T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

OLUMLU ZARAR

Şefika Deren GÜNDÜZ

2502120237

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İSTANBUL – 2019

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı	:	ŞEFİKA DEREN GÜNDÜZ	**Numarası**	:	2502120237
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı	:	ÖZEL HUKUK	**Danışmanı**	:	PROF.DR. HALİL AKKANAT
Tez Savunma Tarihi	:	18.06.2019	**Saati**	:	10:00
Tez Başlığı	:	OLUMLU ZARAR			

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. HALİL AKKANAT		Kabul
2- PROF. DR. K. EMRE GÖKYAYLA		Kabul
3- PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
4- PROF. DR. M. SERKAN ERGÜNE		Kabul
5- DOÇ. DR. ASLI MAKARACI BAŞAK		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. TUFAN ÖĞÜZ		
2- PROF. DR. MURAT İNCEOĞLU		

ÖZ

OLUMLU ZARAR

Şefika Deren GÜNDÜZ

Olumlu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarardır. Uygulamada bu durumun sıklıkla yaşanıyor olması, olumlu zarar kavramını daha da önemli hale getirmiştir. Bu zarar türünün, diğer zarar türlerinden ve benzer kavramlardan farklarının ayrıntılı bir şekilde ortaya konulması ihtiyacı bulunmaktadır.

Çalışmamız kapsamında, olumlu zarar kavramının diğer zarar türlerinden ve bu kapsamda özellikle olumsuz zarardan farkları incelenmiş; olumlu zararın tazminini doğuran haller üzerinde durulmuş; olumlu zarar kavramının benzer diğer kavramlardan farklarından bahsedilmiş; olumlu zarar içerisine giren zarar kalemleri tek tek incelenmiş ve olumlu zararın hesaplanmasına ilişkin özellik arz eden durumlar üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Sözleşme, borç, ifa, borçlu, alacaklı, sözleşme ihlâli, olumlu zarar, olumsuz zarar, zararın hesaplanması

ABSTRACT

Positive damage means the damage suffered or incurred by the creditor due to failure of the debtor to fulfil its contractual obligations at all or properly. The fact that such event occurs frequently in practice has rendered the concept of positive damage much more important. It is required to thoroughly point out the differences of this kind of damage from other types of damages and similar concepts.

As part of our study, the differences of the concept of positive damage from other types of damages and more especially from the negative damage have been analyzed; the cases warranting the compensation for the positive damage have been examined; the differences of the concept of positive damage from other similar concepts have been mentioned; each of the components of the positive damage has been analyzed and the particulars related to the computation of the positive damage have been dealt with.

Keywords: Contract, obligation, fullfilment, debtor, creditor, breach of contract, positive damage, negative damage, the computation of the positive damage

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı çerçevesinde hazırlanan bu tez, olumlu zarar kavramını konu almaktadır. Tezin hazırlanma sürecinde yardımlarını esirgemeyen bir çok kişiye bu vesile ile teşekkür etmek isterim.

Öncelikle bu tez konusunu öneren ve kendisine getirdiğim her metni okuyarak yazım sürecine yön veren, bütün sorularımı sabır ile cevaplayan tez danışmanım Prof. Dr. Halil Akkanat'a, yine tezim yazım aşamasında karşılaştığım her sorunda yanımda olan ve sabırla sorularıma cevap veren kürsü hocalarım Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla, Doç. Dr. Aslı Makaracı Başak, Doç. Dr. Seda Öktem Çevik ve Dr. Öğr. Üyesi Ahu Ayanoğlu'na, TÜBİTAK bursuyla Hamburg Max-Planck Institut'te çalışma imkânı elde etmeme yardımcı olan Prof. Dr. Reinhard Zimmermann'a ve sağladıkları burs dolayısıyla bilimsel çalışmalara katkılarından dolayı TÜBİTAK kurumuna, her türlü akademik ve manevi desteklerinden ötürü Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki çalışma arkadaşlarıma, bu zorlu süreçte her zaman desteğini hissettiğim ailem ve dostlarıma teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI ..... **İİ**
ÖZ İİİ
ABSTRACT ..... **İV**
ÖNSÖZ ..... **V**
İÇİNDEKİLER ..... **Vİ**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **Xİİ**
GİRİŞ 1
BİRİNCİ BÖLÜM **4**
OLUMLU ZARARIN GENEL ZARAR KAVRAMI AÇISINDAN İNCELENMESİ **4**
I. ZARAR KAVRAMI **4**
A. GENEL OLARAK 4
B. ZARAR KAVRAMININ MENFAAT KAVRAMI İLE İLİŞKİSİ VE TARİHİ GELİŞİMİ 9
C. ZARAR KAVRAMINA İLİŞKİN TEORİLER 17
1. Fark (Menfaat) Teorisi *17*
2. Somut (Tâbii) Zarar Teorisi *19*
3. Teorilerin Değerlendirilmesi *21*
D. ZARAR- TAZMİNAT İLİŞKİSİ 22
II. OLUMLU ZARAR KAVRAMI VE DİĞER ZARAR TÜRLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI **24**
A. OLUMLU ZARAR KAVRAMI VE OLUMSUZ ZARAR KAVRAMIYLA İLİŞKİSİ 25
1. Olumlu Zarar Kavramı *25*
a. Kavram 25
b. Unsurları 27
(1) Konusu 27
(2) Kural Olarak Geçerli Bir Sözleşme Bulunması 28
(3) Borca Aykırı Davranış Bulunması 28
(4) Geniş Anlamda Güven İhlali Bulunması 29
(5) Zarardan Sorumluluk İçin Aranan Kusur Bulunması 30
2. Olumsuz Zarar Kavramı *30*
a. Kavram 30
b. Olumsuz Zarar Kavramının Ortaya Çıkışı ve Olumsuz Zarardan Sorumluluğun Kaynağı 31
(1) Olumsuz Zarar Kavramının Ortaya Çıkış Nedeni 31
(2) Olumsuz Zarardan Sorumluluğu İzahta Culpa in Contrahendo Teorisi 33
(3) Olumsuz Zarardan Sorumluluğu İzahta Culpa in Contrahendo Teorisinin Yetersiz Kalışı ve Sorunun Çözümü 38
c. Olumsuz Zarar Bakımından Önem Arz Eden Güven Unsuru 40
3. Olumlu Zarar Kavramının Olumsuz Zarar Kavramıyla İlişkisi *44*
a. Konuları Bakımından 44
b. Zarara Yol Açan Olay Bakımından 44
c. Geçerli Bir Sözleşmenin Bulunup Bulunmaması Bakımından 45
(1) Genel Olarak 45
(2) Geçerli Bir Sözleşme Bulunup Bulunmaması Kıstası Bakımından İstisnai Durumlar 45
d. Güven Unsuru Bakımından 47
e. Zarardan Sorumluluk İçin Aranan Kusur Bakımından 48
f. Hesaplanmaları Bakımından 50
(1) Genel Olarak 50
(2) Tazmin Edilecek Olumsuz Zararın Sınırı Olarak Olumlu Zarar Kavramı 52
4. Olumlu – Olumsuz Zarar Ayırımının Gerekliliği Tartışması *57*
a. Meselenin Öğretideki Görüşler Çerçevesinde Değerlendirilmesi 57
b. Olumlu-Olumsuz Zarar Ayrımının Sonucu 64

5. Olumlu ve Olumsuz Zarar Kavramlarının Bütünlük Menfaati Kavramı ile İlişkisi *66*
a. Bütünlük Menfaati Kavramı 66
b. Olumlu ve Olumsuz Menfaatle İlişkisi 73
6. Sözleşmeye Aykırılığın Haksız Fiil de Teşkil Ettiği Haller Bakımından Olumlu-Olumsuz Zararın Durumu *75*
B. DİĞER ZARAR TÜRLERİ VE BUNLARIN OLUMLU ZARARLA BAĞLANTILARININ İNCELENMESİ 79
1. Maddi Zarar- Manevi Zarar Kavramı *79*
2. Fiilî Zarar-Yoksun Kalınan Kâr *81*
3. Mevcut Zarar-Müstakbel Zarar-Muhtemel Zarar *81*
4. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar *83*
5. Normatif Zarar *86*

İKİNCİ BÖLÜM 94

OLUMLU ZARARIN TAZMİNİ TALEBİNİN UYGULAMA ALANI VE OLUMLU ZARAR NİTELİĞİ TARTIŞILABİLECEK ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR 94

I. OLUMLU ZARARIN TAZMİNİ TALEBİNİN UYGULAMA ALANI 94

A. GENEL OLARAK 94
B. OLUMLU ZARARI TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN HALLERİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ 98
1. Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Kusurlu İfa İmkânsızlığı Halinde Olumlu Zarar *98*
a. Kusurlu İfa İmkânsızlığı Kavramı 98
b. Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Kusurlu İfa İmkânsızlığının Sonuçlarının Değerlendirilmesi 100
(1) Olumlu Zararın Tazminine Yol Açması 100
(2) Sözleşmeden Dönme İmkanına Yol Açıp Açmayacağı Tartışması 106
c. Kusurlu İfa İmkânsızlığı ile İlgili Özellik Arz Eden Durumların Olumlu Zararın Tazmini Talebine Etkisi 109
(1) Borca Aykırı Davranışın Gerçekleşeceğinin Önceden Belli Olması 109
(2) Temerrüt Halindeyken Oluşan İmkânsızlık Durumu 112
(3) Kısmi İmkânsızlık Durumu 113
(4) Art Arda Teslimli Sözleşmelerde İmkânsızlık 114
(5) Sürekli Borç İlişkilerinde İmkânsızlık 116
2. Sözleşmenin Kurulmasından Önceki İmkânsızlık Halinde Olumlu Zarar *117*
a. Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlık Halinde 117
b. Başlangıçtaki Sübjektif İmkânsızlık Halinde 124
3. Gereği Gibi İfa Etmeme Halinde Olumlu Zarar *126*
a. Gereği Gibi İfa Etmeme Kavramı 126
b. Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçlarının Değerlendirilmesi 129
(1) TBK m. 112 Gereğince Olumlu Zararın Tazmini 130
(2) Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçlarını Düzenleyen Bazı Özel Hükümlerin Olumlu Zarar ile İlişkisi 130
(3) Satış Sözleşmesinde Zapt ve Ayıp Hükümlerindeki Doğrudan ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Olumlu Zararla İlişkisi 134
(4) Ayıplı İfa Sonucu Seçimlik Haklarla Birlikte Talep Edilebilen Olumlu Zararın Tazmini 143
4. Borçlu Temerrüdü Halinde Olumlu Zarar *147*
a. Borçlu Temerrüdü Kavramı ve Şartları 147
b. Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Sonuçlarının İncelenmesi 148
(1) Genel Olarak 148
(2) Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları 152
i. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Hakkı 152
ii. Temerrüde Düşen Borçlunun Beklenmedik Hal Sonucu Doğacak Zararları Tazmin Yükümlülüğü . 155
iii. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Talebi 157
iv. Para Borçlarında Temerrüt Faizi İle Karşılanamayan Zarar Olarak Aşkın Zarar 160
aa. Hukuki Niteliği 161
bb. Aşkın Zararın Hesaplanması ve Tazminine İlişkin Özellikler 163
cc. Hakimin Görülmekte Olan Davada Aşkın Zarara Hükmetmesi (TBK m. 122/f. 2) 165
(3) Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelere Özgü Sonuçları 166
i. İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini Talebi 167
ii. Sözleşmeden Dönme Üzerine Tazminat Talebine İlişkin Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi .. 170
c. Borçlu Temerrüdü İle İlgili Özellik Arz Eden Durumların Olumlu Zararın Tazmini Talebine Etkisi 185

(1) Kısmi Temerrüt Halinde ... 185
(2) Yan Edim Yükümlülüklerinde Temerrüt Halinde ... 188
(3) Ard Arda Teslimli Sözleşmelerde Temerrüt Halinde ... 189
(4) İfasına Başlanan Sürekli Edimli Sözleşmelerde ... 191
i. Genel Olarak ... 191
ii. TBK m. 126 Hükmüyle Tanınan Seçimlik Haklara Yönelik Eleştiriler ... 194
iii. TBK m. 126 Hükmüyle Tanınan Seçimlik Hakların Kullanılmasının Sonuçları ... 197
iv. TBK m. 126 ile Haklı Sebeple Fesih Arasındaki İlişki ... 201
5. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zarar ... 204
6. Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Olumlu Zarar ... 213
C. VİYANA SATIŞ SÖZLEŞMESİ VE ALMAN İFA ENGELLERİ SİSTEMİ ÇERÇEVESİNDE OLUMLU ZARARIN UYGULAMA ALANININ BELİRLENMESİ ... 219
1. Viyana Satış Sözleşmesi'nde (CISG) Kabul Edilen İfa Engelleri Sisteminin Tanıtılması ... 222
2. Alman İfa Engelleri Sisteminin Tanıtılması ... 234

II. OLUMLU ZARAR KAVRAMIYLA İLİŞKİLENDİRİLEBİLECEK KAVRAMLAR VE ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR ... 242

A. OLUMLU ZARAR NİTELİĞİ TARTIŞILABİLECEK KAVRAMLAR ... 242
1. Ceza Koşulu ... 242
a. Genel Olarak ... 242
b. Ceza Koşulunun Borçlu Temerrüdü Halinde Olumlu Menfaate Yönelik Diğer Bazı Kavramlarla İlişkisi ... 248
(1) Ceza Koşulunun Gecikme Tazminatı İle İlişkisi ... 248
(2) Ceza Koşulunun Temerrüt Faizi İle İlişkisi ... 248
(3) Ceza Koşulunun Temerrüt Faizini Aşan (Aşkın) Zararla İlişkisi ... 252
(4) Ceza Koşulunun İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini Talebi ile İlişkisi ... 253
2. Götürü Tazminat ... 254
a. Genel Olarak ... 254
b. Götürü Tazminat Kavramı ... 255
c. Götürü Tazminat Kavramının Olumlu Zararın Tazmini ile İlişkisi ... 258
3. Faiz259
a. Genel Olarak ... 259
b. İşlevi ve Oluşum Tarzı Bakımından Faiz ... 262
(1) Sermaye Faizi ... 262
(2) Temerrüt Faizi ... 263
4. Özel Hukuk Cezası (Medeni Ceza) ... 265
a. İcra İnkâr Tazminatı ... 267
b. Mali Haklara İlişkin Fikri Hak İhlallerinde Üç Misli Tazminat ... 270
c. Rekabet İhlalinde Üç Misli Tazminat ... 273
5. Kaim Değer Talebi ... 275
B. TAZMİN EDİLECEK ZARARIN OLUMLU ZARAR OLMA NİTELİĞİNE İLİŞKİN ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR ... 277
1. Eser Sözleşmesinin Tam Tazminat Karşılığında Feshi (TBK m. 484) ... 278
2. Vekâlet Sözleşmesinin Tam Tazminat Karşılığı Sona Ermesi (TBK m. 512) ... 281
a. Genel Olarak ... 281
b. Tazmini İstenebilecek Zararın Türü ... 284
3. Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifası Nedeniyle Sona Ermesi Sonucu Ödenecek Tazminat (Avukatlık Kanunu m. 174) ... 288
a. Genel Olarak ... 288
b. Avukatlık Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi Durumunda Ücret Alacağı ... 289
c. Ücret Alacağı Dışında Oluşan Zararların Türü ... 291
4. Kira Sözleşmesine İlişkin Bazı Durumlar ... 293
a. Kiracının TBK m. 325 Uyarınca Kiralananı Süresinden Önce Geri Vermesine Dayalı Tazminat Sorumluluğu ... 293
b. Kira Sözleşmesinin TBK m. 331 Uyarınca Olağanüstü Feshinin Parasal Sonuçları ... 298
c. Kira Sözleşmesinin TBK m. 351 Uyarınca Sona Erdirilmesi Sebebiyle Kiracının Eski Malikten Tazminat Talebi ... 301
5. İşverenin Etki Alanında Gerçekleşen Sebepler Yüzünden İşçinin İş Görememesinin Sonuçları (TBK m. 408) ... 305

6. Alman Hukukunda Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Kavramı (BGB § 284) *312*
a. BGB § 284 Hükmünün Konuluş Amacı ve Şartları 312
b. BGB § 284 Düzenlemesine Göre Talebi Mümkün Masrafların Olumlu ve Olumsuz Zararla İlişkisi 315

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM **318**

OLUMLU ZARARIN KAPSAMI VE OLUMLU ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLER **318**

I. OLUMLU ZARARIN KAPSAMI **318**

A. OLUMLU ZARAR KAPSAMINDA TALEP EDİLEBİLECEK FİİLÎ ZARAR KALEMLERİ 318
1. İfa Edilmeyen Edimin Değeri *319*
2. Edimin Yerine Getirileceği Düşüncesiyle Yapılan Masraflar *320*
3. Alacaklının Alacağını Elde Etmek Amacıyla Yaptığı Masraflar *322*
a. Hukuki Uyuşmazlığın Çözümü Amacıyla Yapılan Masraflar 323
(1) İhtar Masrafları 323
(2) İcra ve Harç Giderleri 326
(3) Diğer Yargılama Giderleri 327
(4) Avukatlık (Vekâlet) Ücreti 329
(5) Tahsil Bürosu (Inkassobüro) Masrafları 332
b. Seyahat Masrafları 333
4. Alacaklının Taraf Olduğu Başka Bir Hukuki İlişkinin Olumsuz Etkilenmesi Sebebiyle Oluşan Zararlar *334*
5. Ödenmeyen Alacak Yerine İkame Alımlar İçin Yapılan Masraflar *337*
a. Borçlunun Temerrüde Düşmesi Durumunda İkame Alımlar İçin Yapılan Masraflar 337
(1) Gecikme Tazminatı Kalemleri 337
(2) Aşkın Zarar Kalemleri 338
(3) İfadan Vazgeçilip Talep Edilen Olumlu Zarar Kalemleri 341
b. Temerrüt Dışındaki Borca Aykırılık Halleri Açısından İkame Alımlar İçin Yapılan Masraflar 341
6. Edimin Değerinin Düşmesi Sebebiyle Uğranılan Zararlar *342*
a. Borçlunun Temerrüde Düşmesinden Sonra Edim Değerinin Düşmesi Sebebiyle Aşkın Zarar 342
(1) Paranın Alım Gücünün Azalması Yüzünden Oluşan Zararlar 343
(2) Yabancı Para Borçlarında Kur Değişikliği Sebebiyle Doğan Zararlar 348
b. Temerrüt Dışındaki Borca Aykırılık Halleri Açısından Edimin Değerinin Düşmesi Sebebiyle Uğranılan Zararlar 350
7. Zararın Tespiti ve Artmasını Önlemek Amacıyla Yapılan Masraflar *351*
B. OLUMLU ZARAR KAPSAMINDA TALEP EDİLEBİLECEK YOKSUN KALINAN KÂR KALEMLERİ 352
1. Yoksun Kalınan Kâr Kavramı *352*
2. Olumlu Zarar Kapsamında Talep Edilebilecek Yoksun Kalınan Kâr Kalemlerinin Tipik Görünüm Şekilleri *353*
C. OLUMSUZ ZARAR KALEMLERİNİN OLUMLU ZARAR KALEMLERİ İLE BENZERLİK ARZ EDİP ETMEMESİ AÇISINDAN İNCELENMESİ 358

II. OLUMLU ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLER **365**

A. GENEL OLARAK 365
B. MÜBADELE VE FARK TEORİLERİ 366
1. Mübadele Teorisi *366*
a. Genel Olarak 366
b. Mübadele Teorisine Yöneltilen Olumlu ve Olumsuz Eleştiriler 368
2. Fark Teorisi *370*
a. Genel Olarak 370
b. Fark Teorisine Yöneltilen Olumlu ve Olumsuz Eleştiriler 373
c. Fark Teorisinin Uygulanma Şekline İlişkin Görüşler 376
3. Mübadele ve Fark Teorilerine İlişkin Değerlendirme *380*
C. ZARAR MİKTARININ GENEL VE ÖZEL HÜKÜMLERE GÖRE BELİRLENMESİ 382
1. Olumlu Zarar Miktarının Genel Hükümlere Göre Belirlenmesi *384*
a. Genel Olarak Zarar Miktarının Belirlenmesi ve İspat 384
b. Yoksun Kalınan Kârın Belirlenmesi ve İspat 387

2. Zarar Miktarının Özel Hükümlere Göre Belirlenmesi *392*
a. Satış Sözleşmesinde Temerrüt Halinde Olumlu Zararın Hesaplanmasına İlişkin Metotlar 392
(1) Satıcının Temerrüdü Halinde Alıcının Olumlu Zararının Hesaplanması 395
i. Somut Metot 395
(aa) Genel Olarak 395
(bb) İkame İşlemin Yapılması 398
ii. Soyut Metot 401
(aa) Genel Olarak 401
(bb) Soyut Metodun Uygulanması 403
iii. Alacaklının Somut ve Soyut Metotlar Arasındaki Seçim İmkanı 406
(2) Alıcının Temerrüdü Halinde Satıcının Olumlu Zararının Hesabı 408
i. Somut Metot 409
ii. Soyut Metot 409
(3) Yoksun Kalınan Kârın İfa Edilmeyen Edimin Değeri ile Birlikte Talep Edilip Edilemeyeceği 411
b. Eser Sözleşmesinin TBK m. 484'e Göre Feshi Halinde Yüklenicinin Olumlu Zararının Hesaplanmasına İlişkin Metotlar 412
(1) Genel Olarak 412
(2) Toplama ve Kesinti Metotları 413
(3) Yüklenicinin Talebinin Amacı ve Nitelendirilmesi 419
D. ZARARIN MİKTARININ BELİRLENMESİNDE ESAS ALINACAK ZAMAN 421
1. Genel Olarak *421*
2. Özellik Arz Eden Bazı Durumlar *425*
a. Borçlu Temerrüdü Durumunda İfa Yerine Tazmini Talep Edilen Olumlu Zararın Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman 425
b. İmkânsızlık Halinde Tazmini Talep Edilen Olumlu Zararın Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman 428
E. DENKLEŞTİRME 429
F. OLUMLU ZARARDAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI 431
1. Tazmini Gereken Olumlu Zararın Sınırlandırılması *431*
2. Olumlu Zararın Belirlenmesinde Sınır Olarak Zararın Öngörülebilirliği Kriterinin Etkisi *433*
3. Olumlu Zarar Tazminatının İndirilmesi *439*

SONUÇ **441**

KAYNAKÇA **450**

ÖZGEÇMİŞ **484**

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e. : adı geçen eser

a.g.m. : adı geçen makale

a.g.t. : adı geçen tez

Abs. : Absatz

AcP : Archiv für die civilistische Praxis

Art. : Artikel

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Av. K. : Avukatlık Kanunu

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BB : Der Betriebs Berater

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

BGE : Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts

BGH : Bundesgerichtshof

BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

BK : Borçlar Kanunu

bkz. : bakınız

bs. : bası

bsk. : baskı

C. : Cilt

c. : cümle

CC : Code Civil

CISG : Convention on Contracts fort the International Sale of Goods

çev. : çeviren

der. : derleyen

dpn. : Dipnot

DÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E. : Esas

Ed. : Editör

EİTİAD : Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi

Erw. : Erwägung

f. : fıkra

ff. : fort folgende Seiten

FS : Festschrift

GSÜHFD : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

haz. : Hazırlayan

HD. : Hukuk Dairesi

HGB : Handelsgesetzbuch

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı

İİK : İcra İflas Kanunu

İsv. BK : İsviçre Borçlar Kanunu

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JuS : Juristische Schulung

JZ : Juristenzeitung

K. : Karar

Karş. : Karşılaştırınız

kazancı : Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

m. : madde

MHAD : Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu

MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

N. : Nummer

NJW : Neue Juristische Wochenschrift

NK : Noterlik Kanunu

OR : Obligationen Recht

RG : Resmi Gazete

s. : sayfa

S. : Sayı

SJZ : Schweizerische Juristen Zeitung

sogan. : sogenante

T. : Tarih

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCMK : Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası

TD. : Ticaret Dairesi

TK : 6762 sayılı Ticaret Kanunu

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TL : Türk Lirası

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TÜHİS : Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası

vd. : ve devamı

VersR :Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung

Vorbem. : Vorbemerkung/en

vs. : ve saire

Y. HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi

Y. : Yıl

y.y. : yayın yeri yok

ZBJV : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZGB : Zivil Gesetzbuch

ZSR : Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Olumlu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarardır. Diğer bir ifadeyle, alacaklının malvarlığının, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden içinde bulunduğu durum ile borcun gereği gibi ifası halinde içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktır. Olumlu zarar kavramı, hemen her sözleşme ihlâlinde karşımıza çıkması dolayısıyla özel önem arz etmektedir.

Sorumluluk hukukunun temel kavramlarından biri olan zarar kavramının, çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu zarar türlerinden, olumlu-olumsuz zarar ayrımı, sözleşmesel sorumluluğun temelini oluşturmaktadır. Ne var ki uygulamada, olumlu zararın, özellikle, sözleşmenin bahsi hiç söz konusu olmasaydı, uğranılmayacak olan malvarlığı azalmasını ifade eden olumsuz zarar kavramıyla karıştırıldığı görülmektedir. Somut olayın özelliklerine göre hangi zarar kalemlerinin olumlu zarara, hangilerinin olumsuz zarara dahil olduğu doktrinde ve mahkeme kararlarında netleştirilebilmiş değildir. Bu sebeple, her iki zarar türünün kapsamına dahil olan zarar kalemlerinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir.

Ayrıca olumlu zarar ve olumsuz zarar ayrımına gerek olup olmadığı, böyle bir ayrıma gidilmeksizin doğrudan tam tazminat kavramı altında zarar görenin tüm zararlarının karşılanmasının daha isabetli bir çözüm olup olmadığı sorusunun da cevaplanması gerekmektedir.

Bunun dışında hemen her sözleşme ihlali halinde karşımıza çıkan olumlu zarar kavramının ve bunun tazmininin, kural olarak karşı tarafın zararını karşılamaya ya da sadece cezalandırma amacına yönelik olan ceza koşulu, götürü tazminat, faiz, özel hukuk cezası gibi diğer kavramlarla da ilişkisinin ortaya konması gerekmektedir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde öngörülen, tazminat ödenmesi ya da zararın karşılanması gerektiği ifadeleriyle hangi zarar türünün karşılanmak istendiğinin de ortaya konulması önem arz etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun büyük bir kısmında sözleşmeye aykırılık halinde karşımıza çıkan bir kavram olmasına ve uygulamada en sık karşılaşılan zarar türlerinden biri olmasına rağmen, olumlu zarar kavramı Türk hukuk literatüründe tamamen ayrı bir çalışma konusu yapılmamış, dolaylı olarak bazı monografilerde bahis söz konusu olmuştur. Bu sebeple, konunun bütün yönleriyle değerlendirilip ele alınması hukuk literatürümüz açısından ihtiyaç duyulan bir hususdur. Bu husus, tez konumuzun seçiminde etkili olmuştur.

Çalışmamızda özellikle olumlu zarar *"kavramı"* üzerinde durulacak, konu kavramsal bir çerçeveden incelenmeye çalışılacaktır. Olumlu zararın, kavram olarak diğer benzer kavramlardan ayırt edilmesi hususuna özel önem verilecektir. Bu kavram, hemen her sözleşme ihlalinde karşımıza çıkması dolayısıyla, incelenmesi uçsuz bucaksız bir kavram olmasına rağmen, çalışmamızda özellikle Türk Borçlar Kanunu'nda olumlu zararın tazmininin öngörüldüğü haller üzerinde durulacaktır.

İlk bölümde genel olarak zarar kavramı tanımlanacak, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla ortaya çıkan olumlu ve olumsuz zarar türleri açıklanacak, her iki zarar türü arasındaki ayrımın gerekliliği tartışılacak ve olumlu zararın, zarara ilişkin diğer ayrımlar olan; maddi zarar-manevi zarar, fiili zarar-yoksun kalınan kâr, mevcut zarar-müstakbel zarar-muhtemel zarar, doğrudan zarar-dolaylı zarar-yansıma zarar, normatif zarar ile ilişkisi üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde; olumlu zarar talebinin uygulama alanı ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk olarak; borca aykırılık hallerinden kaynaklanan olumlu zararın tazmini incelenecektir. Bu başlık altında kusurlu ifa imkansızlığı, kötü ifa, borçlu temerrüdü, culpa in contrahendo ve sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi sebebiyle ortaya çıkan olumlu zarar kavramı üzerinde durulacaktır. Sonrasında olumlu zarar kavramıyla ilişkisi kurulabilecek kavram ve durumlara ilişkin inceleme yapılacaktır. Bu kapsamda özellikle ceza koşulu, götürü tazminat, özel hukuk cezası, faiz, kaim değer gibi kavramlar üzerinde durulacak ve Türk Borçlar Kanunu'nda olumlu zararın tazmini bakımından önem arz eden hükümler incelenecektir. Bu çerçevede eser sözleşmesinin tek taraflı feshi (TBK m. 484), vekalet sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesi (TBK m. 512), Avukatlık Kanunu

m. 174 gereği haksız azlin sonucu, kira sözleşmesinin çeşitli sona erme halleri (TBK m. 351, m. 325, m. 331) sonucu karşılaşılan tazminatlar, işverenin etki alanında gerçekleşen sebepler yüzünden işçinin iş görememesinin sonuçları (TBK m. 408) olumlu zarar kavramı açısından incelenecektir.

Üçüncü bölümde ise; ilk olarak olumlu zararın kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır. Bu amaçla, özellikle Yargıtay kararlarında sıklıkla karşılaşılan olumlu ve olumsuz zarar kalemleri ortaya konulacak ve keşisen noktaları tespit edilecektir. Sonrasında olumlu zarar miktarının genel hükümlere göre ve özel hükümlere göre nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda tazminat talep eden alacaklının, kendi edimini ifa zorunluluğunun olup olmamasıyla ilgili olan fark ve mübadele teorileri incelenecek, alacaklının menfaatine en uygun çözüm ortaya konulmaya çalışılacaktır. Zararın tazmini kavramına, sadece olumlu zararın tazmini bakımından özellik arz edecek genişlikte değinilecek; zararın tazmini de kendi içerisinde ayrı bir tez konusu olabileceğinden tazminatın türü, indirim sebepleri gibi konular üzerinde ayrıntılı bir biçimde durulmayacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

OLUMLU ZARARIN GENEL ZARAR KAVRAMI AÇISINDAN İNCELENMESİ

I. Zarar Kavramı

A. Genel Olarak

Zarar kavramı, hem sözleşmesel hem de sözleşme dışı sorumluluk alanında karşımıza çıkan bir kavramdır. Günlük hayatta da sıkça kullanılması itibariyle aslında hakkında herkesin fikir yürütebildiği bir kavramdır. Ancak hukuki açıdan tanımlanmak istendiğinde, bir tanım verilmesinden kaçınıldığı görülmektedir. Özellikle Türk Borçlar Kanunu (TBK), kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (İsv. BK) ve Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda zarar kavramının tanımlanmamış olması, bu hukuklar açısından konuyu doktrinde daha da incelemeye açık hale getirmiştir[1]. Bir

[1] Alman hukuku açısından bkz. Hermann Lange, Gottfried Schiemann, **Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen,** Herausgegebenen von Joachim Gernhuber, Band I, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, s. 26, dpn. 2; Ulrich Magnus, **Schaden und Ersatz,** Tübingen, Mohr Siebeck, 1987, s. 9, 10; Josef Esser, Eike Schmidt, **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband II: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis,** 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000, s. 179, dpn. 1; Ernst Wolf, "Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis", **Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburstag,** München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976, s. 545; Peter Schlechtriem, "Schadenersatz und Schadensbegriff", **Zeischrift für Europäisches Privatrecht,** München, 1997; s. 232, 233; Zafer Zeytin, "Alman hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-I Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** Aralık 1999, C. 20, S. 2, s. 75.

İsviçre hukuku açısından bkz. Niklaus Lüchinger, **Schadenersatz im Vertragsrecht,** Freiburg, Universitäts Verlag, 1999, § 1, N. 39, 52; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen,** 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllungs, Artikel 97-109, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000, s. 92, N. 148; Claire Huguenin, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil und Besonderer Teil,** 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2014, N. 1846; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band II,** Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006, s. 139, N. 7 vd.

Türk hukuku açısından bkz. Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar,** İstanbul, Beta, 2008, s. 8; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi,** İstanbul, Beta, 1996, s. 5; Seda İrem Çakırca, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 11. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yasalaşma evresinde Meclise sunulan ilk tasarının 50. maddesinde zarar kategorilerine yer verilmiş ve maddi zarar kavramı tanımlanmıştır. Bu maddede fark teorisine göre bir zarar tanımı ortaya koyularak zarar, bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı içinde bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum

zarar tanımının yapılmamış olmasının en temel nedeni, gerçekleşebilecek tüm halleri kapsayacak şekilde bir tanımın verilmesinin mümkün olmayışıdır[2]. Bu sebeple, doktrin ve uygulamaya zararın tanımlanması görevi yüklenmiştir.

Kelime anlamı itibariyle zarar, bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuçtur[3]. Her ne kadar hukuki açıdan kanunlarda genel bir tanım verilmesinden kaçınılsa da zarar kavramına ilişkin, doktrinde bir tanım benimsenmiştir. Buna göre, hukuki açıdan zarar, hak sahibinin rızası dışında malvarlığında meydana gelen eksilmedir[4]. Kavramın daha iyi ortaya konulması

---

arasındaki fark olarak tanımlanmıştır. Ancak ilgili madde Türk Borçlar Kanunu kapsamına dahil edilmemiştir. Bkz. **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı,** Adalet Bakanlığı, Ankara, 2005, s. 40.

Zarar kavramı hakkında, bir tanımın yer aldığı kanun metnine örnek olarak ise, Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) verilebilir. AGBG § 1293'te yer alan düzenlemeye göre zarar, herhangi bir kimsenin malvarlığında, haklarında veya kişiliğinde meydana gelen her türlü kayıptır. *("Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist*"). Bkz. Helmut Koziol, **Grundfragen des Schadenersatzrecht,** Wien, Jan Sremek Verlag, 2010, s. 109.

2 Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 26, dpn. 2; Esser, Schmidt, **a.g.e.,** s. 179, dpn.1; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 39; Çakırca, **a.g.e.,** s. 11.

3 Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 7. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2016, N.14. 03. Örneğin, sağlığın olumsuz etkilenmesi, bir eşyanın zarar görmesi, bir hayvanın ölmesi, yaşam sevincinin kaybı.

4 Zarar tanımı için bkz. Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts,** Band I/ Lieferung 1, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1974, s. 83-84; Bruno von Büren, **Schweizerishes Obligationenrechts, Allgemeiner Teil,** Zürich, Schulthess, 1964, s. 42, Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri,** C. I, çev: Bülent Davran, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948, s. 122-123; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht,** Band I, 5. Auflage, Bern, Stämpfli+Cie AG, 1993, s. 52; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Heinz Rey, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II,** 10. Auflage, Schulthess, 2014, N. 2848; **Martin A. Kessler, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529,** 6. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Zürich, Bern, Helbing&Lichtenhahn, 2015, Art. 41, N. 3; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil,** Band I, 14. Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, s. 426, Koller, **OR Band II,** s. 139; N. 8; Huguenin, **a.g.e.,** N. 1845 vd.; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14. 03; Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet),** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 64 vd. ve s. 426 vd.; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 1260; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 855; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler,** 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 806; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. I, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 472; Fikret Eren, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 1078; Ergüne, **a.g.e.,** s. 9; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 157.

açısından tanımdaki *"rıza dışı olma"* ve *"eksilme"* unsurlarına vurgu yapmak gerekecektir.

Öncelikle malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin zarar olarak kabul edilebilmesi için, bu eksilmenin *"kişinin rızası dışında"* gerçekleşmesi gerekmektedir[5]. Örneğin, bir sözleşme ile bağlılığı sonucu borcunu ifa eden kişinin malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma, onun açısından bir zarar oluşturmayacaktır. Görüldüğü gibi ekonomik bir değerlendirme ile bulunabilecek her malvarlığı eksilmesi, zarar olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca hukuki bir değerlendirme de yapılarak bu eksilmenin, rıza dışında olup olmadığı saptanmalıdır[6]. Bu sebeple, mal sahibinin, rızası ile oluşan malvarlığı azalmaları zarar olarak değil, ancak *devir, tüketim* ya da *kullanım* olarak adlandırılabilecektir. Fakat bazı şartlar altında bu devir, tüketim ve kullanımların; *rıza ile yapılmış olsa bile* malvarlığında bir zarar olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir[7]. Bu durumlar; kendi iradesi dışında doğan bazı ihtiyaçlarının giderilmesi açısından malvarlığı sahibinin (rızasıyla) yapmak zorunda kaldığı masraflar[8]; malvarlığı sahibinin iradesinin hile veya korkutma yoluyla sakatlanması sonucunda yaptığı masraflar, belirli bir amaca erişilmesi maksadıyla yapılmış ama karşı tarafın kusuruyla bu amacın elde edilemediği durumlarda yapılmış olan masraflar şeklindedir[9].

---

5 Ancak bazı durumlarda malvarlığında rıza dışı eksilmeler, zarar oluştursa da *tazmin edilebilir* bulunmamaktadır. Örneğin, tâbiat olayları neticesinde meydana gelebilecek azalmalar, bu azalmalar, daha önceden başkası tarafından üstlenilmedikçe tazminata konu olmazlar. Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 5.

6 Zarar kavramının, hem ekonomik hem de hukuki bir değerlendirme gerektirdiğine ilişkin bkz. Ergüne**, a.g.e.,** s. 13; Çakırca, **a.g.e.,** s. 12.

7 von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 68.

Doktrinde, bir hakkın bağışlama sebebiyle devri, hak sahibinin rızasıyla bir malın tüketilmesi gibi durumların da *"geniş anlamda"* bir zararı oluşturduğu, fakat hak sahibinin rızası söz konusu olduğu için, tazminlerinin mümkün olmadıkları da söylenmektedir. Bu yönde bkz. Karl Oftinger, Emil W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil,** 5. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995, § 2, N. 8; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 5.

8 Bir kaza sonucu, gerekli olması şartıyla yapılan tedavi masrafları ya da zararı azaltma masrafları bu duruma örnek gösterilebilir. Bkz. von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84, dpn. 9.

9 Örneğin konser bileti almış olan ama geçirdiği trafik kazası neticesinde bu konsere gidememiş olan kişinin, konser bileti için yapmış olduğu masraf, zarar olarak görülebilecektir. Bkz. von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84, dpn. 10.

Kişinin *"malvarlığında meydana gelen eksilmeden"* anlaşılması gereken ise, maddi açıdan hesaplanabilen, diğer bir deyişle parasal olarak ölçülebilen bir eksilmedir. Bu anlamda eksilmenin, malvarlıksal değerler üzerinde olması veya ileride gerçekleşecek olması[10] gerekmektedir[11]. Demek oluyor ki, hukuki açıdan zarar kavramı ve bu anlamda konumuz bakımından olumlu-olumsuz zarar kavramı hep maddi zarara işaret etmektedir[12].

---

10 Eksilmenin ileride gerçekleşecek olmasına örnek olarak; vücut bütünlüğünün ihlâlinde ve destekten yoksun kalma durumlarında; malvarlığı azalması ileride gerçekleşecek olsa da; malvarlığı eksilmesi ihtimalinin, maddi zarar olarak kabul edilmesi gösterilebilir.

11 **BaslerK-Kessler,** Art. 41, N. 3; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 50, 51; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 52; Oftinger, Stark, **a.g.e.,** s. 71, N. 2; Ergüne, **a.g.e.,** s. 11, dpn. 13; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1260. Maddi zararın oluşması için, hem parasal olarak hesaplanabilmesi, hem de malvarlığında bir azalma oluşmuş olması gerekir. Örneğin, bedelsiz olarak org çalan müzisyenin, geçirdiği trafik kazası sonrası çalışmadığı süre boyunca uğradığı zarar, zaten bedelsiz çalıştığı için *"malvarlığında bir azalma olmadığı"* gerekçesiyle tazmin edilmemiştir. Bkz. NJW 1988, 2618; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 45.

Manevi (ruhsal) zararların sembolik olarak parayla giderilmesi, bu zararların maddi zararla karıştırılmasına yol açmamalıdır. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2850. *Ne var ki, zarar kavramı Alman hukukunda (BGB § 253 I) manevi zararı da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.* Bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 50; Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı,** s. 75; **Hartmut Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Shuldrecht Allgemeiner Teil § 241-432,** 7. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2016, § 249, N. 16 ve 24. Avusturya hukukunda da zarara yönelik tanımın yapıldığı ABGB § 1293 hükmü göz önüne alınırsa, tanımın manevi zararı kapsayacak şekilde geniş anlamda düzenlendiği anlaşılacaktır. Bkz. Birinci Bölüm, I, A, dpn. 1.

Bu hususta *"geniş"* ve *"dar anlamda"* zarar ayrımı yapıldığı da görülmektedir. *"Geniş anlamda zarar"*dan anlaşılması gereken, hem maddi hem de manevi zararlardır. *"Dar anlamda zarar"* kavramından anlaşılması gereken ise, sadece maddi zararlardır. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 547, 548; Teoman Akünal, **Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 43; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 63; Tandoğan, **Mesuliyet,** s. 63; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat", **Ebül'ula Mardin'e Armağan,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, 743. Geniş anlamda zarar kavramını aynı şekilde açıklamakla birlikte, doktrinde Aral, dar anlamda zarardan anlaşılması gerekenin maddi veya manevi zarardan birisi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 156.

Ne var ki doktrinde, maddi ve manevi zararın aynı kavrama dahil edilmesi eleştirilmiştir. Zira bu iki kavramın, tek ortak yanı, her ikisinde de hukuken korunan varlıklara yapılan bir tecavüz olmasıdır. Bunun dışında başka bir ortak yanları bulunmamaktadır. Bkz. Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 63; Aral, **Kötü İfa,** s. 157.

12 Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.03; Aral, **Kötü İfa,** s. 157; Ergüne, **a.g.e.,** s. 11.

Maddi zarar, para ile ölçülebilen malvarlıksal değerlerin (bütün ya da münferit olarak) azalmasını ifade eder. Malvarlığı zararı kavramı hakkında bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 50; von Büren, **a.g.e.,** s. 42 vd.; Wolf, **a.g.m.,** s. 546; **MünchK-Oetker,** § 249, N. 24 vd.; Karsten Küppers, **Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadenersatzrecht: Eine untersuchung zur Kommerzialisierungsthese und Frustrationslehre,** Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschafte V, 1976, s. 51 vd.; Albrecht Zeuner, "Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden", **Archiv für die civilistische Praxis 163,** Heft 4, 1964, s. 380 vd.; Brigitte

Kişi varlığı haklarının ihlâl edilmesiyle ortaya çıkan ve kişinin hissettiği acı, elem ve ızdırabın oluşturduğu manevi zarar[13] ise, Türk Borçlar Kanunu düzenlemeleri göz önünde tutulduğunda, maddi zarara nazaran ikincil kalmaktadır. Ne var ki, kişilik değerlerinin ihlâlinin de alacaklının malvarlığı üzerinde olumsuz etki doğurabileceğini göz ardı etmemek gerekir. Örneğin borçlunun edimini ifa ederken, alacaklının ölmesine veya vücut ya da manevi bütünlüğünün ihlâline neden olması sonucu, destek ya da kazanç kaybının oluşması durumunda da kişinin malvarlığı üzerinde bir azalma söz konusudur[14].

Malvarlığında meydana gelen rıza dışı eksilme ise, kişinin malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde ortaya çıkan fiilî zarar *(damnum emergens)* ya da kişinin malvarlığının aktifinin artmasına veya pasifinin azalmasına engel olunması şeklinde ortaya çıkan kâr mahrumiyeti *(lucrum cessans)* şeklinde

---

Keuk, **Vermögenschaden und Interesse,** Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1972, s. 9 vd.; Fatma Tülay Karakaş, Özlem Söğütlü Erişgin, Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** Haziran 2006, C. 23, S. 3, s. 157 vd.

Hukuki anlamda zararın, her zaman maddi zarar olduğu kabul edilmektedir. Böylece vücut bütünlüğünün ihlâli halinde tazmin edilebilecek zarar, tedavi masrafları ve olası kaçırılmış kazançlardır. Malvarlığı dışındaki zararlar, örneğin; ruhsal durumun zedelenmesi, manevi değerin zarar görmesi, boş zaman kaybı ya da kaçırılmış tatil zevki, kural olarak fark teorisine göre tazmin edilebilir değildir. Bkz. Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.03. Doktor hatası ya da doğru bilgilendirmemesi sonucu, istenilmeyen çocuğun doğumu dolayısıyla oluşan masraflar da manevi değil, maddi zarar olarak ve bu sebeple de tazmin edilebilir zarar olarak görülmektedir. Manevi zarar, mutlu bir olay olan doğum olayıyla çelişir. En uygun çözüm, sorumlunun, annenin doğum ve iş gücü kaybı masraflarını üstlenmesi olarak görülmüştür. Bkz. Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.04; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 56.

Tazminat talebinin maddi zarara indirgenmesinin, her zaman istenilen sonucu doğurmayacağına ilişkin, Verenose olayı örneği verilmiştir (BGE 87 II 290). Bu olayda, davacı, avukatına, karşı konulabilir bir kamulaştırmayı engellemediği için, tazminat davası açmıştır. Fakat bu dava, Bayan Verenose'nin rayiç bedel üzerinden bir kamulaştırma bedeli aldığı ve bundan dolayı malvarlığında bir kayıp oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Tazminata da hükmedilmemiştir. Taşınmazın kamulaştırılması ve bunun sonucu kuşkusuz olarak ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık neticesindeki zarara rağmen, bu durum tazmin edilebilir bir maddi ya da manevi zarar olarak görülmemiştir. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 42; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 53.

[13] Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1290; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 548; Eren, **a.g.e.,** s. 1079; Ergüne, **a.g.e.,** s. 12; Çakırca, **a.g.e,** s. 13; Feyzioğlu, **a.g.e.,** s. 473; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 492; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 53.

[14] **BaslerK-Kessler,** Art. 41, N. 3; Eren, **a.g.e,** s. 1079; Hermann Becker, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch,** Band. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, 2. Auflage, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1941, Art. 97, N. 27; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 424.

karşımıza çıkabilecektir[15]. Fiilî zarar ve kâr mahrumiyetinin toplamı sonucu, kişinin uğradığı toplam zarar bulunacaktır[16].

B. Zarar Kavramının Menfaat Kavramı ile İlişkisi ve Tarihi Gelişimi

Menfaat kavramının, çoğunlukla zarar kavramına karşılık gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir[17]. Ancak bu kullanım biçimi üzerinde, uzun yıllardır süre gelen tartışmalar olduğu gibi görüş birliği de oluşmamıştır[18].

Menfaat kavramını ilk defa kullanan Alman yazarlar[19] tarafından, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu sebeple, menfaat kavramına ilişkin bu yaklaşımların ayrıntısına girilmeden, menfaati, zarar ya da tazminat olarak ifade eden görüşlere değinmek gerekmektedir. Bunun için de öncelikle menfaat ve zarar kavramının tarihi gelişiminden kısaca bahsetmek önem arz etmektedir.

---

15 Eren, **a.g.e.,** s. 1079; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 559 vd. ve 856 vd.; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 64; Çakırca, **a.g.e.,** s. 13; Ergüne, **a.g.e.,** s. 10; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2865; Oftinger, Stark, **a.g.e,** s. 89; N. 60; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.13.

16 Ergüne, **a.g.e.,** s. 10.

17 Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi,** İstanbul, Oniki Levha, 2011, s. 133: Jürgen Brinker, **Die Dogmatik zum Vermögensschadenersatz,** Berlin, 1981, s. 183 vd.; Richard Cohnfeldt, **Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht,** Leipzig, 1865, s. 2; Koller, **OR Band II,** s. 144, N. 20; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Delikrecht,** 2. Bası, Zürich, Schulthess, 1988, s. 341.

18 Menfaat ve zarar kavramları arasında net bir ayrım yapılamamış olduğuna ilişkin bkz. **Martin Josef Schermaier, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB; Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432,** 1. Teilband: vor § 241-§ 304, herausgegeben von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebek, 2007, § 280-§ 285, N. 45, N. 48; Brinker, **a.g.e.,** s. 184, 185.

Menfaatin zarar anlamında kullanıldığına ilişkin baskın görüşe rağmen, menfaat kavramının başka kavramları ifade etmek için de kullanıldığı ileri sürülmüştür. Menfaat kavramı; *"bir şeyin kişi için taşıdığı değeri"* ifade etmek üzere veya kişinin *"kendi hakları üzerinde sahip olduğu menfaatleri"* ve *"hukuken korunmaya değer menfaatleri"* ifade etmek üzere de kullanılabilir. Bkz. von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84, dpn. 11.

Menfaat kavramının, Roma hukuku kaynaklarında farklı kullanım biçimleri bulunmaktadır. Menfaat kavramı; 1) fark anlamına gelecek şekilde, 2) paylaştırma anlamına gelecek şekilde, 3) ikincil nitelikte edimi ifade edecek şekilde, 4) davacının davalıdan talep edebileceği edimin içeriğini ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Topuz, **a.g.e.,** s. 163-169; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 165, dpn. 33

19 Friedrich Mommsen, **Beiträge zum Obligationsrecht II: Zur Lehre von dem Interesse,** 1855, s. 3 vd.; Heinrich Honsell, "Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadenersatzrecht", **JuS,** 1973, s. 69, dpn. 4; Hans Bernhard Rengier, **Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse,** Berlin, 1976, s. 41; Keuk, **a.g.e.,** s. 15, dpn. 25.

-*Roma hukukunda*, *On İki Levha Kanunu döneminde* zarar verenin para cezası ödemekle yükümlü olması fikri kabul görmüştür. Zararın tazmini düşüncesinden ziyade, zarar vereni cezalandırma düşüncesi hakimdir. *Lex Aquilia döneminde* ise, hakim, her şikayete konu olan olayda[20], borçluyu malın *"objektif değerini"* ödemeye mahkum etmiştir[21]. Bu yöntemde, gerçekte, zarar gören malın değerinin piyasa değerinin altında olup olmadığı ya da zarar gören açısından ifade ettiği değer gibi hususlar göz önüne alınmamaktadır. Zararın belirlenmesi bakımından, malın son bir yıl içerisindeki en yüksek değeri, son otuz gün içerisindeki değeri gibi kıstaslara dikkat edilmektedir[22]. Sonraları *Klasik hukuk dönemi* başlarından itibaren *"davacının menfaati"* anlamına gelen *"id quod interest"*[23] ifadesi, Romalılar tarafından kullanılmaya başlanmıştır[24]. Bu kavramla, ifanın elde edildiği ihtimalde, alacaklının ne durumda olacağı kastedilmiştir[25]. Menfaat kavramının hukuk hayatına girmesiyle, zarar görenin malının *"objektif değerini aşan diğer menfaatleri"* de zarar hesaplanırken nazara alınmaya başlanmıştır[26]. Id quod interest, hakime, zararı belirlerken belirli bir şekilde hareket etmesi için, bir formül sunmamaktadır. Her

---

20 Bu dönemde, her somut olayın koşullarına göre değişkenlik arz eden bir menfaat anlayışı mevcuttur (somut olay menfaati). Bkz. Topuz, **a.g.e.,** s. 134.

21 **HistK-Schermaier,** § 280-§ 285, N. 46; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 163; Dieter Medicus, **Id Quad Interest: Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes,** Köln, Böhlau Verlag, 1962, s. 238, 239.

22 Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 163.

23 das Interesse (menfaat) kelimesi, Corpus Iuris Civilis'te yer alan *"id quod interest"* ifadesinden gelmektedir.

24 Medicus, **Id Quod Interest,** s. 299 vd.; Honsell, **Interessebegriff,** s. 69; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84, dpn. 11; Lüchinger, **a.g.e.,** dpn. 57; Schwarz, **a.g.e.,** s. 123; Ergüne, **a.g.e.,** s. 23; **HistK-Schermaier**, § 280-§ 285, N. 47; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 165; Topuz, **a.g.e.,** s. 133.

25 **HistK-Schermaier,** § 280-§ 285, N. 47.

