

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

BİR TAZMİNAT TÜRÜ OLARAK:
BOŞUNA YAPILMIŞ MASRAFLARIN TAZMİNİ

Memet Erdem AYBAY

(2502030069)

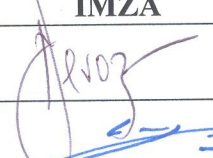
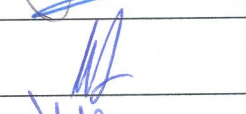
Tez Danışmanı
Prof. Dr. Rona SEROZAN

İstanbul 2010

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI 2502030069** numaralı **MEMET ERDEM AYBAY**'ın hazırladığı konulu **“BİR TAZMİNAT TÜRÜ OLARAK: BOŞUNA YAPILMIŞ MASRAFLARIN TANZİMİ”** ~~YÜKSEK LİSANS~~ / **DOKTORA** TEZİ ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 35. Maddesi uyarınca **09.04.2010 CUMA** günü saat **Saat :15.00** 'DE' yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **Kabulü** ne* ~~OYBİRLİĞİ~~ **OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF. DR. RONA SEROZAN	Kabul	
PROF. DR. CEVDET YAVUZ	Kabul	
PROF.DR. TUFAN ÖĞÜZ	Kabul	
PROF.DR.HALUK NAMİ NOMER	Düzelme	
DOÇ.DR.GÜLÇİN ELÇİN GRASSİNGER	Düzelme	

ÖZ

Tezin konusu, bir tazminat türü olarak boşuna yapılmış masrafların tazminidir. Tezde öncelikle Türk - İsviçre hukukunda ve Alman hukukunda, çalışma konumuz ile ilgili olduğu ölçüde, sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar ve tazminat kavramları inceleme konusu yapılmıştır. Daha sonra boşuna yapılmış masrafların tazmini ile ilgili Alman Medeni Kanunundaki hüküm ayrıntılarıyla incelenmiştir. Son bölümde ise boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının Türk hukukunda uygulanabilirliği tartışma konusu yapılmıştır. Bu bölüm kapsamında öncelikle kavrama konu olan zararın sınıflandırılması yapılmış, daha sonra kavramın kabul edilmesi halinde sağlanacağını düşündüğümüz yararlar belirtilmiştir. Son olarak da boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının hukukumuzda kabulü için önerdiğimiz yollar anlatılmıştır.

ABSTRACT

The subject of the thesis is compensation for the wasted expenditure. In the first chapter, the concepts of damages and compensation in breach of contracts in Turkish – Swiss Law and German Law, have been examined, as long as they are related with the subject of thesis. In the second chapter, provision in the German Civil Code, that regulates the compensation for the wasted expenditure has been analysed in details. Finally, in the last chapter, the applicability of compensation for the wasted expenditure in Turkish Law, has been discussed. In the context of this chapter, firstly, categorization of the damage, that is subject to this kind of compensation has been analysed. Lastly, our offers for the acceptance of this kind of compensation in Turkish Law have been made

ÖNSÖZ

Dünyadaki hukuk sistemleri incelendiğinde, borçlar hukuku bağlamında sorumluluğa ilişkin kuralların önemli bir yer kapladığı görülebilir. Özellikle sözleşmeye aykırılık hallerinde kimin ne derecede sorumlu olacağının belirlenmesinin önemi yadsınamaz. Gerek Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde, gerekse İngiliz – Amerikan Hukuk Sistemi'nde sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde sorumluluk hususuna geniş yer verilmiştir.

Türk – İsviçre Borçlar Hukuku'nda da üç temel borç kaynağı olarak görülen haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmeler alanlarında sorumluluk düzeninin özenli bir biçimde hazırlandığı gözlerden kaçmamaktadır. Bununla birlikte çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak hazırlanan bu düzenin, hukukun dinamik yapısı ve modern çağın gerekleri uyarınca yeri geldikince değiştirilmesi gereği de ortadadır. Türk – İsviçre Borçlar Hukuku'nda bu türden değişikliklere zaman zaman rastlanmaktadır. Söz konusu gereklilik, aslında tüm ülke hukukları için de geçerlidir.

Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde önemli bir yer tutan Alman Borçlar Hukukunun da, değişim ihtiyacı içinde olduğu hissedilmiş ve buna uygun olarak 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla yürürlüğe sokulan yeni bir yasa ile borçlar hukuku sisteminin modernizasyonu yoluna gidilmiştir. Alman Medeni Kanununun (BGB) borçlar hukuku kurallarının yenilenmesi şeklinde gerçekleştirilen bu değişikliğin en önemli alanı sözleşmeye aykırılık (Alman doktrinde geçen adıyla *ifa engelleri*) alanı olmuştur. Sözleşmeye aykırılık hallerinde geçerli olan sistem büyük ölçüde değiştirilirken, o zamana kadar kanunda olmayan hükümler de getirilmiştir. Bu hükümlerden birinde de hiç ya da gereği gibi ifa edilmemede alacaklıya ifa yerine tazminatın yerine alternatif olarak boşuna yapılmış masrafların tazmini olanağı

sağlanmıştır. Daha önceleri doktrinde bir görüş olarak ortaya atılmış, daha sonra Alman Yüksek Mahkemesi yoluyla, kanun hükmünde olduğu kadar geniş olmasa da kabul edilmiş bir kavram, bu şekilde kanun hükmü haline getirilmiştir.

Çalışmamızın esasını da Almanya’da yeni yürürlüğe girmiş bu kavram oluşturmaktadır. Bu bağlamda kavram ayrıntılarıyla incelenecektir. Bu inceleme yapılırken öncelikle Türk – İsviçre Borçlar Hukuku ve Alman Borçlar Hukukunda konuyla bağdaştığı ölçüde zarar ve tazminat kavramlarından ne anlaşıldığı konusu üzerinde durulacaktır. Daha sonra, BGB’ ye yeni getirilmiş olan hüküm ayrıntılarıyla açıklanacaktır. Son bölümde ise boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin, özellikle Türk hukukunda uygulanabilirliği tartışılacaktır. Bu bölüm içerisinde kavramın kabul edilmesi halinde hukukumuzda ne gibi yararlar getireceği sorgulanacak ve kavramın hukukumuzda kabul edilebilmesi için çeşitli öneriler geliştirilecektir.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	i
ÖNSÖZ	ii
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKLARINDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK, ZARAR VE TAZMİNAT KAVRAMLARI

I. Giriş	7
II. Sözleşmeye Aykırılık ve Sonuçları	7
A. Sözleşmeye Aykırılık Kavramı ve Çeşitli Görünüş Biçimleri	7
1. Genel Olarak Sözleşmeye Aykırılık Kavramı	7
2. Sözleşmeye Aykırılığın Çeşitli Görünüş Biçimleri	12
B. Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları	13
1. Genel Olarak	13
2. Çeşitli Sonuçlar	14
a. Aynen İfa ve Cebri İcra	14
b. Tazminat Talebi	15
III. Zarar ve Tazminat Kavramları	15
A. Zarar Kavramı	15
1. Sözleşmeye Aykırılıkta Zarar	15
2. Zarar Ayrımları	17
a. Genel Olarak	17
b. Önemli Bir Zarar Ayrımı: Olumlu-Olumsuz Zarar	18
c. Normatif Zarar	23
3. Zararın İspatlanması ve Hesaplanması	26
B. Tazminat Kavramı	29
1. Genel Olarak	29
2. Tazminatın Şekli	30
3. Tazminatın Kapsamı	31
IV. Alman Hukukunda Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Zarar ve Tazminat	32
A. Genel Olarak	32
B. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Zararlarda Talep Temeli ve Yükümlülük İhlali	34
1. Talep Temeli: BGB §280	34

2.Yükümlülük İhlali	35
a.Genel Olarak.....	35
b.Çeşitleri	36
aa)Borçluya Yükletilebilen İmkansızlık.....	36
bb)Borçlunun Temerrüdü	37
cc)İfanın Hiç Yapılmaması veya Gereği Gibi Yapılmaması.....	38
C.Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Tazminat.....	39
1.Genel Olarak	39
2.Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Tazminatın Temel Çeşitleri.....	41
a.Genel Olarak.....	41
b.Tazminatın Temel Çeşitleri.....	42
3.Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Tazminatın Kapsamı ve Hesaplanması	44
a.Kapsam	44
b.Fark ve İkame Teorileri.....	44
c.Somut ve Soyut Zarar Hesaplaması	45

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA BİR TAZMİNAT SEÇENEĞİ OLARAK: BOŞUNA YAPILMIŞ MASRAFLARIN TAZMİNİ (BGB §284)

I.Genel Olarak	48
II.BGB §284: Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini	50
A.Tarihi Gelişim.....	50
1.Kavramın Teorik Temeli: Boşa Çıkma Doktrini (Frustrationsgedanke) ..	50
a.Tarihsel Gelişim ve İlkeler	50
b.Boşa Çıkma Düşüncesinin Eleştirisi	54
2.Kavramın Pratik Temeli: Verimlilik Karinesi (Rentabilitätsvermutung)	56
a.Genel Olarak	56
b. İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgericht) Görüşü	57
c. Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) Görüşleri	59
aa)Mimarlar Kararı.....	59
bb)Belediye Salonu Kararı	60
cc)Diskotek Kararı	61
dd)Aptman Dairesi Kararı.....	62
d.Alman Federal Mahkemesi (BGH) Kararlarının Değerlendirilmesi...	62
3.İngiliz ve Amerikan Hukukunda Yararsız Masraflar	66
a.İngiliz Hukuku.....	67
b.Amerikan Hukuku	70
4.Kavramın Alman Hukukunda Yasalaşma Süreci.....	73
B.BGB §284 ün Şartları	76
1.BGB §284 ün Uygulama Alanı	76
2.İfa Yerine Tazminat Talebinin Olması.....	78
3.BGB §284 de Bir Unsur Olarak İfa Yerine Tazminat.....	79

4. Edimin İfasına Olan Güven İle Yapılan Masraflar	82
a. Genel Olarak	82
b. Edimin İfasına Olan Güven	82
aa) Alacaklının Edimi Talebinden Önce Oluşan Güveni	82
bb) Alacaklının Edimi Talep Hakkı Doğduktan Sonra Oluşan Güveni	83
c. Masraflar	85
aa) Genel Olarak	85
bb) BGB §284 Kapsamında Değerlendirilebilecek Masraflar	86
cc) BGB §284 Kapsamında Değerlendirilmeyen Masraflar	86
i) Alacaklı Tarafından İfa Edilen Karşı Edimin BGB §284 İle Bağlantısı	87
ii) Alacaklının İfa Ettiği İş Edimlerinin BGB §284 İle Bağlantısı	88
iii) Kaçırılmış Kazancın BGB §284 e Göre Tazmin Edilemezliği	89
d. Masraflarda Olması Gereken Hakkaniyet Ölçüsü	90
aa) Alman Medeni Kanununda Hakkaniyet Kavramı	90
bb) BGB §284 deki Hakkaniyet Kavramı	91
cc) BGB §284 e Göre Hakkaniyetin Değerlendirilmesi Ölçütleri	92
i) Edimin İfasına Olan Güven	92
ii) Diğer Değerlendirme Ölçütleri	93
dd) Hakkaniyete Aykırı Masrafların Hukuki Sonuçları	95
5. Amaç Kaybı	96
a. Genel Olarak	96
b. Yükümlülük İhlali Olmadan da Amaca Ulaşılamayacak Olması	97
aa) Genel Olarak	97
bb) Farazî Amaç Kaybı Sorunu	98
c. Yükümlülük İhlaline Rağmen Amaca Ulaşma	100
d. İfa İmkansızlığı Halinde Amaç Kaybı Sorunu	102
6. Masraf Tazmini Talebinde Birlikte Kusur Halinden Kaynaklanan Azalma	103
a. Genel Olarak	103
b. “Birlikte Kusur” Hükmünün Uygulanacağı Haller	104
c. “Birlikte Kusur” Hükmünün Hakkaniyet Denetimi İle Olan İlişkisi	106
C. BGB §284 ün Hukuki Sonuçları	106
1. Talep Miktarı	106
2. Masraf Tazmininin Diğer Taleplerle Olan İlişkisi	107
a. Masraf Tazmini ve İfa Yerine Tazminat	107
b. Masraf Tazmini ve Dönme	108
c. Masraf Tazmini ve Tazminatın İadesi	110
3. Zamanaşımı	111
4. İspat Yükü	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BOŞUNA YAPILMIŞ MASRAFLARIN TAZMİNİ SEÇENEĞİNİN
TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

I.Giriş	114
II.Masraf Kavramı ve Masrafın Zarardan Farkı.....	115
A.Masraf Kavramı.....	115
1.Haksız Fiilde Masraflar	116
2.Sebepsiz Zenginleşmede Masraflar	117
3.Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Masraflar	119
B.Masrafın Zarardan Farkı	120
III.Boşuna Yapılmış Masraf Kavramı ve Bu Kavramın Sınıflandırılması	122
A.Boşuna Yapılmış Masraf Kavramı	122
B.Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Kavramının Sınıflandırılması	124
1.Olumlu Zarar Kavramıyla Olan İlişki	124
2.Olumsuz Zarar Kavramıyla Olan İlişki	127
3.Normatif Zarar Kavramıyla Olan İlişki	129
4.Ara Sonuç	133
IV.Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Seçeneğinin Sağlayacağı Yararlar....	135
V. Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Seçeneğinin Türk Hukukunda Kabul Edilebilmesi İçin Önerilen Yollar	138
SONUÇ	149
KAYNAKÇA	152

KISALTMALAR

§	Eserlerde bölüm başlığı, Alman Kanunlarında hükmü ifade eder
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch(Alman Medeni Kanunu)
BGH	Bundesgerichtshof(Alman Yüksek Mahkemesi)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
CISG	United Nations Convention on the International Sale of Goods(Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Antlaşma)
dn.	Dipnot
E.	Esas
HD	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İİK	Türk İcra ve İflas Kanunu
JZ	Juristen Zeitung
K.	Karar
kg	Kilogram
m.	madde
MK	Türk Medeni Kanunu
N.	Numara(eserlerdeki paragraf numaralarını ifade etmektedir)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
s.	Sayfa
T.	Tarih
v.	versus
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZPO	Zivilprozessordnung(Alman Medeni Yargılama Kanunu)
ZR	Zivilrecht Abteilung (Alman Yüksek Mahkemesinde medeni hukuk sorunları ile ilgilenen daire)

GİRİŞ

Borçlar hukuku anlamıyla sorumluluk hukukunun, doktrinde ve uygulamadaki yerinin kapsamlı ve önemli olduğu tartışılmazdır. Borçlar Kanunumuzda, üç temel borç kaynağını oluşturan haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine dair hükümler içinde, bu borçlara uyulmaması halinde kimlerin ne şekilde sorumlu olacaklarına dair hükümler özenli bir biçimde düzenlenmiştir. Örneğin haksız fiillerden doğan borçlar ile ilgili Borçlar Kanunumuzun ilk maddesi olan 41. maddesinde haksız bir fiil suretiyle başkasına zarar veren kişinin, bu zarardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde sebepsiz zenginleşme ile ilgili Borçlar Kanunumuzun ilk maddesi olan 61. maddesinde de haklı bir sebep olmaksızın başkasının zararına mal iktisap eden kişinin bu malı iadeye mecbur olduğu açıkça belirtilmiştir. Borçlar Kanunumuzun söz edilen iki maddesi de, sorumluluk hukukunun önemini açıkça arz etmektedir. Bunun dışında sözleşmelerden doğan borç ilişkileri bağlamında Borçlar Kanunumuzun hem genel hükümlerinde hem de özel hükümlerinde borç ilişkisine aykırılık halinde sorumluluk hallerine ilişkin çok sayıda ve ayrıntılı hüküm olduğunun da belirtilmesi gerekir.

Sorumluluk hukukunun temel yapı taşlarından biri de sözleşmeye aykırılık halleridir. Sözleşmeye aykırılığın Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda birçok görünüş biçimi vardır. Bunlar arasında borçlunun temerrüdü, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi sayılabilir. Bütün bu aykırılık hallerinde doğacak zararların, bu şekilde borcuna aykırılık edenler tarafından giderilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, oluşan zararların tazmini gerekir. “Tazminat” sözcüğü de burada ortaya çıkmaktadır. Sorumluluk hukukunun önemli öğelerinden biri olan tazminat hakkında da Borçlar Kanunumuzda birçok hükmün bulunduğunu belirtmek gerekir. Sözleşmeye aykırılık halinde zarar gören kişi, malvarlığı oranında bir zarara uğrayabileceği gibi, nadir de olsa, malvarlığı dışı değerleri bakımından da bir zarara uğrayabilecektir. Malvarlığı ilgili zararda “maddi tazminat”, malvarlığı dışında meydana gelen zararda da “manevi tazminat”

hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmeye aykırılık hallerinde sorumluluk bakımından sonuçlar da işte bu tazminat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşmeye aykırılık sonucu tazminatın söz konusu olabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekecektir. Bu şartlar, sözleşme uyarınca üstlenilmiş bir borca aykırılık, borca aykırılıkta kusur, borca aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve alacaklı tarafında oluşmuş zarardır.

Söz konusu şartlar arasında zararın önemli bir yerinin olduğunun gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Zararın hangi şartlar altında oluşacağı veya malvarlığında ve malvarlığı dışı bir değerde zararın oluşup oluşmayacağı hususunda belirli kesin yargılar verilmekle beraber, bazı noktalarda hem doktrin hem de uygulamada farklı görüşler ortaya çıkabilecektir. Örneğin kişi, malvarlığı değerinde bir zarara uğramakla birlikte başka bir sebep dolayısıyla zararını telafi etme olanağına sahip olmuşsa, burada zararın oluştuğu konusunda bir takım şüphelere düşülmesi kaçınılmazdır. Sözleşmeye aykırılık dolayısıyla zarar gören kişinin bu zararı, yalnızca fiilen maruz kaldığı zarardan ibaret de olmayabilir. İleride gerçekleşmesi muhtemel zararlardan dolayı da sözleşmeye aykırı davranarak karşı tarafı zarara uğratan kişi sorumlu tutulabilecektir. Hem Türk – İsviçre Borçlar Hukuku doktrininde hem de diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde zararın türüne ilişkin yeni eğilimlerin ortaya çıktığı da görülmektedir. Alman Hukukunda ortaya çıkan “normatif zarar” kavramı, bu eğilimlere örnek olarak gösterilebilir. Görünüşte zarar gören tarafında malvarlığı bağlamında bir olumsuz etki görülmesi de hakkaniyet gereği olarak bir zararın takdir edilmesi gerektiğini düşünen bu görüş, hukuk çevrelerinde azımsanmayacak ölçüde taraftar toplamıştır. Hatta bazı ülkelerde bu görüşten etkilenen kanunkoyucuların, hakkaniyet gereği oluşması gerektiği düşünülen bu tür zararlara kanun metinlerinde yer vermişlerdir. Bu durum da bize, klasik zarar kavramının kalıplarının dışında eğilimlerin de hukuk sistemleri içine girmeye başladığını göstermektedir. Modern Avrupa yasalarında bu eğilimler göze çarpmaktadır. Klasik zarar kavramlarından sıyrılmak isteyen ülkelerin yasaları, modernleştirme yoluyla modern çağın dinamik yapısına ayak uydurmak yolunu benimsemişlerdir.

Günümüzde Avrupa'nın modern yasalarından biri Alman Medeni Kanunu (BGB) dur. Esasında Avrupa'daki en eski yasalardan biri olan BGB' nin özellikle borçlar hukuku hükümlerinde, modern çağın gereklerine ayak uyduramadığı yönünde eleştiriler üzerine, bir reform yapılma ihtiyacı duyulmuştur. Bunun üzerine yapılan çalışmalar sonucu 1 Ocak 2002 tarihinde geniş ölçüde yenilenmiş BGB yürürlüğe girmiştir. BGB' nin borçlar hukuku sistemine yenilikler getiren hükümleri arasında önemli bir yeri de yeni "İfa Engelleri Hukuku" (Leistungsstörungenrecht) hükümleri kaplamaktadır. Sözleşmeye aykırılık şeklinde de anlaşılabilen ifa engelleri alanında son dönemlerde özellikle Avrupa'da ortaya çıkan yeni gelişmelerin dikkate alındığı söz konusu hükümler arasında dikkat çekici hükümlerden biri de yeni BGB §284 hükmüdür.

BGB §284 hükmü, yalın bir anlatımla, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramını düzenlemektedir. Bu kavramın, esas olarak, Alman Hukukuna yabancı bir kavram olmadığı, tarihsel gelişim incelendiğinde ortaya çıkmaktadır. 1900lü yılların başında ünlü hukukçu Andreas VON TUHR tarafından ileri sürülen "Boşa Çıkma Görüşü" (Frustrationstheorie), haksız bir fiil sonucu zarar gören kişilerin bu zararlarının arasında yaptıkları harcamaların amacının ortadan kalkması sonucunda uğradıkları olumsuz etkinin de değerlendirilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bir başka deyişle, harcamaların boşa çıkması sonucunda bir zarar meydana gelecektir ve bu zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Tartışma yaratan bu görüş, kimi Alman hukukçular tarafından benimsenirken, kimi hukukçular tarafından da zarar ile fiil arasındaki nedensellik bağının eksik olmasından dolayı eleştirilere uğramıştır. Masrafların boşuna yapılmış olmasının bir zarar oluşturduğu yönünde bir başka görüş de önce İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht), daha sonra da Alman Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) tarafından benimsenen, kronolojik olarak boşa çıkma görüşünden sonra ortaya çıkan, bir karine yardımı ile gelişen bir görüştür. Söz konusu karine "Verimlilik Karinesi" (Rentabilitätsvermutung) şeklinde adlandırılmıştır. Bu karineye göre, düzgün ifanın gerçekleşmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zarar, düzgün ifa gerçekleşseydi

alacaklının yaptığı masrafların kendini amorti edeceğine ilişkin karinenin ispatına dayanmaktadır. Masrafların kazanç odaklı olması esastır, bir başka deyişle, edim konusuna yapılan masraflar ileride bu masrafların kendini amorti edeceğine inanılarak yapılacaktır. Eğer masrafların kendini amorti etmesi, sözleşmeye aykırılık yüzünden engellenmişse, alacaklının bu yöndeki zararının tazmini gerekmektedir. Verimlilik karinesine dayanan bu görüş, tüm masrafların kazanç amaçlı yapıldığı yönünden eleştirilere uğramıştır. Masrafların sadece ileride bir kazanç elde etme amacı ile yapılmasının söz konusu olmaması, masrafların ideal hedefler doğrultusunda da yapılabileceği, bu yüzden de bu türden masrafların boşa çıkmış olması halinde de tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Verimlilik karinesinin kazanç elde etmek dışında başka amaçlar bağlamında söz konusu olmayacağı yönündeki mahkeme içtihatlarına yapılan bu eleştirilere, BGB' ye yeni hükümler getirilmesine ilişkin tasarının tartışmaları sırasında da değinilmiş ve boşluk doldurucu bir hüküm getirilmesi gerektiği üzerinde uzlaşmaya varılmıştır. Bu gelişmeler sonucunda da BGB §284 hükmü ortaya çıkmıştır. Bu hükme göre, edimi elde edeceğine güvenen alacaklı, hakkaniyet sınırları içinde bir takım masraflar yapmışsa, borçlunun yükümlülük ihlali üzerine talep edebileceği ifa yerine tazminatın yerine bu masrafların boşuna yapılmış olmasından dolayı uğradığı zararı talep edebilecektir. Eğer yükümlülük ihlali olmadan da masrafların amacına ulaşamayacaksa, masraf tazminine izin verilmeyecektir.

Tarihsel gelişimi bu şekilde gerçekleşen BGB §284 hükmünün konusu olan boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı, çalışma konumuzun esasını oluşturmaktadır. Alman Borçlar Hukukunda yeni olan bu kavramın Türk Hukukunda da incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Türk Hukukuna yabancı bu kavramın bu şekilde incelenmesinin zorluklar arz ettiği açıktır. Bununla birlikte Türk doktrinde ve hukuk uygulamasında bu konuda bir boşluğun olduğu da ortadadır. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kurumu, bir seçenek olarak hukukumuzda da alacaklının önüne konursa, oluşan bu boşluğun doldurulacağı ve hakkı ihlal edilen alacaklı tarafında oluşan zararın daha kolay bir biçimde tazmin edileceğini düşünmekteyiz. Bunun

dışında varılacak sonuçlar açısından çalışmamızın doktrine ve uygulamaya bir ışık tutacağına da inanmaktayız.

Çalışma konumuzun daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla öncelikle sözleşmeye aykırılıkta sorumluluk bakımından hem Türk – İsviçre hem de Alman Hukuku sistemlerinin incelenmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Bu yüzden, çalışmamızın ilk bölümünde, her iki hukuk sisteminde, sözleşmeden doğan aykırılık halleri ve bunların sonuçları üzerinde, çalışma konumuzu ilgilendirdiği ölçüde, durulmuştur. Ayrıca bu kapsamda olmak üzere zarar ve tazminat kavramlarına da, yine çalışma konumuzla ilgisi olduğu ölçüde, değinilmiştir. Söz konusu bölüm içerisinde sadece sözleşmeden doğan aykırılık halleri ve sonuçları açısından zarar ve tazminat kavramlarının incelenmesinin sebebi, çalışma konumuzun temeli olan BGB §284 hükmünün sadece sözleşmeden doğan aykırılık hallerinde geçerli olmasıdır. Haksız fiillerde veya sebepsiz zenginleşmede BGB §284 hükmü anlamında boşuna yapılmış masrafların tazminine izin verilmemektedir. Bu sebepten dolayı, hukukumuzda da sözleşmeye aykırılık halleri dışında bu kavramın uygulama ihtiyacının olmadığını düşünmekteyiz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının BGB’ deki yansıması, BGB §284 hükmü incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken, öncelikle tarihsel gelişim hakkında bilgiler verilmiş, daha sonra da alacaklıya tanınan boşuna yapılmış masrafların tazmini talebinin şartları ayrıntılı olarak belirtilmiştir. İkinci bölüm içerisinde çeşitli yerlerde Alman Hukukunda oluşmuş doktrin görüşlerine yer verilmiştir. Ayrıca konuyla ilgili Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) kararları da bölüm metni içerisine yerleştirilmiştir. Bu noktada BGH kararlarının sayısının çok fazla olmadığına belirtilmesi gerekir. Bunun sebebi olarak BGB §284 hükmünün Alman Borçlar Hukukunda nispeten yeni bir hüküm olması gösterilebilir. Bununla birlikte çalışmamız bağlamında mümkün olduğunca en yeni tarihli kararların inceleme konusu yapıldığını söyleyebiliriz.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının Türk Hukukunda uygulanabilirliği tartışılmıştır. Bölüm içinde, öncelikle masraf kavramından Türk Hukukunda ne anlaşıldığı ve masrafın zarar kavramından farkı üzerinde açıklamalarda bulunulmuştur. Çalışma konumuz olan boşuna yapılmış masrafların, Türk Hukukunda anlaşılan masraflardan farkı ve bu kavramın hukukumuzda kabul edilmesi halinde ne şekilde sınıflandırılabileceği bu bağlamda inceleme konusu yapılmıştır. Bu inceleme yapılırken yarar sağlayacağı düşünülerek Alman Borçlar Hukuku doktrindeki tartışmalara da değinilmiştir. Son olarak boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin Türk Hukuku tarafından kabul edilmesi halinde hangi yararları beraberinde getireceğine değinilmiş ve kavramın kabul edilmesi için çözüm yolları gerekçeleri ile birlikte ifade edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKLARINDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK, ZARAR VE TAZMİNAT KAVRAMLARI

I.Giriş

Yeni bir tazminat çeşidi olarak boşuna yapılmış masraflardan doğan tazminatı Alman Hukukunu esas alarak anlatmadan ve bu kurumun Türk Hukukunda uygulanabilirliğini tartışmadan önce, Türk – İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda çalışma konumuz ile bağlantısı olduğu ölçüde sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar ve tazminat kavramlarına değinmeyi uygun görüyoruz. Bunun sebebi, çalışmamızın başlığını teşkil eden konunun esasının zarar ve tazminat kavramlarına dayanmasıdır. Bu kavramlar incelenecek olursa, boşa yapılmış masrafların tazmini kurumu daha iyi bir şekilde anlaşılabilecektir.

Birinci bölüm bağlamında öncelikle Türk – İsviçre Hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar ve tazminat kavramları, çalışma konumuzla bağlantısı olduğu düzeyde incelenecek, daha sonra da Alman Hukukunda sözleşmeye aykırılık ve sonuçlarından ne anlaşıldığı üzerinde durulacaktır. Haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara, çalışma konumuzun kapsamı dışında olduğundan değinilmeyecektir.

II.Sözleşmeye Aykırılık ve Sonuçları

A.Sözleşmeye Aykırılık Kavramı ve Çeşitli Görünüş Biçimleri

1.Genel Olarak Sözleşmeye Aykırılık Kavramı

Bir sözleşmede kararlaştırılan borç yerine getirilmezse (ifa edilmezse), sözleşmeye aykırılıktan bahsedilir. Görüldüğü üzere, sözleşmeye aykırılık, aynı zamanda, borca

aykırılık olarak da nitelendirilebilir. Sözleşmeye aykırılığın sadece borç yerine getirilmediği zaman söz konusu olmadığına da bu noktada belirtilmesi gerekecektir. Bir borç ifa edilse bile bu ifa, sözleşmenin dayandığı borç ilişkisine uygun değilse, bu halde de sözleşmeye aykırılık kavramı ortaya çıkacaktır.

Sözleşmeye aykırılık kavramının veya teriminin kullanılmasının tartışmalı olduğu söylenebilir. Öncelikle burada esasen borcun ifa edilmemesinin söz konusu olduğu, sözleşmeye aykırılık tanımından ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeye aykırılık terimi yerine doktrinde genel olarak borcun ifa edilmemesi deyiminin kullanıldığı gözükmektedir¹. Bununla birlikte sözleşmeye aykırılığın tüm çeşitlerinin bu terimin kapsamında yer almaması gerektiği de savunulmuştur. Buna göre, borçlunun kendi elinde olmayan nedenlerle ifa imkânsızlığına düşmesinde veya alacaklı temerrüdünde bir sözleşmeden veya sözleşmeye aykırılıktan söz etmek mümkün olmamalıdır². İfa sürecinde ifanın gerçekleşmesini *engelleyen* bir takım olayların sonucu olarak sözleşmedeki borcun ifa edilmemesi veya edilememesi mümkündür. Bu yüzden de sözleşmeye aykırılık terimi yerine “*ifa engelleri*” teriminin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir³.

Sözleşmeye aykırılık ve sonuçlarını bir sistem olarak ele alırsak, bu sistemin Türk – İsviçre Hukukunda oldukça karmaşık olduğunu belirtmemiz gerekir. Türk – İsviçre kanunlarında sözleşmeye aykırılık kavramının genel olarak ele alınmadığını; sadece türlerine değinildiğini söyleyebiliriz⁴. Bunun dışında söz konusu türlerin kanunlarda

¹ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, İstanbul 2009, s.293 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s.851 vd.; VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, Dritte Auflage, Zürich 1974, s.83.

² SEROZAN, Rona, İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, İstanbul 2009(SEROZAN, *İfa Engelleri* olarak anılacaktır), s.130 N.1. “İfa engelleri” terimi başka kaynaklarda da kullanılmıştır: GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/REY, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil - ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht – Band II, 8. Auflage, Zürich 2003, s. 75 N. 2512 vd.

³ SEROZAN, İfa Engelleri, s.130 N.1.

⁴ SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Vierte überarbeitete Auflage, Bern 2006, s. 421 N. 60.02.

hem genel bölümde hem de özel bölümde yer aldığı da gözden kaçmamaktadır⁵. Ayrıca yaptırımlar da sistemimizde dağınık olarak düzenlenmiş; hatta sözleşmeye aykırılık halinde alacaklının değiştirme veya onarma talep hakkının kanunumuzun genel bölümünde yer almaması veya sigorta tazminatı veya kaim değer talebi hakkına hiç yer verilmemesi, yaptırımlar özelinde sözleşmeye aykırılık sisteminin yetersizliğini ortaya koymuştur⁶.

Alman Hukukunda da sözleşmeye aykırılık sistemi, eleştirilere uğradığından ve değiştirilme ihtiyacı doğduğundan, 2002’de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası ile değiştirilmiştir. Bu değişikliğin altında yatan temel sebepler, uluslararası anlaşmaların ve yönergelerin karşısında BGB (Alman Medeni Kanunu) düzenlemelerinin yetersiz kalışı ve özellikle ifa engelleri alanındaki hükümlerin modern görüşlere ve uygulamaya yabancı kalışıydı⁷.

Hem Türk – İsviçre Hukuku sistemindeki hem de Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası’ndan önce yürürlükte olan Alman Hukuku sistemindeki bu tutarsızlıklar karşısında sözleşmeye aykırılık hususunda yeni bir düzenleme yapılması gereğinin doğduğu söylenebilir⁸. Bunun için ilk deneme, 1980 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Antlaşmanın (CISG) kabul edilmesiyle gerçekleşmiştir. Bu antlaşma metninde sözleşmeye aykırılığın görünüş biçimlerine yer verilmemiş; bunun yerine tek bir kavram olarak sözleşmeye aykırılık kavramı kullanılmıştır⁹. Sözleşmeye aykırılık

⁵ **ATAMER**, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları(**ATAMER, Satım Sözleşmeleri** olarak anılacaktır), İstanbul 2005, s.282. Buna örnek olarak BK m.101 vd. maddelerinde düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümleri ile BK m.187 de düzenlenen satıcının temerrüdü hükümlerinin birbirleriyle olan paralelliği gösterilebilir.

⁶ SEROZAN, İfa Engelleri, s.138 N.14.

⁷ **SEROZAN**, Rona, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanabilecek Yenilikler), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LVIII, Sayı: 1-2, Yıl:2000(**SEROZAN, Yeni Alman İfa Engelleri** olarak anılacaktır), s.232-233.

⁸ ATAMER, Satım Sözleşmeleri, s.286.

⁹ ATAMER, Satım Sözleşmeleri, s.288: Sözleşmeye aykırılık kavramının alt türlerine inilmeden kullanılmak istenmesinin arkasında esasen, Kara Avrupası hukuk sistemi ile Common Law sisteminin kaynaştırılması niyetinin olduğu anlaşılmaktadır. Common Law sistemine de bakıldığında hangi sebepten olursa olsun, sözleşme uyarınca yüklenilmiş bir yükümlülük ihlal edilirse, sözleşme ihlal edilmiş olacaktır ve dolayısıyla da bir sorumluluk doğacaktır(ATAMER, Satım Sözleşmeleri, s.287).

için de bunun “esaslı” olması şartı aranmıştır¹⁰. Esaslı bir ihlalin söz konusu olması için; bir yükümlülüğe aykırı davranışın söz konusu olması, bu davranışın bir olumsuzluğa sebep olması, karşı tarafın bu olumsuzluk sebebiyle beklenen hakından önemli ölçüde yoksun kalması ve bu sonucun da makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir¹¹.

CISG deki temel kavram olan sözleşmeye aykırılık kavramına, “yükümlülük ihlali” demek de mümkündür¹². CISG deki yükümlülük ihlali kavramının ortaya çıkışından sonra, bu konuda yapılan tüm reformlar buna göre şekillenmiştir¹³. 2002’de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası sonrası BGB’de temel kavram olarak yükümlülük ihlali benimsenmiştir¹⁴. Buradan da aslında, sözleşmeye aykırılık kavramının modern yasalarda aşılmış olduğu sonucu ortaya çıkacaktır.

Türk – İsviçre Borçlar Hukukunun önemli kavramlarından biri olan sözleşmeye aykırılığı daha iyi anlamak için bu kavramın haksız fiilden olan farkına da değinmek gerekecektir. Sözleşmeye aykırılık ile haksız fiil kavramı arasındaki en büyük fark, ikisinin de ayrı birer borç kaynağı olmasıdır. Genel olarak söylenmesi gereken, haksız fiilde fiili yapan ile haksız fiile maruz kalan kişi arasında herhangi bir borç ilişkisi olmaksızın, herhangi bir kanunun açık ve doğrudan ihlali ve kanunkoyucunun bu ihlale doğrudan bir yaptırım bağlaması vardır. Buna karşılık sözleşmeye aykırılıkta taraflar arasında oluşmuş bir hukuki ilişkinin ihlali ve kanunkoyucunun bu ihlale dolaylı olarak bir yaptırım bağlamış olması söz konusudur. Unsurları ve şartları birbirinden son derece farklı olan bu iki kavram, bazı hallerde bir arada bulunabilmektedir. İki sorumluluk çeşidi arasındaki farkların da belirtilmesi gerekecektir. Buna göre haksız fiil sorumluluğunda zarar gören taraf, zarar verenin kusurunu ispat etmek zorundadır (BK m.41). Buna karşılık, sözleşmeye aykırılıkta

¹⁰ ATAMER, Satım Sözleşmeleri, s.290.

¹¹ CISG m.25.

¹² SEROZAN, İfa Engelleri, s.140 N.17; CISG m.25 de görüldüğü üzere, sözleşmeye aykırılıktan dolayı bir sorumluluğun doğması için ilk şart, bir yükümlülüğün ihlal edilmesidir.

¹³ SEROZAN, İfa Engelleri, s.140 N.18.

¹⁴ Esas olarak BGB §280 vd. maddelerinde yer alan bu kavram, boşuna yapılmış masrafların tazminini düzenleyen yeni BGB §284 hükmünde de yer almaktadır.

tazminat borcundan kurtulmak için borçlu, kusursuzluğunu ispatla yükümlüdür (BK m.96). Sözleşmeye aykırılıkta işin borçlu için bir fayda sağlamaması, sorumluluğun kapsamını daraltırken (BK m.98/II), haksız fiil sorumluluğunda böyle bir husus söz konusu değildir. Sözleşmeye aykırılık halinde tazminat davası kural olarak 10 senelik zamanaşımına tabi iken (BK m.125), haksız fiil sorumluluğunda bu süre öncelikle zararın gerçekleştiği tarihten itibaren 1 sene ve her halde 10 senedir (BK m.60). Sözleşmeye aykırılıkta sorumluluğun daraltılması sorumsuzluk anlaşması (BK m.99) gibi bir hal ile mümkün iken, haksız fiil sorumluluğunda böyle bir imkân yoktur¹⁵. Yukarıda anlatılanlar ışığında, sözleşmeye aykırılığın haksız fiil sorumluluğundan daha elverişli olduğu söylenebilir¹⁶. Bunun sebeplerinden biri olarak haksız fiilde zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispatlamak zorunda kalması; buna karşılık sözleşmeye aykırılıkta borçlunun kusursuzluğunu ispatlamasının gerekmesi gösterilebilir. Sözleşmeye aykırılık hükümlerinin bir başka elverişli noktası da haksız fiil hükümlerine göre daha uzun olan zamanaşımı süresinde kendini gösterir.

Sözleşmeye aykırılık kavramı ile ilgili belirtilmesi gereken hususlardan biri de sözleşmeye aykırılığın sonuçlarıdır. Sözleşmeye aykırılıktan olumsuz olarak etkilenen tarafta bir zararın oluşması muhtemeldir. Esasında zararın doğması, borçlar kanunu sistematğine göre esas olarak iki halde söz konusu olur. Zarar, esas olarak, ya sözleşmeden doğar veya haksız fiilin neticesi olarak ortaya çıkabilir. Üçüncü borç kaynağı olarak görülen sebepsiz zenginleşmede de bir zararın doğacağı düşünülse de, esas olarak burada sadece sebepsiz zenginleşen tarafın zenginleştiği oranın iade edilmesi söz konusudur¹⁷. Bu bölümde konumuzla doğrudan ilgisinden dolayı sözleşmeden doğan zararlar üzerinde duracağız. Sözleşmeden bir zarar doğması halinde, başta tazminat olmak üzere, bir takım yaptırımların da olması doğaldır. Bu yüzden yaptırımları da sözleşmeye aykırılığın sonuçları içinde değerlendirmemiz mümkün olacaktır.

¹⁵ Bununla birlikte aynı fiil hem borca aykırı, hem de haksız fiil oluşturuyorsa sorumluluğun daraltılmasına ilişkin kayıtların, haksız fiil sorumluluğu için de geçerli olacağı kabul edilmiştir(OĞUZMAN/ÖZ, s.380).

¹⁶ Doktrinde bu görüşün çoğunlukla kabul edildiği söylenebilir: OĞUZMAN/ÖZ, s.380; SEROZAN, İfa Engelleri, s.287 N.1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.982; SCHWENZER, s.36 N.5.04.

¹⁷ SEROZAN, İfa Engelleri, s.303 N.7.

2.Sözleşmeye Aykırılığın Çeşitli Görünüş Biçimleri

Sözleşmeden bir zarar doğabilmesi için ortada sözleşmede üstlenilmiş bir borca aykırılığın olması şarttır. Bu şekilde sözleşmeye aykırılık kavramı oluşmuş olur. Bu bölümde başlıca sözleşmeye aykırılık hallerinden çok ayrıntıya girmeksizin bahsedilecek olup; özen yükümü gibi yan yükümlülüklerin ihlalinin veya vekâletsiz iş görmeden doğan aykırılık halleri inceleme dışı olacaktır.

Sözleşmeye aykırılık hallerinden ilk olarak borçlunun temerrüdünden bahsetmek mümkündür. Borçlunun temerrüdünü, bir sözleşme ilişkisinde borçlunun borcunu ifa zamanında yerine getirmemesi olarak tanımlamak mümkündür. Bu durumda edimin ifası mümkündür; ifa imkânsız hale gelmemiştir. Bununla birlikte borçlu ifası gereken zamanda borcunu yerine getirmemektedir¹⁸. Bu kurum Borçlar Kanunumuzda 101-108. Maddelerde düzenlenmiştir. 101. Maddede şartlar, diğer maddelerde temerrüt hükümleri yazılıdır.

Sözleşmeye aykırılık kapsamında inceleyeceğimiz başka bir hal de borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığıdır. Bu hususu BK m.96 hükmü düzenlemektedir. Bu madde hükmüne göre alacaklının hakkını kısmen veya tamamen alamaması durumunda borçlu, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe, bundan doğan zararı tazmine mecburdur. Bu noktada doktrinde genellikle kabul edilen, bu maddenin borçlu aleyhine bir kusur karinesi yaratmış olduğudur¹⁹. Bunun sebebi, imkânsızlığın borçlu tarafında gerçekleşmesi ve çoğu zaman alacaklının, bu imkânsızlığın borçlunun

¹⁸ Bazı hallerde ifa zamanının geçmiş olması, ifanın imkânsızlığı sonucunu da doğurabilir. Örneğin tarihi belli bir toplantıda konuşmacı olarak yer alacak kişinin, toplantı günü konuşmasını yapmaya gelmemesi, ifanın imkânsızlığı haline yol açacaktır. Artık bu durumda bir borçlu temerrüdünden bahsetmek olanaksızdır; bunun yerine ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır(OĞUZMAN/ÖZ, s.295-296; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.89 N.2591 vd. ve s.151 N.2940; SCHWENZER, s.443 N. 65.02).

¹⁹SEROZAN, İfa Engelleri, s.198 vd. N.2; OĞUZMAN/ÖZ, s.317; **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1961, s.396; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY s.130 N.2810; **VON TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974, §69 V, s.117.

kusuruna dayanıp dayanmadığını bilmemesi ve hatta bilecek durumda olmamasıdır²⁰.

Sözleşmeye aykırılık hallerinden biri de borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması halidir. Burada esas itibariyle bir kötü ifa söz konusudur²¹. Borçlu borcunu ifa etmiştir, ancak bu ifa borç ilişkisinin kaynağı olan sözleşmeye veya kanuna uygun değildir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesinin çeşitli şekilleri olabilir. Çeşitli şekillerde yapılabilecek kötü ifadan da, doğal olarak, bir takım farklı sonuçlar doğacaktır.

B.Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları

1.Genel Olarak

Sözleşmeye aykırılığın beraberinde hem alacaklı hem de borçlu için bir takım sonuçlar doğurması doğaldır. Bir sözleşme uyarınca üstlenilmiş bir borç herhangi bir sebeple yerine getirilmezse, özellikle borçlu tarafında bir yaptırımının olacağı şüphesizdir.

Sözleşmeye aykırılığın sonuçları, esas olarak, hem sözleşmeye aykırılığın çeşidine göre değişiklik arz edecek, hem de alacaklıya tanınan imkânlar açısından zenginleşebilecektir. Örneğin borçlu temerrüt halindeyse ve ifa da örneğin bir kaza sonucu imkânsız hale gelmişse, bu durumdan oluşan zararın tazmini ile borçlu yükümlü olacaktır (BK m.102/II). Buna karşılık tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borcun ifasının halen mümkün olması durumunda alacaklı, temerrüt

²⁰OĞUZMAN/ÖZ, s.317; VON TUHR/ESCHER, §69 V, s.117.

²¹ Borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı terim olarak tartışmalıdır. Kimi yazarlar bu terimi olduğu gibi kullanırken (OĞUZMAN/ÖZ, s.317 vd.; VON TUHR/ESCHER, §68 IV, s.107), kimi yazarlar da bu kavramın yerine “sözleşmenin olumlu ihlali” kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmektedir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.972 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, s.242 N.1 vd.). Bu konu hakkındaki bir başka görüş de her iki terimin bir arada kullanılabileceği yönündedir(TANDOĞAN, s.398 vd.; SCHWENZER, s.456 N.67.01). Son görüşe benzer olarak, olumlu sözleşme ihlali kavramının esasında kötü ifanın bir görünüş biçimi olduğu da savunulmuştur (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.86 N.2572).

olsa bile, aynen ifayı talep etme hakkına sahiptir (BK m.106). Bununla birlikte borcun ifasının gecikmesi sebebiyle bir zararının oluşması durumunda da alacaklının tazminat talebi oluşabilecektir (BK m.106/II). Alacaklı, bunun dışında sözleşmeden dönerek (aynen ifadan ve/veya tazminattan) borcun ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir(BK m.106/II). Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde de bir takım sonuçlar doğabilir. Bu hususta temel olarak BK m.96 da bahsedilen tazminat akla gelebilir. Ancak satım sözleşmesine ilişkin olarak Borçlar Kanunumuz ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun borcun gereği gibi ifa edilmemesi hali için alıcı lehine hükümler içermektedir²².

2.Çeşitli Sonuçlar

a.Aynen İfa ve Cebri İcra

Borçlunun ifası mümkün edimi yerine getirmemesi durumunda, alacaklının borçluyu ifaya zorlama yetkisi mevcuttur. Alacaklı bu yetkisini ifa davası yoluyla kullanacak ve aynen ifayı isteyecektir. Bu davada alacaklı, borçlunun bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını talep edecektir. Ayrıca yine bu davada kusur aranmayacaktır; edimin ifasının mümkün olması yeterlidir²³. Alacaklının açtığı ifa davası sonucunda mahkeme aynen ifaya karar verirse, mahkemenin bu konudaki hükmünün zorla yerine getirilmesi gerekecektir. Bu zorla yerine getirmeyi de, kanundaki usullere uyularak, devletin cebri icra makamları olan icra ve iflas daireleri yapacaktır. Burada da borcun niteliğine göre cebri icra yöntemi farklılaşacaktır²⁴.

²² BK m.194 vd. maddelerinde satılardaki ayıba karşı tekeffül hükümleri mevcuttur. Ayrıca 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4 ve 4/A maddelerinde ayıplı mal ve hizmetlerden dolayı satıcının sorumluluğundan bahsedilmiştir.

²³ OĞUZMAN/ÖZ, s.329; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.921; TANDOĞAN, s.406; VON TUHR/ESCHER, §67 II, s.87.

²⁴ Örneğin İcra İflas Kanunu(İİK) m.24 e göre mal verme edimlerinde, malın icra memuru aracılığıyla ve zorla borçlunun elinden alınacağı yazılıdır. Mal bulunamazsa malın parasal karşılığına el konacaktır. Aynı kanunun 30. Maddesinin ilk fıkrasına göre bir işin yapılmasına dair olan ilâm, icra dairesine verilince icra memuru borçluya bir icra emri tebliğ edecektir. Borçlu yapma borcunu buna rağmen ifa etmezse ve iş de başkası tarafından yapılamayacaksa, alacaklı ifa etmeme dolayısıyla tazminat davası açacaktır. Bununla birlikte borçlu İİK m.343 e göre üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Yapmama borcunun ihlali halinde de bir icra emri borçluya tebliğ edilecek(İİK m.30/III); bu emri yerine getirmezse İİK m.343 deki hapis cezası ile karşı karşıya kalabilecektir.

b.Tazminat Talebi

İster maddi, isterse manevi olsun bir zarar meydana geldiği zaman bu zararın, zarar verence karşılanması gerekecektir. Zararın karşılanması talebi, hukukumuzda tazminat davası açmak yoluyla olacaktır. Tazminat davası açabilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartların neler olduğu, tazminat davasına konu olan zararın hangi sebeple meydana geldiğine göre değişecektir. Bununla birlikte genel olarak sözleşmeye aykırılıkta tazminatın istenebilmesi için öncelikle, borcun ifa edilmemesi sonucu bir zararın meydana gelmiş olması gerekir. Ayrıca zarar ile sözleşmeye aykırılık çeşidi arasında bir illiyet bağının, bir başka deyişle, sebep sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Borçlunun kusuru da aranan şartlardan biridir.

III. Zarar ve Tazminat Kavramları

A.Zarar Kavramı

1.Sözleşmeye Aykırılıkta Zarar

BK m.96 ya göre bir tazminat borcunun doğması için gerekli şartlardan biri de alacaklının, borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden dolayı bir zarara uğramış olmasıdır. Alacağını elde edemeyen ve elde etmesi de imkânsız hale gelmiş alacaklı, bu yüzden uğradığı zararı borçludan talep edecektir. Borçlu bu talebi reddederse alacaklı tazminat davası açacaktır.

Zarar, esas olarak, sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı etkilenen alacaklının malvarlığı değeri ile sözleşmeye aykırılık olmasaydı söz konusu malvarlığının değeri arasındaki farktır²⁵. Zararı bu şekilde açıklayan teoriye fark teorisi adı verilir. 1855’de Friedrich Mommsen tarafından geliştirilen bu teori, günümüzde ağırlıklı

²⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.855; OĞUZMAN s.339; TANDOĞAN, s.63; VON TUHR/PETER, §12 III, s.84; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.99 N. 2655; SCHWENZER, s.75-76, N.14.03.

görüş olarak benimsenmiştir²⁶. Bu teoriye göre zarar, sadece malvarlığında olur; bir başka deyişle hukuki anlamda zarar yalnızca malvarlığı zararıdır²⁷.

Alacaklının bir sözleşmede borçludan, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle tazminat isteyebilmesi için bu yüzden bir zarara uğramış olması şarttır. Bir borç ilişkisinde alacaklının uğradığı zarar genellikle maddi zarardır. Bununla birlikte borcun ifa edilmemiş olmasının manevi zarara da yol açması söz konusu olabilecektir²⁸. Örneğin bir sözleşmeye göre kendisine değeri büyük bir tablo teslim edilecek alacaklı, bu tabloyu bir galeriye teslim edecektir. Ancak tablonun teslim edilmemesi üzerine galeri sahibinin hakaretlerine maruz kalan alacaklının manevi bir zarara uğraması söz konusu olabilir. Bunun üzerine manevi tazminat davası açılabilir ve bu davada bir miktar paranın ödenmesi talep edilebilecektir.

