğinin anlaşıldığı bir irade faaliyeti söz konusudur⁵³. Bu nedenle, doktrinde eser sözleşmesinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce, borçluya ifa için ek süre niteliğinde son bir şans vermesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴. Öte yandan, borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin açıkça bildirildiği veya kesin olarak anlaşıldığı durumlarda ise Borçlar Kanunu'nun 107. maddesi hükmü kıyasen uygulanacak ve artık dönme hakkının kullanılması için müteahhide süre verilmesine gerek kalmayacaktır⁵⁵.

Alacaklıya dönme hakkı tanınması nedeniyle olumlu gözüken bu görüşün en büyük sakıncası, eser sözleşmesine ilişkin bir hükümden yola çıkarak tüm sözleşmelere uygulanacak bir hükmün kıyas yoluyla yaratılmış olmasıdır. Gerçi aynı esas bugün dürüstlük kuralının da yardımı ile Borçlar Kanunu'nun 365.

temerrüdü de borçlunun kusurundan bağımsızdır. Kusur dönme açısından değil, tazminat yaptırımı bakımından önem kazanır.

⁵⁰ Serozan, Dönme, s. 316 ve orada dn. 181'de anılan Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts 1 Band, Allgemeiner Teil, München Berlin, 1967, § 23 I'de dn. 3; Hüffer, Uwe, Der Kieslieferungsvertrag, Juristische Schulung, 1970, s. 457.

⁵¹ Öğretide toplu kıyas ya da ilke kıyası olarak da anılan hukuki kıyas (*Rechtsanalogie*) kanun boşluğunun, birden fazla yasa kuralından hareketle elde edilen ortak genel ve temel bir ilkeyle doldurulmasıdır (Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. bası, İstanbul, 2008, s. 129) Hukuki kıyasın en tipik örneği, işlem temelinin çökmesi nedeniyle uyarılama veya sözleşmeden dönme yetkilerinin tanınmasıdır.

⁵² Atamer, CISG, s. 409, dn. 687.

⁵³ Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. bası, İstanbul, 2007, s. 318.

⁵⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, 2. cilt, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri / Vekaletsiz İş Görme / Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 4. bası, Ankara 1989; s. 118; Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, 2. cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. bası, İstanbul, 1977, s. 448

⁵⁵ Serozan, Dönme, s. 318.

maddesinin 2. fıkrası açısından da kabul edilmekte ve bu hükümden yola çıkılarak işlem temelinin çökmesine ilişkin genel bir kural yaratılmaktadır⁵⁶.

Karşılaştırmalı Hukukta Öncelenmiş Borca Aykırılık

A- Common Law Sisteminde

*Common Law*⁵⁷ sisteminde hâkim olan en temel ilkelerden biri, Sanctity of Contract teorisidir⁵⁸. Buna göre, sözleşme alacaklıya hakkı olanı elde edeceğine dair verilen bir garanti olarak nitelendirildiğinden⁵⁹ sözleşme ile borç altına giren kişi bununla her koşulda bağlıdır⁶⁰. Bu prensibin beraberinde getirdiği bir diğer sonuç ise, kural olarak her sözleşmenin sürekli bir borç taahhüdü içerdiğidir⁶¹. Buna göre, borçlu borcunu ifa etmezse, bu durumda borçlunun veya yardımcılarının kusurundan bağımsız olarak tazminat ile sorumludur⁶². Bu temel prensip, *Common Law* sisteminde *Civil Law* sisteminin, tersine imkânsızlık, temerrüt veya kötü ifa gibi hukuki olgulara göre bir sınıflandırma yapılmamasının nedenidir. Buna göre, genel bir sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun borç taahhüdünün beraberinde getirdiği ifayı tekeffül borcuna aykırı davrandığı ve tazminat ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁶³.

⁵⁶ İşlem temelinin kuralının hukuki kıyas yoluyla doldurulmasına ilişkin Bkz. Serozan, Rona, "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1013- 1030 (1024)

⁵⁷ "Common Law" ifadesi İngiliz hukukunda birden fazla anlam taşımaktadır. Öncelikle, common law ifadesiyle anlaşılan Türkçe'de "Anglo-Amerikan hukuk sistemi" olarak adlandırılan, hukuk kurallarının kaynağında hâkimin hukukunun bulunduğu hukuk sistemidir. Bu sistem başta İskoçya dışında Birleşik Krallık ve ABD olmak üzere Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Hindistan, Güney Afrika, Filistin gibi birçok ülkede uygulanmaktadır (Smits Jan M. (Haz.); Samuel, Geoffrey; Elgar Encyclopedia Of Comparative Law, 1. bası, Cheltenham, UK, 2006, s. 145). Bu bakımdan, sadece "Birleşik Krallık ve Amerika'yı karşılayan "Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi" ifadesi yerine uluslararası yaygınlığı olan "Common Law" ifadesinin kullanılması bu çalışma kapsamında tercih edilmiştir. Bu çalışmanın kapsamında Common Law sistemi İngiliz hukukunu esas almaktadır. Zira bu sistem tüm common law sistemi uygulayan ülkelerin temel aldıkları hukuk sistemidir. Bununla birlikte, Amerikan hukuku ancak ayrıldıkları noktalar ile özel düzenlemeleri ayrıca belirtilecektir.

⁵⁸ Sözleşmenin kutsallığı anlamına gelen bu teori "Absolute Contract" olarak da anılmaktadır ve civil law sistemindeki "pacta sunt servanda" ilkesine karşılık gelmektedir.