26 Medicus, **Id Quod Interest,** s. 299 vd.; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 165 vd.; Topuz, **a.g.e.,** s. 134; Ergüne, **a.g.e.,** s. 23; **Gottfried Schiemann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz,** Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005, N. 23, s. 13,14; Max Kaser, **Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klasischen romischen Recht,** München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1935, s. 5 vd.

Örneğin çalınan veya tahrip edilen bir belgenin, sadece objektif değerinden mi hareket edilmeli, yoksa bu belgenin telef olması yüzünden mirasçıların kaybettiği menfaatler de mi esas alınmalıdır? Klasik dönem Roma hukukçuları, çoğu durumda malın objektif değerinden daha yüksek bir değere hükmetmesi için, hakime imkân sağlamışlardır. Bkz. Medicus, **Id Quod Interest,** s. 329; Topuz, **a.g.e.,** s. 150.

somut olaya göre, farklı *"değerlendirmeler"* yapılacaktır[27]. Objektif değerin tespit edilemediği veya objektif değerin hakkaniyeti sağlamaya yetmediği durumlarda, *"quod interest"* olarak belirlenen miktar; objektif değerin üzerine de çıkabilecek, altında da kalabilecektir. Kural olarak *"kaçırılan kazanç miktarının"* da *"quod interest"* olarak hesaplanması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu kabul, bir ilke halini almamıştır[28]. Bu dönemde, menfaatle zarar arasındaki ilişki tam olarak açık olmasa da, kesin olan, menfaatin *(quod interest)* sadece *"fiilî zarar"* olarak *(damnum)* görülmediğidir[29]. *Klasik sonrası dönemde* de, zarar belirlenirken, zarar görenin özel koşulları dikkate alınarak, zarar görene menfaati ne gerektiriyorsa o sağlanmıştır. Fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımı teknik olarak yapılmaya başlanmıştır. Klasik sonrası dönemde göze çarpan *Iustinianus* döneminde ise, zararın, malikin *"kişisel menfaatine göre"* belirleneceği kural halini alsa da, kişisel menfaate göre belirlenen zararı esas alan tazminat miktarının, malın objektif değerinin iki katını aşamayacağı şeklinde bir sınırlama getirilmiştir[30].

-*Ortaçağ döneminde* ise, zarar görenin kişisel koşullarını dikkate alan menfaat kavramının, fiilî zarar ve yoksun kalınan kârı kapsadığı ortaya konulmuştur. Buna göre, her damnum emergens ve her lucrum cessans menfaate dahildir ve bunların tümü, illiyet bağı ile bağlı bütün zararları kapsayacaktır[31]. Bu dönemde *Accursius*'un menfaate ilişkin yaptığı tanım, çok uzun süre, menfaat tanımının temelini oluşturmuştur. Buna göre: *"Menfaat, bir malın kendisine özgü değeridir. Bir başka*

---

27 Topuz, **a.g.e.,** s. 138, 147, 148; Kaser, **a.g.e.,** s. 176 vd. Somut olaya göre değerlendirmenin temelinde, objektif kritere mi, sübjektif kritere mi göre hareket edileceği tartışılmıştır. Medicus, hakimin takdir yetkisini; satım fiyatı, malın piyasa değeri gibi objektif kriterlere dayandırmıştır. Bkz. Medicus, **Id Quod Interest,** s. 307, 327. Honsell ise, hakimin gerekli değerlendirmeyi yaparken sübjektif kriterlerden hareket etmesi gerekeceğini, örneğin alıcının aldığı malı tekrar satarak elde edebileceği kazançların da zarar hesabında dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Heinrich Honsell, **Quod interest im bonae fidei iudicium,** München, Verlag C. H. Beck, 1969, s. 174, 175.

28 **HistK-Schermaier,** § 280-§ 285, N. 47; Topuz, **a.g.e.,** s. 150.
Böylece yeknesaklık kazanmamakla birlikte, zararın belirlenmesinde menfaatin esas alınmasıyla yoksun kalınan kazancın tazmini de mümkün hale gelmiştir. Bkz. Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 166.

29 **HistK-Schermaier,** § 280-§ 285, N. 48.

30 Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 169; Topuz, **a.g.e.,** s. 153; Cohnfeldt, **a.g.e.,** s. 206, 207.

31 Hans Josef Wieling, **Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** Köln, Wien, 1970, s. 13; Cohnfeldt, **a.g.e.,** s. 5; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 171; Topuz, **a.g.e.,** s. 155.

deyişle menfaat, ifa etmeme sebebiyle doğan fiilî zarar ve yoksun kalınan kârdır"[32]. Bu dönemde ayrıca, önceki dönemlerde tazminatın sınırlandırılması bakımından getirilen kıstasları hukuki bir temele oturtmak adına, menfaate ilişkin alt ayrımlar yapılmıştır. Bunlar; doğrudan zararı ifade eden *"interesse circa rem"* ve dolaylı zararı ifade eden *"interesse extra rem"* ayrımı ile[33]; zarar görenin özel koşullarını dikkate alan, yani menfaati ifade eden *"interesse singulare"*, malın piyasa değerini dikkate alan *"interesse comnune"* ve malın sözleşmede kararlaştırılan değerini ifade eden *"interesse conventum"* ayrımlarıdır[34]. *Usus Modernus döneminde* de, zararın sınırlandırılması gerektiği görüşü varlığını korumuştur. Doğrudan zararlar dışında kalan zararların tazmin edilmesi bakımından, bazı kıstaslar kabul edilmiştir. Bu dönemde, ilk olarak *"illiyet bağı"* kriterinin kullanıldığı görülmektedir[35]. Diğer bir kriter ise, zarar görenin, zarar verici fiilîn sadece kendisi için öngörülebilir sonuçlarından sorumlu olacağına ilişkin *"öngörülebilirlik"* kriteridir[36]. Üçüncü bir kriter olarak ise, tazminatı *"kusurun derecesine göre belirleme"* kriteri kabul görmüştür[37]. Fakat Usus Modernus'u takip eden doğal hukuk öğretisinde, kusura göre tazminat miktarının belirlenmesinden vazgeçilmiş, hafif ihmalden kaynaklanan zararın tazmini mümkün hale gelmiştir[38].

-19. yüzyılda *Pandekt hukukunda* ise, Mommsen'in açıklamaları etkili olmuştur. Bu dönemde, somut olayda zararın kapsamını belirleyen ve uygulanması mümkün bir formül arayışına gidilmiştir. Mommsen'in fark teorisine göre, hali hazırdaki malvarlığı ile zarar verici olay olmaksızın gerçekleşebilecek varsayımsal malvarlığı arasındaki fark bulunarak zarara ulaşılacaktır. Bu teori, aslında Ortaçağ'da

---

32 Medicus, **Id Quod Interest,** s. 157; Topuz, **a.g.e.,** s. 157; Wieling, **a.g.e.,** s. 13.
Bu tanım iki yönden eleştirilmektedir. Eleştiride bulunanlara göre; ilk olarak bu tanımda menfaat ile zarar eşit tutulmuştur. Ancak bunlar eş değer değildir; zira menfaatin ifade ettiği parasal büyüklük zararın yüksekliğine eşittir. Diğer taraftan, bu tanımda sadece *"ifa etmeme"* nedeniyle doğan taleplere yer verilmesi de eleştiriye müsaittir. Bu eleştiriler için bkz. Wieling, **a.g.e.,** s. 13-17; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 171; Cohnfeldt, **a.g.e.,** s. 6 vd.

33 Wieling, **a.g.e.,** s. 30 vd.; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 172-173.

34 Topuz, **a.g.e.,** s. 156; Wieling, **a.g.e.,** s. 67 vd.; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 173.

35 Wieling, **a.g.e.,** s. 47 vd.

36 Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 174; Wieling, **a.g.e.,** s. 49;.

37 Wieling, **a.g.e.,** s. 60 vd.; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 174.

38 Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 175.

Hotman[39]; 19 yüzyıl ortalarında Puchta, Sintenis, Arndts gibi hukukçular[40] tarafından dile getirilmiş olsa da ilk defa Mommsen'in monografisinde *(Zur Lehre von dem Interesse)* ayrıntılı bir açıklama bulmuştur[41].

Zarar kavramını açıklamaya çalışan fark teorisi görüşünün kurucularından Mommsen[42] de Roma Hukuku kaynaklarına dayanarak menfaat kavramını ortaya koyarken *"id quod interest"* ifadesinden hareket etmiştir. Ona göre, bu ifade bir karşılaştırmaya işaret etmektedir ve bu da menfaat kavramının temelidir[43]. Mommsen'e göre, menfaatten anlaşılması gereken, bir kimsenin malvarlığının iki durumu arasında meydana gelen farktır *(Inter-esse).* Bu iki durum, *zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının arz edeceği durum (varsayımsal malvarlığı) ile zarar verici olay gerçekleştikten sonra malvarlığının arz ettiği durumdur (gerçek malvarlığı).* Buna göre, menfaat kavramı bir karşılaştırmaya işaret etmekte ve bu karşılaştırma sonucu bulunacak fark, zararı oluşturmaktadır. Mommsen, yaptığı bu tarifle, hukuki anlam itibariyle menfaat ve zarar kavramlarını eş tutmuştur. Mommsen 19. yüzyılda menfaat teorisi, yani fark teorisini ortaya koyarken, bu görüşün ilk defa kendisi tarafından ortaya koyulmadığını, menfaatin belirlenmesi için malvarlığı farkından hareket edilmesi gerektiğinin ilk defa *Hotman* tarafından savunulduğunu belirtmiştir. Gerçekten de Mommsen'den önce Hotman tarafından yapılan menfaate ilişkin tanımda, zarar görenin zarardan önceki ve sonraki malvarlığı durumlarının karşılaştırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Hotman'a göre, zarar veren fiil ile illiyet bağı içinde olan tüm zararlar, menfaatin kapsamına dahil olmalıdır ve

---

39 Frane. Hotman, disp. de co quod interest § 1 (Mommsen, **a.g.e.,** s. 4, dpn. 1 ve s. 6, dpn. 4'ten naklen).

40 Puchta, Pandekten, Leipzig, 1845 und 1863, 3. und 9. Auflage, 1863; Puchta, Vorlesung über das heutige römische Recht, 3. Auflage, Leipzig, 1952, § 224; Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, Leipzig, 1844, II, § 86; Ludw. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 5. Auflage, München, 1865, § 206 (Wieling, **a.g.e.,** s. 24'ten naklen).

41 Mommsen, **a.g.e.,** s. 4, 28; **HistK-Schermaier**, § 280-§ 285, N. 55; Wieling, **a.g.e.,** s. 16 vd.; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 175; Topuz, **a.g.e.,** s. 159; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2848.

42 Mommsen, **a.g.e.,** s. 3.

43 Mommsen, **a.g.e.,** s. 3 vd.; Topuz, **a.g.e.,** s. 137; Honsell, **Interessebegriff,** s. 69.

tazmini gerekir[44]. Sonraları Jhering de Mommsen'in görüşü doğrultusunda, menfaati, zarar anlamında kullanmıştır[45]. Bu görüş, doktrinde baskın görüşü oluşturmaktadır[46].

Menfaat kavramının zarar kavramıyla aynı anlamda kullanılmasının arkasında, aslında Accursius'un menfaat tanımı yatmaktadır. Accursius menfaati, fiilî zarar ve kâr mahrumiyeti olarak tanımlamıştır[47]. Bu tanımlama, günümüzde yapılan zarar tanımının temellerini oluşturmaktadır.

Yukarıda da bahsedildiği gibi, bu tanımlama, bugün zarar ile menfaatin aynı anlamda kullanılmasının önünü açmış bulunmaktadır[48]. Mommsen de *lucrum*'un tazmin edilebilmesi bakımından, *"kazancın olası görülmesi"* şartını aramıştır. Ayrıca Mommsen'e göre, *lucrum'*un tazmini, zarar görenin sadece *"kazanç elde edebileceğini"* ispatlamasını değil, *"zarar verici olaydan önce gerekli önlemleri aldığını"* ispatlamasını da şart koşmaktadır[49].

Mommsen'in zarara ilişkin tanımından sonra, doktrinde iki husus tartışılmıştır. İlk tartışma, *id quod interest* ifadesinin, zarar görenin malvarlığına yönelik bir *"karşılaştırmaya"* işaret edip etmediği ile ilgilidir. Belirttiğimiz gibi *Mommsen'e göre,* bu ifade, bir karşılaştırmaya işaret etmektedir.

---

44 Frane. Hotman, disp. de co quod interest, § 1 (Mommsen, **a.g.e.,** s. 4, dpn. 1 ve s. 6, dpn. 4'ten naklen).

45 Rudolf von Jhering, **Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen,** Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher), 4. Band (1861), s. 1-112, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 17-20; Topuz, **a.g.e.,** s. 143.

46 Topuz, **a.g.e.,** s. 144; Ergüne, **a.g.e.,** s. 25; Max Keller**, Das negative Interesse im Verhaltnis zum positiven Interesse,** Aarau, Verlag H. R. Sauerländer & co., 1948, s. 1, 2; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 28, 29; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84; von Büren, **a.g.e.,** s. 80, 81; Keller, Gabi- Bolliger, **a.g.e.,** s. 8; Hans Rudolf Barth, **Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichket der Erfüllung,** Aarau, Verlag H. R. Sauerländer & co., 1958, s. 68, 83; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Schwarz, **a.g.e.,** s. 12: Schwarz'a göre, zararı ifade etmek için kullanılan *"interesse"* kavramı, kaynaklarda *"quod interest"* ve *"quantum interest"* biçiminde geçmektedir. Roma hukukunda bu ifadeyle kastedilen, zarar veren olay ve sonuçlarının gerçekleşmemesindeki menfaattir.

47 Wieling, **a.g.e.,** s. 13.

48 Topuz, **a.g.e.,** s. 158.

49 Mommsen**, a.g.e.,** s. 186 vd.; **HistK-Schermaier,** § 280-§ 285, N. 56.

Fakat doktrinde *Keuk'a göre*[50], *id quod interest* ifadesi, bir karşılaştırmaya (farka) işaret etmeyip, borçlunun usulüne uygun davranması durumunda, alacaklının elde edeceği avantajlı durumu ifade etmektedir. Bu sebeple, *amaç; zarar gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durumun değil, zarar verenin usulüne uygun hareket etmesi halinde ortaya çıkacak durumun yeniden sağlanmasıdır.* Bunun sebebi, zarar görenin menfaatinin, zarar verici olaydan sonra ortaya çıkmayıp, zarar verici olaydan önce zaten mevcut olmasıdır. Zararın tazmini yoluyla, zarar veren kişinin usulüne uygun hareket etmesi halinde oluşacak elverişli durum, yeniden tesis edilecektir.

Honsell'e göre de**,** *id quod interest* ifadesi, Roma Hukuku kaynaklarının hiçbir yerinde fark anlamına gelecek şekilde kullanılmamıştır. Bu ifadeden anlaşılması gereken, *"arada duran şey"* değil, *"dahilinde olan şey"*dir[51]. Yazara göre, zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan önceki ve sonraki durumu arasındaki fark, menfaat *(interesse)* kavramı ile ilgili değildir. *Quod interest* bir hesaplama formülü değil, aksine hakimin serbest tazminat hesaplamasında dikkate alacağı çeşitli zarar kalemleri için genel bir ifadedir[52].

Diğer tartışma konusu ise, menfaat kavramının zarar kavramıyla eş anlamlı bir şekilde kullanılıp kullanılmayacağı ile ilgilidir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi, *Mommsen* yaptığı tarifte, menfaat ve zararı hukuki anlam itibariyle eş değerde kullanmıştır. Sonrasında *Jhering* de Mommsen'in görüşü doğrultusunda menfaat ile zararı eş anlamda kullanmıştır. Fakat menfaat kavramına ilişkin başka bir görüşe göre[53] ise, menfaat ve zarar kavramları aynı anlamda kullanılmamalıdır. Bu görüşe göre, menfaat kavramı tazminat kavramıyla özdeşleştirilmelidir. Zira Roma hukuku

---

50 Keuk, **a.g.e.,** s. 16, 52 vd. Aynı yönde bkz. Honsell, **Quod interest,** s. 174.

51 Honsell, **Interessebegriff,** s. 69, 70; Topuz, **a.g.e.,** s. 142; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 176, dpn. 84.

52 Honsell, **Interessebegriff,** s. 70.

53 Keuk, **a.g.e.,** s. 15, 53; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 58 ve 99-106; Honsell, **Interessebegriff,** s. 70; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 171 vd.; Medicus, **Id Quod Interest,** s. 327 vd. Fikentscher, menfaat kavramını, tazminatın çerçevesi olarak tanımlar. Bkz. Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, **Schuldrecht,** 10. Bası, Berlin, De Gruyter Recht, 2006, s. 329, N. 668 vd. Cohnfeldt'e göre, zarar ile menfaat aynı şey değildir, zararın değeri ile ihlâl edilen menfaatin değeri aynıdır. Bkz. Cohnfeldt, **a.g.e.,** s. 6 vd.

kaynaklarına dayanarak menfaati, malvarlığının iki durumu arasındaki fark olarak tanımlayan Mommsen'in görüşüne katılmak, Roma hukuku kaynaklarında böyle bir dayanak bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmelidir[54]. *Keuk'*a göre, temel gaye, zarar gerçekleşmeseydi, malvarlığının içinde bulunacağı durumun değil, zarar verenin usulüne uygun hareket etmesi halinde ortaya çıkacak durumun yeniden oluşturulması olmalıdır. Bu durum, *"tazminat"* sayesinde, başka bir yolla yerine getirilmiş olacaktır.[55]. *Honsell'*e göre de, menfaatten anlaşılması gereken zararın kendisi değil, zararın tazmininde talep edilebilecek tutardır. Zira, *quod interest* ifadesi, hakimin serbest hesaplamasında dikkate alacağı çeşitli tazminat kalemleri için genel bir ifadedir. Böylece bir arsa satılıp devredilmediği zaman, alıcı arsanın değerinden başka, bu arsayı devraldığında kendisi için daha fazla bir değer ifade edeceğini ileri sürerek bunun da tazminini isteyebilecektir. Bu görüşe göre, menfaat kavramı, alacaklının tazminat yükümlülüğünün kapsamını ve içeriğini belirlemektedir, yoksa zarar kavramını değil[56].

Kanaatimizce, zarar ortaya çıktıktan sonra, zararın belirlenmesi açısından fark teorisinin kabul görmesi neticesinde, diğer bir deyişle objektif değil, sübjektif yöntemin kabulü neticesinde, menfaat kavramını zarar kavramı ile eş görmek mümkündür. Fark teorisine göre, *"zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının arz edeceği durumla (varsayımsal malvarlığı), zarar verici olay gerçekleştikten sonra malvarlığının arz ettiği durum (gerçek malvarlığı) arasındaki fark"***,** zararı belirlemektedir. Diğer bir deyişle, zarar belirlenirken ihlâl edilen malvarlığı değerinin objektif olarak piyasada arz ettiği değer değil, sübjektif olarak zarar görenin menfaatleri dikkate alınmaktadır[57]. Bu sebeple, kişinin menfaatini tespit ettiğini kabul ettiğimiz fark kuramı neticesinde, menfaat ile zararı eşdeğer kabul etmek mümkündür. Diğer yandan fark teorisine göre, tazmin edilecek zarar belirlendikten sonra tazminat miktarının belirlenmesi bakımından hakime geniş bir

---

54 Keuk, **a.g.e.,** 16, 52 vd.; Honsell, **Interessebegriff,** s. 70; Karakaş, Söğütlü Erişgin, **a.g.m.,** s. 171 vd.

55 Keuk, **a.g.e.**, s. 16, 52 vd.: Keuk'a göre, Roma hukuku kaynaklarında yer alan bu ifade ile, malvarlığı farkı yerine, münferit mallar üzerinde olan değer azalması dikkate alınmaktaydı.

56 Honsell, **Interessebegriff,** s. 69, 70.

57 Menfaat, zarar gören kişi için malın sübjektif değeridir. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 482.

takdir yetkisi verilmiştir. Hakim, gerekirse zarar gören kişinin menfaatine göre belirlenen zarar miktarından, failin kusuru, zarar görenin kusuru, zarar verenin yoksulluğa düşecek olması, beklenmedik olayın etkisi gibi sebeplerle indirim yapabileceğinden belirlenen tazminat miktarının, *"menfaate göre belirlenen tazmin edilecek zarar"* miktarından düşük olması mümkün olabilecektir. Bu sebeple, kanaatimizce tazminat ile menfaat kavramlarının eş değer görülmesi yerinde değildir[58].

C. Zarar Kavramına İlişkin Teoriler

Zarar kavramı açısından hukuk sistemlerinde çoğunlukla bir tanım yapılmamış olsa da üzerinde çoğu görüşün birleştiği zarara ilişkin tanımın, malvarlığında rıza dışında meydana gelen eksilme olduğundan bahsettik[59]. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi, zarar iki durum arasında kıyaslama yapılmasını gerektiren bir kavramdır. Kıyaslama yapılacak bu iki durumun neye ilişkin olduğu konusunda ise, doktrinde çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan en temelleri, somut (tâbii) zarar teorisi ve doktrinde baskın olarak kabul edilen fark (menfaat) teorisidir.

1. Fark (Menfaat) Teorisi

Fark teorisine *(Differenztheorie)* göre zarar, *malvarlığının tümünün* zarar verici olay olmasaydı içinde bulunacağı farazi durumla zarar verici olay gerçekleştikten sonra içinde bulunduğu fiilî durum arasındaki farktır[60]. Bu teorinin çıkış noktası, yukarıda da bahsedildiği gibi Freidrich Mommsen'in 1855 yılında yayımlanan eseridir[61]. Bu teori, bazı yönlerden eleştirilse de Türk, İsviçre ve Alman doktrininde baskın olarak kabul edilmiştir[62].

---

58 Bu yönde doktrinde Ergüne de menfaat ile tazminatı eş değer gören yazarların gerekçelerinin menfaat ile zararın eş değer görülmesini engelleyecek nitelikte olmadığını, esasen bu yazarların Mommsen'in zararın belirlenmesi bakımından fark teorisini kabul etmemelerinden dolayı bu yönde bir kabul zorunluluğunda kaldıklarını ifade etmektedir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 25.

59 Birinci Bölüm, I, A.

60 Mommsen, **a.g.e.,** s. 3 vd.; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.03.

61 Mommsen, **a.g.e.,** s. 3 vd.

62 Türk hukuku için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 548; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 64; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 446; Çakırca, **a.g.e.,** s. 16; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2,** 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 113; Eren, **a.g.e.,** s. 547.

Bu teoriye göre zarar, malvarlığının fiilî durumunda meydana gelen eksilme ile farazi olarak içinde bulunacağı durumda meydana gelecek artışların engellenmesinden kaynaklanan eksilmelerden oluşmaktadır[63]. Diğer bir deyişle, zararın kapsamına, hem fiilî zarar *(damnum emergens)* hem de kâr mahrumiyeti *(lucrum cessans)* girmektedir. Bu teori, zararı, matematiksel olarak ele almakta ve soyut bir biçimde değerlendirmektedir[64].

Malvarlığının iki durumu arasında karşılaştırmayı gerektiren fark teorisine göre, fiilî zarar ve kâr mahrumiyetinin belirlenmesinde ayrı iki durumun karşılaştırılması gerekecektir. Bu hususta durumu şu şekilde formülize etmek, konunun anlaşılması bakımından kanaatimizce önem arz etmektedir[65]. Fiilî zarar belirlenirken; malvarlığının *"zarar verici olay öncesi durumu(a)"* ile *"bu olay sonrasındaki hali hazırdaki durumu(b)"* karşılaştırılacaktır. Kâr mahrumiyeti belirlenirken ise, *"zarar verici olay olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum(c)"* ile *"malvarlığının zarar verici olay öncesi durumu(a)"* karşılaştırılacaktır[66]. Bu ikisinin toplamı da zararı oluşturacaktır. Aslında sonuç

İsviçre hukuku için bkz. Bucher, **a.g.e.,** s. 341; von Büren, **a.g.e.,** s. 42, 43; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84; Oftinger, Stark, **a.g.e.,** § 2, N. 9; Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts,** 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000, § 10, N. 18, 34; Max Keller, Sonja Gabi-Bolliger, **Das schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht,** 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988, s. 8; Roland Brehm, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen,** 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2006, Art. 41, N. 70 b; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 151, 153; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 52; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2848-2852.

Alman hukuku için bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 27, 28; Larenz, **a.g.e.,** s. 480 vd.; Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı,** s. 77; **MünchK-Oetker,** § 249, N. 16; Schlechtriem, **a.g.m.,** s. 244; Peter Schlechtriem, Martin Schmidt-Kessel, **Schuldrecht Allgemeiner Teil,** 6. Bası, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2005, Kap. 6, N. 255-259; Honsell, **Interessebegriff,** s. 69; Esser, Schmidt, **a.g.e.,** s. 183.

Aksi yönde bkz. Dieter Medicus, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil,** 16. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2005, N. 595. Yazar BGB § 249/f. 1'in aynen tazmin ilkesine yer vermesinden hareket ederek, zararın belirlenmesinde her zaman malvarlığının iki durumu arasındaki farkın esas alınmasına, yani diğer bir deyişle zararın her zaman nakden karşılanmasına karşı çıkmaktadır.

63 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 52.

64 Akünal, **a.g.e.,** s. 52.

65 Bu formül için bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 17.

66 Kâr mahrumiyetinin belirlenmesinde karşılaştırılacak değerlerin, fiilî zarardan farklı olması gerektiğine ilişkin bkz. Honsell, **Interessebegriff,** s. 70; **BernerK-Brehm,** Art. 41, N. 70e; Oftinger, Stark, **a.g.e.,** § 2, N. 11; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g..e,** s. 11.

olarak, zarar verici olay olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum ile malvarlığının zarar sonrası halihazır durumu arasındaki *fark* bulunmuş olacaktır. Zira toplam zarar; (a-b)+(c-a); yani kısaca (c-b) olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, fiilî zarar ve kâr mahrumiyetinin toplamı yoluyla bulunan zarardan; eksilmeye yol açan olayın, malvarlığında yarattığı olumlu etkiler de dikkate alınmalıdır. Zira bu teori, zararı bir bütün olarak ele almaktadır. Zarar verici olayın, malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanında olumlu etkileri de hesaba katılacağından, ancak olumsuz etkiler olumlu etkilerden fazla ise, zarar söz konusu olabilecektir. Böylece yarar ve zarar denkleştirilmiş olacaktır[67].

Doktrinde fark teorisinin, malvarlığında eksilmeye yol açan durum olmasaydı içinde bulunulacak olan farazi durumun tesisini amaçlayan aynen tazmini açıklamakta eksik kaldığı ileri sürülmektedir[68]. Çünkü aynen tazminde, zararın hesaplanmasında, bütün malvarlığı üzerinden değil, sadece zarar gören malvarlığı değeri üzerinden hareket edilmekte ve onun üzerindeki somut zarar giderilmektedir[69].

2. Somut (Tâbii) Zarar Teorisi

Somut zarar teorisine[70] *(die konkrete Schadenstheorie)* göre zarar, bir kimsenin sahip olduğu maddi ve manevi varlıklarda meydana gelen eksilme veya olumsuz değişikliklerdir. Zarar belirlenirken; *tüm malvarlığı değil, sadece ihlâle uğrayan hak konusu varlığın kendisinde* meydana gelen eksilme ya da değişiklikler göz önünde

---

67 Ergüne, **a.g.e.,** s. 17; Akünal, **a.g.e.,** s. 53 ve 59, 60; Çakırca, **a.g.e.,** s. 17.

68 Çakırca, **a.g.e.,** s. 18; Akünal, **a.g.e.,** s. 58, Ergüne, **a.g.e.,** s. 18; **MünchK-Oetker,** § 249; N. 21. Fark teorisi, aynen tazmini açıklamakta eksik kaldığı, uygulamada fark teorisine göre tazminat hesaplaması yapılmadığı, sözleşmeden doğan sorumluluk alanında olumlu ve olumsuz zarar arasındaki farkı belirlemede yardımcı olmaması dolayısıyla eleştiriye uğramaktadır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 64 vd.

69 Akünal, **a.g.e.,** s. 55; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 70 ve N. 81.

70 Bu teori ilk olarak doktrinde Fischer tarafından ortaya atılmıştır. Bkz. Hans Albrecht Fischer, **Der Schaden nach dem BGB,** Jena, 1903, s. 1 vd. Fark teorisine yönelttiği eleştiriler sonucu bu teorinin doğumuna yol açanlardan bir diğeri de Oertmann'dır. Bkz. Paul Oertmann, **Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht,** Berlin, Guttentag, 1901, s. 5 vd. Bu teori, günümüzde de bazı yazarlarca savunulmaktadır. Bkz. Koller, **OR Band II,** s. 154, N. 59. Bu teoriye ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 15-17, 52, 112; Wolf, **a.g.m.,** s. 577-578; Honsell, **Interessebegriff,** s. 69-75; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 6-7, 16; Akünal, **a.g.e.,** s. 53 vd.

tutulmalıdır. Bu teoriye göre, sorumluluğu doğuran olay gerçekleşmeseydi sadece *"hak konusu varlığın"* içinde bulunacağı farazi durumla, şimdiki fiilî durumu arasındaki fark, zararı oluşturmaktadır[71].

Bu teoriyi ileri sürenlere göre, zararın giderilme şekillerinden aynen tazmin yolu[72], zarar kavramı ancak bu şekilde açıklanırsa anlam kazanacaktır[73]. Sonuç olarak aynen tazmin yolu, ihlâle uğrayan hak konusunda meydana gelen somut değişikliğin giderilmesi yoludur. BGB § 249'da da aynen tazmine, nakden tazmine nazaran öncelik tanınmış olması, zararın bu şekilde açıklanması yaklaşımını desteklemektedir[74].

Diğer yandan zarar kavramını, mutlaka *"malvarlığında"* bir eksilme olarak algılamak, malvarlığında bir eksilme olmamasına rağmen hak konusu varlıkta eksilme olduğu durumları açıklayamamaktadır. Bu duruma örnek olarak doktrinde, arabası rızası hilafına istemediği bir renge boyanan kişinin malvarlığında bir eksilme olmamasına rağmen, söz konusu varlıkta hak sahibi açısından telafisi gereken olumsuz bir eksilme oluşması örneği verilmektedir[75]. Bunun gibi bir kişinin başka bir kişinin taşınmazında estetik duyguları rahatsız eden bir heykeli ortadan kaldırması ve bunun sonucunda taşınmazın değerinin artması durumunda, taşınmazın sahibinin, malvarlığında eksilme olmasa dahi, ortadan kaldırılan heykel dolayısıyla tazminat isteyebilme hakkı olmalıdır. Bu durumda da malvarlığında eksilme olmasa dahi, hak

---

71 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 15; Ergüne, **a.g.e.,** s. 19; Çakırca, **a.g.e.,** s. 15; Zeuner, **a.g.m.,** s. 380; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 29; Akünal, **a.g.e.,** s. 53-60; Oertmann, **a.g.e.,** s. 7.

72 Aynen tazminde; zararın ortaya çıkmasından önceki başlangıçtaki durumun değil, zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunulacak durumun tazmin edileceği, çok göz önünde bulundurulmamaktadır. Bu son durum, her zaman başlangıçtaki durumla aynı değildir. Arada gerçekleşebilecek gelişmeler, mümkün mertebe göz önüne alınmalıdır. Hakim, *"zarar verici olay gerçekleşmeseydi, zarar gören bugün ne durumda olurdu?"* sorusunu sormalıdır. Böylece, zarar görene, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durum sağlanmalıdır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 67.

73 Koller, **OR Band II,** s. 154, N. 59.

74 Oertmann, **a.g.e.,** s. 7 vd. Bu görüş, doktrinde İsviçre ve Türk hukukunda, Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi aynen tazmine öncelik tanıyan bir hüküm olmadığı, bu hususta hakime bir takdir yetkisi verilmiş olduğundan hareketle uygun bulunmamıştır. Bkz. Akünal, **a.g.e.,** s. 57; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht,** 1. Halbband: Art.1-183, 2. Auflage, Schultess&Co., Zürich, 1929, Art. 41, N. 74.

75 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 7.

konusu malda eksilme gerçekleşmiştir. Somut zarar teorisine göre, fark teorisi, zor anlaşılabilir olan malvarlığı kavramının daha açık bir şekilde ifade edilmesini gerektirdiğinden pratik görülmemektedir[76].

Somut zarar teorisi, kaynağını denkleştirme kurumundan almaktadır[77]. Bu teoriyi ileri sürenler bakımından, fark teorisine göre hesaplamaya getirilecek bir diğer eleştiri de fark teorisinin denkleştirme kurumunun bağımsızlığını ve önemini yitirmesine sebep olmasıdır. Zira zarar verici olay sonrası ve öncesi iki malvarlığı değeri arasındaki farka göre zararın hesaplanmasında, zarar verici olayın bütün olumlu ve olumsuz sonuçları bir arada değerlendirilerek işlem yapılmaktadır. Bu durum ise, denkleştirme kurumunun bağımsızlığını yitirerek, hesap işleminin bir unsuru haline gelmesine yol açmaktadır[78].

Görüldüğü gibi bu teori, sadece malvarlığı zararlarını dikkate alan fark teorisinin eksikliğini gidermiş olmaktadır. Ancak bu teori, yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan malvarlığı zararının nasıl hesaplanacağı hususunu açıklamakta eksik kalmaktadır[79].

3. Teorilerin Değerlendirilmesi

Bu teoriler birlikte değerlendirildiğinde en dikkat çeken husus, somut zarar teorisi ve fark teorisinin birbirini dışlamamasıdır. Her iki teorinin savunucuları, kullandıkları tanımın somut olay açısından uygun düşmediği her durumda, diğer teoriye yollamada bulunmuşlardır. Örneğin, somut zarar teorisinin savunucuları, bu teoriye aynen tazminin mümkün olduğu hallerde başvurulması gerektiği, nakden tazminin gerektiği hallerde ise, fark teorisinin uygulanması gerektiğini ifade

---

76 Koller, **OR Band II,** s. 140, N. 10.

77 Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 29; Ergüne, **a.g.e.,** s. 19, dpn. 37; Çakırca, **a.g.e.,** s. 15.

78 Oertmann, **a.g.e.,** s. 10, 11. Bu eleştiri, doktrinde, fark teorisine göre zararın hesaplanmasında tüm malvarlığının göz önünde tutulmasının, zarar verici olay sonucu ortaya çıkan tüm yararların, herhangi bir değerlendirmeye tâbi tutulmaksızın hesap işlemine tâbi tutulacağı sonucunu doğurmayacağından, uygun bulunmamaktadır. Malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu saptanırken, hangi kalemlerin olumlu değer olarak hesaba katılıp katılmayacağı *denkleştirme kurumuna dayanılarak* değerlendirilecektir. Bu da denkleştirme kurumunun uygulandığını göstermektedir. Bkz. Akünal, **a.g.e.,** s. 59.

79 Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 29; Ergüne, **a.g.e.,** s. 20; Çakırca, **a.g.e.,** s. 15.

etmiştir[80]. Aynı şekilde, fark teorisinin kurucularından sayılan Mommsen de, malvarlığında meydana gelen eksilmenin aynen tazmin edilmesinin mümkün olduğu hallerde, artık malvarlığına ilişkin değer belirlemeye gerek olmadığını ve somut zarar teorisinin uygulanacağını ifade etmiştir[81]. Somut olayda aynen ya da nakden tazminden hangisinin daha uygun olduğuna karar verecek kişi, hakimdir (TBK m. 51, MK m. 4). Fakat tazminat çeşitlerinden birine hükmedilmesi, diğer tazminat çeşidi açısından değerlendirme yapılmayacağı anlamına gelmez. Örneğin, aynen tazmine hükmedilmesi sonucu, onarılan malın değerinde meydana gelen azalma, nakden tazmin yoluyla giderilecektir. Bu durumda da fark ve somut zarar teorileri bir arada uygulanmış olacaktır[82].

İki teori değerlendirildiğinde, aslında iki farklı zarar kavramından ziyade zararın iki farklı şekilde tazminine işaret edildiği anlaşılmaktadır[83]. Zira, somut zarar teorisi aynen tazmine, fark teorisi ise nakden tazmine işaret etmektedir. Zarar görenin aynen tazmini talep ettiği durumda, bütün malvarlığını dikkate alan fark teorisine göre hesaplama yapmak, bu duruma uygun düşmeyecektir. Aynı şekilde, zarar verici olayın sadece hak konusu mal üzerinde değil de, malvarlığında bulunan diğer değerler üzerinde de olumsuz sonuçlar doğurduğu durumlarda, somut zarar teorisine göre zararın hesaplanması uygun olmayacaktır[84]. Bu sebeple, kanaatimizce teorilerin savunucularının yaptığı gibi bu teorileri birbirini tamamlayacak şekilde benimsemek en isabetli yaklaşım biçimi olacaktır.

D. Zarar- Tazminat İlişkisi

Hukuki açıdan zarardan bahsedebilmemiz için, malvarlığında meydana gelen azalmanın aynı zamanda *tazmin edilebilir olması gerekir.* Kişi, malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesi için, borçludan tazminat talep edecektir. Zararın miktarının belirlenmesi, en nihayetinde tazminatın hesaplanması açısından gerekli

---

80 Oertmann, **a.g.e.,** s. 8 vd. ve s. 59 vd.; Fischer, **Schaden,** s. 26; Neuner, **a.g.m.,** s. 286-287, 307, 312 vd.; Çakırca, **a.g.e.,** s. 23; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 16.

81 Mommsen, **a.g.e.,** s. 13.

82 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 16.

83 Çakırca, **a.g.e.,** s. 23; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 16; Zeuner, **a.g.m.,** s. 383; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 81.

84 Ergüne, **a.g.e.,** s. 21; Çakırca, **a.g.e.,** s. 23-24.

olduğundan, tazmin edilebilecek zarar, ancak malvarlığında rıza dışı eksilme sonucu ortaya çıkan zararlar olacaktır.

Tazminat ile zarar arasında sıkı bir ilişki bulunsa da bu iki kavram birbiriyle karıştırılmaması gereken kavramlardır. Zarar, maddi veya manevi varlığımızın, zarar verici olayın gerçekleşmesinden önceki hali ile gerçekleştikten sonraki hali arasındaki farkıdır. Konumuzla bağlantılı olarak sözleşmesel sorumluluk alanında tazminat ise, borçlu tarafından sözleşme ihlâl edilmeseydi zarar görenin malvarlığı ne durumda bulunacak idiyse o durumun yeniden sağlanmasına hizmet eden bir kurumdur[85].

Zararın belirlenmesi ve tazminatın hesaplanması için, TBK m. 114/f. 2'nin atfı uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 50 vd. hükümleri, sözleşmenin ihlâli durumuna da kıyasen uygulanacaktır[86].

Kural olarak tazminat, zararı tamamen karşılayacak genişlikte olmalıdır. Buna *"tam tazmin ilkesi"* denir[87]. Aynı zamanda tazminatın, zararın azami miktarını da aşmaması gerekir[88]. Tazminatın işlevi, telafi edicilikten öteye geçmemelidir. Diğer bir deyişle, zarar gören, tazminat sayesinde, zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirilmemelidir[89]. Çünkü tazminatın amacı, zarar göreni zenginleştirmek ya da zarar vereni cezalandırmak değil; ortaya çıkan zararı gidermektir[90]. Fakat tam tazmin ilkesinin uygulanmasının, bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği düşünülerek, somut

---

85 Feyzioğlu, **a.g.e.,** s. 472; Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 43; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 252; Oftinger, Stark, **a.g.e.,** s. 91, N. 66.
Tazminat, sözleşme dışı sorumlulukta, birincil edim yükümlülüğü iken; sözleşme sorumluluğunda, ikincil edim yükümlülüğü oluşturmaktadır. Bkz. Schwenzer, **a.g.e,** N. 14.01.
Olumlu zararın tazmini, her zaman para yoluyla mümkündür. Aynen ifa yoluyla tazminat, olumlu zararın tazmininin istendiği durumlarda söz konusu olmaz. Bkz. Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.30. Ancak kanaatimizce zarar görenin, üçüncü şahsa karşı yüklenmiş olduğu borcun *(Haftungsinteresse),* zarar veren tarafından üstlenilmesi veya ifa edilmesi şeklinde bir aynen tazmin usulü, olumlu zararın tazmini çerçevesinde uygulama alanı bulabilir.

86 Y. HGK 04.05.2005 E. 2005/13-289 K.2005/306 (kazancı).

87 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 49; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 315.

88 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 430; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 43.

89 Keller**, a.g.e.**, s. 2; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 34. Tazminatın telafi edici fonksiyonundan, Borçlar Hukuku alanında zararın ekonomik bir anlayışa dayandırıldığı sonucuna ulaşılır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 40

90 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 49; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 252 vd.

olaydaki bazı özel sebeplerin tazminattan indirime yol açacağı düzenlenmiştir. Bu durum, TBK m. 51 ve m. 52'de ifadesini bulmuştur. TBK m. 51/f. 1'e göre, *"Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler."*. TBK m. 52'ye göre ise, *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. (f. 1) Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir. (f. 2)"*.

Somut olayda bu sebeplerin bulunması halinde, hakime tazminattan indirim yapma, hatta bazen tazminata hiç hükmetmeme yetkisi verilmiştir[91]. Bu da göstermektir ki, zarar kavramı, zararın telafisini amaçlayan tazminat kavramıyla aynı değildir.

II. Olumlu Zarar Kavramı ve Diğer Zarar Türleriyle Karşılaştırılması

Zarar kavramına ilişkin yeknesak bir tanım verilemeyişinin altında yatan sebep, gerçekleşebilecek tüm halleri kapsayacak şekilde bir tanım verilmesinin mümkün olmayışıdır[92]. Hukuk öğretisi, birden fazla zarar ayrımına gitmek suretiyle zarar kavramını açıklığa kavuşturmak istemiştir. Olumlu zararın hangi koşullarda ortaya çıkabileceğini anlamak açısından ve hangi zararların olumlu zarar olarak kabul edilemeyeceğini açıklamak açısından diğer zarar türlerinin neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Zarar kavramı denilince, ilk akla gelen maddi zarar[93]-manevi zarar[94] ayrımıdır. Diğer ayrımlar ise, fiilî zarar-yoksun kalınan kâr, mevcut zarar-müstakbel zarar-muhtemel zarar, doğrudan zarar- dolaylı zarar- yansıma zarar, olumlu zarar-olumsuz

---

91 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 68; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 49.

92 Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 26, dpn. 2; Esser, Schmidt, **a.g.e.,** s. 179, dpn.1; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 39; Çakırca, **a.g.e.,** s. 11.

93 Eren, **a.g.e.,** s. 545 vd.; Topuz, **a.g.e.,** s. 11 vd.;

94 Çakırca, **a.g.e.,** s. 27; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1290; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 548; Eren, **a.g.e.,** s. 555; Ergüne, **a.g.e.,** s. 12.

zarar ve bunlar bağımsız olarak normatif zarar şeklindedir. Biz konumuz gereği, bu bölümde, öncelikle olumlu zararın olumsuz zarar kavramından[95] farklarını ortaya koyup sonrasında; olumlu zararın, zarara ilişkin diğer ayrımlarla olan ilişkisi üzerinde duracağız.

A. Olumlu Zarar Kavramı ve Olumsuz Zarar Kavramıyla İlişkisi

1. Olumlu Zarar Kavramı

a. Kavram

Borcun ifasından alacaklının sağlayacak olduğu menfaat, ifa menfaatidir. Bu menfaatin, ifa etmeme yüzünden elde edilememiş olmasından doğan zarar ise, olumlu zarar olarak ifade edilir[96]. Bu sebeple, ifa menfaati *(Erfüllungsinteresse)* ve ifa etmeme nedeniyle uğranılan zararın eş anlamlı olarak kullanılması mümkündür[97].

Olumlu zarar, sadece sözleşmesel sorumluluk alanında karşımıza çıkan bir kavramdır. Her sözleşme ihlâli neticesinde, olumlu zarar oluşmasa da (örneğin, özen yükümlülüğünün ihlâli, sözleşmenin müspet ihlâli); her olumlu zarar, bir sözleşme ihlâli neticesinde meydana gelir[98]. Sadece sözleşmesel sorumluluk alanına dahil olan olumlu zarar (müspet zarar) kavramına ilişkin genel olarak bir tanım vermek gerekirse; olumlu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarardır[99] *(das positive Interesse,*

---

95 Roma Hukuku'nda terminolojik olarak ne olumlu-olumsuz menfaat ayrımına ne de buna karşılık gelen olumlu-olumsuz zarar ayrımına rastlanmadığı, ancak böyle bir adlandırma yapılmasa da olumlu ve olumsuz zararın tazmin edildiğine ilişkin bkz. Topuz, **a.g.e.,** s. 90 ve 92; Medicus, **Id Quod Interest**, s. 313; **HistK-Schermaier,** § 280-§ 285, N. 49. Zira Romalılar terminolojik olarak olumlu-olumsuz menfaat ayrımını bilselerdi bir karşılaştırma yapmış olmaları gerekirken, böyle bir karşılaştırma yapmamışlardır. Bkz. Medicus, **Id Quod Interest,** s. 312 vd.

96 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Eren, **a.g.e.,** s. 1056; Topuz, **a.g.e.**, s. 89; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1266. Y. HGK 05.07.2006 E. 2006/13-499 K. 2006/507 (kazancı).

97 Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini,** İzmir, 1995**,** s. 68.

98 Keller, **a.g.e.,** s. 4.

99 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 114, 213; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 63-66; Karl Scherrer, **Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen,** Zürich, 1930, s. 1; Keller, **a.g.e.,** s. 4; **BernerK-Weber**, Art. 97, N. 210; Jhering, **a.g.m.,** s. 17-18; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s.

Nichterfüllungsschaden)[100]. Diğer bir ifadeyle, alacaklının *malvarlığının*, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden içinde bulunduğu durum ile borcun gereği gibi ifası halinde içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktır[101]. Dikkat edilirse, ifa menfaatinden, sadece edimin yerine getirilmesine olan menfaat[102] değil; edimin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesine olan menfaat, yani sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine ve ifa zamanına riayet edilerek ifa edilmesine ilişkin menfaat anlaşılmaktadır[103].

Bu zararın olumlu zarar olarak tanımlanmasının sebebi, *"eğer sözleşme zamanında ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, zarara uğrayan tarafın şu anki malvarlığı durumu ne olacaktı?"* şeklinde olumlu bir soru sorulmasını gerektirmesidir[104]. Diğer bir deyişle, olumlu zararın, sözleşmenin geçerli olması gibi olumlu bir şeyi; olumsuz zararın da sözleşmenin kurulmamış veya geçersiz olması

426; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Havutçu, **a.g.e.,** s. 68, Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1266 vd.; Eren, **a.g.e.,** s. 1082.

100 *"positiver Schaden"* ifadesinden anlaşılması gereken ise, olumlu zarar değil, fiilî zarardır *(damnum emergens)*. Bkz. von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 85, dpn. 13; Bucher, **a.g.e.,** s. 342, dpn. 55; Ergüne, **a.g.e.,** s. 57, dpn. 186; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme,** Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 240, dpn. 2. Bu ifadeden anlaşılması gerekenin, olumlu zararın *"kâr mahrumiyeti (lucrum cessans)"* kısmı olduğuna yönelik bkz. Keller, **a.g.e.,** s. 2; Havutçu, **a.g.e.,** s. 68, dpn. 2. Doktrinde Koller ise, positiver Schaden ifadesini fiilî zarar *(damnum emergens)*, negativer Schaden ifadesini ise kâr mahrumiyeti *(lucrum cessans)* yerine kullanmıştır. Bkz. Koller, **OR Band II,** s. 140, N. 9.

101 Keller, **a.g.e.,** s. 4; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 86; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** s. 158, N. 2897, 2898; Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1,** 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1979, s. 99; Paul Lemp**, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges,** Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1939, s. 146; Rengier, **a.g.e.,** s. 49; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 426; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1266; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 806; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** Fasikül Halinde, t.y., § 26, N. 167; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Havutçu, **a.g.e.,** s. 68; Ergüne, **a.g.e.,** s. 55-57; Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 745; Topuz, **a.g.e.,** s. 94. Ayrıca bkz. Y. 13. HD. T. 26.03.1981 E. 1411 K. 2138 (Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk,** Öğreti ve Yargıtay Kararları, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Bası, İstanbul, 2003, s. 86, 87, dpn. 61); Y. 13. HD. T. 25.05.1993 E. 2905 K. 4544 (kazancı).

102 Örneğin, bir verme borcunda, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin ifasının borçlunun kusuru sebebiyle imkânsız hale getirilmesi durumunda; malın değeri ve bu mal teslim edilseydi alacaklının bundan elde edebileceği diğer kazanç ve menfaatlerin tutarı, olumlu zararı teşkil edecektir.

103 Hatta doktrinde daha da geniş ifade edilerek, olumlu zararın, sadece edimin gereği gibi ifa edilmesine menfaat değil, alacaklı açısından herhangi bir faydalı durumun oluşacak olmasına menfaat olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple, ifa menfaati ifadesindense *(Erfüllungsinteresse),* olumlu sözleşme menfaati ifadesi *(positives Vertragsinteresse)* kullanılmalıdır. Bkz. Keller, **a.g.e.,** s. 3

104 Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 745.

gibi olumsuz bir şeyi gerektirmesinden hareketle, olumlu ve olumsuz zarar ayrımında bulunulmuştur[105]. Ayrıca olumlu zarar, *"olumlu"* bir sonuca yöneliktir. Hiç ya da gereği gibi yapılmamış olan ifanın sonucu olarak, borç zamanında ve gereği gibi ifa edilseydi alacaklının içinde bulunacağı farazi durumun *(status ad quem),* tazminat yoluyla sağlanması hedeflenmektedir[106]. Görüldüğü gibi olumlu zarar, borcun ifası halinde alacaklının sahip olacağı menfaate tekabül etmektedir[107]. Bu sebeple, olumlu zararın tazminine, ifanın surrogatı da denilebilecektir[108].

Olumlu zararın tazmininin görünüm hallerine aşağıda ayrıntısıyla değinilecektir[109]. Ancak burada da özetle belirtmemiz gerekirse, olumlu zararın tazmini tartışması; borcun ifasının kusurla imkânsız hale gelmesinde, borcun gereği gibi ifa edilmemesinde, temerrüde düşen borçludan gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde ya da temerrüt halinde ifadan vazgeçilip tazminat istenmesinde, sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesinde ve istisnai olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğunda olumsuz zararı aşan zararın varlığı durumunda gündeme gelir[110].

b. Unsurları

(1) Konusu

Olumlu zararda, alacaklının, sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun açıklamış olduğu edim taahhüdünü gereği gibi yerine getireceğine ilişkin haklı beklentisi korunmaktadır. Diğer bir deyişle, olumlu zarar ile korunan menfaat, sözleşmede kararlaştırılmış olan ifaya yöneliktir (İfa menfaati)[111].

---

105 Keller, **a.g.e.,** s. 5 ve 12, Buz, **a.g.e.,** s. 239, dpn. 1; Ergüne, **a.g.e.,** s. 55.

106 Keuk, **a.g.e.,** s. 162; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 66; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.30; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 114 vd.; Keller, **a.g.e.,** s. 13; Bucher, **a.g.e.,** s. 342; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Havutçu, **a.g.e.,** s. 68; Ergüne, **a.g.e.,** s. 57;Topuz, **a.g.e.,** s. 94; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2898.

107 Ergüne, **a.g.e.,** s. 56.

108 Keller, **a.g.e.,** s. 14; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 583, 632; Ergüne, **a.g.e.,** s. 57.

109 Aşağıda bkz. İkinci Bölüm, I.

110 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 427; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2900.

111 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Eren, **a.g.e.,** s. 1082; Topuz, **a.g.e.**, s. 89; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1266 vd.; Havutçu, **a.g.e.,** s: 68.