Bazı zamanlarda borç ifa edilmemiş olmasına rağmen alacaklının bir zararı söz konusu olmayabilir. Bu duruma örnek olarak borçlunun kusuru yüzünden telef olan sözleşme konusu malı alacaklı, bir başka yerden daha uygun fiyata edinmiş ve bu malı satarak uygun bir kâr elde etmişse, artık ortada bir zarardan bahsedilemeyecektir²⁹. Bununla birlikte pratik hayatta böyle durumlarda alacaklının zarara uğramasına daha çok rastlanmaktadır.

²⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.99 N. 2653.

²⁷ SCHWENZER, s.76 N.14.03: Vücut bütünlüğünün ihlali bir zarar oluşturmayacaktır, bunun yerine iyileşme masrafları veya kazanç etkilenmeleri zarar olarak kabul edilecektir. Bunun dışında manevi zararlar da bu teoriye göre zarar olarak kabul edilmeyecektir.

²⁸ TANDOĞAN, s.424.

²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.339.

2.Zarar Ayrımları

a.Genel Olarak

Haksız fiillerden doğan zararlar için yapılan maddi – manevi, kişiye ilişkin – şeye ilişkin, fiili zarar – yoksun kalınan kâr, doğrudan – dolaylı zarar ayrımları gibi³⁰, sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarda da ayrımlara gidilebilecektir.

Öncelikle, fiili zarar – yoksun kalınan kâr ayrimından bu bağlamda bahsedilebilir. Fiili zarar, bir sözleşme ilişkisinde borca aykırılık sebebiyle alacaklının malvarlığının olumsuz etkilenmesi (malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin çoğalması) şeklinde ortaya çıkan zarardır³¹. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiralanan yerin borçlunun kusuru ile harap olması sonucu bir fiili zarar meydana gelecektir. Yoksun kalınan kâr ise yine bir sözleşme ilişkisinde alacaklının malvarlığının çoğalma olanağının kaybı şeklinde ortaya çıkar³². Yoksun kalınan kâra örnek olarak da sözleşmenin ifa edilmemesi üzerine başkasına satabileceği malı satamayan bu yüzden de bir fırsat kaçıran kişinin durumu gösterilebilir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlar konusunda yapılabilecek bir başka ayırım da doğrudan – dolaylı zarar ayrimıdır. Bu iki zarar çeşidi arasındaki fark, esas olarak, zarara esas olan olay ile oluşan zarar arasındaki nedensellik bağının uzunluğu ile ilgilidir. Eğer sözleşmeye aykırılık ile bu aykırılıktan doğan zarar arasında nedensellik bağı kısa ise, bir başka deyişle, zarar gören sözleşmeye aykırılıktan dolayı doğrudan olumsuz bir biçimde etkileniyorsa, burada doğrudan zarardan bahsedilir. Buna karşılık, zarar doğurucu olay, zarar göreni yan faktörlerden dolayı etkiliyorsa, dolaylı zarar söz konusu olacaktır. Örnek olarak bir kişinin evindeki küçük bir elektrik arızası sebebiyle bir tamirci çağırdığını düşünelim. Tamircinin kusurlu edimi sonucu, evin elektrik trafosu zarar görürse ve elektrik kesilirse, ortaya bir zarar çıkacaktır. Burada elektrik kesilmesi sonucu uğranılan zarar doğrudan

³⁰ Haksız fiillerden doğan zararlar için yapılan bu ve bunun gibi ayrımlar için bkz. TANDOĞAN, s.69 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.559 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.515 vd.

³¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 856; OĞUZMAN/ÖZ, s. 343.

³² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 856; OĞUZMAN/ÖZ, s. 343.

zarardır. Öte yandan evdeki buzdolabının elektrik kesilmesi sonucu durması ve içindeki yiyeceklerin bozulması yüzünden kişinin uğradığı zarar da dolaylı zarardır. Esas olarak bu ayrımın bugün pratikte pek geçerliliği bulunmamaktadır, çünkü uygun illiyet bağı ile oluşan her türlü zarar aynı ölçüde tazmin edilecektir³³. Bununla birlikte, Borçlar Kanunumuzun satım sözleşmesinde zapt ve ayıba ilişkin 192. maddesinin dördüncü bendi ve 205. maddenin ikinci fıkrasında doğrudan zararlara ilişkin atıflar yapılmıştır. Bunun dışında yine Borçlar Kanunumuzun adi şirkete ilişkin 527. Maddesinin ilk fıkrasında doğrudan doğruya uğranılan zarardan bahsedilmiştir.

Görüldüğü üzere, sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar da haksız fiillerden doğan zararlarda olduğu gibi, türleri açısından birçok ayrıma tâbi tutulabilir. Genel olarak bahsedilen yukarıdaki ayrımlar dışında, sözleşmeye aykırılığın malvarlığında bir zarar oluşturmamasının yanında manevi zarara da yol açabileceği ek olarak söylenebilecektir.

Çalışma konumuz açısından, sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar bağlamında bahsedilecek en önemli ayrım, olumlu – olumsuz zarar ayrımıdır. Boşuna yapılmış masrafların tazminine sebep olan zararın anlaşılması için bu ayrımın ayrı bir başlık halinde incelenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

b.Önemli Bir Zarar Ayrımı: Olumlu - Olumsuz Zarar

Olumlu zarar, alacaklının borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi sonucu uğradığı zarar olarak nitelendirilmektedir³⁴. Bir başka ifade biçimi ise olumlu zararın, sözleşmenin kurulduktan sonra, hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi veya zamanında ifa edilmemesi sonucu oluşan zarar olduğu yönündedir³⁵. Olumlu zarar ile ilgili yapılabilecek bir başka tanım da alacaklının malvarlığının borcun ifası

³³ TANDOĞAN, s.70.

³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.339; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855; TANDOĞAN, s.426; VON TUHR/PETER, §12 IV, s.86; SCHWENZER, s.87-88 N.14.30; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.112 N.2723.

³⁵ ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.55; TANDOĞAN, s.426.

varsayımında alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde olduğu durum arasındaki fark şeklinde olacaktır³⁶.

Olumlu zararın istenebileceği durumlara örnek olarak borçlunun kusurlu imkânsızlığında temerrüde düşmüş borçludan gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesini veya borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip ifa yerine tazminat istenmesini gösterebiliriz³⁷.

Olumsuz zarar, genel olarak, bir borç ilişkisinde bir tarafın karşı tarafta hüküm ifade etmeyen bir ilişkinin hüküm ifade ettiğine veya hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına yönelik yarattığı güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan zarardır³⁸. Bunun dışında olumsuz zararın alacaklının malvarlığının sözleşmenin yerine getirilmemesi yüzünden uğradığı eksilme ile sözleşme hiç yapılmamış olsaydı malvarlığında oluşacak durum arasındaki fark olduğu söylenebilir³⁹. Bu son tanımdan olumsuz zararın, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğranılmayacak olan zarar olduğu da ortaya çıkacaktır⁴⁰.

Bu tür zararın tanımından güven olgusunun belirleyici olduğu ortaya çıkmaktadır⁴¹; bununla birlikte her türlü güven ihlalinin olumsuz zarara esas teşkil ettiği de söylenemeyecektir⁴². Bir şart olarak nitelendirilebilecek bu güven olgusunun dışında, kusur da olumsuz zararın oluşması için aranacaktır⁴³.

³⁶OĞUZMAN/ÖZ, s.339; TANDOĞAN, s. 426; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855.

³⁷TANDOĞAN, s.427; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.113 N.2728.

³⁸TANDOĞAN, s.427;OĞUZMAN/ÖZ, s.340; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.855;ERGÜNE, s.39; SCHWENZER, s.88 N.14.31; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.112 N.2724; **SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası(**SEROZAN, Sözleşmeden Dönme** olarak anılacaktır), İstanbul 2007, s.584.

³⁹OĞUZMAN/ÖZ, s.340; TANDOĞAN, s. 427.

⁴⁰VON TUHR/PETER, §12 IV, s.86; SCHWENZER, s.88 N.14.31.

⁴¹GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.112 N.2724; VON TUHR/PETER, §12 IV, s.86: Olumsuz zararın, güven zararı olarak nitelendirilebileceği haller var olmakla beraber, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin korunmasının söz konusu olmadığı haller de söz konusu olabilir.

⁴²ERGÜNE, s.44: Yazar burada sadece sözleşmenin hüküm ifade edeceğine olan karşı tarafta uyandırılan güvenin ihlalinin olumsuz zarar olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁴³Esas olarak söz konusu kusur şartı, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk için genel bir şart olarak ifade edilmelidir. Bununla birlikte bazı durumlarda kusur şartı da aranmayabilir. Bu durumlar

Olumsuz zarar, esas olarak, kusuru ile hataya düşen sözleşme tarafının sözleşmeyi iptal etmesinde (BK m.26), yetkisiz temsilde (BK m.39/I) ve sözleşmenin bir tarafının sözleşmenin hükümsüzlüğünü bildiği halde diğer tarafı haberdar etmemesinde uygulama alanı bulacaktır⁴⁴.

Bu tür zararın birden çok görünümü olabilir. Örnek vermek gerekirse bunlar, sözleşme kurma masrafları, sözleşmenin ifası için yapılan masraflar, sözleşmenin geçerliliğine güvenerek daha uygun bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması, sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle açılan davadaki yargılama masrafları, üçüncü şahıslara ödenen tazminat ve cezai şartlardır⁴⁵.

Olumsuz zararın uygulama alanı konusunda tartışmalı bir husustan burada bahsetmeyi uygun görüyoruz. Doktrinde bazı yazarlar tarafından, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklı tarafın uğradığı zararın olumsuz zarar olduğu savunulmuştur⁴⁶. Buna karşı savunulan görüş uyarınca, sözleşmeden dönme sonucunda sözleşme geçersiz hale gelmeyecek; sözleşmeden doğan borçlar bir tasfiye ilişkisi çerçevesinde tersine döndürülerek devam edecektir⁴⁷. Bu yüzden de bir olumsuz zararın tazmini söz konusu olmamalıdır. Sözleşmeden dönen alacaklı, olumsuz zararının tazmini yerine olumlu zararının tazminini isteyebilmelidir, çünkü sözleşme feshedilmemiştir ve sözleşmeye aykırılık dolayısıyla ifa çıkarı bağlamında bir talep hakkı alacaklı tarafa tanınmalıdır⁴⁸. Esasında söz konusu görüş, olumsuz zarar kavramını da reddetmektedir; alacaklının olumsuz zarar kavramını kötüye kullanması tehlikesine bu bağlamda dikkat çekilmiştir. Alacaklıların sözleşme geçersiz olmasaydı başka

BK m.39/I, 396/II, 466/II de ifadesini bulur. Borçlunun olumsuz zarardan sorumlu olması için bu gibi hallerde kusurlu olmasına gerek yoktur. Ayrıca olumsuz zarar bağlamında sorumsuzluk anlaşmaları veya sorumluluğu artırıcı anlaşmaların yapılmasında bir sakınca görünmediği de belirtilmiştir(ERGÜNE, s.54).

⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.340.

⁴⁵ TANDOĞAN, s.427-428.

⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 340; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 969; VON TUHR/ESCHER, §73 VII, s.156. Bu durumda güvenin boşa çıkmasının söz konusu olmadığı da savunulmuştur(TANDOĞAN, s.427).

⁴⁷ SEROZAN, İfa Engelleri, s.212 vd. N.14.

⁴⁸ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.596.

fırsatlardan yararlanabilecekleri yolunda iddialar ileri sürerek veya yaptıkları aşırı ölçüdeki harcamalarını olumsuz zarar kapsamında isteyerek borçluyu çok zor duruma düşürmek isteyebilmeleri, olumsuz zarar kavramının reddi görüşüne gerekçe olarak gösterilmiştir⁴⁹.

Bu arada olumsuz zararın kapsamında fiili zararın veya yoksun kalınan kârın da değerlendirilebileceği belirtilmelidir⁵⁰. Fiili zararın olumsuz zarar içeriğine dahil edilmesinde bir sorun yoktur, çünkü yukarıda söz edilen masraflar, alacaklının fiili zararı olarak görülecektir. Burada sorun olan, yoksun kalınan kârâ ilişkindir. Olumsuz zarar kapsamında yoksun kalınan kâr, sözleşmenin hüküm doğuracağına olan güvenle hareket eden sözleşme tarafının, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmayı anlamına gelmektedir⁵¹. Olumlu zararda olduğu gibi burada da bir fırsat kaybı ve yoksun kalınan kâr söz konusudur, ancak olumsuz zarar kapsamındaki yoksun kalınan kâr kapsamında güven zararı nedeniyle oluşan bir kâr kaybı söz konusu iken, olumlu zararın kapsamındaki yoksun kalınan kârda sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle uğranılan bir fırsat kaybı vardır.

Bu noktadan hareket ederek, olumlu ve olumsuz zarar arasındaki belirli farklılıklara ve benzerliklere değinmekte yarar görüyoruz. Önceki açıklamalardan da dolaylı olarak anlaşılabileceği gibi, olumlu zarar ile olumsuz zarar arasındaki en büyük fark, olumlu zararda sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı oluşan bir zarar söz konusu iken, olumsuz zararda sözleşmenin hükümsüz kalmasından kaynaklanan zarar olmasıdır. Olumsuz zararın güven unsurunun da gözden kaçırılmaması gerekir. Olumlu zarar için sözleşmeye güven unsurunun bulunması gerekli değildir⁵². Olumlu – olumsuz zarar ayrımının belirgin faktörlerinden biri de her iki zararda korunan

⁴⁹ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.596.

⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.343; SCHWENZER, s.88 N.14.31; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.114 N.2730.

⁵¹ VON TUHR/ESCHER, §73 VII, s.156-157; SEROZAN, İfa Engelleri, s.177 N.22 ve s.202 vd. N.5; ERGÜNE, s.301.

⁵² Olumlu zararın tazminindeki güven unsurunun sözleşmenin ifa edileceğine güven olduğu; olumsuz zarardaki güven unsurunun ise sözleşmenin hüküm ifa edeceğine olan güven olduğu gözden kaçırılmamalıdır(ERGÜNE, s.57-58).

çıkardır. Olumlu zararın tazmininde ifa çıkarı korunurken, olumsuz zararın tazmininde güven çıkarı korunmaktadır⁵³.

Olumlu zarar ile olumsuz zarar arasındaki hesaplama farkı da önem taşır. Olumlu zarar hesaplanırken ifa konusu edim ve bu edimin ifa edilmemesinden dolayı oluşan kayıplar ile ifa edilmemeden dolayı oluşan kazanç kayıpları dikkate alınır; buna karşılık olumsuz zararda ise sözleşmenin hüküm ifade edeceğine olan güvenin boşa çıkması sebebiyle uğranılan kayıplar hesap konusu olacaktır⁵⁴.

Olumlu ve olumsuz zarar arasında farklılıklar olduğu gibi benzerlikler de vardır. Örneğin alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle kendisine ödenmesi gereken bedel ile bu sözleşmeye güven dolayısıyla başka bir sözleşmeden elde edebileceği ve kaçırdığı fırsatın miktarı aynı olabilecektir⁵⁵. Bunun dışında sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden boşa giden sözleşmenin kurulma masraflarının aynı zamanda sözleşmenin ifa edileceğine olan güven dolayısıyla yapılan masrafların miktarı ile aynı olması mümkündür⁵⁶. Esas olarak olumlu zararın, genel olarak, olumsuz zarardan daha fazla olduğu söylenebilir; ancak bunun tersi de söz konusu olabilecektir⁵⁷.

Olumlu – olumsuz zarar ayrımı hakkında belirtilmesi gereken başka noktalar da vardır. Örneğin bir sözleşmeye aykırılık hali olarak öngörülmüş sözleşme görüşmelerinde kusur ve bundan doğan sorumlulukta ne tür zararın söz konusu olacağı düşünülebilir. Burada sözleşme ile kararlaştırılmış bir edim borcu olmadığından bahisle, borcun ifa edilmemesinden dolayı oluşan bir olumlu zararın yerine, olumsuz zararın söz konusu olacağı belirtilmiştir⁵⁸. Bir başka ilgi çekici nokta da bir satım veya eser sözleşmesindeki ayıptan doğan zararlara ilişkindir. Buna

⁵³ ERGÜNE, s.57.

⁵⁴ ERGÜNE, s.58-59.

⁵⁵ ERGÜNE, s.61.

⁵⁶ ERGÜNE, s.61.

⁵⁷ ERGÜNE, s.353; OĞUZMAN/ÖZ, s.342.

⁵⁸ ERGÜNE, s.62.

göre ayıptan doğan zararlarda olumlu – olumsuz zarar ayırımına bakılmaksızın bu zararların tazmin edileceği ifade edilmiştir⁵⁹.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta önemli bir yer teşkil eden olumlu – olumsuz zarar ayırımı ile belirtilmesi gereken son nokta da olumlu ve olumsuz zararın birlikte istenemeyeceği hususudur. Bunun sebebi olarak da olumlu zararının tazminini isteyen sözleşme tarafının, borç ifa edilseydi, olumsuz zararı teşkil eden kalemlere katlanacağıdır; aynı şekilde olumsuz zararın tazmininin sözleşmenin hükümsüzlüğüne dayanmasından dolayı olumsuz zarar istendiğinde olumlu zarardaki ifa çıkarı unsuru da gerçekleşmeyecektir⁶⁰. Bununla beraber örneğin sözleşmelerde bir irade sakatlığı hali olan hata durumunda hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde zarar gören tarafın lehine daha fazla tazminata hükmedebilecektir; bir başka deyişle, hem olumlu hem de olumsuz zarar birlikte istenebilecektir⁶¹. Bu hususun çalışma konumuz açısından önemi vardır. Çünkü daha sonra inceleneceği üzere BGB §284, boşa çıkmış masrafların ifa yerine tazminata bir alternatif olmasını öngörmüştür; bundan dolayı hem ifa yerine tazminat hem de boşa çıkmış masraflar bir arada istenemeyecektir.

c.Normatif Zarar

Özellikle sözleşmeye aykırılıkta zarar kavramına bakıldığında, zararın malvarlığı ile ilgili olduğu ve zarar verici olaydan önceki malvarlığı durumu ile sonraki durum arasındaki farkın zarar olarak nitelendirildiği sonucuna varılabilir.

Son yıllarda zarar kavramının bu sonuç ile bağlı olmaması gerektiğini düşünen fikirler ortaya atılmıştır. Bu noktada, arada bir malvarlığı farkı olmasa bile hakkaniyet gereği olarak bir zararın takdir edilmesi gerektiğini savunan ve böylelikle

⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.342; ERGÜNE, s.67 ve aynı sayfada dn.226 da yer alan açıklamalar.

⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.342.

⁶¹ Hâkimin bu yetkisi BK 26/II den kaynaklanmaktadır. Bunun anlamı hâkimin olumsuz zararı aşan olumlu zararın tazminine hükmedebileceğidir. Benzer durum BK m.39/III de mevcuttur. Buna göre yetkisiz temsilde hâkim, temsilcinin kusuru halinde hakkaniyet gerektiriyorsa, temsilci aleyhine daha fazla tazminata hükmedebilir(OĞUZMAN/ÖZ, s.342).

zarar kavramını genişleten “normatif zarar” düşüncesine yer vermek gerekecektir⁶². Normatif zarar görüşü, eşyalarının malvarlıksal değeri yanında bir de kullanım değeri olduğunu, bu değerden yoksun kalma halinde de bir tazminat istenebileceğini; ayrıca örneğin bir eğlenceden ve onun getireceği keyiften yoksun kalmanın da bir zarar oluşturabileceğini savunan bir görüştür⁶³. Normatif zarar, birkaç durumda söz konusu olabilecektir. Bu durumlardan ilki üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmini halidir. Örneğin bir satıcının, satım sözleşmesine konu olan malın gönderilmesi için bir nakliye firması ile anlaştığını varsayalım. Nakliye firmasının kusuru yüzünden mal telef olmuş olabilir. Böyle bir durumda satıcı, kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş, bu yüzden bir zarara uğramamıştır. Buna karşılık alıcı, zarara uğramıştır. Ancak alıcı ile nakliye firması arasında ne bir sözleşme vardır ne de nakliye firmasının alıcıya karşı haksız bir fiili mevcuttur. Bu yüzden de alıcı zararın tazminini nakliye firmasından isteyemeyecektir. Bu durum, doktrinde hakkaniyete aykırı bulunmuştur ve normatif değer kaygılarıyla alıcının zararının karşılanması gerektiği savunulmuştur⁶⁴.

Normatif zararın geçerli olabileceği ve bu görüşün temelini oluşturan bir başka hal de bir eşyanın kullanım olanağının ortadan kalkması sonucu uğranılabilecek zarardır. Bu tür zarar, doktrinde savunulan ticarileştirme düşüncesinin ürünü olarak görülebilir. Buna göre, günümüz toplumunda maddi olmayan konusu olan bazı hizmetlerin (keyif, güzellik vb.) para karşılığı satılması söz konusu olmaktadır. Söz

⁶² **SEROZAN**, Rona, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung, Im Buchhandel nicht erhältlich Sonderdruck, Zürich 1981(**SEROZAN**, *Tendenzen olarak anılacaktır*), s.462 vd.; **SEROZAN**, İfa Engelleri, s.206 vd. N.7; **NOMER**, Haluk, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s.17; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.100 N.2658 ve s.101 N.2663; **SCHWENZER**, s.77-78 N.14.05; **SCHNYDER**, Anton K./**PORTMANN**, Wolfgang/**MÜLLER-CHEN**, Markus, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2008, s.11 N.26; **LANGE**, Hermann/**SCHIEMANN**, Gottfried, Schadensersatz, 3. Neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003, s.35 vd.

⁶³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 548 vd.; **SEROZAN**, Tendenzen, s.462 vd.; **BROX**, Hans/**WALKER**, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 32. Auflage, München 2007, s.314-315 N.7. Fark teorisinin ilkelerinin dışına çıkan bu görüş, önceleri normatif görüş olarak adlandırılmasa da, Alman hukukunda 1960lı yıllarda, özellikle kullanım yoksunluğu halinde bir tazminat borcunun oluşması gerektiği yönünde savunulmuştur. Bu yöndeki görüşler için bkz. **ZEUNER**, Albrecht, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden, AcP (Archiv für die civilistische Praxis), 163. Band, Tübingen 1964(s.380-400), s.390 ve **LÖWE**, Walter, Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert, NJW (Neue Juristische Woche), 1964 Heft 16(s.701-705), s.701 vd.

⁶⁴ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.108-109 N.2706-2707.

konusu hizmetler para karşılığı satıldığından, birer malvarlığı değeri oluşturmaktadır; bu sayede de ticarileşmektedirler. Bunlardan yoksun kalma da, ticarileştirme düşüncesine göre, bir zarar oluşturmakta ve bu zararın da tazmin edilmesi gerekmektedir⁶⁵. Eşyanın kullanım olanağından yoksun kalmanın maddi bir zarar olarak kabul edilmesinin zarar hesaplamasında kullanılan fark teorisine aykırılık teşkil edeceği ve zarar gören için ek bir yararlanma oluşturacağı sebebiyle normatif zararın bu alanda kullanılması özellikle Türk - İsviçre Hukukunda eleştirilmiştir⁶⁶.

Bunun dışında eşyanın maddi varlığından bağımsız olarak sürüm değerinin azalması da normatif zarar kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. Örneğin kazaya uğramış bir arabanın, tekrar satılması söz konusu olduğunda, değeri düşecektir; bu değer düşmesinden dolayı da bir maddi zararın oluşacağı ve bu zararın tazmininin gerektiği savunulmaktadır⁶⁷. Türk – İsviçre Hukukunda bu tür zararın tazmini gerektiğinden bahsedilmektedir; ancak bunun normatif zarar kavramına değinilmeksizin bir maddi zarar olduğu kabul edilmektedir⁶⁸.

Normatif zararın görünüş biçimlerinden biri de evli kadının çalışma gücünün kaybı nedeniyle tazminat talebinde görülür⁶⁹. Evli kadınının çalışma gücünün kaybının esasen somut bir zarar oluşturmadığı varsayılsa da ev işlerinin başka biri tarafından yapılması halinde, o kişinin bir ücrete hak kazanacağından hareketle, ev işlerinde kullanılan çalışma gücünün malvarlığının kapsamına girmesi gerektiği, özellikle Alman Hukukunda BGH kararlarında kabul edilmiştir⁷⁰. Normatif zarar görüşünü

⁶⁵ **UNHOLTZ**, Jörg Sebastian, Der Ersatz “frustrierter Aufwendungen” unter besonderer Berücksichtigung des §284 BGB, Berlin 2004, s.125; **KÜPPERS**, Karsten, Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1976, s.18 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.101 N.2664. Kullanım yoksunluğunun neden olduğu zararın tazmin edilmesi gerekliliği üzerine bir Alman Federal Mahkemesi (BGH) kararı ve bu kararın değerlendirmesi için bkz. **RAUSCHER**, Thomas, Anmerkung zu BGH Beschluss von 9.7.1986, NJW (Neue Juristische Woche) 1987 Heft 1/2(s.50-54), s.50 vd.

⁶⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.552; NOMER, s.22; SCHWENZER, s.79 N.14.11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.104 N.2683.

⁶⁷ SEROZAN, Tendenzen, s.466-467.

⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.550; SCHWENZER, s.80 N.14.11.

⁶⁹ **KARAKAŞ**, Fatma Tülay, Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006 Sayı:2, s. 143-156. Yazar bu tür tazminatın normatif zarar kalıplarının da üstüne çıkarak, herhangi bir ek varsayıma gerek kalmadan haklı görülmesi gerektiğini ifade etmiştir(KARAKAŞ, s.154).

⁷⁰ KARAKAŞ, s.148; LANGE/SCHIEHMANN, s.36 dn.63.

genel olarak kabul etmeyen İsviçre Hukuku bile, malvarlığında bir eksilmenin gerçekleşmiş olması şartını aramadan evli kadının çalışma gücünün kaybını normatif zarar bağlamında ve Alman Hukukunda olduğu gibi, özellikle Federal Mahkeme kararlarında kabul etmiştir⁷¹.

Zarar kavramını genişletme eğilimi olarak görebileceğimiz, normatif zarar denince belirtilmesi gereken ve ticarileştirme düşüncesi ile paralel sayılabilecek⁷² boşa çıkma düşüncesi de doktrinde önemli bir yer tutmaktadır. Boşa çıkma düşüncesine, çalışma konumuzun temeli sayılabilecek bir düşünce olduğundan, aşağıda geniş olarak yer verilmiştir⁷³. Bununla birlikte bu görüşün, bir kullanmadan veya yararlanmadan yoksun kalmada kullanma veya yararlanma için yapılan masraflar oranında bir zarara uğranıldığını ve masrafların boşa gitmiş olmasının masrafı yapan kişi açısından bir hayal kırıklığı yarattığını savunduğunu söyleyebiliriz⁷⁴.

3.Zararın İspatlanması ve Hesaplanması

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın ispatı ve hesaplanması hususunda öncelikle, BK m.98/II atıf hükmü gereğince, haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını belirtilmesi gerekecektir. Bu hükümler BK m.42-44 hükümleridir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın varlığının ve miktarının ispatı şarttır. İspat yükünde olan alacaklıdır. Bu husus hem MK m.6 hem de haksız fiillere ilişkin BK m.42 hükmünden kaynaklanır. Bir medeni hukuk kuralı olan herkesin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralına (MK m.6) ek olarak, borçlar hukukunun haksız fiillere ilişkin bölümünde yer alan kurala göre zarara uğradığını iddia eden hem zararın varlığını hem de zararın miktarını ispatlamak zorundadır (BK m.42). Bununla birlikte zararın miktarını kesin olarak belirlemek zor olduğundan, yine BK m.42

⁷¹ KARAKAŞ, s.149.

⁷² KÜPPERS, s.29; UNHOLTZ, s.119-120; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.104 N.2679.

⁷³ Bkz. aşağıda s.50 vd. Esas olarak ticarileştirme tezinin de çalışma konumuz ile bağlantısı olabileceği düşünülebilir, çünkü malvarlığı zararı olarak görülebilecek satın alınmış bir tatil keyfinden yararlanmada da boşa çıkmış masraflar görülebilecektir. Ancak boşa çıkma düşüncesinin masraflarla doğrudan ilgisi olduğundan, boşa çıkma düşüncesinin ayrıntılarına girmek daha yararlı olacaktır.

⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.102 N. 2667.

hükmüne göre bu gibi hallerde hâkim, durumun olağan akışını ve zarara uğrayanın aldığı tedbirleri göz önüne alarak zararı kendisi takdir edecektir.

Zarar miktarının hâkim tarafından belirlenmesinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar çeşitlerinden biri bağlamında bir özellik dikkat çeker. Eğer zarar yoksun kalınan kâr şeklindeyse, burada esas olarak bir ihtimali durum söz konusu olacaktır. Hâkim böyle bir halde olayın olağan akışına ve alacaklının aldığı tedbirlere bakarak elde edilmesi pek muhtemel kârı dikkate alacaktır⁷⁵. Eğer alacaklı kârın daha yüksek miktarda olduğunu iddia ediyorsa bunu ispatlamak zorundadır; aynı şekilde borçlu alacaklının iddia ettiğinden daha az bir kâr meydana geldiğini ileri sürüyorsa, bu hususu da kendisi ispat yükü altında olacaktır⁷⁶.

Türk – İsviçre Hukukunda borca aykırılıktan doğan zarar hesaplanırken iki ayrı yöntem öngörülmüştür. Bunlar somut ve soyut yöntemlerdir. Somut zarar, esas olarak, alacaklının ifa etmemeden dolayı oluşan zararının bütün kalemlerini oluşturur. Bununla birlikte dar anlamda, borçlu borcunu ifa etmediği için alacaklı, üçüncü bir kişiyle sözleşme yaparsa burada bir somut zarar söz konusu olacaktır⁷⁷. Somut zararın ve dolayısıyla bu zararın somut olarak hesaplanmasının Borçlar Kanunumuzdaki örneği BK m.188/II hükmüdür. Bu madde hükmüne göre, ticari işlerde satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satılanın bedeli ile kendisine teslim edilmeyen şeyin yerine başka bir şey almak için iyiniyetle verdiği bedel arasındaki farkın kendisine ödenmesini isteyebilecektir⁷⁸. Ayrıca yine satım sözleşmesine ilişkin BK m.212/I hükmünde, alıcının satım bedelini ödemedede temerrüde düşmesi sebebiyle satıcının sözleşmeyi feshetmesi halinde satıcının malı başkasına satarak elde ettiği bedel kendi ediminin değeri olarak kabul edilmekte ve sözleşmede kararlaştırılan bedel ile bu değer arasındaki farkın tazmininin satıcı tarafından talep edilebileceği düzenlenmektedir. Soyut zarar ise alacaklının ifa edilmeyen edim için

⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.346; SCHWENZER, s.81 N.14.13; VON TUHR/ESCHER, §13 I 10, s.100.

⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.346; VON TUHR/ESCHER, §13 I 10, s.100-101.

⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.349; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.863; SCHWENZER, s.89 N.14.33.

⁷⁸ Buradaki kuralın sadece ticari işlerde değil, adi işlerde ve diğer sözleşmelerde de uygulanabileceği de kabul edilmektedir(TANDOĞAN, s.517-518).

borçlandığı bedel ile bu edimin piyasa değeri arasındaki fark anlamına gelir⁷⁹. Zararın hesaplanması da buna göre olacaktır. Soyut yöntemin Borçlar Kanunumuzdaki uygulama alanı BK m.188/III hükmüdür. Bu hükme göre, satılan, borsaya kayıt ve kabul edilmiş olan veya cari fiyatı olan mallardan ise alıcı, yerine bir diğerini almaya muhtaç olmaksızın satılanın satım bedeli ile teslim için belirli olan günün fiyatı arasındaki farkı zarar ve ziyan olmak üzere isteyebilecektir⁸⁰. Zararın miktarı ne somut ne de soyut yöntemle belirlenemiyorsa, BK m.42 hükmüne göre hâkim, adalete uygun olarak miktarı tayin edecektir.

Zararın hesaplanmasında kullanılabilecek yöntem olarak iki farklı teoriden de söz etmek yerinde olur. Bunlar fark ve değişim (mübadele) teorileridir. Bu iki teori, esas olarak, karşılıklı sözleşmelerde söz konusu olacaktır. Değişim teorisine göre, alacaklıya karşılıklı sözleşmede elde edemediği edimin tam değeri tazmin edilmeli, buna karşılık alacaklı da kendi karşılıklı edimini borçluya ifa etmelidir⁸¹. Fark teorisine göre ise, alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşılık ediminin değeri arasındaki farka göre tazmin edilecektir; bu sayede alacaklı kendi edimini yerine getirmekten kurtulacaktır⁸². Fark veya değişim teorilerinin tam olarak kabulüne ilişkin Borçlar Kanunumuzda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte yukarıda bahsedilen BK m.188/II, III ve 212 hükümlerinde fark teorisinin benimsendiği gözükmemektedir⁸³.

⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.349; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.864; SCHWENZER, s.89 N.14.33.

⁸⁰ BK m.188/III ün alıcının yoksun kaldığı kârın hesaplanmasını kolaylaştırmak için konduğu ve bir ticari satımın söz konusu olmadığı hallerde uygulama alanı bulup bulamayacağı, dolayısıyla da soyut yöntemin ticari işler dışında uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde önemli bir tartışma konusu olmuştur (OĞUZMAN/ÖZ, s.350).

⁸¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.869; TANDOĞAN, s.518-519; OĞUZMAN/ÖZ, s.346; VON TUHR/ESCHER, §68 III 6, s.105; SCHWENZER, s.439-440 N.64.24.

⁸² OĞUZMAN/ÖZ, s.346; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.869; TANDOĞAN, s.516; SCHWENZER, s.440 N.64.25; VON TUHR/ESCHER, §68 III 6, s.105.

⁸³ Bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, fark teorisinin uygulanmasının ancak bir tarafın borcunun imkânsızlaşması halinde karşılıklı borçların sona erdiği ve borçlunun, karşılıklı borçların sona ermesinden doğan zararı tazmin edeceğinin kabul edilmesi halinde mümkün olacağını savunmaktadır. Yine bu görüşe göre fark teorisi sayesinde tazminat alacaklısı vermekten kurtulduğu kendi edimini esasen ifa edemeyecek durumda olmasına veya bu edimden daha kârlı bir şekilde yararlanacak olmasına rağmen tazminat isteyebilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.347; VON TUHR/ESCHER §68 III 6, s.105). Doktrindeki ikinci görüş, fark teorisinin daha tatmin edici sonuçlar verdiğini, buna karşılık değişim teorisinin kabulü halinde alacaklının kusurlu borçludan tazminat alabilmek için ya kendi edimini borçlunun emrine sunmak için hazır bulundurmak ya da tazminattan

Zararın hesaplanması ile ilgili bir başka önemli konu da zararın hesaplanmasında esas alınacak tarihtir. Bu konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar, hüküm tarihi esas alınarak hesaplanacaktır. Böylelikle hüküm tarihine kadar alacaklının malvarlığında meydana gelecek olası olumsuz etkiler de giderilmiş olacaktır⁸⁴. Bir başka görüş ise bir sözleşmede karşılıklı edimlerin değer farkına ait zararın, ifa edilmeyen borcun ifasının imkânsızlaştığı tarih esas alınarak hesap edilmesi gerektiğini, bununla birlikte diğer zararların hüküm tarihine göre hesaplanmasında bir sakınca olmadığını ifade etmektedir⁸⁵. Bu iki görüşün birleştiği bir noktadan da bahsetmek yararlı olacaktır. Hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre borca aykırılık yüzünden gelecekte bir takım zararların gerçekleşeceği belli ise, bu takdirde bu tür zararlar da zarar hesaplanırken dikkate alınacaktır⁸⁶.

Zararın hesaplanmasında dikkat edilmesi gereken bir başka husus da alacaklının borca aykırılık sayesinde bir takım yararlar elde etmesi halinde zararın miktarının ne olacağı hususudur. Buna göre söz konusu yararlar, zararın hesaplanması sırasında zarardan mahsup edilecek, bir başka deyişle bu yararlar ile zarar miktarı arasında bir denkleştirme yapılacaktır; adaletli bir çözüm de bunu gerektirmektedir⁸⁷.

B.Tazminat Kavramı

1.Genel Olarak

Bir sözleşme ilişkisinde borcuna aykırı davranan borçlu, sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk, alacaklıya verdiği zararı ödemeyi kapsamaktadır. Bu ödemenin de

vazgeçmek zorunda kalacağını ifade etmektedir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.869-870; SCHWENZER, s.440 N.64.25).

⁸⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.867; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.99 N.2656. Bununla birlikte hükmün verileceği son duruşmaya kadar zararın, alacaklı aleyhine azalabileceği tehlikesi de gözden kaçırılmamalıdır (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.99 N.2656).

⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.351.

⁸⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.867-868; OĞUZMAN/ÖZ, s.352; VON TUHR/PETER, §15 VII, s.124.

⁸⁷ TANDOĞAN, s.267; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.586; OĞUZMAN/ÖZ, s.352; SCHWENZER, s.93 N.15.11; VON TUHR/PETER §13 II, s.101 vd.

tazminat olduğu düşünölürse, tazminatın zararın karşılanması ve giderilmesi için zarar görene ödenecek miktar olduğu söylenebilir. Bununla birlikte tazminat sadece bir tutar ödemeye ilişkin olmayabilir; bunun dışında borçlu, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk gereği, tazminat olarak zarar görene bir şey vermekle de mecbur kılınabilir. Bu iki alternatif, tazminatın şekli olarak kendini gösterir. BK m.43/I e göre hâkim hem tazminatın şeklini hem de kapsamını, durumun gereğini ve kusurun derecesini göz önüne alarak belirleyecektir.

Sözleşmeye aykırılık sonucu tazminatın söz konusu olabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekecektir. Bu şartlar, sözleşme uyarınca üstlenilmiş bir borca aykırılık, borca aykırılıkta kusur, borca aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve alacaklı tarafında oluşmuş zarardır. Bu şartlardan sözleşmeye aykırılık ve zarar hususları yukarıda incelendi. Kusur ve illiyet bağı şartlarına çalışma konumuzla ilgisi bulunmadığından değinmeyeceğiz.

2.Tazminatın Şekli

Tazminat, hem haksız fiillerde hem de sözleşmeye aykırılıkta iki şekilde söz konusu olabilecektir. Eğer zarar para ödenerek giderilecekse “nakden tazmin”; para ödenmesi dışında bir yolla zararın giderilmesi isteniyorsa da “aynen tazmin” istenecektir⁸⁸. Nakden tazminde kural olarak toplu bir meblağ ödenecektir; bununla birlikte gelecekteki muhtemel zararların karşılanması söz konusu ise, tazminatın irat şeklinde ödenmesine de karar verilebilir⁸⁹. İrat şeklinde ödenecek tazminatın, uzun süreli olacağı için alacaklının hakkını tehlikeye sokma ihtimali vardır. Bu yüzden BK m.43/II hükmü irat şeklindeki tazminatta borçludan teminat alınmasını şart kılmıştır. Aynen tazmin ise birkaç farklı yoldan gerçekleşebilecektir. Satım konusu malın tamamen yok olması durumunda bir eşinin verilmesi, arızalanan bir malın davalı

⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.574; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.581; VON TUHR/PETER, §15 I, s.114; SCHWENZER, s.90 N.15.01.

⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.575; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.582.

tarafından tamir edilmesi aynen tazmine örnek olarak gösterilebilir. Burada esas olarak, bir eski hale getirme söz konusu olacaktır⁹⁰.

Tazminatın şeklini hâkim tayin eder. Genellikle tazminat, bir miktar para olarak tayin edilir⁹¹. Bununla birlikte Borçlar Kanunumuzda yapma ve yapmama borçları için ayrı hükümlerde tazminatın şeklinin tayin edildiği görülür. BK m. 97/I e göre, eğer bir şeyin yapılmasına ilişkin borç, borçlu tarafından ifa edilmezse, alacaklı masrafi borçluya ait olmak üzere ifanın kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini isteyebilecektir. Burada görüldüğü üzere genel anlamda bir tazminat yoktur; bunun yerine ifanın masraflar karşı tarafa yükletilerek alacaklı tarafından yapılması şeklinde oluşan bir yaptırım söz konusudur. Tazminat düşüncesinin masraflar şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Bununla birlikte, doğal olarak, ifadan vazgeçerek tazminat davası da borçluya karşı açılabilir. Yapmama borcunda ise yine değişik bir tazminat şekli söz konusudur. Yapmama borcunun ihlali sonucunda ortaya çıkan durumun telafisi mümkün ise tazminat, ortaya çıkan durumun bertaraf edilmesi şeklinde olabilecektir. Bu husus BK m.97/III de belirtilmiştir.

3.Tazminatın Kapsamı

Tazminatın kapsamı hakkında belirtmemiz gereken ilk husus, BK m.43/I hükmüdür. Söz konusu hükme göre hâkim, tazminatın miktarını ve kapsamını, hal ve durumun icabı ile kusurun ağırlığına göre tayin edecektir. Bu hüküm haksız fiillere ilişkin olmasına karşın, BK m.98/II gereğince borca aykırılık hallerinde de uygulanabilecek bir hükümdür. Hâkim tazminatın kapsamını tayin ederken birçok olguyu göz önünde tutar. Yapacağı incelemede tazminatta indirimde gidilmesine de karar verebilecektir. BK m.43/I hükmünden çıkan bir sonuç olarak kusurun derecesinin hafif olması durumunda hâkimin tazminatın kapsamını daraltabileceğini söyleyebiliriz. Bir başka indirim sebebi olarak da alacaklının sözleşmeye aykırılıkta bir zarara uğramasının yanında bir takım yararlar elde etmesi durumu örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir

⁹⁰ Aynen tazminde eski hale getirmenin söz konusu olduğu, aynen tazmin teriminin Almandaki karşılığı “Naturalrestitution” teriminden de ortaya çıkmaktadır.

⁹¹ VON TUHR/PETER, §15 I, s.115.

durumda tazminat tayin edilirken bu yararların zararlar ile denkleştirilmesi söz konusu olacaktır⁹².

Tazminatın miktarının, zarar miktarını aşmaması gerekir⁹³. Bunun anlamı, hükmedilecek tazminatın en yüksek miktarının, zarara tam olarak karşılık gelmesi gerektiğidir. Bir başka deyişle, bir borca aykırılık halinde oluşacak zararın tazmini, zararın miktarından daha fazla olamayacaktır.

Taraflarca da tazminat tayin edilebilecektir. Uygulamada genellikle sözleşmelerde yer alan cezai şart kavramıyla ifade edilen bu hususun dışında sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin değerinin taraflarca önceden belirlenmesi ve sözleşmeye aykırılık halinde bu bedelin ödeneceğinin kararlaştırılması yoluyla da tazminatın kapsamı belirlenebilecektir⁹⁴.

Alacaklı zarara uğradığını ispat edebilirse de miktarını ispat edemeyebilir. Bu durumda hâkim, BK m.98/II deki atıf gereğince haksız fiillerde zararın miktarını tayin hususundaki esası uygulayacaktır. Bu hüküm de BK m.42/II dir. Bu hükme göre hâkim olağan koşulların gerektirdiği durumları ve zarar gören tarafın aldığı tedbirleri dikkate alarak hakkaniyet esasları çerçevesinde bir miktar belirleyecektir.

IV.Alman Hukukunda Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Zarar ve Tazminat

A.Genel Olarak

Alman Hukukunda genel olarak zarar ve tazminat kavramlarına baktığımızda Türk – İsviçre Hukukundaki gibi, bu kavramların özellikle iki esas borç kaynağından

⁹² OĞUZMAN/ÖZ, s.352; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.586; TANDOĞAN, s.267; SCHWENZER, s.93 N.15.11.

⁹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.583; TANDOĞAN, s.315; OĞUZMAN/ÖZ, s.373.

⁹⁴ TANDOĞAN, s. 434-435. Sözleşmeye aykırılık oluşuktan sonra taraflar tazminatın miktarını kararlaşırlarsa, bu bir sulh anlaşması niteliği taşır(OĞUZMAN/ÖZ, s.373).

kaynaklandığını söyleyebiliriz. Söz konusu iki borç kaynağı, sözleşmelerden doğan borç ilişkileri ve haksız fiillerdir. Bunun dışında sebepsiz zenginleşmeden doğan zarar ve tazminat kavramları da düşünülebilmesine rağmen, çalışma konumuzla ilgisi olmadığından⁹⁵ dolayı bu bölümde yer vermeyi, Türk - İsviçre Hukuku bölümünde olduğu gibi, uygun görmüyoruz.

Zarar ve tazminat kavramlarının esas olarak dayandığı iki kaynağın, yürürlükteki Alman Medeni Kanununda (BGB) birbirinden farklı yerlerde olduğu öncelikle söylenmelidir. BGB §275 vd. maddelerinde ifa engelleri(Leistungsstörungen) bölümünde oluşabilecek ifa engelleri, bunlardan kaynaklanabilecek zararlar ve tazminat ile ilgili kurallar düzenlenmektedir. Buna karşılık BGB §§823-853 hükümleri arasında da haksız fiilden(unerlaubte Handlungen) doğan zararlar ve tazminat koşulları kural altına alınmıştır.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası, Alman Borçlar Hukukunda birçok yeniliğe yol açmıştır. Bu yeniliklerden biri de tez konumuzun başlığını teşkil eden boşuna yapılmış masrafların tazminidir. Bu durumda Alman Hukukundaki sözleşmeye aykırılığa ilişkin zarar ve tazminat kavramlarına değinmenin, boşa yapılmış masrafların tazmininin hangi temellere dayandığı sorusunun cevaplanması açısından yararlı olduğunu düşünmekteyiz.

⁹⁵ Sebepsiz zenginleşmenin bu çalışmanın kapsamına dâhil edilmemesinin asıl sebebi, çalışmamızın başlığını teşkil eden konunun esas itibariyle sözleşmelerle ilgili olmasıdır. Dolaylı olarak da haksız fiiller ile ilgisi olduğu söylenebilen bu kurumun Alman hukukunda uygulaması genellikle sözleşmelerle ilgilidir. Sebepsiz zenginleşmenin kapsamına girebilecek culpa in contrahendo sorumluluğu veya vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk kavramlarının da doktrinde sözleşmelerden kaynaklandığı yolunda hâkim bir görüşün olduğu söylenmelidir(OĞUZMAN/ÖZ, s.323-324 deki açıklamalar ve s.323 dn. 159 da zikredilen yazarlar). Ayrıca sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcunun kapsamında yer alabilecek faydalı ve zorunlu masraflar gibi kalemlerin tazmini, konumuz ile bağlantılı değildir. Bütün bu hususlar göz önüne alınarak çalışmamızda sebepsiz zenginleşmeden doğan zararlar ve tazminat şekilleri hakkında bilgilere, konunun bütünlüğünü bozmamak kastıyla, yer verilmemiştir.

B.Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Zararlarda Talep Temeli ve Yükümlülük İhlali

1.Talep Temeli Hüküm: BGB §280

Sözleşmelerden doğan zararlar bağlamında Alman Hukukunda ilk olarak bahsedilmesi gereken hüküm, tüm sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zararlar için bir talep temeli olarak kabul edilen BGB §280 hükmüdür. Bu hükmün birinci fıkrasına göre, bir borç ilişkisinde borçlu, yükümlüğünü yerine getirmezse alacaklı bu yüzden oluşan zararların tazminini isteyebilecektir. Bununla beraber tazminat istenebilmesi için yükümlülük ihlalinin borçlu tarafa yükletilebilmesi şarttır. Aynı hükmün ikinci fıkrasında temerrüt halinde alacaklının tazminat isteyebilmesi için birinci fıkradaki düzenlemeye ek olarak BGB §286 hükmündeki şartların yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. BGB §280 hükmünün son fıkrasında ise yükümlülük ihlali halinde alacaklının ifa yerine tazminat isteyebilmesi için BGB §§281, 282 veya 283 hükümlerindeki ek şartların yerine getirilmesinin şart olduğu düzenlenmiştir. Buradan anlaşılan, BGB §280 in birinci fıkrasının, ikinci ve üçüncü fıkra göre genel bir hüküm olduğudur, bir başka deyişle, ikinci ve üçüncü fıkralarda tazminat için özel durumlar düzenlenmiştir⁹⁶.

Sözleşmelerden doğan zarara esas teşkil eden madde olan BGB §280 hükmünün birinci fıkrasının üzerinde durduğu ve tüm ifa engelleri kapsamında merkezi sorumluluk unsuru olarak yer alan kavram, yükümlülük ihlalidir⁹⁷. Buradaki yükümlülük ihlali objektif olarak ifade edilmiş ve borçlunun borç ilişkisine uygun

⁹⁶ **GRIGOLEIT**, Hans Christoph/**RIEHM**, Thomas, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP (Archiv für die civilistische Praxis), 203. Band Tübingen 2003(s.727-762), s.729; **MATTHEUS**, Daniela, Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, Einführung in das neue Schuldrecht, herausgegeben von Martin Schwab und Carl-Heinz Witt, München 2002(s.67 vd.), s.69.

⁹⁷ **ERNST**, Wolfgang, **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241 – 432 Redakteur: Dr. Wolfgang Krüger, 4. Auflage, München 2003(**MÜNCHENER/ERNST I** olarak anılacaktır), §280 N. 9 vd.; **OTTO**, Hansjörg, **J. Von Staudingers Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§255-304 (Leistungsstörungenrecht I) Neubearbeitung 2004 von Claudia Bittner, Manfred Löwisch, Hansjörg Otto, Berlin 2004(**STAUDINGER/OTTO** olarak anılacaktır), §280 N. C1.

olmayan bir şekilde yükümünü ihlal etmesi kastedilmiştir⁹⁸. Bu noktada imkânsızlık kavramı da devreye girecektir, çünkü alacaklının yükümlülük ihlalinin dolaylı tazminat isteyebilmesi için borç ilişkisine konu olan borcun borçlu yüzünden imkânsız hale gelmesi zorunludur. Bu durumda borçlu imkânsızlığın kendisine yükletilemeyeceğini ispatlamak zorundadır⁹⁹.

Bazı belirli tazminat taleplerinde BGB §280 hükmünün birinci fıkrası haricinde bazı ek şartların da aranması gerekecektir. Bunlardan birincisi, BGB §280 hükmünün ikinci fıkrasında ifade edilmiştir. Alacaklının temerrüt zararı talep edebilmesi için BGB §286 hükmündeki borçlunun temerrüdü için belirlenmiş ek şartların yerine getirilmesi gerekecektir. Temerrüt zararının karşılanması, borçlunun edim yükümünü vade zamanında yerine getirmemesi halinde ortaya çıkan bir yüküm olacaktır¹⁰⁰.

Yükümlülük ihlalini temel alan ve sözleşmeden doğan zararlar için temel oluşturan BGB §280 hükmünün üçüncü fıkrasında, ifa yerine tazminat istenebilmesi için BGB §§281, 282 ve 283 hükümlerindeki şartların ek olarak yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Burada söz edilen maddeler, ifanın hiç yapılmaması, borçlanıldığı gibi yapılmaması ve koruma yükümüne aykırı davranılması ile borçlunun kusuru sonucu imkânsızlaşan edim yükümü dolayısıyla tazminatı düzenlemektedir.

2.Yükümlülük İhlali

a.Genel Olarak

Modernleştirme Yasası ile BGB ye getirilen en önemli yeniliklerden biri, “yükümlülük ihlali” kavramının yasaya sokulmasıdır. BGB §280 hükmüne göre borçlu, borç ilişkisinden kaynaklanan bir yükümünü ihlal ederse ve bu yükümlülüğün ihlali kendisine yükletilebiliyorsa, alacaklı bu ihlalden kaynaklanan zararların tazminini isteyebilecektir. Burada ihlal edilen ve borç ilişkisinden doğan yükümlülük

⁹⁸ STAUDINGER/OTTO, §280 N. C1.