⁵⁹ Schwarz, Andreas, "Harbin Hususi Akitlere Etkisi" Adliye Ceridesi, y. 35 (1944) sy. 2 s. 186 - 202 (196).

⁶⁰ Perillo, Joseph M., Calamari and Perillo on Contracts, St. Paul, Minn., 5. bası, 2003, s. 513. Bu yönde mahkeme kararları için bkz. United States v. Verdugo-Urquidez, 939 F.2d 1341, 1362 (9th Cir. 1991); Nike Int'l, Ltd. v. Athletic Sales, Inc., 689 F. Supp. 1235 (D.P.R. 1988); Mo. Hous. Dev. Comm'n v. Brice, 1988 WL 142978 *3 (E.D. Mo.).

⁶¹ Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein, Introduction to Comparative Law, (Çev: Tony Weir), 3. bası, New York 1998, s. 503.

⁶² Zweigert/ Kötz, s. 503.

⁶³ Zweigert/ Kötz, s. 503.

Common Law sisteminde sözleşmenin taraflarından birinin borcunu vade tarihinde ifa etmeyeceğini önceden ve açıkça diğer tarafa bildirdiği veya taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranacağının kesin olarak anlaşıldığı durumlar öncelenmiş sözleşme ihlali olarak nitelendirilmektedir⁶⁴. Bu durumlarda, alacaklının elinde iki imkân vardır; ya borca aykırılığın varlığını vadeden önce kabul edecektir ya da ifayı talep ederek, harekete geçmek için vadenin gelmesini bekleyecektir⁶⁵. Ancak, alacaklının öncelenmiş borca aykırılığı kısmi olarak kabul etmesi mümkün değildir⁶⁶. Bir başka deyişle, sözleşmenin belli hükümlerini ayakta tutarken, diğer hükümlerinde öncelenmiş borca aykırılığa dayalı olarak talepte bulunamaz.

Alacaklı öncelenmiş borca aykırılığı kabul etmiş ise, vadeyi beklemeden hemen tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır⁶⁷. Bu kural, İngiliz *Hochster v. De la Tour* kararıyla⁶⁸ getirilmiştir. Ancak bu kural doktrinde tazminatın hesaplanması açısından yaratabileceği sıkıntılar nedeniyle eleştirilmiştir⁶⁹. Zira tazminata vade henüz gelmeden hükmedilmesi halinde dikkate alınacak piyasa değeri vade tarihindeki değer olmayacaktır. Dolayısıyla, hükmedilecek olan tazminat zararı tam olarak yansıtmayacaktır. Bir diğer eleştiri ise, bu kuralın uygulanması halinde borçlunun zamana yayılmış olan borçları açısından tazminat ödeme zorunluluğunun doğmasıdır. Bir başka deyişle, taksitli olarak kredi ödemesi olan bir borçlunun, borcunu ödemeyeceğinin anlaşılması üzerine, tüm borcu üzerinden tazminat ödemek zorunda kalmasıdır. Bu eleştirilere göre, öncelenmiş borca aykırılık halinde, alacaklıya öncelenmiş bir sözleşmeden dönme hakkı tanınması, ancak tazminat talep edebilmesi için vadeye kadar beklemesi daha uygun bir çözüm olarak ileri sürülmüştür.

Bununla birlikte, kabul edilen görüş, alacaklının öncelenmiş borca aykırılığı kabul etmekle tazminata hak kazanması kuralının, zararı azaltmak açısından etkin bir çözüm olduğudur. Zira alacaklının borcunu borçludan önce ifa ettiği bir kurguda, alacaklı sözleşmeden dönse bile tazminat hakkının doğması için vadeyi beklemek zorunda kalacak ve böylece kaçıracağı ikame sözleşme fırsatları nedeniyle zararı artacaktır.

Alacaklının, öncelenmiş borca aykırılığı kabul etmesinin diğer bir sonucu, sözleşmeden dönme hakkına da sahip olmasıdır. Buna göre, alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmeden kaynaklanan tüm müs-

⁶⁴ Treitel, Sir Guenter, *Remedies for Breach of Contract*, 1. bası, Oxford 1988, s. 379. *Common Law* sisteminde öncelenmiş borca aykırılık hallerine karşılık “*anticipatory non-performance*” veya “*anticipatory repudiation*” kavramları kullanılmaktadır.

⁶⁵ Peel, Edwin, Treitel *The Law of Contract*, 12. bası, London, 2007, s. 846; Chitty, Joseph; Beale, Hugh, *Chitty on Contracts: General Principles*, London, 29. Bası, 2004, s. 1383; McKendrick, Ewan; *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 2. bası, New York 2005; s. 1142; Treitel, *Remedies*, s. 379 Zweigert/ Kötz, s. 503. Amerikan hukukunda da aynı prensip kabul edilmiştir. bkz. Perillo, s. 495 vd.

⁶⁶ Peel, *Contract*, s. 847.

⁶⁷ Peel, *Contract*, s. 847; Chitty on *Contracts*, s. 1384; Treitel, *Remedies*, s. 379.