(2) Kural Olarak Geçerli Bir Sözleşme Bulunması

İfa menfaatini hedefleyen olumlu zararın varlığı için, kural olarak geçerli bir sözleşmenin varlığı gereklidir[112]. Geçerli bir sözleşmeden anlaşılması gereken, sözleşmenin geçerlilik şartlarına uygun bir şekilde kurulmuş ve sözleşmenin sona erme sebeplerinden biriyle sonlandırılmamış sözleşmedir. Bu geçerli olarak kurulmuş ve sona erdirilmemiş olan sözleşmeden doğan borca aykırılık halinde, alacaklı açısından olumlu zarar doğmuş olacaktır. Ancak bu durumun istisnası sürekli borç ilişkilerinin feshi halidir. Bu durumda, sözleşme sona erdirilse de olumlu zararın doğması mümkün olacaktır[113]. Bunun gibi *culpa in contrahendo'*dan doğan sorumluluk hallerinde sözleşmenin hükümsüz kılındığı bazı durumlarda da olumsuz zararı aşan olumlu zararın talep edilmesi mümkün olacaktır[114].

(3) Borca Aykırı Davranış Bulunması

Bir sözleşmenin, sadece hiç ifa edilmemesi durumunda değil, gereği gibi ifa edilmemesi durumunda da olumlu zarar oluşur (TBK m. 112, İsv. BK m. 97). Bu durumlar, ifa imkânsızlığı, kötü ifa ve aslında kötü ifa içerisinde değerlendirilebilecek borçlu temerrüdü şeklinde karşımıza çıkar. Ayrıca edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisine aykırılık ve bu kapsamda *culpa in contrahendo* hallerinde de olumlu zararla karşılaşılabilecektir.

---

112 Keller, **a.g.e.,** s. 4, 5; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 214; Jhering, **a.g.m.,** s. 17, 18; Barth, **a.g.e.,** s. 68; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Ergüne, **a.g.e.,** s. 61; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1266 vd.

Alman Borçlar Hukuku'nda 2002 yılında yapılan reforma kadar olumlu zararın, ancak sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmuş olduğu hallerde söz konusu olabileceği kabul edilmekteyken, reform sonrası bu kuralda da değişiklik olmuştur. Örneğin, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık durumunda da bu imkânsızlık borçlu tarafından biliniyor veya borçluya kusur yüklenebiliyorsa, alacaklının olumlu zararı istemesi mümkün kılınmıştır (BGB § 275 I, § 311 a I, II, § 276 I S.1). Bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 65.

113 Aşağıda bkz. İkinci Bölüm, I, 6.

114 Aşağıda bkz. İkinci Bölüm, I, 5.

(4) Geniş Anlamda Güven İhlali Bulunması

Alacaklının, sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun açıklamış olduğu edim taahhüdünü yerine getireceği konusunda haklı bir güveni bulunduğundan, olumlu zarar için *"geniş anlamda bir güven ihlâlinin"* söz konusu olduğu söylenebilir[115]. Olumlu menfaatin korunması ile borçlunun ifa sözü vermesi ve bunun talep edilebilirliği doğrudan bağlantılıdır. Bu, *pacta sund servanda* (ahde vefa) ilkesinin bir sonucudur. Kim ki, sözleşmenin karşı tarafına, onun iradesine uygun olarak sözleşmeyi ifa edeceği sözü vermişse, bu sözünde durmalıdır[116]. Sözleşmenin kurulmasıyla alacaklının borcun ifa edilmesine, özellikle sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ve ayıpsız ifa edilmesine ilişkin haklı bir güveni oluşur[117].

Olumlu zararın talep edilmesinde güven unsuruna ilişkin iki görüşün varlığından bahsedilebilir. İlk görüşe göre, *"eğer tarafların sözleşmeye güven duyulmasını sağlayacak davranışları varsa"*, sözleşmeye güven ilkesi ile sözleşmenin ifa edilmesi arasında bağ kurulabilir[118]. Diğer görüşe göre, karşılıklı iradelerin değiş tokuş edildiği sözleşmelerde, *"kimin kime fiilen güvenmiş olduğundan bağımsız olarak"*, olumlu zararın talebinde, *"doğrudan sözleşmeye güvenden"* hareket edilmelidir[119].

Kanaatimizce de taraflar arasında açık olarak güvenin kötüye kullanıldığı davranışların oluştuğu hiç ifa etmeme ya da kötü ifa durumlarında, ifa menfaati talebini gerekçelendirmek için, geçerli bir sözleşmeden başka bir sebebe ihtiyaç duyulmaz[120]. Alacaklının borçluya kişisel güveninin olması, ifa menfaatinden sorumluluk için şart değildir[121].

---

115 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 193 vd.; Keller, **a.g.e.,** s. 15, 16; Ergüne, **a.g.e.,** s. 57; Lange, Schiemann, **a.g.e,** s. 66; Topuz, **a.g.e.,** s. 91; Koller, **OR Band II,** s. 144, 145. Karş. Serozan, **Dönme,** s. 588.

116 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 67, N. 195.

117 Keller, **a.g.e.,** s. 16.

118 Eichler Hermann, **Die Rechtlehre vom Vertrauen,** Tübingen, 1950, s. 9 vd.

119 Niklas Luhmann, **Vertrauen- Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komöplexität,** 3. Auflage, Stuttgart, 1989, s. 36.

120 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 71, N. 209.

121 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 71, N. 211, 212.

Ayrıca olumlu zararını talep eden alacaklı, uğradığı zararın kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkması dolayısıyla meydana geldiğini ispatlamak zorunda değildir. Zira belirttiğimiz gibi, olumlu zarardan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, alacaklının borçlunun şahsına bir güven beslemesi şart değildir. Alacaklı güven duymuş olduğunu, sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmediğini, ispatla yükümlü değildir. Alacaklıda böyle bir güven oluşmamış olsa da borçlu, sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmemesinden sorumludur. Olumlu zararın talep edilebilmesi için, kural olarak geçerli bir sözleşmenin varlığı yeterlidir.

(5) Zarardan Sorumluluk İçin Aranan Kusur Bulunması

Sorumluluk hukukumuzda kusursuz sorumluluk halleri söz konusu olmadığı sürece, kusur sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu ilkeyle uyumlu olarak, zarar veren ancak kusuruyla sebep olduğu olumlu zararlardan sorumlu tutulacaktır[122].

Zarar verenin kusuru, *"sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği yönünde bir güven uyandırılıp bunun boşa çıkarılması"*dır[123]. Bu durumda olumlu zarardan sorumluluğun doğması için, zarar verenin kusur derecesi önem arz etmez. Zarar veren her türlü kusurundan sorumludur. Kusurun derecesi, tazminatın hesaplanması bakımından rol oynacaktır[124].

2. Olumsuz Zarar Kavramı

a. Kavram

Olumsuz zarar (menfi zarar), tek taraflı borç ilişkisinin veya sözleşmenin bahsi hiç söz konusu olmasaydı, uğranılmayacak olan malvarlığı azalmasıdır[125]. Diğer bir deyişle, sözleşmenin arzu edilen biçimde kurulamaması veya geçersiz olması

---

122 Eren, **a.g.e.,** s. 594; Oğuzman, **a.g.e.,** N. 1335 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 492.

123 Karş. Ergüne, **a.g.e.,** s. 57.

124 Eren, **a.g.e.,** s. 599; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 369.

125 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 39, N. 10; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 86; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 211; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 64; Ergüne, **a.g.e.,** s. 46; Serozan, **Dönme,** s. 584; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1268

sebebiyle zedelenen menfaat, olumsuz zarar olarak ifade edilmektedir[126]. Bu zararın olumsuz zarar olarak adlandırılmasının sebebi ise, *"eğer zarar gören kişi, bu hukuki ilişki içerisine hiç girmeseydi malvarlığı durumu ne olacaktı?"* şeklinde olumsuz bir soru sorulmasını gerektirmesidir[127]. Yine olumsuz zarar kavramının bu şekilde adlandırılmasının bir sebebi de, olumsuz bir sonuca yönelmesidir[128]. Zira, olumsuz zararın tazmini, borçlunun zarar verici davranışını, hiç yapılmamış hale getirmeyi amaçlamaktadır.

Zararın tespiti için öngörülen teorilerden fark teorisine göre ise, bir borç ilişkisinin kurulacağına veya geçerli olacağına veya geçersizliğinin bilinmesine rağmen, ifa edileceğine olan haklı bir güven uyandırılmış kimsenin malvarlığının, borç ilişkisinin hükümsüzlüğü[129] yüzünden aldığı fiilî durum ile güvenin boşa çıkarılması şeklindeki zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark, olumsuz zararı oluşturmaktadır[130].

b. Olumsuz Zarar Kavramının Ortaya Çıkışı ve Olumsuz Zarardan Sorumluluğun Kaynağı

(1) Olumsuz Zarar Kavramının Ortaya Çıkış Nedeni

Olumlu ve olumsuz zarar türüne ilişkin günümüz terminolojisiyle ilk nitelendirme, Alman hukukçu Jhering tarafından yapılmıştır[131]. Zira Jhering, hükümsüz bir sözleşmenin neden olduğu zararların tazmini bakımından yeterli bir

---

126 Topuz, **a.g.e.,** s. 89. Bu menfaat, zarar verici olayın hiç oluşmamış olmasına menfaat olarak da tanımlanabilir. Bkz. Keller, **a.g.e.,** s. 5.

127 Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 745.

128 Ergüne, **a.g.e.,** s. 38; Eren, **a.g.e.,** s. 1083.

129 Bu hükümsüzlük, sözleşmenin hiç kurulmamasından ya da geçersizlik sebeplerinden biriyle sakat olmasından kaynaklanabilir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 41.

130 Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.31; Keller, **a.g.e.,** s. 6; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 320; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2899; Ergüne, **a.g.e.,** s. 41; Hatemi, **a.g.e.,** § 26, N. 167.

131 Menfaatin olumlu ve olumsuz menfaat şeklinde bir ayrıma tâbi tutulması Ortaçağ doktrininde bilinmemekle birlikte, olumsuz menfaat kavramı ilk defa Savigny tarafından kullanılmıştır. Bkz. Friedrich Karl von Savigny, **System des heutige römischen Recht,** Band III, Berlin, 1840, s. 294 vd. Modern hukukta bu kavramı ilk zikreden Mommsen olmuştur. Günümüz terminolojisiyle ilk defa ortaya koyan kişi ise, Jhering olmuştur. Bkz. Jhering, **a.g.m.,** s. 17 vd.; Topuz, **a.g.e.,** s. 183.

çözümün getirilmediği düşüncesiyle, böyle bir ayrımın gerekli olduğunu ortaya koymuştur[132].

Jhering bu sonuca varırken özellikle, esaslı yanılma nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olması noktasından hareket etmiştir[133]. Örneğin, bir kimsenin 100 *Pfund*'luk mal siparişi verirken, yanlışlıkla *Pfund* yerine *Centner* işareti koyması sonucunda, gelen 100 *Centner* malın iadesi durumunda; sözleşme geçersiz olacaktır. Bu durumda boşuna yapılan paketleme ve gönderme masraflarına kim katlanacaktır? İşte böyle bir esaslı yanılmanın yol açtığı irade uyuşmazlığı nedeniyle hükümsüz olan sözleşmelerde, yanılan tarafın kusuruyla karşı tarafı zarara uğratmış olduğu durumlarda; ortada bir sözleşme ilişkisi, diğer bir deyişle *sözleşmesel kusur (contractliche Culpa)* bulunmadığından, sözleşmeye ilişkin hükümlerin *ya da* mutlak bir hakkın ihlâli söz konusu olmadığından haksız fiile ilişkin hükümlerin *(actio legis Aquiliae)* de uygulanamaması sebebiyle bir kanun boşluğu bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır[134].

Bu örnekten de anlaşıldığı gibi, Jhering'in bu ayrımından önce, borç ilişkisinin hüküm ifade etmediği buna benzer durumlarda, bir borcun varlığı ve onun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmeyişinden bahsedilemeyeceği için, borç ilişkisinin hüküm ifade etmemesi yüzünden zarara uğrayan kişi, zararının tazmini için borca aykırılık hükümlerine dayanamıyordu. Yine böyle bir durumda, mutlak hakkın ihlâli de çoğu zaman söz konusu olmayacağı için, haksız fiil hükümlerine de gidilemiyordu. Ancak sözleşmenin geçerliliğine güvenen kimsenin, sözleşmenin hükümsüz olması yüzünden uğradığı zararının karşılanmaması adil görülmemekteydi[135]. Bu durum göz önüne alınarak, sözleşmenin geçerliliğine güvenen kimsenin de bir zararının olduğu ve bunun olumsuz zarar adı altında tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[136].

---

132 Jhering, **a.g.m.,** s. 7 vd.

133 Jhering, **a.g.m.,** s. 2 vd.

134 Jhering, **a.g.m.,** s. 2 vd. ve özellikle 7.

135 Jhering, **a.g.m.,** 8.

136 Jhering, **a.g.m.,** s. 2 vd. Herhangi bir mutlak hak ya da sözleşme ihlâli olmadığında da borçlunun sorumluluğunun doğması bakımından *culpa in contrahendo* teorisini geliştiren Jhering'in, doktrine ikinci katkısı ise, olumlu ve olumsuz zarar arasındaki farkları ortaya koymasıdır. Bkz. Ümit Gezder, **Türk İsviçre hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu,** İstanbul, Beta, 2009, s. 8.

(2) Olumsuz Zarardan Sorumluluğu İzahta Culpa in Contrahendo Teorisi

Doktrinde, olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü izah etmek için çeşitli teorilerden hareket edilmiştir. Bu teoriler, *culpa in contrahendo* teorisi, sebebiyet verme teorisi, sözleşme teorisi, garanti sözleşmesi teorisi, vekâlet sözleşmesi teorisi, sözleşme dışı sorumluluk teorisi *(actio doli)*, dürüstlük kuralı teorisi olarak sıralanabilir[137].

Müşterek hukuk döneminde bu teorilerden en önemlisi Jhering'in *culpa in contrahendo* teorisidir[138]. Bu teori, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşenlerden birinin veya yardımcılarının, diğer görüşmeciye veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sorumluluğa ilişkindir[139].

Jhering, bu teorisine, Roma Hukuku'ndan kaynak bulmaya çalışmıştır. Roma Hukuku kaynaklarından bulduğu, *hukuki işlemlere konu olamayacak malların satışı ve özellikle henüz mevcut olmayan terekenin satışı* olaylarından hareket etmiştir. Bu olaylarda, sözleşme, imkânsızlık nedeniyle geçersiz olmuştur. Ancak Jhering, bu sözleşmelerin geçerli olduğuna güvenen kimsenin olumsuz zararının giderilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır[140]. Bu sonucu, sözleşmenin geçerliliğine güvenden kaynaklanan her zarar durumu için genelleştirmiştir[141].

---

137 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 77-88; Keller, **a.g.e.,** s. 51-65.

138 Jhering, **a.g.m.,** s. 23 vd.

139 Eren, **a.g.e.,** s. 1156; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 976 vd.; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 192 vd.; **Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529,** 6. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Zürich, Bern, Helbing&Lichtenhahn, 2015, Vorbem. zu Art. 97-109, N. 10; Ayfer Kutlu Sungurbey, **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo,** İstanbul, Yasa Yayınları, 1988, s. 99 vd.; Gezder, **a.g.e.,** s. 2 vd.; Cem Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulanması", **AÜHFD,** C. 4, S. 12, Y. 2000, s. 345 vd.; Schönenberger; Wilhelm, Jäggi, Peter, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch,** Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einletiung und Art. 1- 17 OR, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1973, Art.1, N. 583 vd.

140 Jhering, **a.g.m.,** s. 12; 53 vd.; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Heinz Rey, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I,** 10. Auflage, Schulthess, 2014, N. 963 vd.; Topuz, **a.g.e.,** s. 102; Ergüne,

Bu iki olayda, Roma Hukuku'nda, herhangi bir kusurun olup olmadığı tartışılmasa da Jhering kusurun *(culpa)* varlığını adeta bir faraziye olarak kurgulamıştır[142]. Jhering, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluğu, yalnızca kurulamamış ya da kesin olarak hükümsüz sözleşmeler için tanımlamıştır[143]. Bu sorumluluğun doğabilmesi için; kusurlu bir davranış, kusurlu davranışın sözleşme görüşmeleri sırasında işlenmiş olması ve zararın sözleşme görüşmeleriyle illiyet bağı içerisinde olması gerekecektir[144].

Jhering, *culpa in contrahendo* teorisiyle, sözleşmenin hükümsüzlüğüne rağmen olumsuz zarardan sorumluluğun yine de sözleşmesel nitelikte olduğunu belirtmiştir[145]. Zira amaçlanan ama hükümsüz olan bir sözleşmeden ifa borcu dışında *diligentia* (özen) yükümlülüğü gibi başkaca yükümlülükler de doğabilecektir[146]. MK m. 2'deki dürüstlük kuralı gereğince, taraflar ve yardımcıları, diğer tarafın sözleşme yapma iradesini etkileyebilecek hususlar hakkında, aydınlatıcı doğru bilgiler verme, karşı tarafın ve onun koruma alanında bulunan üçüncü kişilerin şahıs ve malvarlığı değerlerini zarardan uzak tutmak için gerekli koruma tedbirlerini almakla yükümlüdürler[147]. Bu yükümlülüklerin ihlâlinin de sözleşmesel sorumluluğa dahil

---

a.g.e., s. 78; İlhan Ulusan, "Culpa in Contrahendo Üstüne", **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına,** İstanbul, 1982, s. 294 vd.; Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 35, 36; Hamdi Yılmaz, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur Culpa in Contrahendo ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", **Yargıtay Dergisi,** Ocak-Nisan 1985, C. 11, S. 1-2, s. 235, dpn. 10; Gezder, **a.g.e.,** s. 8.

141 Fakat doktrinde Jhering'in Roma Hukuku kaynaklarını yanlış yorumladığı da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, Roma Hukuku kaynaklarından böyle bir sonuca ulaşılamaz. Jhering önceden tasarladığı düşüncesine, Roma Hukuku kaynaklarından dayanak bulmaya çalışmıştır. Bkz. Keller, **a.g.e.,** s. 29 vd., s. 46 vd.; Topuz, **a.g.e.,** s. 103.

142 Jhering, **a.g.m.,** s. 36; Ergüne, **a.g.e.,** s. 79; Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 295; Çiğdem Kırca, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 162; Theodor Bühler, "Zum Problem der culpa in contrahendo", **SJZ,** 1979, Heft. 23, s. 359.

143 Bu konuya ilişkin incelemesinin başlığının Türkçe çevirisi de zaten, *"culpa in contrahendo ya da kesin geçersiz ya da sağlamlık kazanamamış sözleşmelerde tazminat"* şeklindedir.

144 Yılmaz, **Culpa in Contrahendo,** s. 236-239.

145 Jhering, **a.g.m.,** s. 23 vd., 45-48.

146 Jhering, **a.g.m.,** s. 52. Açıklamalar için ayrıca bkz. Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 286 vd.; Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss,** 2. Auflage, Freiburg, Universitätsverlag, 1992, N. 188 vd.

147 Bu yükümlülükler için bkz. Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 289, 290.

olması gerekecektir[148]. Diğer bir deyişle *culpa in contrahendo* sorumluluğu, kurulması amaçlanan sözleşmeye dayandırılmıştır. Kurulmakta olan sözleşmedeki kusur ile mevcut bir sözleşmedeki kusur eş değer tutulmuştur[149]. Sorumluluğun kaynağı, karşı tarafta uyandırılan güvenin, sözleşmenin kuruluşundaki kusurlu davranış ile boşa çıkarılmasıdır[150].

Her ne kadar Jhering bu teorisini, yalnızca kurulamamış[151] ya da kesin olarak hükümsüz sözleşmeler için kurgulasa da doktrinde sonraları bu sorumluluğun geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde de söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür[152]. Bugün de kabul bulan sözleşme görüşmelerindeki kusurdan sorumluluk; sözleşmenin kurulup kurulmamasından, geçerli olup olmamasından bağımsız olarak, taraflar arasında salt sözleşme görüşmelerine başlamakla doğmaktadır[153].

Müşterek Hukuk sonrasında da olumsuz zarardan sorumluluğu doğuran hallerin büyük bir kısmının, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan (*culpa in contrahendo*) kaynaklandığı belirtilmekle birlikte[154]; *culpa in contrahendo* sorumluluğunu açıklamak üzere doktrinde haksız fiil teorisi, sözleşme teorisi,

---

148 Jhering, **a.g.m.,** s. 27-30.

149 Bu görüşün eleştirisi için bkz. Keller, **a.g.e.,** s. 40-43.

150 *Culpa in contraheondo* sorumluluğunun bir güven sorumluluğu olduğuna ilişkin bkz. Claus Wilhelm Canaris, "Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen", **JZ,** 1965, 15/16, s. 476 vd.; **Volker Emmerich, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432,** 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2003, § 311, N. 61; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 233, 323, 806; Huguenin, **a.g.e.**, N. 1524 vd.; Stephan Hartmann, **Die Rückabwicklung von Schuldverträgen,** Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2005, N. 729; Karl Larenz, "Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo", **Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag,** Berlin, Duncker&Humbolt, 1976, s. 397 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme,** Gözden geçirilip genişletilmiş 6.bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, § 19, N. 1; Ergüne, **a.g.e.,** s. 91; Kırca, **Bilgi Verme,** s. 137 vd.

151 Bir sözleşme görüşmesinde, sözleşmenin kurulacağı yönünde karşı tarafta güven uyandırılır ve daha sonra bu güven sarsılarak sözleşme kurmaktan vazgeçilirse, yarattığı güvene aykırı davranan taraf, *culpa in contrahendo* gereğince sorumlu olur. Bkz. Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı,** 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 65.

152 Franz Leonhard, **Verschulden bei Vertragschluss,** Berlin, Vahlen, 1910, s. 3 vd. (Rainer Gonzenbach, **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht,** Bern, Stampli Cie AG, 1987, s. 6'dan naklen).

153 Keller, **a.g.e.,** s. 7; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 193; Bühler, **a.g.m.,** s. 359; Yılmaz, **a.g.m.,** s. 236; Eren, **a.g.e.,** s. 1157; Gonzenbach, **a.g.e.**, s. 7. BGE 77 II 137.

154 Ergüne, **a.g.e.,** s. 91.

bağımsız sebeplerden doğan (kendine özgü) sorumluluk teorisi ve karma teoriler ileri sürülmüştür[155].

Haksız fiil teorisine göre[156], hüküm ifade etmeyen bir sözleşmenin yapılması olgusu[157] yahut uyandırılan güvenin ihlâl edilmesi olgusu[158] TBK m. 49 anlamında hukuka aykırı bir eylem olarak görülmelidir. Bu sebeple, olumsuz zararın ortaya çıktığı *culpa in contrahendo* hallerinde, haksız fiil hükümleri uygulanmalıdır. *Sözleşme teorisine göre*[159] ise, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa, borca aykırılık kuralları uygulanmalıdır[160]. Bu fikri savunanlar arasında da sözleşme öncesi dönemde uyulması gereken yükümlülüklerin, kurulmak istenen sözleşmeyle bütünlük oluşturdukları[161] ve sözleşme öncesi dönemde uyulması gereken yükümlülüklerin, kurulması amaçlanan sözleşmeden ayrı bir güvene dayalı sözleşme benzeri hukuki ilişki *(Das Verhältnis der Vertragsverhandlungen)* oluşturdukları[162] yönünde fikir ayrılıkları vardır. *Bağımsız sebeplerden doğan sorumluluk teorisine göre*[163] ise, *culpa in contrahendo* sorumluluğu haksız fiilden ya da sözleşmeden kaynaklanmaz; kendine özgü üçüncü bir sorumluluk kategorisi

---

155 Gonzenbach, **a.g.e.,** s. 19 vd., 64 vd.; Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 301 vd.; Ergüne, **a.g.e.,** s. 91 vd.; Yılmaz, **a.g.m.,** s. 243 vd.; Bühler, **a.g.m.,** s. 361-364; Keller, **a.g.e.,** s. 72 vd. ve 94 vd.; Çakırca, **a.g.e.,** s. 45-55; Baygın, **a.g.m.,** s. 347 vd.

156 Keller, **a.g.e.,** s. 101 vd.; Scherrer, **a.g.e.,** s. 24, 25; Merz, **a.g.e.**, N. 144 vd; Alfred Koller, **Der gute und böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht,** Freiburg, Universitätsverlag, 1985, N. 468; dpn. 583; N. 813; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 26, N. 11; Art. 39, N. 7; Max Keller, Christian Schöbi, **Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts,** Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 3. Auflage, 1988, s. 43.

Bu teoriye getirilen eleştiriler için bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 95-97; Yılmaz, **a.g.m.,** s. 244; Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 303-305.

157 Scherrer, **a.g.e,** s. 30, 31.

158 Keller, **a.g.e.,** s. 91, 92; 101 vd..

159 Scherrer, **a.g.e.,** s. 17; Keller, **a.g.e.,** s. 76, dpn. 30; **BaslerK-Wiegand,** Vorbem. zu 97-100, N. 10; Becker, **a.g.e.,** Art. 26, N. 11; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1556; Medicus, **culpa in contrahendo,** s. 205 vd.; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 192 vd., Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 211 vd., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 979; Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 305 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 19, N. 1, 2; Ergüne, **a.g.e.,** s. 115.

160 Borca aykırılık hükümlerinin haksız fiil hükümlerine nazaran avantajları için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 6.

161 Jhering, **a.g.m.,** s. 27. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Naim İnan, "Culpa in Contrahendo-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma", **Adalet Dergisi,** S. 7-8, Y. 45, Ocak 1954, s. 1001.

162 Scherrer, **a.g.e.,** s. 17; Keller, **a.g.e.,** s. 9 ve s. 76, dpn. 30. Eleştiri ve açıklamalar için bkz. Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 307-309.

163 Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 307 vd.; İnan, **Culpa in Contrahendo,** s. 1011 vd.

oluşturur. *Karma teoriye göre*[164] de, *culpa in contrahendo* sorumluluğunda haksız fiil unsurları ve sözleşmesel sorumluluk unsurları bir arada ya da ayrı ayrı bulunabilir ve bu birliktelik veya ayrılık olaydan olaya değişiklik gösteren bir tarzda ortaya çıkabilir.

Bugün genel olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşme ve haksız fiil arasında sınırda yer alan kendine özgü bir sorumluluk olduğu kabul edilse de bu sorumluluk türü için borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü Türk hukuku bakımından ağırlıktadır[165]. Ayrıca *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamakta, bu sorumluluk, sadece kusuruyla hataya düşüp de sözleşmeyi iptal edene, hilede ve ikrahta bulunana ve temsilci kimliğine bürünen yetkisiz temsilciye karşı yasada açıkça öngörülmüştür. Ancak diğer tüm durumlarda[166], hukuki dayanak olarak MK m. 2'nin dürüstlük kuralı dikkate alınacaktır[167].

---

164 Schönenberger; Jäggi, **a.g.e.,** Art.1, N. 592 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.,** s. 64 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **Band I,** N. 976 vd.; Stephan Hartmann, **Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung,** Freiburg, Universitätsverlag, 2001, s. 119 vd; Dieter Medicus, "Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt", **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag,** Zürich, Schulthess, 1989, s. 218

İsviçre Federal Mahkemesi, Jäggi'nin görüşüne (Schönenberger, Jäggi, **a.g.e.,** Art. 1, N. 595) uygun olarak, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış dolayısıyla tazmin yükümlülüğü bakımından; haksız fiile ilişkin zamanaşımını uygulamakta, yardımcı kişilerin sorumluluğu konusunda da sözleşmeye aykırılık hükümlerini uygulamaktadır. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **Band I,** N. 971 vd. BGE 101 II 269; BGE 104 II 94-95; BGE 101 II 266; BGE 68 II 295 E. 5 S. 303. Bu konuya ilişkin bilgi ve eleştiri için ayrıca bkz. Yılmaz, **a.g.m.,** s. 247.

165 Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 15. Bası, İstanbul, Beta, 2017, N. 203.1; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1556 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §19, N. 1; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 912; Baygın, **a.g.m.,** s. 358; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**, s. 112 vd. Böylece zamanaşımı, yardımcı kişinin fiilîninden sorumluluk ve ispat yükü bakımından sözleşmeye ilişkin kurallar uygulanmaktadır. Bkz. Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 212, 213; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II,** 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976**,** s. 180. Böyle bir görüşün oluşmasında; Türk Borçlar Kanunu'nda *culpa in contrahendo* hallerinin sözleşmeler kısmında düzenlenmesinin de rolü olmuştur. Bkz. Yılmaz, **a.g.m.,** s. 250, 251; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e,.** s. 979; Eren, **a.g.e.,** s. 1159.

166 Başlangıçtaki imkânsızlıkta, şekil gerekliliğinin yerine getirilmemesinde, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinde, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinde, yanlış bilgi ve öğüt verme, sözleşme görüşmeleri sırasında bazı özensiz davranışlar sebebiyle karşı tarafın yaralanmasına veya bir eşyanın hasara uğramasına yol açma gibi durumlarda Kanun'da açık bir hüküm bulunmasa da MK m. 2'ye dayanarak *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabilir. Kanun'da düzenlenmeyen *culpa in contrahendo* halleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Gezder, **a.g.e.,** s. 155 vd.

167 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 19, N.1.

(3) Olumsuz Zarardan Sorumluluğu İzahta Culpa in Contrahendo Teorisinin Yetersiz Kalışı ve Sorunun Çözümü

Olumsuz zarardan sorumluluğun izahında, kural olarak *culpa in contrahendo* teorisinden hareket edilmektedir[168]. Ancak *culpa in contrahendo* teorisinin, olumsuz zararın açıklanmasında bazı durumlarda yetersiz kaldığını ifade etmek gerekir. Zira, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, yalnızca sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz olması sebebiyle ortaya çıkan olumsuz zararı kapsamına almakla birlikte, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup sonradan hükümden düştüğü halleri kapsamına almamaktadır.

Sözleşme görüşmelerindeki kusurun bir sorumluluğa yol açabilmesi için, kusurlu davranışın ya sözleşme görüşmelerinde ya da en geç sözleşmenin kurulması aşamasında işlenmiş olması gerekir. Bu aşamadan sonraki kusurlu davranışlardan dolayı oluşan zararlar için, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gidilemeyecektir[169]. Bu sebeple, bu gibi durumlarda oluşan olumsuz zarardan sorumluluğu da kapsaması bakımından; olumsuz zararın, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kaynaklı olduğunu söylemek daha isabetli olacaktır[170]. Zira edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kavramı, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu kapsadığı gibi *culpa in contrahendo* sorumluluğuna girmeyen halleri de kapsamaktadır. Örneğin; TBK m. 9/f. 2, m. 512 ve m. 564 hükümlerindeki[171] olumsuz zarardan sorumluluk,

---

168 TBK m. 35/f. 1, m. 39/ f. 2, m. 44/ f. 2 ve m. 47/f. 1 hükümlerinden doğan olumsuz zarardan sorumluluk, *culpa in contrahendo* kaynaklıdır. TBK m. 37/ f. 2'deki sorumluluğun ise, hakkaniyet esasına dayandığı için *culpa in contrahendo* sorumluluğu niteliğinde olmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıntı için bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 120-126. Türk Borçlar Kanunu'nda yer almayan olumsuz zararın talep edilebileceği diğer hallerde de *culpa in controhendo* sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 123, 218.

169 Ergüne, **a.g.e.,** s. 120; Gonzenbach, **a.g.e.,** s. 11, 12; Yılmaz, **a.g.m.,** s. 237; Kırca, **Bilgi Verme,** s. 137; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1549 vd.

170 Ergüne, **a.g.e.,** s. 108-127.

171 Ödül sözü verenin, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayması veya sonucun gerçekleşmesini engellemesi halinde, diğer tarafta oluşan zararı karşılamasında (TBK m. 9/ f. 2); uygun olmayan zamanda sözleşmeyi fesheden vekâlet sözleşmesinin taraflarının, diğerinin gidermekle yükümlü oldukları zararında (TBK m. 512); belirli süre belirlenmiş saklama sözleşmelerinde, saklatanın herhangi bir zamanda ileri sürebileceği geri iade istemi üzerine, saklatanın, saklayanın belirli süreyi dikkate alarak yapmış olduğu masraflarını karşılamak zorunda olmasında (TBK m. 564), *geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığını devam ettireceğine dair alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından doğan* olumsuz zararın tazmini söz

sözleşmenin geçerliliği yönünde uyandırılan güvenin ihlâl edilmesinden değil *(culpa in contrahendo),* geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığını devam ettireceğine dair alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanmaktadır[172]. Bu durumda, güven ihlâli, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kapsamında doğan davranış yükümlülüğünün ihlâlidir. Zira davranış yükümlülükleri güven sorumluluğu ile çok sıkı bir bağlantı içerisindedirler. Zaten MK m. 2 temelinde kurulan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkilerinin temel amacı da, boşa çıkarılan güvenin korunmasına hizmet etmektir.

Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisine[173] göre, birbirlerinin güvenliğini dikkate almalarını gerektirecek kadar yakın ilişki içinde olanlar, karşı tarafın hem kişi varlığına hem de malvarlığı değerlerine zarar vermemek için, her türlü özeni gösterme borcu (davranış yükümlülüğü) altındadırlar[174]. Davranış yükümlülüğünden doğan bu borç, doğrudan MK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanır[175]. Edim yükümlülükleri sadece sözleşme taraflarını bağladığı halde, davranış yükümlülükleri sözleşme görüşmelerine katılanlarla sınırlı değildir. Borçlu tarafından hesaba katılabilir olmaları koşuluyla, onların etki alanına girerek güven ilişkisine dahil olan kişileri de kapsar[176]. Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, kaynağını doğrudan MK m. 2 dolayısıyla Kanun'dan aldığı için, taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli olup olmamasından hatta bir sözleşmenin varlığından bile

---

konusudur. Bu durumlarda, kanun tarafından tanınan bir hak kullanıldığı için; cayma, fesih, geri iade isteme durumlarında, sözleşmeye aykırı bir davranış gerçekleşmiş olmaz. Bu sebeple, ancak edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisine aykırılık oluşabilecektir. Karş. Ergüne, **a.g.e.,** s. 272.

172 Ergüne, **a.g.e.,** s. 120.

173 Alman hukuku'nda BGB §§ 241/ f. 2 ve 3 hükümleri ile edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi ve bu bağlamda *culpa in contrahendo*, genel bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu hususta ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 8.

174 Rona Serozan, "Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **İstanbul Hukuk Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,** Yıl: 1, No: 3'den ayrı bası, İstanbul, 1968, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §19, N. 1; Ulusan, **Culpa in Contrahendo,** s. 314- 316; Akyol, **a.g.e.**, s. 43 vd., 54 vd.; Kırca, **Bilgi Verme,** s. 142 vd.; Baygın, **a.g.m.,** s. 356; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme,** 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, § 2, N. 8vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 278, 279, dpn. 245; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 138 vd.; Eren, **a.g.e,** s. 42-44.

175 Ergüne, **a.g.e.,** s. 116.

176 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 19, N. 1 vd.; Ergüne, **a.g.e.,** s. 114; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,** s. 121, 122.

bağımsız olarak hükümlerini doğurur[177]. Diğer bir deyişle, bu davranış yükümlülükleri, somut edim ilişkisi kurulduktan ve sona erdikten sonra da süregelir ve geçerli bir edim ilişkisinin varlığı şartına bağlı değildir[178].

Bunun dışında, olumsuz zararın doğumuna sebep olabilecek diğer bir olay ise, TBK m. 125/ f. 2 gereğince sözleşmeden dönmedir. Sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zarardan sorumluluk, Jhering'in kurguladığı olumsuz zarardan sorumluluğun çerçevesine ve edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisine girmemektedir. Zira dönme neticesinde ortaya çıkan olumsuz zarar, borçlunun sözleşmeye, yani *"edim ilişkisine aykırı"* bir davranışının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, borca aykırılık hükümlerine başvurmak için MK m. 2 kaynaklı edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisine başvurmaya gerek yoktur[179].

Sonuç olarak; olumsuz zararın, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine bağlı olarak ve TBK m. 125/f. 2 gereğince sözleşmeden dönmeye, yani borçlunun edim ilişkisine aykırı davranışının bir neticesi olarak iki şekilde ortaya çıkabileceğini kabul etmek gerekecektir[180]. Her iki durumda da olumsuz zarara, sözleşmesel bir nitelik atfedilecektir[181].

c. Olumsuz Zarar Bakımından Önem Arz Eden Güven Unsuru

Olumsuz zararın tanımında özellikle *"güven ögesinden"* hareket edilmektedir. Doktrinde de genel olarak olumsuz zarar ve güven zararı birbirleriyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır[182]. Bu sebeple olumsuz zararı, sözleşme hiç söz konusu

---

177 Ergüne, **a.g.e.,** s. 116; Mehmet Serkan Ergüne, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan,** C. 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 911.

178 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 5; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,** s. 121, 122.

179 Turgut Önen, **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü ile İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler,** Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi, Yayın No: 95, s. 94; Ergüne, **a.g.e.,** s. 126; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 505.

180 Ergüne, **a.g.e.,** s. 90, 108.

181 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 232; Ergüne, **a.g.e.,** s. 111.

182 von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 86; Scherrer, **a.g.e.,** s. 4; **MünchK-Oetker**, § 249, N. 129; Keller, **a.g.e.**, s. 15 vd.; **BernerK-Weber,** Art. 97; N. 211; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 64; Larenz, **a.g.e.,** s. 430, 431; von Büren, **a.g.e.,** s. 81; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** s. 158, N. 2899; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 26, N. 10; Art. 39; N. 5, 7; Ergüne, **a.g.e.,** s. 44; Tekinay, Akman,

olmasaydı oluşmayacak olan zarar olarak tanımlamak doğru değildir. Zira sözleşme hiç söz konusu olmasaydı oluşmayacak olan zararın, muhakkak güven uyandırılması ve bu güvenin boşa çıkarılmasıyla ilgisi olması gerekir[183].

Olumsuz zararın söz konusu olabilmesi için, hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulduğuna, kurulacağına veya geçersizliğinin bilinmesine rağmen, ifa edileceğine olan haklı bir güven olması gerekir[184]. Bu hususlar dışındaki güven ihlâlleri, olumsuz zararın tazminine yol açmaz. Örneğin, bir sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde uyandırılan güveni boşa çıkarılan kimse, bu sözleşmeyi kurmaya yönelik yaptığı masrafları ve bu sözleşmeyi yapması yüzünden kaçırdığı fırsatları talep edebilecektir. Bu kimsenin, bu sözleşmeden elde edeceğine inandığı kâr ise, olumsuz zarar kapsamına girmemektedir. Yine sözleşmenin kurulduğu yerde yapılan tatil masrafları gibi sözleşmenin kurulmasına yönelik olmayan masraflar da olumsuz zararın içeriğine dahil değildir[185].

Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s 855; Buz, **a.g.e.,** s. 240; Eren, **a.g.e.,** s. 1083; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 427.

183 Keller, **a.g.e.,** s. 6, 10.

184 Koller, **OR Band II,** s. 144; Keller, **a.g.e.,** s. 5; Topuz, **a.g.e.,** s. 90 ve 96; Ergüne, **a.g.e.,** s. 39, 50; Eichler, **a.g.e.,** s. 105, 106..

Sözleşmenin hüküm ifade etmediğini bilen ya da bilmesi gereken bir kişinin "*haklı bir güveninden bahsedilemeyeceği için"*, kural olarak olumsuz zararının tazminini de isteyemeyecektir. Haklı güven, zarara uğrayanın iyiniyetli olmasıyla ilgilidir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 50.

Ancak buna ilişkin istisnalara değinmek gerekmektedir: 1) Her iki tarafın da hükümsüzlüğü bilmesine rağmen sözleşenlerden biri, geçersizliğe rağmen sözleşmenin yine de yerine getirileceğine dair karşı tarafta bir güven yaratmışsa, güven uyandırılan kimse, yine de olumsuz zararını isteyebilmelidir. 2) Sözleşmenin hüküm ifade etmediğini bilen veya bilmesi gereken kişi için kusurlu olduğu söylenebilecekse de bu durumun, o kişinin olumsuz zararını talep hakkını derhal ortadan kaldırdığını söylememek gerekir. Bunun yerine, karşı sözleşenin kusurunun daha fazla olduğu, kasten ve ağır ihmalle hareket ettiği hallerde, bu durumun birlikte kusur olarak algılanıp tıpkı haksız fiillerde olduğu gibi olumsuz zararını talep etme hakkını tamamen ortadan kaldırmak yerine, indirim sebebi (TBK m. 52/ f. 1) yaratacağını söylemek gerekmektedir. 3) Sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceğini sonradan öğrenen kişinin, öğrenme anına kadarki olumsuz zararını talep etme hakkı bulunmalıdır. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 51.

Zarar verenin sorumluluktan kurtulması, oluşan güvenin uyandırılması ve ihlâl edilmesinde, bir kusuru bulunmadığının kanıtlanması yoluyla olacaktır. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 52.

185 Ergüne, **a.g.e.,** s. 44, 45.

Genel anlamdaki güven zararından[186] farklı olarak her türlü güven ihlâli, olumsuz zararın tazminine yol açmamaktadır. Olumsuz zararın ortaya çıkabilmesi için, sadece *"sözleşme görüşmeleri ya da sözleşmenin kurulması aşamasında"* oluşturulmuş bir haklı güvenin ihlâli gerekmektedir. Oysa ki güven zararı, sadece sözleşme öncesi ya da sözleşmenin kurulması aşaması yanı sıra, *sözleşmenin devamında ve sonrasında* ortaya çıkan davranış yükümlülüklerini de kapsayan bir üst kavramdır[187].

Olumsuz zararın tazmini için aranan güvenin, *"karşı tarafça uyandırılması"* ve sonrasında da *"boşa çıkarılması"* bir arada aranmaktadır[188]. Zira asıl zarar verici olay, sözleşme öncesi davranış yükümlülüğü ihlâlinden kaynaklanmakta, sözleşmenin iptali hakkının kullanılmasıyla aktif hale gelmektedir. Sözleşme öncesi ihlâle uğrayan davranış yükümlülüğü ise, *"borç ilişkisinin hüküm ifade ettiğine yönelik"* kendisinde haklı bir güven oluşturulmasıdır. Bu şekilde uyandırılan güveni boşa çıkan kişinin uğramış olduğu zarar, olumsuz zarar olarak adlandırılacaktır. Diğer bir deyişle, olumsuz zararda menfaat; sözleşme tarafının güveninin uyandırılması ve boşa çıkarılması eylemlerinin hiç gerçekleşmemesindeki menfaattir[189].

Olumsuz zarara yol açan zarar verici olay ise, güvenin boşa çıkması, yani hüküm ifade ettiğine inanılan borç ilişkisinin hükümsüz olmasıdır. Yoksa zarar verici olay, iptal etme fiili değildir. Güvenin uyandırılması ve boşa çıkarılması fiilleri olumsuz zarar için birlikte arandığından, olumsuz zararın oluşabilmesi için zarar verici fiiller, *sözleşme öncesi yükümlülüklerin ihlâl edildiği sözleşme öncesi*

---

186 Güven sorumlululuğu hakkında bkz. Claus-Wilhelm Canaris, **Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht,** München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971; Hartmann, **Informationspflichten,** s. 109.

187 Eichler, **a.g.e.,** s. 105 vd.; Hartmann, **Informationspflichten,** s. 109.
Kaynağını Alman hukukundan alan *"güven sorumluluğu"*; olumsuz zarardan ziyade, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi üçlü ilişkilerdeki adaletsiz sonuçları gidermek için kullanılan bir kavramdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §19, N. 3. Oysa büyük bir kısmı *culpa in contrahendo*'dan kaynaklanan olumsuz zarardan sorumluluk, genel olarak *"ikili ilişkilerde"* tarafların uğradıkları zararı ifade amaçlı kullanılmaktadır. Demek oluyor ki, olumsuz zarar kavramı; üst başlık olarak güven zararı altında yer alan, *culpa in contrahendo* durumlarından kaynaklanan güven zararı içerisindedir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 48.

188 Keller, **a.g.e.,** s. 5, 6; Ergüne, **a.g.e.,** s. 39.

189 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 320; Keller, **a.g.e.,** s. 6; Ergüne, **a.g.e.,** s. 40.

davranışlarda aranacak ve iptal etme fiiliyle bunların ortaya çıktığını söylemek gerekecektir[190]. Olumsuz zararın tazminine yol açan davranış, karşı tarafta güven uyandırma ve bunun boşa çıkarılması olduğundan; olumsuz zararın, sözleşmenin ortadan kalkmasından (hükümsüzlüğünden) doğan zarar olarak tanımlanması da yanlıştır. Zira, sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde alacaklı, sözleşme ifa edilseydi elde edeceği olumlu menfaati de kaybetmektedir[191].

Olumsuz zararın tazmini sonucunu doğuran bazı hallerde, güven zararının geniş anlamda ele alınması gerekmektedir. Örneğin, tek taraflı borç ilişkisinden ya da sözleşmeden dönme/sona erdirme (TBK m. 9/ f. 2, TBK m. 125/ f. 3, TBK m. 512/f. 1 c. 2, TBK m. 564/ f. 1) hallerinde, taraflar arasındaki ilişki zaten başlangıçta kurulmuş olduğundan, onun *"geçerli olarak kurulduğuna ya da kurulacağına dair bir güvenin uyandırılmasından ve bunun korunmasından"* bahsedilemez[192]. Bu hallerde, ancak *"sözleşme görüşmelerinde ve sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmenin kararlaştırılan şekilde yürütüleceği yönünde uyandırılan güvenin ihlâli"* olgusu söz konusudur[193]. Bunun gibi, karşı tarafın korkutmasına veya maddi cebire maruz kalanın, ayırt etme gücü olmayanın ve zor durumda olduğu için gabne uğrayanın talep ettiği olumsuz zararda, *"sözleşme görüşmelerinin dürüstlük kuralına uygun olarak yürütüleceği*[194]*"* yönünde genel bir güven ihlâli, sözleşme görüşmelerinde ve kurulması aşamasında sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna ve kurulacağına ilişkin güven uyandırılması ve bunun ihlâline nazaran ağır basmaktadır[195].

---

190 Keller, **a.g.e.,** s. 6.

191 Keller, **a.g.e.,** s. 6; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 86.

192 Ergüne, **a.g.e.,** s. 49.

193 Ergüne, **a.g.e.,** s. 263.

194 Ergüne, **a.g.e.,** s. 50.

195 Bu durumlarda zarara uğrayan sözleşme tarafının, sözleşmeye yönelik güven duyduğunun ve bu sebeple zarara uğradığının söylenemeyeceği yönünde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 45, 46; 49, 50; Keller, **a.g.e.,** s. 145.

3. Olumlu Zarar Kavramının Olumsuz Zarar Kavramıyla İlişkisi

a. Konuları Bakımından

Olumlu zararda, alacaklının, sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun taahhüt ettiği edimi, yerine getireceği konusunda haklı beklentisi korunmaktadır (İfa menfaati). Kısaca olumlu zarar, sözleşmede kararlaştırılmış olan ifaya yöneliktir[196]. Oysa olumsuz zararda, sözleşmedeki ifa menfaati değil; bir sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu, kurulacağı ya da geçersizliğine rağmen ifa edileceği yolunda uyandırılan güven korunmaktadır[197]. Sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmadan kaynaklanan bir sorumluluk söz konusu olduğunda, bu sorumluluğu, sözleşmenin geçerli olmasına güvenden kaynaklanan olumsuz zarar ile sınırlamak, yasanın hükümsüzlük kuralıyla güttüğü normun koruma amacının bir gereğidir. Olumlu ifa çıkarının karşılanması ise, doğrudan doğruya sözleşmesel ifa yükümünün amacıyla bağlantılıdır[198].

b. Zarara Yol Açan Olay Bakımından

Olumlu zararın doğumu bakımından aranan hukuki sebep, geçerli bir sözleşmenin ihlâl edilmesidir[199]. Olumsuz zarar bakımından hukuki sebep ise, dönme hali hariç olmak üzere, sözleşme görüşmelerindeki işlemsel temasla birlikte doğan davranış yükümlülüklerini içeren edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisine aykırı davranılmasıdır. Olumlu zararda, geçerli bir sözleşmeden doğan borca aykırılık söz konusu iken; olumsuz zararda hukuki sebep, sözleşmenin geçerli bir şekilde

---

196 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Eren, **a.g.e.,** s. 1082; Topuz, **a.g.e.**, s. 89; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1266; Havutçu, **a.g.e.,** s. 68.

197 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 427; Ergüne, **a.g.e.,** s. 57; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 329 vd.; Koller, **OR Band II,** s. 144, 145; Topuz, **a.g.e.,** s. 91 ve 95; Scherrer, **a.g.e.,** s. 48, 49.

198 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 9; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1266.

199 Her ne kadar olumlu ve olumsuz zarar ancak sözleşme ihlali neticesinde karşımıza çıkabilecek kavramlar olsa da Yargıtay'ın isabetli olmayarak haksız fiil niteliği taşıdığını ifade ettiği haksız işgal davalarında, ecrimisil tazminatı hesabında, olumlu ve olumsuz zararların karşılanacağına yönelik kararlar verdiği görülmektedir. Bkz. Y. 8. HD. 16.01.2019 E. 2018/2813 K. 2019/416 (kazancı); Y. 8. HD. 16.01.2019 E. 2018/ 2855 K. 2019/441 (kazancı); Y. 8. HD. 14.01.2019 E. 2018/2889 K. 2019/335 (kazancı).

kurulması ve devam ettirilmesi bakımından yapılması gerekenlerin yapılmaması, diğer bir deyişle bu yönde haklı bir güven uyandırılması ve boşa çıkarılmasıdır[200].

c. Geçerli Bir Sözleşmenin Bulunup Bulunmaması Bakımından

(1) Genel Olarak

Geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmaması her iki zarar türünü ayırmak bakımından gerçek bir kıstas oluşturmaz. Zira olumlu zarar çoğunlukla, geçerli bir sözleşmeden kaynaklanırken; olumsuz zarar, sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde karşımıza çıkacaksa da, bu durumların her iki zarar türü açısından da bir çok istisnası bulunmaktadır

Olumsuz zararda çoğunlukla, geçerli bir sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi değil, o sözleşmeyi geçerli olarak kurmaya ya da devam ettirmeye yönelik eylemlerin yapılmaması söz konusudur[201]. Bu sebeple, kural olarak olumlu zararın oluştuğu durumlarda alacaklının ifayı talep hakkı hâlâ varken, olumsuz zararın oluştuğu durumlarda ifayı talep hakkı artık yoktur[202]. Olumsuz zararın ortaya çıkmasına yol açan zarar verici olay, hüküm ifade edeceğine güvenilen borç ilişkisinin hükümsüz olmasıdır. Bu hükümsüzlük, sözleşmenin ya hiç kurulmaması (yokluk) ya da geçersizlik sebeplerinden biriyle sakat olarak kurulmasından kaynaklanabilir.

(2) Geçerli Bir Sözleşme Bulunup Bulunmaması Kıstası Bakımından İstisnai Durumlar

Borç ilişkisinin geçerli olarak ayakta kaldığı bazı durumlarda, kanun koyucu olumsuz zararı talep etme kapısını açık bırakmıştır. Bunun gibi, taraflar arasında sözleşmenin geçersiz olduğu bazı durumlarda da olumlu zararın tazmini mümkün kılınmıştır.

Borç ilişkisinin geçerli olarak ayakta kaldığı durumlarda olumsuz zararın tazmininin istenebileceğine ilişkin, TBK m. 39/f. 2'de karşımıza istisnai bir durum

---

200 Keller, **a.g.e.,** s. 20.

201 Ergüne, **a.g.e.,** s. 61; Topuz, **a.g.e.,** s. 91.

202 Keller, **a.g.e.,** s. 12.

çıkar. Bu hüküm gereğince, aldatma ve korkutmadan dolayı iptal edilebilir bir sözleşmenin, gereken süreler içerisinde iptal edilmemesi dolayısıyla onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Burada bahsedilen, kendisi açısından sözleşmenin aldatma ya da korkutma dolayısıyla geçersiz sayılmasındansa geçerli sayılması daha avantajlı olan aldatılan ya da korkutulanın, sözleşmeyi iptal etmekten kaçınmalarının, onların olumsuz zararın tazminini talep haklarını ortadan kaldırmayacağıdır[203]. Diğer bir deyişle, sözleşme geçerliliğini sürdürmesine rağmen olumsuz zararın tazmini talep edilebilecektir.