⁹⁹ MÜNCHENER/ERNST I, §280 N. 38; STAUDINGER/OTTO, §280 N. D3.

¹⁰⁰ STAUDINGER/OTTO, §280 N. C12.

denince, akla borç ilişkisinden kaynaklanan tüm yükümler(sözleşmesel yükümler ve koruma yükümleri) gelebilecektir¹⁰¹. Yükümlülük ihlalinin dolaylı tazminat talep edilebilmesi için BGB §280 hükmüne göre bu ihlalin borçluya yükletilebilmesi şarttır. Bunun anlamı yükümlülük ihlalinin çeşidine göre değişmekle beraber, bir koruma yükümünün söz konusu olması durumunda, borçluya ihlalin yükletilebilmesi için borçlunun kusurunun bulunması gerektiği anlaşılabilecektir¹⁰².

b.Çeşitleri

aa)Borçluya Yükletilebilen İmkânsızlık

BGB §275 hükmüne göre, borçlu veya başka biri için ifa imkânsız hale gelmiş ise, ifa talebi yapılamayacaktır. Ayrıca borçlu, ifa engelinin kendisinden kaynaklanmaması halinde borç ilişkisinin içeriği ve dürüstlük kuralları dikkate alındığında alacaklının edim çıkarı ile örtüşmeyen bir edimi ifaya zorlanamayacaktır. Bunun dışında edimin ifasında borçlunun kişiliğinin önemli olduğu durumlarda da ifa engeli oluşması halinde, borçlu edimi ifadan kaçınabilecektir.

Oluşan imkânsızlığın borçluya yükletilebildiği durumlarda ortada imkânsız bir edim olduğundan, alacaklıya BGB §283 gereğince ifa yerine tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Alacaklının bu tazminatı isteyebilmesi, söz konusu maddede de belirtildiği üzere, BGB §280 1. fıkra hükmünün şartlarının yerine getirilmesine bağlanmıştır. Bu şartlar göz önüne alındığında alacaklının öncelikle imkânsızlık

¹⁰¹ EHMANN, Horst/SUTSCHET, Holger, Modernisiertes Schuldrecht – Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002, s.19-20. Burada sözleşmesel yükümlerden kasıt, sözleşme şeklindeki borç ilişkisiyle kurulan ve ifa çıkarına yönelik yükümlerdir. Koruma yükümleri ise, borç ilişkisinin dışında da oluşabilen ve doğru bilgi verme, karşı tarafın vücut bütünlüğüne zarar vermeme gibi davranışları içeren yükümlerdir (MÜNCHENER/ERNST I, §280 N. 11 vd. ve GRIGOLEIT/RIEHM, s.730). Yükümlülük ihlalinin kapsamı hakkında farklı bir görüşün de bu noktada belirtilmesi gerekecektir. Buna göre yükümlülük ihlali kavramının içine sadece davranış yükümleri girecektir, çünkü sözleşmesel yükümlerin bazıları başarıya bağlı olabilecek ve yükümü üstlenen başarıya ulaşamayınca yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılmayacaktır. Bu görüş için bkz. STOLL, Hans, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ (Juristen Zeitung) 11/2001 (s.589-597), s.593.

¹⁰² EHMANN/SUTSCHET, s.20: Kusur çeşidi olarak kasıt veya ihmal anlaşılabilecektir (BGB §276).

sebebinin borçludan kaynaklandığını ispatlamak zorunda olduğu ortaya çıkar. Gerçi bu hususun ispatı zordur, çünkü örneğin alıcının satıcının malı niye yollamadığını bilmesi büyük ihtimalle olanaklı değildir. Esasında burada ispat yükü tersine çevrilir. O zaman da borçlu, imkânsızlığın kendisine yükletilemeyeceğini ispat etmek zorunda kalacaktır. Bu da teknik anlamda bir iddia yükümü sayılabilecektir¹⁰³.

Bu konuyla ilgili son olarak belirtilmesi gereken husus, alacaklının tam ifa yerine tazminat istemesi halinde borçlunun BGB §281 5. fıkra gereğince kendisine yapılan tüm edimleri dönme hükümleri uyarınca geri verme zorunluluğunun olmasıdır.

bb) Borçlunun Temerrüdü

Borçlu temerrüdü, borçlu tarafından ifanın gerçekleşmesine imkân olmasına rağmen ifanın yapılmamasına dayanır. Alman Hukukunda borçlu temerrüdü BGB §286 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre, borcun vadesinin gelmesinden sonra alacaklının ifaya ilişkin ihtarına rağmen, borçlu borcunu ifa etmezse temerrüde düşecektir.

Borçlu temerrüdünün şartlarına şöyle bir bakacak olursak, öncelikle, vadesi gelmiş ve geçerli bir edim yükümlülüğünün gerekli olduğunu söyleyebiliriz. Vadesi gelmiş bir borç olsa bile herhangi bir sebeple, örneğin zamanaşımı sebebiyle bir itiraz olursa, geçerli bir edim yükümünden bahsedilemeyecektir¹⁰⁴. İkinci şart olarak alacaklının, borçluya bir ihtarında bulunması gelir. Bu ihtarın içeriğinde, kesinlikle herhangi bir çelişkiye yer vermeyecek şekilde alacaklının borçludan ifa isteminin dile getirilmesi gerekecektir¹⁰⁵. İhtarın yapılmasının gerekli olmadığı durumlar da mevcuttur. Bu durumlar BGB §286 2. fıkra hükmünde ifade edilmiştir. Buna göre ifa için bir takvim günü belirlenmişse, ifa zamanı takvime uygun olarak belirlenebilir ise veya borçlu ciddi ve geri dönülmez şekilde ifadan vazgeçtiğini beyan etmişse ya da her iki tarafın çıkarları gereğince temerrüde hemen düşülecekse, ihtara gerek

¹⁰³ MÜNCHENER/ERNST I, §280 N. 32; OTTO, Hansjörg, Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, JURA (Juristische Ausbildung), 24. Jahrgang Heft 1/2002(s.1-11), s.5.

¹⁰⁴ BROX/WALKER, s.241 N.4.

¹⁰⁵ BROX/WALKER, s.244 N.11.

olmayacaktır. Borçlunun temerrüde düşebilmesi için, onun temerrüde düşmesinde kusurunun olması da şarttır. BGB §286 4. fıkra hükmünde de bu husus ifade edilmiştir.

Borçlu temerrüdünün, ayrıca istenecek ifa talebine bir etkisinin olmayacağını belirtilmesi gerekir. Bir başka deyişle, borçlu temerrüdünden doğan zarar tazmini talebi yanında ifa talebi varlığını devam ettirecektir¹⁰⁶. Borçlu temerrüdünün ilk sonucu olarak temerrütten kaynaklanan zararları gösterebiliriz. BGB §280 1 ve 2. fıkra hükümleri uyarınca alacaklı temerrüt zararlarını telafi etme hakkına sahiptir. Ancak bunun yanında önceden bir süre belirlemesi şartıyla, borçlu temerrüdünün de aynı anda gerçekleşmesiyle alacaklı, ifa yerine tazminat da isteyebilecektir.

cc)İfanın Hiç Yapılmaması veya Gereği Gibi Yapılmaması

İfa yerine tazminatın talep edilebildiği hallerden biri de ifanın hiç yapılmaması veya gereği gibi yapılmaması halidir. Bu hale ilişkin düzenleme BGB §281 hükmünde belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, borçlu vadesi gelen borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmiyorsa ve kendisine tanınan uygun veya sonradan ifa için verilen sürede borçlu hareketsiz kalmışsa, alacaklı BGB §280 1. fıkranın şartları dâhilinde ifa yerine tazminat talep edebilecektir. Aynı fıkroda borçlunun edimini kısmen yerine getirmiş olması halinde de alacaklının, bu kısmi edimde çıkarı olmaması halinde tüm ifanın yerine tazminat isteyebileceği ifade edilmiştir. Borçlu ayrıca borcunu borçlandığı şekilde yerine getirmemişse, yükümlülük ihlalinin önemsiz olduğu durumlarda alacaklı tüm ifa yerine tazminatı talep edemeyecektir. Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında süre tayini ve ihtardan bahsedilmiştir. Borçlunun edimi ifadan kesin olarak vazgeçtiğinin anlaşılması veya belirli şartların her iki tarafın çıkarına olarak tazminat istemini haklı kılması halinde süre tayininin gereksiz olduğu ikinci fıkroda belirtilirken; üçüncü fıkroda yükümlülük ihlalinin şekli gereğince bir süre tayininin söz konusu olmaması durumunda ihtar çekmenin gündeme geleceği ifade edilmiştir. BGB §281 hükmünün son iki fıkrasında

¹⁰⁶ BROX/WALKER, s. 249 N. 30.

alacaklının ifa yerine tazminat isteminde bulunması halinde edim talebinin geçerli olmayacağı ve alacaklının tüm edimin yerine tazminat istemesi halinde borçlunun BGB §§346-348 gereğince daha önce ödenmiş edimlerin iadesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

Doktrinde genellikle kabul edilen, kötü ifanın önemli olmaması halinde “küçük tazminatın” isteneceğidir¹⁰⁷. Buna göre alacaklı, kendisine yapılan ayıplı edimi tutacak ve edimin borçlanıldığı şekildeki değeri ile ayıplı değeri arasındaki farkı talep edecektir. Kötü ifanın alacaklı için olumsuz bir etki taşıması halinde “büyük tazminat” talep edilebilecektir. Söz konusu büyük tazminatın konusu, alacaklının ayıplı ifayı reddederek tüm sözleşmenin ifa edilmemesi halindeki gibi bir tazminat istemesidir¹⁰⁸.

C.Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Tazminat

1.Genel Olarak

İster sözleşmeye aykırılıktan kaynaklansın, isterse haksız fiilden doğsun tazminatın şekli ve kapsamı, genel olarak, BGB §§249 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerden ilki olan BGB §249 1. fıkra hükmünde tazminat ile yükümlü olan kişinin, tazminata sebep olan olay hiç oluşmasaydı oluşacak durumu kurmak zorunda olduğu ifade edilmektedir. Bu hükmün anlamı, Türk – İsviçre Hukukunda da geçerli olan, aynen tazmin ilkesinin Alman Hukukunda da geçerli olduğudur. Bununla birlikte Alman Hukukundaki aynen tazmin ilkesinin önceliğinin olduğunu belirtmek gerekecektir. Eski hale iade şeklinde de anlaşılabilen aynen tazmin, Alman Hukukunda esastır. Bir başka deyişle, Alman Hukukunda nakden tazmin imkânından önce aynen tazmin imkânı araştırılmalıdır¹⁰⁹. Aynen tazmin, aslında alacaklıya eski durumunun tamamen yeniden kurulma olanağını vermez, bunun yerine zarar verici

¹⁰⁷ EHMANN/SUTSCHET, s.37; BROX/WALKER, s. 271 N. 15; STAUDINGER/OTTO, §280 N. E9; GRIGOLEIT/RIEHM, s.738-739.

¹⁰⁸ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E8; BROX/WALKER, s. 272 N. 16; EHMANN/SUTSCHET, s.37.

¹⁰⁹ LANGE/SCHIEHMANN, s.212-213.

olayın hiç oluşmadığı ihtimalde oluşacak alacaklının içinde bulunacağı farazi durumu sağlamaya yöneliktir¹¹⁰.

BGB §§249 - 251 aynen ve nakden tazmin hususlarını incelerken, BGB §252 kaçırılmış kazanç hususunu ele almıştır. Alman Borçlar Hukukundaki kaçırılmış kazanç kurumunun Türk - İsviçre Hukukundaki kaçırılmış kazanç kurumundan pek bir farkı yoktur. BGB §252, tazmin edilecek zararların kapsamına kaçırılmış kazancın da girebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca aynı maddede bir kazancın kaçırılmış kazanç sayılabilmesi için, hayatın olağan akışına veya özel durumlara göre büyük olasılıkla beklenebilecek bir kazanç olması gerektiği belirtilmiştir. Kaçırılmış kazanç tarifinin bu şekilde verilmesi, Alman doktrininde genel olarak bir ispat kolaylığı şeklinde görülmüş ve uygun nedensellik bağı içinde somut deliller olduğu sürece, alışılmadık kazançların da istenebileceği ifade edilmiştir¹¹¹. Alacaklı için getirilen bu ispat kolaylığına karşı, borçlu tespit edilen olguların alacaklının iddia ettiği gibi kazancın büyük olasılığına işaret etmediği beyanında bulunabilecek ve bunu ispatla yükümlü olacaktır¹¹².

Tüm tazminat çeşitleri ilgili genel hükümlerin yanında, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan tazminat için genel hükümlere de bakmak gerekecektir. Bu hükümlerden en önemlisi, BGB §280 hükmüdür. Bu hüküm sözleşmeye aykırılık için temel hükümdür ve sözleşmelerde borçlunun her kusurlu davranışı için onu tazminat yükümlüsü yapacaktır¹¹³. Bununla bağlantılı ve takip eden diğer hükümlerin de sözleşmeye aykırılık halinde tazminatta uygulanması gerekebilecektir. Tazminatları düzenleyen bu maddelerin yanında BGB §311a hükmünden de bahsedilebilir. Buna göre, sözleşme yapılırken var olan bir ifa engelinin ortaya çıkması durumunda alacaklı için ifa yerine tazminat ile BGB §284 bağlamında boşuna yapılmış masraflarının tazminini talep etmek konusunda bir seçimlik hak

¹¹⁰ LANGE/SCHIEMANN, s.215.

¹¹¹ LANGE/SCHIEMANN, s.341. Örneğin bir açık arttırmada veya ihaleden hukuka aykırı olarak uzaklaştırılan kişinin kaçırılmış kazancının olabileceği de savunulmuştur. Bu yönde görüş için bkz. **FLEISCHER**, Holger, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ (Juristen Zeitung) 15/16 1999(s.766-775), s.770.

¹¹² LANGE/SCHIEMANN, s.343.

¹¹³ MÜNCHENER/ERNST I, §280 N.4; STAUDINGER/OTTO, §280 N. A2.

verilmiştir. Ancak bunun gerçekleşmesi için borçlunun sözleşme yapılırken ifa engelini bilmemesi ve bilmesinin gerekmemesi lazımdır.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat için belirtilmesi gereken bir başka genel nokta da talep temeli olan BGB §280 hükmünün ilke olarak bir yedek hukuk kuralı olmasıdır. Bir başka deyişle, BGB §280 hükmüne göre olan tazminat sorumluluğu, sözleşmesel olarak kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Ancak bu konuda sınır, BGB §276 3. fıkrada bahsedilen, kasıt için sorumluluğun anlaşma konusu yapılamamasıdır¹¹⁴.

2.Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Tazminatın Temel Çeşitleri

a.Genel Olarak

Sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarda tazminat çeşitleri, Alman Hukukunda birbirinden farklıdır. Tazminat çeşitlerinin bolluğu, bizim hukukumuzda borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu seçimlik hakların içerisinde yer alan tazminat haklarına benzemektedir. Buradaki farklılık, BGB §280 ve onu takip eden hükümlerde tüm sözleşmeye aykırılıklar için tazminat çeşitlerinin genel olarak belirlenmiş olmasıdır.

Alman Hukukunda sözleşmeye aykırılıkta üç çeşit tazminat vardır. Bunlar BGB §280 1. fıkraya göre tazminat, BGB §280 1 ve 2. fıkralara göre olan temerrüt zararlarının tazmini ve BGB §§281, 282 ve 283 ile bağlantılı olmak üzere BGB §280 1 ve 3. fıkralardaki ifa yerine tazminattır¹¹⁵. Bu tazminat çeşitlerinden ifa yerine tazminatın özel bir çeşidi olarak BGB §311a 2. fıkra hükmünün de ayrıca belirtilmesi gerekecektir.

¹¹⁴ MÜNCHENER/ERNST I, §280 N.43; STAUDINGER/OTTO, §280 N. D29.

¹¹⁵ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E1.

b.Tazminatın Temel Çeşitleri

BGB §280 1. fıkra hükmüne göre, borçlu borç ilişkisinden doğan bir yükümü kusurlu olarak ihlal ederse, alacaklı bu ihlalden doğan zararlarının tazminini talep edebilecektir. Bu hükümde, diğer tazminat çeşitlerinden farklı olarak, yükümlülük ihlalinden kaynaklanan genel olarak nitelendirilebilecek tazminattan bahsedilmektedir.

Temerrüt zararlarının tazmini de sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminatın kapsamında yer almaktadır. Bu husus ile ilgili madde BGB §280 2. fıkra hükmüdür. Buna göre ifanın gecikmesinden dolayı bir tazminatı alacaklı ancak BGB §286 şartları dâhilinde isteyebilecektir. Bu durumda BGB §286 hükmündeki şartlar oluşmuşsa, ifanın gecikmesinden dolayı oluşan zararların tazmini mümkün olabilecektir.

Üçüncü tazminat çeşidi olarak bahsedilebilecek ifa yerine tazminat, BGB §280 vd. maddelerde birçok kez hükme bağlanmış bir tazminattır. Bu hükümlerden ilki BGB §280 3. fıkra hükmüdür. Buna göre alacaklı, ifa yerine tazminatı ancak BGB §§281, 282 veya 283 hükümlerindeki şartlar gerçekleştiği zaman isteyebilecektir. Bu durumda, yapılan atıf gereği BGB §§281, 282 ve 283 hükümlerine bakmak gerekecektir. Bu hükümlerde, sırasıyla, hiç ya da gereği gibi ifa etmemeden dolayı, BGB §241 2. fıkradaki bir yükümün ihlalinden dolayı ve edim yükümünün tamamen ortadan kalkmasından dolayı ifa yerine tazminat şartları düzenlenmiştir. Bu durumda ifa yerine tazminat için talep temellerinin bu maddelerde olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte bir başka talep temeli de BGB §311a 2. fıkra hükmüdür. Çünkü burada da başlangıçtaki ifa engelinin oluşması halinde alacaklının ifa yerine tazminat isteyebileceği yazılıdır.

İfa yerine tazminatta korunan çıkarın olumlu ifa çıkarı olduğunu söylemek mümkündür. Bir başka deyişle, alacaklı sözleşme düzgün ifa edilmiş olsaydı içinde

bulunacağı farazi duruma getirilmelidir¹¹⁶. Bu yüzden ifa yerine tazminata konu olacak zararlara örnek olarak, ortadan kalkmış tam veya kısmi ifanın değerinin yanında kaçırılmış kazanç ve bir satım sözleşmesinde alıcının aynı özellikteki malı piyasada daha fazla bir fiyatla alması yüzünden oluşan telafi işlemler için yapılan fazladan harcamalar gösterilebilir¹¹⁷. İfa yerine tazminat talebinin ileri sürülmesiyle ifa talebi artık ortadan kalkacaktır, dolayısıyla da ifa talebi yapılamayacaktır. Bunun anlamı ifa talebinin yerini, ifa yerine tazminat talebinin almasıdır.

Bu noktada ifa yerine tazminatın iki şeklinin olduğunu da söylemek yerinde olacaktır. Bunlardan biri, tam ifa yerine tazminat olarak da tanımlanan “büyük tazminat”; diğeri de yine ifa yerine tazminatın bir çeşidi olarak kabul edilen “küçük tazminat”tır. Büyük tazminatta alacaklının kendisinin elde ettiği kötü veya kısmi edimi reddedip bunun yerine kendisine yapılması gereken tüm edime eşit değeri tazminat olarak istemesi söz konusudur¹¹⁸. Bu noktada büyük tazminatın istenemeyeceği bir durumun hatırlatılması gerekmektedir. BGB §281 1. fıkra son cümleye göre eğer yükümlülük ihlali önemsiz ise borç kendisine gereği gibi ifa edilmeyen alacaklı, tam ifa yerine tazminat isteyemeyecektir. Küçük tazminatın istenmesi halinde ise, alacaklı kendisine ifa edilen kötü veya kısmi edimi kabul edip, tüm edimden farkı nakit olarak talep edebilecektir¹¹⁹. Büyük tazminat ile küçük tazminat arasındaki farkın belirtilmesi açısından söylenmesi gerekenlerden biri de büyük tazminatın kural olması, sadece kısmi veya kötü ifada yüküm ihlalinin önemsiz olması durumunda istenememesidir. Bu gibi hallerde alacaklının küçük tazminat isteyebilmesi mümkün olacaktır¹²⁰.

¹¹⁶ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E5; LORENZ, Stephan/RIEHM, Thomas, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, s.107 N. 207; MATTHEUS, s.72.

¹¹⁷ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E5; LORENZ/RIEHM, s.97 N. 185.

¹¹⁸ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E8: Bu tür tazminatın istenmesi halinde, doğal olarak, hâlihazırda yerine getirilmiş edim, dönme hukukunun ilkelerine göre iade edilecektir. Bu husus BGB §281 5. fıkra hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

¹¹⁹ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E8.

¹²⁰ LORENZ/RIEHM, s.112 N. 218.

3.Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Tazminatın Kapsamı ve Hesaplanması

a.Kapsam

Alman Hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminatın kapsamı belirlenirken ve hesaplama yapılırken iki farklı hususun belirtilmesi gerekecektir. Tazminatın kapsamı bağlamında fark ve ikame teorilerinin, tazminatın hesaplanması bağlamında da somut ve soyut zarar hesaplamasının özelliklerinin belirtilmesi, bu iki konunun anlaşılması açısından yararlı olacaktır.

b.Fark ve İkame Teorileri

Alman Hukukunda tazminatın kapsamı hesaplanırken, özellikle karşılıklı sözleşmelerde, eskiden beri iki teori üzerinde durulmaktadır. Bunlar “Fark(Differenztheorie) ve İkame(Surrogationstheorie)” teorileridir. Bunlardan ikame teorisi, borçlunun imkânsız hale gelmiş ediminin yerine alacaklının borçludan tazminat edimini yerine getirmesini istemesiyle, bu tazminat yükümünün alacaklının halen ifası mümkün olan karşı edimi ile yer değiştirmesine dayanmaktadır¹²¹. Fark teorisi ise iki tarafın sözleşmenin devam etmesinden tamamen vazgeçmesine, tüm sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan nakden tazmin olanağı olarak karşılıklı iki edim arasındaki değer farkının hesaplanmasına dayanmaktadır¹²². Bu iki teori dışında fark teorisinin gevşetilmesine dayanan “sınırlandırılmış fark” teorisinden de bahsetmek gerekecektir. Bu teoriye göre sözleşmeye aykırılıkta zararın tazmini için ilke olarak fark teorisine başvurulacaktır; ancak alacaklı her iki edim arasındaki değer farkıyla sınırlı olmayacaktır, bazı durumlarda ikame teorisine de başvurabilecektir¹²³.

¹²¹ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.21; STAUDINGER/OTTO, §280 N. E53.

¹²² MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.22; STAUDINGER/OTTO, §280 N. E54.

¹²³ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.23; STAUDINGER/OTTO, §280 N. E57.

Alman Hukukunda sözleşmeye aykırılıkta tazminat konusunda hüküm süren bu teorilerin önemi, 2002 yılında yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası ile azalmıştır, ancak yok olmamıştır. Bu yasa kapsamında BGB §325 hükmünün yeni metninden özellikle bahsedilmesi gerekir. Bu madde hükmüne göre karşılıklı sözleşmelerde dönme ile tazminat bir arada istenebilecektir. Alacaklı böylelikle hem sözleşmeden dönebilecek, hem de sözleşmenin ortadan kalkmasından dolayı kaçırılmış kazanç gibi uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir. Burada da alacaklının isterse fark teorisine, isterse ikame teorisine başvurabileceği anlaşılabilmektedir¹²⁴. Dönme hakkını kullanmadan önce alacaklı isterse ikame teorisinden hareket edip, karşı edimini yerine getirecek ama aynı zamanda borçlunun yerine getirmedeği edimin değerini fazladan yaptığı telafi işlem masraflarını veya kaçırılmış kazanç değerini talep edebilecektir; diğer taraftan alacaklı isterse zararını fark teorisi üzerinden hesaplatıp karşı edimini kendinde tutacak, ifadaki çıkarı ile kendisi tarafından tasarruf edilen karşı edimin değerleri arasındaki farkı talep edebilecektir¹²⁵. Ancak alacaklının dönme hakkını kullandıktan sonra fark ve ikame teorileri bağlamındaki seçim hakkı ortadan kalkacaktır, çünkü dönme açıklamasıyla alacaklı kendi edimini yerine getirmek istemediğini beyan etmektedir; bu durumda dönme açıklamasından sonra zararlarını ancak fark teorisine göre isteyebilecektir¹²⁶.

c.Somut ve Soyut Zarar Hesaplaması

Alman Hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat hesaplanırken iki yöntemden yararlanılır. Bunlar soyut ve somut zarar hesaplama yöntemleridir.

Soyut zarar hesaplaması, Alman Hukukunda birden çok anlamda kullanılabilir. Örneğin somut olayın özelliklerinden bağımsız olarak objektif bir zarar hesaplaması, soyut zarar hesaplamasıdır¹²⁷. Ancak bunun dışında soyut

¹²⁴ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.28; STAUDINGER/OTTO, §280 N. E65.

¹²⁵ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E65.

¹²⁶ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E66.

¹²⁷ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.37.

zarar hesaplaması, olayların normal akışına göre bir kazancın oluşmasının beklendiği durumlarda bu kazancın oluşmaması temeline de dayanabilecektir¹²⁸. Örneğin bir satım sözleşmesinde objektif olarak bir soyut zarar hesaplaması yapılıyorsa, alıcı veya satıcı konumundaki alacaklı, zararını sözleşme ücreti ile borçlanılan edimin zamanındaki veya yerindeki piyasa ücreti arasındaki farktan hareket ederek soyut olarak hesaplabilecektir¹²⁹. Bu anlamdaki zarar hesaplaması, temerrüt faizine ilişkin BGB §288 hükmünde ve haksız fiili işleyen faiz yükümlülüğüne ilişkin BGB §849 hükmünde öngörülmüştür¹³⁰. Soyut zarar hesaplamasının olayların normal akışına göre oluşmamış bir kazanç üzerinden oluşması daha çok rastlanır bir durumdur ve sözleşmeye aykırılıkta Alman Hukukunda temel hükümler olan BGB §§281-283 çerçevesinde bu tür hesaplama yapılacaktır¹³¹. Burada bir kazanç karinesi söz konusudur ve bu da temelini BGB §252 2. cümleden almaktadır. Bu hükümde kaçırılmış kazancın, olayların normal akışına veya özel durumlara göre büyük olasılıkla beklenen kazancın oluşmamasından meydana geldiği ifade edilmektedir. Burada alacaklının olası bir telafi işleminden bahsedilmektedir. Alacaklı bir telafi işlem ile sözleşmeden daha uygun bir sonuç elde edebilecek idiyse, burada oluşan zararının tazminini soyut hesaplama yöntemi ile isteyebilecektir¹³².

Bir başka zarar hesaplama yöntemi olan somut zarar hesaplaması ise zarar görenin somut olayda uğradığı zararların tespitine dayanır¹³³. Burada düzgün ifa olsaydı malvarlığında oluşacak durumdan ne kadar geride kaldığı tespit edilecektir¹³⁴. Somut zarar hesaplaması yapılırken dikkate alınacak en önemli zarar kaleminin BGB §252 çerçevesindeki kaçırılmış kazanç olduğu söylenebilir. Burada soyut zarar hesaplamasından farkı da tespit etmek gerekecektir. Somut zarar hesaplamasında

¹²⁸ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.40.

¹²⁹ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.38: Bunun şartı, satım konusu malın borsada veya piyasada bir fiyatının olmasıdır.

¹³⁰ LANGE/SCHIEMANN, s.353.

¹³¹ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH) N.40.

¹³² STAUDINGER/OTTO, §280 N. E87. Aslında bu konuda doktrinde bir görüş ayrılığının da olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Ağırlıklı görüş, kaçırılmış kazancın sadece somut zarar hesaplamasında söz konusu olmayabileceği yönünde olmakla beraber BGB §252 2. cümleinin özü ve sözü dikkate alındığı zaman bu hükmün sadece somut zararın ispatı için bir kolaylık getirdiği de öne sürülmüştür(LANGE/SCHIEMANN, s.355).

¹³³ LANGE/SCHIEMANN, s.353.

¹³⁴ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.56; STAUDINGER/OTTO, §280 N. E83.

sözleşmenin ifa edilmemesinden sonra bunun telafisi için bir işlemin fiilen yapılmış olması gerekecektir¹³⁵. Bu telafi işleminden doğabilecek zararlar, somut zarar hesaplamasında dikkate alınacaktır. Bu işlemler genellikle satım sözleşmelerinde söz konusu olacaktır. Somut zarar hesaplamasının aslında malvarlığına ilişkin bir hesap kapatması olduğu söylenebilecektir. Çünkü düzgün sözleşme ifası olsaydı oluşacak tüm malvarlığı değişiklikleri bu yöntem yoluyla beyan edilecektir ve bu arada sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı alacaklının bir takım yararlar elde etmesi durumunda, bu yararlar uygun nedensellik içerisinde olması şartıyla hesaptan mahsup edilecektir¹³⁶.

Soyut ve somut zarar hesaplaması ile ilgili belirtilmesi gereken bir başka husus ta zararın birbirinden bağımsız birden çok kalemden oluşması durumunda her iki yöntemin de bir arada kullanılabilmesidir¹³⁷. Son olarak bu iki hesaplama yönteminin aşağıda ayrıntıları görülecek verimlilik karinesi ile de benzerliğinin belirtilmesi gerekir, çünkü daha sonra görüleceği üzere verimlilik karinesinin belirli unsurları somut ve soyut zarar hesaplamasının unsurlarına benzemektedir¹³⁸.

¹³⁵ MÜNCHENER/ERNST I, Vor §281(EMMERICH), N.58.

¹³⁶ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E99.

¹³⁷ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E86. Ayrıca bkz. **WIEDEMANN**, Herbert, Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin 1984(s.719-733), s.733.

¹³⁸ STAUDINGER/OTTO, §280 N. E85. Verimlilik karinesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. s. 56 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTA BİR TAZMİNAT SEÇENEĞİ OLARAK: BOŞUNA YAPILMIŞ MASRAFLARIN TAZMİNİ (BGB §284)

I.Genel Olarak

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe konulan Alman Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası ile borçlar hukuku alanında birçok değişikliğe gidilmiştir.

Alman Hukukunda özellikle 1999 yılından sonra iç hukuka getirilen Avrupa Birliği yönergeleri¹³⁹, borçlar hukuku alanında “büyük bir reform” ihtiyacını ortaya çıkarmış ve 1978 den beri devam eden borçlar hukuku ile ilgili çalışmaların son halkası olarak 2000 yılının Ağustos ayında borçlar hukukunun modernleştirilmesi amacıyla bir yasa tasarısı ortaya çıkarılmıştır¹⁴⁰. Bundan sonra yapılan çalışmalar meyvesini, 29.11.2001 tarihinde Alman Resmi Gazetesi diyebileceğimiz “Bundesgesetzblatt” ta yayınlanan ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılıp söz konusu tarihte yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) ile vermiştir. Bu yasanın, Avrupa Birliği’nde amaç edinilen özel hukukun yeknesaklaştırılması düşüncesi benimsenmiş gibi görünse de, Alman Hukukunun kendine özgü kurumlarını modern bir çizgiye kavuşturmak ve dağınık durumda olan hükümleri bir araya getirmek amacını güttüğü savunulmaktadır¹⁴¹.

¹³⁹ Bu yönergelere örnek olarak Avrupa Birliğinin 25.05.1999 tarihli 1999/44 sayılı Tüketim Malları Satımına İlişkin Yönergesi, 08.06.2000 tarihli 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi ve 29.06.2000 tarihli 2000/35 sayılı Ödemelerde Gecikmeye İlişkin Yönerge gösterilebilir. Bu yönerge metinleri için bkz. http://eur-lex.europa.eu/RECH_naturel.do (Çevrimiçi-06.09.2008).

¹⁴⁰ LORENZ/RIEHM, s.3 N. 3-4.

¹⁴¹ LORENZ/RIEHM, s.5 N. 5.

Konumuzun ve bu bölümün başlığını teşkil eden “boşuna yapılmış masrafların tazmini” kavramı, bu yasa ile Alman Hukukuna sunulmuş yeniliklerden biridir ve esas itibariyle ifa engelleri hukuku içinde değerlendirebileceğimiz bir kavramdır. Bu yüzden Modernleştirme Yasası’nın diğer yeniliklerinden çok yeni ifa engelleri sistemine kısa da olsa yeniden göz atmayı yeterli buluyoruz.

Çalışmamızın Alman Hukukunda zarar ve tazminat kavramı başlıklı bölümünde sözleşmelerden doğan zararlar kısmında ayrıntılı olarak ifa engellerinin neler olduğundan bahsetmiştik¹⁴². İfa engelleri hukukuna yönelik olan bu hükümleri, genel sistematik içinde bir kez daha inceleyelim.

İfa engelleri kavramı içinde bir unsur olan tazminata ilişkin olarak getirilen BGB §280 ile §284 arasındaki hükümler, sistematik açısından yeni hükümlerdir¹⁴³. BGB §§286-288 hükümleri ise temerrüdün şartlarını ve sonuçlarını düzenlemektedir.

Başka bir alt kavram olarak niteleyebileceğimiz “sözleşmeden dönme hakkı” için de yeni yasada değişiklikler yapılmıştır. Özellikle eski dönme hakkı sistemini ortadan kaldıran BGB §323 bu açıdan önem taşır¹⁴⁴.

Eski Alman İfa Engelleri Hukukunda, somut olayda hangi ifa engelinin gerçekleştiği tespit edilmek zorundayken, değişiklik sonucu bu durum sıralı hale getirilmiştir. Buna göre; öncelikle ifa yerine tazminat, daha sonra temerrüt zararlarının tazmini, üçüncü olarak ayıptan kaynaklanan zararlar gibi edimin yanındaki zararların tazmini veya dönmeden sonra iade talebi gündeme gelecektir¹⁴⁵.

¹⁴² Bkz. yukarıda s.36 vd.

¹⁴³ LORENZ/RIEHM, s.88 N. 166.

¹⁴⁴ Dönme hakkı ile ilgili eski BGB de yer alan hükümler pek açık olmadığından eleştirilmiştir. Söz konusu eski hükümlerde özellikle elde edilen edimin iadesinin imkânsızlığı sorununun ele alınması yanlış bulunmuştur(LORENZ/RIEHM, s. 213-214 N. 413).

¹⁴⁵ LORENZ/RIEHM, S.89 N. 168.

II.BGB §284: Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini

A.Tarihi Gelişim

1.Kavramın Teorik Temeli: Boşa Çıkma Doktrini (Frustrationsgedanke)

a.Tarihsel Gelişim ve İlkeler

Boşuna yapılmış masrafların tazminine yönelik düşünce temeli olarak nitelendirebileceğimiz “Boşa Çıkma Doktrini”, ilk defa, 20. yüzyılın başlarında Andreas VON TUHR tarafından ortaya çıkarılmıştır.

VON TUHR, üçüncü kişilerin verdiği, haksız fiil sonucu oluşan zararlarla ilgili olarak bu fikri savunmuştur. Boşa çıkma doktrini, daha sonra da görüleceği üzere, sadece bu şekilde oluşan boşa çıkan masraflarla değil, örneğin kişinin sözleşmesel ilişkilerden dolayı oluşan zararlarının bir kısmını oluşturan boşa çıkan masraflarıyla da ilgilenmiştir¹⁴⁶. Çalışmamız için önemli olan esasında boşa çıkma doktrininin sözleşmelerdeki yansımasıdır. Ancak burada VON TUHR tarafından ileri sürülen görüşün, bu yöndeki düşüncenin temeli olduğu söylenebilecektir.

Boşa çıkma doktrininin temelini, 1900lü yılların başında Alman İmparatorluk Mahkemesinin verdiği iki karar olduğu söylenebilir. Bu kararlardan ilkinde bir tiyatro gösterisinden, bir başkasının saldırısı sonucu biletin yanmasından dolayı mahrum kalma; diğerinde ise yaşlı bir kadının bir malvarlığı değeri olmayan kedilerinin üçüncü kişilerce zarar görmesi söz konusudur. VON TUHR, tiyatro bileti ile ilgili kararda, ücreti ödenmiş devredilemeyen bir tiyatro gösterisine ait biletten mahrum kalmada zararın, tüketim amacının haklı kıldığı ancak daha sonradan amacın ortadan kalkmasıyla boşa giden harcamada olduğunu; masrafın amacın

¹⁴⁶ SCHNEIDER, Birgit, §284 BGB – zur Vorgeschichte und Auslegung einer neuen Norm, Berlin 2007, s.68.

ortadan kalkmasıyla sonradan zarar olarak kendini gösterdiği fikrindedir¹⁴⁷. Diğer karara ilişkin olarak da yazar, malikin (olayda kedilerin sahibi yaşlı kadındır) zararının, değersiz de olsa bir nesneye yaptığı masrafların üçüncü bir kişi tarafından yapılan saldırı neticesinde yararsız hale gelmesiyle oluşacağını; bu masrafların da daha sonra amacın ortadan kalkması ile zarara dönüşeceğini ifade etmiştir¹⁴⁸.

Boşa çıkma düşüncesinin fıkren gelişiminde, esas olarak, üç evrenin varlığından söz edilebilir¹⁴⁹. Birinci gelişim evresinde masrafların kendisi bir zarar kalemi olarak öngörölmüş, bir başka deyişle masraflar ile zarar “aynı kefeye” konmuştur. Alman İmparatorluk Mahkemesinin iki kararıyla ilgili görüş bildiren boşa çıkma doktrinin “*fikir babası*” VON TUHR’ un değerlendirmeleri de bu yönde olmuştur. İkinci evrede masrafların iradi olduğu belirtilmiş, ancak masrafların yararsız hale gelmesinin irade dışı bir husus olduğundan bahsedilerek, zarar görenin yararsız masraflar oranındaki malvarlığı azalmasının telafi edilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁵⁰. Üçüncü evrede ise ticarileştirme düşüncesinin eksikliklerinden hareket edilmiş; masrafın sadece ticari amaçlarla değil, başka amaçlarla da yapılması halinde tazmin edilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁵¹.

Üçüncü evre bağlamında ayrıntıya girmek gerekirse, öncelikle, boşa çıkma doktrinine VON TUHR’ dan sonra uzun bir süre başvurulmamasına rağmen, 60lı ve 70li yıllarda bu doktrinin tekrar anlam kazandığı söylenebilir. Bu yıllarda Alman Hukukunda ortaya çıkan ve tazminat hukukuna dair, kullanımın ortadan kalkması ve kaçırılmış tatil olanağına dair kararlarda boşa çıkma doktrinine başvurulmuştur¹⁵². Alman içtihatları, bu yıllara kadar özellikle bir aracın kullanımından yoksun kalma halinde oluşan zararı uygun kabul etmişlerdir. Bu tür zararı kabul ederken de

¹⁴⁷ TOLK, Martin, Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden – Darstellung und Versuch einer Kritik, Berlin 1977, s. 51den naklen.

¹⁴⁸ TOLK, s.51den naklen.

¹⁴⁹ MÜLLER, Georg, Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen, Berlin 1991, s.54.

¹⁵⁰ LARENZ, Karl, Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, Revolution der Technik Evolutionen des Rechts – Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, herausgegeben von Max Keller, Zürich 1969(s.151-169), s.161.

¹⁵¹ KÜPPERS, s.29

¹⁵² SCHNEIDER, s.66.

ticarileştirme düşüncesine atıf yapıyorlardı¹⁵³. Ticarileştirme düşüncesi, piyasada ekonomik değeri olan ve para ile satın alınabilen kullanım ve yararlanma olanaklarının malvarlığı içinde kabul edilmesini öngörüyordu¹⁵⁴. Bu düşünce 1960lı ve 1970li yıllarda pek uygun görülmemiş ve buna benzer kararlarda boşa çıkma doktrinine atıf yapılmıştır. Zaten boşa çıkma doktrininin ticarileştirme düşüncesine bir tepki olarak ortaya çıktığı söylenebilir¹⁵⁵. Ticarileştirme düşüncesi, malvarlığı zararlarında bir sınır öngörmüştür. Buna göre piyasada satın alınabilme, ticarileştirme düşüncesi için bir şarttır. Ticarileştirilmiş bir değer için bir masraf yapılıyorsa, yapılan bu masrafın da ekonomik bir amacı olması olağandır. Buna karşılık, masrafın ekonomik amaç dışında bir amaç taşıması halinde, tazmini olanaksız hale gelecektir. Boşa çıkma düşüncesi ise böyle bir sınır öngörmemektedir. Bu düşünceye göre, masraf kişisel çıkarlarla yapılsa bile, yararsız hale gelmesi halinde, tazmin edilmesi gerekecektir¹⁵⁶.

Boşa çıkma düşüncesini savunan yazarlar, bir aracın satıcının kusuru sonucu bozulması durumunda, sigorta harcamalarının, vergilerin ve garajda tutulmasından dolayı verilen kiranın birer zarar olarak öngörülmesi gerektiği fikrindedirler¹⁵⁷. Aracın kullanımından yoksun bırakılma söz konusudur ve bunu daha önceden öngörmeyen alıcı bir takım masraflar yapmıştır. Bunların satıcıdan tazmin edilmesi gerekir. Kullanım yararı, ticarileştirme teorisine göre, bir ekonomik değer teşkil etmemektedir, ancak boşa çıkma doktrini böyle bir durum söz konusu olsa da bir zararın oluşacağını ifade etmektedir¹⁵⁸. Boşa çıkma doktrininin ticarileştirme

¹⁵³ LARENZ, s.154-155: Alman içtihatlarına göre bu şekildeki zararların kabul edilebilmesi için mutlaka bir trafik kazasının zarara sebep olması gerekmektedir(LARENZ, s. 155).

¹⁵⁴ SCHNEIDER, s.66; Ticarileştirme teorisi, Alman hukuku doktrininde önemli bir yer kaplamış olsa da, özellikle masraflar konusunda sonradan terk edilmiş bir teoridir. Çalışma konumuz ile bu konunun son derece dolaylı bir bağlantılı olduğunu düşündüğümüzden ayrıntılarına girmeden esas metindeki açıklamalarla yetiniyoruz.

¹⁵⁵ KÜPPERS, s.29.

¹⁵⁶ KÜPPERS, s.29.

¹⁵⁷ KÜPPERS, Karsten, Zauberformel Frustrationslehre, VersR (Versicherungsrecht) 1976 Heft 25A (s.604-610) (*KÜPPERS, Frustrationslehre* olarak anılacaktır), s.609; LARENZ, s.162; TOLK, s.57; SCHNEIDER, s.67.

¹⁵⁸ Bu doğrultuda SCHMIDT, maddi ve maddi olmayan çıkarlar arasında bir ayrım yapmanın gereksizliğine işaret etmektedir(SCHMIDT, Eike, Die verpatzte Jubiläumsfeier, Festschrift für Joachim Gernhuber, herausgegeben von Hermann Lange, Knut Wolfgang Nörr, Harm Peter Westermann, Tübingen 1993(s. 423-433), s. 433. Bir başka görüşe göre ise ne ticarileştirme tezi ne de boşa çıkma doktrini, çıkış noktaları bakımından uygunluk arz eder; bu yüzden de iki görüş de kabul

teorisine olan avantajı, zarar miktarının belirlenmesinde masraf miktarının esas alınabilmesi kolaylığıdır¹⁵⁹.

Boşa çıkma doktrininin bir başka ilgilendiği olay grubu da malvarlığı zararı olarak bir tatil olanağından yoksun kalınması şeklinde kendini gösterir. Boşa çıkma doktrini savunucularına göre burada masraflar yoluyla satın alınan bir keyif olanağı söz konusudur ve masraflar oranında bir boşa çıkma zararının varlığının kabulü gerekecektir¹⁶⁰. Bu tür olay grubu ile ilgili en bilinen örnek Alman Federal Mahkemesinin verdiği karardadır¹⁶¹. Bu karara konu olan olaya göre davacı, eşiyle birlikte Rotterdam'dan Kanarya Adaları'na bir deniz seyahati planlamıştır. Gümrüğe uygun bavuluna sınırda memurlar tarafından el konulmuş ve bu yüzden de bavulların naklini havayolunu kullanarak gerçekleştirmek zorunda kalmıştır. BGH, davacının tazminat isteğini haklı bulmuş, gerekçe olarak da deniz yolculuğunun, çamaşırların ve giysilerin sıkça değiştirilme imkânı olmaması sebebiyle sekteye uğradığını göstermiştir.

Mülkiyet hakkına tecavüzde de boşa çıkmanın söz konusu olabileceği ve malikin hedeflediği amaca yönelik olarak yapmış bulunduğu masrafların tazmin edilmesi gerektiği de boşa çıkma doktrini içerisinde savunulmuştur¹⁶². Eğer malik, maliki olduğu mal bağlamında özel bir amaç izlemişse ve bunun için masraf yapmışsa ve sonradan mal üzerindeki mülkiyet hakkının ihlali sonucu amaç kaybı oluşursa, malikin yaptığı masraflar ile mülkiyet ihlali arasında bir bağ kurulabildiği ölçüde masrafların tazmin edilmesi gerektiği bu görüş çerçevesinde ifade edilmiştir¹⁶³.

Bütün bu açıklamalar ışığında, boşa çıkma düşüncesinin temelinde bir zarar tazmini olduğu söylenebilecektir. Bunun sebebi, ifa edilmemeden dolayı oluşan bir zararın söz konusu olması ve bu zarar kavramı içine masrafların girebilmesidir. Fikrimizce,

edilmemelidir(SCHOBEL, Thomas, Der Ersatz frustrierter Aufwendungen – Vermögens- und Nichtvermögensschaden im österreichischen und deutschen Recht, Wien 2003, s.83).

¹⁵⁹ LARENZ, s. 169; KÜPPERS, s.29; SCHNEIDER, s.67, SCHOBEL, s.83.

¹⁶⁰ TOLK, s.57; SCHNEIDER, s.68.

¹⁶¹ UNHOLTZ, s.117 ve LARENZ, s.156 dan naklen.

¹⁶² ROUSSOS, Kleantis, Schaden und Folgeschaden, Berlin 1992, s.295.

¹⁶³ ROUSSOS, s.295.

zarar doğuran olay ile meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağlantısının eksikliğinden söz edilebilirse de en azından bu bağlantının dolaylı olarak oluştuğu söylenebilir.

b.Boşa Çıkma Düşüncesinin Eleştirisi

Boşa çıkma düşüncesi, VON TUHR un ortaya attığı görüşten sonra kimi yazarlarca benimsenirken, kimi yazarlarca da eleştirilene uğramıştır.

Boşa çıkma doktrini savunan yazarlar, bu doktrinin uygulanmasına delil olarak BGB §1298 1. fıkra hükmünü göstermişlerdir¹⁶⁴. Aile hukukunda nişanlanma ile ilgili bu maddeye göre; nişanlılardan biri nişandan dönerse, diğer nişanlının ve onun ebeveyninin ya da ebeveyni gibi hareket eden üçüncü kişilerin evlilik beklentisiyle yaptığı masraflardan ve kendilerini bağlayıcı işlemlerden doğan zararlarını tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Burada yapılan masraflar, evlilik beklentisiyle yapılmaktadır ve evlilik beklentisinin suya düşmesi üzerine tazmin edilmesi gerekecektir. İşte bu noktada boşa çıkma doktrini, aile hukukundaki bu kuralın tüm ilişkilere genelleştirilmesi noktasında eleştiriye uğramıştır¹⁶⁵.

Boşa çıkma düşüncesini modern hukuk çerçevesinde anlamlandırmak isteyen bir düşünce de ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre, boşa çıkma düşüncesi ile ticarileştirme düşüncesi birbirine bağlanabilecektir, çünkü harcamaların değeri ile piyasa değeri birbirine denk kavramlardır¹⁶⁶. Bununla birlikte piyasada bir değeri olan kaçırılmış kazancın boşa çıkma doktrininde masraf tazmini kapsamına alınmamasından dolayı bu görüşün sağlam bir temelini olmadığı da ileri sürülmüştür¹⁶⁷.

Boşa çıkma doktrininin eleştirildiği bir başka nokta da zarar doğuran olay ile zarar arasında nedensellik bağlantısının eksikliğinden dolayıdır¹⁶⁸. Bu noktada nedensellik

¹⁶⁴ SCHNEIDER, s.69.

¹⁶⁵ LANGE/SCHIEHMANN, s.256.

¹⁶⁶ BRINKER, Jürgen, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982, s.223.

¹⁶⁷ MÜLLER, s.56.

¹⁶⁸ MÜLLER, s.55.

bağlantısının eksikliğinden dolayı boşa çıkma doktrininin fark teorisi ile uyuşmadığını ve bu yüzden de kolaylıkla olaylara uygulanamayacağını savunan iki görüş, diğer taraftan vardığı sonuçlar açısından masraf tazmininin uygun olduğu sonucuna varmışlardır¹⁶⁹.

Boşa çıkma düşüncesi önceleri sınırsız olarak düşünülse de sonraları, bu düşüncenin uygulama alanında bir takım sınırlamalara gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Aksi halde tazminat kavramının uçsuz bucaksız genişleyeceği de belirtilmiştir¹⁷⁰. Bir kısım yazarlara göre doktrin bağlamında tazmin edilebilir masraflar ile tazmin edilemez masraflar arasındaki sınırın, yaşam için gerekli harcamalar ile özel harcamalar arasındaki farkın ortaya konması ile çizilmesi gerekirken; başka bir görüşe göre olayın özelliğine göre boşa çıkma zararı somutlaştırılabilecektir¹⁷¹.

Son olarak, boşa çıkma düşüncesi, ele aldığı malvarlığı kavramının öznel olması nedeniyle eleştirilmiştir. Kişinin yaptığı keyfi masrafların, haksız olarak, aniden bir malvarlığı zararı haline gelebileceği tehlikesinden söz edilmiştir¹⁷². Ayrıca masrafların kişinin öznel çıkarları doğrultusunda yapılabilmesinin tazminat hukukunun genel ilkeleri ile bağdaşmadığı, hatta bu görüşün tüm tazminat hukukuna adeta bir meydan okuma olduğu ileri sürülmüştür¹⁷³. Yapılan bu eleştirilerin günümüzde pek bir anlamının kalmadığı bu noktada söylenmelidir, çünkü ekonomik amaçlarla olmasa da yapılan her masrafın bugün bir ticari karşılığı vardır, bir başka deyişle masraflar bağlamında nesnel veya öznel çıkarlar arasında bir ayırım yapılmasına ihtiyaç kalmamıştır¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Bu görüşlerden birinin sahibi LARENZ iken diğeri LÖWE dir. LARENZ konu ile ilgili olarak, nedensellik bağlantısının zarar doğurucu olay ile denkleştirme olanağının ortadan kalkması arasında olduğunu savunurken, denkleştirmenin masraflar yoluyla olabileceği fikrindedir(LARENZ, s.161). LÖWE ise hakkaniyet kurumuna başvurularak fark teorisinin getirdiği nedensellik bağlantısının sonuçlarından kaçınılabilecektir; fark teorisinde bir yumuşama yapılabilecektir. Amaçsız kalan masraflar, bir malvarlığı zararı olarak işlem görebileceklerdir. Yazarın görüşü için bkz. LÖWE, Walter, Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen?, VersR (Versicherungsrecht) Jahrgang 1963(s.307-311), s.310.

¹⁷⁰ LANGE/SCHIAMANN, s.256; UNHOLTZ, s.122; KÜPPERS, s.35.

¹⁷¹ LARENZ, s.163-164; TOLK, s.54-55.

¹⁷² DEUTSCH, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2. völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, München 1996, s.527.

¹⁷³ KÜPPERS, s.36.