⁶⁸ *Hochster v. De La Tour* Queen's Bench [1853] (Çevirimiçi 09 Eylül 2009 British and Irish Legal Information Institute <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J72.html>)

⁶⁹ Bu eleştiriler için bkz. Peel, *Contract*, s. 848.

takbel edimlerini ifa etmekten kurtulacaktır⁷⁰. Ayrıca, bu durumda alacaklının tazminat talep etmek için kendi edimini ifa etmesine de gerek kalmayacaktır⁷¹. Ancak, burada öncelikli sorun sözleşmeden dönmenin hangi durumlarda talep edilebileceğidir. Bu sorun, Common Law sisteminde sözleşmeden dönmeyi belli şartlara bağlama ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, öncelenmiş borca aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönebilmek için borca aykırılığın müstakbel sonuçlarının esaslı olması gerekmektedir⁷². Buna göre, öncelenmiş borca aykırılık borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açık ve kesin bir şekilde ortaya koyması veya beyan etmesi durumunda, borçlunun sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceği yönünde makul bir düşüncenin oluşması ve borçlunun kendisini edimini ifa edemeyecek bir duruma sokması durumlarında söz konusu olacaktır⁷³. Buna göre, mahkeme alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için, bu hakkın kullanıldığı sıradaki mevcut koşulları dikkate alınacaktır⁷⁴.

Amerikan hukukunda da hâkim olan görüş, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için borçlunun ihlalinin esaslı olması gerektiği yönündedir⁷⁵. Bu görüşü ileri süren yazarlar, esaslı ihlal kriterinin belirlenmesinde Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu'nun⁷⁶ (Uniform Commercial Code) 2-610. bölümünde⁷⁷ yer alan, öncelenmiş borca aykırılığın, alacaklı açısından

⁷⁰ Peel, Contract, s. 852.

⁷¹ Peel, Contract, s. 852.

⁷² Peel, Contract, s. 849; Treitel, Remedies, s. 379. Öte yandan belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda öncelenmiş borca aykırılık halinde sözleşmeden dönme yaptırımının, sözleşmeyle açıkça ifade edilmiş olması halinde de mümkün olabileceği ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması halinde ihlal esaslı olmasa da öncelenmiş borca aykırılık halinde sözleşmeden dönmek mümkün olacaktır. Bu görüş için bkz. Treitel, Remedies, s. 380.

⁷³ Bu durumlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Peel, Contract, s. 849 - 852; Treitel, Remedies, s. 379 vd.

⁷⁴ Peel, Contract, s. 850.

⁷⁵ Treitel, Remedies, s. 379.

⁷⁶ Yeknesak Ticaret Kanunu'nun (Uniform Commercial Code) öncelenmiş borca aykırılık hallerine ilişkin kuralları esas olarak sadece mal satımlarına ilişkin sözleşmelere uygulanmakla birlikte, bu kuralın kıyas yöntemiyle diğer borca aykırılıklara da uygulanması mümkündür (Perillo, s. 494).

⁷⁷ § 2-610. Anticipatory Repudiation

When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may

(a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or
(b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and

(c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704). (Çevrimiçi 10 Eylül 2009 Cornell University Faculty of Law Legal Information Institute <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-610.html>)

sözleşmenin değerini azaltması gerektiği kuralından hareket etmektedirler⁷⁸. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda da bu kuraldan hareket edilerek sözleşmeden dönme hakkı "esaslı bir sözleşmeye aykırılık" bulunması şartına bağlamaktadır⁷⁹.

Öte yandan, öncelenmiş borca aykırılık halinde alacaklıya tanınan bu tazminat talebi ve sözleşmeden dönme haklarının temelini gelecekte müstakbel borca aykırılığı oluşturmamaktır, bir başka deyişle bu öncelenmiş tazminat ve dönme hakkının temeli borca aykırılık değildir⁸⁰. Bu hakların dayanağı, borçlunun vadeden önce borca aykırı davranacağını anlaşılmaması ve bu nedenle oluşabilecek zarar ve masrafların önlenmesidir.

Alacaklının, elindeki bir diğer imkân ise ifayı talep ederek, harekete geçmek için vadenin gelmesini beklemektir⁸¹. Bu durumun öncelikli sonucu sözleşmenin mevcut koşullarda devam etmesidir⁸². Buna göre, alacaklı kendi edimini ifa etmekle yükümlüdür. Bu durumda, alacaklı vadeyi bekleyecek ve borç muaccel olduktan sonra taleplerini ileri sürebilecektir⁸³.

Bunların yanı sıra, *Common Law* sisteminde sözleşmenin ihlal edileceğini düşünen alacaklının karşı taraftan bir teminat talep etmesi her zaman mümkündür⁸⁴. Buna göre, Amerikan hukukunda Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu'nun (Uniform Commercial Code) 2-609. bölümünde⁸⁵ borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini düşünmekte haklı nedeni olan alacaklının, kendi ediminin ifasını askıya alması⁸⁶, borçludan teminat talep etmesi ve teminatın

⁷⁸ Treitel, Remedies, s. 380.

⁷⁹ Viyana Satım Sözleşmesi'nde öncelenmiş borca aykırılık kavramına bağlanan sonuçlar için bkz. aşağıda Bölüm § II B 1.

⁸⁰ Chitty on Contracts, s. 1384; Perillo, s. 497.

⁸¹ Peel, Contract, s. 852; McKendrick, s. 1142; Chitty on Contracts, s. 1385.

⁸² Peel, Contract, s. 852.

⁸³ Peel, Contract, s. 852.

⁸⁴ Bridge, Michael; The International Sale of Goods, 2. bası Oxford, 2007, s. 576; Perillo, s. 492.