Borç ilişkisinin geçersiz olmasına rağmen olumlu zararın tazmininin istenebileceğine ilişkin diğer istisnai durum ise, karşımıza TBK m. 35/f. 2'de çıkmaktadır. Bu hükme göre, yanılmasında kusurlu olan taraf, iyiniyetli karşı tarafın, sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde olumsuz zararı aşan olumlu zararını[204] karşılayacaktır. Bu duruma hakim karar verecektir. Bu hükmün yanılmada olduğu gibi kıyasen, aldatma ve korkutma halinde de uygulanabileceği savunulmaktadır[205]. Bu hükme benzeyen bir başka hüküm de, yetkisiz temsil hali için TBK m. 47/f. 2'de öngörülmüştür. Bu durumda da hakim, hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilcinin diğer zararlar başlığı altında olumlu zararın giderilmesine hükmedebilecektir[206]. Bu durumlarda da sözleşme geçersiz olmasına rağmen, olumlu zararın istenebildiği görülmektedir. Bunun gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin feshi halinde de karşılanacak zarar olumlu zarar olmaktadır[207].

---

203 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 457; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 340, 341; Ergüne, **a.g.e.,** s. 62; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 407.

204 Bu hükümlerde bahsedilen *"daha fazla tazminat"*, *"diğer zararlar"* ifadelerinden anlaşılması gereken, Kanun'un lafzında açıklık olmasa da olumlu zarardır. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 63; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 343; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** s. 450, § 36, N. 88; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 317. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, B, 5.

205 Becker, **a.g.e.,** Art. 31, N. 17; Ergüne, **a.g.e.,** s. 172-173.

206 August Simonius, "Über den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens", **ZSR,** 1918, s. 277, 278; Ergüne, **a.g.e.,** s. 63; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** §49, N. 30; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 764.

207 Aşağıda bkz. İkinci Bölüm, I, B, 6.

d. Güven Unsuru Bakımından

Güven unsuru bakımından iki zarar türü incelenirse, olumlu zarar bakımından geniş anlamda bir güven ihlâlinin söz konusu olduğunu yukarıda belirtmiştik[208]. Zira alacaklının, sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun açıklamış olduğu edim taahhüdünü yerine getireceği konusunda haklı bir güveni bulunmaktadır.

Fakat olumlu zararını talep eden alacaklı, -olumsuz zararın tazmini talebinden farklı olarak- uğradığı zararın kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkması dolayısıyla meydana geldiğini ispatlamak zorunda değildir. Zira olumlu zarardan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, alacaklının borçlunun şahsına bir güven beslemesi şart değildir. Alacaklı güven duymuş olduğu, gereğine uygun ifayı, ispatla yükümlü olmadığı gibi alacaklıda böyle bir güven oluşmamış olsa da, çoğunlukla borçlu ifa menfaatinden sorumludur[209] Olumlu zararın talep edilebilmesi için, geçerli bir sözleşmenin varlığı yeterlidir. Hatta alacaklı tarafından borçlunun edimini ifa etmeyecek olmasının bilinmesi halinde, diğer bir deyişle ifanın yerine getirileceği konusunda alacaklıda hiç güven oluşmamış olsa dahi olumlu zarar talep edilebilecektir[210].

Olumsuz zararın tazmini açısından ise, alacaklının sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde kendisinde uyandırılan güvenin ihlâl edilmiş olduğu yönünde ispat yükümlülüğü bulunmaktadır. Olumsuz zarar talebinde bulunan alacaklının, yaptığı masraflar ve kaçırdığı fırsatlar şeklindeki güven yatırımlarını da *(Vertrauensinvestition)* ispatlaması gerekmektedir[211].

---

208 Birinci Bölüm, II, A, 1, b, (4). Ayrıca bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 57; Lüchinger, **a.g.e.,** s. 66, N. 193 vd.; Keller, **a.g.e.,** s. 15, 16; Topuz, **a.g.e.,** s. 91, Koller, **OR Band II,** s. 144, 145. Karş. Serozan, **Dönme,** s. 588. Olumlu ve olumsuz zarar bakımından bir unsur olan güven ihlâli sayesinde, bu zarar türleri sözleşme dışı oluşan zararlardan ayrılırlar, tabii *culpa in contrahendo* sorumluluğu bir sözleşme dışı sorumluluk sayılmadığı sürece. Bkz. Keller, **a.g.e.,** s. 15.

209 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 208-212 ve N. 334.

210 Bekir Akıncı, **Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar,** Konya, Sayram Yayınları, 2014, s. 88; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 334.

211 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 116, N. 338.

e. Zarardan Sorumluluk İçin Aranan Kusur Bakımından

Sorumluluk hukukumuzda kusursuz sorumluluk halleri söz konusu olmadığı sürece, kusurun olmadığı yerde sorumluluğun olmayacağı kabul edilmiştir. Bu ilkeyle uyumlu olarak, zarar veren ancak kusuruyla sebep olduğu olumlu ve olumsuz zararlardan sorumlu tutulacaktır.

Olumlu zarar bakımından zarar verenin kusuru, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği yönünde bir güven uyandırılıp bunun boşa çıkarılmasıdır. Olumlu zarardan sorumluluğun doğması için, zarar verenin kusurunun derecesi önem arz etmez. Zarar veren kural olarak her türlü kusurundan, olumlu zarardan sorumluluğun doğumu açısından sorumludur. Kusurun derecesi, tazminatın hesaplanması bakımından rol oynacaktır[212].

Olumsuz zarar bakımından zarar verenin kusuru ise, sözleşmenin hüküm ifade edeceği yönünde zarar görende bir güven uyandırıp bunun boşa çıkarılmasıdır. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ihlâlinden doğan olumsuz zarar bakımından, zarar verenin kusuru bu şekildeyken; sözleşmeden dönmeye özgü olumsuz zarardan sorumluluk bakımından kusur, dönmeye neden olan borca aykırı davranışta bulunulmasıdır[213]. Olumsuz zarardan sorumluluk için de, zarar verenin hafif ihmali de dahil her türlü kusuru yeterlidir[214]. Kusurun derecesi, yine tazminatın hesaplanması bakımından önem arz edecektir.

Olumsuz zararın tazmin edilmesi için de kural olarak kusur bir unsur olarak aransa da bu unsur bakımından da yeknesaklık oluşmamıştır. Zira işlemsel temas sırasında meydana gelen zararların tazmininin kusur şartına bağlanıp bağlanmayacağı, bir hukuk politikası sorunudur[215]. Bu sebeple, Türk hukukunda da

---

212 Eren, **a.g.e.,** s. 596.

213 Ergüne, **a.g.e.,** s. 52. Olumsuz zararın geniş anlamda güven ihlalinden kaynaklandığı hallerde, zarar verenin kusurlu davranışının ayrıca güven uyandırma şeklinde gerçekleşmesine gerek yoktur. Sözleşme görüşmelerine başlamakla doğan davranış yükümlülüklerinin ihlâl edilmesi ya da dönme halinde sözleşmeye aykırı hareket etmesi, kusur unsurunu tamamlayacaktır. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 52.

214 Ergüne, **a.g.e.,** s. 53.

215 Ergüne, **a.g.e.,** s. 54.

olumsuz zarara yol açan bazı düzenlemeler bakımından kusur şart olarak aranırken; bazı düzenlemeler bakımından aranmamıştır.

Yetkisiz temsil halinde temsil olunanın hukuki işleme onay vermemesi dolayısıyla işlemin hükümsüz kaldığı durumlarda, yetkisiz temsilcinin ödemek zorunda kaldığı tazminatta (TBK m. 47/f. 1), korkutanın üçüncü kişi olup da sözleşmenin diğer tarafının korkutmayı bilmediği ya da bilecek durumda olmadığı durumlarda, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen korkutulanın, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde, korkutmadan haberi olmayan sözleşmenin karşı tarafının gidermek zorunda olduğu zararında (TBK m. 37/f. 2), ödül sözü verenin, sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden cayması veya sonucun gerçekleşmesini engellemesi halinde, diğer tarafta oluşan zararı karşılamasında (TBK m. 9/ f. 2), uygun olamayan zamanda sözleşmeyi fesheden vekâlet sözleşmesinin taraflarının, diğerinin gidermekle yükümlü oldukları zararında (TBK m. 512), belirli süre belirlenmiş saklama sözleşmelerinde, saklatanın herhangi bir zamanda ileri sürebileceği geri iade istemi üzerine, saklatanın, saklayanın belirli süreyi dikkate alarak yapmış olduğu masraflarını karşılamak zorunda olmasında (TBK m. 564), gelecekte doğacak borçlara kefalette, belirli şartların varlığı halinde kefile tanınan dönme hakkı sonucu, kefilin, alacaklının kefalete güvenmesi dolayısıyla uğradığı zararı gidermek zorunda olmasında (TBK m. 599/2) *kusur unsuru aranmamışken*; vasinin izin ya da onayı olmaksızın ve fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltarak yükümlülük altına giren sınırlı ehliyetsizin karşı tarafı uğrattığı zararın tazmini (MK m. 452/f. 2) durumunda karşı tarafı yanıltarak özel bir güven uyandırılması aranmış olduğundan *kusur ögesi ağırlık kazanmıştır*[216].

[216] Ergüne, **a.g.e.,** s. 54.

f. Hesaplanmaları Bakımından

(1) Genel Olarak

Hem olumlu hem olumsuz zararın hesaplanması bakımından genel ilke uygulama alanı bulur ve sadece uygun illiyet bağı içerisinde oluşan zararlar hesaplanır[217]. Her iki zarar türünde de malvarlığı, bu zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha az bir durumda bulunur veya malvarlığı artma imkânını kaybeder. Bu sebeple, her iki durumda da hakim, zarar verici olay meydana gelmeseydi, neyin gerçekleşip neyin gerçekleşmeyeceğini tespit etmelidir[218].

Hesaplanmaları bakımından iki zarar türü incelenirse, olumlu ve olumsuz zarar, hem fiilî zarar hem de kâr mahrumiyeti olarak karşımıza çıkabilir[219]. Olumlu zararın hesaplanmasında, borçlanılan edim ve onun yol açtığı kayıplar *(damnum emergens)* ile sözleşmenin gereği gibi ifası halinde alacaklının elde edeceği kazançlar *(lucrum cessans)* dikkate alınacaktır. Olumsuz zararda ise, alacaklının, bu sözleşme dolayısıyla yapmış olduğu masrafların ve başka bir sözleşmeyi akdetme fırsatının kaçırılmasından doğan kâr kayıplarının hesaplanması gerekmektedir[220]. Olumsuz zararın hesabında, alacaklının o sözleşmenin hüküm ifade edeceğine hiç güvenmeseydi içinde bulunacağı durum sağlanmaya çalışılmaktadır[221].

Dikkat edilirse, olumlu zarar ve olumsuz zarar bakımından istenebilecek kâr kayıpları bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Olumlu zarar kapsamında istenebilecek kâr mahrumiyetinin içerisine, ifa edileceğine güvenilen sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla doğrudan doğruya bu sözleşmeden elde edilememiş kazançlar girerken; olumsuz zarar kapsamında istenecek kâr mahrumiyetinin içerisine, alacaklının sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmesi yüzünden

---

217 Keller, **a.g.e.,** s. 16.

218 Keller, **a.g.e.,** s. 17.

219 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 140-166 ve N. 265-320; Scherrer, **a.g.e.,** s. 55 vd., Buz, **a.g.e.,** s. 246 vd.; Ergüne, **a.g.e.,** s. 288-315; Topuz, **a.g.e.,** s. 96; Keller, **a.g.e.,** s. 17.

220 Schwenzer, **a.g.e,** N. 14.31; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 856; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 427, 428; Topuz, **a.g.e.,** s. 91; Ergüne, **a.g.e.,** s. 59 vd.; Buz, **a.g.e.,** s. 246 vd.

221 Eren, **a.g.e.,** s. 1083; Ergüne, **a.g.e.,** s. 40.

kendisine kazanç getirebilecek başka bir sözleşmeyi yapma fırsatını kaçırmasından kaynaklanan kayıplar girmektedir. Diğer bir ifadeyle, olumsuz zararın kapsamında yer alan kâr mahrumiyeti, güvenilen sözleşmeden değil, daha elverişli başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından meydana gelmektedir[222].

Hesaplama bakımından önem arz eden diğer bir husus da *ifa gereği gibi yerine getirilseydi yine de yapılacak olan giderler* bakımındandır. Bu giderler, sözleşmeyi kurmak için harcanan noter veya başka resmi bir makamda yapılan masraflar, seyahat masrafları, borçlu tarafından ifayı kabul etmek için bir yer ya da araba kiralanması gibi giderlerdir[223].

İfa gereği gibi yapılsaydı yine de yapılacak olan giderlerin, olumlu zarar kapsamında istenmesi mümkün değildir. Zira, bu giderlerin yapılması ile borçlunun borca aykırı davranışı arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır[224]. Borcun ihlâli olmasaydı bile, bu giderler yapılacaktır. Bu gibi giderler, alacaklının o *"sözleşmeden sağlayacağı kazancın içinde yer aldığı için"*, olumlu zararın tazmini ile zaten karşılanmış olmaktadır[225]. Zira bir sözleşmeden elde edilecek kâr, çoğu zaman o sözleşme için yapılan masrafların hesaplamaya katılmasıyla bulunmaktadır[226]. Bu sebeple, ifa menfaatinin karşılanmasını isteyen kişinin, yatırım giderlerini ve risklerini kendisinin üstlendiğini söylemek mümkündür[227]. Fakat bazı durumlarda, masrafların da olumlu zarar kapsamına girmesi mümkün olmaktadır. Örneğin, alacaklı, sözleşme ifa edilseydi masraflarını üçüncü bir kişiden alabilecek idiyse, bu masrafların olumlu zarar kapsamında istenmesi mümkündür[228] (fiilî zarar).

Olumsuz zarar açısından değerlendirmek gerekirse, bu giderlerin yapılması ile, hüküm ifade edeceğine güvenilen sözleşmenin hüküm ifade etmemesi arasında illiyet

---

222 Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.31; Ergüne, **a.g.e.,** s. 59; Eren, **a.g.e.,** s. 1084. Yoksun kalınan kârın hesaplanması, her iki zarar türü bakımından da fiilî zararın hesaplanmasından daha çok güçlük yaratır. Bkz. Keller, **a.g.e.,** s. 18, 19.

223 Eren, **a.g.e.,** s. 1084.

224 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855; Lemp, **a.g.e.,** s.151; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.30; Keller, **a.g.e.,** s. 17, 18.

225 Ergüne, **a.g.e.,** s. 60.

226 Ergüne, **a.g.e.,** s. 61.

227 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 5 ve 9.

228 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855, dpn. 2.

bağı bulunmaktadır. Zira, alacaklı bu sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenmeseydi, bu masrafları hiç yapmayacaktır. Olumsuz zarar kapsamında yer alan kâr mahrumiyeti, güvenilen sözleşmeden değil, daha elverişli başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanmaktadır. Daha elverişli başka sözleşme yapma fırsatının kaçırılması dolayısıyla tazmin edilmesi gereken zarar, aynı zamanda güvenilen sözleşme için boşuna yapılmış masrafları gidermez. Bu sebeple, güvenilen sözleşme için boşuna yapılmış masraflar, olumsuz zarar kapsamında, fiilî zarar *(damnum emergens)* olarak karşımıza çıkar. Böylece, alacaklı sözleşme hiç yapılmasaydı ya da hüküm ifade etseydi içinde bulunacağı duruma sokulmuş olur[229].

(2) Tazmin Edilecek Olumsuz Zararın Sınırı Olarak Olumlu Zarar Kavramı

Genel olarak olumlu zararın miktarı olumsuz zarardan daha fazladır. Zira geçersiz bir sözleşmenin yol açtığı masraflar ve kaçırılan daha elverişli fırsatlar günlük hayatta daha sınırlı kalmaktadırlar. Fakat bazı durumlarda olumlu zararın miktarının olumsuz zarara eşit olması ya da olumsuz zararın olumlu zarar miktarından fazla olması da mümkündür[230]. Özellikle, amaçlanan sözleşme için aşırı masraf yapılmış olması durumunda, bu ihtimallerle karşılaşmak mümkündür.

Bu gibi durumlara bir örnek vermek gerekirse; dönülen sözleşmede kararlaştırılan bedel ile dönme hakkı sahibi alacaklının borçlu ile yaptığı sözleşme nedeniyle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmedeki bedelin aynı olması durumunda olumsuz zarar olumlu zarara eşit olacaktır. Şayet alacaklının yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmedeki bedelin, dönülen sözleşmede kararlaştırılan bedelden düşük olması durumunda ise, olumsuz zararın olumlu zarardan yüksek olması söz konusu olabilecektir[231]. Örneği somutlaştıralım: A, B'den 500 TL'ye bir televizyon almış ve bu sebeple C'nin 450 TL'lik teklifini geri çevirmiştir. B'nin televizyonu teslim borcunda temerrüde düşmesi üzerine, A, sözleşmeden dönmüştür. Ancak bu süreç

229 Ergüne, **a.g.e.,** s: 60, 61; Eren, **a.g.e.,** s. 1084.

230 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1281; Koller, **OR Band II,** s. 145, N. 24 vd.; Keller, **a.g.e.,** s. 15; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2901; Ergüne, **a.g.e.,** s. 353 vd.

231 Buz, **a.g.e.,** s. 250.

içerisinde aynı marka ve model televizyonun fiyatı 600 TL'ye yükselmiştir. Bu durumda A'nın olumlu zararı, dönülen sözleşmede kararlaştırılan bedel olan 500 TL ile 600 TL arasındaki fark olan 100 TL iken; olumsuz zararı, B ile yaptığı sözleşme nedeniyle reddettiği teklif olan 450 TL ile 600 TL arasındaki fark olan 150 TL'dir. Görüldüğü gibi olumsuz zarar miktarı, olumlu zarar miktarından yüksek olabilmektedir[232].

İşte özellikle olumsuz zararın olumlu zarardan yüksek miktarda çıktığı durumlarda, olumsuz zararın yine de olumlu zarar miktarıyla sınırlı olmak üzere tazmin edilmesi gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkmıştır. Dikkat edilirse bu sorun, meydana gelen zararın hesaplanması bakımından bir sınırlama getirmemekle beraber, olumsuz zararın tazmininin olumlu zarar miktarıyla sınırlanıp sınırlanamayacağı konusundadır[233].

Alman hukukunda bazı hükümlerde, Türk ve İsviçre hukuklarının aksine, olumsuz zararın sadece olumlu zararı aşmayan kısmı için tazminat talep edilebileceği yolunda bir sınırlama vardır (BGB § 122, § 179/f. 2)[234]. Bu düzenlemelerde, olumsuz zararın üst sınırını, olumlu zarar oluşturmaktadır. Yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edenin sorumluluğunu ve yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen bu hükümlerin, diğer *culpa in contrahendo'*dan doğan olumsuz zarar halleri için de kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışmalar bulunsa da, baskın görüş, uygulanmaması gerektiği yönündedir[235].

---

232 Buz, **a.g.e.,** s. 250; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1281, dpn. 84.

233 Ergüne, **a.g.e.,** s. 353. Olumsuz zararın, olumlu zararı aşmaması gerektiği yönünde bkz. Keuk, **a.g.e.,** s. 160.

234 Lange; Schiemann, **a.g.e.,** s. 64; Hans Brox, Wolf Dietrich Walker, **Allgemeines Schuldrecht,** 30. Auflage, Giessen, Carl Heymanns Verlag, 2006, § 27, N. 604; § 18, N. 447; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil,** 14. Auflage, München,Verlag Franz Vahlen, 2016, N. 970; Çakırca, **a.g.e.,** s. 36; Keller, **a.g.e.,** s. 15.

235 **MünchK-Emmerich, 4. Auflage,** § 311, N. 234; **Christian Grüneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,** 75. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016, § 249, Vorbemerkungen, N. 17; § 311, N. 55; Ennecerrus, Lehmann, **a.g.e.**, s. 192. Aksi yönde bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 65. Alman Medeni Kanunu'nda bu yöndeki diğer düzenlemeler BGB § 307/ f. I ve § 309 a'da yer almaktadır.

Fakat Türk hukuku'nda ödül sözünden dönmeye ilişkin TBK m. 9/f. 2 (İsv. BK Art. 8/f. 2) dışında böyle bir sınırlama bulunmamaktadır[236]. Buna rağmen, özellikle TBK m. 35/f. 2 ve m. 47/f. 2'deki *"daha fazla zarar"*ın tazmin edilebileceği ifadesinden yola çıkılarak amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati ile sınırlı bir tazminat yükümlülüğünün olduğu savunulmaktadır[237]. Zira bu hallerde olumlu zararı aşan bir tazminatın söz konusu olması durumunda, sözleşmenin iptal edilmesinin bir anlamı kalmayacağından bu durum hakkaniyete de uygundur[238]. Olumsuz zararın tazmininin, olumlu zarar miktarıyla sınırlanması gerektiği görüşünde olanlar, aynı zamanda TBK m. 123-125 hükümlerinden kaynaklanan dönme üzerine olumsuz zarar tazmininin de sınırlanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[239]. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönerek edimin ifasından vazgeçen alacaklının zararının, ifa menfaati ile sınırlı olması gerekmektedir. Aynı şekilde vekâlet sözleşmesinin TBK m. 512 gereğince uygun olmayan zamanda sona erdirilmesine muhatap olan ve saklama sözleşmesinin TBK m. 564 gereğince süresinden önce sona erdirilmesine muhatap olan karşı tarafın da benzer gerekçelerle, sözleşme sona erdirilmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma sokulmaması gerektiği de ileri sürülmüştür[240].

---

236 İsv. BK m. 226i'de bir sınırlama daha bulunmaktadır. Taksitli satışlarda alıcının temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen satıcının tazminat talebinin, sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı elde edeceklerini aşamayacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün Türk hukuku bakımından da uygulanması gerektiği yönünde bkz. Serozan, **Dönme,** s. 572-574; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 23.

TBK m. 9/f. 2 hükmüne ilaveten, kefaletten dönmeyi düzenleyen TBK m. 599 gereğince de kefaletten dönen kefilin olumsuz zarardan sorumluluğu kefalette yazan miktarla sınırlı olacağından, olumsuz zarar talebinin ifa menfaatini aşamayacağını söylemek gerekir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 283.

237 Oğuzman, Öz, **a.g.e,.** N. 344; Hüseyin Hatemi, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, § 12, N. 46. Aynı yönde İsviçre hukuku için bkz. Simonius, **a.g.m.,** s. 243 vd., 280, 282; Keller, **a.g.e.,** s. 113, 114, 249 vd., 290 vd.; Scherrer, **a.g.e.,** s. 69 vd.

238 Keller, **a.g.e.,** s. 253 vd.

239 Keller, **a.g.e.,** s. 254, 255; Becker, **a.g.e.,** Art. 109, N. 9; Hans Giger, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,** Das Obligationenrecht, Band. VI, 2. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 184-215, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1979, Art. 191, N. 28; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 109, N. 7. Ayrıntı için bkz. Tunçomağ, **a.g.e,** s. 956; Önen, **a.g.e.**, s. 96.

240 Vekâlet sözleşmesi bakımından bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 739; Josep Hofstetter, **Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,** Basel, Helbinbg&Lichtenhahn Verlag AG, 2000, s. 64, dpn. 60. Saklama sözleşmesi bakımından bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 754.

Bu görüşlerin aksine doktrinde olumsuz zararın tazminine olumlu zarar ile bir sınırlama getirilmemesi gerektiği de savunulmaktadır[241]. Zira, TBK m. 35/f. 2 ve m. 47/f. 2'den yola çıkılması isabetli değildir. Bu hükümlerde daha fazla zararın istenebileceğinin düzenlenmesinin amacı, genellikle karşılaşıldığı gibi olumsuz zararın olumlu zarar miktarından düşük olması halinde, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde zarar gören lehine daha geniş kapsamlı bir tazminat imkânı getirilmesidir. Bu da genelde tazminatın ifa menfaatine kadar genişletilmesi şeklinde olacaktır. Ama olumsuz zarar miktarının olumlu zararı aşması durumunda ise, artık bu hükme başvurulmasına da gerek kalmayacaktır[242].

Olumsuz zararın tazminini olumlu zarar miktarıyla sınırlayan BGB §§ 122/f. 1; 179/f. 1; TBK m. 9/f. 2; İsv. BK m. 8/f. 2 ve m. 226i gibi özel hükümlerin genelleştirilmesi için de bir sebep bulunmamaktadır. Özellikle kusursuz sorumluluk hali olan BGB §§ 122/f. 1; 179/f. 1; TBK m. 9/f. 2; İsv. BK m. 8/f. 2 hükümlerinden genel bir kurala varılması isabetli olmayacaktır[243].

Yine TBK m. 123-125 hükümlerinden de hareket ederek sözleşmeden dönme halinde olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünün ifa menfaatiyle sınırlanacağı, bu konuda herhangi bir düzenleme olmadığından söylenemeyecektir. Kanun koyunun kullanılan seçimlik hakka bağlı olarak farklı tazminatlar öngörmesi, her zaman olumsuz zararın olumlu zarardan fazla olacağı yönündeki hatalı düşünceden kaynaklanmaktadır. Yoksa kanun koyucu olumsuz zararın olumlu zarardan yüksek olma ihtimalini düşünerek olumsuz zararın olumlu zararla sınırlanmasını istememiştir[244].

---

241 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 26, N. 14; Art. 39, N. 9; Franz Schenker, **Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht,** Freiburg, Universität Verlag, 1988, s. 285; Lüchinger, **a.g.e., N.** 565 vd. ve N. 754; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 87, dpn. 30; 316; Gonzenbach, **a.g.e.,** s. 213 vd.; Hartmann, **Informationpflichten,** s. 128-132; Ergüne, **a.g.e.,** s. 357-361; Buz, **a.g.e.,** s. 278, 279; Daniel Glasl, **Die Rückabwicklung im Obligationenrecht,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, s. 120; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 36, N.86; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. III, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 326.

242 Gonzenbach, **a.g.e.,** s. 215, 216; Ergüne, **a.g.e.,** s. 357, 358.

243 Schenker, **a.g.e.,** s. 286.

244 Ergüne, **a.g.e.,** s. 359.

TBK m. 512 ve m. 564 hükümlerinden hareket ederek de bir sınırlama getirilmiş olduğuna ilişkin yeterli bir neden olduğu söylenemez. Özellikle vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona ermesi durumunda oluşan zararların ifa menfaatinden farklı nitelik taşıması, tazmin edilecek zararın olumlu zararla sınırlı olmaması gerektiğini bize göstermektedir[245].

Ayrıca sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle oluşan zararlar, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisine aykırılığın sonucudur. Amaçlanan sözleşmedeki şartlara bakarak sorumlu olunacak miktarı sınırlamak, işlemsel temas sırasında kanundan doğan borç ilişkisinin ve onun yarattığı sorumluluğun, amaçlanan sözleşmeden bağımsız olduğu yönündeki uzun yıllardır kabul gören fikre aykırılık oluşturmaktadır[246].

Kanaatimizce de isabetli olan bu ikinci görüş bakımından şu sonuca ulaşmak mümkündür: Hükümsüz kalan sözleşme görüşmeleri yapılmasaydı ne durumda olacaksa o duruma sokulmaya çalışılan alacaklının zararı, bu zarar neyse bir sınırlama getirilmeksizin karşılanmalıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin geçerli kalacağına güvenle uygun illiyet bağı içerisindeki tüm olumsuz zararın karşılanması istenebilmelidir.[247]. Olumsuz zarar tazminatının ifa menfaati ile sınırlanması için bir sebep bulunmamakla birlikte, böyle bir sınırlama güven ilişkisine aykırı hareket eden tarafın ödüllendirilmesi gibi bir sonucu da doğurabilecektir[248].

---

245 Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi,** İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 164; Ergüne, **a.g.e.,** s. 360.

246 Ergüne, **a.g.e.,** s. 358.

247 Bucher, **a.g.e.,** s. 379; Ergüne, **a.g.e.,** s. 357 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 298; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1281.

248 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 663-674; Ergüne, **a.g.e.,** s. 360, 361.

4. Olumlu – Olumsuz Zarar Ayırımının Gerekliliği Tartışması

a. Meselenin Öğretideki Görüşler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Olumlu-olumsuz zarar ayrımının gerekliliği hususunda, aslında eleştiriler genel itibariyle olumsuz zarar kavramına yöneltilmektedir. Bazen olumlu-olumsuz zarar ayrımının ortadan kaldırılması gerektiği ileri sürülmekte ve bazen de dönme sonucu alacaklının talebinin olumsuz zararla sınırlandırılması eleştirilmektedir. Biz de çalışmamızda bu yöndeki görüşleri ele aldıktan sonra, Türk hukuk sistemi açısından bu ayrımın gerekliliği hususunu tartışacağız.

-Doktrinde, özellikle ticari hayatta olumlu olumsuz zarar ayrımının bilinmediği göz önüne alınırsa, bu ayrımın ortadan kaldırılması gerekliliğinin iyice hissedileceği ileri sürülmüştür. Örneğin, sözleşmeden dönmeyi ve olumlu zararını isteyen bir tacirin, aslında dönmeyi mi olumlu zararını mı istediğinin tespit edilmesi zorluk arz edecektir[249]. Ancak kanaatimizce tek başına bu durum, olumsuz zarar kavramının reddi için yeterli değildir. Böyle bir durumda sorun, irade beyanlarının TBK m. 19/f. 1 uyarınca yorumlanması yoluyla çözülebilecektir[250]. Ayrıca böyle bir

---

249 Simonius, **a.g.m.,** s. 259; Serozan, **Dönme,** s. 641 vd. Ayrıca bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 971.
Uygulamada çoğunlukla, sözleşmeden dönüldüğü ve olumlu-olumsuz tüm zararın tazmininin talep edildiği şeklinde ifadeler kullanılmaktadır. Örneğin; Y. HGK 18.10.2018 E. 2017/19-1649 K. 2018/1467 (kazancı); Y. HGK 15.01.2014 E. 2013/15-315 K. 2014/10 (kazancı) kararlarında geçen davacı talepleri. Bu gibi durumlarda, alacaklının irade beyanının TBK m. 19 gereğince yorumlanması gerekmektedir. Böyle bir durumda genel kabul gören görüş, alacaklının olumlu zararını istemesi durumunda, dönme sözcüğünü kullanmış olsa bile, sözleşmeden dönmediğini kabul etmektir. Bkz. Andreas von Tuhr, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts,** Band 2, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974, s. 154, dpn. 83; BGE 44 II 174, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 963, 964; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 181-184. Bu düşünce olayların çoğunda olumlu zararın olumsuz zarardan fazla olduğu fikrinin sonucudur. Ancak somut olayda olumsuz zarar miktarı daha fazlaysa, alacaklının sözleşmeden dönerek olumsuz zararını talep ettiğinin kabulü, onun açısından daha avantajlı olacaktır. Ayrıca alacaklının kendi edimini ifa etmeme ya da önceden ifa etmişse geri isteme düşüncesinde olduğu kabul ediliyorsa, her ne kadar ifa yerine olumlu zararını talep etmişse bile, dönme ve olumsuz zararını talep ettiği kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 265, dpn. 411.

250 Buz, **a.g.e.,** s. 270; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 286; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 140, dpn. 101; Ergüne, **a.g.e.,** s. 370.

durumda alacaklıya belirli şartlar altında tanınanacak değiştirme hakkı da *(ius variandi)*[251] sorunun çözümünde yardımcı olabilecektir.

-Olumsuz zarara ilişkin diğer bir eleştiri ise, alacaklının kaçırılan elverişli fırsatlar adı altında borçlu aleyhine spekülasyon yapmasına veya sözleşme uğruna yaptığı ölçüsüz masrafları borçluya yükletmesine fırsat vermesidir[252]. Örneğin, sözleşme taraflarından biri sırf başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmasından dolayı kendisi için daha avantajlı olan olumsuz zararın tazminini talep edebilmek için sözleşmeden dönebilecektir. Aynı şekilde, sözleşmeyi kurmak için gereğinden fazla lüks masrafta bulunmuş olan sözleşme tarafının, olumlu menfaatini fazlasıyla aşan miktarda tazminat talep edebilecektir. Her iki durum da hakkaniyete aykırı bulunmuştur. Ancak kanaatimizce bu durum, olumlu zararın olumsuz zarardan fazla olduğu hallerde de geçerli olabilecektir. Bu sebeple, her iki tazminat talebi bakımından da borçluyu spekülasyonlara karşı korumak bakımından, uygun illiyet bağı teorisi, TBK m. 51/f. 1 hükmü ve dürüstlük kuralına başvurulabilecektir[253]. Ayrıca yapılan ihbarlar ve tanınan süreler sayesinde de borçlunun menfaatleri korunmaktadır[254].

-Olumlu-olumsuz zarar ayrımını eleştirenler, bu ayrımın hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceğini belirtmektedirler. Özellikle sözleşme konusu edimin imkânsızlaşması halinde, böyle bir durumla karşılaşıldığı ileri sürülmektedir[255]. Örneğin, sözleşme kurulmadan evvel, sözleşme konusu edim, tarafların birinin kusuruyla imkânsız hale getirilmişse, bu taraf *culpa in contrahendo* sorumluluğu gereğince karşı tarafın olumsuz zararını karşılayacakken; sözleşme kurulduktan birkaç dakika sonra söz konusu edim bu tarafın kusuruyla imkânsız hale gelirse, diğer tarafın olumlu zararını karşılayacaktır. Fakat burada problem, sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulamaması veya geçerli olarak kurulup da herhangi bir

---

251 Kavram açısından ayrıntılı açıklama için bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 255, dpn. 381.

252 Serozan, **Dönme,** s. 643, 644; Simonius, **a.g.m.,** s. 261; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 22.

253 Mustafa Göktürk Yıldız, **Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartarı ve Sonuçları,** yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017, s. 250.

254 Ergüne, **a.g.e.,** s. 372.

255 Serozan, **Dönme,** s. 590.

sakatlık taşıması ya da ifa dışında bir sebeple sona ermesi halinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tasfiyesine ilişkin Alman Medeni Kanunu ya da Viyana Satış Sözleşmesi'nde olduğu gibi ortak kurallar konulmamış olmasıdır[256]. Ayrıca bu durum, Türk hukuku'nda imkânsızlığın çok çeşitli ayrımlara tâbi tutulmasının da bir sonucudur.

-Olumsuz zararın varlığını eleştirenler, bu zararın hesaplanması bakımından uygulamada zorluk çıktığını da ifade etmektedirler[257]. Öğrencilerin ve uygulamada hakimlerin, olumsuz zarar kavramı sebebiyle zarar hesaplamasında zorluklar yaşadıkları belirtilmiştir[258]. Ancak kanaatimizce bu sebep, tek başına olumlu olumsuz zarar ayrımının reddi için yeterli olamaz. Zira zararın hesaplanmasında yaşanan güçlükler, sadece olumsuz zarar kavramına özgü değildir. Diğer zarar türleri bakımından da aynı zorluklar bulunmaktadır[259]. Zaten bu sebeple, TBK m. 50/f. 2 ile hakime zararın miktarının belirlenmesi bakımından takdir hakkı tanınmıştır. Ancak kanaatimizce bu hükmün varlığına güvenerek hakimi zorlu bir hesaplama sürecine sokmamak adına, olumlu ve olumsuz zarar kalemlerinin açıkça ortaya konulması ve ayrımın belirginleştirilmesi bilimsel araştırmaların amacı olmalıdır[260]. Bizim çalışmamızın en önemli sebeplerinden biri de bu husustur. Ayrıca sadece olumsuz zarar ile ilgili değil, hukukun hemen hemen her alanında yanlış kararlara rastlamak mümkündür. Bu gerekçeyle olumsuz zarar kavramı reddedilecekse, hakkında yanlış kararlar verilen diğer hukuki kurumların da reddi gibi isabetli olmayan bir sonuca varmak gerekecektir[261].

Aslında bu hesaplama zorluklarının altında yatan bir sebebin de tipik olumsuz zarar kalemi olarak sayılan bazı zarar kalemlerinin aynı zamanda olumlu zarar

---

256 Karş. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 16.

257 Olumsuz zararın, tazminatın kusura göre belirlenmesi ilkesini ve TBK m. 51'in hakkaniyet kuralını sert ve köşeli tazminat kurallarına çevirdiği de ileri sürülmektedir. Bkz. Serozan, **Dönme,** s. 590, 591.

258 Serozan, **Dönme,** s. 590; Simonius, **a.g.m.,** s. 250

259 Buz, **a.g.e.,** s. 262; Yıldız, **a.g.t.,** s. 250; Ergüne, **a.g.e.,** s. 368.

260 Aynı yönde bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 286; Buz, **a.g.e.,** s. 262; Ergüne, **a.g.e.,** s. 369.

261 Ergüne, **a.g.e.,** s. 370.

kalemini oluşturmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir[262]. Örneğin, olumlu zarar hesabında sözleşme gereği gibi ifa edilseydi, o sözleşmeden elde edilecek kâr mahrumiyetinin içine giren değerler hesaplanırken, bu sözleşmeyi kurmak için yapılan masraflar da hesabın içerisine girecektir[263]. Sözleşmeyi kurmak için yapılan bu masraflar aynı zamanda olumsuz zararın fiilî zarar kısmını oluşturacağından, aynı olayda hem olumlu hem olumsuz zararın talebi, aynı zararın iki kere tazmini sonucuna yol açacaktır. Bunun gibi, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden yapılmak zorunda kalınan ihtar çekme, dava masrafları, üçüncü kişilere ödenen tazminat ve ceza koşulu gibi giderler, hem olumlu hem de olumsuz zararın fiilî zarar kısmını oluşturacaklarından, bu durum da aynı olayda hem olumlu hem olumsuz zarar talebinin, aynı zararın iki kere tazmin edilmesine yol açacağını göstermektedir[264].

Kanaatimizce işte aslında bu zarar kalemi benzerliklerinden dolayı olumlu ve olumsuz zarar ayırımı korunmalıdır. Zarar hesabı yapılırken, hem sözleşmenin hiç kurulmamış olması durumundaki menfaatin hem de sözleşmenin gereği gibi ifasına olan menfaatin karşılanmasını sağlayacak aynı zarar kaleminin birden fazla hesaba katılmaması için, olumlu ve olumsuz zarar kavramları varlıklarını korumalı; ancak aralarındaki sınır iyi çizilmelidir.

Ayrıca olumlu ve olumsuz zarar kalemlerinin benzerlik göstermesi gerekçesi, bu ayrımın ortadan kaldırılması bakımından yeterli değildir. Zira benzer zarar kalemleri olduğu kadar, birbirinden tamamen farklı sadece olumlu ya da olumsuz zarara özgü zarar kalemleri de bulunmaktadır[265].

-Olumsuz zarar kavramı, genel itibariyle düşük olması sebebiyle de eleştiriye uğramaktadır. Ancak olumsuz zararın olumlu zarardan düşük olması mutlak bir sonuç olmadığı gibi, hakimin somut olayın özellikleri çerçevesinde TBK m. 35/f. 2 ve m. 47/f. 2 hükümlerine dayaranak hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde olumlu

---

262 Serozan, **Dönme,** s. 639; Simonius, **a.g.m.,** s. 248, 250; Buz, **a.g.e.,** s. 258.

263 Y. 15. HD. 29.06.1988 E. 3941 K. 2452 (Turgut Uygur, **Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,** C. III, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 3564).

264 Ergüne, **a.g.e.,** s. 71.

265 Buz, **a.g.e.,** s. 263; Ergüne, **a.g.e.,** s. 371.

menfaate de hükmedebileceği ve bu hükümlerin TBK m. 37/f. 2 dışında diğer olumsuz zarardan sorumluluk hallerinde de kıyasen uygulanabileceğini göz ardı etmemek gerekmektedir[266].

-Doktrinde ayrıca özellikle sözleşmeden dönme sonucu alacaklının tazminini talep edebileceği zarar türünün olumlu zarar olması gerektiğini ileri süren görüşlerden[267] bir kısmı, olumsuz zararın tamamen kaldırılması gereken bir kavram olduğunu ileri sürmektedirler[268]. Ancak kanaatimizce aşağıda ayrıntısıyla açıklanacağı üzere, bazı durumlarda dönme halinde olumlu zararın tazmini gerekli olduğu gibi, olumsuz zararın olumlu zarardan fazla olduğu durumlarda alacaklının elinden olumsuz zararı talep etme imkânının da alınmaması gerekecektir[269].

-Olumsuz zararı eleştirenler, bu kavramın dogmatik açıdan bir fayda getirmediğini, Savigny ve Jhering'den kalma bir fikir alışkanlığı ürünü olduğunu, Alman hukukunun sert köşeli tazminat hükümlerine daha uygun olup Türk ve İsviçre hukukları açısından bu kavrama gerek olmadığını; alacaklının zararının ne ölçüde tazmin edileceği sorunu çözülürken, olumsuz zarar kavramından hareket etmektense, illiyet bağına başvurarak hakime geniş takdir yetkisi veren TBK m. 51'e başvurulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir[270].

Ancak olumlu olumsuz zarar ayrımının reddedilerek, illiyet bağı ve hakimin takdir yetkisine dayaranak zararın hesabı, hukuk güvenliğini sarsıcak niteliktedir[271].

---

266 Ergüne, **a.g.e.,** s. 370.

267 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19; Serozan, **Dönme,** s. 582; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 969; Elisabeth Glättli, "Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen", **SJZ**, 1997, s. 233; **BernerK-Weber**, Art. 109, N. 16.

268 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19: Serozan, **Dönme,** s. 582; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 969.

269 Aşağıda bkz. İkinci Bölüm, I, 4, b, (3), ii.

270 Serozan, **Dönme,** s. 639, 640, 648; İlhan Postacıoğlu, "Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini", **İÜHFM,** C. VI, S. 1-2, 150 nüshasından ayrı bası, İstanbul, 1950, s. 8, 9; İlhan Postacıoğlu, "Salahiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini", **İÜHFM,** C. XVII, 1951, s. 936; Simonius, **a.g.m.,** s. 284, 285.

271 Ergüne, **a.g.e.,** s. 369, 370. Doktrinde Hatemi, Gökyayla da olumlu-olumsuz zarar ayrımını pedogajik bakımdan muhafaza ederek hakime akdi sorumluluk alanında TBK m. 50'ye eş kapsamda bir takdir yetkisi vermenin Alman Medeni Kanunu'nun yeni hükümlerinin doğrudan Türk Borçlar Kanunu'na aktarılmasından daha güvenceli bir çözüm olacağını ifade etmişlerdir. Bkz. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.,** § 26, N. 47.

Zira bu imkânlar, zararın tespitinden ziyade, belirli yöntemler çerçevesinde hesaplanan zararın sınırlandırılmasında ve hükmedilecek tazminatın belirlenmesinde rol oynayan hukuki kurumlardır. Bu sebeple, zararın belirlenmesi ve tazminatın hesaplanmasının birbirinden ayrı meseleler olduğunu unutmamak gerekir.

Hakimin takdir yetkisi ve illiyet bağına dayanılması, alacaklının malvarlığı kayıplarının hangi ölçüye göre belirleneceği sorununu çözümlemeyecektir. Oysaki malvarlığı kayıplarının belirlenmesi açısından, olumlu olumsuz zarar ayrımı, hesap güçlüklerini somut olarak ortadan kaldırmak bakımından fonksiyonel bir görev görecektir. Böyle bir imkândan yararlanmayıp her şeyi hakimin takdirine bırakmak benzer olaylarda farklı zarar tazminlerinin ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Ayrıca böyle bir yolun benimsenmesi, yukarıda da ifade edildiği gibi olumlu ve olumsuz zarar kalemlerinin bazı durumlarda benzerlik göstermesinden dolayı, zararın katmerli olarak hesaplanmasına yol açabilecektir. Bu şekilde katmerli hesaplamalara karşı, itirazların dayanağının ne olacağı da bir sorun oluşturacaktır. Bu sebeple, sınırları belirli olmayan kavramlara dayanarak zararın hesaplanmasını savunmaktansa, yerleşmiş ve teorik temelleri olan olumlu ve olumsuz zarar kavramlarına dayanmak hem hukuk güvenliği hem de bilimsel açıdan kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Bu sebeple, olumlu ve olumsuz zarar ayrımına karşı çıkılmasına kanaatimizce gerek bulunmamaktadır[272]. Aksine bu iki zarar arasındaki ayrım korunduğu ölçüde, borçlu ve alacaklının menfaatleri, daha iyi gözetilmiş olacaktır. Reform sonrası Alman hukukunda da benzer bir çözüm benimsenmiştir. Başlangıçtaki imkânsızlık ve sözleşmeden dönme halinde, alacaklının olumlu zararının tazminine imkân tanınırken bile, sözleşmeyi yanılma sebebiyle iptal edenin ve kusursuz yetkisiz temsilcinin olumsuz zarardan sorumluluğuna dokunulmamıştır (BGB §§ 122/f. 1 ve 179/f. 2). *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun ayrıca düzenlendiği BGB § 311/ f. 2 ve 3'ün de olumsuz zarara yol açtığı Alman hukukunda kabul edilmektedir[273].

---

272 Aynı yönde bkz. Hatemi, **a.g.e.,** § 26, N. 168; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.,** § 26, N. 47, 95.

273 **Manfred Löwisch, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 311, 311a,**

Ayrıca Alman hukukunda sözleşmeden dönme sonucu olumlu zararının tazmini imkânı tanınan alacaklıya, aynı zamanda, borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan masraflarının tazmini[274] imkânı da seçimlik hak olarak tanınmıştır (BGB §§ 280 ve 284).

Ulusal yasalar yanında uluslarası metinlerde de olumsuz zarar varlığını korumaktadır. Viyana Satış Sözleşmesinde de sözleşmeden dönme halinde ifa menfaatinin tazmininden bahsedilse de (m. 81/f. 1, 74 vd.) sözleşmeden dönen alacaklının olumlu zarar yerine olumsuz zararının tazminini talep edebileceği de kabul edilmektedir[275]. PECL (m. 9: 502) ve PICC (m. 7.4.2 /f. 1) gibi hukuk uyumlaştırması metinlerinde de tazminatın ifa etmemeden doğan zararların giderilmesine ilişkin olacağı belirtilse de alacaklının olumsuz zararını talep etme hakkının da saklı olacağı kabul edilmektedir[276]. Ayrıca PICC (m. 3.18) ve PECL (m. 4: 117/f. 1)'de irade sakatlıkları halinde iptal sebebini bilen ya da bilmesi gereken tarafın diğer tarafın olumsuz zararlarından sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine PECL (m. 15: 105)'de geçersiz sayılan sözleşmelerden doğan tazminat yaptırımının olumsuz zararı gidermeye yönelik olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerde zarar görenin, sözleşme hiç kurulmasaydı içinde bulunacağı duruma getirileceği düzenlenmektedir.

Ayrıca olumsuz zarara karşı çıkılması neticesinde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun olumlu zarara yol açtığının kabul edilmesi sonucu, alacaklının sözleşmeden kurtulmasının bir anlamı kalmayacaktır. Örneğin, sözleşmenin yanılma

---

312, 312a-f (Vertragsschluss), Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005, § 311, N. 138, 139; **MünchK-Emmerich, 4. Auflage,** § 249, N. 124; § 311, N. 84, **PalandtK-Grüneberg**, § 311, N. 54, 55; Ludwig Enneccerus, Heinrich Lehmann, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck),** 1958, s. 192; Johann Kindl, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I,** Herausgegeben von Harm Peter Westermann, Barbara Grünewald, Georg Maier Raimer, 14. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Rechtsverlag, 2014; § 311, N. 29.

274 Bu şekilde ortaya çıkan zararların olumsuz zarar kalemi olduğu ifade edildiği gibi, normatif zarar olduğu da kabul edilmektedir.Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 6, b.

275 Hans Stoll, Georg Gruber, **Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG,** Herasusgegeben von Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2004, Art. 74, N. 2; Atamer, **a.g.e.,** s. 427, 451; Rainer Hornung, **Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht,** Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, s. 262.

276 Hornung, **a.g.e.,** s. 262, 263.

sebebiyle iptali halinde, iptal eden tarafın karşı tarafın ifa menfaatini tazmin etmek zorunda olması halinde, sözleşmeyi iptal etmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Böyle bir durum, sözleşmenin bağlamazlığı yaptırımının aynen tazmin yoluyla aşılması anlamına da geldiğinden, isabetli olmayacaktır[277].

Sonuç olarak olumsuz zarar kavramı, hüküm ifade etmeyen sözleşmeler bakımından, hiç tazminat talep edememe ile olumlu zararın tazminini talep etme arasında orta yolu oluşturmakta ve bir boşluğu doldurmaktadır[278].

b. Olumlu-Olumsuz Zarar Ayrımının Sonucu

Kanaatimizce olumlu ve olumsuz zarar ayrımının varlığını sürdürmesi gerektiğini belirttikten sonra, bu iki zarar türünün hiçbir olayda bir arada istenemeyeceğini de belirtmek gerekmektedir[279]. Zira aynı olayda hem sözleşme gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunulacak olan durum, hem de bu sözleşme hiç yapılmasaydı içinde bulunulacak olan durumun tesisi talep edilemez. Bu sebeple, aynı olayda iki zarar türünün istenmesi hukuk mantığı dışındadır[280].

---

277 **MünchK-Emmerich, 4. Auflage,** § 311, N. 186; **StaudingerK-Löwisch,** § 311, N. 139; Gonzenbach, **a.g.e.,** s. 200, 201; Yalman, **a.g.e.,** s. 122, 123, Ergüne, **a.g.e.,** s. 372.

278 Ergüne, **a.g.e.,** s. 374.

279 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §16, N. 5.
Örneğin, sözleşmenin ayakta bulunduğu bir durumda, önceden fındık alımına ilişkin sözleşme yapmak üzere İstanbul'dan Giresun'a gitmiş olan bir alıcı, sözleşmeden doğan fındıkların teslimi borcunun zamanında ifa edilmemesi yüzünden bir zarara uğramışsa, fındıklar zamanında teslim edilseydi malvarlığının içerisinde bulunacağı farazi durumla şu anki fiilî durum arasındaki farkın tazminini isteyebilecektir. Bunun içerisine, fındıkların 3. kişilere satışından elde edilecek kâr (olumlu zararın kâr mahrumiyeti kısmı) + fındıkların teslim edilmemesi sebebiyle 3. kişilere karşı üstlenilen sorumluluklar, aynı fındığı başka yerden daha yüksek bir fiyatla satın almak zorunda kaldığından ödenen bedel ve ifanın gerçekleşmemesi yüzünden uğranılan diğer fiilî zararlar girer. Bunları talep eden alıcının, aynı zamanda sözleşmeyi kurmak için yaptığı noter, seyahat masrafları ya da sözleşmenin kurulması için komisyoncuya ödenen ücret gibi bedelleri (ki bunlar olumsuz zararın fiilî zarar kısmını oluşturur) ve bu sözleşmenin geçerli olacağına güvenmesi yüzünden kaçırdığı daha elverişli sözleşme tekliflerinden doğan kayıplarını (olumsuz zararın kâr mahrumiyeti kısmı) isteyemez.

280 Topuz, **a.g.e.,** s. 92; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1278.
2002 yılında Alman hukukunda Borçlar Kanunu alanında yapılan değişiklikte dahi olumlu olumsuz zarar ayrımı ortadan kaldırılmamıştır. Ancak sadece olumlu olumsuz terimleri kullanılmamıştır. Bu durum da göz önünde bulundurularak Türk hukukunda da bu ayrımın terk edilmemesi gerektiği, sadece EBK m. 108/f. 2 (TBK m. 125/ f. 3) hükmünün değiştirilerek veya EBK m. 26/f. 2 (TBK m. 35/f. 2)'nin de dayandığı hakkaniyet ilkesi ışığında düzeltici yoruma tâbi tutularak bu hükme benzer bir hükmün oluşturulması yönündeki görüş için bkz. Hatemi, **a.g.e.,** § 26, N. 168; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.,** § 26, N. 47, 95.

Alman hukukunda da reform sonrası BGB § 284 hükmü ile alacaklıya ya ifa yerine olumlu zararın ya da -bir yönüyle olumsuz zarar niteliği taşıyan[281]- ifaya kavuşacağı inancıyla makul seviyede yaptığı boşa çıkan kazançlarını isteme konusunda seçimlik hak tanınmışsa da, bu harcamaların tazmini ancak olumlu zararın yerine talep edilebileceğinden *(anstelle des Schadenersatzes statt der Leistung)* , hem olumlu hem olumsuz zararın bir arada tazmin edilemeyeceği hususu sabittir[282].