¹⁷⁴ KÜPPERS, s.37

2.Kavramın Pratik Temeli: Verimlilik Karinesi (Rentabilitätsvermutung)

a.Genel Olarak

Eski hukuki duruma göre, bir sözleşme ilişkisinde alacaklı konumda olan taraf; borçlu olan diğer tarafın sözleşme gereği üstlendiği edimi yerine getireceğine güvenerek edime ilişkin bir takım masraflar yapmışsa, ancak borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu bu masraflar amacını kaybetmişse, borçludan masrafların tazmininin istenebilmesi sadece “Verimlilik Karinesi” adı verilen karinenin kabulü ile mümkündür¹⁷⁵.

Alman Borçlar Hukukunda 2002 yılında yapılan değişiklikten önce ekonomik amaçlarla yapılan masraflar, alacaklının olumlu çıkarı içinde değerlendiriliyordu, bir başka deyişle, bu tür masraflar olumlu zararın tazmini ile istenebiliyordu¹⁷⁶. Bunun için de sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali şarttı. Söz konusu masrafların kapsamına alacaklının edimin ifasına güvenerek yaptığı masraflar girmiyordu, çünkü güven unsuru nedensellik bağının oluşması için gerekenler arasında değildi; sorumluluk kuran durum için sadece borçlunun yükümlülük ihlalinin olması gerekiyordu¹⁷⁷. Sözleşmeye uygun edimde bile güvene dayanan bu tür masraflar oluşacağından ifa edilmeme dikkate alındığında nedensellik bağı oluşmamış sayılıyordu¹⁷⁸. Alacaklı sadece eski BGB §467 2. cümle ve §634 4. fıkra hükümleri uyarınca diğer harcamalarının yanında bu tür masraflarını da isteyebiliyordu¹⁷⁹.

¹⁷⁵ STOPPEL, Jan Filip, Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach §284 BGB, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=968371027&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=968371027.pdf (Çevrimiçi - 09.08.2006), s.14.

¹⁷⁶ UNHOLTZ, s.67.

¹⁷⁷ STOPPEL, s.13.

¹⁷⁸ STAUDINGER/OTTO, §284 N.2.

¹⁷⁹ Eski BGB §467 2. cümleye göre satım sözleşmesinde satıcı, ayıba karşı tekeffül durumunda dönmenin söz konusu olduğu ve tahvilin(dönüştürmenin) istendiği hallerde alıcının tüm sözleşme harcamalarını tazmin edecekti. Eski BGB §634 4. fıkra hükmünde ise eser sözleşmesinde tahvilin ve indirimin söz konusu hallerde satım sözleşmesindeki ilgili hükümlerin kıyasen uygulanacağı yazılıydı.

Almanya’da İmparatorluk Mahkemesinin geliştirdiği bir karine tam bu noktada gündeme gelmiştir. Sözleşmeye aykırılıktan dolayı zarar gören alacaklının, diğer zararlarının yanında, sözleşme ile bağlantılı yapmış olduğu ve sonradan yararsız hale gelmiş masraflarından dolayı uğradığı zarar oranında da tatmin edilmesi gerekecektir¹⁸⁰. Alacaklının ve borçlunun edimleri arasında bir karşılıklılık olduğu noktasına vurgu yapan İmparatorluk Mahkemesi, alacaklının karşı edimi elde edebilmek amacıyla masraf yaptığını ve ifa edilmeme halinde bu masrafların amorti edilme şansının ortadan kalktığını ifade etmiştir¹⁸¹. Alman Federal Mahkemesi bu içtihadı benimsemiş, bununla birlikte tüm masrafların kazanç odaklı yapıldığı düşüncesi ile masrafların tazminini yalnızca kazanç odaklı yapılanlarla sınırlamıştır¹⁸². Alacaklının uygun bir sözleşme ifası olsaydı, yaptığı masraf tutarında bir kâr elde edebileceği varsayımıyla, kendisine boşa çıkmış masrafları oranında bir tazminat ödenmesi gerekecektir¹⁸³. Bir başka deyişle, amacı ekonomik olmayan masraflar bu karine çerçevesinde tazmin edilemeyecektir.

b.İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgericht) Görüşü

Verimlilik karinesi, ilk defa kendisini Alman İmparatorluk Mahkemesinin kararlarında göstermiştir. İmparatorluk Mahkemesi, bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

“Alıcı aynı zamanda beklediği satım konusunun teslimi ile elde edebileceği faydalar yoluyla tekrar verimli yapabileceği her masrafın tazmini için de talepte bulunabilmelidir. Tazminat hesaplamasından iki taraflı edimlerin, taraf iradeleri doğrultusunda eşit değerde olduğu anlaşılmaktadır. Alıcı, kararlaştırılan ücreti karşı edimi elde edebilmek için vermiştir. Bu, onun miktar olarak asgari zararıdır”¹⁸⁴. Bu karardan anlaşılaçağı üzere İmparatorluk Mahkemesi edim ve karşı edimin

¹⁸⁰ MESSER, Herbert/SCHMITT, Ralph, Zum Umfang der Rentabilitätsvermutung und zu vorvertraglichen und vordeliktschen Aufwendungen, Festschrift für Horst Hagen, herausgegeben von Günter Brambring, Dieter Medicus und Max Vogt, Köln 1999(s.425-448), s.427.

¹⁸¹ MESSER/SCHMITT, s.427.

¹⁸² STAUDINGER/OTTO, §284 N. 2; MESSER/SCHMITT, s.428.

¹⁸³ UNHOLTZ, s.67.

¹⁸⁴ UNHOLTZ, s.68; SCHNEIDER, s.37

varsayımsal olarak eşit olduğu görüşündedir. Karine olarak gelişen bu görüş, aynı mahkeme tarafından daha sonra birkaç kararda daha tekrarlanmıştır¹⁸⁵. Masraflar sadece karşı edim oranında sınırlanmıştır. Buna karşılık, alacaklının ifaya güvenerek yaptığı ve verimlilik elde edebileceği masrafların tazminini talep hakkından bahsedilmemiştir.

İmparatorluk Mahkemesinin, verimlilik karinesinin tüm çerçevesini 1930larda verdiği bir kararla çizdiği söylenebilir. Bu kararda söz konusu olan ve vurgulanan, artık edim ve karşı edimin karine olarak eşit değerliliği değil, birbirine benzer masrafların varsayımsal olarak verimliliğidir. Karara göre, “Alıcı, diğer her masraf için sanki satım konusu eşyanın beklenen teslimi avantajı yoluyla tekrar kâr etmişçesine ve aynı şekilde tazminat talep edebilecektir”¹⁸⁶. Kararda ayrıca şu ifadeler de yer verilmiştir: “Alıcı, karşı edimi elde etmek için, kararlaştırılan bedeli ödemiştir. Eğer karşı edim kendisine ifa edilmezse, o edimi elde etmek için yaptığı ve sonradan sonuçsuz kalan harcamalarının iadesine hak kazanmalıdır. Bu onun asgari zararını oluşturacaktır”¹⁸⁷. Bu arada burada bahsedilen, karşı tarafın ifasına güvenerek yapılan tüm masraflar değildir. Söz konusu olan, sadece karşı edim oranında yapılmış masraflardır.

Görüldüğü üzere, bu kararda yer alan ifadeler, İmparatorluk Mahkemesinin konuyla ilgili verdiği ilk karardaki ifadelerle benzerlik taşımaktadır. Burada farklı olan, ikinci kararda sonuçsuz kalan masraflara değinilmiş olmasıdır. Böylelikle boşuna yapılmış masrafların tazmini konusunda bir milat sayılabilecek verimlilik karinesinin temellerini İmparatorluk Mahkemesinin 1930larda verdiği bir kararla attığı da kolaylıkla anlaşılabilecektir.

İmparatorluk Mahkemesinin daha sonra verdiği kararlarda dikkat çeken bir başka özellikten de bahsetmek gerekir. Mahkemeye göre sözleşme ile ilgili her türlü

¹⁸⁵ Bu kararlar için bkz. UNHOLTZ, s. 68.

¹⁸⁶ UNHOLTZ, s.69.

¹⁸⁷ ELLERS, Holger, Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen, Baden-Baden 2005, s.60.

masraf, potansiyel olarak tazmin edilebilirdir, çünkü sözleşmenin ifa edilmiş olması halinde bu masrafların amorti edilmiş olacağı düşünülmüştür¹⁸⁸.

c.Alman Federal Mahkemesinin (BGH) Görüşleri

Alman Federal Mahkemesi, önceleri İmparatorluk Mahkemesinin verimlilik karinesine ilişkin olan içtihadını aynen benimsemiştir. Ancak daha sonra mahkemeye getirilen olayların farklılığı ve dolayısıyla tazmin edilebilir masrafların çeşitliliği, bu karinenin Federal Mahkeme tarafından geliştirilmesine yol açmıştır¹⁸⁹.

Alman Federal Mahkemesinin verimlilik karinesine ilişkin olan içtihadını, mahkemenin verdiği kararlar kapsamında incelemenin daha yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

aa)Mimarlar Kararı¹⁹⁰

1982 yılında bir mimar, bir ihale organizatörüne karşı tazminat davası açmıştır. Dava sebebi olarak da kendi sunduğu teklifin geciktirilmesini, bu yüzden de ihaleye katılamamasını göstermiştir. Mimar, harcadığı zaman için yüksek miktarda bir tazminat ve projesi için yaptığı harcamaları talep etmiştir.

Alman Federal Mahkemesi (BGH), ihalede 42 mimarın yarıştığını, bir ödülün kazanılma olasılığının kolay olmadığını ve bir kazancın da kesin olmadığını ifade ederek mimarın davasını reddetmiştir. Mahkeme, gerekçe olarak edim ve karşı edim arasındaki eşdeğerliliğinin olmamasını göstermiştir. Ayrıca olayda bir ihalenin söz konusu olması ve herhangi bir ihalede sözleşme tarafının edim ve karşı edimin eşit değerde olmasına ilişkin bir rızasının olmayacağı, bunun tek taraflı bir sözleşme olduğu beyan edilmiştir. İhaleye katılan tarafın yaptığı masraflar kendisine verimlilik

¹⁸⁸ LEONHARD, Marc, Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung, AcP (Archiv für die civilistische Praxis 199. Band, 1999(s.660-694), s.663.

¹⁸⁹ STOPPEL, s.16

¹⁹⁰ BGH 23.09.1982, NJW 1983, 442(STOPPEL, s.16 dn. 27 den naklen); SCHNEIDER, s.40-41.

açısından sadece bir şans yaratacaktır. Bu yüzden BGH, verimlilik karinesinin burada uygulanamayacağından bahisle masraf tazmini talebini uygun bulmamıştır.

bb)Belediye Salonu Kararı¹⁹¹

Karara konu olan olayda düzenleyeceği bir konferans için eyalet belediyesinden bir salon kiralayan aşırı sağcı siyasi bir partinin kira sözleşmesi hukuka aykırı bir şekilde kiralayan tarafından feshedilmiştir. Bu arada siyasi partinin düzenleyeceği bu konferansın zaten polis yasağı nedeniyle yapılamayacağı sonradan anlaşılmıştır. BGH, parti tarafından talep edilen reklam panoları, ulaşım masrafları gibi masrafların tazmini hakkında ret kararı vermiştir. Bu kararda da Alman Federal Mahkemesinin verimlilik karinesinin uygulama alanını geliştirdiği görülmektedir. Mahkeme, maddi olmayan amaçlarla alacaklının yaptığı masrafların, düzgün ifa gerçekleştirilseydi ileride tekrar karşılanacağı olgusunun geçerli olmayacağını, bu yüzden de verimlilik karinesinin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca olayda masrafların amacı bakımından hayal kırıklığının oluştuğunu ve böyle bir hayal kırıklığının da doğasında manevi bir karakter olduğundan BGB §253 hükmüne göre¹⁹² tazmin imkânının olmadığını belirtmiştir. Siyasi parti sadece BGB §252 2. cümleye göre kaçırılmış kazancı oranında bir telafi olanağına sahip olacaktır¹⁹³. Bu karar, içeriğinde yer alan verimlilik karinesinin sadece ticari amaç taşıyan sözleşmelerle sınırlı olması gerektiğinin açıkça ifade edilmesinden dolayı büyük önem taşır¹⁹⁴. Ayrıca 2002 yılında yapılan değişiklikte BGB ye yeni getirilen §284 hükmünün içeriğinin geliştirilmesinde de büyük rol oynamıştır.

¹⁹¹ BGH 10.12.1986 – VII ZR 349/85(OLG Düsseldorf), JZ(Juristen Zeitung) 1987, s.512 vd.

¹⁹² BGB nin bu maddesine göre, maddi olmayan zararların tazmini ancak belirtilen haller dâhilinde para ile mümkün olabilecektir. Bu madde 2002 yılında yapılan değişiklikle eski BGB deki haliyle aynen alınmıştır.

¹⁹³ 2002 değişikliğinde aynen alınan bu eski maddeye göre, tazmin edilecek zararın kapsamına kaçırılmış kazanç da girecektir. Olayda söz konusu olan hükmün ikinci cümlesi, bir kazancın kaçırılmış olması için olayların doğal akışına göre veya özel durumlar gereği bir kazanç beklentisinin normal olması gerektiğini ifade etmektedir. Aslında burada kaçırılmış kazanç için bir ispat kolaylığı getirilmiştir.

¹⁹⁴ SCHNEIDER, s.40.

cc)Diskotek Kararı¹⁹⁵

Olayda diskotek işletmek amacıyla bir taşınmaz alan alıcı, satıcıdan da o taşınmaz üzerinde bir diskotek yapılmasına dair uygunluk sözü almıştır. Bunun üzerine üçüncü kişilerden aldığı malzeme ile diskotek yapımını tamamlamıştır. Ancak daha sonra sözleşmede kendisine garanti edilen uygunluk şartının gerçekleşmediğini öğrenen alıcı, ifa edilmemeden dolayı tazminat talep etmiştir. Alman Federal Mahkemesinin bu olay üzerine verdiği karar, birçok noktadan önem taşır. Bu noktalardan birincisi bu kararda tazmin edilebilir masraflar ile tazmin edilemez masraflar arasında bir gruplandırma yapılmış olmasıdır¹⁹⁶. Buna göre sözleşmenin noterde onaylanması veya devir işleminin tesciline yönelik masraflar, karşı edimin elde edilmesine yönelik masraflardır. Ayrıca taşınmaz vergisi, yangın sigortası primleri gibi masraflar edim değişiminden kaynaklanan zorunlu bağlantılı masraflardır. Bu iki masraf türü tazmin edilebilir masraflardandır. Buna karşılık daha sonra başka işlemlerin yapılmasından doğan masraflar tazmin edilemez olanlardır. Gerekçede şu hususlara dikkat çekilmiştir: Verimlilik karinesi, tarafların isteğine uygun olarak edim-karşı edim arasındaki eşdeğerlikten kaynaklanmaktadır. Masrafın en azından edim ve karşı edim arasında değişimle gerekli bir bağlantısı bulunması halinde ekonomik bir değeri olduğu varsayılabilir. Buna göre yapılan arazi vergisi, ölçüm masrafları gibi sözleşme masrafları tazmin edilebilirdir; buna karşılık diskoteğin tadilatı ve iktisap için finansman masrafları, yukarıda zikredilen değişim ilişkisinin dışında kaldığından ve ifanın düzgün bir şekilde yapılacağına olan güvenden kaynaklandığından verimlilik karinesinin dışında kalacaktır. Alman Federal Mahkemesinin bu kararında, verimlilik karinesinin yalnızca edimlerin değişimi ile doğrudan bağlantılı olan masraflar için yorumlanabileceği anlaşılmaktadır¹⁹⁷.

¹⁹⁵ BGH 19.04.1991 – V ZR 22/90 (OLG Nürnberg), JZ(Juristen Zeitung) 1992, s. 464 vd.

¹⁹⁶ **BUNZEL**, Christine, Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen im modernisierten Schuldrecht, Frankfurt am Main 2007, s.11; **WIEDEMANN**, Herbert/**MÜLLER**, Georg, Anmerkung zu BGH Urteil von 19.4.1991 – V ZR 22/90 (Nürnberg), JZ (Juristen Zeitung) 9/1992(s.464-470), s.468.

¹⁹⁷ BGH’ nin bu şekilde bir sınır öngörmesinin isabetli olduğuna dair görüş için bkz. **KNOTHE**, Hans-Georg, Kurzkommentar zum BGH Urteil von 19.4.1991 – V ZR 22/90 (OLG Nürnberg), EWiR (Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht) 8. Jahrgang 1992, §463 BGB 2/92(s.441-442), s.442. Buna karşılık, bu kararın, her ne kadar edim konusu üzerinde tasarrufla ilgili masrafları verimlilik karinesi dışında bıraksa da, alacaklının boşa gitmiş masrafları oranında haklarını genişletmesi anlamında bir

dd) Apartman Dairesi Kararı¹⁹⁸

1978 yılında verdiği bir başka kararda da BGH, verimlilik karanesi temelinde masraf tazmini talebini sözleşmenin ticari amaçlı olmamasından dolayı reddetmiştir. Davalı, içi döşenecek bir müstakil ev için davacıya teslim için hazır olacağı bir tarih vermiş, ancak bu tarihe uymamıştır. Davacı 10 aylık bir gecikmeyle evine taşınabilmiştir. Kullanım zararından yararlanarak davacı, boşa giden ortak harcamalarının tazminini talep etmiştir. Evini kullanamadığı zamanda yapmış olduğu harcamaları da talebine eklemiştir.

Mahkeme heyeti, verimlilik karanesi göz önüne alınsa bile buradaki harcamaların tazmin edilemez olduğu görüşündedir, çünkü bu harcamalar davacının malvarlığının artışı amacı taşımamaktadır. Sadece kullanım yararı, masrafları geri getiremez. Kullanımın ortadan kalkmasının telafisi, maddi olmayan niteliğinden dolayı reddedilmiştir¹⁹⁹.

d. Alman Federal Mahkemesi (BGH) Kararlarının Değerlendirilmesi

Verimlilik karanesi, birçok BGH kararında yer almış ve doktrinin de benimsediği sonuçlar doğurmuştur²⁰⁰. BGH içtihatlarında başlarda masrafların yararsız hale gelmesinden bahsedilirken, daha sonraları telafi imkânının kaybından söz edilmiştir²⁰¹. Bununla birlikte tüm kararlarda, verimlilik karanesinin, fark teorisinin tutarlı bir uygulamasına dayandığı belirtilmiştir. Alman Federal Mahkemesinin son olarak benimsediği görüş çerçevesinde zarar masrafta değil; sözleşme ifası hallerinde

fırsat yarattığı savunulmuş; verimlilik karanesinin zincirlerini kırması gerektiği de ifade edilmiştir(WIEDEMANN/MÜLLER, s.470).

¹⁹⁸ BGH 21.04.1978, BGHZ 71, 234 vd.(SCHNEIDER, s.41 den naklen).

¹⁹⁹ Bu olayda günümüzde inşaat sözleşmelerinde uygulaması çok olan “cezai şart” kavramı gündeme gelebilir. Ancak karar metninde bu husustan bahsedilmemiştir.

²⁰⁰ Genellikle kabul edilen BGH nin bu içtihadı, aynı zamanda eleştirilere de uğramıştır. Verimlilik karanesinin uygulanmasına dair eleştirilere, bu bölüm içerisinde değinilecektir.

²⁰¹ MÜLLER, s.49.

oluşan telafî imkânının kaybındadır. Beyan ve kanıt göstermede bir kolaylıktan bahsedilir; buna karşılık zarar kavramının genişletilmesi söz konusu değildir²⁰².

Genel olarak bahsedilecek olursa, verimlilik karanesi çıkış noktasını, fark teorisinden almaktadır. Fark teorisi, malvarlığı zararlarında kabul edilen ifa zararının hesaplanmasında kullanılan bir yöntemdir ve alacaklının tazminat talep ettiği zamandaki malvarlığı durumu ile düzgün ifa gerçekleşmiş olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumunun karşılaştırılması temeline dayanır²⁰³. Yapılan masraflar ile boşa çıkma olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum bu temelde dikkate alınacaktır. Ayrıca masrafların, borçlunun düzgün ifası olsaydı verimli (rantabl) olacağı karanesinin kabul edilmesi gerekir.

Federal Mahkeme kararlarına bakıldığında verimlilik karanesinin kabul edilip alacaklının boşa çıkmış masraflarının kabul edilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiği görülür. Öncelikle taraflar arasında karşılıklı bir sözleşme olacak, alacaklı ticari bir amaç güdecek ve yapacağı masraflar da edim ve karşı edimin değişimi ile bağlantılı olacaktır. Bir başka deyişle, edim ve karşı edim arasındaki karşılıklılık ilişkisi dışında kalan ve örneğin edim konusu üzerinde tasarruf amacıyla yapılan masraflar, verimlilik karanesi kapsamında hiçbir zaman tazmin edilemeyecektir²⁰⁴.

Verimlilik karanesinin uygulanabilmesi için şartlardan biri olan karşılıklı sözleşmelerde edim ve karşı edimin ekonomik değer olarak birbirine eşit olması gerekliliği aslında söz konusu karinenin temelidir. Verimlilik karanesi edim ve karşı edimin öznel eşitliği düşüncesine dayanır ve alacaklıya bir karşılıklı sözleşmede sözleşmenin yürütülmesi amacıyla yaptığı masrafları gündeme getirme olanağını ve bu masrafları ispat kolaylığını verir²⁰⁵. Bir başka deyişle, alacaklı karşı tarafın edimini elde etmek için masraf yaptığı zaman, karşı edimin değeri oranında yaptığı masraflarının da tazmini gereklidir.

²⁰² MÜLLER, s.50; UNHOLTZ, s.70; LEONHARD, s.664.

²⁰³ LANGE/SCHIEMANN, s.27 vd.

²⁰⁴ ELLERS, s.72; MESSER/SCHMITT, s.428.

²⁰⁵ ELLERS, s.78; **SCHWARZE**, Roland, Das Recht der Leistungsstörungen, Berlin 2008, s.286 N.25.

Verimlilik karinesi kapsamında tazmin edilebilecek boşuna yapılmış masrafların, alacaklının olumlu çıkarının hesaplanmasında bir yol olduğu, Federal Mahkeme kararlarında vurgulanan başka bir husus olarak göze çarpar²⁰⁶. Ancak, verimlilik karinesinin kazanç odaklı olmayan sözleşmelerde uygulanmayacak olmasının olumlu çıkarın tazmini bağlamında bir eksiklik yaratacağı gerekçesiyle, Federal Mahkemenin bu görüşü de eleştiri konusu yapılmıştır²⁰⁷. Bu bağlamda, verimlilik karinesinin gereksiz olduğu, çünkü yararsız masrafların aslında güven zararı ile ilgili olduğu, bu yüzden de karineye ihtiyaç duyulmadan da güven zararı çerçevesinde yararsız masrafların tazmin edilebileceği savunulmuştur²⁰⁸. Bu doğrultuda bir başka görüş de, yukarıda bahsedilen Belediye Salonu ve Diskotek kararlarında davacılara verimlilik karinesi yerine BGB §122 ve BGB §179 2. fıkra hükümleri²⁰⁹ örnek gösterilerek bir olumsuz çıkar tazmini imkânının verilmiş olması halinde, varılan sonuçların tamamen değişeceğini savunmuştur: Eğer sorumluluk sebebi, karşı tarafın sözleşmenin yapılmasına veya yürütülmesine neden olan irade açıklaması olarak görülürse, sorumluluk doğuran davranışın sonradan yararsız hale gelen masrafların sebebi olduğu anlaşılabilecektir²¹⁰. Böylelikle söz konusu olaylarda davacılar aleyhine verilen kararlar, onlar lehine değiştirilmiş olacaktı. Ancak bu durumda kaçırılmış kazancın da irade açıklamasına duyulan güvenden dolayı oluşan bir zarar kapsamında görülmesi sonucu ortaya çıkacaktı. Yararsız masrafların olumsuz güven çıkarının kapsamında olduğu, alacaklının olumlu çıkarını ve bu kapsamda kaçırılmış kazancını talep etmesi halinde masraf tazminine izin verilmemesi gerektiği bir kısım yazarlar tarafından savunulurken²¹¹, karma olarak nitelendirilebilecek bir bakış açısı

²⁰⁶ LEONHARD, s.663.

²⁰⁷ **SCHACKEL**, Torsten, Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bei Nichterfüllung von Verträgen, ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 2001(s.248-275), s.250.

²⁰⁸ **MÜLLER-LAUBE**, Martin, Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JZ (Juristen Zeitung) 50. Jahrgang 11/1995(s.538-545), s.542; **SCHACKEL**, s.274.

²⁰⁹ 2002 yılında BGB’de yapılan değişiklikte, söz konusu hükümler eski metinde olduğu gibi aynen kalmıştır. BGB §122 hükmüne göre, bir borç ilişkisindeki irade açıklamasında bir sakatlık meydana gelmesi halinde, bu sakatlığa sebep olan taraf, diğer tarafın veya üçüncü bir kişinin irade açıklamasına duydukları güvenden dolayı uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır. BGB §179 2. fıkra hükmü, temsilcinin temsil yetkisindeki engeli bilmemesi halinde, sadece karşı tarafın temsil yetkisinin varlığına güvenden dolayı uğradığı zararları tazmin etmesi gerektiğini düzenlemektedir.

²¹⁰ **ACKERMANN**, Thomas, Der Schutz des negativen Interesses, Tübingen 2007, s.287

²¹¹ **STOLL**, Hans, Die bei Nichterfüllung Nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Masstab der Interessenbewertung. Eine Rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht, Festschrift für Konrad

da, boşuna yapılmış masrafların alacaklının sadece olumsuz çıkarının değil; olumlu çıkarının da tamamlayıcı bir parçası olduğu yönündedir²¹².

Verimlilik karinesinin eleştirildiği bir başka yön de özellikle Federal Mahkeme kararlarında sıklıkla atıf yapılan, bu karine kapsamında tazmin edilecek masrafların yalnızca kazanç odaklı veya bir başka deyişle, ticari olması gerekliliğidir. Alacaklının örneğin ideal amaçlarla masraf yapması halinde, bu masraflardan doğacak riski kendisinin taşıması gerektiğinin, adaletsiz bir durum oluşturacağı savunulmuştur²¹³. Bu husus, aslında verimlilik karinesine yöneltilecek eleştirilerin temeli sayılabilir, çünkü Belediye Salonu Kararında olduğu gibi, alacaklının ideal amaçlar izlemesi halinde, verimlilik karinesine göre, yapmış olduğu masrafların hiçbir kıymeti olmayacaktır, tabiri caizse, alacaklı bu masraflarının üstüne “bir bardak soğuk su içecektir”. Yapılan bu eleştiriye karşı, verimlilik karinesinin ekonomik bakış açısıyla son derece yerinde olduğu, kazanç odaklı masraflar dışındaki masrafların tazmin edilebilir olması halinde kişisel tatmine yönelik sözleşmelerin, ekonomik sözleşmeler ile aynı kefeye konacağı, bu durumun da haksızlıklara yol açacağı savunulmuştur²¹⁴. Bu eleştirilerin esas olarak haklı olduğu, BGB §284 ün yasalaşma sürecinde yapılan tartışmalardan ve hükmün gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır²¹⁵.

Verimlilik karinesinin bir ispat kolaylığı sağladığı hususuna da eleştiri getirilmiştir. Bu karinede alacaklı lehine bir ispat kolaylığının olmadığı; bunun yerine fiilen bir ispat yükünün yer değiştirmesinin söz konusu olduğu görüşü savunulmuştur. Bunun sebebi olarak da alacaklının masrafları yerine kaçırılmış kazancını ispat etmek zorunda kalması halinde BGB §252 hükmünden kolay bir şekilde yararlanacağı, verimlilik karinesinin bu kolaylığı ortadan kaldırıp alacaklının mahkemeyi tamamen

Duden zum 70. Geburtstag, München 1977(s.641-660), s.652; **TIMME**, Michael, Frustrierte Aufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ZfS (Zeitschrift für Schadensrecht) Dezember 1999 (s.502-504), s.504; MÜLLER-LAUBE, s.545.

²¹² STOPPEL, s.19.

²¹³ **STOLL**, Hans, Anmerkung zu BGH Urteil von 10.12.1986 – VIII ZR 349/85(OLG Düsseldorf), JZ (Juristen Zeitung) 10/1987(s.512-520), s.519; MÜLLER-LAUBE, s.538, 540.

²¹⁴ LEONHARD, s.693-694.

²¹⁵ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

ikna edememesi halinde, borçlunun ispat yükü altına girmesi şeklinde bir zorluğa yol açtığı edilmiştir; dolayısıyla ispat yükü esasen yer değiştirmiş olacaktır²¹⁶.

BGB §284 hükmünün gerekçesinde, verimlilik karinesinin karşılıklı sözleşmelerle sınırlı olması eleştiri konusu yapılmıştır. Örnek olarak da bir mirasçının terekedeki bir tablonun devrini kusurlu olarak yerine getirmemesi durumunda, vasiyet alacaklısının ifaya güvenerek tablonun evine yerleştirilmesi için yapılması gereken değişiklikler anlamında yapmış olduğu masrafların boşa çıkması gösterilmiştir²¹⁷. Verimlilik karinesine göre, boşuna yapılmış olan bu masrafların tazmini olanağı yoktur, çünkü hem bu masraflar ideal amaçlarla yapılmıştır hem de karşılıklı bir sözleşme de söz konusu değildir. Gerekçede, bu örnekte vasiyet alacaklısının da tatmin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yapılan bu eleştirinin, ideal hukuk açısından doğru olmakla birlikte, kökünü edim ile karşı edim arasındaki eşdeğerlilikten alan verimlilik karinesinin doğal olarak yalnızca karşılıklı sözleşmelerde uygulama alanı bulması gerektiğinden, pek bir anlam ifade etmediği savunulmuştur²¹⁸.

3.İngiliz ve Amerikan Hukukunda Yararsız Masraflar

İngiliz ve Amerikan hukuk çevresi olarak da adlandırılabilir Common Law sistemi, Alman Hukukunda geçerli olan ve çalışmamızın başlığını oluşturan boşuna yapılmış masraflar konusuna, belki de Alman Hukukundan önce, değinmiştir. Bu tarihsel öncelik nedeniyle, BGB §284 hükmü hakkında geniş açıklamalara geçmeden önce Common Law sisteminde boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının ne şekilde anlaşıldığı üzerinde durmanın gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Bu bölümde öncelikle İngiliz Hukukundaki gelişmelere göz atacağız. Daha sonra da Amerikan Hukukundan örnekler verilecektir.

²¹⁶ MÜLLER, s.51.

²¹⁷ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

²¹⁸ UNHOLTZ, s.82; MESSER/SCHMITT, s.430.

a.İngiliz Hukuku

İngiliz Hukukunda önceleri sözleşme taraflarından birinin sözleşmeye güvenerek bir masraf yapması halinde, sözleşme tasfiye olurken bu masrafları isteyemeyeceği sonucuna varılmıştır²¹⁹. Bu bağlamda en önemli içtihat 1863 yılında “Taylor v. Caldwell”²²⁰ davasında verilen karardır.

Karara konu olan olayda Newington isimli bir yerdeki bir müzikholün 4 gün boyunca her gün verilecek konser için günlüğü 100 Pound’ dan “Caldwell” tarafından “Taylor” a kiralanması söz konusudur. Verilecek ilk konserden önce konserin yapılacağı yer herhangi bir tarafın kusuru olmadan yanmıştır. Konserin başka bir yerde yapılması söz konusu olmamıştır. Bunun üzerine “Taylor”, sözleşmenin ihlali dolayısıyla bir dava açmış ve bu davasında konser hazırlıkları için yaptığı masrafların tazminini talep etmiştir.

Yapılan yargılama sonucunda sözleşmenin ifasının taraflardan herhangi bir kusuru olmadan imkânsız hale geldiği belirtilmiş, bu yüzden de olayda “Caldwell” in herhangi bir sorumluluğu olmadığına hükmedilmiştir. “Taylor” un davası bu yüzden reddedilmiştir. Karar metninde dikkati çeken bir husus, tarafların bazı risklerden dolayı bir anlaşma yapmış olmaları halinde, olayda “Caldwell” in her türlü zarardan sorumlu olacağı gibi masraflardan da sorumlu olacağının belirtilmiş olmasıdır. Ancak taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığından ve öngörülemeyen bir olay sonucu sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesinden dolayı masraf tazminine izin verilmemiştir.

Masrafların tazminine bu kararda izin verilmese bile bu karardan yıllar sonra bir davada verilen bir kararla bu hukuki durum değişmiştir. Söz konusu dava “Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.” davasıdır²²¹. Davaya

²¹⁹ TREITEL, Günter Heinz, Unmöglichkeit, “Impracticability” und “Frustration” im anglo-amerikanischen Recht, Baden-Baden 1991, s. 144.

²²⁰ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html> (Çevrimiçi - 02.10.2009).

²²¹ <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/4.html> (Çevrimiçi - 02.10.2009).

konu olan olayda İngiliz bir satıcı Polonyalı alıcısına bir makine yapıp Polonya'nın Gydnia kentinde teslim etmek konusunda bir yükümlülük üstlenmiştir. 4800 Pound tutarındaki satış parasının 1600 Pound tutarındaki kısmının önceden ödeneceği kararlaştırılmış, daha sonra da 1000 Pound ödenmiştir. Gydnia kentindeki Alman işgalinden dolayı sözleşme tasfiye olmuştur, çünkü kanunlar çatışmıştır. Davada son kararı veren House of Lords, alıcının 1000 Pound tutarındaki ödemesinin geri ödenmesine dair talebini kabul etmiştir, ancak aynı zamanda satıcının sözleşmeyi göz önüne alarak yaptığı masrafa ve satım konusu malın kullanılmaz hale gelmesine rağmen, satıcının masraf tazmini talebine hak kazanamaması durumuna ilişkin hukuki durumu eleştirmiştir.

Fibrosa davasında verilen karar, İngiliz Hukuku sisteminde sıklıkla görülmeyen yazılı bir kanunun çıkmasına sebep olmuştur. 1943 yılında yürürlüğe giren “Law Reform (Frustrated Contracts) Act”²²² isimli bu kanun ile bir sözleşmede tarafların masraf tazmini bağlamında bir talepte bulunabilmesinin yolu açılmıştır. Bununla birlikte masraf tazmini konusunda bu kanunda bir takım sınırlamaların olduğu da belirtilmelidir. Kanunun 1. Maddesinin ikinci fıkrasına göre, sözleşme taraflarından biri tasfiyeden önce sözleşmenin yürütülmesi amacıyla bir takım masraflar yapmışsa, mahkeme bu tarafa takdir yetkisine dayanarak masraf tazmini hakkı verir. Bu masrafların tazminine ancak sözleşmenin tasfiyesinden önce yapılmış olması halinde izin verilecektir. Bunun dışında aynı fıkra göre, yapılan masraf, başka bir yerde işe yarıyorsa, masraf tazmininde indirimle gidilecek veya bu şekildeki tazmin reddedilecektir. Bu bağlamda bir başka sınırlama da aynı kanunun yine 1. Maddesinin bu sefer üçüncü fıkrasındadır. Buna göre taraflardan biri sözleşmenin tasfiyesinden önce nakit paradan başka “değerli bir yarar” elde etmişse, masraf tazmininin kapsamının belirlenmesinde söz konusu yarar dikkate alınacaktır.

İngiliz Hukukunda bu gelişmelerden sonra da masraf tazminine ilişkin başka davalar da karara bağlanmıştır. Bunlardan biri de 1971 tarihli “Anglia Television Ltd. v.

²²² <http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/ukstatutes/fca1943/fca1943.htm> (Çevrimiçi - 02.10.2009).

Reed”²²³ davasıdır. Davacı olan “Anglia Television Ltd.” isimli şirket, Robert Reed isimli Amerikalı bir aktörle çekimleri İngiltere’de yapılacak bir film için anlaşma yapmıştır. Bu anlaşma sonucunda Bay Reed, çekimler boyunca haftalık olarak 100 Pound alacak ve İngiltere ile Amerika arasındaki birinci sınıf uçuş masrafları şirket tarafından karşılanacaktır. Sözleşme imzalanmadan şirket, film projesinin oluşacağına güvenerek bir takım yatırımlar yapmıştır. Bir süre sonra Bay Reed, İngiliz şirketine filmin çekimleri sırasında ülkesinde bir tiyatro oyununda rol alması gerektiğini belirtmiş ve sözleşmeyi feshetmiştir. “Anglia Television Ltd.” şirketi de bunun üzerine film projesi için yaptığı ve sözleşmeye aykırılık sonucu yararsız hale gelmiş masraflarının tazminini talep etmiştir. İngiliz Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal), olaya ilişkin verdiği kararında davacı şirketin masraf tazmininin sözleşme yapıldıktan sonraki harcamalarla sınırlı olmaması gerektiğini, sözleşme yapılmadan önce de davacının bir takım masraflar yapmış olmasının, onun masraf tazminini etkilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre davalı taraf, sözleşmeye konu olan anlaşmayı yapmakla yönetmen ücreti, set ekibi ücretler, reklam masrafları gibi masrafların yapılacağını tahmin etmiş olmalıdır. Mahkemenin bu kararda dikkat çektiği bir başka nokta da davacının kaçırılmış kazancı ileri sürmek zorunda olmayışdır.

Masraf tazminine ilişkin bir başka örnek olarak 1983 yılında verilen “C & P Haulage v. Gordon Middleton”²²⁴ davasında verilen karardan da söz edilebilir. Karara konu olan olayda “C&P Haulage” şirketi, “Gordon Middleton” isimli kişiye işletmesi için bir yer kiralamıştır. Bu yer üzerinde duvar örme, elektrik, kapı kilitleri gibi hususlar için yapılacak harcamalar bu kişiye ait olacaktır. Bir süre sonra şirket, Bay Middleton u karşılıksız çek nedeniyle dava etmiştir. Bay Middleton da savunmasında çekleri ödemediğini, çünkü kiralanan yerden haksız bir şekilde çıkarıldığını belirtmiş; karşı talep olarak da kiralanan yer üzerinde yaptığı ve boşa çıkmış masraflarını talep etmiştir. Mahkeme Bay Middleton u haksız bulmuştur. Çünkü kendisinin onayıyla imzalanan anlaşmanın onun için zaten kâr edemeyeceği bir işlem

²²³ <http://www.lawnix.com/cases/anglia-reed.html> (Çevrimiçi - 03.10.2009).

²²⁴ <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1983/5.html> (Çevrimiçi - 03.10.2009).

olduğu ortadadır ve boşuna yapılmış masraflar bu anlaşma sonucu olarak yapılmıştır. Bay Middleton da bu masraflara katlanmak zorundadır.

Boşuna yapılmış masraflarla ilgili bilinen önemli kararlardan biri de “CCC Films Ltd. v. Quadrant Impact Films Ltd.”²²⁵ davasında verilen karardır. “CCC Films” şirketi, davalı şirkete üç adet film afişi göndermiş ve bu filmlerin promosyonunu yapma lisansını vermiştir. Davalı şirket olan “Impact Quadrant Films” şirketi bu afişleri kaybetmiş, bu yüzden de “CCC Films” şirketi filmlerin promosyonunu yapamamıştır. Davacı şirket kaçırılmış kazanç talebinde bulunmuş, bu talebin delil eksikliği nedeniyle reddinden sonra, yaptığı ve boşa çıkmış masrafları için tazminat talep etmiştir. Mahkeme, bu tazminat talebine izin vermiştir, ancak burada iki taraf arasında yapılan anlaşmanın zaten kâr getirici bir işlem olmayacağı ve bu yüzden her halükarda yapılan masrafların boşa çıkacağını ispat yükünün davalıda olduğunu belirtmiştir.

b.Amerikan Hukuku

Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı Common Law sistemine dâhil bir başka hukuk düzeni olan Amerikan Hukukunda da kendine yer bulmuştur. Sistemin özelliği gereği, burada da boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı içtihatlarla gelişmiştir. Ancak bunun dışında etkisi kanun gibi olmasa da kanun olarak adlandırılabilir düzenlemelerden de bu bağlamda bahsetmek gerekir.

Amerikan Hukukunda çalışma konumuz ile ilgili ilk karar, Amerikan Yüksek Mahkemesi(Supreme Court) tarafından United States v. Behan davasında verilen karardır²²⁶. Karara konu olan olayda, Amerika Birleşik Devletleri hükümeti tarafından yapılan, New Orleans limanında yapılacak iyileştirme çalışmalarını içeren plan doğrultusunda Behan şirketi çalışmalara başlamış, ancak bir denetleme komisyonunun verdiği rapor doğrultusunda çalışmalarını sona erdirmek zorunda

²²⁵ <http://www.justis.com/document.aspx?doc=a2udmXedmSCftsns5GdnJudmJmZiYqtn&relpos=3> (Çevrimiçi - 03.10.2009).

²²⁶ <http://supreme.justia.com/us/110/338/case.html> (Çevrimiçi - 03.11.2009).

kalmıştır. Şirket açtığı davada, hem yaptığı masrafların tazminini hem de kaçırılmış kazancını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi olarak nitelendirilebilecek Alacaklar Mahkemesi (Court of Claims), davacının kaçırılmış kazanç talebi dışındaki masraf tazmini talebini haklı bulmuştur. Davalı, bu kararı yanlış zarar hesaplaması yapılmış olduğu iddiasıyla temyiz etmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi temyiz talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme bu karara gerekçe olarak bu olayda iki tür zarar kategorisi olduğunu; kaçırılmış kazanç talebi konusunda yeterli delil bulunmamasının diğer talebi olumsuz etkilememesi gerektiğini ifade etmiştir. Yapılan değerlendirmede ayrıca masrafların aşırı olmadığı, bir başka deyişle makul olduğu da ifade edilmiştir²²⁷.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini ile ilgili Amerikan mahkemelerinde verilmiş bir başka karar da Wells v. National Life Association of Hartford davasında verilen karardır²²⁸. Karara konu olan olayda T.S. Wells isimli kişi, bir sigorta şirketi olan davalının temsilciliğini almış ve temsilcilik faaliyetini sürdürmek üzere bir şube açmış, reklam masraflarında bulunmuş ve 400 acentelik bir ağ kurmuştur. Bir süre sonra davalı şirket, davacının temsilciliğini bir sebep göstermeden iptal etmiştir. Davacı, bunun üzerine açtığı davada davalıdan, masraf ve kaçırılmış kazancını içeren 24.000 ABD DOLARI talep etmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan incelemede, davacının kaçırılmış kazancı ile masraflarının tazminini bir arada istemesinde bir sakınca bulunmadığı kanaatine varılmış, bu yüzden her iki zarar kategorisi için de davacının haklı olduğu sonucu ifade edilmiştir. Yüksek Mahkemenin vardığı bir başka sonuç da kaçırılmış kazanç ile masraflar arasındaki miktar farkı ile ilgili olmuştur. Mahkemenin yaptığı değerlendirmeye göre, eğer kaçırılmış kazanç miktarı, masraf miktarından fazla ise, davacı masraf tazminini ve bunun üzerinden kaçırılmış kazancın farkını talep edebilmelidir; eğer kaçırılmış kazanç miktarı, masraf miktarından az ise, davacının kaçırılmış kazanç talebinin kabul edilmemesi gerekmektedir.

²²⁷ Bu karar hakkında geniş değerlendirme için bkz. BUNZEL, s.28 vd. Yazar, bu karar ile güven zararının tek başına bir kategori olarak kabul edildiğini ifade etmektedir(BUNZEL, s.29).

²²⁸ Karar metni için bkz. <http://international.westlaw.com> (Çevrimiçi – 03.11.2009).

Amerikan Hukukunda boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramına ilişkin içtihatların yanı sıra, kanun hükmünde olmasalar da sözleşmesel hukuka ilişkin hükümler içeren Restatement of the Law of Contracts, 1932 ve Restatement of the Law of Contracts Second, 1979 düzenlemelerindeki bazı hükümlerden bahsetmenin gerekli olduğunu düşünmekteyiz²²⁹.

Söz konusu düzenlemelerden ilki olan 1932 yılında çıkarılan Restatement of the Law of Contracts' ın 333. Paragrafı kısmi ifade tazminat ölçüsü olarak masrafların ele alınmasına ait kurallar içerir. Bu paragraftaki hükme göre, sözleşmenin yürütülmesi veya hazırlık amacıyla davacının yaptığı masrafların tazmini, getirilen bir takım sınırlamalar hariç olmak üzere, mümkündür. Aynı hüküm içerisinde yer alan bu sınırlamalar şunlardır: Öncelikle tazmin edilecek masrafların sözleşme bedelini aşmaması gerekir. İkinci olarak, masraflar kâr ve kayıp hesabı içerisinde sözleşmenin yürütülmesi harcamalarında bir bölüm olarak öngörülmediği sürece, telafi edilemez. Masraf hesabı yapılırken teslim alınan sözleşme ücreti ve elde bulunan piyasada tüketilebilir mallar hesaptan düşürülür. Ayrıca, tam ifa davacı için zaten net bir kayıp oluşturacak idiyse, bu kaybın miktarı indirim tabi olacaktır. Burada ispat yükü davalıda olacaktır.

1979 yılında çıkarılan ikinci Restatement of the Law of Contracts metninde, 1932 yılında çıkarılan metne karşılık, bir takım yeni düzenlemeler öngörülmektedir. Masraf tazmini, birden çok paragraf hükmünde yer almış ve kavramın daha iyi anlaşılabilmesi için bu hükümlerin bir sentezinin yapılması gerektiği düşünülmüştür²³⁰. Bu düzenlemede göze çarpan en önemli özellik, tazminatın amacının “beklenti”, “güven” ve “iade” çıkarlarının tatmin edilmesi olduğunun vurgulanmasıdır²³¹. Çalışma konumuzu özellikle doğrudan ilgilendiren “beklenti” ve

²²⁹ Bu düzenlemeler için bkz. <http://international.westlaw.com> (Çevrimiçi – 12.11.2009). Geçerli hukukun değerlendirilmesine dayanan bu düzenlemeler, American Law Institute isimli bir kurum tarafından hazırlanmışlardır ve Amerikan mahkemeleri de karar verirken bu düzenlemelerden yararlanırlar(BUNZEL, s.34).

²³⁰ BUNZEL, s.36.

²³¹ Buradaki çıkar kavramlarından özellikle güven çıkarı, Amerikan hukukunda ilk defa, iki yazar tarafından kullanılmıştır: **FULLER, L.L./PERDUE, William R. Jr.**, “The Reliance Interest in Contract Damages”, Yale Law Journal 1936(Makale metni için bkz.

“güven” çıkarlarının ne anlama geldiği, tazminatın amacı başlıklı 344. Paragraf hükmünde açıklanmaktadır. Buna göre beklenti çıkarı, alacaklının sözleşme düzgün ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma getirilmesi anlamında kullanılırken; güven çıkarı alacaklının sözleşme hiç yapılmasaydı içinde bulunulacak duruma getirilmesi olarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin 349. Paragrafında, alacaklının beklenti çıkarına alternatif olarak sözleşmeye olan güveninden ötürü uğradığı zararların tazminini isteyebileceği ifade edilmektedir. Bu paragraf hükmünde güven çıkarının kapsamına masrafların gireceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, söz konusu masraflar, ifa hazırlığı veya ifa bağlamında yapılan masraflardır. Aynı paragraf hükmüne göre eğer borçlu, alacaklının sözleşme ifa edilseydi bile bir kayba uğrayacağını ispat edebilirse, masraf tazminine izin verilmeyecektir. Restatement of the Law of Contracts’ın 349. Paragraf hükmü son derece ilgi çekicidir, çünkü boşuna yapılmış masrafların tazmini ile ilgili BGB §284 hükmü ile benzerlik göstermektedir. Masraf tazmininin talep edilebilmesi her iki maddede mümkün iken, bunun dışında borçlunun, alacaklının her halükarda bir kayba uğrayacağını ispat etmesi halinde, masraf tazminine izin verilmemesinin her iki düzenlemede de yaklaşık olarak yer alması ilginç bir tesadüf olarak göze çarpar. Bu iki düzenleme arasındaki en büyük fark, BGB §284 hükmünde alacaklının ifa yerine tazminata alternatif olarak masraf tazminini isteyebilmesi iken, Restatement 349. Paragrafta alacaklının tüm olumlu çıkarının alternatifi olarak masraf tazminini isteyebilmesidir. Bu farka ek olarak, BGB §284 ün kanun hükmü olduğu, Restatement 349. Paragrafın ise kanun hükmünde olmayan bir düzenleme olduğunu bir kere daha hatırlatmanın faydalı olduğunu düşünüyoruz.

4.Kavramın Alman Hukukunda Yasalaşma Süreci

Masraf kavramı, Alman Hukukunda ilk defa olarak, Nasyonal Sosyalizm zamanında HEINRICH STOLL tarafından kullanılmıştır. STOLL, 1936 yılında sunduğu geniş kapsamlı tasarının ifa engelleri hukuku bölümünde ifa edilmemeden dolayı tazminata

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html> <Çevrimiçi - 13.11.2009>). Restatement of the Law of Contracts da bu çıkar kavramlarından yararlanılması, söz konusu makaleden ne kadar etkilenildiğini ortaya çıkarmaktadır(BUNZEL, s. 37).

alternatif olarak karşılıklı sözleşmelerde bir masraf tazmini önermiştir²³². Bu tazminat talebi dönmenin yanında da ileri sürülebilecektir. Daha sonra sunulan bir başka tasarıda KARL LARENZ, STOLL' un dönmenin yanında masraf tazmini de istenebileceğine dair olan görüşüne katılmış; ancak buradaki tazminatın güven zararına ilişkin olması gerektiğini ifade etmiştir²³³.

1978 yılında Borçlar Kanununun Revizyonuna Dair Kanaat ve Öneriler Raporunda da masraf tazmini kavramına değinilmiştir. HOHLOCH, bu rapordaki kendi bölümünde karşılıklı sözleşmelerde boşa çıkmış masrafların BGB 249 hükmüne göre tazmin edilebilir olmasını önermiştir²³⁴. Öneride şu ifadelere yer verilmiştir: “Zarar, bir malvarlığı zararını veya malvarlığı zararı olarak görülebilecek bir başka olumsuz etkiyi azaltmak ya da engellemek amacıyla yapılan giderler için istenebileceği gibi, bir başkasının sorumlu olduğu olay sonucu amacını kaybeden giderler için de talep edilebilecektir. Hâkim bu giderlerin tazminini hakkaniyet sınırları içerisinde düzenleyebilir”. Aynı rapordaki bir başka görüşün sahibi HUBER ise, dönme hükümlerine ilişkin bir talebin içinde masraf tazmininin de istenebileceğini belirtmiş; ayrıca söz konusu sözleşme tipinin önemli olmadığını da ifade etmiştir²³⁵. HUBER, şu ifadeleri kullanmıştır: “Alacaklı tazminat olarak hem sözleşmeden hem de sözleşmeden dönmeden kaynaklanan harcamalarının telafisini talep edebilecektir”.

1984'te toplanan Borçlar Hukuku Komisyonu, kapanış raporunda boşa çıkmış masrafların tazminine dair bir görüş belirtmemekle beraber, alacaklının sözleşmeden dönmeden sonra sözleşmenin yürütülmemesinden doğan zararının tazminini de talep edebileceği sonucuna varmış, ayrıca bunun yerine sözleşmenin yürütüleceğine dair olan güveninden dolayı ortaya çıkmış zararını da karşılayabileceğini belirtmiştir²³⁶.

²³² ELLERS, s.82-83 den naklen.

²³³ ELLERS, s.84 den naklen.

²³⁴ STOPPEL, s.20 den naklen.

²³⁵ ELLERS, s.89 dan naklen.