⁸⁵ 2-609. Right to Adequate Assurance of Performance.

(1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return.

(2) Between merchants the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered shall be determined according to commercial standards.

(3) Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party's right to demand adequate assurance of future performance.

(4) After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract. (Çevrimiçi 10 Eylül 2009 Cornell University Faculty of Law Legal Information Institute <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-609.html>)

⁸⁶ Öte yandan, İngiliz hukukunda kural olarak kabul edilmemektedir (Bridge, s. 573).

gösterilememesi halinde öncelenmiş borca aykırılığın sonuçlarını talep etmesi mümkündür⁸⁷.

B- Hukuk Uyumlaştırma Çalışmaları

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması⁸⁸ madde 71/1 uyarınca, *“Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın; (a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.”* Buna göre, Viyana Satım Sözleşmesi'nin öncelenmiş borca aykırılık halinde taraflara tanıdığı ilk imkân kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya almaktır⁸⁹. Ancak madde 71/3 hükmü uyarınca bu hakkını kullanmak isteyen tarafında, karşı tarafa derhal bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Bunun üzerine, karşı tarafın yeterli teminat göstermesi halinde, askıya alan taraf ifaya devam etmekle yükümlüdür.

Bununla birlikte, Viyana Satım Sözleşmesi madde 72/1 hükmü uyarınca *“Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşikâr ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir”*. Buna göre, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceğinin vadeden önce anlaşılması durumunda, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilecektir. Bununla birlikte, tarafların bu haklarını kullanabilmeleri için karşı tarafın sözleşmeyi esaslı surette ihlal⁹⁰ edecek olması ve bu

⁸⁷ Perillo, s. 493 vd. Bu düzenleme esasında, borçlunun acze düşmesi halinde alacaklıya kendi borcunu yerine getirmekten kaçınabilme ve yeterli teminat gösterilmezse sözleşmeden dönme hakkı veren Borçlar Kanunu'nun 82. maddesine benzetilmektedir. Ancak, bu düzenleme 82. maddeye göre daha geniş uygulanmakta ve aciz hali dışındaki durumları da kapsamaktadır.

⁸⁸ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 11 Nisan 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler'in himayesinde Viyana'da toplanan diplomatik bir konferansta milletlerarası ticari mal satımlarına uygulanacak kuralları yeknesak hale getirmek amacıyla imzalanmış ve 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir. Antlaşma, uluslararası mal satımlarına ilişkin satım sözleşmelerinin kurulması, ifası ve ifa edilmemesi halinde uygulanacak yaptırımları ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

⁸⁹ Öte yandan belirtmek gerekir ki, madde 71 hükmü hem öncelenmiş borca aykırılık hem de kısmi ifa hallerine ilişkindir. (Felemegas, John; Eiselen, Sieg; *“Anticipatory Breach: Remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplelement Articles 71 and 72 of the CISG”*; An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, 1. bası, Cambridge 2007, s. 461-465 (462))

⁹⁰ Sözleşmenin esaslı ihlali CISG madde 25'de tanımlanmış olup buna göre, *“taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı sözleşme uyarınca beklemekte olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içinde makul kişi de öngöremeyecek olsun.”* Bu hüküm uyarınca esaslı ihlalin belirlenmesinde önemli ölçüde yoksun kalma ile öngörülebilme kıstasları getirilmiştir (Atamer; Yeşim M. (Haz.);

durumun açık olması gerekmektedir⁹¹. Bir başka deyişle, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmeden dönme imkânından faydalanmak, ancak vade tarihinde aynı ihlalin gerçekleşmesi halinde sözleşmeden dönme imkânının bulunduğu hallerde kabul edilecektir⁹².

Öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin, Viyana Satım Sözleşmesi'nin 72. maddesinin "Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler" başlığında yer aldığından sözleşmenin her iki tarafına da uygulanabilecektir⁹³. Bu hükümden kaynaklanan dönme hakkının uygulanmasında Viyana Satım Sözleşmesi'nin 49. madde hükmünde yer alan dönme hakkının uygulanmasındaki koşullar dikkate alınacaktır. Buna göre, sözleşmeden dönmek isteyen taraf, bunu beyan etmelidir. Burada, beyan 49. maddede olduğu gibi bir süreye tabi olmamakla birlikte, öncelenmiş borca aykırılığın niteliği gereği dönme hakkının vadeye kadar kullanılması gerekmektedir⁹⁴. Dönme hakkının kullanılmasıyla karşılıklı edimler sona erecektir ve bundan sonra değişen koşullar ifayı mümkün kılarsa dahi sözleşme ilişkisi tasfiye edilecektir. Öte yandan, bu noktada tartışmalı olan bir husus Viyana Satım Sözleşmesi'nin 72. maddesi uyarınca sözleşmeden dönme hakkı kazanan tarafın, bu hakkını kullanmayarak vadeye kadar beklemesinin Viyana Satım Sözleşmesi'nin 77. maddesinde öngörülmüş olan zararı asgaride tutma yükümlülüğüne aykırı bir davranış kabul edilip edilmeyeceğidir⁹⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Viyana Satım Sözleşmesi öncelenmiş borca aykırılık düzenlemeleri ağırlıklı olarak satıcıyı korumaktadır⁹⁶. Özellikle madde 71/2 hükmünde yer alan, öncelenmiş borca aykırılık halinde, satıcının göndermiş olduğu malların alıcıya verilmesini engelleme hakkı bunun bir yanmasıdır.