Doktrinde, olumlu zararın olumsuz zarardan fazla olacağı düşüncesinden hareket eden bir görüşe göre[283], alacaklıya sadece olumlu zararı talep edebilme yönünde düzenleme yapılmış borca aykırılık hallerinde de, alacaklıya olumlu ya da olumsuz zarar arasında seçim yapabilme imkânı tanınmalıdır. Bilindiği gibi bazı borca aykırılık hallerinde (örneğin borçlu temerrüdünde), alacaklıya olumlu ya da olumsuz zarar arasında seçim hakkına ilişkin düzenleme yapılmışken, bazı borca aykırılık halllerinde (imkânsızlık gibi), sadece olumlu zararın istenebileceği düzenlenmiştir. İşte sadece olumlu zararın öngörüldüğü bu gibi hallerde, olumsuz zararın da istenebileceği savunulmuştur. Fakat Kanun'un sadece olumsuz zararın tazminini öngördüğü hallerde (İsv. BK m. 173/f. 2; m. 208/f. 2), olumlu zararın istenmesi mümkün olmamalıdır. Zira olumsuz zarar kavramı, olumlu zarar kavramına ilişkin alacaklının ispat zorluklarını kolaylaştırmak amacının olduğu hallerde söz konusu olacaktır[284]. Bu durumlarda, seçim hakkına sahip olan

---

281 Aşağıda bkz. İkinci Bölüm, II, B, 6, b.

282 **MünchK-Ernst,** Art. 284, N. 14 vd.; Barbara Dauner-Lieb, **Das neue Schuldrecht: Ein Lehrbuch,** Herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel, Manfred Lepa, Gerhard Ring, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2002, § 2, N. 52; Medicus, **a.g.e.,** § 33, N. 388. Ancak uygulamada avukatların bu yönde talepleriyle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bkz. Y. HGK 14.12.2011 E. 2011/11-539 K. 2011/783 (kazancı); Y. HGK 07.04.2004 E. 2004/13-208 K. 2004/ 211 (kazancı); Y. 23. HD. 18.12.2018 E. 2016/1715 K. 2018/5919 (kazancı); Y. 23. HD. 08.11.2018 E. 2018/1844 K. 2018/5208 (kazancı); Y. 23. HD. 01.10.2018 E. 2016/2191 K. 2018/4373 (kazancı).

283 Koller, **OR Band II,** s. 145, N. 24.

284 Koller, **OR Band II,** s. 145, N. 24. St. Gallen kanton mahkemesine konu olan bir olayda, uzun süreli kira sözleşmesi yapan kiracının, kira konusunda bazı iyileştirici değişiklikler yaptıktan sonra, kiraya verenin evi başkasına satması sonucu, sözleşmesi, yeni malik tarafından feshedilmiş ve evden çıkarılmıştır. Bunun üzerine kiracı, ev için yapmış olduğu yatırımların neticesinde kullanım avantajlarını *(die Gebrauchsvorteile)* elde edememesi sebebiyle eski malikten tazminat istemiştir. Diğer bir deyişle kiracı, olumsuz zararını ileri sürmüştür. Kanton mahkemesi bu olayda, İsv. BK m.

alacaklının bu haklardan birisini kullanmasının kendisinin daha avantajına olacağını kanıtlamasına da gerek yoktur[285].

Bizim hukukumuz açısından kural olarak her iki zarar türünün tazminine yol açan bir düzenleme yer almadığından ve iki zarar türü açısından sözleşmenin geçerli olması ya da olmaması gibi bir kıstas bulunduğundan alacaklıya böyle bir seçim hakkı tanınamaz[286].

Ancak, sadece aşağıda da değineceğimiz üzere borçlunun kusuru yüzünden sözleşmeden dönme ve edimin başlangıçtaki imkânsızlığı hallerinde, olumlu ve olumsuz zararın tazmini talebi, seçimlik olarak bir arada bulunabilecektir[287].

Şunu da eklemek gerekir ki, aynı olay çerçevesinde tazmini gereken zararlar, kısmen olumlu kısmen de olumsuz zarar talep edilerek de giderilemez[288].

5. Olumlu ve Olumsuz Zarar Kavramlarının Bütünlük Menfaati Kavramı ile İlişkisi

a. Bütünlük Menfaati Kavramı

Haksız fiil alanından farklı olarak sözleşmesel sorumluluk alanında, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki ayrı zarar/menfaat türü bulunmaktadır. Ancak kişinin, *sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri sırasında* ortaya çıkan olumlu ya da olumsuz menfaatleri dışında, bütünlük menfaatinin *(Integritätsinteresse/Erhaltungsinteresse)*, yani hukuki değerlerinin bütünlüğünün, bu anlamda *kişi ve malvarlığı değerlerinin* korunmasına yönelik de bir menfaati olduğu kabul edilmektedir[289]. Zira, alacaklının,

---

261 Abs. 3 OR'de açıkça olumlu zararın tazmini öngörülmüş olsa da, kiracının olumsuz zarar tazmini talebine uygun olarak karar vermiştir. Bkz. Koller, **OR Band II,** s. 146, N. 25.

285 Koller, **OR Band II,** .s 146, N. 26.

286 Ergüne, **a.g.e.,** s. 73.

287 Ergüne, **a.g.e.,** s. 73. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2, a ve İkinci Bölüm, I, B, 4, b, (3), ii.

288 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 36, N. 89; Ergüne, **a.g.e.,** s. 73.

289 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 344 ve 369; Rengier, **a.g.e.,** s. 53; Elisabeth Glättli**, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, s. 25 vd.; Keuk, **a.g.e.,** s. 162; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14. 32; Bucher, **a.g.e.**, s. 342, dpn. 54; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 210, 213; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.**, N. 2904; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 67, 70; Ergüne, **a.g.e.,** s. 32 vd.; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 38; Aral, **Kötü İfa,** s. 174.

ifanın gerçekleşeceği ya da sözleşmenin hüküm ifade edeceğine ilişkin haklı beklentisi dışında; sözleşme ve sözleşme görüşmelerinden bağımsız olan haklarına, özellikle mutlak olarak korunan değerlerine (vücut bütünlüğü, hayatı, sağlığı, mülkiyet hakkı vs.) zarar gelmemesi konusunda da menfaati oluşmaktadır[290]. Alman hukukunda geliştirilen bu kavram, son yıllarda İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir[291].

Bütünlük menfaatinin sözleşme hükümleri çerçevesinde korunması; birbirlerinin güvenliğini dikkate almalarını gerektirecek kadar yakın ilişki içerisine giren kimseler arasında, edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisinin bulunduğunun kabul edilmesi ile yakın ilişki içerisindedir[292]. Bir *sözleşme yapmak için görüşmeler yapılması sırasında ya da sözleşme yapıldıktan sonra*[293] taraflar arasında *"davranış/koruma yükümlülükleri*[294]*"* bulunmaktadır[295]. Bunun neticesinde,

---

290 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 121, N. 350; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 70; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 914.

291 Kavramın gelişimine ilişkin bkz. **Corinne Zellweger-Gutknecht, Eugen Bucher, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529,** 6. Auflage, Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Zürich, Bern, Helbing&Lichtenhahn, 2015, Einleitung vor Art. 1 ff., N. 98; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.**, N. 2904.

292 Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, kaynağını MK m. 2'den aldığından, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasından ya da geçerli olmasından ya da kurulup da sona ermesinden bağımsızdır. Bkz Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 23, N. 1.

293 Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi, geçerli bir sözleşmesel ilişkinin bulunmadığı durumlarda, borca aykırılık hükümlerinin uygulabilmesini sağlar. Ancak sözleşme görüşmeleri neticesinde geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olduğu hallerde, bu kanundan doğan yani MK m. 2 kaynaklı edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin kurulmuş olan sözleşme ilişkisi yanında varlığını sürdürmeye devam edeceğini savunmaktadır. Bkz. Canaris, **Ansprüche,** s. 479; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 2, N. 16; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,** s. 14, 15; Kırca, **Bilgi Verme,** s. 159, 173.

Başka bir görüş ise, sözleşme kurulmadan önce doğan davranış yükümlülüklerinin, sözleşme kurulduktan sonra *sözleşme çatısı altında* değerlendirileceklerini savunmaktadır. Böylece, sözleşmesel borç ilişkisi, hem edim hem de davranış yükümlülüklerinden ibaret hale gelir. Bkz. Larenz, **a.g.e.,** s. 14, 15, 117-120; **PalandtK-Grüneberg,** § 311, N. 25; **StaudingerK-Löwisch,** 4. Auflage, § 311, N. 106 Ergüne, **a.g.e.,** s 117, dpn. 146. *Kanaatimizce de bu görüşe katılmak daha isabetlidir.*

294 Bu yükümlülükleri ifade etmek üzere kullanılan terminoloji farklılaşmaktadır. Davranış yükümlülüğü *(Verhaltenspflichten)* kavramı yanısıra, özen yükümlülüğü *(Sorgfaltspflicht)* ve koruma yükümlülükleri *(Erhaltungs/Schuztspflichten)* kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 112, dpn. 132. Ayrıca bkz. Akyol, **a.g.e.,** s. 43 vd.

taraflar, karşı yanın gerek kişi varlığına gerek malvarlığı değerlerine zarar vermemek için, her türlü özeni göstermek zorundadırlar. Somut bir edim yükümlülüğü içermeksizin, sadece davranış yükümlülüklerinden oluşan bu borç ilişkisi, MK m. 2' deki dürüstlük kuralına dayanmaktadır[296]. Davranış/koruma yükümlülükleri tarafların mevcut hukuki değerlerinin korunmasına hizmet etmektedir[297] ve sözleşme tarafları dışında onların etki alanına girerek güven ilişkisine dahil olan üçüncü kişileri de kapsamaktadır[298].

Davranış yükümlülüklerinden oluşan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi gereğince, bir hukuki işlem kurma amacıyla temasa geçen kişilerin, birbirlerine doğru bilgi verip aydınlatma ve hem birbirlerinin hem de etki alanlarına giren üçüncü kişilerin *canını ve malını* koruyucu önlem alma zorunlulukları bulunmaktadır[299]. Bu yükümlüklerine aykırı davranan kimseler, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisini ihlâl etmiş olurlar.

Bu ilişkinin kabul edilmesi neticesinde, davranış yükümlülüklerine aykırı davranarak bir kimsenin hukuki değerlerinin yani bütünlük menfaatinin ihlâl edildiği durumlarda, *haksız fiil hükümlerine başvurulmasına gerek kalmaksızın,* borca aykırılık hükümlerince uğranılan zararın tazmin edilmesi imkânı doğar. Zira sözleşme görüşmelerine girişen taraflar, birbirlerine karşı sadece haksız fiil hükümleriyle korunan sokakta tesadüfen karşılaşan kimselerden farklıdır. Birbirlerine karşı başka kimselerden daha yoğun bir dikkat ve özen talep etmekte haklılardır[300]. Böylece, aralarında oluşan güven ilişkisinden dolayı bir kimsenin belirli bir kimseden kendisine karşı özel somut bir zarardan koruma yükümü

---

295 Davranış yükümlülükleri; *culpa in contrahendo* sorumluluğuna, sözleşmenin olumlu ihlâline ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye kaynaklık eder. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 3.

296 Ergüne, **a.g.e.,** s. 110.

297 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 5; Ergüne, **a.g.e.,** s. 113.

298 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 5; § 19, N. 1; Ergüne, **a.g.e.,** s. 113. Davranış yükümlülükleri, taraflar arasındaki güven ilişkisi uyarınca belirlenirler.

299 Ergüne, **a.g.e.,** s. 115; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 19, N.1.

300 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 346; Larenz, **a.g.m.,** s. 398.

beklemesi ve beklemekte haklı olması halinde, davranış yükümlülüklerine aykırılık vardır ve sözleşmesel sorumluluk kurallarının uygulanması gerekecektir[301].

Aslında bütünlük menfaatinin korunması, haksız fiil hukukunun tipik fonksiyonudur. Ancak, haksız fiil sorumluluğunun, özellikle zamanaşımı süresi, ispat yükünün dağılımı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk alanlarında, zarar gören açısından sözleşmesel sorumluluk hükümlerine nazaran daha az elverişli hükümleri yüzünden, aralarında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunan kişiler arasında bütünlük menfaatinin ihlâl edildiği hallerde, yapay bir şekilde[302] sözleşmesel sorumluluk alanına ulaşılmaya çalışılmaktadır[303].

Borçlunun olumlu ya da olumsuz menfaatinin sınırlarına girmeyip bütünlük menfaatini ihlâl eden bu tarz davranış yükümlülüklerine aykırılıklar, *sözleşme görüşmeleri sırasında* olabileceği gibi *sözleşmenin ifası sırasında* da oluşabilir[304]. Örneğin, Alman hukukundaki meşhur muşamba topu[305] ve muz kabuğu kararlarında[306], dükkanda sözleşme görüşmeleri sırasında *vücut bütünlüğü* zarar gören alacaklıya tanınan tazminat talebi, sözleşme görüşmeleri sırasında vücut bütünlüğünde meydana gelen zararların karşılanmasına yöneliktir. Sözleşme görüşmeleri sırasında bu şekilde davranış yükümlülüklerine aykırı davranılması

---

301 Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,** s. 122. Karş. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 429.

302 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 361.

303 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 372 ve 412. Örneğin, bir süpermarket patronunun, alışveriş esnasında cismani bir zarara uğrayan müşteriye karşı, personel seçiminde gerekli özeni gösterdiğini ya da aradan iki yıl geçtiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması; süpermarketin müşteri çekmek amaçlı gösterdiği çaba (yaygın ve yoğun televizyon ve gazete reklamları gibi) neticesinde, karşı tarafta uyandırdığı güven duygusu düşünüldüğünde, adalet duygusunu zedelemektedir. Karş. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 5; § 19, N. 1.

304 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 345; Ergüne, **a.g.e.,** s. 32, 33. Ancak doktrinde bütünlük menfaatinin ihlalinden doğan zararların, olumlu zarar olarak tazmin edileceği de ileri sürülmüştür. Bkz. Antalya, **a.g.e.,** s. 329.

305 Entscheid des Reichsgerichtes vom 7. 12. 1911 RGZ 78, 239 vd.: Kararda, yere döşemek üzere muşamba almak için ev eşyaları dükkanına gelen müşterinin ayağına satıcının muşamba topu düşürmesi sebebiyle oluşan zararın, *culpa in contrahendo* hükümlerine göre karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Zira müşterinin halının gösterilmesini talep etmesi ve satıcının da bunu kabul etmesi sebebiyle taraflar arasında sözleşme benzeri bir ilişkisinin oluştuğu kabul edilmiştir.

306 BGH NJW 1962, 31-32: Kararda, ev eşyaları dükkanına gelen bir kimse, yerde kalmış olan bir muz kabuğuna basarak düşmüş ve yaralanmıştır. Satışa ilişkin herhangi bir konuşma yapılmamış olsa dahi, bu durumda da Federal Mahkeme, kişinin dükkana satım sözleşmesi yapma amacıyla gelmesi dolayısıyla kişisel güvenliğinin sözleşme çerçevesinde korunması gerektiğini düşünmüş ve zararının *culpa in contrahendo* hükümlerine göre karşılanmasını öngörmüştür.

sonucu, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi ihlâl edilmiş olur. Oluşan zararların tazmininde *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanılarak alıcının, olumsuz menfaati değil, bütünlük menfaati korunacaktır[307]. Bu hususta dikkat edilmesi gereken, tarafların sözleşme kurma amaçlarının bulunmasıdır. Yoksa örneğin, dişçiye gitmek isterken yanlış katta indiği için kendini ev eşyası dükkanında bulan kimsenin, bu dükkanda vücut bütünlüğünün zarara uğraması neticesinde, dükkan sahibinin sorumluluğu sözleşmesel hükümlere göre belirlenemeyecektir[308].

Ancak bütünlük menfaatinin zedelenmesi, *sözleşmenin ifası aşamasında* da karşımıza çıkabilecektir. Örneğin, eve tamir için gelen ustanın yerdeki döşemeye zarar vermesi, sirk gösterisinde kaplanların seyirciye zarar vermesi, benzin dolduran elemanın arabayı çizmesi gibi hallerde, olumlu menfaatin dışında kalan bir zarar söz konusudur[309]. Bunun gibi, kira sözleşmesinin devamı süresince aralarındaki bir husumet neticesinde kiraya verenin kiralayana şiddet uygulaması durumunda, oluşan zarar ne olumlu ne de olumsuz zarardır. Zira, bu durumlarda, *asli edimin ifası borçlu tarafından gereği gibi yerine getirildiği halde,* alacaklının sözleşmesel edim değişikliği dışında mülkiyet hakkı, vücut bütünlüğü gibi bütünlük menfaatine ilişkin değerleri zedelenmiştir[310]. Bu durumda da davranış yükümlülüklerine aykırı davranılmıştır[311]. Ancak burada sorumluluk, culpa in contrahedodan değil, *sözleşmenin olumlu ihlâlinden* kaynaklanmaktadır[312].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin de sözleşmenin ifası sırasında davranış/koruma yükümlülüklerine aykırı davranılması nedeniyle oluşan zararlara ilişkin kararları bulunmaktadır. Bir kararında[313], müzikli ve havai fişek gösterisi yapılacak olan bir bayram etkinliğine katılan kişinin, eğlence salonundayken, pencereden dışarı baktığı sırada havai fişek parçasının camı kırması ve gözüne cam kırıkları batması

---

307 Lüchinger, **a.g.e.,** s: 123, N. 354, s. 126, N. 366; Rengier, **a.g.e.,** s. 53; Gonzenbach, **a.g.e,** s. 42; Ergüne, **a.g.e.,** s. 32. Karş. **BaslerK- Zellweger-Gutknecht,** Einleitung vor Art. 1 ff., N. 102

308 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 367.

309 Ergüne, **a.g.e.,** s. 33.

310 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 355 vd.

311 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 422.

312 Rengier, **a.g.e.,** s. 53; Antalya, **a.g.e.,** s. 329.

313 BGE 70 II 215 vd.

neticesinde oluşan zararlarının sözleşmenin ihlâli hükümlerine göre tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Zira, organizasyona katılma sözleşmesi içerisinde, organizasyonu düzenleyen kimsenin katılımcıların zarar görmemesini sağlama şeklinde de bir yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir[314]. Benzer başka bir kararında[315] ise, kayak pistinde tehlikeden kaçmak amaçlı manevra yapan bir kayakçının pistte bulunan teleferik inşaatına çarpması neticesinde ağır yaralanması sonucu oluşan zararının, sözleşmeye aykırılık hükümleri neticesinde karşılanmasına karar vermiştir. Zira kayakçı, pistin başlangıç noktasına çıkabilmek için teleferik işletmesinden bir haftalık abonmanlık elde etmiştir. Federal Mahkemece, pistin güvenliğini sağlama görevini de, bu taşıma sözleşmesinden doğan bir yan yükümlülük olarak kabul edilmiş ve bunun ihlâli, teleferik işletmesinin sözleşmesel sorumluluğuna ilişkin bulunmuştur. Her iki kararda da sözleşmesel davranış yükümlülüklerinin yan yükümlülülük olarak sözleşme içeriğine dahil edilmesi sonucu, haksız fiile ilişkin hükümler bertaraf edilmiş olmakta ve bütünlük menfaatinin zedelenmesi *sözleşmenin olumlu ihlâli* olarak görülmektedir. Böylece zarar gören, sözleşme hukukunun daha avantajlı sorumluluk hükümlerinden yararlanmış olmaktadır[316].

Görüldüğü gibi, bütünlük menfaatinin ihlâli hallerinde, borca aykırılık hükümlerine dayanılarak zarar tazmin edilmektedir. Gerek sözleşme görüşmeleri sırasında gerekse sözleşmenin ifası sırasında bütünlük menfaatinin ihlâl edilmesi neticesinde tazmin edilecek zarar, zarar verici eylemin sonucu olan zarardır. Tazminatın hesabında, kusurlu eylemle uygun illiyet bağı içerisindeki zararlar esas alınacaktır[317].

Yalnızca taraflar arasında, sözleşme ya da sözleşme görüşmelerinin olmadığı durumlarda, bütünlük menfaatinin giderilmesi haksız fiil hükümlerine bağlanacaktır[318]. Ancak tarafların daha avantajlı borca aykırılık hükümleri

---

314 BGE 70 II 218.
315 BGE 113 II 246 vd.
316 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 360.
317 Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,** s. 128, 129.
318 Ergüne, **a.g.e.,** s. 36.

bulunurken, haksız fiil hükümlerine dayanmak yönünde bir iradeleri varsa, bu duruma engel olunamaz. Bütünlük menfaati ihlâllerinde, hem sözleşmesel hem de haksız fiil sorumluluğunun kesişmesi durumu, talepler yarışına da yol açabilir. Ancak her durumda, bu sorumluluk türlerinden birine dayanarak zararın giderildiği durumlarda, diğer sorumluluk türüne dayanılamaz (TBK m. 60)[319].

Bütünlük menfaati içerisine giren tipik zarar kalemleri şu şekilde belirtilebilir[320]:

-TBK m. 54'de belirtilen bedelsel zararlar, yani tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar;

-TBK m. 53'te belirtilen ölüm halinde uğranılan zararlar, yani, cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar;

-Şeye gelen zararlar eşyanın zarara uğraması ya da yok olmasından kaynaklanan zararlardır. Bunlar; zarar gören şeyin borsa ve piyasa fiyatı dikkate alınarak belirlenen sübjektif değeri, sanat eserleri gibi sabit değeri olan nesneler bakımından yenisini elde etme masrafları, sabit değeri olmayan eşyalar bakımından o günkü değeri, eşyanın değer azalması ile bağlantılı tamir masrafları, tamir masrafları eşyanın değerinden fazla tutuyor ya da tamir mümkün değilse eşyanın değeri, eşyanın zarara uğratılması ya da yok olması ile dolaylı bağlantılı olan kaçırılmış kazanç ya da tamir süresince kullanım imkânının kaybından doğan zararlar şeklindedir.

-Herhangi bir mutlak hakkı (mülkiyet, yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki haklar, kişilik hakları) ihlâl etmese de malvarlığında yine de azalma meydana getiren

---

319 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 374.

320 Rengier, **a.g.e.,** s. 53, 54; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 381 vd.; Ergüne, **a.g.e.,** s. 33, 34. Bütünlük menfaati ile, zarar veren olayla tesadüfi olarak alakalı olan tehlikeler, bütünlük menfaatinin koruma alanına girmez. Örneğin, kaza sonucu zarar gören kimsenin, ehliyetsiz araç kullandığı tespit edilip bu yüzden kendisine ceza kesilmesi durumunda, zarar veren bu miktardan sorumlu olmaz. Bkz. Rengier, **a.g.e.,** s. 54.

saf malvarlığı zararları[321]; örneğin, borçlunun temerrüdü sonucu alacaklının kendi alacaklısına tazminat ya da ceza koşulu ödemesi sonucu malvarlığında ortaya çıkan eksilmeler (sorumlululuk menfaati/*Haftungsinteresse)*[322].

b. Olumlu ve Olumsuz Menfaatle İlişkisi

Bütünlük menfaati, olumlu-olumsuz menfaatten farklı olarak sözleşme ya da sözleşme benzeri bir hukuki ilişkinin (özel bir bağlantının/*Sonderverbindung*) varlığını şart koşmaz. Bütünlük menfaatinde, taraflar arasındaki işlemsel temasa yabancı değerlerin korunması amaçlanmaktadır[323]. Bu sayede, aynı olayda hem olumlu veya olumsuz menfaatin hem de bütünlük menfaatinin bir arada bulunması mümkündür[324]. Ayrıca bütünlük menfaatinin, olumlu ve olumsuz menfaati miktar olarak aşması da mümkündür[325].

Bütünlük menfaati ile olumsuz menfaat arasında bazı benzerlikler bulunmaktadır. Her iki menfaat türünde de tazminat talebi olumsuz bir sonuca yöneliktir. Zira hukuki değerlerin ihlâl edilmesi halinde de sözleşmenin hüküm ifade etmemesi halinde de tazminat talebiyle bu durumların hiç olmamış hale gelmesi amaçlanmaktadır. Oysa olumlu menfaatte, tazminat talep edildiğinde, hiç ya da uygun şekilde yapılmamış ifanın tazminat aracılığıyla yapılmış sayılması hedeflendiğinden, olumlu bir sonuca yönelme durumu söz konusudur[326].

Ayrıca bütünlük menfaati, ifayı korumadığı aksine ifaya yabancı değerleri koruduğu için, olumlu menfaatten ayrılmaktadır[327]. Bu bakımdan, borç ilişkisinin taraflarının *"edim menfaati dışında kalan"* hukuki varlıklarında meydana gelen zararların giderilmesi amacı güdüldüğünden, olumsuz zararla aralarında bir bağlantı kurulabilecektir. Fakat olumsuz zarar, sözleşmenin kurulması olayına bağlı iken,

---

321 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 401.
322 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 401.
323 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 370.
324 Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 70; Ergüne, **a.g.e.,** s. 35; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 382, 383.
325 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 384.
326 Keuk, **a.g.e,.** s. 162 vd.; Rengier, **a.g.e.,** s. 53, dpn. 68; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 371, dpn. 466; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 70; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2904.
327 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 371.

koruma menfaatinin ihlâlinden doğan zararlarda böyle bir bağlılık aranmaksızın, doğrudan hukuki varlıklara yapılan müdahaleden doğmaktadırlar[328].

Bütünlük menfaati ile özellikle bedensel zararlarda kazanç kayıplarında ya da şeye gelen zarar olarak üretim kayıplarında olduğu gibi kaçırılmış kazançların tazmini hedeflenmesine rağmen; bu kayıplar, olumlu menfaat kalemi olan kaçırılmış kazançlarla karıştırılmamalıdır. Zira bütünlük menfaatinde, zarar verenin kendi fiiliyle oluşturmamış olduğu zarar görenin kazanma ümidi olumsuz etkilenirken; olumlu menfaat kapsamında, zarar verenin edimi ifa sözü vermesiyle zarar görende oluşan kazanma ümidi zedelenmektedir[329]. Olumsuz zarar içerisindeki kaçırılmış kazançlarla bütünlük menfaatini ilgilendiren kazanç ve üretim kayıplarının bazı benzer yönleri bulunmaktadır. Her iki menfaat türünde de üçüncü bir sözleşmeden kazanç beklentisinin akamete uğraması durumu söz konusudur[330]. Ancak, bu hususta şuna dikkat etmek gerekmektedir ki; bütünlük menfaatinde sözleşme ya da sözleşme görüşmeleri hiç yapılmasaydı içinde bulunulacak farazi duruma göre hesaplama yapılmamakta, sadece zarar verici olayın gerçekleşmemiş olması hali göz önünde bulundurulmaktadır[331].

Bütünlük menfaati ile olumlu menfaatin kesiştiği bazı durumlar da söz konusudur. Örneğin, doktorla yapılan hasta tedavi sözleşmesinde alacaklının hukuki değerleri aynı zamanda sözleşmenin de içeriğini oluşturmaktadır. Bu durumda, olumlu menfaat ile birlikte, bütünlük menfaati de korunmuş olmaktadır[332]. Ancak böyle bir kesişme, olumsuz menfaat ile bütünlük menfaati arasında bulunmaz. Zira, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan olumsuz menfaatin tazmini ile aynı zamanda alacaklının hukuki değerlerini etkileyen içerikte bir edim yükümlülüğünün yaptırıma bağlanmış olduğundan bahsedilemez[333]. Ancak, borca aykırılık neticesinde, alacaklının kendi alacaklısına karşı sorumluluklarından (tazminat ya da ceza koşulu

328 Aral, **Kötü İfa,** s. 175; Rengier, **a.g.e.,** s. 53, dpn. 68.
329 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 409.
330 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 410.
331 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 371 ve 411.
332 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 379.
333 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 380.

şeklinde karşımıza çıkabilir) dolayı malvarlığında meydana gelen azalmalar bütünlük menfaati kapsamında değerlendirilebileceği gibi, olumlu ya da olumsuz menfaat kapsamında da değerlendirilmektedir[334]. Zira ceza koşulu veya tazminat, her ne kadar başka bir hukuki ilişkiden doğmuş olsa da borçlunun sözleşme ya da davranış yükümlülüğüne aykırılık teşkil ederek güven bağını zedeleyen hareketlerinden kaynaklanmaktadır[335]. İşte böyle bir durumda, bütünlük menfaatinin olumsuz menfaat ile de kesiştiğini söylemek mümkündür.

6. Sözleşmeye Aykırılığın Haksız Fiil de Teşkil Ettiği Haller Bakımından Olumlu-Olumsuz Zararın Durumu

Her ne kadar kural olarak haksız fiil oluşturan durumlarda olumlu ya da olumsuz zararın ortaya çıkması mümkün olmasa da haksız fiil oluşturan bir eylemin aynı zamanda sözleşmeye aykırılık oluşturduğu durumlarda, olumlu ya da olumsuz zarar söz konusu olabilecektir. Aynı olayda hem haksız fiil hem de sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, her iki sorumluluğu gerektiren olguların aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunun için, zarar gören ile sorumlu kişi arasında sözleşmeden doğan bir ilişki bulunmalı ve sözleşmeye aykırılık ile TBK m. 49 anlamında hukuka aykırılığa yol açacak nitelikte bir genel davranış kuralının ihlâlinin aynı zamanda gerçekleşmesi gerekmektedir[336].

Uygulamada sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunun şartlarının aynı anda gerçekleşmesi genel olarak; hekimlerin hastalarının vücut bütünlüğünün ihlâline veya ölmelerine yol açmaları dolayısıyla vekâlet sözleşmesine, işsahibinin TBK m. 417'deki yükümlülüklerini yerine getirmemesi yüzünden hizmet sözleşmesine, yüklenicinin eser sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde

334 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 145, 290 vd.

335 Ergüne, **a.g.e.,** s. 34, dpn. 104. Başka bir görüş, alacaklının üçüncü şahsa karşı yükümlü olduğu tazminat ya da ceza koşulunun, borçlu ile arasındaki sözleşmesel ilişki ile bir bağlantısı olmadığından ve bu ilişkiden bağımsız olarak malvarlığında bir azalma gerçekleştiğinden, bu zarar kalemlerinin sadece bütünlük menfaatine dahil olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 402.

336 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 980; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 529, 530; Yeliz Karan, "Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 722.

eser sözleşmesine, kiracının kira konusunu iyi muhafaza etmemesi veya gerekli tamiratı yapmaması dolayısıyla kira sözleşmesine, satıcının ayıba karşı tekeffül sebebiyle satış sözleşmesine ilişkin sorumluluğun, TBK m. 49 vd.'daki haksız fiil sorumluluğu ile örtüşmesinde karşımıza çıkmaktadır[337].

Örneğin, freni patlak bir arabanın satışı sonrasında bu arabanın alıcının sakatlanmasına sebep olması, kiralanan dairenin fayanslarının kırılması sonucu kiraya verenin mülkiyet hakkının zarara uğraması, yayıncının yayın sözleşmesine aykırılığı neticesinde yazarın fikri haklarının ihlâl edilmiş olması durumlarında hem borca aykırılık hem de haksız fiil bir arada bulunmaktadır. Yine saklama sözleşmesinde saklayanın saklama konusu şeyi tahrip etmesi, bozuk bir gıda maddesi satılması sonucunda alıcının zehirlenmesinde, müşterinin dükkandaki muşambanın fazla cilalanması sebebiyle kayarak düşmesi halinde hem borca aykırılık hem de haksız fiil bir arada bulunmaktadır[338].

Sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun şartlarının aynı anda taahhuk ettiğinin kabul edilmesi için, zarar veren kişi ile zarar gören arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunması yeterli değildir. Zarar verme ile bu sözleşmenin yüklediği bir borcun ihlâli arasında irtibat bulunmalı, zarar verici olay sözleşmenin ihlâli neticesini doğurmalıdır. Örneğin, bir taksi şoförünün müşterisine küfür etmesinin taşıma sözleşmesi ile bir ilgisi yoktur ve küfür etmesi asli edim yükümlülüklerine aykırı sayılmaz. Ya da bir ustanın tamir için gittiği evde bir şey çalması durumunda da bunun taraflar arasındaki asli edim yükümlülükleri ile bir ilgisi yoktur[339].

Aynı olayda hem haksız fiil hem de sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde; bugün hakim görüş[340] taleplerin yarışacağı ve zarar görenin dilediği esaslara dayanabileceği yönündedir. Zarar görenin bu seçim hakkını kullanmadığı hallerde, TBK m. 60 ile de hakime, davacının aksine talebi olmadıkça

337 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 531, 532.

338 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 23, N. 1; Karan, **a.g.m.,** s. 723.

339 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 530.

340 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 981; Bucher, **a.g.e.,** s. 337; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 537; Barth, **a.g.e.,** s. 202; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Vorbem. Art. 41, N. 16.

birden çok hukuki sebepten hangisi o somut olayda davacı lehine ise, ona göre karar verme görevi yüklenmiştir.

Fakat borca aykırılığa dayanmak, kural olarak alacaklının daha menfaatine olacaktır[341]. Zira, borca aykırılık hükümlerinde, ispat yükü zarar verenin sırtındadır, yoksa haksız fiildeki gibi zarar görenin değil. Ayrıca, zamanaşımı süresi borca aykırılık hükümlerinde on yılken, haksız fiil hükümlerinde iki yıldır. Yine, borca aykırılık hükümlerinde yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu kusursuz sorumluluk iken, haksız fiil hükümlerinde özen sorumluluğu söz konusudur[342].

Borca aykırılık hükümlerinin bu derece zarar görenin menfaatine olması doğaldır. Zira, sözleşme ilişkisinde haksız fiilde olduğu gibi, taraflar arasında rastlantılsal bir ilişki yoktur, gönüllü bir güven bağlılığı söz konusudur. Mağdurun zarara uğratılmama konusundaki güveni, herkesten daha yüksek düzeydedir. Aslında bu sebeple de sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümler, zorlama yollarla da olsa haksız fiil hükümleri aleyhine genişletilmeye çalışılmaktadır[343]. Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kavramı altında, başkalarının bütünlük menfaatlerine aykırılıklara yol açan davranış yükümlülüklerinin ihlâl edilmesinin borca aykırılık hükümlerine dayandırılması da bu anlayışın bir göstergesidir[344].

Borca aykırılığın aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiği hallerde, borca aykırılık hükümleri uygulandığında, haksız fiil hükümlerinin ispat yükü, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ve zamanaşımı gibi elverişsiz düzenlemelerinin herhangi bir etkisi söz konusu olmaz[345]. Haksız fiil hükümlerinin, borca aykırılık durumlarına

---

341 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 530; Karan, **a.g.m.,** s. 748; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 23, N. 1.

342 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 533; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 23, N. 1; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 982; Karan, **a.g.m.,** s. 746 vd.
Haksız fiil hükümlerinin de bazı avantajlı noktaları bulunmaktadır. Sözleşmeye aykırılık durumunda, alacaklı, tazminat talebini kural olarak sözleşmenin diğer tarafına yöneltebilirken; haksız fiil sorumluluğunda TBK m. 61 uyarınca zararın gerçekleşmesine katkıda bulunan kişilere de müteselsil olarak sorumlu olduklarından başvurulabilir. Ayrıca, sözleşmesel sorumlulukta, TBK m. 115'te belirtilen sınırlar çerçevesinde sözleşmeye borçlunun sorumluluğunu daraltıcı şartlar konulabildiği halde; haksız fiil sorumluluğunda tartışmalı olmakla birlikte failin sorumluluğunun daraltılması kural olarak söz konusu değildir. Bkz. Karan, **a.g.m.,** s. 747, 748.

343 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 23, N. 1; § 19, N. 1.

344 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 19, N. 1, § 23, N. 1

345 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 23, N. 2

etkisi sadece TBK m. 114/ f. 2 gereği zararın hesaplanmasında söz konusu olur. Ancak zarar gören, herhangi bir nedenden dolayı borca aykırılık hükümlerindense haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını tercih etmişse, sözleşmesel sorumluluğu hafifletici düzenlemeler haksız fiil hükümleri uygulanırken de geçerli olur. Örneğin, TBK m. 114/f. 1 c. 3'te yer alan, işin borçlu için bir yarar sağlamaması durumunda sorumluluğun daha hafif tayin edileceğine ilişkin düzenleme haksız fiil hükümlerine göre zarar tazmin edilirken de dikkate alınır[346].

Haksız fiiller alanında olumlu- olumsuz menfaat ayrımı söz konusu olmasa da bu ayrım bazen haksız fiiller alanında meydana gelen tazminat taleplerinin hesaplanmasında göz önüne alınabilmektedir. Örneğin, üçüncü kişinin aldatması tazminat talebi haksız fiil hükümlerine tâbi olacağı için, sözleşmesel alana mahsus olumlu-olumsuz zarar ayrımı yapılmayacaktır. Ancak aldatılan kimsenin uğramış olduğu olumsuz zarar miktarı, üçüncü şahsın ödeyeceği tazminat miktarının tespitinde belirleyici olacaktır[347]. Bunun gibi, üçüncü kişinin korkutması neticesinde sözleşmenin kurulması durumda, korkutulanın üçüncü kişiye karşı haiz olduğu talep hakkı da haksız fiil hükümlerine tâbidir. Ancak korkutulan kimsenin iyiniyetli diğer sözleşene ödemek zorunda kaldığı olumsuz zarar miktarı, üçüncü kişinin korkutulan kimseye ödeyeceği tazminat miktarında dikkate alınacaktır[348].

---

346 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 538; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 23, N. 1. Ancak borca aykırılık durumunda kişi varlığına zarar verilmiş ve haksız fiil hükümlerinin uygulanması tercih edilmişse, borca aykırılık hükümlerinin getirdiği bu gibi ayrıcalıklara dayanılamayacağına ilişkin bkz. Bucher, **a.g.e.,** s. 337; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 5.05; **BernerK-Weber,** Art. 100, N. 49.

347 Ergüne, **a.g.e.,** s. 173.

348 Ergüne, **a.g.e.,** s. 175.

B. Diğer Zarar Türleri ve Bunların Olumlu Zararla Bağlantılarının İncelenmesi

1. Maddi Zarar- Manevi Zarar Kavramı

Doktrinde baskın olarak kabul edilen zarar tanımı, maddi zararı tanımlamaktadır[349]. Diğer bir deyişle, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma[350], maddi zararı oluşturur. Maddi zarar, malvarlığının aktifinde meydana gelen eksilme veya pasifinde artma şeklinde *(damnum emergens)* ve malvarlığının aktifinin artmasının engellenmesi *(lucrum cessans)* şeklinde ortaya çıkabilir. Maddi zararın ortaya çıktığı bu durumlar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde adlandırılmaktadır[351]. Maddi zarar tanımının, zarara ilişkin genel tanım olmasından da hareketle, hem sözleşmesel sorumluluk hem de sözleşme dışı sorumluluk halinde karşımıza çıkmaktadır.

Maddi zarar, fiilî zarar, yoksun kalınan kâr; kişiye verilen zarar, şeye verilen zarar, diğer zararlar; doğrudan zarar, dolaylı zarar; olumlu zarar, olumsuz zarar; somut zarar, soyut zarar olmak üzere çeşitli türlere ayrılır[352].

Sözleşmesel sorumluluk alanında maddi zararın görünüm biçimlerinden birini de olumlu zarar oluşturacaktır. Olumlu zarar, maddi zarar üst başlığı altında, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr kalemlerinden oluşmaktadır.

Manevi zarar, maddi zararın aksine malvarlığına değil, kişi varlığına dahil olan değerlerin ihlâl edilmesi sonucu ortaya çıkan zarardır[353]. İnsanın haysiyeti, şerefi, özel hayatın gizliliği, resmi, görüntüsü, ses kaydı, vücut bütünlüğü gibi kişi varlığı değerlerinin ihlâl edilmesi sonucu; kişinin duyduğu manevi acı, elem ve üzüntü o

---

349 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2848; Glättli**, a.g.e.**, s. 74; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 41, N. 74 vd., **BernerK-Brehm**, Art. 41, N. 70; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 548; Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 270; Ergüne, **a.g.e.,** s. 11 vd.; Eren, **a.g.e.,** s. 545 vd.

350 Zarar tanımı için bkz. Birinci Bölüm, I, A.

351 Çakırca, **a.g.e.,** s. 25.

352 Eren, **a.g.e.,** s. 550.

353 Çakırca, **a.g.e.,** s. 27.

kişinin manevi zararını oluşturmaktadır[354]. Manevi zararın, kural olarak malvarlığında bir azaltma yaratmaması dolayısıyla, ilk etapta olumlu zararla ilişkisinin kurulması zordur. Ancak kişi varlığına dahil olan değerlerin ihlâl edilmesi sonucunda maddi zararın oluşabileceği unutulmamalıdır. Kişilik hakkı ihlâlleri, maddi ve manevi zarara yol açabileceği gibi (TBK m. 54, TBK m. 56); kişilik hakkının koruduğu değerlerin ihlâlinden de hem maddi hem manevi zarar meydana gelebilir (MK m. 25). Ancak bu durumlarda meydana gelen zarar, sözleşme dışı sorumluluktan, diğer bir deyişle haksız fiilden kaynaklandığı için, olumlu zararla ilişkilendirilemez[355]. Ancak sözleşmesel sorumluluk alanında, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan manevi tazminat talebi de mümkündür[356]. Bir sözleşme ihlâli dolayısıyla, bir kimsenin kişilik haklarının zarar görmesi neticesinde, bu kimsenin TBK m. 114/f. 2'nin atfı gereğince kişilik haklarında oluşan manevi zararın giderilmesini istemesi mümkündür. Zira bu hüküm gereğince, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanabilecektir. Demek ki manevi zararın tazminine ilişkin haksız fiil başlığı altında düzenlenen TBK m. 56 ve m. 58, borca aykırılık halinde de uygulanabilecektir[357]. Manevi zararın, kişilik değerlerinde oluşması malvarlığında oluşmaması sebebiyle olumlu zararla ilişkilendirilmesi zordur. Ancak borçlunun (B) bir sözleşme ihlâli dolayısıyla, alacaklı (A) başka bir sözleşmeyi ihlâl etmiş durumda olduğundan karşı tarafa (C) nakdi olarak manevi tazminat ödemiş bulunuyorsa; bu

---

354 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1290; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 548; Eren, **a.g.e.,** s. 555; Ergüne, **a.g.e.,** s. 12; Çakırca, **a.g.e,** s. 13; Feyzioğlu, **a.g.e.,** s. 473; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 492; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 53; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 270. Herhangi bir malvarlığı azalması söz konusu olmadığı için, kişi varlığı değerlerinin ihlâli sonucu klasik anlamda bir zarar oluşmayacaktır. Buna bağlı olarak manevi zararın tazmini ifadesi de pek doğru değildir. Bu duruma ilişkin İsviçre ve Alman Hukuklarında *"Schadenersatz"* ifadesi tercih edilmemiş, *"Genugtuung"* ifadesi kullanılmıştır.

355 Sanlı, **a.g.e.,** s. 505.

356 Sözleşmeye aykırılıktan manevi tazminat borcunun doğması için, taraflar arasında kurulmuş ve geçerli bir sözleşmenin bulunması, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden alacaklının kişilik haklarının ihlâl edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2008, s. 75 vd.

357 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2851; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 103; Becker, **a.g.e,** Art. 97, N. 28; Glättli, **a.g.e.,** s. 199; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 99, N. 14; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 172; Art. 99, N. 269; Barth, **a.g.e,** Art. 97, N. 28; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 17.03; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 271, 272.

miktar, alacaklının (A) sözleşmeyi ilk ihlâl eden taraftan (B) talep edeceği olumlu zararın, fiilî zarar kalemlerinden birine girebilecektir.

2. Fiilî Zarar-Yoksun Kalınan Kâr

Maddi zarar bakımından yapılan önemli ayrımlardan biri de fiilî zarar-yoksun kalınan kâr ayrımıdır. Fiilî zarar *(damnum emergens)*, ya malvarlığının aktifinde azalma ya da malvarlığının pasifinde fiilî bir çoğalma sonucu oluşan zararlardır[358]. Kâr mahrumiyeti *(lucrum cessans)* ise, elde edilebilecek bir yarardan yoksun kalmayı ifade eder. Diğer bir deyişle malvarlığının aktifinin artmasına engel olunması ya da pasifinin azalmasına engel olunması şeklinde karşımıza çıkan zararlardır[359]. Borca aykırılık halinde olumlu zararın istenmesi durumunda da olumlu zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde karşımıza çıkacaktır[360].

3. Mevcut Zarar-Müstakbel Zarar-Muhtemel Zarar

Zararın, hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarara mevcut zarar denir[361]. Zararın hesaplandığı tarihte mevcut olmayıp ileride hiçbir unsurun eklenmesine gerek kalmaksızın gerçekleşmesi kesin olarak beklenen zarara ise, müstakbel zarar denir[362]. Örneğin, destekten yoksun kalma tazminatı (TBK m. 53), ileride gerçekleşecek bir kazanç yoksunluğu, eli kesilen bir işçinin ileride ekonomik geleceğinin sarsılması yüzünden uğrayacağı zararlar, müstakbel zararın bir görünüm biçimidir.

Olumlu zararın da, mevcut zarar ve müstakbel zarar olarak karşımıza çıkması mümkündür. Kanaatimce hüküm tarihinde, hesap tarihine kadar gerçekleşmiş olan olumlu zararın fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr kalemleri mevcut zarara örnek oluşturabilecektir. Yoksun kalınan kâr kalemlerinden bazıları hüküm tarihinden sonra da oluşabileceği için bunların müstakbel zarar kavramına da dahil olması

---

358 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1284.

359 Schlechtriem, Schmidt-Kessel, **a.g.e.,** N. 276; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 121; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1285.

360 Fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr, hem olumlu hem de olumsuz zarar olarak karşımıza çıkabilecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1286.

361 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 131; Çakırca, **a.g.e.,** s. 31.

362 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 131; Çakırca, **a.g.e.,** s. 31.

mümkündür. Hüküm anı öncesinde, fiilî zararları mevcut zarar, yoksun kalınan kârları ise müstakbel zarar olarak adlandırmak mümkündür. Olumlu zararın müstakbel zarar olarak karşımıza çıkabileceği bir durum da aşkın zarara ilişkin TBK m. 122/f. 2'de yer almaktadır. TBK m. 122/f. 2 hükmüne göre, temerrüt faizini aşan zarar miktarı, görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hakim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmedecektir. Bu düzenlemeye göre, hakimin hükmünden sonra da alacaklının aşkın zararının artması kuvvetle muhtemel ve bu müstakbel zararın hüküm anında belirlenmesi mümkün ise, hakim sadece hüküm anında mevcut olan aşkın zararın değil, aynı zamanda tespiti mümkün müstakbel zararın tazminine de karar verebilir[363].

Zararın hesaplandığı sırada mevcut olmayıp ancak ek bir riskin gerçekleşmesine bağlı olarak ileride doğma ihtimali bulunan zarar ise, muhtemel zarardır[364]. Örneğin, trafik kazası sonucunda yaralanan kişinin geçireceği operasyon sırasında ölme ihtimali karşısında doğabilecek zararlar, bu kapsamdadır. Bahsedilen ek risk gerçekleşip zarar doğmadıkça, bu zararın tazmini söz konusu olmaz[365]. Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sonucu, ek bir riskin gerçekleşmesine örnek olarak, alacaklının başka kimselerle yaptığı sözleşmeyi ifa edememesi sonucu, piyasada güvenilirliğini yitirmesi gösterilebilir. Bu güvenilirliğin yitirilmesi neticesinde ilk sözleşmedeki alacaklının bundan sonra hiç iş alamaması dolayısıyla muhtemel olarak uğrayabileceği zararlar, ileride oluşacak olumlu zararın yoksun kalınan kâr kapsamında düşünülebilecektir. Fakat bu şekilde istenebilecek zarar, yani olumlu zararın yoksun kalınan kâr kapsamında istenebilecek zarar, muhtemel zarardır dersek tazmin edilebilecek bir zarar olmaz. Zira muhtemel zararlar, tazmin edilemez niteliktedir. Bu sebeple, bu şekilde nitelendirmenin de bir anlamı kalmayacaktır.

363 Schenker, **a.g.e.,** s. 149; Yıldız, **a.g.t.,** s. 150, dpn. 806.
364 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 132; Çakırca, **a.g.e.,** s. 33.
365 Çakırca, **a.g.e.,** s. 33; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 132.

4. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar

Sorumluluğun kapsamını daraltmak için ortaya atılan uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağı kuramları uyarınca, bir fiilîn yol açtığı bütün zararlar değil, sadece zarar verici fiille bağlantı içerisinde olan zararlar tazmin edilebilecektir[366]. Uygun illiyet bağı kuramına göre, fail, kural olarak fiilîn ancak hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine uygun olan sonuçlarından sorumlu olur. Uygun illiyet bağı kuramına göre, zararın tazmin edilmesi kural olarak doğrudan ve dolaylı zararları kapsamaktadır[367].

Uygun illiyet bağının yetersiz kaldığı durumlarda, bu teoriyle birlikte uygulanabilecek normun koruma amacı kuramı da geliştirilmiştir. Bu kurama göre, sorumluluğu doğuran davranış veya olay ile uygun illiyet bağı içinde olan zararlar, ihlâl edilen normun koruma alanına giriyorsa, fail açısından tazmin borcu doğacaktır[368]. Diğer bir deyişle, ihlâl edilen norm belirli bir şahsı veya hukuki varlığı korumak ya da zarar verilmesini engellemek için düzenlenmemişse, fail hukuken sorumlu olmayacaktır[369].

Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin, araya başka bir ek sebep girmeksizin bu fiil sebebiyle uğradığı zarardır[370]. Doğrudan zarara uğrayan kimse, bu hukuka aykırı fiilîn sonuçlarını bizzat yaşayan kişidir. Sözleşmesel alan dışında örnek olarak yaralanan kimse, vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi dolayısıyla doğrudan zarara uğrayan kişidir. Bu kişinin hasar gören aracı, varsa manevi zararı, hastane ve bakım masrafları doğrudan zarar içerisindedir. Sözleşmesel alanda örnek vermek gerekirse, sözleşme ilişkisinin ihlâli neticesinde zarara uğrayan sözleşme

---

366 Schlechtriem, Schmidt-Kessel, **a.g.e.,** N. 320 vd.; Erdem Büyüksağiş, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 93 vd.; Çakırca, **a.g.e.,** s. 67. İlliyet bağına ilişkin ayrıca bkz. Y. 4. HD. 08.01.1979 E.1978/13144 K. 1979/38.

367 Çakırca, **a.g.e.,** s. 67.

368 Büyüksağiş, **a.g.e.,** s. 95; Fikret Eren, "Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Kuramı", **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70'nci Yaş Armağanı,** Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 461 vd.; Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun İlliyet Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları,** İstanbul, Beta, 1996, 71 vd.

369 Atamer, **Sorumluluğun Sınırlandırılması,** s. 76 vd.; Eva Druey, **Der Schutzzweck des Vertrags als Mittel zur Haftungsbegrenzung,** Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2004, s. 5 vd.

370 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 126; Eren, **a.g.e.,** s. 553; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.19; **BaslerK-**Kessler, Art. 41, N. 7; Çakırca, **a.g.e.,** s. 67; Büyüksağiş, **a.g.e.,** s. 93; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 57.

tarafı doğrudan zarara uğrayan kimsedir[371]. Bu kapsamda sözleşmeye aykırılık neticesinde, olumlu zarar, aynı zamanda üst kavram olarak uğranılan doğrudan zararın içerisindedir.

Dolaylı zarar ise, hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin, araya ek bir sebep girmesi dolayısıyla uğradığı zarardır[372]. Örneğin, malvarlığının artmasının, artmasını sağlayacak kazancın engellenmesi, meydana gelen haksız fiil sonucu yapılmak zorunda kalınan masraflar, bir nesneden yararlanma şansının ortadan kalkması, hastanede kalınan günlerde çalışılmadığı için meydana gelen kazanç kaybı. Burada da sözleşmeye aykırılık sonucu oluşan olumlu zararın yoksun kalınan kâr kaleminin karşımıza genellikle dolaylı zarar olarak çıkacağını söylemek mümkün olacaktır[373].