²³⁶ ELLERS, s.90 ve STOPPEL, s.22 den naklen. Konuyla ilgili Komisyonun hazırladığı tasarının 327. Maddesinin ilk fıkrası aynen şu şekildedir: *Alacaklı dönmeden sonra sözleşmenin yürütülmemesinden doğan zararların tazminini talep edebilir. Alacaklı ayrıca bunun yerine sözleşmenin yürütüleceğine dair olan inancı sebebiyle maruz kaldığı zararının tazminini talep edebilir. Aynı maddenin konuyla doğrudan bağlantısı olmayan ikinci fıkrasında ise şu hükme yer verilmiştir: Dönme borçluya yükletilmeyecek bir sebeple gerçekleşmişse, yukarıdaki fıkra hükmü geçerli değildir.*

Burada Komisyonun, verimlilik karinesinden bağımsız olarak güven zararından dolayı boşa çıkmış masrafların tazminine cevaz verdiği anlaşılmaktadır²³⁷.

BGB §284 hükmünün son hali CANARIS tarafından 2000 yılında komisyona getirilen çalışmaya dayanır. Komisyon kapanış raporundaki tavsiye edilen hükme karşılık olarak BGB §284, bir taraftan tüm olumsuz çıkarların tazmin edilemeyeceği yönünde bir sınırlama getirirken, diğer taraftan tekrar değiştirilen metin, karşılıklı sözleşmeler bakımından masraf tazmini talebinin herhangi bir sınırlaması olmadığından aynı kalmıştır²³⁸.

Verimlilik karinesi, kanunlaştırma sürecinde alacaklıya ticari bir amaç gütmeyeceği durumlarda koruma sağlamaması yönünden eleştirilmişti. BGB §284'ün yürürlüğe girmesiyle bu konuda oluşan boşluğun doldurulacağı düşünülmüş; alacaklının ifaya güvenerek yaptığı masrafların tazmini talebinin gerekliliği, sistematik yeri ve içeriği ise tartışmalara yol açmamıştır²³⁹. Kanun maddesinin gerekçesinde, alacaklının kötü bir işlem yapması nedeniyle hak etmediği şanssızlığının giderilmesi amacıyla bu hükmün konulduğu belirtilmiştir²⁴⁰.

Bu noktada verimlilik karinesinin, BGB §284 yürürlüğe girdikten sonraki kaderinin ne olacağı bir sorun olarak ortaya çıkabilir. BGB §284 yürürlüğe girdikten sonra verimlilik karinesinin bu hüküm ile beraber uygulanıp uygulanamayacağı veya bir başka deyişle BGB §284 hükmünün tek başına yeterli olup olmayacağı söz konusu sorunun temeli sayılabilir²⁴¹. Bu sorunun çözümü için birbirinden farklı iki esas görüş ortaya çıkmıştır. BGB §284 hükmü yürürlüğe girmesine rağmen verimlilik karinesinin devam etmesi gerektiğini savunan görüş, kanunkoyucunun böyle bir iradesi olmadığını veya BGB §284 hükmünün amacından da böyle bir durumun anlaşılamayacağını gerekçe olarak göstermişlerdir²⁴². Buna karşıt olan görüşte de

²³⁷ STOPPEL, s.22; ELLERS, s.90.

²³⁸ ELLERS, s.92

²³⁹ ELLERS, s.95

²⁴⁰ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

²⁴¹ STAUDINGER/OTTO, §284 N.12; ELLERS, s.254 vd.

²⁴² ERNST, Wolfgang, **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241 – 432 Redakteur: Dr. Wolfgang Krüger, 5. Auflage, München 2007, §284

verimlilik karinesinin devamı halinde tazmin edilebilir masrafların ayırımı sorununun devam edeceği, verimlilik karinesi içtihatlarına getirilen eleştiriler dolayısıyla artık bu karinenin ortadan kalkması gerektiği ifade edilmiştir²⁴³. BGB §284 hükmünün, verimlilik karinesi kapsamında yer almayan ekonomik amacı olmayan masrafların tazmin edilememesi şeklinde oluşan bir boşluğu doldurduğu da söylenebilir²⁴⁴. Bununla birlikte bu boşluğun doldurulması, verimlilik karinesinin dışarıda tutulması sonucuna yol açmamalıdır. Örneğin, BGB §284 hükmünün bilinçli olarak kapsam dışında bıraktığı kaçırılmış kazancın verimlilik karinesi yoluyla istenebilmesi mümkün olmalıdır²⁴⁵. Bu durumda verimlilik karinesinin BGB §284 hükmü yanında uygulanmaya devam etmesinde bir sakınca yoktur. Verimlilik karinesinin BGB §284 hükmü yanında uygulama alanı bulmasından, boşuna yapılmış masrafların tazmini talebinin genel tazminat talebi içinde de yer bulabileceği anlamı da çıkarılmamalıdır, çünkü BGB §284 hükmü açıkça, boşuna yapılmış masrafların tazmininin ifa yerine tazminata bir alternatif olduğunu, iki talebin bir arada istenemeyeceğini ifade etmiştir²⁴⁶.

B.BGB §284 ün Şartları

1.BGB §284'ün Uygulama Alanı

Alman Hukukundaki boşa yapılmış masrafların tazmini kavramının şartları incelenmeden önce bu kavrama esas olan BGB §284 hükmünün uygulama alanının belirlenmesi yararlı olacaktır.

N.35 (*MÜNCHENER/ERNST II* olarak anılacaktır); **EMMERICH**, Volker, Aufwendungsersatz und Rentabilitätsvermutung, Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Wolfgang Baumann, Hans-Jürgen von Dikhuth-Harrach und Wolfgang Marotzke, München 2005(s.101-111), s108; **KLINCK**, Fabian, Der Anspruch des Käufers auf Ersatz mangelbedingt nutzloser Aufwendungen, JURA (Juristische Ausbildung) 28. Jahrgang Heft 7/2006(s.481-487), s.483. Bunun dışında bir başka gerekçe olarak da BGB §284 hükmünün yürürlüğe girmesi ile alacaklının daha kötü bir duruma getirilmesinin amaçlanmadığı belirtilmiştir(LORENZ/RIEHM, s.115 N.225).

²⁴³ STOPPEL, s.142; **TRÖGER**, Tobias, Der Individualität eine Bresche: Aufwendungsersatz nach §284 BGB, ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 50/2005(s.2238-2247), s.2243.

²⁴⁴ STAUDINGER/OTTO, §284 N.12

²⁴⁵ ELLERS, s.256.

²⁴⁶ **SCHWARZ**, Günter Christian/**WANDT**, Manfred, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 3. neu bearbeitete Auflage, München 2009, s.445 vd. N.35.

Hükmün sözüne bakıldığında öncelikle bir borç ilişkisinin varlığının arandığı söylenebilecektir²⁴⁷. Hükümde alacaklının, ifa yerine tazminat istemek yerine edimin ifasına güvenerek hakkaniyet sınırları ölçüsünde yaptığı ve boşa çıkmış masrafların tazminini isteyebileceği belirtilmektedir. İfa yerine tazminat istenebilmesi için kesinlikle bir borç ilişkisi olmalıdır. Bu borç ilişkisinin sözleşmeden kaynaklanması veya bir yasal borç ilişkisi olması arasında hüküm bağlamında bir fark yoktur²⁴⁸. Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka husus da BGB §284 hükmünün esasen karşılıklı sözleşmelerde uygulama alanı bulmasına karşılık; tek taraflı sözleşmelerde de uygulama alanı bulacağı hususudur²⁴⁹. Bu arada bir masrafın amacının haksız fiil sonucu başarısız olması, madde kapsamında ele alınamayacaktır. Bir başka deyişle, ifaya güvenden dolayı sorumluluk, haksız fiillerde söz konusu olmadığından BGB §284 burada uygulanamayacaktır.

Alacaklının ihlalden dolayı tazminat isteyebileceği yükümlülük bir edim yükümlülüğü olmak zorundadır, çünkü basit koruma yükümlülüklerinde ifa yerine tazminat gündeme gelmeyecektir²⁵⁰. Bu noktada iş veya hizmet edimlerinde veya edimin bir kullanma devri halinde oluşması durumunda da BGB §284 gündeme gelecektir²⁵¹.

BGB §284 ün uygulama alanını incelerken önemli bir husus da yapılan masrafların niteliğidir. Hükmün esası olan boşa çıkmış masrafların tazmini kavramının temelini verimlilik karanesi olduğu açıktır. Verimlilik karanesine göre masrafların tazmini, masrafların ticari amaçlı olması halinde söz konusu olacaktır. Hükmün uygulama alanında da bu ilkenin geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır²⁵². Hükmün sözünden böyle bir ayırım yapılmadığı ortaya çıkmaktadır. Çünkü ticari amaçlarla yapılan masraflar lehine bir ifade hükümde bulunmamaktadır; böyle bir sınırlama

²⁴⁷ STAUDINGER/OTTO, §284 N.11; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.10.

²⁴⁸ HEINRICHS, Helmut, **Palandt** Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, Helmut Heinrichs, Christian Grüneberg vd., 65. Auflage, München 2006, §284 N.3 (**PALANDT/HEINRICHS** olarak anılacaktır); STOPPEL, s. 52.

²⁴⁹ STAUDINGER/OTTO, §284 N.11; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.10a.

²⁵⁰ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.10.

²⁵¹ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.10a.

²⁵² STOPPEL, s. 52; SCHWARZE, s.289 N.29.

yapılmamıştır²⁵³. BGB §284 ün ifadesinden anlaşılan ifa yerine tazminat ile masraf tazmini arasındaki sıkı alternatiflik ilişkisinin de her zaman için söz konusu olmaması gerektiği savunulmuş, ek bir zararın oluşması halinde alacaklıya masraf tazmini yanında bu zararın tazmini olanağının da verilmesi gerekliliği ifade edilmiştir²⁵⁴. Ayrıca kanunkoyucunun gerekçesinde, BGB §284 ün hem verimlilik karinesindeki koruma boşluklarını doldurması hem de alacaklıya ideal, tüketime yönelik veya spekülatif amaçlarla hareket etmesi halinde boşa çıkmış masraflarını tazmin etme şansı vermesi gerektiği ifade edilmiştir²⁵⁵.

BGB §284 deki masraf tazmininin aksine bir anlaşma da yapılabilecektir²⁵⁶. Bu, hükmün yedek hukuk kuralı olduğu gerçeğinin sonucudur. Hükümde alacaklının ifa yerine tazminat isteyebileceği yerde bunun yerine masraf tazmini isteyebileceği öngörülmüştür. Hükümün sözünden bunun bir yedek hukuk kuralı olduğu anlaşılabılır. Dolayısıyla aksine bir sözleşme ile masraf tazmini için bir talebin yapılamayacağı da taraflar arasında kararlaştırılabilecektir.

2.İfa Yerine Tazminat Talebinin Olması

BGB §284 uyarınca masraf tazmini sorumluluğunun doğması için ifa yerine tazminat talebinin oluşması gerekecektir. Bu durum BGB §284 hükmündeki “ifa yerine tazminatın *yerine*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Alman Borçlar Hukukundaki ifa

²⁵³ STAUDINGER/OTTO, §284 N.12; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.5. Bununla birlikte BGB §284 ün dar biçimde yorumlanması gerektiği düşünülmüş, bu yüzden de bu hükmün yalnızca ideal amaçlı sözleşmelerle sınırlı kalması ve ifa edilmeme zararının kapsamında herhangi bir değişiklik yapılmaması gerektiği savunulmuştur. Bu görüş için bkz. **WIEDEMANN**, Herbert, Schadenersatz und Freizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualverträgen, Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003(s.1273-1289), s.1281.

²⁵⁴ EMMERICH, s.107: Yazar burada çarpıcı bir örnekle bu hususu ifade etmiştir. Kiraladığı yerdeki eksiklik nedeniyle hem sağlığı bozulan hem de kira hakkı ihlal edilen kişinin BGB nin kira sözleşmelerine ilişkin §536a hükmünün birinci fıkrası gereğince isteyebileceği tazminatın yanında kiralama harcamalarının tazminini de istemesinde bir sakınca olmadığı yazar tarafından savunulmuştur.

²⁵⁵ BGB §284 Gerekçesi (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>) (Çevrimiçi – 11.09.09). Ayrıca verimlilik karinesinin BGB §284 deki masraf tazmini ile seçimlik olarak kullanılabileceği hakkında bkz. **WEITEMEYER**, Birgit, Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendung unter der Geltung von §284 BGB, AcP(Archiv für die civilistische Praxis) 205. Band(2005)(s.275 vd.), s.279

²⁵⁶ STAUDINGER/OTTO, §284 N.14; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.38

yerine tazminat kurumu hakkındaki açıklamalar yukarıda yapılmıştı²⁵⁷. Bu yüzden ifa yerine tazminat talebinin sadece bir şart olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

3.BGB §284 de Bir Unsur Olarak İfa Yerine Tazminat

BGB §284 ün sorumluluk doğurabilmesi için, yukarıda da bahsedildiği üzere, alacaklının ifa yerine tazminat talebinde bulunabilmesi gerekmektedir²⁵⁸.

Masraf tazminine ilişkin BGB §284 hükmü, bu bağlamda yukarıda zikredilen BGB §§280 1 ve 3. fıkralar ile 281, 282, 283 hükümlerini esas alır. Ancak bununla birlikte bir madde hükmünden daha bahsetmek gerekecektir. Söz konusu madde olan BGB §311a 2. fıkradaki hükme göre, eğer borçlu sözleşmenin yapılması esnasında ifa engelini bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa, alacaklının ifa yerine tazminat ile masraf tazmini arasında seçim yapma hakkı geçerli olmayacaktır. Bu madde hükmü bağlamında bir sorumluluk ölçütünün getirildiğinden bahsetmek mümkündür²⁵⁹ BGB §281 1. fıkra 2. ve 3. cümle ve BGB §281 5. fıkra uygulama alanı bulacaktır.

Bundan başka BGB de sırasıyla satım ve eser sözleşmelerine ilişkin §437 3. bent ve §634 4. bent madde hükümlerinde BGB §284 deki masraf tazminine açıkça atıf yapılmaktadır. Satım sözleşmesine ilişkin madde hükmünde alıcının, satım konusu malın ayıplı olması halinde, şartların oluşması ve aksinin kararlaştırılmaması halinde, BGB §§280, 281, 283 ve 311a ya göre ifa yerine tazminat isteyebileceği gibi BGB §284 e göre masraf tazmini de isteyebileceği yazılıdır. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesinin son zamanlarda verdiği iki karardan söz etmek gerekir. Bunların birincisinde sonradan ayıplı olduğu ortaya çıkan satın alınmış bir otomobile yapılan aksesuar masraflarının, kural olarak, alıcının ayıptan dolayı otomobili geri vermesi veya her ihtimalde otomobilin amacına uygun olarak kullanılamayacak olması ve bu yüzden de masrafların yararsız kalacak olması halinde, boşa çıkmış olacağı kabul

²⁵⁷ Bkz. yukarıda s.42 vd.

²⁵⁸ STOPPEL, s.54

²⁵⁹ KITTNER, Michael, Schuldrecht – Rechtliche Grundlagen, Wirtschaftliche Zusammenhänge, 3. Auflage, München 2003, s.227 N.716.

edilmiştir²⁶⁰. Alman Federal Mahkemesinin son zamanlarda verdiği ikinci kararda ise evinin döşenmesi için parke parçaları satın almış olan alıcının, parke parçalarının ayıplı çıkması üzerine, yeni ve ayıpsız parke parçalarının yerleştirilmesi masraflarının karşılanması talebi reddedilmiş; bunun yerine alıcının ancak satıcıdan satın alınan parke parçalarının ayıpsız olduğuna güvenilerek yapılan ayıplı parke parçalarının yerleştirilmesi bağlamındaki masrafların BGB §284 e göre tazmin edilebileceğine karar verilmiştir²⁶¹. Eser sözleşmesine ilişkin BGB §634 4. bent hükmüne göre eserin ayıplı olması olasılığında, şartların oluşması ve aksinin kararlaştırılmamış olması halinde, eser sipariş edenin BGB §§280, 281, 283 ve 311a ya göre ifa yerine tazminat istemesinin yanında BGB §284 e göre masraf tazmini istemeye hakkı vardır. Bahsedilmesi gereken bir başka nokta da, satım sözleşmesine ilişkin BGB §440 hükmünde ve eser sözleşmesine ilişkin BGB §636 hükmünde teslim edilmeme halinde alıcının veya eser sipariş edenin, sözleşmeden dönme hakkı oluşursa ifa yerine tazminat taleplerinde bulunma haklarının olduğudur.

Alman Hukukunda ifa yerine tazminatı gerektirecek, ancak BGB §284 e göre masraf tazminini gerektirmesi tartışmalı olan bazı durumlar da mevcuttur. Örneğin kira konusu eşyadaki kusur sebebiyle kiracının tazminat talebi (BGB §536a), kendisine bağış yapılanın (BGB §§523 2. fıkra 1. cümle, 524 2. fıkra 2. cümle) ya da seyahat edenin (BGB §651 vd.) tazminat talepleri de gündeme gelebilecektir²⁶². Genellikle kabul edilen görüş bu maddeler bağlamında “ifa yerine tazminat” başlığının

²⁶⁰ BGH VIII ZR 275/04, 20 Temmuz 2005(www.bundesgerichtshof.de çevrimiçi 15.11.2009). Bu kararda ayrıca, ilke olarak sonradan ayıplı olduğu anlaşılan bir araca taktırılan aksesuarların başka bir şekilde kullanılabilecek olması hususunun satıcının tazmin yükümlülüğü bağlamında bir anlam taşımadığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak davacının masraf tazminini isteyemeyeceği yönünde önceki mahkemede verilmiş olan karar bozulmuştur.

²⁶¹ BGH VIII ZR 211/07, 15 Temmuz 2008(www.bundesgerichtshof.de çevrimiçi 15.11.2009). Bu kararda davacı tarafın ayıpsız parke parçalarının başka türlü tedarik edilmesinden dolayı oluşan harcamaların BGB §284 e göre tazmin edilecek boşa çıkmış harcamalar olmadığı, çünkü burada davacının edimin elde edilmesine olan güven ile yapılan harcamalardan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir. Davacının masraf tazminini de ifa yerine tazminatın yerine isteyebileceği ve ifa yerine tazminat talebi şartlarının yerine getirilmediği göz önünde tutularak, ayıplı parke parçalarının yerleştirilmesi masraflarının tazmini talebinin reddine karar verilmiştir.

²⁶² **HUBER**, Peter/**FAUST**, Florian, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002(**FAUST** olarak anılacaktır), s.160 N.9

kullanılmamasının madde hükmünün anlamını değiştirmediği ve BGB §284 hükmünün burada da geçerli olabileceği ynndedir²⁶³.

Edimin gecikmesinde de masrafların yararsız hale geldiği, sonradan yapılan edimde veya gerçekleştirilen ifada da yararsız kalacağı düşünülebilir. Buna rnek olarak, bir inşaat malzemesi satın alan alıcının, malzemedeki ayıp sebebiyle inşaatında çalışan işçilere ücret ödeyememesi veya bir dnte zamanında yapılacak edime gvenildikten sonra gecikme faizi yüküne katlanmak zorunda kalınması durumu gsterilebilir²⁶⁴. Bununla birlikte ifada gecikme sebebiyle ifa yerine tazminat istenebilmesi ve dolayısıyla masraf tazminine hükmedilebilmesi, BGB §284 n uygulama alanının genişletilmesine yol açabileceği yönünden eleştirilmiş ve alacaklının ifaya yatırım yapması halinde, ilke olarak, yaptığı masrafların amacının düzgün edimden önce kaybolması riskini de göze alması gerektiği dřnlmřtr²⁶⁵.

Son olarak, BGB §284 hükmündeki ifa yerine tazminata alternatif olarak masraf tazmininin istenebileceği hususunun Alman Medeni Kanununa konma sebebinden de bahsetmek gerekir. Alacaklının ifa yerine tazminat istemesi halinde, sanki düzgün ifa yapılmış bir konuma getirilmek zorunda oluşu, ancak yaptığı masrafları fark teorisine göre isteyemeyecek olması onun için haksız bir durum oluşturabilecektir. Bu yüzden BGB §284 n ifa yerine tazminata alternatif olarak masraf tazminini öngörmüş olması, alacaklının bu haksızlığını gidermesi ve bu sayede masraflarını daha kolay bir şekilde tazmin ettirebilmesi bakımından önem tařır²⁶⁶.

²⁶³FAUST, s.160 N.9; STOPPEL, s.57.

²⁶⁴STAUDINGER/OTTO, §284 N. 17.

²⁶⁵ STOPPEL, s. 58-59; Temerrüt durumu için kıyasen bir uygulamaya ihtiyaç olmadığı savunulmuştur (STAUDINGER/OTTO, §284 N.17).

²⁶⁶ **LORENZ**, Stephan, Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilittsvermutung und Aufwendersatz im Gewhrleistungsrecht, NJW(Neue Juristische Woche) 2004, Heft 1-2(s. 26 vd.), s. 28; WEITEMEYER, s.276.

4.Edimin İfasına Olan Güven ile Yapılan Masraflar

a.Genel Olarak

BGB §284 hükmünün sözüne bakıldığında alacaklının, “edimin ifasına olan güven ile yaptığı” ve sonradan boşa çıkan masraflarının tazminini isteyebileceğinin açıkça ifade edildiği görülür. Bunun anlamı, alacaklının edimin ifasına güvenerek elde edeceği edim konusu üzerinde masraf yapması halinde, bu güvenin boşa çıkmasından dolayı masraf tazminini isteyebileceğidir. Bu noktada edimin ifasına olan güven ile masraf kavramından ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulması gerekecektir.

b.Edimin İfasına Olan Güven

BGB §284 e göre boşa çıkmış masrafların tazmin edilebilmesi için, alacaklının bu masrafları edimi elde edeceğine güvenerek yapmış olması gerekecektir. Güvenin burada kurucu bir unsur olduğundan bahsedilebilir²⁶⁷. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, boşa çıkmış masrafların tazmininde “tam” bir güven zararının olmamasıdır; edimin elde edileceğine olan güvenin bir parçası olarak yapılan ve boşa çıkan masraflar oranında bir zarar tazmin edilecektir²⁶⁸.

Bu arada söz konusu güvenin oluşma zamanına göre korunup korunmayacağı belli olacaktır. Bu bağlamda alacaklının edimi talebinden önce ve edimi talep hakkı doğduktan sonra güveni arasında bir ayrım yapılması zorunludur.

aa)Alacaklının Edimi Talebinden Önce Oluşan Güveni

Alacaklının, borçludan edim için talepte bulunduğu zamana kadar olan güveni, BGB §284 kapsamında değildir. Bu zamana kadar yapılan masraflar, borçluya karşı bir

²⁶⁷ STOPPEL, s.60

²⁶⁸ MÜNCH, Joachim, Die “nicht wie geschuldet” erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen, JURA (Juristische Ausbildung) Heft 6/2002(s.361-374), s.372.

talep hakkı kazanmak umuduyla yapılırlar; bu yüzden de bu tür masraflar boşa çıkma halinde BGB §284 bağlamında tazmin edilemeyecektir²⁶⁹. Örneğin sözleşmenin oluşumu amacıyla yapılan masraflar BGB §284 kapsamına girmeyecektir. Bu noktada komisyoncu masrafları veya komisyoncuya verilecek ücret akla gelebilir. Her ne kadar komisyoncuya verilecek ücret, sözleşmenin kurulması amacıyla veriliyor ve karşı tarafın edimine olan güven ile de bir ilişkisi bulunmuyor olsa da bu şekildeki bir masraf, ancak sözleşme yürürlüğe girdiği zaman, başka ifade ile alacaklının ifa için bir talep hakkı doğduğu zaman ödenmiş olacaktır²⁷⁰. Bu yüzden de BGB §284 kapsamındaki masraf kavramına girebilecektir.

bb)Alacaklının Edimi Talep Hakkı Doğduktan Sonra Oluşan Güveni

Alacaklı ve borçlu arasında bir sözleşme ilişkisi doğar doğmaz, artık alacaklının borçlu tarafından edimin ifasına olan güveninin oluştuğu söylenebilecektir. Bu noktadan sonra güvenin borçlu tarafından yapılacak olası bir yükümlülük ihlali ile kırılması tehlikesi de ortaya çıkacaktır²⁷¹. Bu noktada bazı olasılıklarda yapılan masraflardan bahsetmenin yararlı olacağı görüşündeyiz.

Öncelikle bir sözleşmede borçlunun ifasının gerçekleşmesine yönelik masrafların BGB §284 uyarınca tazmin edilebilir olduğu söylenebilir. Zira bu tür masraflar, borçlunun ifasının gerçekleşmesine yöneliktir ve doğası itibarıyla borçlunun ifasına olan güven ile yapılırlar. Dolayısıyla güven oluşmuştur ve bu noktadan sonra

²⁶⁹ STAUDINGER/OTTO, §284 N.21; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.18; FAUST, s.162 N.14; STOPPEL, s.60

²⁷⁰ FAUST, s.162 N.14; BGB §652 I bu konuda bir emredici hüküm getirmektedir. Buna göre bir sözleşmenin oluşumu ilişkisini ispat amacıyla veya bir sözleşmenin aracılığı dolayısıyla bir komisyoncu ücreti vaat eden kişi, ancak söz konusu ispatın yapılması veya komisyoncunun aracılığa başlaması ile bu ücreti ödemeye yükümlü olur. Burada komisyonculuk faaliyetinin sözleşmenin oluşumuna ihtiyaç duyduğu belli olmaktadır. Bu hale örnek olarak bir kira sözleşmesinde, en erken sözleşmenin oluşumu safhasında, bir başka deyişle kiracı ile kiraya verenin edimlerini kararlaştırdıkları anda komisyoncu ücretinin verilmesi hali gösterilebilir. Bu arada bu halin bir istisnasının da belirtilmesi gerekir. Örneğin alacaklı ile komisyoncu arasındaki ilişki uyarınca alacaklının sözleşmenin yürürlüğe girmesinden bağımsız olarak komisyoncu masraflarını ödemek yükümlülüğünün olması durumunda artık edimin ifasına olan güvenden bahsedilemeyecektir(FAUST, s.162 N.14).

²⁷¹ STOPPEL, s.60

güvenin kırılması ihtimalinde bu doğrultuda yapılan masrafların da tazmin edilmesi gerekecektir. Bu tür masraflara örnek olarak tapu veya noter harcamaları, ulaşım harcamaları veya bir satım sözleşmesinde bir mal alıcısının satım parasını karşılamak üzere aldığı ödünün ödemek zorunda olduğu faizi gösterilebilir²⁷².

Edimin ifasına olan güven oluştuğundan sonra, borçlu tarafından yapılacak edimin imkânsız olduğunun anlaşılması ve alacaklı tarafından edimin ifası yerine tazminat istenmesi ihtimalinde ise artık alacaklının güveninden söz edilemeyecektir. Buna rağmen alacaklının masraf yapmaya devam etmesi halinde, artık BGB §284 anlamında bir masraf tazmininden de bahsedilemeyecektir. Örneğin alacaklı BGB §275 1. fıkra hükmünde bahsedilen objektif imkânsızlık sebebiyle borçlunun edimini yerine getiremeyeceğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, kural olarak alacaklı artık borçlunun ediminin ifasına güvenemeyecektir²⁷³. Bu noktadan sonra yapılan masraflar BGB §284 kapsamına girmeyecektir.

Bu noktada ilginç bir ihtimalden de bahsetmek gerekir. Borçlu adına yetkisiz bir temsilci tarafından yapılan sözleşmenin askıda geçersiz olduğu durumda, borçlunun sonradan icazet vermesi halinde, alacaklının yaptığı masraflar BGB §284 e göre tazmin edilebilir olacaktır. Çünkü sonradan verilen icazet geriye yürüdüğünden taraflar, sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçerli olduğu konuma getirilmiş olacaktır²⁷⁴.

Sonuç olarak, alacaklının edimin ifasına dair güveninin olup olmadığının anlaşılmasının alacaklıya bağlı olduğu söylenebilir. Burada sübjektif bir değerlendirme söz konusu olacaktır²⁷⁵.

²⁷² FAUST, s.163 N.16

²⁷³ STOPPEL, s.60

²⁷⁴ PALANDT/HEINRICHS, §284 N. 6; FAUST, s.163 N.15

²⁷⁵ STOPPEL, s.61; Esasen güvenin oluşup oluşmadığı hususu, esasen hakkaniyet değerlendirmesi ile anlaşılacaktır.

c.Masraflar

aa)Genel Olarak

BGB §284 de bahsedilen masraf tazmini talebinin oluşması için en önemli şart, doğal olarak, masrafların alacaklı tarafından yapılmasıdır. Buradaki tazminat talebinin konusu, alacaklı tarafından yapılan masraflardır. Bu noktada masraf kavramının somutlaştırılması ihtiyacı belirir.

Masraflar, genellikle kabul edilen tanıma göre, alacaklının bir başkası yararına ve bir başkasının iradesine uygun olarak yaptığı malvarlığı fedakârlıklarıdır²⁷⁶. Masrafların bu tanımı BGB §284 ile uyumsuzluk gösterir. BGB §284 e göre masraf tazmini istenebilmesi için alacaklının edimin ifasına olan güven ile masraf yapmış olması gerekir. Bu güven ile masraf yapabilmesi için de masrafların alacaklının yararına ve çıkarına uygun olması gerekecektir. Çünkü edimin ifasının örneğin bir edimin elde edilmesine yönelik olması halinde, alacaklının masraflarının alacaklının yararına olması esastır. BGB §284 deki masraf kavramının genel geçer masraf kavramının dışında bir anlam taşıdığı da bu durumda söylenebilir. BGB §284 anlamındaki masraflar, ilke olarak, alacaklının üzerinde anlaşılan edimin ifasını göz önüne alarak yaptığı bütün malvarlığı fedakârlıklarıdır²⁷⁷.

BGB §284 bağlamındaki masraf hakkında genel açıklamalara eklenecek bir başka nokta da masrafın alacaklı tarafında maddi bir zarar oluşturmaya bile ifa edilmeme durumunda bir zarar ölçüsü olarak kullanılacağıdır²⁷⁸.

²⁷⁶ FAUST, s.161 N.10

²⁷⁷ STAUDINGER/OTTO, §284 N.20.

²⁷⁸ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.16.

bb)BGB §284 Kapsamında Değerlendirilebilecek Masraflar

Tapu veya noter harcamaları, ulaşım masrafları, satım konusu mal için alınmış ödücün faizi gibi masraflar borçlunun ifasının gerçekleşmesi amacına yönelik olduğundan BGB §284 kapsamında boşa çıkma halinde tazmin edilebilir masraflardandır; ayrıca edimin kabul edilmesine yönelik seyahat ve konaklama masrafları gibi masraflar da BGB §284 e göre tazmin edilebilirdir²⁷⁹.

Alacaklı, edimin ifasına güvenerek yaptığı masrafları çeşitli sebeplerle yapmış olabilecektir. Bu sebepler kapsamına borçlu tarafından edimin ifasının gerçekleştirilmesi girebileceği gibi edim konusu üzerinde tasarruf amacı da girebilecektir. Örneğin bir taşınmaz alıcısı, satın aldığı taşınmaz üzerinde bir diskotek yapmak isterse; taşınmaz üzerindeki tasarrufuna yönelik taşınmazın diskotek olarak inşa edilmesi, bunun için yapılan finansman masrafları gibi kalemler de BGB §284 kapsamında değerlendirilmelidir²⁸⁰. Bununla beraber bu şekildeki masrafların tazmin edilebilmesi için sözleşme taraflarının, alacaklı tarafından planlanan tasarrufun sözleşmede açıkça veya en azından bir şart olarak yer almasına ilişkin anlaşmış olması gerekecektir²⁸¹.

cc)BGB §284 Kapsamında Değerlendirilmeyen Masraflar

BGB §284 ün sözü ile BGH nin verimlilik karinesi incelendiğinde ve diğer BGB maddeleri ile BGB §284 karşılaştırıldığında, bazı masrafların hüküm kapsamında olmadığı söylenebilecektir. Bu bölümde bu tür masrafların neler olduğundan bahsedilecektir.

²⁷⁹ STAUDINGER/OTTO, §284 N.25; PALANDT/HEINRICHS, §284 N.5.

²⁸⁰ STAUDINGER/OTTO, §284 N.27. Yukarıda s.61 vd. da bahsedilen ve verimlilik karinesinin uygulandığı “Diskotek Kararı” olarak bilinen BGH kararında bu tür masrafların edimlerin değış tokuş ilişkisi dışında kaldığı gerekçesiyle tazmin edilemeyeceği öngörölmüştü. BGB §284 de edim değış tokuşu dışında kalan masraflara dair bir sınırlama söz konusu olmadığından bu kararın bir anlamının kalmadığı rahatlıkla söylenebilecektir.

²⁸¹ STOPPEL, s.73: Yazar burada çarpıcı ve ilginç bir örnek ile olayı açıklamıştır. Buna göre çarpışma testleri için bir araba alan alıcı, bu araba üzerinde testlere yönelik yaptığı tadilat masraflarını, ancak bu konunun sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olması halinde ve doğal olarak boşa çıkma halinde isteyebilecektir.

i) Alacaklı Tarafından İfa Edilen Karşı Edimin BGB §284 ile Bağlantısı

Verimlilik karinesine göre alacaklı tarafından ifa edilen karşı edim, masraf kategorisi içinde değerlendiriliyor ve bir masraf olarak tazmin edilebilirliği kabul ediliyordu²⁸². BGB §284 yürürlüğe girdikten sonra karşı edimin bir masraf olarak tazmin edilebilirliği tartışma konusu olmuştur.

Karşı edimin tazmin edilebilirliği gündeme geldiğinde BGB deki dönme hükümlerinin de dikkate alınması gerekecektir. BGB §323 hükmüne göre karşılıklı sözleşmelerde vadesi gelen borç zamanında veya sözleşmeye uygun olarak ödenmemişse, alacaklının belirli mehil vermek suretiyle sözleşmeden dönme hakkı vardır. Ayrıca BGB §325 hükmüne göre ifa yerine tazminat ile dönme aynı zamanda mümkün olabilecektir. Dönme ile ilgili önemli bir başka husus da BGB §346 vd. maddelerinde belirtilmiştir. Söz konusu maddelerde tüketici sözleşmelerinde dönmeyle ilişkin kurallar mevcuttur. Bu kurallar içinde konumuz açısından en önemlisi BGB §346 1. fıkradaki düzenlemedir. Buna göre alacaklı sözleşmeden dönme hakkına sözleşme gereği veya kanunen sahipse, dönme halinde verdiği edimleri geri alabilecek ve sözleşme konusu maldan yararlanmaları da iade edecektir.

Esasında karşı edim de ifanın yapılacağına olan güvenin var olması halinde bir malvarlığı fedakârlığı olarak görülebileceği ve bir masraf olarak kabul edilebileceği savunulmuştur²⁸³. Ancak bir sözleşmeden dönmede karşı edimin de tazminat kapsamında tamamen iadesi söz konusu olacağından, karşı edimin bir masraf olarak görülmesi söz konusu olmayacaktır. Tazminat ile dönmenin bir arada talep edilmesinin mümkün olduğu olgusundan ve BGB §284 deki tazminat yerine masraf

²⁸² Bkz. yukarıda s. 57.

²⁸³ STOPPEL, s.63. Verimlilik karinesinde alacaklı tarafından ifa edilen karşı edim, asgari zarar kalemi olarak görülmekteydi(Bkz. yukarıda s.57)

tazmininin istenebileceği düzenlemesinden yola çıkarak, karşı edimin bir masraf olarak kabul edilmeyeceği söylenebilecektir²⁸⁴.

Karşı edimin tazmin edilemezliği ile bağlantılı olarak başka tür masraflardan da bahsetmek gerekecektir. Bu tür masraflar, borçlu tarafından edimin ifası ile zorunlu bağlantısı olan ve borçlu tarafından elde tutulan eşya üzerindeki mülkiyet ve zilyetlik ile ilgili harcamalardır²⁸⁵. Sözleşmeden dönme söz konusu olduğunda eşyanın geri verilmesi gerekiyorsa, bu masraflar BGB §284 kapsamında çıkacaktır²⁸⁶. Bir başka deyişle, dönmenin olduğu hallerde edim konusu ile ilgili zorunlu masrafların tazmini, BGB §284 uyarınca borçludan istenemeyecektir. Artık amaç sözleşmenin tasfiyesidir ve sözleşmenin tasfiyesindeki iade borcu bağlamında da BGB §284 herhangi bir rol oynamayacaktır²⁸⁷.

ii) Alacaklının İfa Ettiği İş Edimlerinin BGB §284 ile Bağlantısı

Alacaklının kişisel çalışma edimlerinin BGB §284 e göre tazmin edilebilir olup olmaması konusunda birbirinden farklı görüşler savunulmuştur. Bir kısım yazarlar iş edimlerinin genel olarak tazmin edilmesi gerektiğini savunurken²⁸⁸; bir görüş BGB §§670, 683 hükümlerindeki esasların bu hususta da uygulanması gerektiğini ifade

²⁸⁴ Zaten karşı edimin bir masraf olarak görülmesi hukuk mantığına da aykırı olarak göze çarpar, çünkü karşı edimin sözleşmeden kaynaklanan zorunlu bir ödev olması halinde artık masraf kavramından bahsetmek isabetsiz olacaktır.

²⁸⁵ Bu tür harcamalara örnek olarak taşınmaz vergisi, yangın sigortası primleri, ölçme ve tartma harcamaları gösterilebilir.

²⁸⁶ FAUST, s.164 N.14; STAUDINGER/OTTO, §284 N.26.

²⁸⁷ STAUDINGER/OTTO, §284 N.26.

²⁸⁸ REIM, Uwe, Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach §284 BGB, NJW(Neue Juristische Wochenschrift), 2003 Heft 51, s.3664; TRÖGER, Tobias, Investitionsschutz nach §284 BGB, ZGS(Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht) Jahresverzeichnis 2005, 12/2005, s.465 vd.

etmektedir²⁸⁹. Bu konuyla ilgili farklı görüşlerden birinde de BGB §634 2. bent ve 637 hükümlerinin BGB §284 e de kıyasen uygulanabileceği savunulmuştur²⁹⁰.

Yukarıdaki görüşlerin tamamı, alacaklının iş edimlerinin de BGB §284 e göre tazmin edilebilir olduğu yolundadır. Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre²⁹¹, BGB §284 hükmünün sözünden ve gerekçesinden anlaşılan sadece maddi denkleştirmelerin amaç edinilmediğidir. Maddi olmayan denkleştirme yapılabilmesi için maddi olmayan hususların da bir parasal değerinin olması gerekmektedir. Ancak yine hükmün sözünden ve gerekçesinden anlaşılan, alacaklının çalışma faaliyetlerinin bir parasal değerinin olmasından bahsedilmemesidir. Bu yüzden de katıldığımız görüş uyarınca, alacaklının çalışma edimlerinin BGB §284 e göre tazmin edilebilir olduğu yolundaki görüş isabetsizdir.

iii)Kaçırılmış Kazancın BGB §284 e Göre Tazmin Edilemezliği

BGB §284 bağlamında tazmin edilebilme bakımından kaçırılmış kazanç, büyük önem taşır. Alacaklı edimin ifa edileceğine güvenmiş ve daha uygun bir öneriyi bu yüzden reddetmiştir. Buna rağmen borçlu edimi ifa etmemiş, bu yüzden de alacaklı zarara uğramıştır. Bir başka deyişle alacaklı, borçlu yüzünden bir fırsat harcamıştır²⁹².

²⁸⁹ FAUST, s.161 N.12; BGB §670 hükmüne göre vekil vekâletin yürütülmesi amacıyla zorunlu kabul edilecek masraflar yapması halinde, vekâlet veren tazminle yükümlüdür. Vekâletsiz iş görme ile ilgili BGB §683 hükmüne göre ise iş görmenin bir başkası tarafından yapılması, vekalet vermeyenin çıkarına veya iradesine uygun ise, vekaletsiz iş gören masraf tazmini talebinde bulunabilecektir. Bu maddelerde bahsi geçen vekil ve vekâletsiz iş görenin masraf tazmini taleplerinin, kendilerinin iş görmelerine dayandığından bu maddelerdeki esasların, BGB §284 e de dolaylı olarak uygulanması gerektiği savunulmuştur.

²⁹⁰ STAUDINGER/OTTO, §284 N.28. BGB §634 2. bende göre bir eser sözleşmesinde eser ayıplı olarak teslim edilmişse, eseri ısmarlayan şartların oluşması halinde aksi kabul edilmedikçe, BGB §637 hükmü atfı uyarınca ayıplı kendi giderecek ve bunun için zorunlu masrafların tazminini talep edebilecektir. BGB §637 ye göre ise eseri ısmarlayan sonradan telafi için uygun bir sürenin semeresiz geçmesinden sonra, ayıplı kendi giderebilecek ve zorunlu masrafları talep edebilecektir. Bunun için yüklenicinin sonradan ifasının haklı görülmemesi gerekecektir. Burada da ayıplı eser ısmarlayan tarafından kendi edimi ile giderilmesi hususu, BGB §284 e bağlanmak istenmiştir.

²⁹¹ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.17

²⁹² Kaçırılmış kazanç, BGB §252 de düzenlenmiştir. Bu maddede öncelikle kaçırılmış kazancın tazmin edilecek zararlar arasında olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca aynı maddede bir kazancın kaçırılmış olarak kabul edilmesi için onun hayatın olağan akışına göre veya özel durumlar nedeniyle gerçekleşmesi pek olası olması gerekmektedir.

Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, kaçırılmış kazanç BGB §284 e göre tazmin edilebilir değildir²⁹³. BGB §284 ün gerekçesinde boşa çıkmış masrafların tazmininde bir tazminat sorunu olmadığı, masraf tazmini sorunu olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm bağlamındaki masraflar, sadece fiili bir malvarlığı kaybı olarak değerlendirilmelidir. Masrafların fiili, bir başka deyimle, gerçek zarar olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, BGB §284 uyarınca bir talebin, kaçırılmış kazancı kapsamına alan güven zararı tazmini talebi ile aynı değerde olması mümkün değildir²⁹⁴.

d.Masraflarda Olması Gereken Hakkaniyet Ölçüsü

BGB §284 hükmüne göre tazmin edilebilir masrafların hakkaniyet ölçüleri içerisinde yapılmış olması şarttır. Bir başka deyimle alacaklının yaptığı masraflar, değerlendirilirken BGB §284 kapsamında bir hakkaniyet denetimine tâbi tutulacaktır. Bu noktada öncelikle hakkaniyet kavramının Alman Hukukundaki yansımasına bakmak gerekecektir.

aa)Alman Medeni Kanununda Hakkaniyet Kavramı

Alman Medeni Hukukunda hakkaniyet kavramını incelerken öncelikle tanımından yola çıkmak gerekir. Genellikle kabul edilen tanıma göre hakkaniyet, genel olarak kabul edilmiş hukuk ilkelerinin uygulanmasından da ortaya çıkabilecek, özellikle katı durumların yumuşatılmasına yönelik doğal adalet bulgularından hukuki bir olayı değerlendirirken yararlanmak demektir²⁹⁵. Hakkaniyet kavramı Alman Hukukunda genel olarak “somut olay adaleti” olarak tanımlanmıştır²⁹⁶.

²⁹³ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

²⁹⁴ STAUDINGER/OTTO, §284 N.24; PALANDT/HEINRICHS, §284 N. 8; SCHWARZE, s.288 N. 28.

²⁹⁵ DUDEN, Recht A-Z, Fachlexikon für Studium, Ausbildung und Beruf, Mannheim 2007, s.88.

²⁹⁶ LANGE/SCHIEHMANN, s.16.

Hakkaniyet kavramına Alman Medeni Kanununun çeşitli bölümlerinde dolaylı da olsa rastlamak mümkündür. Örneğin BGB §138 hükmünde hakkaniyete uygun ve adalete yönelik olarak düşünen bir kişinin ahlak anlayışını hukuki işlemlerde ihlal etmenin, bir ahlaka aykırılık olarak değerlendirileceğinden dolaylı olarak bahsedilmektedir²⁹⁷. BGB §§157 ve 242 hükümlerinde hukuki işlem teamüllerinde dürüstlük kurallarından bahsedilmiş, dolayısıyla da hakkaniyet kavramına değinilmiştir. BGB §315 deki hüküm ise hakkaniyetten doğrudan bahsettiği için özel bir önem taşır. Bu hükme göre bir sözleşmedeki taraflardan birince belirlenmiş bir sözleşmesel edim, bu belirlemede hakkaniyet ölçüsünün dikkate alınıp alınmadığı yönünden şüpheli olarak görülür. Bu belirleme ancak sözleşmenin karşı tarafına açıklama ile gerçekleşir. Hakkaniyet ölçüsüne göre bir belirleme gerçekleşmişse, karşı taraf için söz konusu belirleme ancak bunun hakkaniyete uygun olması halinde bağlayıcı olacaktır. Hakkaniyete uygun olmama durumu ortaya çıkarsa, belirleme için mahkeme kararına ihtiyaç duyulacaktır. Aynı durum belirlemenin gecikmesinde de söz konusu olacaktır.

bb) BGB §284 deki Hakkaniyet Kavramı

BGB §284 e göre alacaklının edimin ifasına güvenerek yaptığı masrafların tazminini isteyebilmesi için bu masrafların hakkaniyet ölçüleri içerisinde yapılmış olması gerekecektir. Hükümdeki hakkaniyet kavramının ne anlama geldiği incelenirken birçok husus ortaya çıkar.

Öncelikle BGB §284 deki hakkaniyet kavramının ne anlama geldiği veya işlevinin ya da kapsamının ne olduğu konusunda hüküm gerekçesinde herhangi bir bilgi olmadığının belirtilmesi lazımdır. Bu yüzden de hükmün sözünden hareket etmek gerekecektir. Buradan hareket edilirse, masrafların hakkaniyet içerisinde değerlendirilmesi için, edimin ifasına olan güven ile yapılmış olmasının zorunlu olduğu ortaya çıkar. Bir başka deyişle, hakkaniyet denetimi, masrafların edimin

²⁹⁷ SCHÖNKE, Adolf, Einführung in die Rechtswissenschaft, Karlsruhe 1946, s. 61.

ifasına olan güven ile yapıldığının anlaşılmasından sonra yapılacaktır²⁹⁸. Bununla birlikte hakkaniyetin değerlendirilmesinde sadece edimin ifasına olan güven değil; bunun dışında başka değerlendirme ölçütleri de rol oynayacaktır.

Bu genel açıklama kapsamında son olarak, masrafların hakkaniyet yönünden denetlenmesinin, borçluyu katlanılmaz sorumluluklardan kurtarmak için yapıldığının da belirtilmesi gerekecektir²⁹⁹.

cc)BGB §284 e Göre Hakkaniyetin Değerlendirilmesi Ölçütleri

i)Edimin İfasına Olan Güven

Masrafların hakkaniyet ölçütleri içerisinde yapılıp yapılmadığını belirlerken edimin ifasına olan güvenin oluşma zamanı büyük önem taşır. Buna göre edimin ifasına olan güven en geç, edim yükümünün doğduğu ve alacaklının da bundan haberdar olduğu zaman oluşmuş olacaktır³⁰⁰. Alacaklının edim yükümlülüğünün doğduğunu kesin olarak bilmesi gerekecektir; bunu bilmeden bir takım masraflar yapması halinde sadece kendi kendine oluşturduğu güven geçersiz olacak ve edimin ifasına yönelik masrafları BGB §284 e göre tazmin edilebilir olmayacaktır. Edim yükümlülüğü doğmadan alacaklının edimin ifasına yönelik yatırımlar yapması halinde, bu yatırımlar BGB §284 e göre korunmaya değer olmayacaktır, dolayısıyla da hakkaniyet değerlendirmesinin dışında tutulacaktır³⁰¹.

Edimin ifasına olan güven ile ilgili belirtilmesi gereken bir başka nokta da, söz konusu güvenin, oluştuktan sonra fakat borç ilişkisinin tasfiyesinden önce ortadan

²⁹⁸ **MEDICUS**, Dieter, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 17. Neubearbeitete Auflage, München 2006, s.147 N.389; STOPPEL, s.76-77.

²⁹⁹ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.20.

³⁰⁰ STOPPEL, s.80; Yazar burada örnek olarak kendisini bağlayıcı bir irade açıklamasıyla edimin ifası sözünü vermesini ve alacaklının da bunu kabul etmesini göstermiştir. Böylelikle artık edimin ifasına olan güven oluşmuş sayılacaktır.

³⁰¹ Ancak burada bir istisnadan da bahsedilebilecektir. Eğer sözleşme kurulmadan yapılan işlemler, sözleşmenin kuruluşunun artık kaçınılmaz olduğunu gösterecek kadar ilerlemişse, borçlunun edimin ifasına güvenin oluşmadığına dair bir itirazı yerinde olmayacaktır(STOPPEL, s.81).

kalkması ihtimalidir. Örneğin alacaklı, edimin ifasının imkânsız olacağı hakkında bilgi sahibi ise veya borçlu ciddi veya geri dönülemez şekilde edimi ifadan vazgeçtiğini bildirmişse, artık ortada edimin ifasına olan güvenden söz edilemeyecektir. Bununla beraber eğer edimin ifası borçlu için zor olacaksa, buna karşın borçlu edimi yine de ifa edeceğini bildiriyorsa, edimin ifasına olan güvenin devam ettiği söylenebilecektir³⁰².

Son olarak, eğer alacaklı edimin ifasının imkânsız olduğunu biliyor veya yükümlülük ihlali olacağından haberdar ise bazı istisnai durumlarda yaptığı yatırımları BGB §284 e göre tazmin ettirebilecektir. Örneğin borç ilişkisi gereğince alacaklı, borçlunun ehliyetsiz olmadığını bilmeden ifa yerine gelmiş ve borçlunun da ehliyetsiz olduğunu görmüşse, ifa yerine olan ulaşım masraflarının tazmin ettirilemeyeceğini söylemek hakkaniyete aykırı olacaktır; çünkü alacaklı ifanın imkânsız olduğunu ifa yerine vardığında öğrenmiştir³⁰³.

ii)Diğer Değerlendirme Ölçütleri

Alacaklının edimin ifasına olan güveni, masrafların hakkaniyete göre değerlendirilmesinde önemli bir ölçüttür. Bir başka deyişle, alacaklının masraflarının BGB §284 e göre tazmin edilebilir olup olmadığı belirlenirken hakkaniyet değerlendirmesinde edimin ifasına olan güven büyük bir rol oynar. Ancak masrafların hakkaniyete uygun yapıp yapılmadığı belirlenirken sadece edimin ifasına olan güvenden yararlanılmaz. Başka değerlendirme ölçütlerine de başvurmak gerekecektir. Hatta bazı durumlarda edimin ifasına olan güvenin oluşmasına rağmen masrafların hakkaniyet ölçüleri içerisinde yapılmadığı da söylenebilecektir³⁰⁴.

³⁰² STOPPEL, s.82.

³⁰³ STOPPEL, s.83.

³⁰⁴ STOPPEL, s.84 vd.; Yazar, bu hale örnek olarak, alacaklının edimi teslim alacağı yere gerek olmadığı halde bir helikopter ile gelmesini göstermiştir. Böyle bir durumda edimin ifasına olan güven oluşmasına rağmen, edimin ifa edilmemesi halinde masraflar açısından tanınabilecek bu denli bir sınırsızlık, hakkaniyet ölçüsüne uygun düşmeyecektir.

Edimin ifasına olan güven ölçütü dışında akla gelebilecek ilk hakkaniyet değerlendirme ölçütünün masrafların edimin değeri ile ilişkili olması gereği olduğu söylenebilir. Buna göre taraf çıkarlarının değerlendirilmesinde alacaklı tarafından yapılan masrafların, borçlunun ifa edeceği edimin değeri ile uygun olması gerekecektir³⁰⁵. Masrafların değeri uygunsuz bir biçimde yüksekse, o masrafların BGB §284 e göre tazmin edilebilirliğinden söz etmek olanaksızdır. Burada sanılanın aksine masrafların miktarının yüksekliği söz konusu değildir; bunun yerine yapılan masrafın değeri ile alacaklının ifadan dolayı beklediği çıkara ilişkin değer karşılaştırılacaktır³⁰⁶. Bu ölçütte temel amaç, alacaklının istediği kadar masraf yapmasına engel olmak değil; borçlunun sırtına adaletsiz biçimde sınırsız bir yük binmesini engellemektir³⁰⁷.