Huber, Peter, Milletlerarası Satım Hukuku, "CISG- Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları", (Çev. Başak Başoğlu), 1. bası, İstanbul, 2008, s. 267- 287(280)). Esaslı ihlal niteliğindeki hallerin başında kesin vadeli sözleşmelerde teslimin vadeden sonra yapılması gelmektedir. CISG uyarınca esaslı ihlale ilişkin Bkz. Atamer, CISG, s. 292 vd.

⁹¹ Schlechtriem, Peter; Schwenzer, Ingeborg (Haz.); Honung, Rainer; Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2. bası, Oxford, 2005 art. 72 N. 10, Atamer, CISG, s. 409.

⁹² Lubbe, Gerhard, "Fundamental Breach under CISG: A source of Fundamentally Divergent Results" RabelsZ 68 (2004), 444-472. (466); Schlechtriem/ Schwenzer/ Honung, art. 72 N. 27; Bernstein, Herbert; Lookofsky, Joseph; Understanding the CISG in Europe, 3. bası, The Hague, 2008, s. 149; Atamer, CISG, s. 410.

⁹³ Atamer, CISG, s. 409 dn. 688.

⁹⁴ Atamer, CISG, s. 411.

⁹⁵ Bu husustaki tartışmalar için bkz. Atamer, CISG, s. 425 vd.

⁹⁶ Bernstein/ Lookofsky, s. 149.

2. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’in⁹⁷ (“Unidroit İlkeleri” veya “PICC”) “Öncelenmiş Borca Aykırılık” (Anticipatory Non-Performance) başlıklı 7.3.3 hükmü ile “Sözleşmenin Gereği gibi İfası İçin Gerekli Güvence” (Adequate Assurance of Due Performance) başlıklı 7.3.4 hükümleri öncelenmiş borca aykırılık hallerine bağlanması gereken sonuçları düzenlemektedir. Unidroit İlkeleri’nin 7.3.3 hükmü uyarınca taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceğini açık olarak bildirmesi üzerine diğer tarafa açık olarak sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Unidroit İlkeleri’nin 7.3.4 hükmünde ise karşı tarafın sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceğini düşünen alacaklının sözleşmenin ifası için yeterli güvenceyi talep etme ve kendi ifasından kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, borçlunun güvence göstermekten kaçınması halinde alacaklı sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Doktrinde her iki hükmün birlikte okunması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁸. Buna göre, sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlal edileceğine düşünen alacaklı öncelikle, borçludan madde 7.3.4 uyarınca kendisine yeterli güvencenin gösterilmesini talep edebilecektir. Bunun sonunca, alacaklı madde 7.3.4 uyarınca borçlunun makul sürede kendisine güvence göstermemesi veya 7.3.3 hükmü uyarınca sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlal edileceğinin kesin olarak anlaşılması hallerinde sözleşmeden dönebilecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken nokta, 7.3.3 hükmünün ancak sözleşmeye aykırılığın kesin olarak beklenebildiği hallerde uygulanabilecek olduğudur⁹⁹. Bununla birlikte, 7.3.4 hükmü sözleşmeye

⁹⁷ Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) tarafından sözleşmeler hukukunun genel hükümlerine ilişkin sorunların tespit edilmesi fikriyle başlatılan çalışmalar sonunda 1994 yılında tamamlanarak yayınlanmıştır. Ancak bu kurallarda yer alan bazı eksik düzenlemelerin tamamlanması yönünde uygulamadan gelen talep üzerine 2004 yılında genişletilerek son hali yayınlanmıştır. Bağlayıcı nitelikte olmayan ve borçlar hukuku genel hükümlerine ilişkin düzenlemeler getiren bu ilkelerin amacı ve uygulama alanı “İlkelerin Amacı” başlıklı giriş bölümünde sayılmıştır. Buna göre, Unidroit İlkeleri öncelikle tarafların sözleşmelerinde bunu açıkça kararlaştırmış olmaları veya tarafların sözleşmelerinin “genel hukuk ilkelerin” veya “lex mercatoria”ya tabi olacağını öngörmeleri hallerinde bu kuralların uygulanması mümkündür. Bununla birlikte, tarafların sözleşmelerinin tabi olacağı hukuka ilişkin hiçbir düzenleme bulunmayan durumlarda da ihtilafa bu kuralların uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bunların yanı sıra, Unidroit ilkeleri, milletlerarası yeknesak hukuk araçlarının ve ulusal hukukların yorumlanması ve tamamlanmasında ve hatta borçlar kanunlarını yeniden kaleme alan ülkelerin yasama organlarına yol gösterecektir. (bkz. Oğuz, Arzu; “Hukuk Tarihi Ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) -Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği”, AÜHF 2001, Cilt 50 Sayı 3 s. 11-55; Dayındarlı, Kemal; “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan Yıl 23, Sayı 1 – 2, 2003, s. 203-249)

⁹⁸ Vogenauer, Stefan; Kleinheisterkamp, Jan (Haz.); Huber, Peter; Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 1. bası, New York, 2009, s. 845.

⁹⁹ Unidroit International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome 2004, s. 225.

aykırılığın ileride gerçekleşeceğine ilişkin bir şüphe olduğu durumlarda dahi uygulanmaktadır.