Yansıma zarar ise, hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir şahsın da bu fiil sebebiyle uğradığı kazanç kaybı zararıdır[374]. Bu zararın dolaylı zarardan farkı, zarar gören kişinin mutlak hakkının ihlâl edilmemiş olması ve failin zarar verme kastı olmadan bu zararı vermesidir[375]. Örneğin, yapılan kazılar sonucu bir elektrik kablosu zarara uğrarsa, ve bu sebeple bir işletme zarara uğrarsa, elektrik kablosunun maliki ve işletmenin maliki aynı kişi ise, bu kişinin elektrik kablosu sebebiyle uğradığı zarar doğrudan zarar, işletmesi sebebiyle uğradığı zarar dolaylı zarardır. Ama elektrik kablosunun ve işletmenin sahibi farklı kişilerse, kabloların malikinin uğradığı zarar, doğrudan; işletme malikinin uğradığı zarar ise yansıma zarardır[376].

---

371 **MünchK-Oetker,** § 249, N. 96, Çakırca, **a.g.e.,** s. 67; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 126.

372 Çakırca, **a.g.e.,** s. 68; Eren, **a.g.e.,** s. 553. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3, b, (3). Dolaylı zarar, aynı zamanda yansıma zarar kavramıyla karıştırılmasına yol açacak şekilde, hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar gören üçüncü kişilerin uğradıkları zarar anlamında da kullanılmaktadır. Bu sebeple bu kullanım isabetli bulunmamaktadır. Bkz. Çakırca, **a.g.e.,** s. 68; K. Emre Gökyayla, **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,** Ankara, 2004, s. 59.

373 **BasslerK-Kessler,** Art. 41, N. 7.

374 Schwenzer, **a.g.e**N. 14.20; **BaslerK-Kessler,** Art. 41, N. 8; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 127; Çakırca, **a.g.e.,** s. 69, 126; Huguenin, **a.g.e.,** N. 1873.
Kural olarak zararın söz konusu olduğu yerlerde tazmini de öngörülmüştür. Bunun istisnası yansıma zararlar ve saf malvarlığı zararlarıdır. Bkz. Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 52

375 Çakırca, **a.g.e.,** s. 69.

376 Çakırca, **a.g..e,** s. 80.

Genel olarak kabul edildiği üzere, destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi hakkında özel bir norm getirilmedikçe veya zarar, var olan bir sözleşmenin ihlâli neticesinde doğmamışsa, yansıma zararının tazmin edilmesi söz konusu değildir[377]. Ayrıca yansıma zarardan sorumluluğun doğabilmesi için, hem zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı[378], hem de hukuka aykırılık bağının bulunması gerekmektedir[379]. Zarar verici davranış ile uygun illiyet bağı bulunan bir mutlak hak ihlali biçiminde ortaya çıkan yansıma zararlarda hukuka aykırılık bağı unsurunu mutlak hakkın ihlali yerine getirecektir. Fakat yansıma zarar, nisbî hak ihlâli şeklinde karşımıza çıkıyorsa, uygun illiyet bağının varlığına karşılık, hukuka aykırılık bağı normun koruma amacına bağlı olarak tespit edilecektir[380].

Örneğin, ünlü tenorün ölmesi sonucu çalıştığı tiyatro sahibinin tiyatrosunu çalıştıramaması dolayısıyla ve tenorün eşi ve çocuklarının tenorun desteğinden yoksun kalmaları sebebiyle ortaya çıkan zarar, yansıma zararıdır. Türk Borçlar Hukuku'nda yansıma zararın tazminine imkân veren tek hüküm niteliğindeki TBK m. 53/ b. 3'te ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların da tazmin edilebileceğinin düzenlenmesi ile tenorün eşi ve çocuklarının destekten yoksun kalma tazminatı alabilmesi mümkündür. Bu hükme göre, ölüm halinde uğranılan zararlardan biri, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. Tiyatro sahibinin uğradığı zarar bakımından uygun illiyet bağı bulunsa bile böyle bir hukuka aykırırılık bağı bulunmadığı için, yansıma zararının olmayacağı kabul edilmektedir[381].

---

377 Ayrıntı için bkz. Çakırca, **a.g.e.,** s. 126; 187; Gökyayla, **a.g.e.,** s. 65.

378 Uygun illiyet bağı kuramı dışında *hukuka aykırılık bağı görüşü* de ortaya atılmıştır. Buna göre, ihlâl edilen normun koruma amacının tesbiti ve iddia edilen zarar gideriminin bu norm ile amaçlanmış olup olmadığının tespiti gerekecektir. Bu konuda ayrıntı için bkz. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 142; Atamer, **Sorumluluğun Sınırlandırılması,** s. 70 vd.

379 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 48 vd.

380 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 51.

381 Çakırca, **a.g.e,** s. 70; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 129;. Yazara göre, hakkaniyet sorumluluğu genel ilke olarak kabul edilseydi, böyle bir durumda, yansıma zararın tazmini, hakkaniyet sorumluluğunun kıyasen uygulanması suretiyle mümkün olabilecektir.

Bir kimsenin uğradığı zarar sebebiyle başka bir kimsenin salt ekonomik menfaatlerinin[382] zedelenmesi durumunda yansıma zarar oluşabilecektir. Böyle bir durumda yansıma zarar, haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanabileceği gibi, sözleşmenin ifa edilmesinden beklenen faydanın elde edilememesi sonucu da oluşabilir[383].

Yansıma zararın teorik olarak sözleşmesel sorumlulukta da örnekleri bulunabilecekse de Türk Borçlar Kanunu'nda bu zararların karşılanması bakımından hukuka aykırılık bağı bulunmadığı için, yansıma zararın olumlu ya da olumsuz zararla bağlantısının kurulmasına da gerek kalmayacaktır.

5. Normatif Zarar

Bu kavram, kaynağını Alman hukuku'nda bulmaktadır. Kural olarak, fark teorisini benimseyen Alman uygulamasında, malvarlığında azalma (fark) bulunmayan bazı durumlarda yine de zararın varlığının kabul edilmesi düşüncesi çerçevesinde, normatif zarar kavramı *(der normative Schadensbegriff)* ortaya atılmıştır[384].

Normatif zarar teorisinin ortaya çıkış nedenleri arasında, fark teorisinin bazı yönlerinin eksik kaldığı düşüncesi vardır[385]. Bu teoriye göre, manevi yönleri ağır basmakla beraber, parayla da ifade edilebilen *"ticarileşmiş"*[386] bazı değerlerin

---

382 Bu şekilde ortaya çıkan zarar, "saf malvarlığı zararı" olarak da adlandırılabilir. Bu zararlar, şahsa veya eşyaya verilen zararlar dışında kalan ve sadece kişinin malvarlığında bir eksilmeye yol açan zararlardır. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 401, dpn. 507; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 69; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.16; Huguenin, **a.g.e.,** N. 1855; **BasslerK-Kessler**, Art. 41, N. 8 ve 13; Kırca, **Bilgi Verme,** s. 9; Çakırca, **a.g.e.,** s. 74; Keller, **Haftpflicht, Band I,** s. 53, 54; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2880.

383 Büyüksağiş, **a.g.e.,** s. 98; Çakırca, **a.g.e.,** s. 70.

384 Larenz, **a.g.e.,** s. 495 vd.; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 35; Robert Neuner, "Interesse und Vermögensschaden", **AcP,** Band 133, 1931, s. 306 vd. İsviçre ve Türk hukuku'nda bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Huguenin, **a.g.e.,** N. 1876; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 14.05; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 16; Çakırca, **a.g.e.,** s. 18. Bu görüş, malvarlığını çoğaltma ya da malvarlığı kaybını azaltma kapasitesine sahip *"şans kayıplarının"* da zarar olarak görülmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Gauch, Schuep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e,** N. 2852. Bu kavramın eleştirisi için bkz. Dieter Medicus, "Normativer Schaden", **JuS,** Heft 4, 1979, s. 236 vd.; M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi,** İstanbul, Kazancı, 1989, s. 290 vd.

385 Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı,** s. 77; Magnus, **a.g.e.,** s.11 vd.

386 Bu kavramdan anlaşılması gereken, ekonomik yaşama giren ve ekonomik yaşamda bir değeri bulunan değerlerdir. Bkz. Rona Serozan, "Tendenzen zur Normativierung und Individualizierung

malvarlığına dahil edilmeleri ve bunlarda meydana gelen eksilmelerin zarar olarak kabul edilmesi söz konusudur.

Bu kavramın ortaya atılmasında, BGB § 253'te manevi zararın tazmin edilmesinin ancak kanunun öngördüğü hallerle sınırlandırılmış olmasının da etkisi büyüktür[387]. Herhangi bir malvarlığı azalması olmadığı durumlarda, zararın manevi zarar kavramıyla da karşılanamaması sonucu, ortaya çıkan zararın giderilmesi ihtiyacı, normatif zarar kavramının ortaya atılmasına yol açmıştır. Böylelikle manevi zarar olarak da tazmin edilemeyen kalemler, maddi tazminatla telafi edilmeye çalışılmıştır[388].

Malvarlığında bir azalma olmasa dahi, zararın doğabileceği düşüncesine dayanan normatif zarar görüşünde, demek oluyor ki, iktisadi bir değerlendirmeden ziyade hukuki bir değerlendirme ön plandadır[389]. Alman hukuk uygulamasında özellikle; a) taşıt aracının sürüm değerlerinin azalması veya kullanım imkânının kaybı dolayısıyla oluşan, b) tatile çıkma olanağının ortadan kalkması sonucu ortaya çıkan, c) tatil süresinin beklenenden kötü geçmesinden doğan, d) evli kadının ölümü ya da yaralanması sebebiyle ev işlerine yardım edememesi sebebiyle meydana gelen[390], ve e) iş göremezlik halinde ücreti ödeyen işverenin zarar verene

---

der Schadenszurechnung", **Türkische Schweizerische Juristenwoche,** Zürich und Bern, 1980'den ayrı bası, Zürich, 1981, s. 463; Zeuner, **a.g.m.,** s. 380 vd., 386, 387.

387 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 548, dpn. 3; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 17. BGB § 253 düzenlemesi için bkz. Looschelders, **a.g.e.**, N. 1049.

388 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 17.

389 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 18

390 Eşin yaralanması sebebiyle, evli kadının işleri görememesi dolayısıyla ev idaresi için masraf yapan diğer eş de yaptığı bu masrafları, normatif zarar kavramı sayesinde isteyebilecektir. Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 28. Ayrıca bkz. BGHZ 50, 304; BGHZ 59, 172. Ev idaresi için ev işlerine yardımcı tutulmuşsa, bu klasik anlamda bir zarardır ve zarar, yardımcı için ödenen ücret kadardır. Fakat Federal Mahkeme ek finansal harcamalar olmasa, yani bir malvarlığı azalması olmasa bile, kadının ev işlerini görememesi halinde soyut ekonomik değer kaybından bahseder ve tazmini gereken bir zararın olduğunu kabul eder. Tazminat hakkı özellikle, diğer eşin ve aile üyelerinin ev işlerini tamamen ya da kısmen üstlenmesi halinde ortaya çıkar. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** s. 148, N. 2854; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.10; Huguenin, **a.g.e.,** N. 1877-1879. Ayrıca bkz. BGE 127 III 403 E. 4b S. 406; BGE 131 III 360 E. 8.1.

Türk hukuku açısından böyle bir durumda normatif zarar kavramına gidilmesine gerek yoktur. MK 188 gereğince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil etme her iki eşin de yükümlülüğüdür. Dolayısıyla evli kadının yaralanması sonucu, ev işlerinin görülmesi için masraf yapan koca, aynı zamanda kendi yükümlülüğünü yerine getirmekte ve kendi malvarlığında bir

başvuramaması sonucu ortaya çıkan[391] zararlarda, normatif zarar kavramına başvurulmuştur[392].

Normatif zarar bakımından, önem arz eden durumları incelememiz gerekirse; özellikle taşıt aracının sürüm değerlerinin azalması[393] veya kullanım imkânının kaybı dolayısıyla oluşan kayıpların üzerinde durmak gerekmektedir. Aracın hasara uğradığı durumlarda, araç tamirdeyken, araç sahibinin başka bir araç kiralaması ya da otobüs kullanması durumunda yaptığı harcamalar dolayısıyla malvarlığında bir azalma olduğu açıktır. Ancak aracı tamirde olan araç sahibinin, bu süre zarfında herhangi bir araç kiralamaması ya da otobüs kullanmaması, işe yürüyerek gitmesi durumunda fark teorisine göre herhangi bir zarardan bahsedilemeyecektir. Böyle durumlarda, Alman Federal Mahkemesi bir masraf yapılmasa dahi, kullanma imkânının kaybının araç sahibi açısından *"hissedilebilir"* olması koşuluyla, bir zararın varlığını kabul etmiştir. Zararın miktarı ise, eş değerde bir aracın kiralanması için gerekli olan paradan, malikin kendi arabasını kullanamaması sebebiyle yapmaktan kurtulduğu masrafların düşmesi yoluyla bulunacaktır[394].

Kullanma imkânının kaybı dolayısıyla uğranılan yararlanma zararları genel olarak taşıt araçlarının hasara uğraması dolayısıyla karşımıza çıksa da bir kimsenin devamlı tasarrufu altında olan başka şeylerin (örneğin, ev) de kullanma imkânlarının

---

azalma gerçekleşmektedir. Böylece zarar veren kişiye, TBK m. 61/f. 2 uyarınca rücu edebilecektir. Bkz. Çakırca, **a.g.e.,** s. 19, dpn. 33. Karş. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 29.

391 Haksız fiile uğraması dolayısıyla iş göremez duruma gelen işçiye, ödemede bulunan işverenin, haksız fiilde bulunan kişiye rücu imkânının düzenlenmemiş olması dolayısıyla, Alman hukuku'nda işverenin zararını, normatif zarar teorisine göre tazmin ettirebileceği düşüncesi doğmuştur. Bkz. Keuk, **a.g.e.,** s. 39; BGHZ 43, 378. Fakat Türk (TBK m. 62) ve İsviçre hukuklarında (İsv. BK m. 51), zararı karşılayan kişiye tanınan rücu imkânı sayesinde, bu yola başvurmaya gerek kalmamıştır. Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 25-27; Çakırca, **a.g.e.,** s. 19, dpn. 35.

392 Alman hukukunda geliştirilen normatif zarar kavramı, İsviçre hukuku açısından pek kabul görmemiştir. Bkz. Oftinger, Stark, **a.g.e.,** § 2, N. 56; § 6, N. 574; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.09; **BernerK-Brehm**, **a.g.e.,** s. Art. 41, N. 80 vd.; Emil W. Stark, "Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile", **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag,** Zürich, 1989; s. 321; **BaslerK-Kessler**, Art. 41, N. 4; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 25. Zira bunun kabulünün, tazminat yükümlülüğünü öngörülemez bir şekilde genişleteceği düşünülmüştür. Bkz. Huguenin, **a.g.e.,** N. 1876; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14. 09 vd. Ama Huguenin, normatif zararın reddedilmesinin genelleştirilmesini de uygun bulmamaktadır. Bkz. Huguenin, **a.g.e.,** N. 1885.

393 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 549.

394 **BaslerK-Kessler,** Art. 41, N. 4; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 18; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 551; Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı,** s.77-87. Bu hususta Federal Mahkeme kararları için bkz. BGHZ 40, 346; BGHZ 45, 213; BGHZ 40, 353; BGH NJW 1968, 1778; NJW 1970, 1120.

kaybından dolayı oluşan zararları açıklamak üzere, Alman Federal Mahkemesi kararları ve doktrinde *ticarileşme teorisi (Kommerzialisierungstheorie), ihtiyaç teorisi (Bedarfstheorie)* ve *beklentinin akamete uğraması teorisi (Frustrationstheorie)* ileri sürülmüştür :

-*Ticarileşme teorisine göre,* bir şeyin, malvarlığını teşkil eden unsurlardan olup olmadığının tespitinde, o şeyin para ile satın alınıp alınamayacağına bakmak gerekir[395]. Örneğin bir aracın kullanım imkânını para ile elde etmek mümkündür, o aracın rayiç kira bedeli zararı oluşturmalıdır. Ancak bu görüş, her şeyin para karşılığı elde edilmesinin mümkün olduğu ve tazminat kavramının uçsuz bucaksız bir şekilde genişletileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir[396].

-*İhtiyaç teorisine göre ise,* zararın kabul edilebilmesi için malvarlığında azalmanın gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur, masraf yapmak ihtiyacının doğmuş olması (örn; tamir süresince benzer bir aracı kiralama ihtiyacının doğmuş olması) yeterlidir[397]. Bu ihtiyaç neticesinde elde edilen tazminatın, söz konusu ihtiyaç için kullanılıp kullanılmadığına da bakılmayacaktır, sadece o ihtiyacın doğmuş olması yeterlidir. Bu görüş de, eski hale getirme ihtiyacının zararın kendisi değil, sonucu olduğu ve hükmedilen tazminatın gerekli masraflar için kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalı olacağından eleştirilmektedir[398].

---

395 Bu teori, günümüz hizmet sektöründeki şirketlerin, müşterilerine, eğlenme, dinlenme, konfor, güzellik gibi manevi malvarlıklarına yönelik hizmetler sunması sonucu oluşmuştur. Bunun sonucu olarak *para karşılığı elde edilen bu değerler*, *malvarlığı değeriyle eşdeğer görülmüştür*. Böylece zarar verici fiilîn sebep olduğu *yararlanma imkânının kaybı* da zarar olarak nitelendirilmiş ve bu sebeple olumlu sözleşme menfaati açısından zararın tazmin edilebileceği öne sürülmüştür. Örneğin bir araba, bisiklet ya da Rolex saat açısından; bunların arızalanması durumunda, sırasıyla kullanma, zevk alma, prestij sahibi olma imkânları kaybedilir. Bu durumda, zarar görenin bunları kullanamaması dolayısıyla fark teorisine göre bir zarar olmasa ve zarar gören yenilerini almak suretiyle başka bir harcama yapmasa da aynı yararlanmanın sağlanması için ödenecek para tazmin edilmelidir. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e,** N. 2856, 2857; **BaslerK-Kessler,** Art. 41, N. 4; Brinker, **a.g.e.,** s. 215 vd.; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14. 06.

396 Walter Löwe, "Schadenersatz bei Nutzungentgang von Kraftfahrzeugen", **VersR,** 1963, s. 309 vd.; Lange, Schiemann, **a.g.e,** s. 253, 254; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 18; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** s. 149, N. 2858; Huguenin, **a.g.e.,** N. 1883.

397 Zeuner, **a.g.m.,** s. 395 vd.; Brinker, **a.g.e.,** s. 207 vd.

398 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 20.

-Beklentinin akamete uğraması (boşa çıkma) teorisine göre[399] *ise,* yapılan her gider, belli bir gaye ile yapılır. Bu gayeye ulaşılmasının engellenmesi halinde ise, boşa giden masraflar, zarar teşkil edecektir. Bu teoriye göre, böyle bir durumda, aslında zararın unsurlarından olan, malvarlığında eksilme unsuru burada yoktur. Zira harcama, zarar verici olaydan önce yapılmıştır ve bu sebepten dolayı zarar verici olaydan etkilenmeyecektir. Ayrıca rıza ile yapılmıştır, bu sebeple zararın unsurlarından rıza dışı olma unsuru da yoktur. Bu teori de yararlanmaya parasal değer biçilmesi bakımından, ticarileşme teorisine benzer. Ama burada yararlanma tazminatı değil, bir yararlanma için yapılmış ama boşa çıkmış harcamaların tazmini söz konusudur[400]. Beklentinin akamete uğraması görüşü de harcamanın yapılması ile malın hasara uğraması arasında illiyet bağı bulunmadığı ve sırf zarar görenin iradesine dayanan giderlerin sorumlu kişiye yüklenmesinin adaletsiz olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir[401].

---

399 Doktrinde von Tuhr'a göre, bir sözleşmenin sonucunda elde etmeyi umduğu menfaatleri kazanamayan kişinin, bu sözleşme için rızası ile yaptığı masraflar (örneğin, tiyatro bileti satın almak için ödenen para), zarar olarak görülebilecektir. Zira masraflar, *"beklentinin boşa çıkması" (Frustrationstheorie)* görüşüne göre, belirli bir amaca ulaşmak için yapılmaktadır. Bu amaca ulaşılmasının engellenmesi durumunda, yapılan masraflar boşa gitmiş olacak ve masrafı yapan açısından *"ekonomik anlamda zarar"* teşkil edecektir. Bkz. von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84, dpn. 10. Açıklamalar için ayrıca bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2862; Max Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, 1988, s. 9; Küppers, **a.g.e.**, s. 8-11; Georg Müller, **Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen,** Berlin&Humbolt, 1991, s. 23-26; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 255-259; **MünchK-Oetker,** § 249, N. 46-49; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.,** § 10, N. 20; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 178; Larenz, **a.g.e.,** s. 503; Esser, Schmidt, **a.g.e,** s. 194-197.

400 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2860, 2862; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 14.07; Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 15: von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 84, dpn. 10; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.,** s. 9; Esser, Schmidt, **a.g.e.,** s. 194; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 277; Çakırca, **a.g.e.,** s. 21; Küppers, **a.g.e.,** s. 8 vd.; **MünchK-Oetker,** § 249, N. 47; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 255-258; Brinker, **a.g.e.,** s. 219 vd. Aracın hasara uğraması durumunda ise, aracın kullanılır durumda bulunması için yapılan vergi, sigorta, aracın garaj kirası gibi masraflar boşa gitmiş olacaktır.

401 Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 21; Stark, **a.g.m.,** s. 315; **BernerK-Brehm,** Art. 41, N. 83; Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı,** s. 86. Beklentinin akamete uğraması görüşünün eleştirisi için ayrıca bkz. Çakırca, **a.g.e.,** s. 21, dpn. 38; Walter Löwe "Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert?", **NJW,** Heft 16, 1964, s. 704 vd.; Löwe**, Nutzungsentgang**, s. 310 vd.

Bu teori, klasik zarar kavramıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilebilir ama boşa çıkan harcamaların tazminini öngören Kanun hükümleri olduğunu da göz ardı etmemek gerekir (İsv. BK m. 8/f. 2-TBK m. 9/f. 2, İsv. BK m. 26/ f.1-TBK m. 35/f. 1, İsv. BK m. 404/f. 2-TBK m. 512, dönme halinde İsv. BK m. 109/ f. 2- TBK m.125). BGB § 284 hükmünde ise, borçlu tarafından sözleşmenin hiç ya da kötü ifa edilmesi durumlarında, alacaklının ifayı elde edeceği inancıyla yapıp boşa çıkan harcamalarının olumlu zararın tazmininin istenebileceği durumlarda, seçimlik olarak istenebileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme, İsviçre öğretisinde tavsiye edilse de kabul

Türk hukuku bakımından ise, *kullanma imkânının kaybı* dolayısıyla uğranılan yararlanma zararlarını açıklamak üzere ileri sürülen Alman hukukundaki düşünceler, temelde pozitif hukukumuzla bağdaşmamaktadır. Zira malvarlığında herhangi bir zarar oluşmadan, tazminata hükmedilemeyecektir. Zarara uğrayan şeyin veya hakkın, maddi değerinin yanında, kullanım değerinin olduğu da kabul edilemez. Aksi halde, kullanma imkânından mahrum kalınması sebebiyle tazminata hükmedilmesi, zarar görenin *zenginleşmesine* yol açar[402].

Ancak uygulamada geliştirilen bu çözüm, her ne kadar eleştirilse de bir yönüyle hakkaniyete uygun bulunmaktadır. Zira, kullanım imkânının maddi değerinin olduğunun kabul edilmesiyle, maddi durumu iyi olup da aracı zarar görünce başka bir araç kiralamaya mali gücü yeten kişinin karşısında, mali durumu iyi olmadığından başka bir araç kiralamayan kişinin zarar giderimi alanında dezavantajlı olması engellenmiş olmaktadır[403].

Normatif zarar kapsamında tatile çıkma olanağının ortadan kalkması sonucu da bir zarar oluşacağı savunulmuştur. Örneğin; bir kişi, gelecekteki bir zevk beklentisiyle cruise gemi bileti almışsa ama veda yemeğinde zehirlenmesi sonucu gemi seyahatini gerçekleştirememişse, *"zevkten mahrum kalması ve tatil için ayırdığı zamanın boşa geçmesinden"* dolayısıyla uğradığı zararın tazminini de isteyebilecektir[404]. Buna benzer olarak, tatilin beklenenden kötü geçmesi durumunda

---

görmemiştir. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2864. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, II, B, 6.

402 Bu durumda bir görüşe göre, manevi tazminat talep etmek için, kişilik hakkına yönelik bir tecavüz de bulunmadığından manevi tazminat da talep edilemeyecektir. Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 22 vd. Ayrıca bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 552, Serozan, **Tendenzen,** s. 476. Başka bir görüş ise, bu şekilde ortaya çıkan zararların manevi yönlerinin ağır bastığını ifade etmektedir. Bkz. Zeytin, **Özel Kullanım Kaybı,** s. 87; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 125.

403 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 554, Haluk Burcuoğlu, "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", **DÜHFD,** Y: 1984, S. 2, s. 168.

Türk hukukunda, kullanım olanağının, para ile ifade edilebilir bir değeri olmasından dolayı malvarlıksal değerler içerisinde yer aldığı ve kaybının malvarlıksal zarar oluşturacağı görüşünde bkz. Burcuoğlu, **a.g.m.,** s. 163-173.

404 Larenz, **a.g.e.,** s. 503 vd.; Gauch, Schuep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2861. Tatil süresinden ve boş zamandan yoksun kalma sonucu oluşan zararın, malvarlıksal alanda değil, manevi alanda bulunduğuna ilişkin bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 555-558; Zafer Zeytin, "Alman hukuku'nda Zarar Kavramı ve Gelişimi-III Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil

da normatif zararın oluşacağı savunulmuştur. Alman hukuku'nda seyahatten beklenen keyfin alınamaması halinde, tazminat ödenmesi gerektiğine ilişkin hüküm BGB § 651f/f. 2'de yer almaktadır. Türk hukuku'nda bu yönde bir düzenleme olmadığı zamanlarda, gerek tatil süresinden mahrum kalınması gerekse tatilin beklenildiği gibi geçmediği böyle durumlarda, çoğunluklu olarak manevi tazminat ile zararın karşılanması gerektiği ileri sürülmüştür[405]. Ancak boşa harcanan tatil zamanı için, paket tur sözleşmeleri bakımından TKHK m. 51'de bir düzenleme yapılmıştır. TKHK m. 51/f. 8'de, paket tur düzenleyicisinin sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin uğradığı her türlü zarardan sorumlu olacağı ve tüketicinin *boşa harcanan tatil zamanı için de* tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Tüketicinin, boşa harcanan tatil zamanı için tazminat talep edebileceğinin düzenlenmesi ile tüketici malvarlığında bir azalma olmasa dahi tazminat talep edebilecektir. Bu tazminat ile karşılanacak zararın, normatif zarar olduğu doktrinde savunulmuştur[406].

İstisnai bu düzenleme dışında, normatif zarar teorisi, kanaatimizce de uygun olarak Türk ve İsviçre hukuklarında çoğunluklu olarak kabul görmemiştir[407]. Zira bu hukuk sistemlerinde zarar olarak kabul edilen şey, malvarlığında azalmayı gerektirmektedir. Malvarlığında azalma ise, zarar gören şeyin ya da hakkın maddi değerinde azalmayı zorunlu kılmakta, yoksa kullanım imkânının kaybı dolayısıyla

---

Zamanı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** 2003, C. 22, S. 1, s. 197. Aksi yönde Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 23 ve 31.

405 Eren, **a.g.e.,** s. 548; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 555-558; Zeytin, **Boşa Geçen Tatil Zamanı,** s. 197.
Ancak bir kişilik ihlâli söz konusu olmadığı için manevi tazminat davası da açılamayacağına ilişkin bkz. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 30-32. Manevi zararın oluşmayacağını kabul eden Nomer'e göre, seyahat sözleşmesine uyulmamasına rağmen, seyahatini istediği gibi geçirmek için ek masraflar yapmak zorunda bırakılan bu kişinin yaptığı masrafları, *olumlu zarar* kapsamında istemesi mümkündür. Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 30-32.

406 Murat Topuz, "Türk hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat", **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016,** Ankara, Bilge Yayınevi, 2016, s. 298. Bu istisnai düzenlemenin, normatif zararın topyekun bir zarar türü olarak hukukumuza girdiği anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Feyza Eren Sayın, **Paket Tur Sözleşmesi,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 264, dpn. 792.

407 Tartışmalı olmakla birlikte, paket tur sözleşmelerine ilişkin TKHK m. 51/f. 8 hükmü ile birlikte normatif zararın kabul edildiği sonucuna ulaşılsa bile bu durum şuanki uygulama açısından istisnai nitelik taşımaktadır.

zararın varlığını kabul etmek ve tazminata hükmetmek zarar görenin zenginleşmesine yol açmaktadır. Ayrıca Türk-İsviçre hukuklarında manevi tazminat kurumunun açıkça düzenlenmesi ve Alman hukukunda olduğu gibi bir sınırlamaya tâbi tutulmaması, çoğu durumda, bu hukuklar açısından normatif zarar kurumuna ihtiyacı ortadan kaldırmaktadır[408].

Fakat normatif zararın kavramı kabul edilirse; bu zarar, haksız fiil sonucu karşımıza çıkabileceği gibi, borca aykırılık halinde de karşımıza çıkabilecektir[409].

Borca aykırılık halinde olumlu zarar kalemi olarak talep edilebilecek normatif zarara örnek vermek gerekirse; işverenin sorumlu olduğu iş kazası sonucu yıllık izni boyunca hastanede bulunmak zorunda kalan işçi, o süre zarfında tatilden yararlanamaması karşılığı olan tazminatı da isteyebilecektir[410]. Bunun gibi, doktorla ev kadını arasındaki vekâlet sözleşmesi gereğince, doktorun özen borcuna aykırı davranarak hatalı ameliyat yapması sonucu, eşin hastanede yattığı sürece ev işlerini görememesi dolayısıyla uğranılan zararı da karşılaması gerekecektir[411]. Bu örnekler göstermektedir ki, Türk hukuku bakımından normatif zararın kabulü halinde, olumlu zararın, normatif zarar teorisi çerçevesinde ele alınması da mümkün olabilecektir.

Olumsuz zarar olarak istenebilecek normatif zarara örnek vermek gerekirse; evini onarması için müteahhide verip bu süre zarfında bir akrabasının evinde yaşayan işsahibi, müteahhidin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönerek bu süre zarfında oturamadığı evinin kullanım değeri olan normatif zararını olumsuz zarar çerçevesinde talep edebilecektir[412].

---

408 **BaslerK-Kessler,** Art. 41, N. 4; Çakırca, **a.g.e.,** s. 24: Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 22-25; Serozan, **Tendenzen,** s. 476. Zira kullanım imkânının kaybı dolayısıyla bir manevi tatmin eksikliği ve böylece manevi zarar oluşmaktadır.

409 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 124, dpn. 102; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1293.

410 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1293, dpn. 100.

411 Çalışmayan ev kadınının ameliyat olurken hekim hatası yüzünden vefat etmesi durumunda, kadının artık ev işlerini yürütemeyecek olması normatif zararı oluşturacaktır. Bu takdirde, eşin destekten yoksun kalma tazminatı içerisinde, bu normatif zararın bulunduğunun da kabulü gerekecektir.

412 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1293, dpn. 100.

İKİNCİ BÖLÜM

OLUMLU ZARARIN TAZMİNİ TALEBİNİN UYGULAMA ALANI VE OLUMLU ZARAR NİTELİĞİ TARTIŞILABİLECEK ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR

I. Olumlu Zararın Tazmini Talebinin Uygulama Alanı

A. Genel Olarak

İfa menfaatini sağlamaya yönelik olumlu zararın tazmini için, borca aykırı bir davranışın bulunması gerekmektedir . Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen borca aykırılık durumlarının hepsinde, olumlu zararın tazmini talebine rastlanmak mümkündür.

Borca aykırı davranışla borcun ifa edilmemesi, borcun hiç ifa edilmemiş olmasının yanında, borcun kötü ifa edilmiş olmasını veya diğer bir ifadeyle borcun gereği gibi ifade edilmemiş olmasını kapsayan bir kavramdır[1]. Borç ilişkisinde tarafların güttüğü nihai amaç, borçlanılan edimin tam ve doğru biçimde yerine getirilerek alacaklının tatmin edilmesidir. Fakat bazı hallerde, bu amaca ulaşılmasında engeller ortaya çıkabilir. Borçlu edimini zamanında, tam ve doğru biçimde ifa etmez veya ifa edememe durumuna düşebilir. Doktrinde, borç ilişkisinin amacına ulaşılması önünde beliren bütün haller, *ifa engelleri* olarak nitelendirilmiştir[2].

Borçlunun ifayı gecikerek yerine getirmesi durumunda, zaman bakımından ifanın *geniş anlamda* gereği gibi yapılmadığı söylenebilecektir[3]. Bunun dışında

---

1 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1194.

2 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 1 vd.; Ayşe Havutçu, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD,** 3, 4 Haziran 2011, s. 319 vd.

3 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 119. Aslında sözleşmeye aykırılık oluşturan her halde, bir gereği gibi ifa etmeme durumu vardır. Bkz. **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 1, 2).

Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, edimin ifa borçlusu tarafından, ifa alacaklısına, kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde yerine getirilmediği her

borcun; miktar, nitelik ve yer itibariyle gereği gibi ifa edilmemesi (dar anlamda gereği gibi ifada bulunulmaması/kötü ifası) de söz konusu olabilecektir[4].

Böylece temel olarak borca aykırılık hallerini; *"borcun hiç ifa edilmemesi"*[5], *"gereği gibi ifa etmeme*[6]*"* ve *"borçlu temerrüdü"* olarak ayırmak mümkündür[7]. Yine

---

ihtimali kapsar. Bu sebeple, geniş anlamda ifa etmeme, çok kapsamlı bir kavram olup genel olarak temerrüde de yol açar. *Dar anlamda ifa etmeme* ise, ifa edilen edimin, borçlanılan edimin niteliklerine uymaması halinde söz konusu olur. Bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 1072, 1073.

Fakat borçlunun temerrüde düşmesi durumu ayrı hükümlerde (TBK m. 117-126) düzenlenmiştir. Bu sebeple, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ibaresi, temerrüt ve imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanma alanı dışında kalan bütün sözleşme ihlâllerini kapsar. Bkz. Nomer, **a.g.e.,** N. 185. 4 vd.; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 43.

4 Fakat borcun gecikmiş olarak ifası ile diğer miktar, nitelik ve yer itibariyle gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) halleri arasında bir fark bulunmaktadır. Zaman itibariyle kötü ifayı teşkil eden temerrüt halinde, temerrüt sonrası ifa durumunda, alacaklının, ifayı reddetme hakkı bulunmazken; miktar, nitelik ve yer itibariyle kötü ifanın söz konusu olduğu durumlarda, alacaklının, kötü ifayı kabul mecburiyeti yoktur. Alacaklının miktar, nitelik ve yer itibariyle kötü ifa teklifini reddetmesi ihtimalinde, artık kötü ifa değil, borçlunun temerrüde düşmesi durumu söz konusu olacaktır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1498 vd.; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 57, 59. Bu kavramların birbirinden farklarına ilişkin bkz. Halil Akkanat, "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul, Beta, 2000, s. 3 vd. Oğuzman, Öz, ayrıca gereği gibi yapılmayan ifa teklifini alacaklının reddetmesi durumunda; olayın özelliklerine göre imkânsızlık da oluşabileceğini belirtmiştir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1196. Fakat alacaklının bu şekilde yapılan bir ifa teklifini kabul etmesi, alacaklının sonradan tazminat elde etmesine engel olmaz. Ancak ifanın kabulü güven nazariyesi çerçevesinde, tazminat istenmeyeceği anlamına gelebileceğinden, alacaklının, ifa kabul edilirken, tazminat talep hakkını saklı tutması veya işin mahiyetinin bu yönde bir değerlendirme yapılmasına imkân vermesi gerekir (Karş. TBK m. 131/ f. 2). Bkz. Nomer, **a.g.e.,** N. 185. 6; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 57.

5 Borca aykırılık alanında borcun hiç ifa edilmemesi/imkânsızlık halinin odak kavram olduğu, sistemin parça borcunda imkânsızlık üzerine kurulduğu, ayıplı ifa ve sözleşmenin olumlu ihlâlinin bile kimilerine göre bölümsel imkânsızlık sayıldığı, borçlu temerrüdüne bazı çevrelerce zamansal imkânsızlık dendiği, oysa imkânsızlık kavramının bugün artık ifa engelleri sisteminde odak kavram olmaya elverişli olmadığı, imkânsızlığa örnek gösterilen olayların somut yaşam gerçeğini yansıtmadığı ifade edilmektedir. Zira, imkânsızlık ancak parça borçları ve kişisel iş görme edimleri içeren sözleşmeler gibi kısıtlı bir uygulama alanına sahipken, merkezi bir konuma konulması isabetli değildir.Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 7 vd.; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 44. İmkansızlığın bu merkezi konumu aslında Mommsen'in imkânsızlık teorisine dayanmaktadır. Mommsen'in edim kavramı, konu, yer ve zamanla ilgilidir. O sebeple, bu üç unsura aykırılık aslında imkânsızlıkla ilgilidir. Yani aslında temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme de bir imkânsızlık türüdür. Bkz. Jury Himmelschein, "Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzungen", **AcP,** 135 (1932), s. 295; Aral, **Kötü İfa,** s. 85

6 Bu kavram yerine doktrinde, *"sözleşmenin müspet ihlâli"* kavramı da kullanılmaktadır. Alman hukukunda bu kavramı kullananlar için bkz. Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen,** 6. Auflage, München, Verlag C.H Beck, 2005, § 1, N. 8 vd., § 120, N. 1 vd.; İsviçre hukukunda bu kavramı kullananlar için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2614 vd.; **BaslerK-Wiegand, a.g.e.,** Art. 97, N. 25; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 67.01 vd.; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Vorbem. 97-109, N. 17. Türk hukukunda bu kavramı kullananlar için bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 88; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 972 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 1 vd.

burada belirtmek gerekecektir ki; 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki sisteme sadık kalan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da önce borca aykırılığın türünün tespit edilmesi ve sonrasında borca aykırılığın türüne göre Kanun tarafından öngörülen sonuçların uygulanması sistemi devam etmiştir. Ancak bu sistem borca aykırılık olay gruplarını birbirinden ayırmak her zaman kolay olmadığından bazı yazarlarca eleştirilmektedir[8]. Bu eleştiriler arasında, birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olmasının ister istemez, rastlantısal sonuçlara ve eşitsizliklere yol açacağı da yer almaktadır[9].

Borcun bu şekilde ihlâl edilmesi sonucu, hukuk düzenimiz alacağını elde edemeyen alacaklıya başlıca üç imkân tanımıştır: Bunlar ifa davası ve cebri icra, tazminat ve sözleşmeden dönmedir[10]. Tazminat talebinin vazgeçilmez koşulu, borca aykırılığın zarara sebebiyet vermiş olmasıdır. Borca aykırılık sebebiyle doğabilecek zararlar, tür olarak üçe ayrılabilir: Olumlu zarar, olumsuz zarar ve bazı istisnai durumlarda manevi zarar[11]. Bu zarar türlerinden olumlu zararın düzenlendiği temel hüküm ise, TBK m.112'dir.

Borcun kusurlu olarak hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi, alacaklıya bundan kaynaklanan zararların tazminini talep etme hakkı verir[12]. Bu sonuç, TBK 112 (OR Art. 97/1)'den çıkar. Zira bu hükme göre, *"Borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmezse,*

---

7 Eren, **a.g.e.,** s. 1053. Bu sınıflandırmayı şu şekilde ifade etmek de mümkündür: 1) Borcun ifa edilmediği ve ifasının da imkânsız olduğu hal, yani kusurlu imkânsızlık 2) İfanın imkânsız olmamasına rağmen, borcun ifa edilmediği hal, yani borçlu temerrüdü, 3) Borcun ifa edildiği ancak kötü ifa edildiği hal. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 851.

8 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 7 vd . Örneğin aynı borca aykırılık sisteminin söz konusu olduğu İsviçre Borçlar Kanunu'nda Weber'e göre, baştaki-sonraki imkânsızlık ayrımı problemlidir, sadece tarihsel bir takım gerekçelerle açıklanabilir. İfa engelleri sisteminde imkânsızlık ve temerrüt hükümlerinin, kesin bir şekilde birbirinden ayrılmaları ve farklı sonuçlara bağlanmaları da doğru değildir. İsv. BK m. 97/f. 1'de genel hükümlerde düzenlenen gereği gibi ifa etmeme hali ile özel borç ilişkilerinde düzenlenen ayıplı ifa, sınırlandırma zorluklarına ve alternatif koruma yolları problemlerine yol açmaktadır. Son olarak sözleşmeden dönme hakkının, sadece borçlu temerrüdü açısından öngörülmüş olması haksız olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. **BernerK-Weber,** Vorbem. zu Art. 97-109, N. 34. Benzer eleştiriler için ayrıca bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2483 vd.

9 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 9.

10 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1212.

11 Feyzioğlu, **C. 2 ,** s. 183; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 5a: Örneğin, ölüm duyurusunu zamanında yayımlamayan gazetinin sebep olduğu imkânsızlık dolayısıyla manevi tazminata hükmedilebilecektir.

12 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 43, N. 114.

borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür".

Bu anlamda, yukarıda bahsedildiği gibi temerrüde düşülmüş borcun ifasının da zaman bakımından gereği gibi ifa etmeme kavramıyla ilişkisini göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu durumda, gecikmeden kaynaklanan zararların tazmini suretiyle, alacaklı, borç gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma, getirilmiş olur[13]. Bu sebeple, TBK m. 112 (İsv. BK. m. 97/f. 1) sözleşmesel sorumlulukta genel hüküm olarak görülebilir[14]. Buradan hareketle, olumlu zararın tazminin öngörüldüğü her durumda, temel alınacak hükmün TBK m. 112 olduğunu söylemek gerekecektir.

Bir sözleşmenin görüşme aşamasında, bir tarafın kusurlu bir davranışla *(culpa in contrahendo)* diğerine verdiği zararın da, baskın görüşe[15] uygun olarak sözleşmesel sorumluluk esaslarına tâbi olacağı kabul edilirse, kanunun öngördüğü bazı *culpa in contrahendodan* doğan sorumluluk hallerinde, olumlu zararın tazmini gündeme gelecektir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılabileceği gibi olumlu zararın tazmini şu hallerde mümkün olabilir:

-Borçlunun kusuru sebebiyle borcun ifasının sonradan objektif ve kesin olarak imkânsız hale gelmesi halinde (ayrıca tartışmalı olmakla birlikte sözleşmenin kurulmasından önce imkânsızlık halinde),

-Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme hali olan kötü ifa

-Borçlu temerrüdünde, aynen ifaya eklenen gecikme tazminatında[16] ve para borçlarında temerrüt faizinde,

-İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde, aynen ifadan vazgeçen alacaklının tazminat talebinde,

---

13 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 45, N. 118.

14 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 116.

15 Birinci Bölüm, II, A, 2, b, (2).

16 Topuz, **a.g.e.,** s. 94; Velidedeoğlu, **a.g.m.,** s. 746; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 426, 427.

-Sözleşmenin görüşme aşamasında bir tarafın kusurlu bir davranışla (*culpa in contrahendo*) karşı tarafa verdiği zararda[17], daha kapsayıcı bir ifade ile edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkilerinden doğan sorumlulukta.

B. Olumlu Zararı Tazmin Yükümlülüğünü Doğuran Hallerin Görünüm Biçimleri

1. Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Kusurlu İfa İmkânsızlığı Halinde Olumlu Zarar

a. Kusurlu İfa İmkânsızlığı Kavramı

Olumlu zararın tazminine yol açan imkânsızlık hali, borçlunun sorumlu olduğu[18] sonraki imkânsızlık halidir. Türk Borçlar Kanunu'nda borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık hali için uygulanabilecek olan hüküm, kanunda ayrıca bir düzenlemeye tâbi tutulmamış her durumda uygulanabilecek hüküm olan, TBK m. 112'dir. Borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlığın görüldüğü hallerde ise, uygulanacak hüküm TBK m. 136'dır. Bu hükme göre, kusursuz borçlu borcundan kurtulacaktır. Fakat bu halde, alacaklının olumlu zararının tazminini talep etmesi mümkün olmayacaktır, zira sorumluluğun diğer bir unsuru olan kusur teşekkül etmemiş durumdadır.

Kusurlu ifa imkânsızlığından anlaşılması gereken, borcun, *sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra, borçlunun veya ifa yardımcısının kusurlu bir davranışı*

---

17 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1253.

18 İmkansızlığın borç ilişkisine etkisi bakımından *"kusurlu-kusursuz imkânsızlık"* şeklinde ayrım yapılması adet olmuşsa da bu ayrımı *"borçlunun sorumlu olduğu ya da sorumlu olmadığı imkânsızlık"* şeklinde yapmak daha uygun olacaktır. Bkz. Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkansızlık,** İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 109 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1486. Zira bazı durumlarda, örneğin TBK m. 116'da olduğu gibi, ifa yardımcılarının fiillerinden, borçlu kusurlu olmasa dahi TBK m. 112 dolayısıyla tazminatla yükümlü tutulabilir. Bazı durumlarda da bağışlayanın bağışlanana karşı hafif kusuruyla verdiği zarardan sorumlu olmamasında olduğu gibi, kusur olsa dahi imkânsızlıktan sorumluluk söz konusu olmaz. Bu sebeple, kusurlu-kusursuz imkânsızlık yerine, borçlunun sorumlu olduğu-sorumlu olmadığı imkânsızlık ayrımı daha yerindedir. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 156, dpn. 11. Bu notu buraya düştükten sonra biz de daha kısa olması bakımından, yaygın kullanım şekliyle kusurlu ve kusursuz imkânsızlık şeklinde açıklamalarımızı yapacağımızı belirtelim.

dolayısıyla, objektif, kesin ve sürekli olarak yerine getirilmesi imkânının ortadan kaldırılmış olmasıdır[19].

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımına doktrinde büyük çoğunlukla kabul edildiği gibi gerek yoktur[20]. Zira edimin tâbii, fiilî ve hukuki olarak imkânsız olması demek[21], herkes yönünden edimin konusunun veya ifasının imkânsız olması demektir. Sadece borçlu açısından imkânsızlık varsa, artık imkânsızlık değil, borçlunun güçsüzlüğünden, yani ifa edememe durumundan bahsedilmelidir. Bu güçsüzlük, genel olarak ekonomik veya kişisel durumlardan kaynaklanır. Böyle bir ihtimalde, borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur; yoksa objektif imkânsızlığa ilişkin sorumluluk hükümleri değil[22]. Fakat edimin ifasının kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu durumlarda, borçlunun şahsından kaynaklanan ifa edememe halinin, objektif imkânsızlık olarak görüleceği hususu göz ardı edilmemelidir[23].

---

19 Eren, **a.g.e.,** s. 1062, 1063; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 395; Schenker, **a.g.e.,** s. 4; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 63. 01 vd.; Feyzioğlu, **C. 2,** s. 175; Bucher, **a.g.e.,** s. 418; Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 11; Barth, **a.g.e.,** s. 21; **BaslerK-Wiegand**, Art. 97, N. 7; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 904 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 853 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 1 vd. Aral, **Kötü İfa,** s. 46; Enneccerus, Lehmann, **a.g.e.,** s. 199 vd.; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 45; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 93 vd.; Dural, **a.g.e.,** s. 7 vd.; Larenz, **a.g.e.,** s. 305.

20 Aynı yönde bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1465; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2573. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 907; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 94.
Alman hukuku'nda da reform öncesi BGB § 275'te ikili bir ayrıma gidilerek ilk fıkrada imkânsızlık (Unmöglichkeit), ikinci fıkrada sübjektif imkânsızlık (Unvermögen) düzenlense de sonuçları bakımından bir ayrım gözetilmemiştir. Reform sonrasında ise, Unvermögen kavramının kullanılmasından vazgeçilmiş, imkânsızlığın ister herkes için isterse sadece borçlu için söz konusu olsun, alacaklının ifa talebini sona erdireceği düzenlenmiştir. *("Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist").* Böylece sübjektif ve objektif imkânsızlık ayrımı kaldırılmıştır. Bkz. Schlechtriem, Schmidt-Kessel, **a.g.e.,** N. 473; Serozan, **Dönme,** s. 261; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 148; Antalya, **a.g.e.,** s. 242.

21 İmkansızlığın; *tâbii (mantıki), fiilî ve hukuki* sebeplere dayanması mümkün olabilir. Bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 1063; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 904 vd., Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 396 vd., Dural, **a.g.e.,** s. 8 vd., **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 9; Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 12; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 4 vd. .

22 Eren, **a.g.e,** s. 1066, 1067; Schenker, **a.g.e.,** s. 7; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.** N. 2575 vd.

23 Eren, **a.g.e.,** s. 1065. Örneğin, kendisine bir tablo siparişi verilen ressam B'nin felç geçirmesi sonucu, kendisinden ifanın beklenememesi durumunda, bu edimin başka hiç kimse tarafından da yerine getirilemeyecek olması sebebiyle artık objektif imkânsızlık söz konusudur.

İmkansızlığın söz konusu olabilmesi açısından, bu imkânsızlığın *"kesin ve sürekli"* olması da önem taşımaktadır. İmkansızlık geçici ve sözleşmenin sonradan ifa edilebilir olduğu haller, hakim kanaate göre imkânsızlığa değil, borçlu temerrüdüne işaret eder[24].

İfa imkânsızlığının söz konusu olabilmesi için, *edimin konusunun* parça borcu olmasına dikkat etmek gerekmektedir. Zira çeşit borçlarında, tür yok olmaz ilkesi *(genus perire non censetur)* gereğince, imkânsızlık kural olarak söz konusu olmayacaktır, yeter ki o türden mallar yeryüzünden tamamen yok olmuş olmasın[25]. Para borçlarında ise, imkânsızlık söz konusu değildir[26].

b. Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Kusurlu İfa İmkânsızlığının Sonuçlarının Değerlendirilmesi

(1) Olumlu Zararın Tazminine Yol Açması

Kusurlu ifa imkânsızlığının borç ilişkisine etkisi konusunda doktrinde baskın görüşe[27] göre; ifa imkânsızlığı sonucunda borçlanılan edimin yerini, TBK m. 112'ye

---

24 Barth, **a.g.e.,** s. 41, 42; Schenker, **a.g.e.,** s. 7; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 96 vd.; Glättli, **a.g.e.,** s. 44; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 909; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 2, § 14 N. 2; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g..e.,** N. 2563; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 398; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 63 10; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.,** § 31, N. 8; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 52, 100 vd.

Fakat kesin vadeli işlemlerde imkânsızlık geçici de olsa, temerrüt değil, imkânsızlık söz konusu olacaktır. Bkz. Eren, **a.g.e,** s. 1067; Becker, **a.g.e.,** s. Art. 97, N. 21; Barth, **a.g.e.,** s. 41, 42; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 398, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 909; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 13, N. 2, § 14, N. 6; § 17, N. 1; Dural, **a.g.e.,** s. 98; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2564; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 96 vd.; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 53. Örneğin, mezuniyet günü için sipariş edilen elbisenin zamanında mezuniyet gününe yetiştirilmeyip üç gün sonrasında teslim edilmek istenmesi, konuşmacının belirlenen saatte konferansa gelmemesi gibi. İşlemlerin kesin vadeli olmadığı ama imkânsızlığın geçiciliğinin ne kadar süreceğinin bilinmediği durumlarda da ifanın imkânsızlığı kesin sayılmalıdır. Bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 1067; Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 21; Barth, **a.g.e.,** s. 42; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 398; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1487 vd.; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 96, 97.

25 Eren, **a.g.e.,** s. 1068, 1069; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 909; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 19 vd.

26 Eren, **a.g.e.,** s. 1068; Bucher, **a.g.e.,** s. 421; Keller, Schöbi, **a.g.e.**, s. 247; Larenz, **a.g.e.,** s. 316 vd.