Hakkaniyet değerlendirilirken bir başka ölçüt de borçlu tarafından yapılacak yükümlülük ihlalinin alacaklı tarafından öngörülmesi ihtimalidir. Bu ihtimalde bir güvenden söz etmek olası değildir. Eğer alacaklı tarafında borçlunun yükümlülük ihlali yapacağına dair bir şüphe varsa veya edimin ifası konusunda bir zorluk önceden öngörülebiliyorsa, alacaklı kesinlikle önlemini almalı ve buna uygun olarak da masraf yapmamalıdır³⁰⁸. Bu önlemler alınmayıp masraf yapılmışsa, artık o masrafın BGB §284 e göre tazmin edilebilir olduğunu söylemek doğru olmayacaktır.

Masrafların hakkaniyete uygun olması için aynı zamanda borçlu tarafından da öngörülebilir olması gerekecektir. Alacaklı eğer sözleşme görüşmeleri sırasında, borçluya sözleşme kurulduktan sonra büyük bir yatırım yapacağını bildirirse, borçlu tarafından yapılacak masrafın öngörülebilirliği tartışmasız hale gelir³⁰⁹. Alacaklı edim konusu üzerinde büyük bir miktarda bir tasarruf yapmayı öngörmüş, buna yönelik masraflar yapmışsa ve bunların hiçbirisi hakkında borçlunun bilgisi yoksa veya olması gerekmiyorsa, bir yükümlülük ihlali halinde masrafların borçluya yükletilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır.

³⁰⁵ STAUDINGER/OTTO, §284 N.32; PALANDT/HEINRICHS, §284 N.6; MEDICUS, s.147 N.389.

³⁰⁶ STOPPEL, s.85.

³⁰⁷ STAUDINGER/OTTO, §284 N.31.

³⁰⁸ FAUST, s.168 N.31; STOPPEL, s.86.

³⁰⁹ STOPPEL, s.87; STAUDINGER/OTTO, §284 N.34.

Son olarak bahsedilebilecek bir hakkaniyet değerlendirme ölçütü, masrafin ertelenebilirliği noktasında oluşacaktır. Eğer alacaklı, masraf yapmayı kesebilecekse, masrafların kapsamını dar tutabilecekse veya masraf yerine alternatif işlemler yapabilecekse, buna rağmen yaptığı masrafların hakkaniyete uygun olduğu söylenemeyecektir³¹⁰. Bir başka deyişle alacaklı gereksiz masraf yapmaktan kaçınmalıdır. Alacaklı edimin ifasına olan güveninin oluştuğu zaman hemen masraf yapmaktan kaçınmalıdır. Bu durum borçlunun korunmasına yöneliktir³¹¹.

dd)Hakkaniyete Aykırı Masrafların Hukuki Sonuçları

Alacaklının yaptığı bazı masrafların hakkaniyet değerlendirilmesinden sonra ölçüler içerisinde yapılmadığı sonucuna varılırsa, buna rağmen başka masraflar yine de BGB §284 e göre tazmin edilebilirse, borçluya yükletilecek tazminatın hangi kapsamda olacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durumda alacaklı hakkaniyete aykırı masrafları için hiçbir tazminat isteyemeyecektir veya tazminat talebi hakkaniyeti aşan kısım için indirilecektir³¹².

Esas olarak, hakkaniyete aykırılık halinde masraf tazmini talebinin tamamen reddi söz konusudur. İndirimin söz konusu olması için masrafların değer açısından yüksek görülmesi gerekir. Başka faktörler de hakkaniyete aykırılık kararına varılmasına yol açıyorsa, artık burada bir indirimden söz edilemeyecektir³¹³.

³¹⁰ STAUDINGER/OTTO, §284 N.33.

³¹¹ STOPPEL, s.87.

³¹² PALANDT/HEINRICHS, §284 N.6; STOPPEL, s.90.

³¹³ STOPPEL, s.91; Yazar buna örnek olarak edimin ifasından sonra da alacaklının yapabileceği masrafin önceden yapılmış olması halinde burada artık bir değer yüksekliğinin söz konusu olmayacağını, ertelenebilir bir masrafin önceden yapılmış olması sebebiyle hakkaniyete aykırı bir durumun zaten oluştuğunu belirtmiştir.

5.Amaç Kaybı

a.Genel Olarak

BGB §284 ün sözü incelendiğinde, masraf tazmini için şartlardan birinin de masrafların amacının ortadan kalkması olduğu anlaşılır. Hükmün sözüne göre alacaklı ifa yerine tazminat istemek yerine edimin ifasına olan güvenle hakkaniyet ölçüleri içerisinde yaptığı masrafların tazminini talep edebilecektir; ancak bunun için de masrafların amacına yükümlülük ihlali olmadan da ulaşılamayacak olmaması gerekmektedir. Buradaki son ifadeden de anlaşıldığı üzere, yükümlülük ihlali sonucu masrafların amacına ulaşılamama masraf tazmini için gerekli bir husustur; bir amaç kaybı söz konusu olmalıdır.

Amaç kaybı durumunun daha iyi belirtilmesi açısından burada, esasen, bir illiyet bağından bahsetmek uygun olur. BGB §284 deki masraf tazmini talebinin gerçekleşmesi için, borçlunun yükümlülük ihlali sonucu edimin ifasına olan güven ile yapılan masrafların amacının başarısızlığa uğraması gerekecektir. Bir başka deyişle, yükümlülük ihlali ile amaç kaybı arasında bir sebep – sonuç ilişkisi olmalıdır.

BGB §284 çerçevesinde sebep – sonuç ilişkisi incelenirken denkleştirme teorisinden hareket etmek faydalı olacaktır³¹⁴. Buna göre, somut olayın özelliği incelenirken borçlunun yükümlülük ihlalinin zararın oluşmasında hangi rolü üstlendiğine bakılacaktır. Alacaklı tarafında oluşan zarar, borçlunun yükümlülük ihlalinin akla getiriyorsa, burada illiyet bağının olduğu söylenebilecektir. Örneğin ebat olarak büyük bir araba satın alan alacaklı, bu arabaya uygun olarak evine garaj yaptırmışsa, arabanın tesliminden önce çıkan bir yangın sonucu garaj kullanılamaz hale gelmişse, burada yükümlülük ihlali ile masraflar yönünden uğranılan zarar arasında bir illiyet bağından söz edilemeyecektir. Alacaklının garaj için yaptığı masrafların amacına borçlu tarafından edimin ifası ile ulaşılabilecektir. Burada borçlu edimini ifa etmese de

³¹⁴ STOPPEL, s.99.

zarar ile yükümlölük ihlali arasında sebep – sonuç ilişkisi oluşmayacaktır. Bu yüzden alacaklının masraf tazmini talebi de karşılanamayacaktır.

BGB §284 anlamında yükümlölük ihlali ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağı bazı istisnai durumlarda kesilebilecektir. Yükümlölük ihlali olsa bile, zararın doğrudan bu ihlalden dolayı olmaması halinde, BGB §284 e göre bir masraf tazmini talebi oluşmayacaktır. Örneğin önemli bir konferansa zamanında katılmak isteyen alacaklı, bunun için bir taksi firmasıyla anlaşmış, bu anlaşmadan sonra da konferans için bir bedel karşılığı önceden kayıt yaptırmıştır. Taksinin zamanında gelmemesi üzerine, başka ulaşım araçlarını kullanarak konferansa yetişmeye çalışmış ve bunu başarmıştır. Burada konferans için yaptığı taksi masraflarının boşa çıkmasından söz edilemeyecektir, çünkü konferansa zamanında katılmak amacına, taksi gelmese bile ulaşılmıştır. Bununla birlikte eğer kişi yolda iken çıkan fırtına sonucu bir ağaç üzerine devrilirse ve hastaneye gitmek zorunda kaldığından konferansa yetişemezse, burada konferansa gidememe sebebiyle bir boşa çıkmadan bahsedilecektir. Ancak burada da taksi şirketinin masraftan dolayı sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bunun sebebi olarak da hayatın olağan akışına göre öngörülemeyen, atipik bir olay sonucu oluşan zarardan bahsedilmesi gösterilebilir; artık bu durumda uygun bir illiyet bağından söz edilemeyecektir³¹⁵.

b.Yükümlölük İhlali Olmadan Da Amaca Ulaşılamayacak Olması

aa)Genel Olarak

BGB §284 hükmüne göre yükümlölük ihlali olmadan da belirlenen amaca ulaşamayacak ise, bir masraf tazmininden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bir başka deyişle, bir yükümlölük ihlali olmasa ve edim düzgün bir şekilde ifa edilseydi bile zaten amaca ulaşamayacak idiyse, masraf tazmini talebi kabul edilmeyecektir.

³¹⁵ STOPPEL, s.100.

Bu husus hükmün gerekçesinde de belirtilmiştir. Gerekçede düzgün ifade bile amaca ulaşamamanın sonucunun borçlunun tazminat yükümüne götürmemesi gerektiği belirtilmiş; böyle bir durumda borçlunun yükümlülük ihlalinin alacaklı için bir “şans eseri” olacağı, dolayısıyla bunun da hakkaniyete aykırı olacağı ifade edilmiştir³¹⁶. Bu husus verimlilik karinesini akla getirmektedir. Verimlilik karinesinde olduğu gibi, alacaklı tarafından yapılan yatırımlar, borçlunun yükümlülük ihlali olmadan da sonradan verimli olamayacaksa, artık BGB §284 anlamında bir masraf tazmininden söz etmek isabetli olmayacaktır³¹⁷.

bb)Farazî Amaç Kaybı Sorunu

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere borçlu, kendi yükümlülük ihlali ile masrafların amacının kaybı arasında illiyet bağı olsa bile tazmin yükümünden kurtulabilecektir. Bunun için de kendi yükümlülük ihlali olmasa bile masrafların amacına ulaşamaması gerekir. Bu hususun ispat yükü borçluda olacaktır. Borçlu, ispat ederken farazî illiyet bağından yararlanacaktır³¹⁸. Farazî illiyet bağının ispatının anlamı, alacaklının uğradığı masraflar yönünden zararın görünürde borçlunun yükümlülük ihlali sonucu olmasına rağmen, başka sebeplerin zaten masrafların amacının başarısızlığına götüreceğinin ispatlanmasıdır³¹⁹.

Farazî amaç kaybı konusunda doktrinde görüş ayrılığı oluşmuştur. Buradaki görüş ayrılığı, bir masrafın amacına borçlunun yükümlülük ihlali olmadan da zaten ulaşamayacağının anlaşılmasının ne zaman mümkün olduğu konusunda olmuştur³²⁰.

Bir görüş bu konuda, masraflar bakımından edimin ifa edilmesine yönelik olanlarla, edim üzerinde tasarrufa yönelik olanlar arasında bir ayrım yapılması gerektiğini ifade

³¹⁶ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

³¹⁷ STAUDINGER/OTTO, §284 N.37. Verimlilik karinesi hakkında açıklamalar için bkz. yukarıda s.56 vd.

³¹⁸ STOPPEL, s.102-103.

³¹⁹ MEDICUS, s.147 N.389: Böyle bir duruma bir bar açılması için yapılan masrafların amacına, barın açılacağı bölge içerisinde bir yasak getirilmesi yüzünden zaten ulaşamayacağı örneği verilebilecektir.

³²⁰ STOPPEL, s.106.

etmiştir³²¹. Alacaklının planladığı tasarruf en azından sözleşmede belirtilmişse, BGB §284 anlamında tazmin edilebilir olmalıdır. Borçlu böyle bir durumda kendisinin yükümlülük ihlali olmasa bile planlanan edim üzerinde tasarrufun gerçekleşmeyeceğini ispatlayarak masraf tazmini sorumluluğundan kurtulabilecektir³²². Masrafların sadece edimin ifa edilmesine ya da elde edilmesine yönelik olması halinde ise, farazî amaç kaybı için masrafların hangi amaçlarla yapıldığına bakılmalıdır³²³. Eğer masraf maddi amaçlarla yapılmışsa, borçlunun sorumluluktan kurtulması için alacaklının maddi amaca zaten ulaşamayacağını ispatlaması gerekecektir. Masrafın edimin ifasına yönelik olmakla birlikte maddi olmayan amaçlarla yapılması halinde borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır³²⁴.

İkinci bir görüş, farazî amaç kaybı sorununda masrafların ticari odaklı olanlar ile olmayanlar arasında bir ayrıma tâbi tutulması gerektiğini ifade etmiştir³²⁵. Masrafların ticari amaçla yapılmış olmaları halinde, borçlunun masrafın amacına zaten ulaşamayacağını ispat etme olanağı vardır³²⁶. Masrafın ticari olmayan bir amaçla yapılması halinde ise BGB §284 e göre bir tazminat söz konusu olmamalıdır³²⁷. Ticari olmayan amaçlarla masraf yapılmasının tazminat sorumluluğuna yol açması için söz konusu amacın maddi bir temele oturtulması gerekmektedir³²⁸. Ticari olmayan amaçlara maddi temel oturtulduğu zaman doğal olarak farazî amaç kaybı sorunu da buna göre çözümlenecektir. Bu görüş aynı zamanda birden çok amacın hedeflendiği durumlarda, merkezi amacın dikkate

³²¹ FAUST, s.166 N.24.

³²² FAUST, s.173 N.41.

³²³ FAUST, s.173 N.42.

³²⁴ FAUST, s.173 N.43; Bu yöndeki görüş STOPPEL tarafından alacaklının maddi olmayan amaçlar izlemesi halinde haksız bir şekilde durumunun daha iyi olacağı yönünden eleştiriye uğramıştır(STOPPEL, s.108).

³²⁵ GSELL, Beate, Aufwendersatz nach §284 BGB, Das neue Schuldrecht in der Praxis, Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten, München 2003, s.321 vd.

³²⁶ GSELL, s.326.

³²⁷ GSELL, s.327; Bu görüş, fikrimizce, BGB §284 ün yapısı ile tamamen ters bir ifadeyi yansıtmaktadır. BGB §284 de masraflar açısından bir ayırım yapılmadığı, hükmün gerekçesinde vurgulanmıştır.

³²⁸ GSELL, s.327.

alınması gerektiğini ifade etmiş ve esas amacın ispat yükünü de alacaklıya yüklemiştir³²⁹.

c.Yükümlülük İhlaline Rağmen Amaca Ulaşma

Borçlu tarafından bir yükümlülük ihlali yapılması olasılığında, alacaklı tarafından yapılan masrafların amacına yine de ulaşılmışsa, artık BGB §284 e göre bir masraf tazmininden bahsedilemeyecektir³³⁰. Bu husus, esasen, BGB §284 ün metninden anlaşılmaktadır. Hükümde alacaklının masraf tazmini talebinin, masrafların amacına yükümlülük ihlali olmadan da ulaşılamayacak olması halinde düşeceği belirtilmiştir. Bu ifadeden alacaklının masraflarının amacına ulaşamamanın BGB §284 deki masraf tazmini talebi için ayrıca bir şart olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu durumda masrafların amacına ulaşımın, yükümlülük ihlali olsa bile, masraf tazmini talebinin düşmesini doğuracağını söyleyebiliriz.

Yükümlülük ihlaline rağmen amaca ulaşma, farklı şekillerde kendini gösterir. Bu hususun açıklanması açısından örneklere değinmekte yarar görüyoruz. Örneğin bir futbol karşılaşması için karşılaşmanın oynanacağı günden önce bilet rezervasyonu yapan alacaklıya karşılaşma günü bilet teslim edilmemişse, bununla birlikte aynı gün alacaklı rezervasyon yaptırdığı aynı fiyattan bir bilet satın alabilmişse, karşılaşmanın oynanacağı yere gitmek için yaptığı ulaşım masraflarını bilet satıcısından isteyemeyecektir. Bunun sebebi alacaklının karşılaşmayı seyretme imkânını bulmasıdır; bir başka deyişle, alacaklı yükümlülük ihlaline rağmen amacına ulaşmıştır.

Bu noktada başka bir olasılıktan da bahsetmek yararlı olur. Alacaklı masrafiyla birden çok amaç hedeflemişse ve bu amaçların hepsinin edimin ifasıyla bağlantısı olmaması halinde, masrafların amacına tamamen ulaşamadığını söylemek mümkün değildir; burada artık masraf tazmini talebinde bir azaltma söz konusu olacaktır³³¹.

³²⁹ GSELL, s.329-330.

³³⁰ STOPPEL, s.93

³³¹ STOPPEL, s.94

Örnek olarak kişi, bir mücevher satıcısından eşi için çok değerli bir kolye satın almıştır. Söz konusu kolyenin kendisine teslim edileceğine güvenerek de kolyeyi saklamak üzere bir bankada kasa kiralamıştır. Kasanın kiralama amacı, sadece kolyenin saklanması değil, aynı zamanda önemli belgelerin de saklanmasıdır. Kolye teslim edilmeden önce, mücevher satıcısının kusuru sonucu, satıcının işyerinden çalınmıştır. Satım bedelini henüz ödememiş kolyenin alıcısı, kasanın kiralama masrafını mücevher satıcısından talep etmektedir. Burada alıcının yaptığı masrafın edimin ifasına güvenerek ve hakkaniyet ölçüleri içerisinde yapıldığını söylemek mümkündür. Ancak olayda önemli belgelerin de kasa sayesinde saklanabileceği göz önüne alınırsa, masrafların amacının tamamen başarısız olduğu söylenemeyecektir. Bu durumda mücevher alıcısının yaptığı masrafın, dolayısıyla yatırımın en azından bir kısmının karşılığını bulduğu söylenebilecektir. Burada masrafların tam olarak boşa çıkmasından söz edilemeyecektir³³².

Alacaklı tarafından belirlenen amaca ulaşılamama durumunda, bunun telafisinin başka bir amaç belirleme ile gerçekleşmesi halinde de yükümlülük ihlaline rağmen amaca ulaşmadan bahsedilebilecektir. Örneğin kendisine teslim edilecek bir resim için bir çerçeve hazırlatmış alacaklı, resmin kendisine teslim edilmemesine rağmen, aynı çerçeveyi başka bir resim için kullanabilecekse, çerçeve için yaptığı masrafların tazmin edilmesi kabul edilmeyecektir. Bunun sebebi masrafların amacına, amaç değişikliği olsa bile, ulaşılmış olmasıdır³³³. Bununla birlikte bazı durumlarda da amaç değişikliğinin gerçekten amaca ulaşıldığını gösterdiği tartışmalıdır³³⁴. Örneğin, başka bir şehirde sahnelenecek dünyaca ünlü bir müzik gösterisi için bilet satın almış, ancak bileti teslim almamış alacaklı, yol masrafı yapmıştır. Gösterinin yapıldığı yere geldiğinde kendisine biletlerin teslim edilmemiş, ancak aynı şehirdeki başka bir gösteriye bilet bulabilmiştir. Burada tam anlamıyla amaca ulaşılamamadan ya da masrafların boşa çıkmasından bahsetmek olası değildir. Ancak maddi olmayan amaçlarla hareket edildiği belli olan bu durumda, boşa çıkma zararının kapsamının

³³² STOPPEL, s.94-95.

³³³ STAUDINGER/OTTO, §284 N.35.

³³⁴ STOPPEL, s.97.

belirlenmesinde bir takım zorluklarla karşılaşılabilir³³⁵. Bir görüş, böyle bir durumda boşa çıkma zararının hiç oluşmadığını ifade ederken³³⁶; diğer bir görüş somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiği, alacaklının masraf için başka bir amaç belirlemiş olmasının, masrafların boşa çıkmadığı anlamını vermemesi gerektiğini belirtmiştir³³⁷.

d.İfa İmkânsızlığı Halinde Amaç Kaybı Sorunu

Yükümlülük ihlali sonucunda masrafların amacına ulaşamaması veya amacın ortadan kalkması durumlarında, göz önüne alınacak ölçütlerden biri de edim konusunun imkânsız olup olmadığıdır.

Bu konuyla ilgili öncelikle bahsedilmesi gereken kanun maddesi BGB §311a dır. Bu maddeye göre edim konusu imkânsız olsa bile, bu durum tek başına borçluyu tazminat yükümünden kurtaramayacaktır. Borçlunun tazminat yükümünden kurtulması için edimin ifasına olan engelden haberdar olmaması ve olmasının da gerekmemesi şarttır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında alacaklının borçlunun ifa engelini bilmemesi ya da bilmesinin gerekmemesi halinde kendi seçimine göre ifa yerine tazminat veya BGB §284 anlamında ve kapsamında masraf tazmini isteyebileceği belirtilmiştir.

Alacaklının alternatif olarak ifa yerine tazminat veya masraf tazmini isteyebileceği hükmünden çıkarılacak sonuç, edim konusunun imkânsız olması halinde amaç kaybının oluşması durumunda bile masraf tazmini talebinin geçerliliğini korumaya devam edeceğidir. Bu noktada belirtilmesi gereken husus, söz konusu masrafların alacaklının sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yaptığı masraflar olması

³³⁵ FAUST, s.170-171 N.36; Yazara göre maddi bir amaç belirlenmesi halinde, amaç değişikliği durumunun boşa çıkma zararı kapsamını ne ölçüde değiştireceğini belirlemekte bir sorun yoktur.

³³⁶ STOPPEL, s.97.

³³⁷ FAUST, s.170-171 N.36-37; aynı doğrultuda STAUDINGER/OTTO, §284 N.39.

gerektiğidir; bu durumda borçlu amaç kaybına ilişkin bir itirazda bulunamayacaktır³³⁸.

6.Masraf Tazmini Talebinde Birlikte Kusur Halinden Kaynaklanan Azalma

a.Genel Olarak

BGB §284 e göre masraf tazmini talebine ilişkin şartlardan söz edilirken, kaçırılmaması gereken noktalardan biri de birlikte kusur halini düzenleyen BGB §254 ün masraf tazminine etkisidir.

Bu etkinin incelenmesi için de BGB §254 ün içeriğine göz atmak gerekecektir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası hükmüne göre, zararın oluşmasında alacaklının da etkisi olması durumunda tazmin yükümlülüğü ve tazmin edilecek kapsam, hangi tarafın zararın oluşmasında ağırlıklı olarak katkısının olmasına göre özellikle belirlenecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise ayrı bir düzenleme öngörür. Bu fıkranın hükmünde ise alacaklının borçlunun bilmediği veya bilmesinin gerekmediği alışılmadık miktarda yüksek bir zarar konusunda borçluyu uyarmak veya zararı önlemek veya indirmek hususlarında ihmal göstermesi halinde, zararın oluşmasına katkı sağlayacağı öngörülmüştür. Özet olarak BGB §254 ün alacaklının bir çeşit özen yükümlülüğünü öngördüğünü söyleyebiliriz.

BGB §254, masraf tazmini talebi için büyük önem taşır. Bunun sebebi, alacaklının BGB §284 anlamındaki zararın oluşmasına etki etmesi halinde, genel bir hüküm olan BGB §254 ün uygulanması gerekliliğidir³³⁹. BGB §254 uygulandığı takdirde alacaklının masraf tazmini talebi miktar olarak indirilecektir. Ancak bu indirimin gerçekleşmesi için, doğal olarak, masraflardan dolayı boşa çıkma ile alacaklının özen

³³⁸ STAUDINGER/OTTO, §284 N.41

³³⁹ STOPPEL, s.112

yükümlülüğüne aykırılığı arasında bir nedensellik bağının oluşması gerekecektir³⁴⁰. Bunu örneklendirmek gerekirse, alacaklı yüksek miktardaki masraflardan dolayı oluşacak büyük zarardan haberi olmayan borçluyu uyarma yükümlülüğünü yerine getirmezse, BGB §254 bağlamında alacaklının masraf tazmini talebinde bir indirime gidilecektir.

b. “Birlikte Kusur” Hükümünün Uygulanacağı Haller

BGB’de birlikte kusuru düzenleyen BGB §254 ün BGB §284 anlamındaki masraf tazminine uygulanmasının söz konusu olduğu hallerin birden çok olduğu söylenebilecektir. Bu durumlar masrafın yapıldığı anda ve sonra olabileceği gibi, masraf yapılmadan önce de olabilecektir.

Masraf yapılmadan önce BGB §254 ün etkisinin olacağı olaylara örnek olarak, alacaklının borçlunun yükümlülük ihlali yapacağını öngörmesi, buna rağmen masraf yapmasını gösterebiliriz. Burada alacaklı, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunmuştur; artık bu noktada bir indirimden de bahsedilemeyecektir. Hakkaniyet ölçüsü değerlendirildiğinde, tazminat talebinin düşmesi gerekecektir. Aynı şekilde borçlunun yükümlülük ihlalden alacaklının sorumlu olması da hakkaniyet sebebiyle tazminat talebinin düşmesi sonucuna yol açacaktır³⁴¹.

Masraf yapıldıktan sonra, BGB §254 ün masraf tazmini talebine etkisinin olabileceği açıktır. Bu noktada da BGB §254 hükmünde de sözü geçen alışılmadık miktarda yüksek zararlar akla gelecektir. Bu tür zararları BGB §284 e uyarlırsak, alacaklının yaptığı masraf sonucu alışılmadık miktarda zarar oluşabileceğini öngörmesi durumunda, bu olası zarar hakkında borçluyu uyarma yükümlülüğünün olduğunu söylememiz mümkündür. Aksi davranış özen yükümlülüğüne aykırı olacaktır; bu yüzden de masraf tazmini talebinde bir indirime gidilecektir.

³⁴⁰ STOPPEL, s.112-113

³⁴¹ STOPPEL, s.114

Alacaklının BGB §254 deki hüküm gereği zararı önlemek veya indirmek hususlarında yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğe aykırı davranışlar da masraf tazmini talebinde indirime yol açacaktır. Bu duruma örnek olarak konusu misli bir mal olan bir sözleşmede alacaklının edimi elde edememesi tehlikesi üzerine aynı malı bir başkasından almak suretiyle oluşabilecek bir boşa çıkmadan kaçınmasını gösterebiliriz. Burada alacaklının zararı önleme gerekliliği akla gelecektir. Alacaklı ihmal suretiyle zararı önlemek için hareket etmezse, tazminat talebinde bir indirime gidilebilecektir. Zararı indirme yükümlülüğünün ihlaline de örnek olarak borçludan 100 adet masa teslimi için söz alan alacaklının, bunun kendisine ulaşması için iki kamyon kiralaması, ancak yükümlülük ihlali sonucu kendisine yalnızca 50 adedinin bir kamyonunda teslim edilmesi durumu gösterilebilir³⁴². Bu durumda alacaklının kiraladığı diğer kamyonu başka bir eşyanın taşınması için kullanma olanağının olması durumunda, bir zarar indirme yükümlülüğünün olduğundan söz edebiliriz. Bu yükümlülüğü yerine getirmeden masraf tazmini talep ederse, bu talepte BGB §254 gereği bir indirime gidilecektir.

Son olarak zararı önlemeye veya indirmeye yönelik masrafların BGB §284 e göre tazmin edilebilir olmadığından da söz edilmelidir. Bunun sebebi de alacaklının önleme veya indirme niyetiyle masraf yaptığı zaman borçlunun yükümlülük ihlalini bilmesidir³⁴³. Burada edimin ifasına güven ile yapılan masraflardan söz edilemeyecektir. Bu tür masrafların yetkisiz temsil hükümlerine göre istenebileceği savunulmuştur³⁴⁴.

³⁴² STOPPEL, s.115-116

³⁴³ STOPPEL, s.118

³⁴⁴ STOPPEL, s.118

c. “Birlikte Kusur” Hükümünün Hakkaniyet Denetimi ile Olan İlişkisi

BGB §254 ün uygulanması ile BGB §284 içinde yer alan hakkaniyet denetiminin birbiriyle yakın ilişkisi olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü pratik olarak iki uygulama da aynı sonuçları doğurmaktadır³⁴⁵.

Bununla beraber hem hakkaniyet denetiminin hem de BGB §254 e göre bir talep indiriminin ayrı olarak uygulanması mümkün olmalıdır. Bunun sebebi de BGB §284 ün kendine özgü bir tazminat talebi olmasıdır; BGB §254 doğrudan uygulanamayacaktır³⁴⁶. Hakkaniyet denetiminin BGB §254 hallerinin tamamını kapsadığını da söylemek mümkün değildir³⁴⁷. Çünkü masraf yapılırken hakkaniyet değerlendirmesi yapılmaktadır; buna karşılık masraf yapıldıktan sonra alacaklının birlikte kusuru bulunması halinde BGB §254 uygulanarak masraf tazmini talebinde bir indirimle gidilecektir. Masraf yapıldıktan sonra böyle bir durumda, hakkaniyet değerlendirmesi değil; bunun yerine BGB §254 ün etkisi olup olmayacağı belirlenecektir.

C.BGB §284 ün Hukuki Sonuçları

1.Talep Miktarı

BGB §284 e dayanan talebin nakdi bir talep olması gerekir; bir başka deyişle, talep nakit ödemeye yönelik olacaktır³⁴⁸. Bununla birlikte masrafın şekline göre de bu ödeme farklılık gösterecektir. Alacaklı masrafını nakit şekilde yapmışsa, miktarın nakit olarak borçludan tazmin edilmesi gerekecektir; alacaklının masrafını paradan başka bir şeyle yapmış olması durumunda ise, borçlunun tazmin borcu, masrafın

³⁴⁵ STOPPEL, s.116; FAUST, s.168 N.29(Yazar kanun hazırlık aşamasında bu hususta bir tartışma olduğunu, tartışmanın da BGB §254 ün zaten uygulanması gerektiğinden hakkaniyete ilişkin kısmın gereksiz olduğu noktasından kaynaklandığını belirtmiştir).

³⁴⁶ FAUST, s.168 N.29

³⁴⁷ STOPPEL, s.117

³⁴⁸ STAUDINGER/OTTO, §284 N.44; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.28

konusunu oluşturan şeyin piyasadaki değerine göre ölçülecektir³⁴⁹. Masrafın bir yükümlülük şeklinde yapılması söz konusu ise, borçlu alacaklıyı bu yükümlülük oranında ibra edecektir; böylelikle masraf tazmini talebi karşılanmış olacaktır³⁵⁰.

2.Masraf Tazmininin Diğer Taleplerle Olan İlişkisi

a.Masraf Tazmini ve İfa Yerine Tazminat

BGB §284 e göre masraf tazmini talebi, alacaklının ifa yerine tazminat talebinin yerine alternatif olarak isteyebileceği bir taleptir. Bunun sonucu, ifa yerine tazminat talebi ile masraf tazmini talebinin birleştirilememesidir. Aksi durumda alacaklının zararının çifte olarak telafisi söz konusu olacak ve bu da borçlu aleyhine hukuka aykırı bir durum oluşturacaktır.

Bununla beraber masraf tazmininin, alacaklının edimin ifasına olan güveninden ve edimi elde edememesinden doğan zararların tazmini ile değil de, yan zararlar ile ilgili isteyebileceği zarar tazmini ile birleştirilmesinin mümkün olabileceği savunulmuştur³⁵¹. Örneğin borçlunun ediminin ifası imkânsız hale gelmişse ve alacaklının elinde ifa yerine tazminat talebi istemekten başka bir şans yoksa ifa yerine tazminat talebi içinde değerlendirilebilecek hukuki danışma harcamalarının masraf tazmini talebinin yanında istenmesine bir engel bulunmadığı görüşü ortaya atılmıştır³⁵². Bunun yanında kaçırılmış kazancın ifa yerine tazminat olarak; masraf

³⁴⁹ STOPPEL, s.121

³⁵⁰ STOPPEL, s.121; Bu durumun kaynağı BGB §257 1. cümledir. Söz konusu hükme göre, belirli bir amaç için yaptığı masrafların tazminini talep etmeye yetkili olan kişi, bu amaç doğrultusunda bir mükellefiyet üstlenmişse, bu mükellefiyetten ibrasını talep edebilecektir.

³⁵¹ Yan zararlar ile ilgili tazminat talebinin kaynağı BGB §280 in birinci fıkrası olup, “ifanın yanında tazminat (Schadensersatz neben der Leistung)” olarak adlandırılmaktadır. Bu çeşit tazminatın masraf tazmini yanında istenmesinin mümkün olduğu yolunda görüşler için bkz. MÜNCH, s.371; FAUST, s.176 N.49; STOPPEL, s.123.

³⁵² STOPPEL, s.123: Yazara göre bunun sebebi takip harcamalarının, edimin ifa edilmemesinden kaynaklanan zarardan bağımsız olmasıdır; FAUST, s.176 N.49: Yazara göre alacaklının borçlunun edimini elde etmeye yönelik çıkarı masraf tazmini yoluyla, borçlunun yükümlülük ihlalinin doğan malvarlığına olumsuz etki de tazminat çıkarı ile örtülecektir. Bu yüzden belirli durumlarda masraf tazmini ile ifa yerine tazminat talebinin birleştirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Bu hususla ilgili olarak mahkeme dışı tespit raporu harcamalarının BGB §284 e göre masraf tazmini yanında

tazmininin yanında talep hakkı olarak alacaklıya tanınması gerektiği de ifade edilmiştir³⁵³. Son olarak bir görüş de, masraf tazmini ile ifa yerine tazminatın, aynı çıkarın iki defa telafisinin söz konusu olmadığı sürece, her zaman için istenebileceği yönündedir³⁵⁴.

Fikrimizce, BGB §284 ün sözünün masraf tazmininin alternatif bir talep olduğunu belirtmesinden dolayı masraf tazmini talebi ile ifa yerine tazminat talebinin bir arada istenmesi kural olarak mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte edimin ifa edilmemesinden kaynaklanmayan zararların tazmininin şartların oluşması halinde ifa yerine tazminat olarak istenebileceği hallerde, masraf tazmini ile ifa yerine tazminatın birleştirilmesinde bir sakınca bulunmamalıdır.

b.Masraf Tazmini ve Dönme

Masraf tazmini ile sözleşmeden dönmenin bir arada istenemeyeceğine dair BGB de bir hüküm bulunmamakla beraber, bu iki talebin birleştirilmesinde bir sakınca olmadığı dönme hükümlerinden anlaşılmaktadır. Bunun sebebi esasında BGB §325 madde hükmüdür. Bu maddenin açık hükmüne göre karşılıklı bir sözleşmeden dönmenin yanında tazminatın istenmesi mümkündür. Tazminatın ifa yerine tazminat olduğunu kabul edersek, ifa yerine tazminatın yerine istenebilecek masraf tazminat talebinin dönme talebinin yanında istenmemesi için hiçbir engel olmadığını kabul etmemiz gerekecektir³⁵⁵.

Dönme hükümlerinden BGB §346 daki iade talebinin de bu noktada fikrimizce tartışmalı etkisinden söz etmek gerekir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre

istenebileceğine dair Federal Mahkeme kararı için bkz. BGH VIII ZR 275/04, 20 Temmuz 2005(www.bundesgerichtshof.de çevrimiçi 15.11.2009).

³⁵³ FAUST, s.176-177 N.50.

³⁵⁴ GSELL, s.339.

³⁵⁵ STOPPEL, s.65; SCHWARZE, s. 296 N. 42. 2002 yılından önceki BGB §325 ve BGB §326 hükümleri sözleşmeden dönme ile tazminatın birbirine yalnızca alternatif olabileceğini düzenlemişken, yeni BGB §325 hükmünün yürürlüğe girmesiyle sözleşmeden dönme ve tazminat arasında, esas olarak, bir köprünün olduğu söylenebilecektir. Bu hususta ve Alman hukukunda sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. **DERLEDER**, Peter, Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) Heft 14 2003(s.998-1003), s.998 vd.

sözleşmenin taraflarından birine sözleşme veya kanun uyarınca dönme hakkı verilmişse, kendinde bulunan edimleri iade edecek ve edimden yararlandıkları varsa bunları da karşı tarafa geri verecektir. Karşılıklı bir sözleşmede alacaklı nakit para edimi borçlanmışsa ve sözleşmeden dönmüşse, bu edimin iadesini masraf tazmini çerçevesinde talep ediyorsa, burada bir dönme beyanından söz etmek bir görüşe göre mümkün olacaktır³⁵⁶. Böylelikle masraf tazmini ile BGB §346 dan kaynaklanan iade talebinin içerik olarak aynı olduğu söylenebilecektir. Diğer taraftan yine karşılıklı bir sözleşmede alacaklının bir eşya edimi borçlanması ve sözleşmeden dönmesi halinde, alacaklının önceden ifa edilmiş karşı ediminin BGB §284 deki masraf kavramı içinde yer aldığı kabul edilirse, alacaklıya ifa ettiği eşya edimini dönme kapsamında geri istemek veya borçludan eşyanın kullanım olanağının kalmaması halinde değerini talep etmek konusunda bir seçimlik hak tanınmalıdır³⁵⁷. Bununla birlikte bu ihtimaller, fikrimizce, çelişkili gözükmemektedir. Çünkü sözleşmeden dönmeye amaç sözleşmenin tasfiyesidir. Bu yüzden artık dönmekten kaynaklanan iade borcu bağlamında BGB §284 ün herhangi bir rol oynamaması gerekecektir.

Sözleşmeden dönme ile masraf tazmini arasındaki ilişki bağlamında, BGB'deki bir kanun hükmünden de söz etmek gerekecektir. BGB §347 nin ikinci fıkrasına göre, sözleşmeden dönmekten sonra borçlu sözleşme konusu şeyi geri verirse, değer tazmini ödemekten kurtulacak ve şey üzerinde yapmış olduğu zorunlu tasarrufların tazminini isteyebilecektir. Ayrıca aynı fıkra hükmüne göre diğer masrafların da, alacaklının zenginleşmesine yol açacak nitelikte olması halinde, tazmini söz konusu olacaktır. Bu fıkra hükmü, görüldüğü üzere, bir tür masraf tazminini anlatmaktadır. Ancak çalışma konumuz olan boşuna yapılmış masrafların tazmini ile bu şekildeki tazminatın birbirine karıştırılmaması gerekir. Her ne kadar iki tür masraf tazmininde tazminat isteyen taraflar farklı olsa da, tazminatın konusu bakımından bir yakınlık görülebilir. Ancak esasında BGB §284 anlamındaki masraf tazmini, alacaklının edimin elde edilmesine olan güven doğrultusunda yapmış olduğu ve boşa çıkan masrafları konu olarak almaktadır. Buna karşılık, BGB §347 nin ikinci fıkrası, çok sonraki bir aşama olan sözleşmeden dönme halinde, borçlunun sözleşme konusu şeyi

³⁵⁶ STOPPEL, s.66

³⁵⁷ STOPPEL, s.66

geri vermesi olasılığında bu şeye yaptığı masrafların tazminini ele almaktadır. Bu hüküm bağlamındaki masraflar herhangi bir güven çerçevesinde yapılmış değildir. Her iki masraf tazmini türünün de karşılıklı sözleşmelerde söz konusu olabilmesine rağmen, sözleşmeden dönmeden sonraki masraf tazmininin, BGB §284 anlamındaki masraf tazmininin önüne geçmesi mümkün görülmemelidir³⁵⁸. Bunun sebebi de çalışma konumuz olan boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının sözleşmeden dönmenin gerçekleşmesini şart koşmamasıdır. Öncelikle BGB §284 deki masraf tazminine bakılmalıdır. Sözleşmeden dönme halinde şartlar gerçekleşirse, BGB §347 2. fıkra anlamındaki masraf tazminine başvurulabilir.

c.Masraf Tazmini ve Tazminatın İadesi

BGB §285 1. fıkra hükmüne göre imkânsız hale gelmiş bir edimin alacaklısı, borçlunun esas edim konusunun yerine elde ettiği şeylerin iadesini talep edebilecektir. BGB §285 2. fıkra hükmüne göre ise alacaklının ifa yerine tazminat istemişse, birinci fıkradaki tazminattan yararlanması durumunda, ifa yerine tazminatın değeri kendisine iade edilen tazminat değerinde azalacaktır.

BGB §284 den kaynaklanan masraf tazmini ile BGB §285 uyarınca alacaklıya tanınan tazminatın iadesi talebinin birleştirilmesi yönünde Alman Kanunkoyucusu bir açıklık getirmemiştir³⁵⁹. Ancak masraf tazmininin ifa yerine tazminatın bir alternatifi olduğu düşünüldüğünde, bu iki tazmin talebinin birleştirilmesinde

³⁵⁸ **ELLERS**, Holger, Zu Voraussetzungen und Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß §284 BGB, JURA (Juristische Ausbildung) Heft 3/2006(s.201-208) (**ELLERS**, *Aufwendungsersatz* olarak anılacaktır), s.204; **TIMME**, Michael, Aufwendungen des Käufers und Rücktritt vom Kaufvertrag wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, MDR (Monatschrift für Deutsches Recht) Jahresregister 2005 23/2005 (s.1329-1330), s.1330. Buna karşılık, yeni BGB §284 hükmünün sözleşme harcamalarını düzenleyen eski BGB §467 hükmüne karşılık geldiği, sözleşme harcamalarının da bugün BGB §347 2. fıkra hükmünün uygulama alanına girdiği belirtilerek, BGB §347 2.fıkra hükmünün özel bir hüküm olmadığı da savunulmuştur. Söz konusu görüş için bkz. **ARNOLD**, Arnd/**DÖTSCH**, Wolfgang, Ersatz von Mangelfolgeaufwendungen, BB (Betriebs-Berater) 2003 Heft 43, Heidelberg 2003(s.2250-2253), s.2251; **GSELL**, Beate, Aufwendungsersatz nach §284 BGB, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 3/2006(s.125-127) (**GSELL**, *Aufwendungsersatz* olarak anılacaktır), s.125.

³⁵⁹ **STOPPEL**, s.125-126

herhangi bir sakınca olmadığı anlaşılabilmektedir³⁶⁰. Ancak BGB §285 2. fıkra hükmü kıyasen uygulandığında, alacaklının masraf tazmini talebinin, tazminat iade miktarı ölçüsünde azalacağının gözden kaçırılmaması gerekmektedir³⁶¹.

3.Zamanaşımı

BGB de zamanaşımı ile ilgili hükümler §§194 - 202 arasında öngörülmüştür. Bunlardan çalışma konumuz ile ilgili başta gelen madde §195 tir. Bu madde hükmüne göre kural olarak zamanaşımı süresi üç yıldır. Bu hüküm göz önüne alındığında masraf tazmini talebinin üç yıl içerisinde ileri sürülmesi gerektiği ortaya çıkar.

Zamanaşımı ile ilgili konumuz açısından önem taşıyan bir başka hüküm de zamanaşımı başlangıç ânı ile ilgili §199 1. fıkra hükmüdür. Bu hükme göre kural olarak, zaman aşımı süresi, talebin doğduğu ve alacaklının da talebi oluşturan olguları ve borçlunun kimliğini öğrendiği ya da bunları öğrenmesinin gerektiği yılın son gününde işlemeye başlar. Çalışma konumuz göz önüne alındığında da masraf tazmini için zamanaşımı süresinin başlangıcının da masraf tazmini talebinin oluştuğu zaman olduğunu söylememiz yerinde olacaktır. Masraf tazmini talebinin ifa yerine tazminata alternatif olduğunu düşünürsek, ifa yerine tazminat talebinin oluşmasıyla da BGB §284 deki talep için zamanaşımı süresinin başladığını kabul edebiliriz³⁶². Bununla birlikte satım sözleşmelerine ilişkin BGB §438 ve eser sözleşmelerine ilişkin BGB §634a hükümlerinin zamanaşımı bakımından özel düzenlemeler getirdiğinin de unutulmaması gerekecektir³⁶³.

4.İspat Yüğü

BGB §284 talebine ilişkin ispat yükünün iki taraflı ve kademeli olduğunu söylememiz mümkündür. Genel ilkeler göz önüne alındığında ilk olarak, alacaklının

³⁶⁰ STOPPEL, s.126; FAUST, s.178 N.53

³⁶¹ FAUST, s.178 N.53

³⁶² STAUDINGER/OTTO, §284 N.47.

³⁶³ STAUDINGER/OTTO, §284 N.47.

ispat yükünde olduğunu belirtmek gerekir. Doğal olarak alacaklı, BGB §284 hükmünün tüm şartlarının gerçekleştiğini ispat yükü altındadır³⁶⁴. Alacaklı, masraf yaptığını ve bu masrafların hangi amaçlara yönelik olduğunu ve miktarını belirtmekle yükümlüdür³⁶⁵. Masrafların miktarı konusunda bir usul hükmü olan ZPO §287 hükmü alacaklı için aydınlatıcı olacaktır³⁶⁶.

Alacaklının beyanlarından ve ispat yükünde olduğu olguları açıklamasından sonra, borçlunun masraf tazmini talebine itiraz etmek istemesi halinde, bu sefer ispat yükünün borçlu lehine yer değiştirmesinden söz etmek isabetli olacaktır. Borçlu, öncelikle kendisinin BGB §280 anlamında bir yükümlülük ihlali yapmadığını ve dolayısıyla da BGB §276 anlamında da bir sorumluluğu olmadığını ileri sürebilecektir³⁶⁷. Bunun dışında borçlu, yükümlülük ihlalini kabul etmekle beraber, yükümlülük ihlalinin masrafların boşa çıkmasında bir sebep olmadığını veya yükümlülük ihlali olmadan da BGB §284 anlamında bir boşa çıkmanın zaten oluşacağını beyan edebilir³⁶⁸. Borçlunun beyan ettiği bütün bu olguları ispatlaması gerekecektir. Bunun dışında BGB §284 ün sözüne bakıldığında, borçlu için bir başka sorumluluktan kurtulma yolunun olduğundan da bahsedilebilecektir. Bu bağlamda masrafların amacına, borçlunun yükümlülük ihlali olmaksızın da erişilemeyecek idiyse, borçluya karşı masraf tazmini talebinde bulunulamayacaktır. Doğal olarak, borçlunun böyle bir olasılığı da ispat yükü vardır.

İspat yükü ile ilgili belirtilmesi gereken bir başka önemli nokta da hakkaniyet ölçüsüdür. Esas olarak masrafların hakkaniyete göre yapılıp yapılmadığı konusunda tarafların herhangi bir ispat yükü yoktur; hakkaniyet ölçüsünün kullanılıp kullanılmayacağına veya hangi ölçüde kullanılacağına hâkim karar verecektir³⁶⁹.

³⁶⁴ PALANDT/HEINRICHS, §284 N.9; STAUDINGER/OTTO, §284 N.48.

³⁶⁵ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.41.

³⁶⁶ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.41; STAUDINGER/OTTO, §284 N.48; ZPO §287 hükmüne göre taraflar arasında zararın varlığı veya miktarı konusunda bir uyuşma olmaması halinde mahkeme ilgili tüm durumları serbest bir şekilde değerlendirerek bir hükme varacaktır. Bu hükmün alacaklı için yararlı olduğunu söyleyebiliriz, çünkü bu sayede mahkeme yardımıyla alacaklının uğradığı zarar belirlenmiş olacaktır.

³⁶⁷ STAUDINGER/OTTO, §284 N.49; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.41.

³⁶⁸ STAUDINGER/OTTO, §284 N.49.

³⁶⁹ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.41

Bununla birlikte, esas olarak, hakkaniyet konusunda olumsuz değerlendirmeleri önlemek için alacaklının bir görevi olduğu söylenebilir³⁷⁰. Örneğin, alacaklı edimin ifasıyla ilişkili olmayacak derecede yüksek miktarda masraf yapması halinde, hakkaniyet olgusunun varlığından bahsetmek pek olanaklı olmayacaktır.

³⁷⁰ STAUDINGER/OTTO, §284 N.50: Aslında burada borçlunun da masrafların hakkaniyete uygun yapılmadığı konusunda olgular sunmasının borçlunun bir görevi olduğu yazar tarafından vurgulanmıştır; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.43

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞUNA YAPILMIŞ MASRAFLARIN TAZMİNİ SEÇENEĞİNİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

I.Giriş

Çalışmamızın buraya kadar olan kısmı, Alman Hukukunda kabul edilmiş olan boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının, sözleşmelerde alacaklı konumunda olanlar için avantajlı bir kurum olduğunu göz önüne sermektedir. Alacaklılar için avantajlı olan bu kurumun Türk Hukukunda da yansıması olmasının gerektiği söylenebilecektir.

Çalışmamızın bu bölümünde boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının Türk Hukukunda uygulanabilirliği tartışılacaktır. Bu bağlamda, öncelikle masraf kavramı, bu kavramdan Türk Hukukunda ne anlaşıldığı ve masrafın zarar kavramından farkı üzerinde durulacaktır. Daha sonra çalışma konumuzu oluşturan boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının Türk Hukukunda genel olarak neden kabul edilmediği ve kavramın hukukumuzda kabul edilmesi halinde ne şekilde sınıflandırılabilceği bağlamında açıklamalara yer verilecektir. Esas olarak, Alman Borçlar Hukukunda yeni bir kavram olan “boşuna yapılmış masrafların tazmini” kavramından ne şekilde bir zarar anlaşılacağı hususunda tartışmalar meydana gelmiştir. Bu alt bölüm içinde söz konusu tartışmalara değinilecek ve Türk Hukukunda olumlu – olumsuz zarar ayrımı bağlamında sonuçlara varılmaya çalışılacaktır. Son olarak Türk Hukukunda bu konudaki eksikliklerden yararlanılarak, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının ve dolayısıyla seçeneğinin Türk Hukuku tarafından kabul edilmesi halinde hangi yararları beraberinde getireceğine değinilip, kavramın kabul edilmesi için çözüm yolları teklif edilecektir.

II.Masraf Kavramı ve Masrafın Zarardan Farkı

A.Masraf Kavramı

“Masraf” kelimesinden ne anlaşılması gerektiği, masraf kavramını açıklarken öncelikle cevaplanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkar. Alman Hukukunda “*Aufwendung*” ile; İsviçre Hukukunda ise “*Verwendung*” ile tanımlanan masraf kelimesinin kökeninin harcamak anlamına gelen bir Arapça kelime olan “sarf” tan geldiği söylenebilir³⁷¹. Çeşitli sözlüklerdeki tanımlara göre masraf, herhangi bir konuda veya yapılan bir işte harcanan para veya bir şeyin yapımında veya hazırlanışında kullanılan malzeme anlamına gelir³⁷².

Hukukumuzda “masraf” deyiminden birçok kanunda bahsedilmektedir. Çalışma konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla, Borçlar Kanunumuzda hem genel hükümlerde hem de özel hükümlerde “masraf” kelimesine rastlandığı rahatlıkla söylenebilir. Örneğin BK m.8 deki ilan suretiyle vaade ilişkin hükümde, vaatten vazgeçenin diğer tarafın iyiniyetle yaptığı masrafı ödemeye mecbur olduğu belirtilmektedir. Masrafın bu kanunda geçtiği bir başka yer olan ve adam ölmesi ve cismani zarara ilişkin 45. Madde hükmünde, defin ve tedavi masraflarından bahsedilmektedir. Sebepsiz zenginleşenin iade yükümüne ilişkin bir maddede de masraftan bahsedilmektedir (BK m.64). Bunun dışında, hem borçların ifasına ilişkin BK m.97. maddesinde hem de çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin maddelerde (BK m. 185, 186, 192, 205, 241, 258, 273, 293, 294, 297, 301, 356, 358, 359, 360, 365, 366, 367, 368, 370, 377, 383, 394, 405, 407, 413, 414, 422, 427, 464, 466, 468, 476, 482, 527, 539) masraflarla ilgili hükümlere rastlanmaktadır.