Öte yandan, 7.3.3 hükmünün resmi şerhinde, henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşmesi beklenen sözleşmeye aykırılığın, vade tarihinden sonra sözleşmenin ihlal edilmesine eş olduğu, ancak bu hakkın kullanılması için borçlunun sözleşmeye aykırı davranacağına kesin gözüyle bakılması, sözleşmeye aykırılığın esaslı olması ve borçluya bir ihtarda bulunulması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁰.

Unidroit İlkeleri'nin resmi şerhinde 7.3.3 hükmünün uygulamasına ilişkin iki örnek verilmiştir¹⁰¹. İlk örnekte, borçlu borcunu ifa etmeyeceğini daha vade günü gelmeden alacaklıya bildirmiştir. Diğer örnekte ise, Montreal'e 3 Şubat günü gemiyle mal teslim etmeyi taahhüt etmiş olan borçlunun, halen yolda olan gemisinin Montreal'e ancak 3 Şubat tarihinden sonra ulaşmasının mümkün gözüktüğü bir kurgu verilmiştir. Buna göre, her iki durumda da alacaklının öncelenmiş borca aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönmesi mümkün gözükmemektedir. Bunların yanı sıra, doktrinde satım sözleşmesine konu olan malların sağlanmasının borçlu açısından çok güç olması veya parça satımında sözleşme konusu malların ziyaa olması da öncelenmiş borca aykırılık halleri arasında sayılmıştır¹⁰².

3. Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri'nde

Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri'nin¹⁰³ ("Avrupa Sözleşmeler İlkeleri" veya "PECL") çıkış noktası Avrupa Birliği sözleşme hukukunun yaratılması için altyapı oluşturulmasıdır ve bu bağlamda Common Law ve Civil Law sistemlerini uyumlaştırmayı ve Avrupa'daki farklı hukuki düzenlemelerin yeknesaklaştırılması için uzlaştırıcı çözümler getirmeyi amaçlamaktadır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Unidroit 2004, s. 225.

¹⁰¹ Söz konusu örnekler için bakınız Unidroit 2004, s. 225.

¹⁰² Vogenauer / Kleinheisterkamp / Huber; s. 848.

¹⁰³ Avrupa Birliği içinde, bir Avrupa Borçlar Kanununa ihtiyaç duyulması üzerine özel bir inisiyatif tarafından Prof. Ole Lando başkanlığında 1980 yılında başlatılan çalışmaları neticesinde 1999 yılında Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri'nin birinci ve ikinci bölümleri, ardından 2003 yılında da üçüncü bölümü yayınlanmıştır. Söz konusu ilkelerde sözleşmeler hukukunun genel hükümleri düzenlemiştir. Avrupa Birliği ilkelere amacını m. 1:101 hükmünde açıklanmış olup, buna göre sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinin saptanmasının, Avrupa ortak pazarını güçlendireceği, bir Avrupa Birliği sözleşme hukukunun yaratılması için altyapı oluşturacağı, uluslararası mahkeme ve kanun koyucular için bir yönerge teşkil edeceği ve *common law* ile *civil law* arasında bir köprü vazifesi göreceği düşünülmüştür. Bu doğrultuda, Avrupa Birliği ilkeleri tarafların sözleşmede açıkça kararlaştırmış olmaları veya sadece sözleşmelerin "genel hukuk ilkelerine" ya da "lex mercatoria"ya tabi olacağını öngörmeleri veya sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirlememiş olmaları halinde devreye girecekleri ifade edilmiştir. Bunların yanı sıra, ihtilaflara uygulanması gereken bir çözüm sunulmadığı hallerde, yani bir boşluğun varlığı halinde de bu kurallara başvurulabileceği de kabul edilmiştir. (detaylı bilgi için bkz. Oğuz, Arzu; "Hukuk Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi", AÜHF 2000 s. Cilt 49 Sayı 1-4 s. 31-65)

¹⁰⁴ Bu anlamda, öncelenmiş borca aykırılık konusunda sadece *Common Law* ve *Civil Law* hukuk sistemleri arasında farklılıklar bulunmamaktadır. Avrupa Birliği'nde *Civil Law*

Avrupa Sözleşmeler İlkeleri'nin 9:304 hükmü uyarınca sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğinin vade tarihinden önce açıkça anlaşılması durumunda, sözleşmenin diğer tarafının dönme hakkı bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, Avrupa Sözleşmeler İlkeleri de Viyana Satım Sözleşmesi ile Unidroit İlkelerine paralel bir düzenleme getirerek öncelenmiş borca aykırılık halinde alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Bu hükme ilişkin resmi şerhte de açıkça belirtildiği üzere, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınabilmesi için aykırılığın 8:103 hükmü uyarınca esaslı olması gerekmektedir¹⁰⁵. Bunun yanı sıra, sözleşmenin ihlal edilmeyeceğinin açık olarak anlaşılması gerekmektedir. Zira borçlunun vadede borcunu ifa etme iradesinin bulunduğu veya vadede ifa edebileceğinin anlaşıldığı durumlarda, alacaklı sözleşmeden dönme hakkının yerine, ancak 8:105 hükmü uyarınca teminat talep etme hakkını kullanabilecektir¹⁰⁶. Öncelenmiş borca aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönme ile vade gününde sözleşmeden dönmeye aynı sonuçlar uygulanacaktır.