27 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 104; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 47;Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 853, 854; Feyzioğlu, **C. 2,** s. 181, 188; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 3; Serozan, **Dönme,** s. 265, 269; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 856; Antalya, **a.g.e.,** s. 285; Barth, **a.g.e.,** s. 67; Antje Ziegler, **Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung,** Bern-Stuttgart-Wien, 1991**,** s. 9; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 64. 20; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.,** § 31, N. 3; Bucher, **a.g.e.,** s. 328.

göre tazminat borcu alır ve edimin imkânsızlaşması borcun sona ermesine yol açmaz. Diğer bir deyişle, alacaklının aynen ifayı isteme hakkı, tazminat isteme hakkına dönüşmüştür. Bu durumda asli edim yükümlülüğünün yerini, ikincil nitelikteki tazminat yükümlülüğü almıştır. Bu tazminat ile alacaklının ifaya olan menfaati giderilecek, yani olumlu zararı karşılanacaktır[28].

Bu görüşün sonucu olarak, borç ilişkisi sona ermediği ve ortaya çıkan tazminat borcu, borçlunun edimi olan ifa borcunun farklı bir görünüme bürünmesinden ibaret olduğu için (ikincil edim borcu)[29], edim borcuna ilişkin teminatlar ve fer'i haklar tazminat borcu için de devam edecektir. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, tazminat talebinde bulunan alacaklının, kendi edimini ifa borcu devam edecektir. Ayrıca bu görüşe göre, *ifa imkânsızlığı vadeden önce doğmuş olsa dahi, asıl borç hangi anda muaccel hale gelecekse, alacaklı ancak o muacceliyet anında tazminat talep edebilecektir.* Böylelikle edimlerin değişimi (mübadele teorisi) için de vadenin beklenmesi gerekecektir. İmkânsızlaşan edimin yerine geçen tazminat borcu için, imkânsızlaşan edim için işleyecek zamanaşımı devam edecek[30] ve imkânsızlaşan edime ilişkin savunmalar tazminat alacağına karşı da ileri sürülebilecektir.

Diğer bir görüş ise, borçlunun kusurunun bulunmadığı sonraki imkânsızlık gibi kusurunun bulunduğu sonraki imkânsızlık halinde de *borcun sona ermesi gerektiğini* ileri sürmektedir[31]. Borç, borçlu imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu olsun

---

28 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 453.

29 **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 38a ve N. 47.

30 Wiegand, sonraki kusurlu imkânsızlık halinde her ne kadar borcun sona ermediğini ve borçlunun edim yükümünün yerini tazminat borcu alacağını savunsa da Alman hukukunda öngörüldüğü gibi tazminat açısından *farklı zamanaşımı süresinin* işlemesinin daha uygun olacağını ifade etmektedir. Zira asli borcun tazminat borcuna dönüşümü teorik bir açıklamadır. Bütün tazminat taleplerinde olduğu gibi, zararın ve tazminat talebinin oluşumu anı, aynı an olarak tespit edilmelidir. Bkz. **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 50.

31 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1472; M. Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi,** İstanbul, 1955**,** s. 144, dpn. 46; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 156, dpn. 12; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 198; Özer Seliçi, "Seçimlik Borçların İfası", **İÜHFM,** Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4, İstanbul, 1969, s. 397.

Serozan'a göre, imkânsızlık ister borçlunun kusurundan kaynaklansın ister kaynaklanmasın, TBK m. 112 uyarınca tazminat ödeme ve m. 136 uyarınca önceden elde edilmiş edimleri geri verme yükümlülükleri *sözleşme kökenli yükümlülükler* olarak varlıklarını sürdürürler. Bu durumlarda borcun düşmesinden anlaşılması gereken, *borç ilişkisinin* ortadan kalkması değil, asli edim yükümlerinin, yani *borcun* ortadan kalkması olmalıdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 15, N. 10; Serozan, **Dönme,** s. 262 vd. Bu hususta Hatemi, Gökyayla da

olmasın her durumda sona erecektir. Borçlunun kusuru, tazminat yükümlülüğünde bir fark yaratacak, kusursuz imkânsızlığın aksine kusurlu imkânsızlık halinde borç sona erdiğinde, borçlunun zararı tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Bu tazminat ile de alacaklının ifaya olan menfaatinin giderileceği konusunda kuşku yoktur.

Kusurlu imkânsızlık halinde de borcun sona ermesi gerektiğini savunan bu görüş, gerekçe olarak aşağıda bahsedeceğimiz noktalara dayanmaktadır:

Öncelikle, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, kusursuz imkânsızlık yüzünden karşılıklı borçların sona ermesi neticesinde, borçlunun karşı edimi elde edemeyeceği öngörülmüşken; kusurlu imkânsızlık halinde, kusurlu borçlunun karşı edimi kaybetmesi şeklindeki sonuç, evleviyetle ortaya çıkmalıdır. Fakat bu durumda, kusurlu borçlunun kanundan kaynaklanan *yeni bir tazminat ödeme borcu* meydana gelmelidir. Bu borç, *yeni bir borç* olduğundan, *alacaklı tarafın eski borcun vadesini beklemesine de gerek kalmayacaktır. İmkansızlığın oluştuğu andan itibaren, bu borç talep edilebilecektir*[32]. Fakat ilk görüş kabul edilirse, vadeden önce ortaya çıkan kusurlu imkânsızlıkta, tazminat borcunun vadesi, ifası imkânsızlaşan asıl borcun vadesine bağlı olacağından, alacaklı tazminat istemek için vadeyi beklemek zorunda kalacaktır[33].

Ayrıca bu görüşe göre, bir tarafın borcunun imkânsızlaşması halinde karşılıklı tarafların borçlarının sona ereceğinin kabul edilmesiyle fark teorisinin uygulanması bakımından da sağlam bir temele basılmış olacaktır[34]. Zira fark teorisi, ancak taraflardan birinin borcunun imkânsızlaşması halinde diğer tarafın da borcunun sona erdiği ve borçlunun bu yüzden doğan zararı tazmin edeceği esasına dayandığında bir temele sahip olacaktır. Çünkü borçlunun edimi imkânsızlaşmışsa, alacaklının edimini

---

benzer yönde açıklamalar yapmaktadırlar. Kusurlu ifa imkânsızlığı halinde, edim tazminata dönüşmüş olmamakta, dar anlamda borç sona ermiş ama geniş anlamda borç ilişkisi devam ettiği için zararın giderimi gerekmektedir. Bkz. Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.,** § 26, N. 49.

32 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1475.

33 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1475.

34 Aksi halde, tazminat borcunun ifası imkânsızlaşan borcun yerine geçip karşı edimin varlığını sürdürmesi durumunda, mübadele teorisinin uygulanması gerekecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1478. Ancak karşılıklı borçların ortadan kalktığı kabul edilirse, alacaklı açısından bazı durumlarda elverişli olabilecek mübadele teorisinin olanakları da ortadan kalkacağına ilişkin bkz. Serozan, **Dönme,** s. 270.

ifa yükümlülüğünün de sona ermesi, fark teorisindeki alacaklının kendi edimini ifa yükümlülüğünün ortadan kalkmasını açıklamaktadır. Aksi halde, tazminatın fark teorisine göre hesaplanması, kanuni düzenlemeye uygun düşmeyecek bu gibi durumlarda mübadele teorisinin uygulanması gerekecektir[35].

Borçlunun kusuru ile borcun ifasının imkânsız hale gelmesi sonucu tarafların karşılıklı olarak borçlarının sona ereceği fikrinde olanlar, bu görüşün herhangi bir sakıncası olmadığını da şu şekilde gerekçelendirmektedirler:

Bir kere, tarafların borcu sona erip sadece ifayı kusuruyla imkânsızlaştıran tarafın tazminat borcu olduğu kabul edilirse, bu tazminat borcu yeni bir borç olacağından, onun için yeni bir zamanaşımı işleyecektir. Bu da alacaklı tarafın lehine bir durum oluşturacaktır[36].

Baskın görüşün imkânsızlaşan edim için verilen teminatların geçerli kalacağı iddiası, kusurlu imkânsızlık halinde karşılıklı borçların sona ereceği tazminat borcunun yeni bir borç olduğu kabul edilirse de geçerli olacaktır. Zira kefalet, rehin gibi teminatlar genellikle para borçları için verilmekte ve para borçlarının imkânsızlığa uğraması ise mümkün olmamaktadır. Para borcu dışında imkânsızlaşması mümkün bir borç için verilen teminatların da imkânsızlık üzerine doğacak tazminat borcu için verildiğinin kabulü gerekeceğinden, tazminat borcunun bağımsız bir borç olarak doğması teminatları düşürmez. Örneğin, ifası imkânsızlaşan borç için verilen kefaletler, TBK m. 589/ f. 2 b. 1 gereğince, kefilin sorumlululuğu asıl borç ve borçlunun kusurunun yasal sonuçlarını kapsayacağından, tazminat için de devam edecektir. Yapma, yapmama ya da paradan başka bir verme borcu için Türk parası karşılığında bir ipotek kurulmuşsa, ipotek de esasen borcun yerine getirilmemesi sonucu doğacak tazminat alacağını teminat altına alacaktır. Taşınır

---

35 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 199; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1472-1483; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 156, dpn. 12.

36 Fakat her ne kadar tazminat alacağı yeni bir alacak olsa da, borcu kusuruyla imkânsızlaştıran tarafın, borcun imkânsızlaşmasından önce asıl edimin zamanaşımına uğradığı gibi savunmaları varsa, bu savunmalarını, karşı tarafın bir zararının doğmadığını iddia ederek karşı tarafın tazminat talebine karşı da ileri sürebilecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1480.

rehninin de sonradan belirlenecek tazminat miktarını teminat altına almak için verildiğini kabul etmekte bir sakınca yoktur[37].

Kusurlu imkânsızlık halinde de borcun sona ermesi gerektiğini savunan görüş, bu görüşünü desteklemek açısından mala karşı mal değişim sözleşmesi (trampa sözleşmesi) üzerinden örnek vermektedir[38]. Taraflardan biri, malın teslimi borcunu kusuruyla imkânsız hale getirmişse; ilk görüşe göre, diğer tarafın aslında gerçekte karşı tarafın kusuruyla imkânsız hale getirdiği mala ihtiyacı varken ve belki de bu malın değeri kendi ifa edeceği edimin değerinden düşükken, hiç istemediği halde sadece bu mal yerine verilecek tazminatla yetinmek durumunda kalacak ve bu esnada kendi malını da verme borcu devam ettiği için onu elden çıkarmış olacaktır. Oysa ikinci görüş benimsenirse, kusurlu imkânsızlık halinde her iki tarafın da malı teslim borcu sona ereceğinden, malı teslim borcunu kusuruyla imkânsız hale getiren taraf, sadece kendi ediminin değeri, karşı tarafın ediminin değerinden fazlaysa aradaki farkı ödeyecektir. Malı teslim borcunu kusuruyla imkânsız hale getiren tarafın edimi, karşı tarafın ediminden azsa, karşı tarafın herhangi bir alacağı bulunmayacaktır. Zira bu halde, karşı tarafın, edimin ifasının imkânsızlaşması yüzünden bir zarara uğradığı söylenemeyecektir.

Ayrıca malın tesliminin imkânsızlaşmasından önce, karşı taraf edimini yerine getirmişse, TBK m. 136'daki esas uyarınca, bunu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir[39]. Fakat karşılıklı edimler içeren böyle sözleşmelerde şu hususa da dikkat etmek gerekecektir ki, geri alma kendisi açısından bir değer taşımayan alacaklının, bu hususun tazminatın hesabında dikkate alınmasını isteyebilme hakkı bulunmalıdır. Kendi edimini ifa etmemiş borçlu açısından da aynı durum söz konusu olmalıdır. Kendi borcunu ifa etmeden karşı edimin karşı tarafın kusuruyla

---

37 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1482. Taşınır rehninin, tazminat borcu için de devam etmesi, yeni doğan tazminat borcunun hukuki niteliği ile ilgilidir.
Fakat Serozan bu iddiaların daha da sağlamlaştırılması gerektiğini düşünmektedir. Zira Oğuzman'a göre, asli edimin yerine geçen değer, bir surrogat olmayıp, alacaklının yeni oluşmuş tazminat alacağıdır. Bu alacak için, asli edim için verilen teminatların varlığını devam ettirecek olması, bu teminatların fer'i nitelikleri karşısında son derece şüphelidir. Bkz. Serozan, **Dönme,** s. 269, 270.

38 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1475.

39 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1475, 1476.

imkânsızlaşmasına rağmen, edimin kendisinde kalmasında bir menfaati bulunmayan alacaklının da edimini ifa ederek tazminatın hesabında bu edimin değerinin düşürülmesini isteyebilme hakkı bulunmalıdır[40].

Kanaatimizce de özellikle mala karşı mal değişimi sözleşmeleri düşünülürse, kusurlu imkânsızlık halinde de tarafların borçlarının sona ereceği fikrini savunmak daha isabetli olacaktır. Ayrıca bu sayede fark teorisinin bir temele kavuşması, borçların sona erip ifayı kusuruyla imkânsızlaştıranına kanundan doğan yeni bir tazminat borcu olması ve bu durumun edimi imkânsızlaşan alacaklıyı vadeyi bekleme yükümünden kurtarması, kanaatimizce de alacaklının yararınadır. Ayrıca karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, kusursuz imkânsızlık yüzünden borcun sona ermesi neticesinde, borçlunun karşı alacağını kaybedeceği öngörülmüşken; kusurlu imkânsızlık halinde, kusurlu borçlunun karşı alacağı kaybetmesi şeklindeki sonuç, evleviyetle ortaya çıkmalıdır. Böylece TBK m. 136'yı kusursuz imkânsızlık durumunda borcun istisnai olarak sona ermesini düzenleyen bir hüküm olarak değil de, kusursuz imkânsızlığın sonuçlarını düzenleyen bir hüküm olarak görmek mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak her iki görüşten birinin tercih edilmesi, tazmin edilecek olumlu zararın kapsamı bakımından şöyle bir fark yaratabilecektir: Baskın görüş kabul edilirse, ifa imkânsızlığı vadeden önce doğmuş olsa dahi, asıl borç hangi anda muaccel hale gelecekse, alacaklı ancak o muacceliyet anında tazminat talep edebilecektir. Fakat bizim de katıldığımız ikinci görüş kabul edilirse, tazminat borcu, yeni bir borç olduğundan, alacaklı tarafın eski borcun vadesini beklemesine de gerek kalmayacaktır. İmkansızlığın oluştuğu andan itibaren, bu borç talep edilebilecektir. Asıl borcun muacceliyet anına kadar beklendiğinde ise, alacaklının olumlu zararı da o oranda artış gösterecektir. Ancak bu durumda tazminat alacağına kavuşması da gecikecektir. İkinci görüş gereğince vade beklenmeksizin olumlu zararın tazmini talep edildiğinde ise, olumlu zarar miktarı daha düşük belirlenecektir. Ayrıca ilk görüş kabul edildiğinde, asıl borcun vadesi tarihinde olumlu zararının tazminini mübadele ya da fark teorisine göre isteme konusunda seçimlik hakkı

[40] Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1482.

bulunabilecekken; ikinci görüşün kabul edilmesi durumunda, karşılıklı borçların sona erdiği kabul edildiğinden, alacaklının, olumlu zararının tazminini sadece fark teorisine göre istemesi mümkün olacaktır.

(2) Sözleşmeden Dönme İmkanına Yol Açıp Açmayacağı Tartışması

Doktrinde bir görüş, kusurlu ifa imkânsızlığı halinde alacaklının dönme hakkı olmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, kusurlu ifa imkânsızlığı halinde borçlunun dönme hakkının bulunması, Türk Borçlar Kanunu sistemiyle bağdaşmamaktadır. Zira, önünde Alman Medeni Kanunu örneği olan Türk ve İsviçre kanun koyucularının TBK m. 112'yi (İsv. BK m. 97/f. 2) düzenlerken ihmal sonucu bu durumu atlamaları mümkün değildir[41]. Bunun gibi, bir çok durumda borçlu için fazlaca ağır, adaletsiz bir yaptırım olan sözleşmeden dönme, alacaklı yararına tanınmamalıdır[42]. Ayrıca kusurlu imkânsızlık halinde de sözleşmenin tıpkı TBK m. 136'daki gibi kendiliğinden sona ereceğini savunan görüş, kendiliğinden sona eren bir sözleşmeden dönmenin mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Zira, kendi görüşlerinin kabul edilmesi halinde, alacaklıya sözleşmeden dönme ödevi de yüklenmemiş olacaktır ve bu durum, adalete daha uygun bulunmaktadır[43].

Doktrinde başka bir görüş ise, Eski BGB § 280 ve 325 hükümlerinden[44] esinlenerek, TBK m. 112 kapsamında kusurlu ifa imkânsızlığı durumunda da borçlu

---

41 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 104, 105; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1485; Barth, **a.g.e.,** s. 18; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 158.
Ancak 2020 yılı için tasarlanan İsviçre Borçlar Kanunu reformunda, sadece temerrüt hali için değil, diğer borca aykırılık halleri bakımından da dönme hakkı tanınmıştır. Bkz. Florian Faust, "Leistungsstörungen", **OR 2020- Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht,** herausgegen von Jan Dirk Harke und Karl Riesenhuber, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, s. 181.

42 Feyzioğlu, **C. 2,** s. 160.

43 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1485; Oğuzman, **Hizmet Akdi,** s. 144, dpn. 46.

44 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1485, dpn. 379; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 454 .
Bu hükümler; imkânsızlık halinde alacaklıya 1) sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazmini, 2) ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmini ve 3) kaim değerin verilmesi şeklinde seçimlik haklar tanımıştır. Yeni Alman Medeni Kanunu'na göre, alacaklının sözleşmeden dönme hakkına sahip olması için, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmasına gerek yoktur. Borçlunun kusurunun olması halinde, alacaklı sözleşmeden dönme ile birlikte olumlu zararının da tazmin edilmesini isteyebilir (BGB § 325, 326/b. V). Sözleşmeden dönmenin yerine alacaklı ifa yerine tazminat (§§ 280, 283) veya boşa çıkan masraflarının tazminini (§ 284) de talep edebilir. Alacaklı ayrıca, imkânsızlıktan

temerrüdündeki sözleşmeden dönme hakkının (TBK m. 125/f. 2 ve 3) kıyasen kullanılabileceğini savunmaktadır[45]. Zira ifayı telafi şansı saklı olan borçlu temerrüdünde, kusursuz bir borçluya karşı bile ileri sürülebilecek sözleşmeden dönme hakkı (TBK m. 125), borçlunun kendi kusuruyla yarattığı ifa imkânsızlığında evleviyetle ileri sürülebilmelidir[46]. Borçlu temerrüdü ile kusurlu ifa imkânsızlığı engelleri arasında güven ilkesi ve menfaatler durumu bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki durumda da borçlunun kusurlu davranışı, alacaklının sözleşmeyle bağlı kalmasını güven ilkesi ışığı altında kendisinden beklenemez hale getirmiştir[47].

Yine TBK m. 331, 369, 435, 639'da sürekli borç ilişkileri için haklı nedenle fesih (TBK m. 617'de dönme) yetkisinin, sözleşmeye aykırılığın türü bakımından

---

sorumlu olmasına gerek olmaksızın § 285 uyarınca kaim değerlerin verilmesini de isteme yetkisine sahiptir. Bkz. Barbara Grünewald, **Bürgerliches Recht,** 9. Auflage, München, C. H. Beck, 2014, § 12, N. 10 vd.; Rona Serozan, "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Kullanılabilecek Yenilikler), **İÜHFM,** C. 58, S. 1-2, Y. 2000, s. 233 vd., Mehmet Serkan Ergüne, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C: 62, S. 1-2, 2004; s. 359 vd.

45 Glättli, **a.g.m.,** s. 233; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 58; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Vorbem. Zu Art. 97-109, N. 4; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.,** § 31, N. 3; Neuenschwander, **a.g.e.,** s. 96; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 406; Tunçomağ, **a.g.e,** s. 826; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 873; Serozan, **Dönme,** s. 267 vd., Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 13; Antalya, **a.g.e.,** s. 242; Erden Kuntalp, **Ard Arda Teslimli Satım Akdi,** Ankara, 1968, s. 68; Andreas Schwarz, **Akdin İhlali Sebebiyle Fesih,** (çev. Bülent Davran), Ebülula Mardin'e Armağan, İstanbul, 1944, s. 759 vd.

Schwarz'a göre, MK m. 2'den hareket ederek bir tarafın akde aykırı davrandığı hallerin hepsinde, diğer tarafın akdin devamında menfaati kalmadığı sürece dönme hakkına sahip olması gerekmektedir bkz. Schwarz, **Fesih,** s. 786. Kusurlu imkânsızlık halinde kural olarak olumlu zararın isteneceği ama edimin imkânsızlaşmasının alacaklı açısından akdin devamını anlamsız hale getirmesi halinde akitten dönme hakkına istisnaen izin verilmesi gerekeceğine ilişkin bkz. Feyzioğlu, **C. 2,** s. 189, 190. Dönme hakkının ifa ihlalinin önemli ve haklı bir sebep olması durumunda tanınacağına ilişkin bkz. Antalya, **a.g.e.,** s. 346. Benzer yönde bkz. **BaslerK-Wiegand**, Art. 97, N. 58.

Alacaklıya imkânsızlık halinde de dönme hakkı tanınması durumunda, sözleşmeden dönen alacaklıya olumlu ya da olumsuz zararın tazmini arasında seçimlik hak tanınması gerektiği yönünde bkz. Glättli, **a.g.m.,** s. 243. Karş. Ergüne, **a.g.e.,** s. 73.

46 Böylece fark teorisinin alacaklıya sağladığı asıl edimi yerine getirme yükümlülüğünden kaçınma hakkı, daha da ileriye götürülerek önceden yerine getirilmiş edimlerin geri dönüşü de sağlanacaktır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 13.

47 Serozan, **Dönme,** s. 27, 273.

ayrım gözetilmeksizin tanınması, kusurlu ifa imkânsızlığında da dönme hakkının tanınması bakımından bir gerekçedir[48].

Ayrıca Oğuzman'ın kusurlu ifa imkânsızlığında da TBK m. 136'da olduğu gibi borcun sona erdiği görüşü kabul edilirse, kusurlu ifa imkânsızlığı durumunda da alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verilip verilmemesi tartışmasının da gereksiz bir tartışma olacağı, zira karşılıklı borçların sona erdiği bir sözleşmeden dönmenin mümkün olmayacağı görüşü de Serozan'a göre isabetli değildir[49]. Zira, TBK m. 136 sonucu sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılan sözleşmenin tasfiyesi ve geri verme istemi, dönme üzerine söz konusu olacak sözleşmenin tasfiyesi ve geri verme istemine nazaran çok daha dar ve kayıtlı bir istem olacaktır[50].

Böylece ifa imkânsızlığı dolayısıyla da sözleşmeden dönebilecek alacaklının, önceden ifa ettiği edimin geri verilmesi talebiyle birlikte, temerrüt durumunda olduğu gibi bu edimin değeri ötesinde kalan zararının giderilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır[51].

Kusurlu ifa imkânsızlığında dönmenin kabul edilip edilmemesi dönme sonucunda istenebilecek tazminatın, olumlu zararı giderip gidermeyeceği hususunda konumuzu ilgilendirmektedir. Kanaatimizce, kusurlu ifa neticesinde Oğuzman'ın görüşüne uygun olarak karşılıklı borçların sona ereceği kabul edildiğinden, alacaklıya dönme imkânının tanınmasının bir anlamı olmayacağını savunmak isabetli görülmektedir. Bu hususta, Oğuzman'ın görüşüyle paralel olarak borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık halinde de borçların sona ereceği kabul edildiğinde TBK m. 136 hükmüne kıyasen önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerekecektir. Dönme imkânı sağlanırsa, sözleşmenin tasfiyesi ve edimlerin iadesinin, sebepsiz zenginleşmeye göre daha avantajlı olabilmesi için, dönme halinde tasfiyenin *sözleşme hukuku* kurallarına göre

---

48 Serozan, **Dönme,** s. 274.
49 Serozan, **Dönme,** s. 270.
50 Serozan, **Dönme,** s. 270
51 Serozan, **Dönme,** s. 274.

yapılacağının kabul edilmesi gerekir[52]. Bu görüş, yeni dönme teorisinin kabulü çerçevesinde mümkündür. Yoksa klasik görüş kabul edilirse, dönme halinde de iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacaktır. Bu sebeple, Oğuzman'ın borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olduğu hallerde de karşılıklı borçların sona ermesi halinde iade ile imkânsızlık halinde dönme imkânının tanınması arasında *iade bakımından* bir fark –yeni dönme teorisi kabul edilmediği sürece- kanaatimizce yoktur. Ancak dönme imkânı kabul edilirse de kanaatimizce, alacaklının dönme imkânı ile birlikte *de lege feranda* olarak -ileride de açıklayacağımız üzere[53]- olumlu ya da olumsuz zararını talep etme yönünde seçimlik hakkı bulunmalıdır.

c. Kusurlu İfa İmkânsızlığı ile İlgili Özellik Arz Eden Durumların Olumlu Zararın Tazmini Talebine Etkisi

(1) Borca Aykırı Davranışın Gerçekleşeceğinin Önceden Belli Olması

Türk Borçlar Kanunu'nda, borçlunun acze düşmesi nedeniyle alacağı tehlikeye düşen alacaklının, haklarını korumak bakımından çeşitli sözleşme tipleri için farklı hükümler getirilmiştir (ödemezlik def'ini düzenleyen TBK m. 98, kiralayanın kira sözleşmesini fesih hakkını düzenleyen TBK m. 332, ödünç verme borçlusunun şey teslimden kaçınma hakkını düzenleyen TBK m. 390 gibi). Ancak borçlunun aczi söz konusu olmaksızın, alacaklının alacağının tehlikeye düşmesi halinde ne olacağı hususunda eser sözleşmesi (TBK m. 473) dışında bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu sebeple, borcun muaccel olmasından evvel, alacaklının

---

52 Sözleşmenin ifa aşamasında (örneğin; temerrüt, ayıp, zapt sebebiyle dönme) ve kurulması aşamasında (örneğin; ehliyetsizlik, hukuka ve ahlaka aykırılık, şekle aykırılık ve irade bozuklukları sebebiyle hükümsüzlük) ortaya çıkan sakatlık dolayısıyla, tasfiye ilişkisinin *sözleşme hukuku kurallarına göre* yapılması; sebepsiz zenginleşme hükümlerinin zamanaşımı bakımından elverişsiz ve iade borçlusunun elinde bir şey kalmadığı durumlarda sorunu çözümlemekten uzak olduğu yönündeki fikir için bkz. Tuba Akçura Karaman, "Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi", **GSÜHFD,** S. 1, Ocak 2018, s. 285 vd.; Rona Serozan, "Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 195 vd.

53 İkinci Bölüm, I, B, 4, (3), ii.

alacağının borçlunun aczi dışında bir sebeple tehlikeye düşmesi durumunda alacaklının ne yapabileceği hususu tartışılmıştır.

Bir görüş[54], bu durumda aslında akdin olumlu ihlâlinin söz konusu olacağı, bu sebeple, alacaklının vadeyi beklemeden zarar talebini ileri sürebileceğini ifade etmektedir. Başka bir görüş[55] ise, böyle bir durumda temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü bir görüşe[56] göre ise, bu durum edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak görülmeli, alacaklıya sözleşmeden dönme ve zararın tazmini hakları verilmelidir.

İmkansızlığı, mevcut bir borcun cebri icra yoluyla elde edilemeyecek olması olarak tanımlayan diğer bir görüş[57] ise, duruma, yapma ve verme borçları açısından ayrı ayrı yaklaşmaktadır. Yapma edimi borçlusu, vadeden önce edimi hiç ifa etmeyeceğini açıklamışsa, kusurlu ifa imkânsızlığı söz konusu olup TBK m. 112 gereğince olumlu zararın karşılanması gerekeceği ifade edilmektedir. Fakat verme borcu borçlusu vadeden önce edimi yerine getirmeyeceğini açıklamışsa, edimin cebri icrası mümkün olduğu sürece ifa imkânsızlaşmayacak, alacaklı vadeye kadar beklemek durumunda kalacaktır. Bu görüş, yapma borçları açısından, imkânsızlığı tespit ederken duruma *alacaklı açısından* bakmaktadır[58]. Fakat baskın görüş aslında, ifanın gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığını tespit ederken duruma borçlu tarafından bakmaktadır. Baskın görüşe göre eğer, alacaklı ifayı sağlayamayacak olsa bile, borçlu ifayı gerçekleştirebilecek durumda kabul ediliyorsa, imkânsızlık söz konusu olmayacaktır[59].

---

54 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 8; Barth, **a.g.e.,** s. 11; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 401; Kuntalp, **a.g.e.,** s. 74, 88; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Vorbem. Zu 97-109, N. 17.

55 Schenker, **a.g.e.,** s. 83-85; Eren, **a.g.e.,** s. 1078.

56 Serozan, **Dönme,** s. 339 vd.

57 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1455. Bu görüşe karşı görüşler hakkında, Oğuzman, Öz'ün karşı gerekçeleri için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1460, 1461. Aynı yönde bkz. Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 78.

58 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1455 vd.

59 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 94; Becker, **a.g.e.,** Art. 20, N. 2, Art. 97, N. 13; Bucher, **a.g.e.,** s. 248; Keller, Schöbi, **a.g.e.,** s. 245 vd., Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 396; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 907 vd., Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 8; Feyzioğlu, **C. 2,** s. 175 vd.

Fakat yapma borçları açısından imkânsızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğine alacaklı tarafından bakan görüşün benimsenmesinin temelinde yatan düşünce, işgörme edimi borçlusu yapma borcunu yerine getirebilecek durumdayken, yerine getirmeyeceğini açıkça ifade etmesi durumunda, alacaklıyı daha iyi bir duruma sokan imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktır. Baskın görüşün kabulü halinde, böyle bir durumda alacaklı, borçlu temerrüdü şartlarının gerçekleşmesini beklemek zorundayken; yapma borçları açısından imkânsızlığı alacaklı açısından tespit eden görüşe göre, TBK m.112'ye dayanarak doğrudan olumlu zararın tazminini isteme hakkına sahip olacaktır[60]. Bu sonuç, kanaatimizce de daha uygun gözükmektedir.

Böylece yapma borçları bakımından imkânsızlık sonucunun doğacağı kabul edilince, yukarıda imkânsızlığın borç ilişkisine etkisi hususunda ifade ettiğimiz görüşümüze paralel olarak, her iki tarafın da borcu sona erecek ancak borcu açıkça ifa etmeyeceğini dile getiren tarafın, karşı tarafın olumlu zararını tazmin borcu doğacaktır. Bu durumda, kendi edim borcu sona eren alacaklı, kendi edimi ile başkasına yaptırma masrafları arasındaki farkı isteyecektir. Şayet yapma borcu karşısında alacaklının yerine getireceği bir edim kararlaştırılmamışsa, borçlu, başkasına yaptırma masraflarını olduğu gibi tazmin edecektir[61]. Bu borcun ifası için de asıl borca ilişkin kararlaştırılan vade tarihinin beklenmesine gerek olmayacaktır. Fakat baskın görüş kabul edilir ve yapma borçları bakımından da borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin önceden belli olmasının ancak temerrüde yol açacağı kabul edilirse, bu takdirde temerrüt sonucu seçimlik hakların kullanıp olumlu zararın tazmininin istenebilmesi için, temerrüt şartlarının oluşması bekleneceğinden, belli bir

60 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1455 vd.

61 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1414. TBK m. 113 hükmünün tazminata ilişkin değil de yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla sağlanmasına yönelik olduğu yönünde başka bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** § 67, IV, s. 90 vd.; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 98, N. 1; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 921; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 5. Nama ifanın olumlu zararı telafi edeceği yönünde bkz. Y. 23. HD. 03.07.2018 E. 2015/9765 K. 2018/3903 (kazancı). Nama ifanın hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen cebri icra, ifa, tazminat ve ikame değer görüşlerinin hiç birine katılmamakla birlikte, TBK m. 113/f. 1 hükmünün yapma borcu alacaklısına borçlu temerrüdü sonucu yeni bir seçimlik hak ve bunun masraflarının borçludan talep etme hakkı verdiğine ilişkin görüş için bkz. Şirin Aydıncık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuku Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 101-108.

süre gerekecek ve bunun bağlantılı olarak da talep edilebilecek olumlu zarar miktarında artış olacaktır. Ancak bu durumda tazminat alacağına kavuşması da gecikecektir.

(2) Temerrüt Halindeyken Oluşan İmkânsızlık Durumu

İmkansızlık ile temerrüt arasındaki en ayırt edici unsur, edimin sonradan yerine getirilme olağanın bulunup bulunmamasıdır. Fakat borcun zamanında ifa edilmesinin borçlu açısından büyük önem taşıdığı hallerde, edim sonradan yerine getirilebilecek olsa da bu durumlarda imkânsızlıktan bahsetmek gerekecektir[62].

Temerrüt ve imkânsızlık bir arada bulunamasa da, bazı durumlarda borçlu temerrüt halindeyken borcun imkânsızlaşması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, imkânsızlık anına kadar temerrüt; imkânsızlık yaratan durumdan sonra ise, imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir[63].

Doktrinde kanaatimizce de uygun olan başka bir görüş[64] ise, imkânsızlık anına kadar temerrüt hükümlerinin uygulanmasını kabul etmekle birlikte[65]; imkânsızlık yaratan durumun gerçekleşmesinden sonraki safha için bir ayrıma gitmektedir. TBK m. 119 gereğince, temerrüde düşen borçlunun, *temerrüde düşmekte kusuru olmadığını* veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmediği sürece, temerrüt halindeyken meydana gelen beklenmedik halden sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu hükümden hareket ederek, borçlu temerrüt halindeyken bir imkânsızlık söz konusu olmuşsa, *borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmediği sürece,* ifa imkânsızlığının borçlunun kusuruyla ya da kusuru olmadan gerçekleşip gerçekleşmediğine

---

62 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 48, 49.

63 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 51.

64 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 51; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1590, dpn. 533.

65 Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; A ile B arasında inşaat teslimine ilişkin bir sözleşme imzalanmıştır. B inşaatı belirlenen 05.05.2015 tarihinde teslim edemeyip temerrüde düşmüştür. Fakat B'nin temerrüde düştüğü bu tarihten üç ay sonra inşaatın yapılacağı arsa kamulaştırıldığı için B'nin edimi imkânsızlaşmıştır. Bu durumda, A, B'den inşaatın teslimi halinde malvarlığında elde edeceği menfaati, TBK m. 112'ye göre isteyebileceği gibi, imkânsızlığa kadar geçen üç aylık süre için mahrum kaldığı kira gelirini de gecikme tazminatı kapsamında isteyebilecektir. Temerrüt anından imkânsızlığa kadar işleyen gecikme cezasının bu şekilde istenmesi mümkündür. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1529, dpn. 447.

bakılmaksızın, borçlu, imkânsızlıktan TBK m. 112 gereğince sorumlu tutulacaktır. Fakat *temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmişse,* borçlu ancak imkânsızlıkta kusuru varsa TBK m. 112 gereğince alacaklının olumlu zararını tazmin etmek durumunda kalacaktır. Kusuru yoksa, TBK m. 136 hükmü uygulanacak ve olumlu zararı tazmin yükümlülüğü olmayacaktır.

(3) Kısmi İmkânsızlık Durumu

Bölünebilir edimlerin kısmi olarak imkânsızlığı da söz konusu olabilir. Kural olarak alacaklının kısmi ifayı kabul mecburiyeti olmadığından (TBK m. 84), ticari hayatın gereklerine göre, kalan kısmın ifasının kendisi için anlam ifade etmediği durumlarda[66], borcun bütün olarak ifasının mümkün olmadığını ileri sürme hakkı bulunmaktadır. Bu takdirde, borcun bütünü bakımından imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını istemesi mümkündür[67].

Alacaklının TBK m. 84'e dayanarak kısmi ifayı reddetme hakkına sahip bulunmasına rağmen, bu hakkı kullanmayarak kısmi ifayı kabul ettiği durumlarda, geri kalan kısma ilişkin kısmi imkânsızlık oluşabilecektir[68]. Bu durum, TBK m. 137'de açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, kısmi imkânsızlıktan borçlu sorumlu değilse, borçlu, imkânsızlaşan kısma ilişkin borcundan kurtulur. Ancak kısmi ifa imkânsızlığı *önceden öngörülseydi,* taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erecektir.

Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda indirilecektir. Bu durumda satış parasının ayıplı ifadan ötürü indirilmesinde izlenen yöntem (TBK m. 227) örnek alınacaktır[69]. Alacaklının böyle

---

66 TBK m. 84 hükmü, ancak, ticari hayatın gereklerine göre, alacaklının, *kalan kısmın ifa edilmesi bakımından menfaatinin kalmadığı durumlarda* uygulanabilir. Aksi hallerde, alacaklının bu hükme dayanması, MK m. 2'ye aykırılık teşkil edecektir. Bkz. Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 115.

67 **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 15; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1489, Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 3; Feyzioğlu, **C. 2,** .s 177. Yan edimlerin imkânsızlığı durumunda da alacaklı dilerse, asli edimi de reddedebilecektir. Bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 1068; Barth, **a.g.e.,** s. 49.

68 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 123.

69 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 15, N. 11; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 15.

bir ifaya razı olmaması ya da bölünemeyen nitelikte bir edim olması durumlarında ise, tam imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi TBK m. 137 sadece *kusursuz imkânsızlık* bakımından kaleme alınmıştır[70]. Fakat doktrinde edimin ifasının borçlunun *kusuru sebebiyle* kısmen imkânsızlaştığı durumlarda da borçlunun borcunun imkânsızlaşan kısım bakımından sona ereceği, alacaklının da o oranda karşı edim borcunun sona ereceği kabul edilebileceği ileri sürülmüştür[71]. Bu görüş, imkânsızlığın borç ilişkisine etkisi konusunda katıldığımız görüşle de uyumludur. Kalan kısım bakımından da alacaklı TBK m. 84 uyarınca kısmi ifayı reddetmediği sürece, borçlunun borcunu yerine getirmek zorunda kalacağı söylenebilecektir. Borçlu bu durumda imkânsızlıktan sorumlu olduğu için, alacaklının elde edemediği kısım oranında olumlu zararını tazmin edecektir[72]. Alacaklının kısmi ifayı reddettiği durumlarda ise, borç tamamen imkânsızlaşmış kabul edilerek borçlu, alacaklının olumlu zararının hepsini tazmin edecektir. Fakat kısmi imkânsızlık gerçekleşmeden önce, alacaklı edimin geri kalan kısmını elde etmişse ve bu kısım borçluya tekrar iade edilemeyecek durumda ise ya da böyle bir iadenin borçlu için önemli bir zarar doğuracağı anlaşılıyorsa, artık alacaklının borcun tamamı imkânsızlığa uğramış gibi olumlu zararının tazminini istemesi mümkün değildir[73].

(4) Art Arda Teslimli Sözleşmelerde İmkânsızlık

Art arda teslimli sözleşmelerde de *borcun kararlaştırılan vadede yerine getirilmemesi durumunda* imkânsızlık oluşup oluşmayacağı bakımından yine, somut olaydaki sözleşmenin yapılma amacı ve taraf iradeleri esas alınmalıdır. Mutlak kesin vadeli bir işlemin olduğu kabul ediliyorsa, örneğin stadyum içerisinde bulunan lokantayı işleten kişi, maçın kendi sahasında oynanacağı günlerde yani on beş günde bir olmak üzere meşrubat getirilmesi hususunda bir satıcı ile anlaşmış ama satıcı

---

70 Bu durumun eleştirisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 15, N. 11.

71 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 124; Antalya, **a.g.e.,** s. 385.

72 Eren, **a.g.e.,** s. 1067, 1068; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 910; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 124; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 15.

73 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 910.

maçın oynanacağı bir gün bu edimini yerine getirmemişse, getirmediği edim bakımından, kısmi imkânsızlığın oluştuğu söylenebilecektir[74]. Böyle bir durumda imkânsızlaşan teslim borcuna ilişkin, TBK m. 112 uyarınca olumlu zararın tazmininin talep edilmesi mümkündür[75].

Mutlak kesin vadeli bir işlem söz konusu olmasa dahi, ard arda teslim edilen borçlardan birinin geç ifa söz konusu olmaksızın imkânsızlığa uğraması durumunda da her teslim borcunun kendine has hukuki varlığı bulunduğundan yerine getirilmeyen teslim borcu bakımından olumlu zararın tazminin istenmesi mümkün olabilecektir[76]. Ancak bütün münferit teslim borçlarının yerine getirilemeyeceği bir imkânsızlık söz konusu olursa, örneğin bir sene içinde her ay ard arda teslimi borçlanılan bir ithal malın ithali devletçe yasaklanmışsa, ard arda teslimli sürekli borç ilişkisinin sona erdiği kabul edilmelidir. Eğer imkânsızlık borçlunun kusurundan kaynaklanıyorsa, bu durumda olumlu zararın tazmini gerekecektir.

Satıcının bir teslim borcunu imkânsız hale getirdiği durumlarda, kalan tüm teslim borçlarından vazgeçip olumlu zararın tazmininin istenebileceği de kabul edilmiştir. Ancak bunun için, sözleşmenin amacının, satıcı tarafından akamete uğratılması veya ağır bir tehlikeye düşürülmesi şartı aranmıştır. Bir teslim borcunu kusuru ile imkânsızlaştıran satıcının, gelecek teslimlerini de hiç yapmayacağı hususunda ciddi bir kanaat oluşması durumunda bu şart gerçekleşecektir. Böyle bir durumda geri kalan edimlerin tesliminden vazgeçip sözleşmenin tümünün ifa edilmemesi dolayısıyla olumlu zararın tazmini talep edilebilecektir[77].

---

74 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 186. Aksi yönde bkz. Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi,** İstanbul, 1977, s. 100: Seliçi, mutlak kesin vadeli işlemlere ilişkin bir ayrım gözetmeden, art arda teslim borcu içeren sözleşmelerde edimlerden birinin yerine getirilmemesi durumunda boçlu temerrüdü hükümleri uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

75 Kuntalp, **a.g.e.,** s. 84.

76 Kuntalp, **a.g.e.,** s. 77.

77 Ayrıntılı açıklama için bkz. Kuntalp, **a.g.e.,** s. 85-109. Bu durum sözleşmenin müspet ihlâli olarak görülmüş ve TBK m. 125 (EBK m. 106)'nın kıyasen uygulanabileceği kabul edilmiştir. (Kuntalp, **a.e.g.,** s. 73 ve 102).

(5) Sürekli Borç İlişkilerinde İmkânsızlık

Sürekli borç *bütün ifa süresince* yerine getirilemiyorsa (edimin ifasına hiç başlanamamışsa), sürekli edimin kesin ve devamlı olarak imkânsızlaştığını kabul etmek gerekir. Bu imkânsızlıkta borçlunun kusuru yoksa, TBK m. 136 gereğince sürekli edim ve sürekli borç ilişkisi kendiliğinden sona erecektir. Fakat borçlunun kusuru varsa, baskın görüşe göre, borç ilişkisi sona ermeyecek ama sürekli borç *"olumlu zararın tazmini borcu"* haline gelecektir. Borçlunun karşı edimi talep hakkı da devam edecektir. Bu durumda sürekli borç ilişkisi sona ermese de kendiliğinden sürekli olma niteliğini kaybedecek, ani edimli hale gelecektir[78]. Ancak bizim de katıldığımız kusurlu ifa imkânsızlığında da borç ilişkisinin sona ereceği ama tazminat borcunun doğacağı görüşü kabul edilirse, kusurlu imkânsızlık halinde sürekli borç ilişkisinin sona ereceğini ama olumlu zararı tazmin borcunun doğacağını ifade etmek gerekecektir.

Ayrıca sürekli borcun imkânsızlaşmasının aynı zamanda haklı sebeple fesih imkânı vereceğini unutmamak gerekmekir. Bu imkân, kusurlu imkânsızlık halinde borç ilişkisinin sona ermeyeceğini kabul eden baskın görüş bakımından önem arz edecektir. Zira baskın görüşe göre olumlu zararın tazmini borcu doğsa da borç ilişkisi sona ermeyeceğinden, böyle bir durumda alacaklı sözleşmenin feshini isteyerek borç ilişkisini ileriye etkili olarak sonlandırabilecektir. Diğer görüş kusurlu imkânsızlık olsa dahi borç ilişkisinin sona erdiğini kabul ettiğinden, zaten sona ermiş bir sözleşmenin feshi imkânı olmayacaktır[79].

İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, sonradan imkânsızlığın söz konusu olması halinde, önceki ifalar bu imkânsızlıktan etkilenmeyecektir. Olumlu zararın tazmini, ileriye etkili olacaktır.

---

78 Seliçi, **a.g.e.,** s. 93.

79 Seliçi, **a.g.e.,** s. 94, 95.

2. Sözleşmenin Kurulmasından Önceki İmkânsızlık Halinde Olumlu Zarar

Edimin sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun sorumlu olduğu bir davranış neticesinde imkânsız hale gelmesi durumunda, alacaklının imkânsız hale gelen edime menfaatinin yani olumlu zararının karşılanması, olumlu zararın tazmininin en tipik görünüm şeklidir. Ancak sözleşmenin kurulmasından önce edimin imkânsızlığa uğraması halinde kesin hükümsüzlük sonucu olumsuz zararın tazminiyle sınırlı kalınması doktrinde eleştirilmekte bu durumda da belirli şartlarla olumlu zararın tazminine olanak tanınması ileri sürülmektedir. Aşağıda bu eleştiriler ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

a. Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlık Halinde

Başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı, imkânsızlık konusundaki ayrımlar içerisinde en çok tartışma doğuran ayrımlardandır[80]. İsviçre ve Türk hukuklarında başlangıçtaki objektif imkânsızlığa bağlanan sonuç, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüdür (TBK m. 27 ve İsv. BK m. 20). Ancak bu sonuç, eleştiriye uğramaktadır.

Doktrinde özellikle, sözleşme kurulmadan bir dakika önce imkânsızlığa uğrayan edimin sözleşmenin geçersizliğine yol açmasına rağmen, sözleşme kurulduktan bir dakika sonra imkânsızlığa uğrayan edimin borcun sona ermesi sonucuna yol açması, eleştirilmiştir[81]. Başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık

---

80 Alman ifa engelleri hukukunda yapılan modernizasyon sonrası, başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık ayrımı kaldırılmış olsa da; İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda bu ayrım hâlâ korunmaktadır. Bkz. Grünewald, **a.g.e.,** § 12, N. 2 vd.; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 91.

81 Örneğin, sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce sözleşmen konusunu bilerek imkânsız hale getiren görüşmeci, sözleşmenin kesin hükümsüz olması neticesinde *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanan *olumsuz zararla* sorumlu olacakken; sözleşmenin kurulmasından bir dakika sonra bu fiili yapan görüşmeci, karşı tarafın TBK m. 112 gereğince olumlu zararını tazmin etme yükümlülüğü altında olacaktır. Bkz. Serozan, **Dönme,** s. 640; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 17, 22. Ayrıca bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 264, 265. Böylece tek tip bir imkânsızlık türü kabul edilmeli ve imkânsızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusuru olması durumunda, alacaklının zararını *borca aykırılık hükümlerine göre* talep etmesi mümkün kabul edilmelidir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3. Başlangıçtaki imkânsızlık halinde de sözleşmenin varlığını sürdürmesi gerektiği ve sorumluluğun sözleşmeye dayandırılması yönünde ayrıca bkz. Ivo G. Caytas, **Der Unerfüllbare Vertrag,** Morgan, 1984, s. 34.

arasındaki sınırın belirsiz olması ve birbirine çok yakın olgulara farklı sonuçlar bağlanmış olması hukuk güvenliğine aykırılık oluşturmaktadır[82].

Ayrıca, başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde, sözleşmenin kesin hükümsüz sayılmasını gerektiren sebep, tarafların imkânsızlığı bilselerdi o sözleşmeyi hiç yapmayacaklarının kabul edilmesidir[83]. Ancak tarafların gerçek durumu bilselerdi sözleşmeyi yapmayacaklarının kabul edildiği her halde, kesin hükümsüzlük sonucunun öngörülmemiş olması (örneğin, açıklamada yanılmanın sonucu iptal edilebilirliktir), bu sonucun olmazsa olmaz bir sonuç olmadığını bize göstermektedir[84]. Kanun koyucu da bazı başlangıçtaki imkânsızlık hallerinde, bazı sözleşmeleri ayakta tutarak geçerli olduklarını kabul etmiştir. Örneğin, ayıplı bir parça satıldığında onun yerine ayıpsız bir parça koymak veya ayıbı ortadan kaldırmak olanaksız sayılsa bile (arsaya inşaat yapılamaması[85], papağanın konuşmaması), imkânsızlık yerine ayıba karşı tekeffül hükümlerinin (TBK m. 219) uygulanması kabul edilmiştir[86].

Tüm bu sebepler de bize göstermektedir ki; aslında kesin hükümsüzlük, başlangıçtaki imkânsızlığın olmazsa olmaz bir sonucu değildir. Başlangıçtaki imkânsızlığa bağlanabilecek olmazsa olmaz tek sonuç, aynen ifanın talep

---

82 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 22.

83 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ziegler, **a.g.e.,** s. 13; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 17.

84 Ergüne, **a.g.e.,** s. 236.

85 Somut olaydaki menfaatler durumunun, taahhütte bulunanın hukuki ayıptan ötürü garanti sorumluluğunu haklı gösterdiği durumlarda, imkânsızlık ve butlan yaptırımlarının uygulanmamasının daha doğru olacağı savunulmaktadır. Özellikle, inşaat ruhsatı, ithalat izni, trafik ruhsatı eksikliği gibi hallerde, fırsatçı blöfçüleri sorumluluktan kurtaran hukuki imkânsızlık butlanının, hukuki ayıptan ötürü yasal garanti sorumluluğunu (TBK m. 219) bloke etmemesi gerektiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 8, 18. Ancak Yargıtay'ın kararları aksi yöndedir. Bkz. Y. 15. HD. 29.6.1977 E. 1977/971 K. 1977/1438; Y. 14. HD. 24.12.1979 E. 1979/5982 K. 1979/6251; Y. 15. HD. 27.4.1989 E. 1988/4461 K. 1989/2129; Y. 15. HD. 14.6. 1979 E. 1979/979 K. 1468; Y. 15. HD. 21.2.1978 E. 1977/2133 K. 1978/307 (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 403'ten naklen).

86 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 18.

Bunun gibi mevcut olmayan bir alacağın devredilmesi durumunda da kesin hükümsüzlük sonucuna gidilmemiş TBK m. 191'de devredenin *garanti sorumluluğu* düzenlenmiştir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 18, 22; Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 75 vd. ve s. 81, dpn. 17; Ergüne, **a.g.e.,** s. 236.

edilemeyecek olmasıdır[87]. Yoksa başlangıçtaki objektif imkânsızlıktan; sözleşmenin ayakta kalması ya da kalmaması, tazminat sonucunun doğup doğmaması, karşılanacak zararın olumlu ya da olumsuz zarar olması gibi bir sonucun çıkarılması zorunlu değildir.

Benzer eleştiriler neticesinde, modernizasyon sonrası Alman hukukunda BGB § 311 a hükmü ile başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık ayrımı ortadan kaldırılmıştır[88]. Böylece, borçlunun başlangıçtaki imkânsızlığı *bildiği ya da bilmesinin gerektiği* hallerde, başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemediği, sözleşmenin geçerli olarak ayakta kaldığı kabul edilmiştir. Viyana Satış Sözleşmesi'nde de başlangıçtaki imkânsızlık bir kesin hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmemiştir[89].

BGB § 311 a gereği, başlangıçtaki imkânsızlıkta da sözleşme geçerli olmaya devam etse dahi, imkânsız işlemi taahhüt eden kişinin, imkânsızlığı *bilerek ya da bilmesi gerekerek* sözleşmeyi kurması halinde, uyarma ve aydınlatma yükümlerine aykırı hareket ettiği için, tazminat ödemekle yükümlü olması gerekecektir. Tazminatla, olumlu zararın tazmini talep edilebilecektir[90]. Borçlunun, başlangıçtaki imkânsızlığı *bilmemesi halinde* ise, bir sorumluluğu doğmayacaktır.