³⁷¹ ÖTÜKEN, Türkçe Sözlük, İstanbul 2007. “Verwendung” kelimesinin Almanca’daki anlamının iki türlü olduğu söylenmelidir: Birinci anlamı masraf iken; diğer anlamı tasarruftur. Bu kelime Alman hukukunda tasarruflar için kullanılırken, İsviçre hukukunda masraflar için “Aufwendung” kelimesi yerine tercih edilmiştir.

³⁷² <http://www.tdk.org.tr> (Çevrimiçi - 04.08.09); AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2006; DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (Eski ve Yeni Harflerle), 17. Baskı, 2000 Ankara.

Masrafin geçtiği tüm madde hükümlerinin hepsinden bahsetmenin gereksiz olduğu göz önüne alınırsa, kavramı borç kaynaklarına göre genel olarak incelemenin daha yararlı olacağı düşünülebilir. Bu yüzden aşağıda üç ayrı borç kaynağı anlamında masraftan ne anlaşıldığı genel olarak incelenecektir.

1.Haksız Fiilde Masraflar

Masrafların Borçlar Kanunumuzda geçtiği yerlerden biri de haksız fiil alanındadır. BK m. 46/I e göre, vücut bütünlüğünün ihlali halinde zararın kapsamına kişinin tamamen veya kısmen çalışamamasından ve ileride mali olarak maruz kalacağı yoksunluktan doğan zarar ile vücut bütünlüğünün ihlalinden kaynaklanan kişinin bütün masrafları girecektir. Burada söz edilen “bütün masraflar” deyiminden öncelikle tedavi masrafları anlaşılacaktır³⁷³. Tedavi masraflarının kapsamına ise genel olarak hastane, doktor, ilaç, ameliyat masrafları girecektir. Ancak bunlardan başka, kişinin tedavi için yaptığı yol harcamaları, hastabakıcı tutulmuşsa bunun için yapılan harcamalar(yapılan ödemeler) de tedavi masraflarının içeriğine dâhil olacaktır³⁷⁴.

Bu noktada masrafların uygunluğunun da denetimi gereklidir. Bir başka deyişle, mahkeme tarafından yapılacak inceleme sonucu, tedavi ile ilgisi olmayan masraflar dikkate alınmayacaktır³⁷⁵. Gereksiz masraflar fiilen yapılmış olsalar da tazmin edilmezler³⁷⁶.

Haksız fiilde masraflar konusunda dikkate alınması gereken bir başka hüküm de BK m. 46/II hükmüdür. Buna göre dava konusunda kararın verilmesi sırasında zararın sonuçlarını tayin etmek mümkün değilse, verilecek hükmün tefhimi tarihinden

³⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s.558; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.603.

³⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.558; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.603.

³⁷⁵ Yargıtay’ın da bir kararında belirttiği üzere vücut bütünlüğüne zarar gelen kişinin devlet hastanesi yerine özel bir hastanede tedavisini yaptırması, masrafların uygunluğu açısından bir sorun teşkil etmeyecektir(Yarg. 4. HD 30.3.1985, 604/2504 – OĞUZMAN/ÖZ, s.559 dn. 257 den naklen). Ayrıca Yargıtay’ın başka bir olayda verdiği karara göre, tedavinin ancak yurt dışında olabilecek olması da uygunsuz masraf olmamalıdır(Yarg. 4. HD 26.5.1986, 3535/4213 – TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.604 dn. 1c den naklen).

³⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.559; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.604

itibaren iki yıl içinde hâkim konuyu inceleme yetkisini koruyacaktır. Bir başka deyişle, hâkim kararını iki yıl içinde değiştirebilecektir. Kararın değiştirilmesi için gereken sebepler, davacı veya davalıdan hangisinin çıkarına uygunsa o taraf mahkemeden talepte bulunmalı ve hâkim de buna göre karar vermelidir³⁷⁷. Buna karşılık, davacı gelecekteki masraflarını talep hakkını saklı tutmuşsa, zamanaşımı süresinin bitimine kadar bu masraflar için dava açabilecektir³⁷⁸.

2.Sebepsiz Zenginleşmede Masraflar

Borçlar hukukunda borcun kaynaklarından biri de sebepsiz zenginleşmedir. BK m. 61 ilâ 66 arasında düzenlenen bu hukuki kurum için, bir edimin ifasıyla oluşan bir zenginleşmenin, geçerli bir sebebe dayanmaksızın başkasının fakirleşmesine yol açması şeklinde bir tanım getirilebilecektir³⁷⁹. Bu tanımdaki zenginleşme ile fakirleşme arasında sebep sonuç ilişkisi bağlamında bir nedensellik (illiyet) bağının bulunması şarttır. Sebepsiz zenginleşmenin çeşitleri için BK m. 61 hükmüne bakmak gerekecektir. Bu hükümde zenginleşmenin geçerli olmayan, gerçekleşmemiş veya sona ermiş bir sebebe dayanması durumlarından bahsedilmiştir. Bu durumlarda sebepsiz zenginleşme sonucu elde edilmiş şeyin iadesinin gerektiği hüküm altına alınmıştır. Burada oluşan iade borcu da BK m. 63/I hükmünde ifade edilmiştir. İade borcunun kapsamı zenginleşen tarafın iyi niyetli veya kötü niyetli olmasına göre değişecektir. İade borcunun kapsamında rol oynayan önemli bir husus da masraflardır.

BK m. 64 hükmünde sebepsiz zenginleşenin iade borcunu yerine getirirken, iade etmesi gereken şeye yaptığı masrafları talep edebileceği belirtilmiştir. Bir kimse, sebepsiz olarak elde ettiği şey için bir takım masraflar yapmış olabilir. Bu masraflar

³⁷⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.618. Hâkim bu talep ile bağlı olacaktır.

³⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.558-559.

³⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.726; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.733 vd. Bu arada ifa dolayısıyla olmayan sebepsiz zenginleşmelerin de var olduğu unutulmamalıdır. Bunlar müdahaleden veya dış etkidenden kaynaklanabileceği gibi, harcamalardan da kaynaklanabilir. Bu tür sebepsiz zenginleşme için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.770 vd.

zorunlu ve yararlı oldukları sürece, fakirleşen taraftan istenebilecektir³⁸⁰. Zorunlu masraflar, malın korunması veya fonksiyonunu sürdürmesi için yapılması şart olan masraflardır³⁸¹. Örneğin sebepsiz zenginleşme konusu şey bir makine ise bunun arızalanması durumunda makineye zenginleşen tarafından yapılan masraf zorunlu masraf sayılacaktır. Bu tür masraflarda zenginleşen tarafın iyi niyetinin bulunup bulunmaması önemli değildir³⁸². Yararlı masraflar ise sebepsiz zenginleşme konusu malın değerini arttıran masraflardır³⁸³. Örneğin sebepsiz zenginleşme konusu şey bir araba ise ve bu arabanın değerini arttırmak için zenginleşen tarafından bir takım aksesuarlar arabaya takılmış ise, yapılan masrafın yararlı olacağı kesindir. Bu tür masraflar açısından kanunda, zenginleşenin iyi niyetli olup olmamasına göre bir ayırım vardır. BK m. 64/2 hükmüne göre, iyi niyetli olmayan zenginleşen, yaptığı yararlı masrafların ancak iade zamanında mevcut olan değer artışı kısmının ödenmesini isteyebilecektir. Bir başka deyişle kötü niyetli zenginleşen, zenginleşmeye konu olan mala yaptığı faydalı masrafı, bu masrafın iade zamanında mevcut olmaması halinde isteyemeyecektir. BK m. 64 hükmünde bir başka belirtilmesi gereken nokta da sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli ve kötü niyetli olduğuna bakılmaksızın zorunlu ve faydalı masraflar dışındaki masrafları isteyememesidir. Bu tür masraflar, genel olarak, lüks masraflar olarak adlandırılır³⁸⁴. Bu masrafların bir değer artışı sağlaması halinde istenmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte BK m. 64 ün son cümle hükmündeki istisnadan bahsetmek gereklidir. Buna göre lüks masraf, mala eklenen bir fazlalık şeklindeyse ve asıl şeye zarar vermeden çıkarılması mümkünse, iade anında masrafın ödenmesi önerilmedikçe fazlalık iade borçlusu tarafından alıkonulabilir. Buradaki alıkoymaya “söküp alma hakkı” denmektedir³⁸⁵.

³⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.753.

³⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.789.

³⁸² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.754; OĞUZMAN/ÖZ, s.789.

³⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, s.789.

³⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.789-790; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.754.

³⁸⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.754; OĞUZMAN/ÖZ, s.790.

3.Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Masraflar

Sözleşmeler yapılırken, bir takım masrafların yapılması son derece olağan bir durumdur. Sözleşmenin tarafları, hem sözleşmenin kurulması hem de yürütülmesi için masraf yapmak zorundadırlar. Örneğin bir taşınmaz satımı sözleşmesinde taraflardan birinin tapu harcamalarını üstlenmemesi durumunda, sözleşmenin ifa edilmesi söz konusu olmayacaktır. Aynı taşınmaz satımı sözleşmesine komisyoncu aracılık etmişse, komisyoncu masrafları doğacaktır. Başka bir şehirde bulunan bir otomobili satın almak isteyen kişi, o şehre gitmek için yol masrafında bulunmak zorunda kalacaktır. Sözleşmenin tarafları, otomobilin alıcının yerinde teslim edilmesini kararlaştırmışlarsa, ulaşım masraflarının karşılanması zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Bir eser sözleşmesinde sözleşmenin yürütülmesi sırasında yüklenicinin eseri bitirmek için yapmak zorunda kaldığı masraflar ortaya çıkabilecektir. Sözleşmeler bağlamındaki masraflara verilecek örnekler bunların dışında çoğaltılabilir.

Borçlar Kanunumuzun bazı hükümlerinde yapılan masrafların kime yükleneceği açıklıkla belirtilmiştir. Örneğin satım sözleşmesine ilişkin BK m.185 hükmünde aksine bir gelenek veya sözleşme bulunmaması durumunda, satım konusu malın ölçme, tartma gibi teslim masraflarının satıcıya, senet yapmak ve satılanı teslim alma masraflarının da alıcıya ait olacağı açıkça ifade edilmiştir. Kira sözleşmesine ilişkin BK m.258 hükmünde kiralanan malın alelâde kullanılması için ıslah masrafının kiracıya, tamir masrafının kiralayana ait olduğu belirtilmiştir. Aynı madde hükmünde bu hususta yerel âdete de başvurulacağı yazılıdır. Eser sözleşmesine ilişkin BK m.356 hükmünde ise aksine bir sözleşme veya gelenek bulunmaması halinde, yüklenicinin eserin yaratılması için gerekli araçlar bağlamında yapılacak masrafları kendisinin karşılamak zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Kanun hükümlerinin açıklığı karşısında, sözleşmenin tarafları arasında masrafları kimin üstleneceği konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıktığı takdirde, mahkemeye başvurulup kanun hükümlerinin uygulanması istenebilir. Bununla birlikte öyle

özellikli borç ilişkileri oluşabilir ki, bu borç ilişkilerinde masrafların kimin tarafından üstleneceği konusunda bir belirsizlik olabilecektir. Böyle bir durumda sözleşmenin yapıldığı yerdeki geleneklere bakılacak ve sorun çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Sonuç olarak, masrafları taraflardan hangisinin üstleneceği sorunun çözümü için MK m.1 den yararlanılabileceği söylenebilir. Buna göre öncelikle kanun hükümlerine başvurulur. Kanun hükmünde bir çözüm bulunamadığı takdirde gelenek hukukunun masrafların kime ait olacağı konusunda kökleşmiş unsurlarına bakılacaktır. Gelenek hukukunda da bir çözüm bulunamazsa, hâkim bu konuda bilimsel görüşlerden ve içtihatlardan yararlanarak gerekli kararı verecektir.

B.Masrafın Zarardan Farkı

Hukuki açıdan bakıldığında masrafın, masraf yapanın iradesiyle meydana gelen, başkası veya bir mal için yapılan harcama olduğunu söyleyebiliriz. Masrafın kişinin olumsuz etkilenmediği, iradi bir malvarlığı azalması olarak da tanımlanması mümkündür³⁸⁶. Bu noktada zararın, irade dışı gerçekleşen ve malvarlığını olumsuz etkileyen bir olgu olduğunu söylemek yerinde olur. Masraf, ancak zararın artmasını önlemek için yapıldığında bir zarar olarak nitelendirilebilir³⁸⁷. Ancak belirli şartların gerçekleşmesiyle ve belirli bir kapsam içerisinde, masraf zarar olarak tazmin edilecektir. Bununla birlikte masrafların belirli bir amaca erişmek için yapılması durumunda, bu amacın gerçekleşmemesi halinde masrafın bir zarar olarak nitelendirileceğini de gözden kaçırmamak gerekir³⁸⁸. Masraf ile zarar arasındaki ayrım her ne kadar keskin olsa da bunun bir istisnasının olduğu da söylenebilir. Buna göre, bir başkasının çıkarı için kendisini veya eşyasını bilinçli olarak tehlikeye atan kişi, tehlikenin gerçekleştiği hal ile bağlantılı masrafları ileri sürebilecektir³⁸⁹.

³⁸⁶ VON TUHR/PETER, §17 I, s.130.

³⁸⁷ SEROZAN, İfa Engelleri, s.201 N.5.

³⁸⁸ Bu husus, temelini boşa çıkma doktrininden almaktadır. Bu doktrin görüşü için bkz. yukarıda s.50 vd.

³⁸⁹ VON TUHR/PETER, §17 III, s.132.

Sözleşmelerde yapılan masrafların zarar olarak karşımıza çıkması, doğal olarak, sözleşmeye aykırılık hallerinde söz konusu olur. Özellikle olumsuz zararın hesaplanmasında masrafların önemli bir yerinin olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Olumsuz zarar, bir borç ilişkisinde bir tarafın karşı tarafta hüküm ifade etmeyen bir ilişkinin hüküm ifade ettiğine yönelik yarattığı güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan zarardır. Sözleşmenin hüküm ifade etmemesi üzerine bu sözleşme dolayısıyla yapılan masrafların amacına ulaşamadığı açıktır. Bu noktada olumsuz zarar kavramının masraflar bağlamında ayrıntılarına girmenin doğru olacağı kanaatindeyiz³⁹⁰.

Olumsuz zarar kavramına giren masraflardan birincisi, sözleşme kurma masraflarıdır. Örneğin bir satım sözleşmesinin kurulması için satıcıya telefon eden alıcının yaptığı telefon veya satıcının farklı bir şehirde olması halinde o şehre gitmek için yapılan seyahat masrafları, sözleşmenin kurulması için yapılan masraflara örnek gösterilebilir. Sözleşmenin diğer tarafınca sözleşmeye uyulmaması halinde bu masrafların amacına ulaşılammış olacaktır. Sözleşmenin kurulması için masraf yapan taraf, karşı tarafın yarattığı güven içerisinde bu masrafları yapmış ve bu yüzden zarar görmüştür. Zarar gören tarafın sözleşme görüşmeleri hiç yapılmıyaydı içinde bulunacağı duruma getirilmesi ve bu sayede masrafları yapmasıyla oluşan zararının tazmini gerekecektir³⁹¹.

Olumsuz zararın masraflar bağlamındaki görünümünden biri de sözleşmenin ifası için yapılan masraflardır. Karşı tarafın ifasına güvenen sözleşme tarafı, kendi edimini yerine getirmek için bir takım harcamalar yapmış olabilir. Örneğin yurt dışından bir mal alan alıcı, mal kendisine gönderilmeden gümrük, depo gibi harcamalar yapmış olabilir. Malın kendisine gönderilmemesi üzerine masraflar oranında bir zarara uğrayacağı kaçınılmazdır. Sözleşmedeki karşı tarafın ifasının gerçekleşmesine

³⁹⁰ Bu noktadan sonra bahsedilecek olan masrafların aynı zamanda olumlu zarar olarak da öngörülebileceği gözden kaçırılmamalıdır(ERGÜNE, s.61).

³⁹¹ ERGÜNE, s.290.

güvenen alıcı, sözleşmenin hükümsüz kalması, dolayısıyla ifanın gerçekleşmemesi sonucu masraflar bağlamında zarara uğramıştır³⁹².

III.Boşuna Yapılmış Masraf Kavramı ve Bu Kavramın Sınıflandırılması

A.Boşuna Yapılmış Masraf Kavramı

BGB §284 hükmünde ifade edilen boşuna yapılmış masraf kavramının, Türk Hukukunda uygulamasının olmadığı öncelikle belirtilmesi gerekmektedir³⁹³. Bir başka deyişle, boşuna yapılmış masrafların tazmini Türk Hukukunda mümkün değildir. Bu durumun sebeplerinin birden çok olduğu söylenebilir. Bu bağlamda boşuna yapılmış masrafların tazminine konu olan masraflar ile Türk Hukukunda tazmin edilebilir masraflar arasındaki farkların ortaya konması yararlı olur.

Öncelikle, Türk Hukukunda tazmin edilecek masraflar, sadece olumsuz zarar kapsamında istenebilecek masraflardır. Sözleşmenin hükümsüz kalması üzerine, bu tür masrafların tazmini talep edilebilecektir. Buna karşılık boşuna yapılmış masrafların tazmininde sözleşmenin hükümsüz kalması söz konusu değildir; bunun yerine ifa edilmeme veya gereği gibi ifa etmeme hallerinde yapılan masrafların tazmini gündeme gelecektir. Üstelik bu tazmin olanağı, BGB §284 hükmünde açıkça ifade edildiği gibi, ifa etmeme tazminatının bir alternatifi olarak alacaklıya sunulmuştur. İfa edilmeme veya gereği gibi ifa etmeme hallerinde yapılan masrafların tazmini, Türk Hukukunda söz konusu olmayacaktır, çünkü bu tür masraflar nasıl olsa yapılacaktır. Dolayısıyla masrafları yapan taraf, söz konusu

³⁹² ERGÜNE, s.291.

³⁹³ Kavramın uygulamasının olmamasına rağmen, doktrinde kimi yazarlar tarafından kabul edilen boşa çıkma görüşü ve normatif zarar görüşü çerçevesinde boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının da kabul edilebileceği görülmektedir. Bu yöndeki görüşler için bkz. SEROZAN, Tendenzen, s.472 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548(özellikle s.549 dn.5) vd.; KARAKAŞ, s.154. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının açıkça kabul edilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. SEROZAN, İfa Engelleri, s.203 N.5.

hallerde masraflardan doğabilecek zararları üstlenmiş sayılacaktır; karşı tarafa bu bağlamda bir sorumluluk yüklenemeyecektir.

Olumsuz zarar kapsamında ele alınacak masraflar ile sözleşmenin hükümsüz kalması arasında bir nedensellik bağının varlığından söz edilebilir. Çünkü sözleşmenin hüküm ifade edeceğine olan güven ile masraflar yapılmıştır. Hükümsüzlük gerçekleştiği zaman, masrafların güvenin boşa çıkmasından dolayı bir zarar olarak ele alınması söz konusu olacaktır. Oysa boşuna yapılmış masrafların tazmin olanağında, yapılan masraflar ile sözleşmeye aykırılık oluşturan durum arasında bir nedensellik bağı söz konusu değildir. Tazminat hukukunda çoğunlukla kabul edilen fark teorisi göz önüne alındığında, nedensellik bağının eksikliğinden dolayı boşuna yapılmış masrafların tazmini olanağının kabul edilmemesi gerekecektir. Buna rağmen, Alman Hukukunda önceleri uygulamada verimlilik karinesi yoluyla kabul edilen bu tazminat türü, daha sonra hakkında bir hüküm konularak yasal çerçeveye sokulmuştur.

BGB §284 hükmünün yürürlükte olmadığı 2002 yılından önceki Alman Hukukunda, boşuna yapılmış masrafların tazmininin sadece verimlilik karinesi ile mümkün olduğu, bu karine kapsamında da sadece kazanç odaklı masrafların tazminine izin verildiği çalışmamızın daha önceki bölümlerinde belirtilmişti. 2002 yılından sonra yürürlüğe giren hüküm ile, artık kazanç dışındaki amaçlara hizmet eden masrafların da boşuna yapılmış olmaları halinde tazminine izin verilmiştir. Türk Hukuku anlamında boşuna yapılmış masrafların tazmini olmadığı gibi, masrafların amacının kazanç odaklı olup olmadığına da bakılmamaktadır. Örneğin bir tatil olanağından yoksun kalmada, tatil keyfinden tam olarak yararlanmak için yapılmış, ancak daha sonra sözleşmeye aykırılık sonucu yararsız hale gelmiş masraflardan dolayı oluşan zarar için Türk Hukukunda masraf tazmini söz konusu olmayacak; bu tür zarar ancak manevi tazminat istemine konu olabilecektir³⁹⁴.

³⁹⁴ Tatil olanağından tam olarak yararlanamama ile ilgili Yargıtay Kararları: Yarg. 11. HD E. 2004/8899 K. 2005/6840 T. 28.06.2005; Yarg. HGK E. 2006/11-452 K. 2006/481 T. 28.06.2006; Yarg. 11. HD E. 2004/109 K. 2004/9292 T. 4.10.2004. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi 22.12.2009).

Boşuna yapılmış masrafların, Türk Hukukunda kabul edilen masraf kavramından ayırt edici özelliklerinden biri de yoruma son derece açık olabilmesidir. Örneğin kişinin satın aldığı resmi evine yerleştirmek için yaptığı masraflar öyle bir değerde olabilir ki, resmin değerini aşabilir; buna karşılık boşuna yapılmış masrafların tazmininde esas alınabilir. Oysa olumsuz zarar kapsamında değerlendirilebilecek masraflar sözleşmenin kurulması veya yürütülmesi için yapılan masraflardır. Bu tür masrafların, objektif bakış açısıyla olağan olarak görülebileceği söylenebilir. Boşuna yapılmış masrafların tazminine konu olan masraflar ise masrafı yapanın özel ihtiyaçlarına göre şekillenebilir niteliktedir. Bu tür ihtiyaçlarla yapılan masrafların tazmin edilebilir olup olmadığı, yapılan değerlendirmelerle anlaşılabilecektir.

Sonuç olarak, boşuna yapılmış olduğu anlaşılan masraflar ile Türk Hukukunda kabul edilen masraf kavramaları arasında temel yönlerden büyük farklar olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bununla birlikte bu farklılığın boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramını hukukumuzdan uzak tutma için bir sebep olmadığı kanaatindeyiz. Bir sözleşme ilişkisindeki alacaklı için kolaylık getiren ve Alman Hukukunda uzun yıllardan beri uygulamada yer almış ve daha sonra kanunlaşmış bir kavramı, hukukumuzda da kabul etmenin yararlı olacağı inancındayız. Bu bağlamda boşuna yapılmış masrafların tazmini için hukukumuzdaki kavramlar bağlamında bir sınıflandırma yapmak, kavramın kabul görmesi için ilk adım olarak işe yarayabilecektir.

B.Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Kavramının Sınıflandırılması

1.Olumlu Zarar Kavramıyla Olan İlişki

Olumlu zarar, alacaklının borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zarardır. Bu tanımdaki hususları, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramına uyarlarsak, benzerlikler olduğunu saptamamız zor olmayacaktır. Alman

doktrinde de bir kısım yazarlar tarafından boşuna yapılmış masrafların tazmininin alacaklının olumlu çıkarına hizmet ettiği ifade edilmiştir³⁹⁵.

Öncelikle BGB §284 bağlamındaki boşuna yapılmış masraflar şeklinde ortaya çıkan zarar da alacaklının ifa çıkarında meydana gelen rahatsızlık olarak görülebilir, çünkü borç, yükümlülük ihlali sebebiyle ifa edilmemiştir. Alacaklı ifaya güvenerek bir takım masraflar yapmış, ancak ifanın gerçekleşmemesi (ya da kötü ifa) yüzünden bir zarara uğramıştır. Olumlu zararda esas alınacak değer, alacaklının malvarlığının borcun ifası faraziyesinde alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde olduğu durum arasındaki fark olduğu göz önüne alındığında da, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin olumlu zarar olarak nitelendirilmesi mümkün olabilecektir³⁹⁶.

BGB §284 hükmünün açık sözüne göre, boşuna yapılmış masrafların tazmini, ifa yerine tazminata alternatif olarak istenecektir. Hükmün bu sözünden de anlaşılan, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin geniş anlamda olumlu ifa çıkarının tazmini yerine istenebileceği olgusudur³⁹⁷. Bu olgudan hareketle de boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının olumlu zarar tazminatının özel bir seçeneği olduğu söylenebilir.

BGB §284 ün en önemli unsurlarından biri olan edimin elde edilmesine olan güven göz önüne alındığında, bu hüküm bağlamındaki masraf tazmininin olumlu zarar kapsamına girebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, Alman Hukukundaki genel kanı, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmesi yönündedir³⁹⁸.

³⁹⁵ SCHWARZE, s.288 N.28; GSELL, s.334-337.

³⁹⁶ Bununla beraber, masrafların ticari bir amacının olmadığı ihtimalinde, masraflar bağlamında sözleşmenin düzgün ifası halinde alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumu belirlemek kolay olmayacaktır. Bir başka deyişle, masrafların boşa gitmemesi halinde malvarlığının olası durumunu saptamak kolay olmayacaktır(BUNZEL, s. 74).

³⁹⁷ SEROZAN, İfa Engelleri, s.203 N.5.

³⁹⁸ BGB §284 deki tazminatın olumsuz zarar kapsamında olduğu Almanya'daki Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası görüşmelerinde sıklıkla ifade edilmiş ve çoğunlukla da kabul edilmiştir(BUNZEL, s.72). Bununla beraber güven çıkarının olmadığı yönünde bir takım görüşler de ortaya atılmıştır(Bu görüşlerden biri için bkz. GSELL, s.334-337).

Bütün bu değerlendirmelere rağmen, kanaatimizce, boşuna yapılmış masrafların, olumlu zarar olarak sınıflandırılmasından bahsedilemeyecektir. Bu yargının sebepleri çeşitlidir.

Ayrıca, olumlu zararın görünüş biçimlerinden biri olan fiili zarar kavramı dikkate alındığında, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının olumlu zarar kavramı içinde değerlendirilmesine şüphle ile bakılabilir, çünkü fiili zarar bir sözleşme ilişkisinde borca aykırılık sebebiyle alacaklının malvarlığının azalması olarak ifade edilir. Masrafların yapılmış olması ve bunların borçlunun yükümlölük ihlali sonucu boşla çıkmış olması ile alacaklının malvarlığında bir azalma oluşması arasında bir nedensellik bağının olduğunu söylemek güçtür. Masrafların sözleşmeye aykırılık gerçekleşmeseydi bile yapılacak olması bu yargının gerekçesi sayılabilir. Bu yüzden boşuna yapılmış masrafların tazmini, fiili bir zarar olarak öngöremeyecektir.

Olumlu zararın görünüş biçimlerinden biri de yoksun kalınan kârdır. Malvarlığının çoğalma olanağının kaybı şeklindeki bu tür zarar, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin içine giremeyecektir. Çünkü yoksun kalınan kâr, bir masraf olarak değerlendirilemez. Zaten BGB §284 ün gerekçesinde yoksun kalınan kârın kesinlikle boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı içinde değerlendirilmeyeceği açık olarak ifade edilmiştir³⁹⁹.

Bu noktada başka bir husustan bahsetmenin de gerekli olduğunu düşünöyoruz. Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı oluşan olumlu zararın kapsamı içine, fiili zarar olarak, masraflar da girecektir. Bu tür masraflara örnek olarak sözleşmenin kurulması için yapılan noter, harç masrafları gösterilebilir. Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden alacaklı, bu masraf kalemlerinin miktarı oranında fiili bir zarara uğramıştır. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı açısından değerlendirirsek, bu tür masrafların bu kavramın kapsamına girmediğini söylemek yanlış olmaz. Çünkü BGB §284 e göre boşuna

³⁹⁹ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

yapılmış masraflar, sözleşmenin ifa edileceğine olan güven ile yapılan ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle amacını kaybetmiş, bir başka deyimle, boşa çıkmış masraflardır. Noter masrafı gibi sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi bile, yapılacak olan masraflardır⁴⁰⁰. Bu tür masraflar, sözleşmenin ifa edileceğine olan güven ile yapılmış değildir, alacaklı tarafından yüklenilmiş bir karşı edim değerinde kabul edilecektir. Karşı edimin de BGB §284 kapsamında bir masraf olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin bir otomobil satımında alıcı teslimine güvenerek, satın alacağı son derece büyük bir otomobilin ölçülerine uygun bir garaj yaptırması zorunlu değildir. BGB §284 hükmüne göre bu tür masrafın tazmini mümkün iken, Türk Hukukunda bu tür masrafı olumlu zarar kategorisine sokmak mümkün olmayacaktır.

2.Olumsuz Zarar Kavramıyla Olan İlişki

Olumsuz zarar, sözleşmenin geçerli olacağına olan güvenden ve bu güvenin boşa çıkmasından kaynaklanan zarardır. Boşuna yapılmış masrafların tazmininde ise ifanın yapılacağına olan güvenin sarsılması sonucu alacaklının masrafları oranında bir zarara uğraması söz konusudur. Bu iki tanımdan, boşuna yapılmış masrafların tazmininin olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmeyeceği, iki kavram arasında bir ilişkinin kurulamayacağı söylenebilir. Ancak bu yargının tersini savunmak için de bir takım görüşler ileri sürülmüştür.

Alman Hukukunda yeni bir kavram olarak sayılabilecek “boşuna yapılmış masrafların tazmini”nden ne şekilde bir zarar anlaşılacağı yönündeki tartışmalarda, ağırlıklı görüşlerden biri de bu kavramın olumsuz zarardan doğan sorumluluğu ifade ettiği yönündedir⁴⁰¹. Bu yöndeki görüşlerden birinde, olumsuz zararın tazmininde alacaklının sözleşmenin geçerliliğine olan güveni olmasaydı içinde bulunacağı duruma getirilmesi gerektiğinden hareket edilerek, aynı durumun masraf yapan

⁴⁰⁰ SEROZAN, İfa Engelleri, s.203 N.5.

⁴⁰¹ ZIMMER, Daniel, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW(Neue Juristische Woche) 2002 Heft 1 (s.1 vd.), s.10; LORENZ/RIEHM, s. 115 N.226; UNHOLTZ, s.54; EHMANN/SUTSCHET, s.121; ACKERMANN, s.401.

alacaklı için de geçerli olacağı, çünkü onun da edime yatırım yapmamış olması halinde içinde bulunacağı duruma getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰². Boşuna yapılmış masrafların tazmininde olumsuz zararın tazmininin söz konusu olduğunu ileri süren bir başka görüş de, BGB §325 hükmünde ifade edilen karşılıklı sözleşmelerde sözleşmeden dönmenin, tazminatın istenebilmesine engel olmamasından, dolayısıyla da masraf tazmininin sözleşmeden dönme ile birlikte talep edilebilmesinden hareket etmiştir. Söz konusu görüşe göre, bu yargıdan çıkacak sonuç, masraf tazmininin bir olumsuz zararın tazmini çeşidi olduğudur, çünkü sözleşmeden dönme sonucunda istenebilecek zarar tazmini, olumsuz çıkarın telafi edilmesine yönelik olacaktır⁴⁰³.

Bütün bu değerlendirmelere rağmen, kanaatimizce, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramını olumsuz zarar kavramı ile de bağdaştırmaya şüphe ile yaklaşılmalıdır. Bu kanaatimizi de çeşitli gerekçelere dayandırabiliriz.

İlk olarak olumsuz zarar kavramı, sözleşmenin hüküm ifade edileceğine olan güvenden kaynaklanan ve sözleşmenin hükümsüz kalması üzerine uğranılan bir zarar söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Ayrıca olumsuz zarar, sözleşme hiç oluşmasaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramında ise, öncelikle, sözleşmenin hükümsüz kalması söz konusu değildir. Burada, hiç ifa etmeme ya da kötü ifadan kaynaklanan bir zarar söz konusu olacaktır. Bir başka deyişle, hiç ifa etmeme veya kötü ifa yüzünden alacaklının masrafları boşa çıkmış ve bu boşa çıkma oranında alacaklı zarara uğramıştır. Boşuna yapılmış masrafların tazmininin söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin hükümsüz kaldığından bahsedilemez. Burada bir sözleşmeye aykırılık vardır; sözleşme taraflar arasında hükmünü sürdürmektedir⁴⁰⁴. Alacaklı, olumsuz zararda olduğu gibi, sözleşme

⁴⁰² UNHOLTZ, s.41.

⁴⁰³ **DEDEK**, Helge, Negative Haftung aus Vertrag, Tübingen 2007, s.255. Yazar, aslında boşa çıkma doktrininde de olumsuz çıkarın tazmininin söz konusu olduğunu belirtmektedir, çünkü yazara göre boşa çıkma doktrini ile olumsuz çıkarın tazmini, aynı sorunun çözümü için sadece farklı iki yoldur(DEDEK, s.270).

⁴⁰⁴ Sözleşmenin hükmünü sürdüreceği, esasen, BGB §284 hükmünden anlaşılır. Çünkü boşuna yapılmış masrafların tazmini, ifa yerine tazminatın “yerine” istenecektir. Bu yüzden taraflar arasındaki sözleşmenin hükümsüz olmasından bahsedilemez(ERGÜNE, s.320).

ilişkinde hiç girmemiş gibi bir konuma getirilmeyecektir⁴⁰⁵. Sözleşmeye aykırılık sebebiyle bir tazminat talebi olarak öngörülebiyecek bu seçenek, olumsuz zarar kavramı içine sokulamaz.

Olumsuz zararın kapsamında yer alan kalemlerden biri de “kaçırılmış kazanç”tır. Kaçırılmış kazanç kavramı BGB §284 gerekçesinde de açık olarak ifade edildiği üzere⁴⁰⁶, bilinçli olarak, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı dışında bırakılmıştır. Esasında bu hariç tutmanın, BGB §284 deki tazminatın olumsuz zarar olarak nitelendirilmesine aykırı olduğu söylenemeyecektir, çünkü kaçırılmış kazanç olumsuz zarar kalemlerinden sadece biridir⁴⁰⁷. Bununla birlikte, BGB §284 gerekçesinde, kaçırılmış kazancın boşuna yapılmış masrafların tazmini kapsamına dâhil olmamasının sebebi olarak, bu halde genel bir tazminat sorununun söz konusu olmadığı; yalnızca bir masraf tazmini sorununun söz konusu olduğu belirtilmiştir⁴⁰⁸. Kanaatimizce, gerekçede ifade edilmek istenen, boşuna yapılmış masrafların tazmini kapsamının genişlemesinin önüne geçilmesidir. Düzgün ifaya olan güven boşa çıkmakla beraber, BGB §284 bağlamındaki zararın ölçüsü, yalnızca sonradan boşa çıkan güven sebebiyle alacaklı tarafından yapılan masraflar oranındadır⁴⁰⁹. Bu ölçünün genişletilmesi, normun koruma amacına aykırılık yaratabilecektir⁴¹⁰.

3. Normatif Zarar Kavramıyla Olan İlişki

Boşuna yapılmış masrafların tazminini sınıflandırırken, bu tazmin seçeneğinin doktrinde tartışmalara sebep olan normatif zarar kavramı ile olan ilişkisini de gözden geçirmeyi gerekli görmekteyiz. Ancak bu iki kavram arasındaki ilişki konusunda açıklamalara geçmeden önce, boşuna yapılmış masrafların tazmininin olumlu ya da olumsuz zarar kapsamına sokulmaması gerektiği ve bu seçeneğin kendine özgü bir talep temeli yarattığı yolundaki görüşe de değinmeyi uygun görüyoruz.

⁴⁰⁵ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.6.

⁴⁰⁶ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

⁴⁰⁷ ERGÜNE, s.320.

⁴⁰⁸ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

⁴⁰⁹ STAUDINGER/OTTO, §284 N.10.

⁴¹⁰ Normun koruma amacı hakkında açıklamalar için bkz. aşağıda s.149 vd.

Alman doktrinde hâkim olan fikre göre⁴¹¹, boşuna yapılmış masrafların tazmininin ne olumlu ne de olumsuz zarara uygun olduğu söylenebilecektir. Bu yargının sebeplerinin bu görüşü savunan yazarlara göre çeşitli olduğu söylenebilmekle birlikte, görüşün ortak noktasının aslında BGB §284 Gerekçesinde ifade edilen bir hususa dayandığı belirtilebilir. BGB §284 Gerekçesinde, boşuna yapılmış masrafların tazmininde bir tazminat hukuku sorunu olmadığı; masraf tazmini sorunu olduğu vurgulanmıştır⁴¹². Bu ifadeden çıkan sonuç, kanaatimizce, masraf tazmininin diğer tazminat türleri içine genel olarak girmeyeceğidir. Özel bir tazminat şekli olarak öngörüldüğü anlaşılan boşuna yapılmış masrafların tazmini, hiç ya da kötü ifa halinde söz konusu olacaktır; dolayısıyla bu kavram özel bir nitelik arz etmektedir. Zaten BGB §284 hükmünde açıkça ifade edilen “ifa yerine tazminatın *yerine...*” ifadesi bu tazmin şeklinin özel bir seçenek olduğunu gözler önüne sermektedir⁴¹³. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının olumlu ve olumsuz zarar kalıplarına sokulamayacağını savunan görüş, buna gerekçe olarak talep kapsamının olumlu çıkarla sınırlı olmayacağını⁴¹⁴ veya bütün olumsuz zararların kapsam altına alınmadığını⁴¹⁵ ifade etmişlerdir. Bu ifade de bize olumlu ve olumsuz zarardan bağımsız bir talebin söz konusu olduğunu göstermektedir.

Görüldüğü üzere, Alman doktrinde çoğunlukla benimsenen görüş, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının herhangi bir zarar sınıflandırılmasına giremeyeceği, kendine özgü bir talep temelini olduğu yönündedir. Bu yargı kanaatimizce doğru olmakla beraber, bu görüşe eklenmesi gereken bir takım noktaların olduğunu düşünüyoruz.

⁴¹¹ STAUDINGER/OTTO, §284 N.10; MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.6; STOPPEL, s.26; FAUST, s.158 N.2; WEITEMEYER, s.282; REIM, s.3663; ELLERS, s.123 vd.

⁴¹² Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

⁴¹³ REIM, s.3663: Yazar, burada ayrıca BGB §284 hükmünün başta gelen şartının ifa yerine tazminat talebinin oluşması olduğundan hareket ederek, boşuna yapılmış masraflarının tazmininin özellik arz ettiğini vurgulamıştır.

⁴¹⁴ STAUDINGER/OTTO, §284 N.44

⁴¹⁵ MÜNCHENER/ERNST, §284 N.6.

Eklenmesi gerektiğini düşündüğümüz noktaların başında, zarar kavramına ilişkin yeni bir görüş olarak nitelendirilebilecek “normatif zarar” kavramı gelecektir. Bu görüş savunucularına göre normatif zararın görünüş biçimlerinden biri de, Türk – İsviçre Hukukunda anlaşılan zarar kavramından farklı olarak, bir nesnenin kullanım değerinde ortaya çıkan zarardır. Normatif zarar görüşünün bu değerlendirmesini, boşuna yapılmış masrafların tazmini sorununa uygularsak, aynı sonuçlara varmamız mümkün olacaktır. Borçlunun edimini düzgün ifa etmemesi yüzünden masrafları oranında zarara uğrayan alacaklı, elde edeceğine güvendiği edimi, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sonucu kullanamayacaktır. Örneğin alacaklı, satın alacağı geniş ölçülerde bir araç için evinde özel bir garaj yaptırmış olabilir. Araç satıcısının(borçlunun) sözleşmeye aykırılığı nedeniyle, evinde yaptırdığı garaj masrafları oranında zarara uğradığı açıktır. Böyle bir durumda alacaklı, hem aracını hem de garajını kullanamayacaktır. Bütün bu veriler ışığında, alacaklının yapmış olduğu masrafların boşa gitmesi sonucu, kullanma değerlerinde bir zarar meydana geldiğinden, bir normatif zararın oluştuğunu söylemenin yanlış olmadığı kanaatindeyiz.

Normatif zararın görünüş biçimlerinden biri de herhangi bir tatil olanağından yoksun kalmadır. Alman Hukukunda bu husus BGB §651f hükmü ile çözüme kavuşturulmuştur. Bu madde hükmüne göre, tatil akamete uğrarsa veya yapılan tatilden önemli ölçüde olumsuz olarak etkilenilirse tatil yapan kişi, yararsız geçmiş tatil zamanı için nakit olarak bir tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu noktada fark teorisine dayanmayan normatif zararın bir şeklinin Alman Hukuku tarafından kabul edilip kanun hükmü haline getirildiği kolaylıkla görülebilir. Tatil yapan kişinin istediği gibi bir tatil yapamaması karşısında BGB §651f hükmüne göre oluşan tazminat talebinin içine rahatlıkla boşuna yapılmış masrafların tazmini girebilecektir. Çünkü kişinin tatil amacıyla bir takım masraflar yapması doğaldır. Tatilin akamete uğraması veya olumsuz bir biçimde etkilenmesi yüzünden kişinin yaptığı bu masrafların boşa gitmiş olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu durumda kişi, tatili organize eden şirketten yaptığı masrafların tazminini talep edebilecektir. Burada da BGB §284 e uygun bir durum olduğu söylenebilir. Çünkü kişi, uğradığı zarar

karşılığı ifa yerine tazminat isteyebileceği gibi, bu tür tazminata alternatif olarak, yaptığı masrafların tazminini de isteyebilmelidir. BGB §284 ün ruhuna, bu çözümün uygun olduğu görüşünderiz.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı ile normatif zarar kavramı arasında sıkı bir ilişki olduğu yolundaki görüşümüze bir başka gerekçe olarak da normatif zararın bir biçimi olarak değerlendirilebilecek “boşa çıkma doktrini” gösterebiliriz. Alman Hukukunda genellikle reddedilen⁴¹⁶ “boşa çıkma doktrini”, kanaatimizce, boşuna yapılmış masrafların tazmini ile son derece yakından ilişkilidir. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının fikir temeli, boşa çıkma doktrindir, çünkü bu görüş, kişinin masraflarının haksız fiil sonucu yararsız hale gelmesini temel almıştır. Her ne kadar BGB §284 hükmü bağlamında boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı sözleşmelerle ilişkili olsa da, daha sonra ortaya çıkacak olan verimlilik karinesine de temel teşkil etmektedir⁴¹⁷. Söz konusu görüşün kabul edilmemesi gerektiği savunulurken genellikle vurgu yapılan, zarar oluşturan olay ile masraflar arasında nedensellik bağının eksik olduğu ifadesinin, tam anlamıyla doğru olduğunun kabul edilmemesi gerekir. Bunun sebebi, arada bir nedensellik bağının dolaylı olarak da olsa bulunduğudır. Zarar oluşturan olay, bir başka deyimle, sorumluluk doğurucu unsur, masrafların boşa çıkmasına yol açmıştır, çünkü bu unsur olmasaydı masraflar amacına ulaşmış olacaktı. Üstelik söz konusu unsurun varlığı, masraflar yoluyla bir denkleştirmenin oluşmasına engel olmuştur⁴¹⁸. Boşa çıkma doktrininin eleştirildiği bir başka yön de masrafların tayininde yaşanabilecek güçlük ve her türlü masrafın dikkate alınması halinde ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı durumdur⁴¹⁹. Örneğin, normal şartlarda bir otobüsle gideceği bir konsere taksiyle gitmiş kişinin, konserin iptal edilmesi üzerine taksi harcamalarını konseri düzenleyen şirketten talep etmesi hakkaniyete aykırı bir durum oluşturabilecektir. Bununla

⁴¹⁶ ELLERS, s.49 vd.

⁴¹⁷ Bu konuda boşa çıkma doktrininin verimlilik karinesiyle hiçbir ilgisi bulunmadığı yolundaki görüşe(LANGE/SCHIEMANN, s.258) katılmıyoruz. Masraf tazmininin ilk olarak ortaya atıldığı bu görüşü yok saymanın doğru olmadığını düşünüyoruz. Verimlilik karinesi de masraf tazmini ile ilgilidir ve kronolojik olarak boşa çıkma doktrininden sonra gelmektedir. Ayrıca verimlilik karinesi ile boşa çıkma doktrini arasında vardıkları sonuç açısından bir fark olmadığı yolunda görüş için bkz. UNHOLTZ, s.117.

⁴¹⁸ ELLERS, s.50; TOLK, s.53.

⁴¹⁹ ELLERS, s.50; LANGE/SCHIEMANN, s.257.

birlikte boşa çıkma doktrininin savunucularının bile bu konuda bir sınırlamaya karşı çıkmadıkları anlaşılmaktadır⁴²⁰. Bu durumda somut olayın özelliğine göre yapılacak bir sınırlama ile boşa çıkma doktrininin öngördüğü masraf tazmininin hakkaniyete aykırı bir şekilde genişlemesi engellenebilecektir. Ayrıca tazminat yükümünün aşırı şekilde genişlemesinin, ancak sorumluluk hukukunun çok gelişmesi halinde bir tehlike olacağı, bunun da boşa çıkma düşüncesinin özel bir sorunu olmayacağı yönündeki doktrinde ifade edilen görüşe⁴²¹ de katılıyoruz.

Yukarıdaki değerlendirmelerin dışında söylenmesi gereken bir başka nokta da BGB §284 hükmü ile yürürlüğe girmiş boşuna yapılmış masrafların tazmininin özel bir tazminat şekli olduğudur. Bunun sebebi maddi amaçlarla yapılan masrafların yanı sıra manevi amaçlarla yapılan masraflarda da bu hükmün uygulama alanı bulmasıdır. BGB §284 hükmünün gerekçesinde masrafların ideal, tüketime yönelik veya spekülative amaçlarla yapılması halinde de boşuna yapılmış masrafların tazminine izin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴²². Esasında bu tazminatı, manevi tazminatın uzanmış bir kolu olarak görmek mümkündür. Bu hususta bir başka bakış açısı da bu tür tazminatın gerçek bir tazminat olmadığı yönündedir⁴²³. Bu görüşe katılmıyoruz. Masrafların maddi amaçlar dışındaki amaçlarla yapılmış olması halinde bile, masrafların bir para karşılığı olduğundan cihetle, zararın boşuna yapılmış masrafların tazmini yoluyla bir değerinin ortaya çıkması mümkün olabilecektir⁴²⁴. Bu yüzden de gerçek bir tazminat olmadığından bahsedilmemelidir.

4.Ara Sonuç

Önceki alt bölümde yapılan açıklamalar dikkate alındığında, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramını geleneksel tazminat kalıplarına sığdırmanın pek de olanaklı olmadığı anlaşılabilecektir. Geleneksel tazminat olarak değerlendirilebilecek olumlu veya olumsuz zarar kavramları içine boşuna yapılmış masrafların tazmininin

⁴²⁰ ELLERS, s.50; LANGE/SCHIEMANN, s.257; TOLK, s.54-55.

⁴²¹ SCHMIDT, s.424.

⁴²² Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

⁴²³ LANGE/SCHIEMANN, s.258.

⁴²⁴ MÜNCHENER/ERNST II, §284 N.7.

tam olarak girmesi olanaksızdır, çünkü boşuna yapılmış masraf tazmini kavramı içinde sözleşmeye olan güvenden kaynaklanan zarar olduğu gibi, sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı oluşan zarar da vardır. Üstelik olumsuz zararda sözleşmenin hüküm ifa edileceğine olan güven ve hüküm ifade etmemeden dolayı oluşan zarar söz konusu olurken, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramında sözleşmenin hükümsüz kalması bir unsur olarak aranmaz. Dahası, olumlu zararın kapsamı içine yoksun kalınan kâr giriyorken, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinde yoksun kalınan kârdan dolayı bir tazminat kesin olarak reddedilmiştir. Olumlu zararda masraflar, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi bile yapılacakken, boşuna yapılmış masrafların tazmini kapsamındaki masraflarda sözleşmenin ifa edileceğine olan güven doğrultusunda yapılan ve hiç ya da gereği gibi ifa edilmemeden dolayı amacını kaybetmiş olanlar söz konusudur. Bütün bu nedenlerden dolayı, çalışmamız bağlamında olumlu – olumsuz zarar ayrımının bir yarar ifade etmeyeceği görüşündeyiz.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramını, normatif zarar kapsamında değerlendirmek gerekir. Normatif zararın, fark teorisine göre yapılacak zarar hesaplamasından farklı olarak, hakkaniyet gereği olduğu fikri, bu kavrama tam olarak uymaktadır. Alacaklının sözleşmenin ifa edileceğine olan güveni yüzünden masrafları oranında zarara uğraması sonucunda bir telafi olanağının kendisine verilmesinin hakkaniyet gereği olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin normatif zarar değerlendirmesi içinde ele alınması gerekmektedir. Alman Kanunkoyucu, BGB §284 hükmü ile normatif olarak değerlendirilebilecek bu zararın tazminine kanun dayanağı getirmiştir. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının hukukumuzda da kabul edilmesi için bir kanun hükmüne ihtiyaç duyulabilecektir.

IV.Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Seçeneğinin Sağlayacağı Yararlar

Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının Alman Hukukunda bir boşluğu doldurması açısından son derece önemli bir yenilik olduğunu belirtmemiz gerekir. Ne derece önemli bir yenilik olduğunu anlamak için de BGB §284 ün gerekçesini incelemek yeterli olacaktır⁴²⁵. Gerekçede, hüküm kabul edilmeden önceki sistemde ifa edilmemeden dolayı tazminat kapsamında masrafların istenmesinin ancak verimlilik karinesi bağlamında mümkün olduğu, bu karinenin uygulanmasının da bir takım istenmeyen sonuçlara yol açabileceği ifade edilmiştir. Aynı gerekçede, boşuna yapılmış masrafların tazmini olanağının alacaklıya tanınmasıyla, bir sözleşmede kazanç veya ticari bir amaç dışında bir amaç hedefleyen alacaklı aleyhine oluşabilecek haksızlıkların giderileceği ve hakkaniyete uygun bir durumun oluşacağı belirtilmiştir. Ayrıca BGB §284 Gerekçesinde, boşuna yapılmış masrafların tazmininde genel bir tazminat sorununun olduğunun söylenemeyeceği; bunun yerine özel olarak bir masraf tazminin söz konusu olduğu vurgulanmıştır. Bu ifadelerden hüküm konulurken boşuna yapılmış masrafların tazmini olanağının, Alman Hukukunda somut olay çözümünde adaletin sağlanması ve alacaklı lehine hakkaniyete uygun bir karar verilmesi açılarından yararlı olacağının düşünüldüğü görülebilir.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin, hukukumuzda da adaletin tam olarak sağlanması bağlamında yararlı olacağı söylenebilecektir. Söz konusu tazmin seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi halinde bir takım avantajları da beraberinde getireceğini düşünmekteyiz. Bu yargımızı güçlendirmek için bir takım örneklerin verilmesi yararlı olacaktır:

“A, B ile yeni açacağı şirketi için 30 adet bilgisayar alımı konusunda anlaşmıştır. Tarafların aralarındaki anlaşmaya göre, B 01.03.2010 tarihinde bilgisayarları teslim edecek, A da teslim tarihinde bilgisayarların bedelini ödeyecektir. A, B ile

⁴²⁵ Bkz. BGB §284 Gerekçesi.

aralarındaki sözleşmeye ve B'nin sözleşmeyi düzgün ifasına güvenerek, bilgisayarlar için özel bilgisayar masaları sipariş etmiş, bunun dışında yazıcı ve çevre birimlerini başka bir şirketten tedarik etme yoluna gitmiştir. 01.03.2010 tarihinde bilgisayarlar B tarafından teslim edilmemiştir. A bu yüzden şirket faaliyetlerine başlayamamış ve faaliyetlerine başlayacağı düşüncesi ile önceden yaptığı belirli anlaşmaları iptal etmek zorunda kalmıştır”.