sistemi benimsenmiş ülkelerin hukuklarındaki farklı düzenlemeler yer almaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda ("BGB") 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler ile 323 IV hükmünde öncelenmiş borca aykırılığın sonucu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, vade tarihinde sözleşmeden dönmeyen koşullarının gerçekleşeceğinin henüz borç muaccel olmadan anlaşılması halinde, alacaklının borç muaccel olmadan sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Burada Viyana Satım Sözleşmesi'nde olduğu gibi borca aykırılığın esaslı olması şartı aranmamıştır (Markesinis, Basil; Unberath, Hannes; Johnston, Angus, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2. bası, Oxford, 2006, s. 430). Bunun yanı sıra, İtalyan Medeni Kanunu'nun 1219. maddesi uyarınca borçlunun borcunu vade tarihinde ifa etmeyeceğini yazılı olarak bildirmesi, bir borçlu temerrüdü hali olarak düzenlenmiş olup bu durumda temerrüt ihtiarına gerek bulunmamaktadır ve alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı tanımaktadır. Aynı şekilde, Yunan hukukunda da borçlunun borç muaccel olmadan önce borcunu ifa etmeyeceğini açıkça ifade etmesi veya bu durumun borçlunun davranışlarından kesin olarak anlaşılması durumunda alacaklının sözleşmeden dönme ve tazminat talep etme hakları bulunmaktadır. Hollanda Medeni Kanunu BW m. 6:80 uyarınca tarafların sorumlu olmadıkları ifa imkânsızlığında, borçlunun borcunu açıkça ifa etmeyeceğini vade tarihinden önce alacaklıya bildirmesi durumunda ve alacaklının borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin anlaşılması üzerine kendisine yeterli teminatın gösterilmesini talep etmesine karşın borçlunun teminat göstermemesi durumunda, borca aykırılığın sonuçları borç muaccel olmadan uygulanabilecektir. Benzer şekilde Avusturya ve Danimarka hukuklarında da öncelenmiş borca aykırılığa sözleşmeden dönme sonuçları bağlanmıştır. Finlandiya ve İsveç hukuklarında Mal Satımlarına ilişkin düzenlemelerinde ise Viyana Satım Sözleşmesi'nin 72. maddesi benimsenmiştir. Bununla birlikte, Fransız, İspanyol ve Portekiz hukuklarında öncelenmiş borca aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönmeye ilişkin genel bir kural bulunmadığı gibi konu öğretide de fazla tartışılmamıştır. (Lando, Ole/ Beale, Hugh (Haz.); *Commission On European Contract Law: Principles of European Contract Law Parts I and II*, 1. bası, The Hague, 2000., s. 418 - 419).

¹⁰⁵ Lando/ Beale, s. 417; Felemegas/ Eiselen, s. 461-465, s. 462.

¹⁰⁶ Lando/ Beale, s. 417. Common Law sisteminde ve hukuk uyumlaştırması çalışmalarında yer alan öncelenmiş borca aykırılık düzenlemeleri de, alacağına kavuşamayacağına ilişkin haklı bir tereddüt duyan alacaklıya öncelikle kendi edimini askıya alarak uygun bir teminat talep etme hakkı vermektedir. Borçlunun bu teminatı gösterememesi halinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, alacaklının doğrudan sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabilmesi için sözleşmenin kesin ve esaslı olarak ifa edilmeyeceğini vade tarihinden önce gerekmektedir. Bir

SONUÇ

Öncelenmiş borca aykırılık hallerini oluşturan borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini vadeden önce bildirmesi veya alacaklının borcunu vade tarihinde ifa etmeyeceğinin kesin ve açık olarak anlaşılması durumlarında Kanunumuzda alacaklıyı koruyan genel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, öncelenmiş borca aykırılık hallerinde karşılaşılabilecek olan hukuki sorunlara çözüm getirmek adına buradaki boşluğun doldurulması gerekmektedir.

Bu çalışmada da detaylı olarak anlatıldığı üzere, Türk hukukunda söz konusu boşluğun doldurulmasında çeşitli görüşler bulunmaktadır. Türk hukukundaki baskın görüş, öncelenmiş borca aykırılık halinin akdin müspet ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Ancak, açık bir kanun boşluğu bulunan öncelenmiş borca aykırılık konusunu yine Türk hukukunda açık olarak düzenlenmemiş başka bir kuruma, yani akdin müspet ihlaline bağlamak kanaatimce sakıncalıdır. Kaldı ki, söz konusu görüş de akdin müspet ihlaline tanınan sonuçlar bakımından ikiye ayrılmaktadır. Öğretideki baskın görüş akdin müspet ihlaline dönme yaptırımını bağlamamakta, alacaklının sadece bir tazminat talep edebileceği sonucuna ulaşmaktadır. Oysa özellikle borçlunun bir kusurunun bulunmadığı durumlarda tazminat yaptırımı alacaklıyı yeterince korumaktan uzak kalacaktır.

Benzer bir şekilde, ifa imkânsızlığı görüşü de alacaklıya sadece bir tazminat talep etme imkânı tanımaktadır. Kaldı ki, bu görüş yukarıda da ifade edildiği üzere, edimin cebri icrasının mümkün olduğu verme borçları açısından alacaklıya hiç bir koruma imkânı sağlamamakta ve özellikle alacaklının kendi karşı edimini önce ifa etmesi gereken hallerde, alacaklıyı oldukça güç bir duruma sokmaktadır.

Öncelenmiş borca aykırılık hallerinde alacaklıyı korumanın en elverişli ve hakkaniyete uygun yolu, kendisine bir sözleşmeden dönme imkânı tanımaktan geçmektedir. Bu anlamda, vade gelmiş olsa idi, uygulanacak olan borçlu temerrüdü hükümlerinin henüz vade gelmeden önceki bir tarihe öncelenmesi daha uygun bir çözüm gibi gözükmektedir. Ancak, alacaklının borçlu temerrüdü halinde sahip olduğu seçimlik talep haklarından sadece sözleşmeden dönme imkânı öncelenmiş borca aykırılığa uygun düşmektedir. Zira ifa yerine müspet zararın talep edilmesi durumunda - henüz vade gelmemiş olduğu için - müspet zararın nasıl hesaplanacağı sorunu ortaya çıkacaktır.

Tüm bu nedenlerle, kanaatimce öncelenmiş borca aykırılık hallerinde uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde en uygun yöntem hukuki kıyastır¹⁰⁷. Hukuki kıyas yöntemi, kanun boşluğunun birden fazla münferit yasa kuralından ortak genel ve temel bir ilke yaratılarak doldurulmasıdır. Öncelenmiş borca aykırılık kavramı da Türk Hukuku'nda açık olarak düzenlenmemiş ve bu hu-

başka deyişle, bu düzenleme Türk hukukundan farklı olarak sadece aciz haliyle sınırlı kalmamakta, daha geniş bir uygulama alanı bularak borçlunun borcunu ifa etmeyeceği hususunda haklı bir tereddüt oluşturan tüm durumlarda uygulanmaktadır[0].

¹⁰⁷ Kanunda açık boşluğun bulunduğu hallerde, boşluğun doldurulmasında uygulanması gereken öncelikli yöntem kıyastır. Kıyas, korunan menfaatler açısından birbirine benzeyen iki hukuki olgu arasındaki benzerlikten faydalanmak suretiyle bu olgulardan biri için getirilen düzenlemeyi diğerine aktarmaktır. Böylece kıyas yoluyla bir hukuki olgu diğerine bağlanacak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde çözüme ulaşılmaya çalışılacaktır.

susta bir kanun boşluğu bulunduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 82., 261., 346. ve 358. maddelerinin getirdiği münferit düzenlemelerin söz yasa boşluğunun doldurulmasında yararlanılması gerekmektedir.

Buna göre, eser sözleşmesine ilişkin 358. maddesinin sonuçlarının öncelenmiş borca aykırılığa da uygulanması bu bakımdan en uygun çözüm olarak görülmektedir. Zira müteahhidin işe zamanında başlamaması, işi yavaş götürmesi veya vade zamanında işin tamamlayamayacağını anlaşılması birer öncelenmiş borca aykırılık halidir. Bu bakımdan, eser sözleşmeleri açısından iş sahibine tanınan vadeyi beklemeden sözleşmeden dönme hakkı kıyasen öncelenmiş borca aykırılık hallerine de uygulanmalıdır.

Bununla birlikte, yakın bir zamanda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (Viyana Satım Sözleşmesi) Türkiye'nin taraf olma süreci tamamlanacak ve söz konusu Antlaşma Türkiye'de de uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda, Viyana Satım Sözleşmesi'nin, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde, ihlalin esası olması şartıyla alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı tanıyan 72. maddesi de kıyas yaparken dikkate alınmalıdır.

Öte yandan göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise, borçlunun aczi halinde alacaklıyı koruyan Borçlar Kanunu'nun 82. maddesi düzenlemesidir. Zira bu hüküm uyarınca borçlunun acze düşmesi halinde alacaklıyı korumak amacıyla, alacaklıya kendi borcunu yerine getirmekten kaçmabilme ve yeterli teminat gösterilmezse sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Hukuki kıyas yapılırken gerek bu düzenlemenin, gerekse de Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde düzenlenmiş olan kiracının iflas etmesi haline ilişkin Borçlar Kanunu'nun 261. maddesi ile hizmet sözleşmesinde işverenin aczi halinde işçiye fesih hakkı tanıyan Borçlar Kanunu'nun 346. maddesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Zira borçlunun aczi de bir öncelenmiş borca aykırılık halidir.

Tüm bu düzenlemeler ile birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi bir arada değerlendirildiği bir durumda Borçlar Kanunu'nun 358. maddesi başta olmak üzere, 82, 261 ve 346. maddelerinden yola çıkmak suretiyle bir hukuki kıyas yapmak ve alacaklıya bir sözleşmeden dönme hakkını tanımak en isabetli çözüm olarak gözükmektedir. Zira unutulmamalıdır ki, alacaklının bu gibi durumlarda vadeye kadar beklemek zorunda olması dürüstlük kuralına da aykırı olacaktır¹⁰⁸.

Son olarak, *Common Law* sisteminden kaynağını alan ve gerek hukuk uyumlaştırması sürecinde gerekse çeşitli ülke hukuklarında düzenlenen öncelenmiş borca aykırılığın bir Borçlar Kanunu değişikliğinin eşliğinde olan ülkemizde de tasarı çalışmaları esnasında konunun açık bir şekilde düzenlenerek sözleşmeden dönme yaptırımına bağlanması şüphesiz en ideal çözüm olurdu.

¹⁰⁸ Durum esasen işlem temelinin çökmesi teorisine çok benzemektedir. Bu gibi hallerde de dürüstlük kuralının da yardımıyla Borçlar Kanunu'nun 365. maddesinin 2. fıkrasından yola çıkılarak bir hukuki kıyas yapılmakta ve genel bir norma ulaşılmaktadır.