Bu örnekten açıkça anlaşılacağı gibi, olayda karşılıklı bir sözleşmede borçlunun temerrüdü söz konusudur. Bu durumda A'nın BK m.106-108 uyarınca seçimlik hakları vardır. Söz konusu seçimlik haklarından birisi de aynen ifadan ve temerrüt zararlarından vazgeçip, sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı uğranılan zararı, bir başka deyişle, olumlu zararını talep etmektir(BK m.106/II). Örnek olaydan da anlaşılacağı üzere, A'nın uğradığı zararın kapsamı içine giren kalemlerden bir tanesi de, bilgisayarların teslim edileceği inancıyla yapılan masraflardır. Yapılan bu masrafların olumlu zararın tazmini kapsamında ele alınacağı kuşkusuzdur. Ancak geçerli hukukumuzda göre A, tazminat hesabını yaparken, masraflarla beraber uğradığı tüm zarar kalemlerini ispatlamak zorunda kalacaktır.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi halinde, örnek olayımızdaki A'nın işi kolaylaşacaktır. Çünkü A, bilgisayarların teslimine güvenerek yaptığı ve teslim edilmeme yüzünden boşa çıkan masraflarını, makbuz ibraz etmek yoluyla, kolaylıkla, ispat edebilecektir. Bunun dışında ifa edilmemeden dolayı tazminat çerçevesinde, geçerli hukukumuzda göre, A'nın bütün bilgilerinin göz önüne serilmesi söz konusu olacaktır. Çünkü bu şekildeki bir tazminat talebinde A, yaptığı anlaşmaların iptali üzerine kaçırdığı fırsatların tazmin edilmesi için o anlaşmaları ispat yoluna gidecektir. Bunun da belirli rekabet sorunlarına yol açması olasıdır. Oysa boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinde, A sadece yaptığı masrafların makbuzunu göstererek, şirketi ve kendisi için gizli bilgilerini saklamış olacaktır. Görüldüğü üzere, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneği, alacaklı için avantajlı bir potansiyel taleptir. Ayrıca

tazminat davalarının hızlı yürümesi ve usul ekonomisi açısından da bu şekildeki bir seçeneğin hukukumuzda kabul edilmesi yararlı olacaktır.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin, hukukumuzda kabul edilmesi halinde sağlayacağı yararlar açısından bir örnek daha vermenin gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki:

“A, kış sömestr tatilini sıcak yerlerde geçirmeye karar vermiş ve bir seyahat şirketi olan B ile Tayland gezisi için sözleşme yapmıştır. Aralarındaki anlaşmaya göre B, A’nın Tayland’da kalacağı 5 yıldızlı oteli ve orada başta tüplü dalış turu olmak üzere çeşitli kültürel turları ayarlayacak; A da buna karşılık olmak üzere bir bedel ödeyecektir. Sözleşmeyi imzaladıktan sonra A, Tayland’a gitmek üzere uçak bileti tedarik etmiş, bunun dışında katılacağı dalış turu için dalış takımları satın almıştır. A, Tayland’a vardığında otel ve turların ayarlanmadığını görmüş ve tekrar ülkesine dönmek zorunda kalmıştır. B’nin sözleşmeye aykırı davrandığını düşünen A, tazminat davası açmayı düşünmektedir”.

Verilen örnek olayda, B’nin sözleşmeyi kusuru ile imkânsız hale getirdiği kolaylıkla anlaşılmaktadır. Geçerli hukukumuza göre, A’nın bu durum üzerine tazminat davası açabileceği öngörülebilir. Tazminat davasının konusu, sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı A’nın uğradığı olumlu zarardır. Bu zararın kapsamı içine A’nın seyahat şirketine daha önceden ödediği bedel girdiği gibi; aynı zamanda Tayland’a gitmek ve oradan mümkün olduğunca verimli şekilde yararlanmak için yaptığı masraflar da girecektir. Geçerli hukukumuza göre, böyle bir olayda, A’nın uğradığı tüm zararlarının tazminini isteme hakkı vardır. Bu talepte uğradığı her türlü zararı delil olarak gösterebilir. Bununla birlikte, A’nın yaptığı masrafların, mahkeme tarafından tazminat kapsamı içinde değerlendirilmesi kolay olmayacaktır. Çünkü mahkeme, bu masrafların zaten yapılacak oluşunu gerekçe göstererek tazminat kapsamı içinde sadece seyahat şirketine ödenen bedele karar verebilecektir.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi halinde ise, örnek olaydaki tazminat alacaklısı A'ya hakkını daha kolay elde etmesi için bir olanak verilebilecektir. A'nın yaptığı masrafların, seyahat şirketine ödediği bedelden yüksek olma olasılığı vardır. Buna göre A, yaptığı masrafları makbuzları ile ispatlayarak uğradığı zararın tazminini isteme hakkına sahip olacak ve böylelikle seyahat şirketine ödediği bedeli istemekle sınırlandırılmış olmayacaktır. BGB §284 hükmündeki gibi, hukukumuzda da masraf tazmini ile tam tazminat arasında bir seçim olanağı getirilirse, A isterse seyahat şirketine ödediği bedel dâhil olmak üzere tüm zararını bir kerede isteyebilecek; isterse de alternatif olarak, makbuzları göstererek boşa çıkmış masraflarının tazminini talep edebilecektir. Daha da ileri gidersek, hukukumuzda kabul gören sözleşmeden dönme ile olumlu zarardan doğan tazminatın yan yana istenebileceğinden⁴²⁶ yola çıkarak, A'nın hem sözleşmeden dönmesi hem de masraf tazminini isteyebilmesinin mümkün olacağını söyleyebiliriz⁴²⁷. Bütün bu varsayımlarda, tazminat alacaklısı A'nın durumunun daha avantajlı olacağı ve buradaki tazminat sorununun daha adaletli şekilde çözümlenebileceği düşünülebilir.

V.Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Seçeneğinin Türk Hukukunda Kabul Edilebilmesi İçin Önerilen Yollar

Boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi halinde yararlar sağlanacağını belirtmekle beraber, karşımıza bu seçeneğin kabul edilmesi için borçlar hukuku sistemimizde ne türde değişiklikler yapılması gerektiği sorunu çıkacaktır. Bu sorunun çözümü son derece önemlidir, çünkü boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzun sözleşmeye aykırılıkta tazminata ilişkin yapısı içerisine sağlam temellerle oturtulması gerekmektedir. Temelin sağlam bir şekilde yerleştirilmiş olması, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının borçlar hukukumuzda önemli bir yere sahip olmasını getirecek ve alacaklıya

⁴²⁶ SEROZAN, İfa Engelleri, s.236 N.19.

⁴²⁷ Bu husus, BGB §325 hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

sözleşmeye aykırılıkta tazminat talebine ilişkin olarak önemli bir avantaj sağlayacaktır.

BK m.98/II hükmünde haksız fiillerden dolayı sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Haksız fiillere ilişkin BK m.43/I hükmünde hâkimin, haksız fiillerde tazminatın şekil ve kapsamını, durumun özelliğine ve tazminat borçlusunun kusur derecesine göre serbestçe tayin edebileceği ifade edilmiştir. BK m.43/I hükmünü BK 98/II atfından yararlanarak sözleşmeye aykırılıkta tazminata uyarlamamız mümkün olacaktır. BK m.43/I hükmü, hâkimin takdir yetkisini tazminat bağlamında ele alan bir hükümdür. Esasında bu hususta, MK m.4 hükmü de bize ışık tutar. Bu madde hükmüne göre kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verecektir. Hâkimin takdir yetkisine hem Medeni Kanunumuzda hem de Borçlar Kanunumuzda çeşitli maddelerde yer verilmiştir⁴²⁸. Çalışma konumuz bağlamında özellikle BK m.43/I hükmünden biraz daha bahsetmeyi uygun görüyoruz.

BK m.43/I hükmüne ilişkin Yargıtay içtihatlarında özellikle, davacının malvarlığında meydana gelen olumsuz etkinin giderilmesinin hâkimin öncelikle hedefi olması gerektiği ifade edilmiştir⁴²⁹. Bu şekildeki olumsuz etki, birçok sözleşmede birbirinden farklı şekilde ortaya çıkabilecektir⁴³⁰. Söz konusu olumsuz etkilerden sayılabileceğini düşündüğümüz, BGB §284 hükmünde yer alan boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramına borçlar hukukumuzda hiçbir kanun hükmünde yer verilmemiştir. Üstelik dolaylı da olsa, bu konuda hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olabileceği de hiçbir kanun hükmünde yer almamaktadır. Masrafların boşuna yapılmış olmasının da malvarlığında bir olumsuz etki yarattığını düşünürsek hâkimin, isterse, davacı olan alacaklının masraflarının boşa çıkması sonucunda

⁴²⁸ Söz konusu maddelere örnek olarak MK m. 182, 766 ve BK m.345, 365 hükümleri gösterilebilir.

⁴²⁹ Yarg. HGK E. 1996/2-406, K. 1996/672, T. 9.10.1996; HGK E. 1997/2-7, K. 1997/286, T. 2.4.1997; HGK E. 2000/2-959, K. 2000/972, T. 7.6.2000. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi – 18.01.2010).

⁴³⁰ Yarg. 11. HD E. 1999/4613, K. 1999/6942, T. 20.9.1999; 15. HD E. 1993/340, K. 1993/5597, T. 23.12.1993. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com (Çevrimiçi – 18.01.2010).

uğradığı zararının tazminine karar verebileceğini söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, hâkim takdir yetkisini kullanarak alacaklının sözleşmenin düzgün ifasına güvenerek yaptığı, ancak sözleşmeye aykırılık sebebiyle boşuna yapıldığı anlaşılan masraflarının tazminine karar verebilecektir. BK m.43/I hükmünün sözleşmeye aykırılıkta tazminata uyarlanabileceği düşünüldüğünde, hükümde yer alan “tazminatın kapsamını” belirleyebilme şeklindeki takdir yetkisinin boşuna yapılmış masrafların tazminini de içereceğini düşünmekteyiz. Bu şekildeki bir takdir yetkisinin, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda uygulanması için bir “köprü” niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

Boşuna yapılmış masrafların tazmininin hâkimin takdir yetkisi “köprüsü” aracılığıyla hukukumuzda kabul edilmesinde Medeni Kanunumuzdaki bir hükmün de yardımcı olabileceğini söylememiz mümkündür. MK m.1 hükmünde hâkimin önüne gelen soruna ait kanunda bir hüküm bulamaması halinde, gelenek hukukuna başvuracağı; geleneğin de olmaması halinde, kendisi kanunkoyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre bir karar vereceği belirtilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde ve boşuna yapılmış masrafların tazminine ilişkin bir kanun hükmünün veya geleneğin bulunmaması karşısında, oluşan bu boşluğu hâkimin dolduracağı düşünülebilir. Dolayısıyla, MK m.1 ve BK m.43/I hükümleri bir arada kullanılarak, hukukumuzda boşuna yapılmış masrafların tazmini anlamında bir sonuca varmak mümkün olacaktır. Boşuna yapılmış masrafların tazmini özelinde somut olay adaletinin sağlanmasında hâkimin zararın kapsamı anlamındaki takdiri büyük önem taşıyacaktır.

BK m.43/I hükmünün uygulamada boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi için bir araç olabileceğini düşünmekle beraber, teorik açılardan bakıldığında da boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda uygulanabilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Bu bağlamda yararlanılabileceğini düşündüğümüz normun koruma amacı teorisinden bahsetmek

gerekir⁴³¹. Bu teoriye göre, sözleşmesel yükümler, yasal sorumluluk normları ve bunların arkasındaki davranış yükümleri, belirli çıkarların korunmasına hizmet ederler⁴³². Tazminat sorumluluğunda nedensellik bağının öneminin büyük olduğu açıktır. Bununla birlikte nedensellik bağının son derece uzatılabileceği de bir tehlike olarak karşımıza çıkar. İşte bu yüzden normun koruma amacı teorisi, bu bağın bir yerde durmasına hizmet etmektedir⁴³³. Yasada yer alan bir norm ihlal edilmişse, zarar görenin hangi çıkarlarının ihlal edildiği bu teori çerçevesinde son derece önemlidir⁴³⁴. İhlal edilen çıkarların tespitiyle adalete ulaşmak daha kolay olacaktır. Ayrıca bu teoride hâkimin işlevinin son derece önemli olduğunu belirtmemiz gerekir. Önüne gelen davada hâkim, uygulayacağı maddenin sözüne göre yorum yapacak, daha sonra yasa sistematigi içindeki yerini belirleyecek, son olarak da yaptığı bu yorumları yeterli görmezse maddeyi amacına göre yorumlayacaktır⁴³⁵.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini olanağını getiren BGB §284 hükmüne bakıldığında da hükmün sözünün normun koruma amacı teorisine uygun olduğu anlaşılabilecektir⁴³⁶. Bunun sebebi hükmün sözünde yer alan “alacaklının edimi elde edeceğine olan güveni”dir; bir başka deyişle borçlunun ifa için verdiği söze alacaklının güvenmesidir⁴³⁷. BGB §284 normu bağlamında, alacaklının ifanın gerçekleşeceğine dair güveni koruma altına alınmıştır. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının sınıflandırılmasında sonuç olarak sunduğumuz normatif zarar kavramıyla olan doğrudan ilişki, normun koruma amacı teorisinden yararlanmayı da kolaylaştıracaktır. Alacaklının masraflarının boşuna yapılmış olduğunun anlaşılması dolayısıyla onun malvarlığında oluşan etkinin bertaraf edilmesinin, nedensellik bağı bulunmasa da, hakkaniyet gereği olduğu düşünüldüğünde, bu çeşit tazminatta

⁴³¹ İlk olarak Almanya’da haksız fiiller alanında ortaya çıkmış, ancak daha sonra sözleşmeye aykırılıkta tazminat sorunu için de savunulan bu teori için bkz. **ATAMER**, Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996. (**ATAMER**, *Haksız Fiiller* olarak anılacaktır), s. 70 vd; LANGE/SCHIEMANN, s.101 vd.

⁴³² LANGE/SCHIEMANN, s.101.

⁴³³ SEROZAN, İfa Engelleri, s.203 N.5.

⁴³⁴ TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.476; OĞUZMAN/ÖZ, s.494; TANDOĞAN, s.18 vd.

⁴³⁵ ATAMER, Haksız Fiiller, s.86.

⁴³⁶ SCHWARZ/WANDT, s.443 N.29: Yazar, bu normun koruma amacının yararsız masraflara engel olunmak olduğunu belirtiyor.

⁴³⁷ STOPPEL, s.37.

normun koruma amacının alacaklının güveni korunarak yararsız masraflara engel olmak olduğu karşımıza daha belirgin olarak çıkacaktır. BGB §284 hükmünün bu şekilde normun koruma amacı teorisine uygun olarak değerlendirilmesi, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi için bir hareket tarzı olabilir.

Ayrıca söz konusu hükmün tarihsel gelişimi de kabul edilme bakımından önemli bir dayanak noktası sayılabilecektir. Alman Hukukunda önce boşa çıkma doktrini, daha sonra da özellikle BGH kararlarında yer alan verimlilik karinesi uygulaması yoluyla kabul edilmiş olan boşuna yapılmış masrafların tazmini, 2002 yılından itibaren BGB içinde bir yasa hükmü haline gelmiştir. Yasa hükmü haline gelirken de alacaklının ifanın gerçekleşeceğine olan güveninin koruma altına alınıp, zarar kalemi olarak görülebilecek boşuna yapılmış masraflarının tazmini talebinde bulunabilmesinin güvence altına alındığı anlaşılmaktadır. Alman Hukukundaki bu gelişme takip edilirse, önce yasa ötesinde (*prater legem*) kabul edilen bu tazminat seçeneğinin daha sonra yasa hükmü haline getirilip kademeli bir ilerleme sağlandığı görülebilecektir. Bu şekildeki bir ilerlemenin hukukumuzda da gerçekleşmemesi için bir sebep olmadığını düşünüyoruz. Alman Borçlar Hukukundaki hâkim doktrinde BGB §284 hükmünün konulmasından sonra da bu hükmün konulmasına sebep olan verimlilik karinesi içtihatlarının devam etmesi gerektiği savunulmuştur⁴³⁸. Alman Borçlar Hukukundaki bu durumun, hukukumuzda da var olması düşünülebilir. Ancak bunun gerçekleşmesi için öncelikle içtihatlarla boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının hukukumuza yerleşmesi gerekmektedir.

Bu noktada Türk Borçlar Hukuku ile Alman Borçlar Hukuku arasındaki bir farktan bahsetmek yerinde olabilir. Borçlar Kanunumuzun 96. Maddesi ile 108. Maddesi arasındaki hükümler, borca veya sözleşmeye aykırılık halinde meydana gelebilecek sonuçları içermektedir. BGB hükümlerinde ise bizden farklı olarak, sözleşmeye veya borca aykırılıkta meydana gelecek sonuçlar, adeta olaycı (kazuistik) bir yöntem izlenir gibi, son derece ayrıntılı olarak ifade edilmiştir. Yükümlülük ihlali nedeniyle

⁴³⁸ Doktrindeki bu tartışma için bkz. yukarıda s.75 vd.

genel tazminatı bir yasa hükmüyle belirleyen BGB §280 den başlayarak borç ilişkisinin sona ermesini hükme bağlayan BGB §362 ye kadar olan yasa hükümlerinde sözleşmeye aykırılık ve sonuçlarına değinilmiştir. BGB nin Borçlar Hukukunun Modernleştirme Yasasından önce de benimsediği bu sistematüğinden, sözleşmeye aykırılıkta son derece katı bir yöntemin izlendiği sonucuna varılabilecektir. Bu katı sistem içinde bile boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneği, BGB §284 yürürlüğe girmeden önce, bugünkünden farklı olsa bile, Alman Hukukunda benimsenmiştir. Türk Borçlar Hukukunun daha soyut olan kanun sistematüğü göz önüne alındığında, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin kabul edilmesinin daha kolaylıkla gerçekleşeceği fikrindeyiz.

Alman Borçlar Hukukunda boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının kanun hükmü haline gelmesine kadar olan tarihsel süreç son derece dikkat çekicidir. 1900lü yılların başında boşa çıkma doktrini ile başlayan, verimlilik karinesi ile devam eden ve nihayetinde Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası'na bir hüküm konulmasıyla sona eren Almanya'daki bu sürecin, hukukumuzda da takip edilebilmesi olasıdır. Esasen Borçlar Kanunumuza doğrudan bir kanun hükmü koyarak, adeta “tepeden inme” gibi bir yol da seçilebilir. Ancak Borçlar Kanunumuzun sistematüğüne bakıldığında böyle bir yolun sakıncalara yol açabileceği kolaylıkla anlaşılabilir, ancak bu yolun izlenmemesi için de bir sebep görmemekteyiz. Hâlihazırda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşmeleri süren Türk Borçlar Kanunu Tasarısı maddeleri arasında boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin bulunmaması akla yatkındır, çünkü İsviçre Hukuku etkisi altındaki Türk Borçlar Hukuku'na, Alman Hukukundaki bazı kavramlar uzaktır. Ancak bilim çevrelerinde Avrupa'nın en modern borçlar hukuku hükümleri olarak nitelendirilen BGB'nin borçlar hukukuna ilişkin hükümlerinin, başka ülkelerin hukuklarına ilham kaynağı olmaması için de bir sebep bulunmamaktadır. Bu bakımdan boşuna yapılmış masrafların tazmini ile ilgili yaratılacak bir hüküm Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na alınmış olsaydı, hem modern bir yasa takip edilmiş olacak, hem de bu tazminat çeşidi ile ilgili olduğumu düşündüğümüz kanun boşluğu doldurulmuş olacaktı.

Esas olarak, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi için iki farklı yolun takip edilebileceği görülebilir. Bu noktada önerilerimizi bir düzen içine sokmanın yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Öncelikle boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin uygulama yoluyla hukukumuzda aktarılmasında bir sakınca yoktur. BK m.43/I deki hâkimin tazminatın kapsamı hakkındaki takdir yetkisi bu hususta yardımcı olabilir. Örneğin ayıplı bir mal veya hizmet dolayısıyla alacaklı tarafın zarara uğraması sonucunda açılan davada, hâkimin alacaklı tarafın, “sadece” ifanın düzgün yapılacağına güvenerek yapmış olduğu ve olağan hayat akışının içinde normal olarak gözüken masraflarının tazminine, takdir yetkisini kullanarak karar vermesi mümkün olabilecektir. Alacaklı taraf mal veya hizmeti ayıpsız olarak elde etseydi, yapmış olduğu masraflar kendini amorti edecekti, bir başka deyişle, boşu boşuna masraf yapmamış olacaktı. Düzgün ifanın gerçekleşmemesi yüzünden alacaklı başka zararlarının yanında, yapmış olduğu masrafların boşa gitmesi yüzünden de bir zarara uğramıştır. Alacaklının malvarlığında bu şekilde oluşan olumsuz etkiyi hâkim, takdir yetkisini kullanarak bertaraf edebilecektir.

Hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasında bazı noktalara dikkat edilmesinin zorunlu olduğu söylenmelidir. Öncelikle alacaklının düzgün ifaya güvenerek yapmış olduğu lüks ve gereksiz masrafların tazminine, doğal olarak, izin verilmemelidir. Örneğin sonradan bozuk olduğu anlaşılan 142 ekran bir LCD televizyon için, kendisine henüz teslim edilmemiş televizyonu daha konforlu seyretmek üzere hâlihazırda oturduğu evden başka bir eve taşınmış olan alacaklının, taşınma için yaptığı masrafların tazminine izin vermemek gerekir. İstanbul’da oturan bir alacaklı, İzmit’teki bir otomobilin kendisine teslim edileceği inancıyla bu şehre otobüs veya bir başka ulaşım aracı ile gidecekken, otomobili teslim almak için helikopter kiralamıştır. İzmit’e ulaşım masraflarının düzgün ve hiç ifa olmaması sebebiyle kendini amorti etmemesi veya bir başka deyişle boşa çıkması sebebiyle alacaklının tazminat talebi, böyle bir durumda kabul edilmemelidir. Verilen bu iki örnekten boşuna yapılmış

masraflardan sadece hakkaniyet gereği yapılması mazur görülenlerine izin verilmesinin gerektiği söylenebilir. Aksi takdirde düzgün ifayı gerçekleştirmeyen borçlunun üzerine gereğinden büyük bir yük binecektir.

Bu noktada bir başka olasılıktan da bahsetmek yerinde olur. Alacaklı yaptığı masraflarla, elde etmeyi düşündüğü edimi daha yararlı kullanacağına inanıyorsa, ancak belirli bir durum yüzünden zaten bu düşündüğünü gerçekleştirmeyecekse veya meydana gelen bir olay sebebiyle masraf yapmadan da düşündüğünü gerçekleştirecekse ne olacaktır? Örnek olarak kendisine bir otomobilin teslim edileceğine güvenen alacaklı, otomobiline aksesuar olarak uzun yollarda çeşitli yerlerde polis tarafından konulan radarların yerlerini tespit edebilen bir cihaz satın almışsa, otomobilin kendisine teslim edilmemesi üzerine, bu cihaz için yaptığı masrafı talep edememelidir. Çünkü bu çeşit cihazların kullanılmasının yasak olduğu düşünüldüğünde, alacaklının yaptığı bu masraf zaten kendini amorti etmeyecektir. Bir başka örnek olarak İstanbul’da müzikal bir gösteri seyretmek isteyen ve İzmir’de oturan A’nın, İstanbul’daki organizatörle biletin İstanbul’da teslim edileceği konusunda anlaşmış olmasına rağmen, İstanbul’a gittiğinde bilet kalmadığını öğrendiğini düşünelim. İzmir’den İstanbul’a uzun bir yolculuk yapan A ne yapacağını bilmez haldeyken, İstanbul’da oturan ve o müzikal gösteriye fazla bir bileti olan arkadaşına rastlaması ve onunla birlikte gösteriyi izlemesi halinde, A’nın masraflarının boşa gittiğini söylemek de mümkün olmayacaktır. Her ne kadar organizatör borcunu ifa edemese de, A’nın masraflarla ulaşmak istediği amaç gerçekleşmiştir. Organizatöre karşı boşuna yapılmış masrafların talebi de konusuz kalacaktır.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda kabul edilmesi için bir başka yol da “tepeden inme” gibi olsa da bir kanun hükmüyle bu seçeneğin hukukumuzda benimsenmesidir. Önerilecek kanun hükmünün yeri ve içeriği bu noktada son derece önem taşır. Bunun sebebi, yürürlüğe girmesi sağlanacak kanun hükmünün Borçlar Kanunumuz sistematğine uygun bir yerde olması ve borçlar hukukumuzda kabul edilen ilkelere ters olmaması gerekliliğidir. BGB nin yapısı

içerisinde yükümlölük ihlalinden doğan tazminat ile ilgili BGB §280 den sonra tamamlayıcı bir madde hükmü olarak düzenlenmiş boşuna yapılmış masrafların tazmini olanağının hukukumuzda bir kanun hükmü olarak kabul edilmesi halinde, bu seçenek doğal olarak borçların ödenmemesinin neticeleri başlıklı alt bölüm içinde yer alacaktır. Bir başka deyişle, eğer kabul edilirse, boşuna yapılmış masrafların tazmini ile ilgili hüküm BK m.96 – 108 hükümleri arasında kendisine yer bulacaktır. Borçlar Kanunumuzun sistematüğının bunu gerektirdiğini düşünmekteyiz.

Hukukta her kanun hükmünün yeri kadar içeriğı de büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla yeni bir kanun hükmü yaratılırken, hükmün sözünün ne olacağı konusunda etraflıca düşünmek gerekir. Borçlar Kanunumuzun soyut bir yöntemle yazıldığı düşünölürse, boşuna yapılmış masrafların tazmini ile ilgili kanun hükmünün sözünün de ilgili her olaya uygulanabilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu bağlamda hüküm içerisinde çok ayrıntı olmasından kaçınılmalıdır. Konuyla ilgili BGB §284 hükmünün sözü incelendiğinde son derece yalın ifadelerin kullanıldığı kolaylıkla görölabilir. Bu yüzden Borçlar Kanunumuzdaki olası hükmün de bu anlamda yalın olması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu ifadelerden Borçlar Kanunumuza BGB §284 hükmünün sözü ile aynı nitelikte bir hükmün konulacağı anlamı çıkmamalıdır. Çünkü Almanya'daki sözleşmeye aykırılıkta oluşan sorumluluk sistemi ile hukukumuzda sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat sistemi arasında farklar mevcuttur. Boşuna yapılmış masrafların tazmini ile ilgili bir kanun hükmünün, iki sistem arasındaki farklar göz önüne alınarak, Borçlar Kanunumuza alınmasında gereklilik vardır. Bu yüzden aşağıda önerdiğimiz kanun hükmünde, BGB §284 hükmüne göre değişik ifadeler bulunması doğal olacaktır.

Bütün bu değerlendirmelerin ışığı altında, aşağıdaki gibi bir kanun hükmünün Borçlar Kanunumuza alınmasında yarar görmekteyiz:

“Borcun ifa edileceğine güvenen alacaklı, bir takım masraflar yapmışsa, borcun gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesi üzerine, amaçsız kalan bu masraflarının tazminini borçludan talep edebilir. Borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat ile masraf tazmini aynı zamanda talep edilemez. Borçlunun, borç düzgün ifa edilseydi bile masrafların amacına ulaşamayacağını ispatlaması halinde, masraf tazminine izin verilmez”.

Önerilen kanun hükmünün sözüne bakıldığında, BGB §284 hükmünün sözü ile benzerlik taşıdığı, ancak iki hüküm arasında farkların da olduğu görülebilir. Farklılık olarak ilk dikkati çeken husus, “...borcun gereği gibi ya da hiç ifa edilmemesi üzerine...” ibaresidir. BGB §284 hükmünde yer almayan bu ibarenin önerilen kanun hükmüne konmasının sebebi, bu şekildeki masraf tazmininin kapsamını, sözleşmenin hükümsüz kalması durumunda istenebilecek olumsuz zarar kapsamındaki masraflardan ayırmaktır. Aksi halde, bu tür tazminatın temelini sarsılabileceğini düşünmekteyiz. Bunun dışında başka bir farklılık olarak, BGB §284 hükmünde yer alan “ifa yerine tazminat” ibaresinin yerine, önerilen kanun hükmünde “borcun ifa edilmemesinden dolayı tazminat” ibaresinin kullanılması göze çarpar. Terimler bakımından yapılan bu tercihin sebebi de önerilen kanun hükmünün yeri olarak belirlediğimiz ve Borçlar Kanunumuzun borçların ödenmemesinin sonuçlarını öngördüğü bölüm içerisinde “ifa yerine tazminat” ibaresinin kullanılmamış olmasıdır. BGB §284 hükmündeki “ifa yerine tazminat” terimi değiştirilmeden kullanılırsa, Borçlar Kanunumuzun ilgili bölümü bakımından bir çelişki ortaya çıkacaktır, zira terimler arasındaki birlik bozulmuş olacaktır. Üçüncü farklılık da önerilen kanun hükmünün son cümlesindedir. BGB §284 hükmünde yer alan “...borçlunun yükümlülük ihlali olmasaydı bile...” ibaresinin yerine “...borç düzgün ifa edilseydi bile...” ibaresi tercih edilmiştir. Bu tercihin sebebinin de, esas olarak, terimler arasında birlik sağlama amacı olduğu söylenebilir. “Yükümlülük ihlali” terimi, hukukumuzda daha çok doktrinde kullanıldığından, bunun yerine “hiç veya gereği gibi ifa edilmemenin” zıt anlamlısı olan “düzgün ifa” tercih edilmiştir. Bunun dışında yine önerilen hükmün son cümlesinde, “borçlunun... ispatlaması halinde” ibaresi de farklılık arz eder. Esas olarak BGB §284 hükmünün sözünde yer alması

bile, özüne bakıldığında borçlunun, yükümlölük ihlali olmasa bile masrafların amacına ulaşamayacak olmasını ispat yükünde olduğu anlaşılabılır. Önerilen kanun hükmünde borçlunun ispatlamasına atıf yapılmasının sebebi, hukukumuzda yabancı olan bu tür tazminatta ispat yükünün borçluya ait olduğunu vurgulamaktır.

Sonuç olarak, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda da kabul edilmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu sayede, edimi elde edeceğine güvenerek masraf yapan, böylelikle ya edimi daha yararlı kullanmak ya da edimin değerini arttırmak isteyen alacaklının masrafları oranında zarara uğramasının önüne geçilmiş olacaktır. Alacaklıya, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğı yardımıyla, zararını daha kolay ispatlayabileceğı ve hakkını daha çabuk elde edebileceğı bir olanak tanınmış olacaktır. Bu durumun sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davalarında usul ekonomisine katkıda bulunacağı kesindir.

SONUÇ

Alman Borçlar Hukukunda büyük bir reform olarak nitelendirilen Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Yasası (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) ile yürürlüğe giren yeni Alman Medeni Kanunu (BGB) hükümlerinin, ifa engelleri hukukuna getirdiği yenilikler arasında boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının önemli bir yer teşkil ettiği söylenebilir. BGB §284 hükmü, alacaklıya edimi elde edeceğine güvenerek hakkaniyet sınırları içerisinde yaptığı, ancak borçlunun yükümlülük ihlali sonucu amaçsız kalan, bir başka deyişle, boşa çıkan masraflarını tazmin olanağı sağlamaktadır. Alacaklının bu olanağı kullanması için BGB §280 vd. maddelerinde düzenlenen ifa yerine tazminat talebi için gereken şartları yerine getirmiş olması gerekmektedir. Eğer borçlunun yükümlülük ihlali olmasaydı bile masrafların amacına ulaşamayacak idiyse alacaklının masraf tazmini talebi geçersiz olacaktır.

Boşuna yapılmış masrafların tazmini talebi için Alman Kanunkoyucusu tarafından getirilmiş esasların düşünce ve uygulama bağlamında iki temelini olduğunun da ayrıca belirtilmesi gerekecektir. Bunlardan biri Alman doktrininde masraflar konusunda ortaya çıkmış Boşa Çıkma Görüşü (Frustrationstheorie); diğeri de Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) tarafından verilen kararlarda kullanılan Verimlilik Karinesi (Rentabilitätsvermutung) dir. Boşa Çıkma Görüşü, haksız fiil ile zarara uğrayan kişinin yaptığı masrafların yararsız kalması sonucu bir zarara uğradığını ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Verimlilik Karinesi ise, alacaklının uygun bir sözleşme ifası olsaydı, yaptığı masraf tutarında bir kâr elde edebileceği varsayımıyla, kendisine boşa çıkmış masrafları oranında bir tazminat ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının temelleri olarak düşündüğümüz bu görüşün ve mahkeme içtihatlarının, kavramın bir yasa hükmü haline gelmesinde büyük katkılarının olduğu kesindir. Kavram hakkında tasarı görüşmeleri yapılırken özellikle verimlilik karinesine getirilen eleştirilerin dikkate alındığı, hem BGB §284 Gereğesinden hem de tasarı yapılırken hazırlanan raporlardan anlaşılmaktadır. Verimlilik karinesinin öngördüğü

tazmin edilebilir masrafların sadece kazanç odaklı olmasının gerekmesi hususu, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramında masraflar bağlamında bir ayırımın ortadan kalkmasına yol açmıştır. BGB §284 hükmü yürürlüğe girdikten sonra da verimlilik karinesi üzerinde tartışmalar devam etmiş, verimlilik karinesinin hüküm yanında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bu şekilde görüşlerin ortaya çıkması da verimlilik karinesinin hem BGB §284 hükmünün temeli olduğunu hem de önemini koruduğunu açıkça gözler önüne sermektedir.

Çalışmamızın özellikle ikinci bölümünde ayrıntılarına girdiğimiz bu tarihsel gelişmenin, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda da kabul edilmesi için bir ipucu olabileceğini düşünmekteyiz. Görüldüğü üzere, Alman Hukukunda önceleri bir fikir olarak ortaya çıkan, daha sonra mahkeme kararlarına konu olan kavram, son olarak bir yasa hükmü haline getirilmiştir. Almanya’da izlenen bu yolun istikrarlı bir gelişme olduğu gözden kaçmamaktadır. Hukukumuzda da bu şekilde bir gelişmenin yaşanmaması için bir sebep yoktur.

Esas olarak, boşuna yapılmış masrafların tazmini seçeneğinin hukukumuzda temellerinin rahat bir biçimde oluşturulabileceğini ifade edebiliriz. Bu konuda ilk olarak BK m.43/I yol gösterici olacaktır. Hâkimin zararın kapsamı hakkındaki takdir yetkisini düzenleyen bu hüküm sayesinde, alacaklının boşu boşuna yapmış bulunduğu masraflar oranında bir zarara uğraması şeklinde oluşan olumsuz durum ortadan kaldırılabilir. Üstelik masrafların yapıldığını belirten makbuz gibi belgeler, ispat açısından kolaylık sağlayacaktır. Sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden zararlarını tek bir talep halinde isteyen alacaklının, hakkına ne zaman kavuşacağı belirsizdir. Oysa alacaklının uğradığı zararlar içinde sadece boşuna yapmış olduğu masraflara atıf yapması, hakkını daha kolay elde etmesine yol açacaktır. Önüne gelen davada hâkimin, takdir yetkisini kullanarak alacaklının masrafları oranında bir zarara uğradığını öngörmesinin davalarda adaletin sağlanması ülküsüne hizmet edeceğini düşünmekteyiz.

Hukukumuzda hâkimin takdir yetkisini kullanarak alacaklıya boşu boşuna yapmış olduğu masrafların tazmini hakkını vermesinin içtihatlarla gelişecek bir olgu olacağı kesindir. Bu yönde içtihatların zamanla gelişmesi karşısında, Türk Kanunkoyucusunun direnmesi faydasız olacaktır. Bununla birlikte, içtihatlara gerek kalmadan da bir kanun hükmünün yaratılarak Borçlar Kanunumuza eklenmesi bir başka çözüm yolu olarak karşımıza çıkar. Doğal olarak eklenecek bu kanun hükmünün sözü ve kanun sistematığı içindeki yeri son derece önem taşıyacaktır. Yanlış uygulamalara yol açmaması amacıyla, kanun hükmü üzerinde “kılı kırk yararcasına” çalışmaların yapılmasının gerekliliği ortadadır. Bu hususta BGB 284 hükmü yol gösterici olabilir. Hüküm ve gerekçesi incelenerek ve Alman Borçlar Hukuku ile Türk – İsviçre Borçlar Hukuku arasında karşılaştırma yapılarak bir sonuca varılması ve bir kanun hükmünün ortaya çıkması mümkün olabilecektir. Halen Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşmeleri süren Borçlar Kanunu Tasarısı’nda çalışma konumuza yönelik bir madde hükmünün olmadığını gözlemlemekteyiz. Çalışmamızın son bölümünde bu hususta bir kanun maddesi önerisi verdiğimizizi de hatırlatmak isteriz.

Sonuç olarak, adaletin en iyi biçimde sağlanması ve usul ekonomisinin de gereklerine uyulması ilkeleri göz önüne alındığında, bir sözleşme ilişkisinde sözleşmeye aykırılık sebebiyle zarara uğrayan alacaklının mümkün olan en iyi ve en kısa sürede tatmin edilmesini sağladığını düşündüğümüz, Alman Borçlar Hukukunda önemli bir yenilik olarak göze çarpan boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramının, hukukumuzda da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ESERLER:

- ACKERMANN, Thomas **Der Schutz des negativen Interesses**, Tübingen 2007
- ARNOLD, Arnd/
DÖTSCH, Wolfgang **Ersatz von Mangelfolgeaufwendungen**, BB
(Betriebs-Berater) 2003 Heft 43, Heidelberg
2003(s.2250-2253)
- ATAMER, Yeşim **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun
Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı
ve Normun Koruma Amacı Kuramları**(*ATAMER,
Haksız Filler* olarak anılacaktır), İstanbul 1996
- ATAMER, Yeşim **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş
Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının
Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın
Sonuçları**, İstanbul 2005
- AYBAY, Aydın **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, On ikinci
Bası, İstanbul 2000
- AYVERDİ, İlhan **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, İstanbul 2006
- BRINKER, Jürgen **Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz**,
Berlin 1982

- BROX, Hans/WALKER,
Wolf-Dietrich **Allgemeines Schuldrecht**, 32. Auflage, München 2007
- BUNZEL, Christine **Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen im modernisierten Schuldrecht**, Frankfurt am Main 2007
- DEDEK, Helge **Negative Haftung aus Vertrag**, Tübingen 2007
- DERLEDER, Peter **Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln**, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) Heft 14 2003(s.998-1003)
- DEUTSCH, Erwin **Allgemeines Haftungsrecht**, 2. völlig neugestaltete und erweiterte Auflage, München 1996
- DEVELLİOĞLU, Ferit **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat(Eski ve Yeni Harflerle)**, 17. Baskı, Ankara 2000
- DUDEN **Recht A-Z**, Fachlexikon für Studium, Ausbildung und Beruf, Mannheim 2007
- EHMANN, Horst/
SUTSCHET, Holger **Modernisiertes Schuldrecht** – Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002
- ELLERS, Holger **Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen**, Baden-Baden 2005

- ELLERS, Holger **Zu Voraussetzungen und Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß §284 BGB, JURA (Juristische Ausbildung) Heft 3/2006(s.201-208)**
- EMMERICH, Volker **Aufwendungsersatz und Rentabilitätsvermutung, Festschrift für Gerhard Otte** zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Wolfgang Baumann, Hans Jürgen von Dickhuth-Harrach, Wolfgang Marotzke, München 2005(s.101-111)
- ERGÜNE, Mehmet
Serkan **Olumsuz Zarar**, İstanbul 2008
- ERNST, Wolfgang **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241 – 432 Redakteur: Dr. Wolfgang Krüger, 4. Auflage, München 2003(**MÜNCHENER/ERNST I** olarak anılacaktır)
- ERNST, Wolfgang **Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241 – 432 Redakteur: Dr. Wolfgang Krüger, 5. Auflage, München 2007, §284 N.10 (**MÜNCHENER/ERNST II** olarak anılacaktır)
- FLEISCHER, Holger **Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht**, JZ (Juristen Zeitung) 15/16 1999(s.766-775)

FULLER, L.L./
PERDUE, William
R. Jr.

“The Reliance Interest in Contract Damages”, Yale
Law Journal 1936(Makale metni için bkz.
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html>
<Çevrimiçi - 13.11.2009>)

GAUCH, Peter/
SCHLUEP, Walter R.
/SCHMID, Jörg/
REY, Heinz

**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil
– ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht – Band
II, 8. Auflage, Zürich 2003**

GRIGOLEIT, Hans
Christoph/RIEHM,
Thomas

**Die Kategorien des Schadensersatzes im
Leistungsstörungenrecht**, AcP (Archiv für die
civilistische Praxis), 203. Band Tübingen 2003(s.727-
762)

GSELL, Beate

Aufwendungsersatz nach §284 BGB, Das neue
Schuldrecht in der Praxis, Dauner-Lieb,
Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten, München
2003(s.321 vd.)

GSELL, Beate

Aufwendungsersatz nach §284 BGB, NJW (Neue
Juristische Wochenschrift) 3/2006(s.125-127)(**GSELL**,
Aufwendungsersatz olarak anılacaktır)

- HEINRICHS, Helmut **Palandt Kommentar** zum Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, Helmut Heinrichs, Christian Grüneberg vd., 65. Auflage, München 2006, §284 N.3 (**PALANDT/HEINRICHS** olarak anılacaktır)
- HUBER, Peter/
FAUST, Florian **Schuldrechtsmodernisierung**, Einführung in das neue Recht, München 2002(**FAUST** olarak anılacaktır)
- KARAKAŞ, Fatma
Tülay **Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006 Sayı:2, (s. 143-156)
- KITTNER, Michael **Schuldrecht – Rechtliche Grundlagen, Wirtschaftliche Zusammenhänge**, 3. Auflage, München 2003
- KLINCK, Fabian **Der Anspruch des Käufers auf Ersatz mangelbedingt nutzloser Aufwendungen**, JURA (Juristische Ausbildung) 28. Jahrgang Heft 7/2006(s.481-487)
- KNOTHE, Hans-Georg **Kurzkomentar zum BGH Urteil von 19.4.1991 – V ZR 22/90 (OLG Nürnberg)**, EWiR (Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht) 8. Jahrgang 1992, §463 BGB 2/92(s.441-442)

KÜPPERS, Karsten	Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht , Karlsruhe 1976
KÜPPERS, Karsten	Zauberformel Frustrationslehre , VersR (Versicherungsrecht) 1976 Heft 25A (s.604-610) (<i>KÜPPERS, Frustrationslehre</i> olarak anılacaktır)
LANGE, Hermann /SCHIEMANN, Gottfried	Schadensersatz , 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003
LARENZ, Karl	Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden , Revolution der Technik Evolutionen des Rechts – Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, herausgegeben von Max Keller, Zürich 1969(s.151-169)
LEONHARD, Marc	Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung , AcP (Archiv für die civilistische Praxis 199. Band, 1999(s.660-694), s.662.
LORENZ, Stephan	Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht , NJW(Neue Juristische Woche) 2004, Heft 1-2(s. 26 vd.)
LORENZ, Stephan/ RIEHM, Thomas	Lehrbuch zum neuen Schuldrecht , München 2002

- LÖWE, Walter **Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert**, NJW (Neue Juristische Woche), 1964 Heft 16(s.701-705)
- LÖWE, Walter **Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen?**, VersR (Versicherungsrecht) Jahrgang 1963(s.307-311)
- MATTHEUS, Daniela **Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts**, Einführung in das neue Schuldrecht, herausgegeben von Martin Schwab und Carl-Heinz Witt, München 2002(s.67 vd.)
- MEDICUS, Dieter **Schuldrecht I Allgemeiner Teil**, 17. Neubearbeitete Auflage, München 2006
- MESSER, Herbert
/SCHMITT, Ralph **Zum Umfang der Rentabilitätsvermutung und zu vorvertraglichen und vordeliktschen Aufwendungen**, Festschrift für Horst Hagen, herausgegeben von Günter Brambring, Dieter Medicus und Max Vogt, Köln 1999(s.425-448)
- MÜLLER, Georg **Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen**, Berlin 1991
- MÜLLER-LAUBE, Martin **Vertragsaufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung**, JZ (Juristen Zeitung) 50. Jahrgang 11/1995(s.538-545)

- MÜNCH, Joachim **Die “nicht wie geschuldet” erbrachte Leistung und sonstige Pflichtverletzungen, JURA (Juristische Ausbildung) Heft 6/2002(s.361-374)**
- NOMER, Haluk **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996**
- OĞUZMAN, M. Kemal
/ÖZ, M. Turgut **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2009**
- OTTO, Hansjörg **Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts, JURA (Juristische Ausbildung), 24. Jahrgang Heft 1/2002(s.1-11)**
- OTTO, Hansjörg **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§255-304 (Leistungsstörungsrecht I) Neubearbeitung 2004 von Claudia Bittner, Manfred Löwisch, Hansjörg Otto, Berlin 2004(*STAUDINGER/OTTO* olarak anılacaktır)**
- ÖTÜKEN **Türkçe Sözlük, İstanbul 2007**
- RAUSCHER, Thomas **Anmerkung zu BGH Beschluss von 9.7.1986, NJW (Neue Juristische Woche) 1987 Heft 1/2(s.50-54)**
- REIM, Uwe **Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach §284 BGB, NJW(Neue Juristische Wochenschrift), 2003 Heft 51(s.3662-3667)**

- ROUSSOS, Kleanthis **Schaden und Folgeschaden**, Berlin 1992
- SCHACKEL, Torsten **Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bei Nichterfüllung von Verträgen**, ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 2001(s.248-275)
- SCHMIDT, Eike **Die verpatzte Jubiläumsfeier, Festschrift für Joachim Gernhuber**, herausgegeben von Hermann Lange, Knut Wolfgang Nörr, Harm Peter Westermann, Tübingen 1993(s. 423-433)
- SCHNEIDER, Birgit **§284 BGB – zur Vorgeschichte und Auslegung einer neuen Norm**, Berlin 2007
- SCHNYDER, Anton K./
PORTMANN, Wolfgang/
MÜLLER-CHEN, Markus **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich 2008
- SCHOBEL, Thomas **Der Ersatz frustrierter Aufwendungen – Vermögens- und Nichtvermögensschaden im österreichischen und deutschen Recht**, Wien 2003
- SCHÖNKE, Adolf **Einführung in die Rechtswissenschaft**, Karlsruhe 1946
- SCHWARZ, Günter
Christian/WANDT,
Manfred **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, 3. neu bearbeitete Auflage, München 2009
- SCHWARZE, Roland **Das Recht der Leistungsstörungen**, Berlin 2008

- SCHWENZER, Ingeborg **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Vierte überarbeitete Auflage, Bern 2006
- SEROZAN, Rona **İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilip Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2009(*SEROZAN, İfa Engelleri* olarak anılacaktır)
- SEROZAN, Rona **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul 2007
- SEROZAN, Rona **Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung**, Im Buchhandel nicht erhältlicher Sonderdruck, Zürich 1981(*SEROZAN, Tendenzen* olarak anılacaktır)
- SEROZAN, Rona **Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku(Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanabilecek Yenilikler)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LVIII, Sayı: 1-2, Yıl:2000(*SEROZAN, Yeni Alman İfa Engelleri* olarak anılacaktır)
- STOLL, Hans **Anmerkung zu BGH Urteil von 10.12.1986 – VIII ZR 349/85(OLG Düsseldorf), JZ (Juristen Zeitung) 10/1987(s.512-520)**
- STOLL, Hans **Die bei Nichterfüllung Nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Masstab der Interessenbewertung. Eine Rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht**, Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, München 1977(s.641-660)

- STOLL, Hans **Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen**, JZ (Juristen Zeitung) 11/2001 (s.589-597)
- STOPPEL, Jan Filip **Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach §284 BGB**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=968371027&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=968371027.pdf (Çevrimiçi kaydedilme tarihi: 09.08.2006)
- SUNGURBEY, Ayfer Kutlu **Yetkisiz Temsil(Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar)**, İstanbul 1988
- TANDOĞAN, Haluk **Türk Mesuliyet Hukuku(Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara 1961
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993
- TIMME, Michael **Aufwendungen des Käufers und Rücktritt vom Kaufvertrag wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache**, MDR (Monatschrift für Deutsches Recht) Jahresregister 2005 23/2005 (s.1329-1330)

- TIMME, Michael **Frustrierte Aufwendungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung**, ZfS (Zeitschrift für Schadensrecht) Dezember 1999 (s.502-504)
- TOLK, Martin **Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden – Darstellung und Versuch einer Kritik**, Berlin 1977
- TREITEL, Günter
Heinz **Unmöglichkeit, “Impracticability” und “Frustration” im anglo-amerikanischen Recht**, Baden-Baden 1991
- TRÖGER, Tobias **Der Individualität eine Bresche: Aufwendungsersatz nach §284 BGB**, ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 50/2005(s.2238-2247)
- TRÖGER, Tobias **Investitionsschutz nach §284 BGB**, ZGS(Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht) Jahresverzeichnis 2005, 12/2005
- UNHOLTZ, Jörg
Sebastian **Der Ersatz “frustrierter Aufwendungen” unter besonderer Berücksichtigung des §284 BGB**, Berlin 2004
- VON TUHR,
Andreas/ESCHER,
Arnold **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II**, 3. Auflage, Zürich 1974

VON TUHR, Andreas /PETER, Hans	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I , Dritte Auflage, Zürich 1974
WEITEMEYER, Birgit	Rentabilitätsvermutung und Ersatz frustrierter Aufwendung unter der Geltung von §284 BGB , AcP(Archiv für die civilistische Praxis 205. Band(2005)(s.275 vd.)
WIEDEMANN, Herbert	Schadensersatz und Freizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualverträgen , Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003(s.1273-1289)
WIEDEMANN, Herbert	Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung , Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin 1984(s.719-733)
WIEDEMANN, Herbert /MÜLLER, Georg	Anmerkung zu BGH Urteil von 19.4.1991 – V ZR 22/90 (Nürnberg) , JZ (Juristen Zeitung) 9/1992(s.464-470)
ZEUNER, Albrecht	Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden , AcP (Archiv für die civilistische Praxis, 163. Band, Tübingen 1964(s.380-400)
ZIMMER, Daniel	Das neue Recht der Leistungsstörungen , NJW(Neue Juristische Woche) 2002 Heft 1 (s.1 vd.)

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR:

<http://www.tdk.org.tr> (Çevrimiçi - 04.08.09)

http://eur-lex.europa.eu/RECH_naturel.do (Çevrimiçi - 06.09.2008)

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html> (Çevrimiçi - 02.10.2009)

<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/4.html> (Çevrimiçi - 02.10.2009)

<http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/ukstatutes/fca1943/fca1943.htm>
(Çevrimiçi - 02.10.2009)

<http://www.lawnix.com/cases/anglia-reed.html> (Çevrimiçi - 03.10.2009)

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1983/5.html> (Çevrimiçi - 03.10.2009)

<http://www.justis.com/document.aspx?doc=a2udmXedmSCftsns5GdnJudmJmZiYqtn&relpos=3> (Çevrimiçi - 03.10.2009)

<http://supreme.justia.com/us/110/338/case.html> (Çevrimiçi - 03.11.2009)

<http://international.westlaw.com> (Çevrimiçi - 03.11.2009)

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf> (Çevrimiçi - 11.09.09):

BGB 284 Gerekeçesi

www.bundesgerichtshof.de (Çevrimiçi - 15.11.2009)

www.kazanci.com (Çevrimiçi – 22.12.2009)