Türk ve İsviçre hukuklarında ise, başlangıçtaki imkânsızlığı *bilmesi ya da bilmesi gerekmesine rağmen*, sözleşmeyi yapan kimsenin sözleşmenin kesin hükümsüz kalması neticesinde sorumluluğuna doğrudan doğruya uygulanacak bir hüküm yer almamaktadır. Bu boşluğun; hata, temsil ve vekâlet müesseselerine özgü

---

87 Ergüne, **a.g.e.,** s. 236.

88 Eski BGB § 306 hükmüne göre, başlangıçtaki imkânsızlık sonucunda uygulanacak müeyyide kesin hükümsüzlük idi. Bu hususta bkz. Caytas, **a.g.e.,** s. 80.

89 CISG m. 68'de, "…satış sözleşmesinin kurulduğu anda malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının *bildiği ya da bilmesinin gerektiği hallerde*, bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya ve zarar rizikosunu satıcı taşır." düzenlemesi bulunmaktadır. Buradan, satıcıya belirli haller için sorumluluk yüklenmesi suretiyle, başlangıçtaki imkânsızlık halinde, *sözleşmelerin geçerli olacağının* dolaylı olarak düzenlenmiş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 110, 11.

90 **PalandtK-Grüneberg,** § 311 a, N. 7; Lange, Schiemann, **a.g.e.,** s. 65, 66; Serozan, **Yeni Alman,** s. 242; Ergüne, **a.g.e.,** s. 237; Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 369. Borçlunun garanti sorumluluğu neticesinde sadece olumlu zarardan değil, bütünlük menfaatinden de sorumlu olacağı yönünde bkz. Roland Schwarze, **Das Recht der Leistungsstörungen,** Berlin, De Gruyter Recht, 2016, s. 260.
Bu durumda, alacaklının olumlu zararının tazminini talep etmek yerine, BGB § 284 gereğince boşa çıkan harcamalarının tazminini istemesi de mümkündür.

zararın karşılanmasına ilişkin hükümlerle doldurulması, bunların yetersiz kalmaları durumunda *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile doldurulabileceği kabul edilmektedir[91]. Tazminatın sebebi, sözleşmenin geçerliliği konusunda yaratılmış olan güvenin sarsılmasıdır ve tazmin edilecek zarar, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine yönelik yaratılan güvenden ötürü *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında olumsuz zarardır[92]. Bu sorumluluğun doğması için, zarar verenin başlangıçtaki imkânsızlığı bilmesi ya da bilecek durumda olması, karşı tarafın da iyiniyetli olması yani imkânsızlığı bilmiyor ya da bilecek durumda olmaması gerekmektedir.

Ancak bu sonuç eleştirilmektedir. Zira, mevcut olmayan bir alacağı ve tamir edilemez nitelikteki ayıplı bir parçayı satanın sorumluluğunun, olumsuz zararla sınırlanmadığı bir hukuk düzeninde, başlangıçtaki imkânsızlığa kusurlu olarak sebep olma halinde de borçlananların sadece olumsuz zararla sorumlu olması isabetli olmayacaktır. Ayrıca sonraki imkânsızlıkta olumlu zarar talep edilebilirken, başlangıçtaki imkânsızlıkta talep edilememesi de hakkaniyete uygun bir sonuç olarak görülmemektedir[93]. Bunun için, ya TBK m. 27'deki kesin hükümsüzlüğün amaca uygun bir şekilde sınırlanıp borçlunun kendi edimini garanti ettiğini varsaymak[94] ya da *culpa in contrahendo* tazminatının olumsuz zararla değil, olumlu zararla belirlenmesi yoluna gidilmesi gerektiği önerilmektedir[95]. Yine bunun gibi, başlangıçtaki imkânsızlık olgusunu, sonraki imkânsızlığa ilişkin kuralların kapsama

---

91 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 15, 17; Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 237; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 193, 264; Gonzenbach**, a.g.e.,** s. 8; Baygın, **a.g.m.,** s. 358; Ergüne, **a.g.e.,** s. 234; Bucher, **a.g.e.,** s. 281; Ziegler, **a.g.e.**, s. 22.

92 Altunkaya, **a.g.e.,** s. 244; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 16; Caytas, **a.g.e.,** s. 80; Enneccerus, Lehmann, **a.g.e.,** s. 132; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 1208. Y. 15. HD. 25.5.1981 E. 1981/825 K. 1981/1234 (kazancı): "…Sözleşmeden önce de varlığı yüklenici tarafından saptanan bu yasal engele rağmen yüklenicinin bu durumu bile bile bu sözleşmeyi yapması, kendisini davacı kooperatifin maruz kaldığı menfi zararlarını ödemekten kurtaramaz.".

93 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 16; Barth, **a.g.e.,** s. 16; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 245.

94 Ergüne, **a.g.e.,** s. 238: Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 17, 21, 22; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 262, dpn. 67; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 20, N. 11.

95 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 16, 22; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 403. Hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda olumlu zararın da istenebileceği yönünde bkz. Cevdet Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu,** İstanbul, 1989, s. 211.

alanına (TBK m. 112, 136), boşluk doldurma yöntemi ile aktarmanın yerinde olacağı ileri sürülmüştür[96]. Bunun örneği de bulunmaktadır: Zira, bir görüşe göre başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık halinde çoğunluk görüşü, sonraki sübjektif imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması yönündedir[97].

TBK m. 27'de kesin hükümsüzlük yaptırımının öngörülmesi, tarafların garanti sözleşmesi yapmasını yasaklamış değildir. Borçlunun garanti taahhüdünün varsayılabildiği hallerde, kural olarak daha geniş kapsamlı ifa çıkarının yani olumlu zararın tazmini istenebilecektir[98]. Gerçekten de edimin ifa imkânsızlığının garanti edilmiş olduğu varsayımından hareket edilirse, her somut olayda borçlunun olumlu zarardan sorumlu olup olmadığına bakılabilecektir[99]. Bu şekilde garanti sorumluluğuna gidilebildiği hallerde, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gidilmesine de gerek kalmayacaktır[100]. Ayıba ve zapta karşı tekeffül hükümlerine de bakılırsa, garanti sorumluluğu hukukumuza yabancı bir müessese değildir[101]. Garanti taahhüdünün varlığı açık ya da örtülü olabilecektir. Özellikle imkânsızlığı bile bile böyle bir edimin borçlanılması, örtülü garanti taahhüdü anlamına gelebilecektir[102]. Söz konusu borçlar, borçlunun kusurlu olup olmamasından bağımsızdır.

Doktrinde de başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde borçlunun garanti sorumluluğunun olması gerektiği savunulmaktadır. Gerçekten de bir görüşe göre[103], bir edimin ifası başlangıçtan itibaren imkânsız ise, borçlunun açıkça veya örtülü olarak ifanın mümkün olduğunu garanti ettiğinin tespit edilebildiği durumlarda, borçlunun ortaya çıkan zararı karşılamak yükümlülüğünde olduğu kabul edilecektir.

---

96 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 17.

97 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 9, 28: Schwenzer, **a.g.e.,** N. 64. 08; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 12; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 104. Sübjektif imkânsızlığın, borçlu temerrüdüne yol açacağına ilişkin bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2574; von Büren, **a.g.e.,** s. 390.

98 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.**, § 14, N. 16; Barth, **a.g.e.,** s. 16; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 245.

99 Altunkaya, **a.g.e.,** s. 245.

100 Bu takdirde, *culpa in contrahedo*'dan doğan sorumluluk ikincil bir sorumluluk haline bürünecektir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 238.

101 Engin, **a.g.e.**, s. 48; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 251.

102 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 22; Engin, **a.g.e.,** s. 77, dpn. 7.

103 Emmerich, **a.g.e.,** § 3; N. 4 vd., § 5, N. 10 vd.; Caytas, **a.g.e.,** s. 57.

Özellikle imkânsızlığı bile bile böyle bir edimin borçlanılması, örtülü garanti taahhüdü anlamına gelebilecektir[104]. Bir görüş[105] de, başlangıçtaki objektif ve sübjektif imkânsızlıkta garanti sorumluluğu olduğunu; ancak imkânsızlığın objektif olduğu durumlarda, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlıkta olduğu kadar geniş kapsamlı bir garanti sorumluluğu olmadığını kabul etmektedir. Bu görüş, başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde olumsuz zarardan sorumluluğun uygulanmasını eleştirerek, ifa menfaatinin giderilmesi gerektiğini ileri sürse de garanti sözleşmesi varsayımıyla hesaplanacak tazminatı TBK m. 52 yardımıyla sınırlama yoluna gitmektedir. Zira imkânsızlığın objektif yani herkes için geçerli olduğu durumlarda, alacaklının da borçlu kadar böyle bir edimin yerine getirilemeyeceğini bilmesi gerekeceğinden, borçlunun TBK m. 52 gereğince zarara birlikte yol açmadan dolayı indirimli bir *culpa in contrahendo* (kusur) sorumluluğu olabilecektir[106]. Bu görüş, *culpa in contrahendo* halinde olumlu zararın da tazmin edilebileceği düşüncesinden hareket etmektedir[107].

Başlangıçtaki imkânsızlığın TBK m. 27 (İsv. BK m. 20) anlamında *sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü* sonucunu doğurabilmesi için, *objektif nitelikte* olması gerektiği doktrinde hakim görüştür[108]. Objektif olmaktan kasıt, bir edimin ifasının ne borçlu ne de bir başkası için mümkün olmasıdır. Buna karşılık başka bir görüş ise, kesin hükümsüzlük sonucunun ancak *mutlak imkânsızlık* halinde söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Diğer bir deyişle, imkânsızlığın objektif nitelikteki imkânsızlık kavramına göre daha da sınırlanması gerekmektedir. Mutlak imkânsızlık kavramı, sadece *"hukuki anlamdaki imkânsızlık hallerini ve fiilî anlamdaki mantık dışı edimleri"* ifade etmektedir[109]. Bu kavram, Avusturya Medeni

---

104 Engin, **a.g.e.,** s. 77, dpn. 7; Caytas, **a.g.e.,** s. 57 vd.

105 Engin, **a.g.e.,** s. 49; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 14.

106 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 23, 31.

107 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 3, 16, 22.

108 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2558 vd.; Dural, **a.g.e.,** s. 81; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 169; Feyzioğlu, **C. 1,** s. 269; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 263;

109 Ziegler, **a.g.e.,** s. 25, 169; Ergüne, **a.g.e.,** s. 233. Bilgi için bkz. Engin, **a.g.e.,** s. 78, dpn. 10, 11; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 169.

Kanunu m. 878'de de kullanılmaktadır[110]. Bu hükme göre, ancak bariz bir şekilde imkânsız olan bir şeyin geçerli bir sözleşmenin konusunu oluşturamayacağı kabul edilmiştir. Öğretide TBK m. 27'nin başlangıçtaki imkânsızlığın kesin hükümsüzlüğe yol açan sonucunun yumuşatılması gerektiğini düşünen başka bir fikre göre, Avusturya hukukundaki bu hükümden de faydalanılabilecektir[111]. Böylece, başlangıçtaki her objektif imkânsızlık hali değil, ancak mutlak imkânsızlık halleri (örneğin, ölümcül bir hastalığın tedavisine yönelik henüz keşfedilmemiş bir ilacın satılması) sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açabilecektir. Mutlak olmayan imkânsızlık hallerinde, sözleşmenin ayakta kalması ve olumlu zararın tazmininin talep edilebilmesi mümkün olacaktır. Ancak başlangıçta bariz şekilde mutlak imkânsız olan edimlerin sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açacağı sonucu, mutlak imkânsızlığa ilişkin bu şekilde bir vurgu TBK m. 27'de yapılmadığı için kanaatimizce tartışmaya açıktır.

Sonuç olarak, kanaatimizce her ne kadar TBK m. 27'deki kesin hükümsüzlük sonucunun öngörüldüğü hali hazırdaki düzenlemenin görmezden gelinmesi mümkün olmasa da borçlunun edimi garanti etmiş sayılacağı hallerde, sözleşmenin geçersiz sayılmasındansa ayakta tutulması ve alacaklının tazminat talebinin olumsuz zararla sınırlandırılmayıp olumlu zararın tazmininin kabul edilmesi hakkaniyete en uygun çözümdür. Ancak böyle bir sonuca ulaşırken, borçlunun garanti sorumluluğunun genel bir ilke olmadığını, ancak somut olaydan açık ya da örtülü olarak böyle bir sonuca ulaşılabiliyorsa garanti sorumluluğunun varsayılıp sözleşmenin ayakta tutulabileceğini ve olumlu zararın tazmininin talep edilebileceğini unutmamak gerekmektedir.

---

110 ABGB m. 878'de kesin hükümsüzlük yaptırımı, "doğrudan doğruya imkânsız olan bir şeyin" söz konusu olduğu haller için öngörülmüştür: *"Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden"*.

111 Ergüne, **a.g.e.,** s. 238.

b. Başlangıçtaki Sübjektif İmkânsızlık Halinde

Başlangıçtaki objektif imkânsızlıkta, herkes için geçerli olan bir imkânsızlık söz konusu iken; başlangıçtaki sübjektif imkânsızlıkta edimin yerine getirilmesinin sadece borçlu için imkânsız olması durumu söz konusudur[112]. Sübjektif imkânsızlıkta edimin yerine getirilmesi, pratik olarak olanaklı gözükse bile, borçlu için aşırı güçleşmiş ve ondan beklenen özveri sınırlarını aşmıştır[113].

Doktrinde hakim görüşe[114] göre, edimin ifası başlangıçtan beri sübjektif olarak imkânsızsa, sözleşme kural olarak geçerlidir. Bu durumda, karşı tarafın halen edimin aynen ifasını talep hakkı vardır. Ancak, alacaklı borçluya edimin ifası için uygun bir süre vermelidir. Alacaklının borçlunun borcunu ifa etmemesinden dolayı, olumlu zararının tazminini talep etme hakkı da bulunmaktadır[115].

Başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık sebebiyle sorumluluk durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumun boşluk doldurma yöntemiyle aşılması gerekecektir. Doktrinde çoğunlukla[116], başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık durumunda da sonraki sübjektif imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanacağını ileri sürmektedir. Gerçi sonraki sübjektif imkânsızlık halinde

---

112 Örneğin, başkasına ait bir malın satılması durumunda satan kişi açısından borcunu yerine getirmesi imkânsızken, bu borcun yerine getirilmesi herkes için imkânsız durumda değildir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 26; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 262; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.,** § 26, N. 41; Antalya, **a.g.e.,** s. 245.

113 Somali'ye gemiyle mal taşınması sırasında Süveyş kanalının kapanması üzerine, Cebelitarık ve Ümit Burnu'nda malı taşımak durumunda kalan taşıyıcının ediminin ifası aşırı ölçüde güçleşmiş kabul edilebilecektir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 9, 10.

114 Altunkaya, **a.g.e.,** s. 256; Aral, **Kötü İfa,** s. 49; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmmenegger, **a.g.e.,** s. 98, N. 2573; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 64. 08; Ziegler, **a.g.e.,** s. 25; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 97, N. 3; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 52; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 396; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 907, 908; Feyzioğlu, **C. 2,** s. 174; YHGK 18.4.1984 E. 1984/11-139 K. 1984/426 (kazancı).

Burada dikkat edilmesi gereken, sözleşme kurulduğu sırada borçlunun sübjektif bir imkânsızlık içinde bulunduğunu ya da borcu ifa etmenin gerektirdiği yeteneklerden yoksun olduğunu bilmesine rağmen sözleşmeyi kurmasıdır. Bu durumu kusuru olmaksızın bilmediği durumlarda, borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkündür. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 908, 909.

115 Altunkaya, **a.g.e.,** s. 257; Emmerich, **a.g.e.,** § 3, N. 10; § 5, N. 10 vd.; Ziegler, **a.g.e.,** s. 24; Barth, **a.g.e.,** s. 17; Leonhard, **a.g.e.,** s. 314. Alacaklının aynen ifada ısrar ederek gecikme tazminatı talebinde bulunması ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazmin edilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Bkz. Altunkaya, **a.g.e.,** s. 257.

116 Ziegler, **a.g.e.,** s. 65; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 263; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 14.

uygulanacak hükümlerde de bir birlik sağlanamamıştır. Bir görüş[117], sonraki sübjektif imkânsızlıkta TBK m. 112 ve 136 hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürerken; başka bir görüş[118] ise, bu durumda edimin üçüncü kişi tarafından ifasının mümkün olması sebebiyle imkânsızlık değil temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, TBK m. 112 gereğince de TBK m. 125 vd. hükümleri gereğince de, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda, alacaklının, olumlu zararının tazminini talep etme hakkı olacaktır. Bu durumda sorumluluk, asli edim yükümüne aykırılıktan doğmamaktadır, zira sözleşmenin kurulmasından önce böyle bir yükümlülük oluşmayacaktır. Sorumluluk, borçlunun doğrudan doğruya sübjektif imkânsızlığı bile bile veya ifa yeteneğini araştırmaksızın sözleşme kurmasından, yani *davranış yükümlülüklerine aykırılıktan* doğmaktadır[119].

Doktrinde başka bir görüşe göre[120] ise, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık halinde *garanti sorumluluğu* söz konusudur. Bu görüş, borçlunun, sözleşmenin kurulduğu anda, edimi ifa edebilecek durumda bulunduğunu garanti etmiş olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Böylece, borçlu, kusursuz da olsa sorumlu tutulabilecektir. Bu görüş, başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık hallerinin, sonraki

---

117 von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 263; Barth, **a.g.e.,** s. 17; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 94; Aral, **Kötü İfa,** s. 49. Schwenzer, **a.g.e.,** N. 64. 08; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 12; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 104; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2573; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 903; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 91; Ziegler, **a.g.e.,** s. 25; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 9; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 294; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 8 ve 11. Doktrinde, sübjektif imkânsızlığın, aşırı ifa güçlüğü olarak (işlem temelinin çökmesi) da değerlendirildiği görülmektedir. Bkz. Dural, **a.g.e.,** s. 121

118 von Büren, **a.g.e.,** s. 390; Ziegler, **a.g.e.,** s. 66; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 97, N. 3; Bucher, **a.g.e.,** s. 248; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 258 Ayrıntı için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2575 vd.; 2608; Yıldız, **a.g.t.,** s. 70 vd.; Schenker, **a.g.e.,** s. 6; Antalya, **a.g.e.,** s. 242.

119 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 28.

120 von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 263; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §14, N. 14. Alman hukukunda reform öncesi başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilip olumsuz zararın tazmin edileceği kabul edilmişken, sübjektif imkânsızlık halinde sorumluluğa ilişkin bir boşluk olduğu kabul edilip bu boşluğun borçlunun garanti sorumluluğunun kabulü ile doldurulacağı ileri sürülmüştür. Reform sonrası başlangıçtaki objektif sübjektif imkânsızlık ayrımı ortadan kaldırılıp her iki durumda da sözleşmenin geçerli olarak varlık sürdüreceği kabul edildiğinden, geçerli sözleşmeye dayanarak olumlu zararın tazmini mümkün olacaktır. Bkz. Medicus, **a.g.e.,** 33, N. 390.

sübjektif imkânsızlık hükümleriyle bir tutulması görüşüne de karşı çıkmaktadır. Zira başlangıçtaki sübjektif imkânsızlıkta borçlunun daha ağır bir sorumluluk altında olması gerekecektir ve kusursuz garanti sorumluluğu da bunu sağlayacaktır. Bunun sonucunda, alacaklı, borçlunun garanti sorumluluğu sebebiyle, ifanın gerçekleşmemesi dolayısıyla oluşan olumlu zararının tazminini talep edebilecektir[121]. Borçlunun bu ağır garanti sorumluluğundan kurtulması, ancak mücbir sebebin bulunması durumunda mümkündür[122].

3. Gereği Gibi İfa Etmeme Halinde Olumlu Zarar

a. Gereği Gibi İfa Etmeme Kavramı

İfa edilen edimin, borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmaması veya yan yükümlülüklerin ihlâli halinde gereği gibi ifa etmemeden söz edilecektir. Alacaklının, kural olarak gereği gibi yapılmayan bir ifa teklifini ret imkânı olmasına rağmen, ihtiyacı sebebiyle bu imkânı kullanmayıp ifa teklifini *"kabul etmesi"*[123] veya ifanın gereği gibi yapılmadığını ifadan sonra fark etmesi durumlarında, kural olarak ne temerrüt ne de imkânsızlık durumu oluşacaktır[124]. İşte bu duruma özgü olarak, TBK m. 112'de özel olarak gereği gibi ifa etmeme durumu düzenlenmiştir. Alacaklının gereği gibi yapılmayan bir ifayı kabul etmiş olması, borçlunun sorumluluğuna gitmekten feragat ettiği anlamına da gelmediğinden, borçlunun sorumluluğu özel hükümlerde düzenlenmiş olmadıkça, TBK m. 112 uyarınca gereği gibi ifaya olan menfaatini yani olumlu zararının tazminini isteyebilecektir.

---

121 Enneccerus, Lehmann, **a.g.e.,** s. 133; Emmerich, **a.g.e.,** § 3; N. 54, § 5, N. 10 vd.; Engin, **a.g.e.,** s. 49; Altunkaya, **a.g.e.,** s. 263.

122 Altunkaya, **a.g.e.,** s. 264; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 14, N. 27.

123 Alacaklının, TBK m. 112 veya edim ayıplı teslim edilmişse ayıp hükümlerine başvurabilmesi için, öncelikle edimi *kabul etmiş* olması gerekmektedir. Bkz. Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 59; Eren, **a.g.e.,** s. 1070, 1071.

124 Bazı durumlarda da gereği gibi ifa olmamasına rağmen, alacaklının ifayı ret imkânı elinden alınmıştır. Bu durum, *tarafların sözleşmeyle kararlaştırması sonucu* da oluşabilir, *bir kanun hükmü sonucu* da oluşabilir. Örneğin, taraflar bazı ayıpların ifayı kabulden kaçınma değil, ancak tazminat isteme sebebi olacağını aralarında kararlaştırmış olabilirler. Bu durumun kanun hükmünden kaynaklanmasına örnek olarak ise, TBK m. 375'te, bazı ayıpların ifayı reddetmeye gerekçe olamayışının düzenlenmesi gösterilebilir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** n. 1540, dpn. 465; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 212.

Gereği gibi ifa etmeme kavramı bakımından, geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere bir ayrım yapılması mümkündür. Borçlunun edimi, alacaklıya kararlaştıran yer veya zamanda ya da kararlaştırılan miktar veya nitelikte ifa etmediği her durumda, borcun geniş anlamda gereği gibi ifa edilmemesi durumu oluşur[125]. Borçlu, geciktiği ifayı yerine getirirse, borç ifa edilmiş olmakla beraber gereği gibi yapılmamış demektir[126]. Bu durum, ayrıca ayrıntılı hükümler altında düzenlenmiştir. Fakat teknik ve gerçek anlamda gereği gibi ifa etmeme dar anlamdadır. Buna göre, ifa edilen edimin borçlanılan edimin niteliklerine uymaması halinde veya yan yükümlülüklerin ihlâli halinde dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, yani kötü ifa söz konusu olur[127].

Kötü ifa[128]; kanunda ayrıca düzenlenmiş borçlunun yaptığı ifanın kararlaştırılan edimin niteliğine uygun olmaması (ayıplı ifa) ve alıcıya teslim edilen

---

125 Barth, **a.g.e,.** s. 6, 7; Lemp, **a.g.e.,** s. 10; Markus Neuenschwander, **Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht,** Bern, Verlag Stämpfli&CIE AG, 1971, s. 45; Akkanat, **Borçlu Temerrüdü,** s. 3; Eren, **a.g.e.,** s. 1072; Aral, **Kötü İfa,** s. 74. Yapmama borçlarında, her borca aykırılık ifa etmeme olarak görüleceğinden, gereği gibi ifa etmeme söz konusu olmayacaktır. Bkz. Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 57.

126 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1541.

127 Barth, **a.g.e.,** s. 7, 8; Eren, **a.g.e.,** s. 1072; Aral, **Kötü İfa,** s. 75.
Edimin ifasının kötü ifa olması, edimin verme, yapma ya da yapmama borcu olmasına göre değişkenlik göstermektedir. *Verme borçlarında*, edim konusunun nitelikleri borçlu tarafından vaad edilen niteliklerdir. Borçlunun vaad ettiği bu niteliklere uymaması, kötü ifaya yol açar. Edimin sonuç vaadi içerdiği ihtimaller dışında, *yapma borçlarında* edimin niteliği ise, sarfedilen özene göre belirlenir. Borçlunun yüklenmiş olduğu özeni göstermemesi durumunda kötü ifa oluşur. Bkz. Schwenzer, **a.g.e.,** N. 67.05; Neuenschwander, **a.g.e.,** s. 22, 23; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 31; Aral, **Kötü İfa,** s. 92 vd.; Eren, **a.g.e.,** s. 1074. *Yapmama borçlarında* ise, nitelikleri gereği kötü ifa söz konusu olmaz, sadece ifa imkânsızlığından bahsedilebilir

128 Neuenschwander, **a.g.e.,** s. 33 vd.; Fikentscher, Heinemann, **a.g.e.,** s. 268; Barth, **a.g.e.,** s. 6 vd.; Larenz, **a.g.e.,** s. 363 vd.; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 67.01 vd.; Eren, **a.g.e.,** s. 1074; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18; N. 1 vd.; Aral, **Kötü İfa,** s. 91 vd.
Doktrinde kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlâline, *"sözleşmenin müspet ihlâli"* dendiği de olmaktadır. Bkz. Alman hukuku için bkz. Neuenschwander, **a.g.e.,** s. 47; vd.; Larenz, **a.g.e.,** s. 367; Esser, Schmidt, **a.g.e.,** s. 153 vd. İsviçre hukuku için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e,** N. 2614 vd.; Bucher, **a.g.e.,** s. 335; Barth, **a.g.e.,** s. 10 vd. Türk hukuku için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 972; Aral, **Kötü İfa,** s. 76 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 1 vd.; Antalya, **a.g.e.,** s. 387 vd. Bu kavram ilk olarak Alman hukukçusu Staub tarafından ortaya konulmuştur. Bkz. Hermann Staub, **Die positiven Vertragsverletzungen,** Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969. Yazara (Staub) göre, kusurlu ifa imkânsızlığında ve temerrütte, borçlu pasif davranmakta, edimin ifası için yapması gereken bir fiilî yapmadığı için, borcunu bir *"yapmama"* (menfi-olumsuz) fiilîyle ihlâl etmektedir. Örneğin, temerrütte teslim edilecek şey vaktinde verilmemiştir; imkânsızlıkta ise, teslim edilecek şey artık

mal üzerinde üçüncü kişinin üstün bir hak ileri sürmesi (zapt) durumları başta olmak üzere, bu durumlar içerisinde incelenemeyecek ve genel hüküm TBK m. 112'nin uygulanmasını gerektiren diğer gereği gibi ifa etmeme hallerini kapsamaktadır.

Kötü ifa, borç ilişkisinden doğan asli edim yükümünün ihlâlinden ibaret değildir. Borçlanılan edimin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için gerekli yan edim yükümlülüklerinin ve koruma yükümlülüklerinin ihlâli de bu kavrama dahildir[129].

Yan edim yükümlülüklerine aykırılık olması durumunda da gereği gibi ifa etmeme açısından genel hüküm niteliğindeki TBK m. 112 uygulanacaktır[130].Yan edim yükümlülüklerin ihlâli durumuna, genellikle aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla ulaşılır. Örneğin makinanın tesliminde gerekli bilgi verme yükümlülüğü yerine getirilmediği için makine düzgün çalışmamışsa, gereği gibi ifa etmeme durumu söz konusudur. Burada makinanın teslimi borcu gerçekleştiği için artık herhangi bir ifa imkânsızlığı ya da borçlu temerrüdü durumu oluşmayacaktır. Bunun gibi ambalajlama ve paketleme, Satılan malın kullanım kılavuzunu vermeme, bu kullanım kılavuzunda yanlış bilgilere yer verme, taşıt aracının ruhsatnamesini vermeme, yedek parça stoğunu hazır tutmama

---

teslim edilemeyecek durumdadır. Diğer bir deyişle burada *"ifada bulunmama"* söz konusudur. Fakat sözleşmenin müspet ihlâlinde, borçlu yapmaması gereken bir davranışı "yapmaktadır". Bu durumlarda, ifa belki zamanında, fakat kötü veya ayıplı bir şekilde yerine getirilmiş ya da borçlu alacaklının güvenini boşa çıkaran bir harekette bulunarak onu zarara uğratmıştır. Bkz. Staub, **a.g.e.,** s. 93 vd.; Aral, **Kötü İfa,** s. 77 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 973.

Ancak bu kavram, bazı yönleri itibariyle eleştiriye uğramıştır. Bu kavram, sözleşmenin müspet ihlâli teriminden hareket ederek zarar verici eylemin mutlaka *"geçerli bir sözleşme"* dolayısıyla verilmesi gerektiğinin düşünülmesine yol açması dolayısıyla eleştirilmektedir. Zira bu görüşe göre, sözleşme ister geçersiz olsun, ister geçerli bir sözleşme dönme ile geriye etkili ortadan kaldırılmış olsun, zarar veren tazminat alacağını sözleşmeye dayandıracaktır. Bkz. Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 113. Sözleşmenin müspet ihlâli kavramı, bütün borç ilişkilerinin sözleşmeden kaynaklanmaması gerekçesiyle, kavram içerisinde geçen *"sözleşme"* kelimesi yerine *"alacak"* kavramının kullanılması gerekmesi nedeniyle de eleştiriye uğramıştır. Bkz. Larenz, **a.g.e.,** s. 36; Eren, **a.g.e,** s. 1044; Aral, **Kötü İfa,** s. 79. Tüm bunların dışında, bu kavram, temerrüt ve imkânsızlık dışında üçüncü bir borcun ihlâli hali olarak, açıkça gereği gibi ifa etmeme hali düzenlendiği için de (TBK m. 112, OR 97) gereksiz bulunmaktadır. Bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 1045.

129 Karş. Aral, **Kötü İfa,** s. 109. Borç ilişkisinden doğan farklı yükümlülüklerin ayrımlara tâbi tutulmasında bir fikir birliği söz konusu değildir. Bu ayrımlara ilişkin açıklama için bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 303, dpn. 139; Ergüne, **a.g.e.,** s. 112, dpn. 132.

130 **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 6.

gibi yan edim yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyen satıcının da borcunu gereği gibi ifa etmediği söylenebilecektir[131]. Bu yükümlülüklerin ihlâlleri durumunda, tazminat davası açıldığında uygulanacak hüküm, TBK m. 112 ve tazmini istenecek zarar ise olumlu zarar olacaktır[132].

Bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin icrası dolayısıyla alacaklının gerek şahsının gerek malvarlığının zarardan uzak tutulmasına yönelmiş koruma (davranış) yükümlülükleri[133] de söz konusudur. Örneğin; doktorun tedavi için geldiği eve bulaşıcı hastalık taşıması, tamircinin evi onarırken ev eşyasına zarar vermesi. Koruma yükümlülüklerinin ihlâli durumunda da aslında bu yükümlülüklerin ihlâli, alacaklının ifa menfaati dışında bütünlük menfaatinin zedelenmesiyle alakalı oldukları ve bu açıdan haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekirken, sözleşmeye ilişkin hükümlerin daha elverişli olması sebebiyle koruma yükümlülüklerine aykırılık halinde de TBK m. 112'nin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir[134]. Böylece koruma yükümlülükleri ihlâlinde de TBK m. 112 gereği olumlu zararın tazmini talep edilebilecektir.

b. Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçlarının Değerlendirilmesi

Gereği gibi ifa etmemenin genel sonucu, TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Ancak bunun yanında Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli sözleşme tiplerine özgü olarak ayıp ve zapta ilişkin özel düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu kapsamda gereği gibi ifa etmeme neticesinde, alacaklının sahip olduğu başlıca imkânlar, maddi ve manevi zararların[135] tazminini talep etmektir[136]. Maddi

---

131 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 4.; Eren, **a.g.e.,** s. 1076; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 67.07 vd.; Aral, **Kötü İfa,** s. 118 vd.

132 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 64; Serozan, **Dönme,** s. 304.

133 Aral, **Kötü İfa,** s. 49; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 34.

134 Eren, **a.g.e.,** s. 1077; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18; N. 5; **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 34.

135 Aral, **Kötü İfa,** s. 194. Zira ifanın gereği gibi yapılmaması neticesinde de, alacaklının vücut bütünlüğünün veya diğer şahsiyet haklarının ihlâle uğraması ve bu şekilde *manevi zararın* doğması mümkündür. TBK m. 114/f. 2 gereğince, haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanabilmesini öngören hüküm sayesinde, TBK m. 56 ve 58, gereği gibi ifa etmeme yüzünden uğranılan manevi zararlara da uygulanabilecektir. Bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 194:

zararlarının içerisinde yer alan olumlu zarar, genel ve özel hükümler çerçevesinde inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

(1) TBK m. 112 Gereğince Olumlu Zararın Tazmini

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi, TBK m. 112 anlamında zararı tazmin yükümlülüğüne yol açar. Buna göre, borçlu kusursuzluğunu ispat etmedikçe, akdin gereği gibi ifa edilmemesine *uygun illiyet bağı* ile bağlı olan her türlü zararı tazminle yükümlü olacaktır[137].

Gereği gibi ifa etmeme halinde alacaklının ilk etapta uğrayacağı zarar, olumlu zarardır. Zira bu durumda alacaklının ifa menfaati, zarara uğramaktadır. Gereği gibi ifa etmeme halinde istenebilecek olumlu zarar, alacaklının malvarlığının gereği gibi olmayan ifadan sonraki durumu ile gereği gibi bir ifa halinde arz edeceği durum arasındaki farka tekabül etmektedir.

(2) Gereği Gibi İfa Etmemenin Sonuçlarını Düzenleyen Bazı Özel Hükümlerin Olumlu Zarar ile İlişkisi

Her ne kadar gereği gibi ifa etmeme halinde, temel hüküm, TBK m. 112 olsa da Türk Borçlar Kanunu'nda gereği gibi ifa etmeme durumlarına ilişkin olarak özellikle satış, kira ve eser sözleşmelerinde özel düzenlemeler mevcuttur.

-Satış sözleşmesinde zapt halinde, sözleşme kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Zapta ilişkin TBK m. 217 hükmünde sözleşmenin sona ereceği ifadesinin düzenleniş şeklinden, bu sonucun, alıcının iradesine uygun olmasa dahi, aksi iddia ve ispat

---

Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 28; Barth, **a.g.e.,** s. 206, 207; Neuenschwander, **a.g.e.,** s. 93, 94; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 424.

136 Aral, **Kötü İfa,** s. 185.

137 Aral, **Kötü İfa,** s. 185. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde ise, TBK m. 123-125'te yazılı imkânların da kıyas yoluyla uygulanabileceğini savunan görüşler de vardır. Bu durum özellikle *dönme hakkı* bakımından tartışılmaktadır. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 873, 874 ve 975. Bazı yazarlar, TBK m. 112 kapsamına giren kötü ifa ve kusurlu imkânsızlık hallerinde de alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Schwarz, **Fesih,** s. 759 vd.; Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 9-10; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 97, N. 17; Serozan, **Dönme,** s. 284-294; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 105, dpn. 79; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 158. Ancak nitelikli yükümlülük ihlâllerinde alacaklıya dönme hakkı verilmesi gerektiği yönünde bkz. Antalya, **a.g.e.,** s. 404. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, B, b, (2). 2020 yılı için tasarlanan İsviçre Borçlar Kanunu reformunda, diğer sadece temerrüt hali için değil, diğer borca aykırılık halleri bakımından da dönme hakkı tanınmıştır. Bkz. Faust, **a.g.m.,** s. 181.

olunamaz bir *kanuni faraziye* olduğunu kabul etmek gerekir[138]. Sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi üzerine, alıcının satış bedelinin iadesi (TBK m. 217/f. 1 b.1) ve diğer tazminat talepleri söz konusu olabilecektir[139].

Alıcı, satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değeri indirilerek ödemiş olduğu satış bedelinin faiziyle birlikte geri verilmesini talep ettikten sonra; kusursuz sorumluluk esasına göre, tazminat olarak; satılan üzerinde yaptığı ve üçüncü kişiden isteyemeyeceği masrafları (TBK m. 217/f. 1 b. 2), mahkeme masraflarını (TBK m. 217/f. 1 b. 3) ve satılanın elinden alınmasından dolayı doğrudan doğruya uğradığı diğer zararlarını (TBK m. 217/f. 1 b. 4) talep edebilecektir.

Zira, malın zapt edilmesi, edim karşı edim arasındaki karşılıklılık ilişkisini bozan bir durumdur. Hukuk düzeni zapta karşı tekeffül hükümleri aracılığıyla satıcının kusurundan bağımsız olarak edim karşı edim dengesinin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Ancak bu dengenin sağlanması için yapılan harcamalar (TBK m. 217/f. 1 b. 2) ve dava masrafları (TBK m. 217/f. 1 b. 3) da alıcının malvarlığını

---

138 Cüneyt Pekmez, **"**Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", **TAAD,** S. 20, Y. 6, (Ocak 2015)**,** s. 527. Kendiliğinden sona ermenin niteliği tartışmalıdır: Bir görüşe göre, kendiliğinden sona erme sözleşmenin ifa edilmemesi sonucu söz konusu olacak *sözleşmeden dönmenin bir türü* olarak görülür. Bkz. Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,** Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zürich, Schulthess, 1936, Art. 195, N. 1. Diğer görüşe göre ise, sözleşmeden dönme alacaklının iradesiyle kullanabileceği İsv. BK m. 107'de (TBK m. 125) belirtilen seçimlik haklardan biridir. Ancak zapt durumunda, satış sözleşmesinin alıcının *seçimlik haklarını kullanmasına gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesi* söz konusudur. Bu sebeple, alıcıya ne sözleşmenin varlığını devam ettirip olumlu zararının tazminini ne de sözleşmenin sona erip olumsuz zararının tazmini talep etme konusunda seçim hakkı tanınmamıştır.Bkz. **BernerK-Giger,** Art. 195, N. 5, **Heinrich Honsell, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529,** 6. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Zürich, Bern, Helbing&Lichtenhahn, 2015, Art. 195, N. 2; Yavuz, **a.g.e.**, s. 117. Kanaatimizce de zapt durumunda, ikinci görüşe uygun olarak sözleşme, kendiliğinden sona erme ile birlikte TBK m. 217'de düzenlenen yasal tasfiye ilişkisine girecektir.

139 Satış sözleşmesinde zapta ilişkin bu düzenlemenin; adi şirkette ayni sermaye konulması halinde (TBK m. 621/f. 3), eser sözleşmesinde (TBK m. 472/f. 1), yayın sözleşmesinde (TBK m. 489/f. 2), bağışlama sözleşmesinde (TBK m. 294 ve mirasın taksiminde (TBK m. 679/f. 1) uygulanabileceği yönünde bkz. Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 108. Kira sözleşmesinde zapt düzenlese de, satımdaki ayrıntılı hükümler kira için de kıyasen uygulanabilecektir. Bkz. Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 271; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. I/2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 124-126.

olumsuz etkilemektedir. Bu sebeple, TBK m. 217/f. 1 b. 2-3, satılan mal için yapılan masrafları ve dava masrafları gibi ek zarar kalemlerinin istenebileceğini ve TBK m. 217/f. 1 b. 4'te bunlara benzer diğer zararların tazmin edileceğini düzenlemiştir. TBK m. 217/f. 1 b. 4'te *"diğer doğrudan zararlar ifadesinden"* de TBK m. 217/f. 1 b. 2-3'teki zararların da doğrudan zarar olduğu kabul edilebilecektir[140]. Diğer (dolaylı) zararlarını ise, kusur sorumluluğu esasına göre talep edebilecektir (TBK m. 217/f. 2).

Görüldüğü gibi, satış sözleşmesinde bir gereği gibi ifa etmeme durumu oluşturan zapt halinde olumlu-olumsuz zarar ayrımından farklı olarak doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı kabul edilmiştir. Bu kavramların, olumlu- olumsuz zarar ayrımıyla ilişkisi tartışmalıdır[141].

TBK m. 217'de, zapta ilişkin bu hükme başvuran alıcının, bu hükümle birlikte genel hükümlere göre tazminat isteyebileceğine ilişkin, ayıptan sorumluluğu düzenleyen TBK m. 227/f. 2'deki gibi bir düzenleme yer almamaktadır. Zapt halinde, alıcının özel düzenleme olan TBK m. 217 yerine TBK m. 112'ye başvurmasının da mümkün olacağı kanaatindeyiz[142]. Bu takdirde, genel hükümlere başvurulması durumunda, alıcının olumlu zararının tazminini talep etme yetkisi söz konusu olabilecektir.

-Satış sözleşmesinde ayıplı ifa halinde ise, TBK m. 227/f. 1'de alıcıya bazı seçimlik haklar tanınmıştır. Buna göre, alıcı ayıplı malı geri vererek sözleşmeden dönebilecek (b. 1), satılanı alıkoyup satış bedelinden indirim isteyebilecek (b. 2), satıcıdan satılanın onarılmasını isteyebilecek (b. 3) ve imkân varsa ayıplı malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini (b. 4) isteyebilecektir. TBK m. 227/f. 2'de,

---

140 Kırca, **a.g.m.,** s. 456. TBK m. 217/f. 1 b.1-4 arasındaki zararların hepsinin doğrudan zarar olduğu yönünde bkz. Cüneyt Pekmez, **"**Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", **TAAD,** Y. 6, S. 20 (Ocak 2015)**,** s. 550.
Satıcının ödenmiş satış bedelini iade yükümlülüğünün hangi esasa dayanacağı tartışmalıdır. İade talebinin, sebepsiz zenginleşmeye, borç ilişkisine ve ifa edilmiş borçlar bakımından yasal tasfiye ilişkisine dayanacağı şeklinde üç ayrı görüş ileri sürülmüştür. Görüşler için bkz. Pekmez, **a.g.m.,** s. 531 vd.

141 İkinci Bölüm, I, B, 3, b, (3).

142 Aynı yönde bkz. Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 107.

alıcının genel hükümlere göre (TBK m. 112) tazminat isteme hakkı da saklı tutulmuştur.

Bu hükümde bahsi geçen, indirim, onarım ve ayıpsız benzeri ile değiştirme taleplerinin alıcının olumlu zararını karşılayıp karşılamadığı meselesi incelenecek olursa, bu taleplerin gereği gibi ifaya menfaati sağlamalarından ötürü olumlu zararın giderimi işlevini gördüğü söylenebilecektir[143]. Ayrıca ayıp sebebiyle TBK m. 227/f. 2 gereği alıcının genel hükümlere göre (TBK m. 112) isteyeceği tazminat da ifaya olan menfaatini karşılayacaktır.

Satış sözleşmesinde ayıp sebebiyle alıcının dönmesi durumunda ise, TBK m. 229'da doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarına vurgu yapılmıştır. Bu kavramların, olumlu- olumsuz zarar ayrımıyla ilişkisi tartışmalıdır. Bu husus üzerinde ileride durulacaktır[144].

-TBK m. 309'da, kiraya verenin zapttan sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, zapt halinde kiraya veren, kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Üçüncü kişinin üstün hak iddiasını mahkeme yoluyla ileri sürüp kiralananı, kiracının elinden alması halinde, kiraya veren mahkemede savunmaya yardımcı olmamışsa kiracının olumlu zararını karşılamak zorunda olduğu gibi, savunmada bulunsa bile kiralananın kullanılmasındaki azalma nedeniyle uğradığı olumlu zararı tazmin etmekle yükümlüdür[145].

-Kira sözleşmesi bakımından da kiralananın ayıplı teslim edilmesi durumunda kiracının fesih hakkı dışında (TBK m. 305/f. 2), ayıbın giderilmesini (tamirini) isteme (TBK m. 306/ f. 1), kiralananın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteme

---

143 Satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesinin istenmesinin bir tazminat değil, borçlanılan edimin aynen ifasının istenmesi olduğuna yönelik bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 151; Serozan, **Dönme,** s. 292
Ayıbın giderilmesi talebini, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde bir alacak hakkı olarak gören yazarlar için bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 171; Serozan, **Dönme**, s. 292; Yeşim M. Atamer, "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-, **Batider,** Y. 2007, C: XXIV, S:1, , s. 89, dpn. 16.
Satış bedelinin indirilmesini, bedelin indirildiği oranda satış sözleşmesinin hükümsüzlüğüne yol açan *kısmi dönme* olarak yorumlayan görüş için bkz. Yavuz, **a.g.e.,** s. 195.

144 İkinci Bölüm, I, B, 3, b, (3).

145 Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 286; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 271.

(TBK m. 306/f. 1), kira bedelinin indirilmesini isteme (TBK m. 307) ve tazminat talep etme (TBK m. 305/ f. 1) hakları bulunmaktadır. Ayıbın giderilmesini, kiralananın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini ve kira bedelinin indirilmesini isteme haklarının da olumlu menfaati yani ifaya olan menfaati gidermeye yönelik olduğunu söylemek mümkündür.

Kira sözleşmesinin ayıp sebebiyle feshedilmesi durumunda, feshin ileriye mi geriye mi etkili olduğu, fesih sonucunda karşılanması gereken zarar bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple, bir ayrıma gitmek gerekir. Ayıplar teslim alma anında mevcutsa, önceden ayıbın giderilmesini isteyemeye gerek olmaksızın geriye etkili olarak dönme beyanında bulunulur ve bu durumda kural olarak sadece olumsuz zararın tazmini söz konusu olur. Ayıplar teslim alma sonrası ortaya çıkmışsa, öncelikle ayıpların giderilmesi istenip, giderilmediği takdirde, ileriye etkili olarak fesih hakkı doğacaktır (TBK m. 306/f. 2). Kiracı, bu durumda kural olarak olumlu zararının tazminini isteyecektir (TBK m. 308)[146].

-Eser sözleşmesinde de ayıptan doğan haklar TBK m. 475'te düzenlenmiş ve işsahibine, sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesi, eserin onarımı ve tazminat talep etme hakları tanınmıştır. Bu taleplerden bedelde indirim, onarım ve tazminat talep etme haklarıyla da alıcının gereği gibi ifaya olan menfaati giderilmeye çalışıldığından, olumlu zararın giderilmesi söz konusudur denilebilecektir. Tazminat talebi seçimlik haklara ilaveten ya da seçimlik haklardan ayrı olarak genel hükümlere göre kullanılabilecektir[147].

(3) Satış Sözleşmesinde Zapt ve Ayıp Hükümlerindeki Doğrudan ve Dolaylı Zarar Kavramlarının Olumlu Zararla İlişkisi

Satış sözleşmesinde tam zapt halinde alıcının hakları TBK m. 217'de alıcının, satılanın tamamen elinden alınması yüzünden *"doğrudan doğruya"* uğradığı diğer zararları (f.1 b. 4) ve satıcının kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat

146 Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 267.
147 Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 531.

etmediği sürece, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu *"diğer zararları"* (f. 2) da talep edebileceği düzenlenmiştir.

Satış sözleşmesinde ayıp sebebiyle sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen, TBK m. 229'da ise, satış sözleşmesinden dönen alıcının, ayıplı maldan doğan *"doğrudan zararının"* giderilmesini (f. 1 b. 3) ve satıcının, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmediği sürece *"diğer zararlarının"* (f. 2) tazminini isteyebileceği düzenlenmiştir.

Bu hükümlerde yer alan *"diğer zararlar"* ifadesinden anlaşılması gereken dolaylı zararlardır[148]. Görüldüğü gibi satış sözleşmesine[149] ilişkin bu düzenlemelerde doğrudan-dolaylı zarar kavramları kullanılmak suretiyle, Türk Borçlar Kanunu'nun geneline teşmil edilmiş zarar ayrımlarından farklı bir ayrım yapılmıştır.

Sözleşme hukuku alanında satıcının doğrudan ve dolaylı zararlardan sorumlu olacağını öngören bu düzenlemelerin, hangi gerekçelerle İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarına alındığı tartışmalıdır. 1881 tarihli eski İsv. BK m. 116/f. 1'de tazminata ilişkin genel düzenlemede, borçlunun borca aykırılık sebebiyle tazminat borcunun kapsamına, sözleşmenin kuruluşu esnasında hiç ve gereği gibi ifa etmemenin *doğrudan sonucu olarak öngörülebilen bütün zararların* girdiği düzenlenmekte ve hakime durumun gereklerine göre bir takdir yetkisi tanınmaktadır[150]. Ayıptan sorumluluk rejimi de buna paralel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, illiyet bağının yoğunluğuna ve hayatın olağan akışı içerisinde *ayıplı malın tesliminin doğrudan sonucu olarak öngörülebilen zararlar* objektif sorumluluk esasına göre, satıcı kusursuz dahi olsa tazmin edilebilecek; dolaylı zararlar ise İsv. BK m. 116/f. 3 uyarınca satıcı ağır kusurlu ise tazmin edilebilecektir[151].

---

148 Oser, Schönenberger, **2. Halbband**, Art. 195, N. 8; Eren, **Borçlar Özel,** s. 90; Ergüne, **a.g.e.,** s. 64, dpn. 215.

149 Bu kavramlar, satış sözleşmesine ilişkin istisnai olarak düzenlenmiş kavramlardır. Örneğin, kira ve eser sözleşmesinde ayıba ilişkin doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarına başvurulmamıştır.

150 Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı,** (çev. Edege), C. I-II, 1952-1953, 2. Bası, Ankara, 1983, s. 82.

151 Herbert Schönle, Peter Higi, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,** Das Obligationenrecht, Teilband V, 2a, Kauf und Schenkung, 2. Lieferung, Art. 192- 204 OR, 3. Auflage, Zürich, 2005, Art. 195, N. 72; Doğan Kara, "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **GSÜHFD,** 2018/1, s. 491; Kırca,

Sonuç olarak 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda ister genel hükümlerde yer alan sorumluluk rejiminde olsun, ister ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde söz konusu olan sorumluluk rejiminde olsun, tazminat yükümlülüğü için doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı benimsenmiştir. Fakat 1911 tarihli İsv. BK m. 97'de, yani genel sorumluluk hükmünde böyle bir ayrıma yer verilmemesine rağmen, kanun koyucu İsv. BK m. 195 ve 208'de ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde söz konusu olan sorumluluk rejiminde bu ayrımı kaldırmayı gözden kaçırmıştır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nu takip eden TBK m. 217 ve m. 229 hükümlerinde de bu ayırım mevcudiyetini korumuştur. İsviçre ve Türk hukuklarında kanun koyucunun eski ayrımı muhafaza etmek amaçlı mı doğrudan dolaylı zarar ayrımını koruduğu, yoksa bu ayrımın kanunun sistematiğine uygun düşen olumlu ve olumsuz zarar ayrımı dahilinde konumlandırılarak mı çözümlenmesi gerektiği hususundaki fikirler tartışmanın odak noktası olmuştur[152].

Satış sözleşmesinde ayıp ve zapta ilişkin hükümlerde, doğrudan ya da dolaylı zararın ayırt edilmesi; *doğrudan zararın* öngörüldüğü durumlarda satıcının *kusursuz sorumluluğu* öngörülmüşken, *dolaylı zararın* öngörüldüğü durumlarda ise *kusur sorumluluğu* ilkesinin benimsenmesinden dolayı önemlidir. Bu sebeple, herhangi bir kusuru olmaksızın sorumlu tutulabilecek satıcının, hangi zararlardan sorumlu olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

Fakat, öncelikle doğrudan-dolaylı zarar kavramlarının kapsamına nelerin dahil olduğu, ikinci olarak da bu kavramlar arasındaki sınırın nasıl belirleneceği konusunda ciddi tartışmalar yaşanmaktadır[153].

I. Doktrindeki bir görüş, burada bir olumlu olumsuz zarar ayrımının bulunduğunu, *doğrudan zararın olumsuz zararı, dolaylı zararın ise olumlu zararı*

---

a.g.m., s. 453. Ayrıca bkz. Willi Fischer, **Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, eine dogmatische Untersuchung unter besonder Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute,** Diss. Zürich, 1984, s. 153 vd.; Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,** ed. M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayınları, 2012, s. 215.

152 Kara, **a.g.m.,** s. 486 vd.

153 Yıldırım, Başpınar, **a.g.m.,** s. 1102; Yavuz, **a.g.e.,** s.189 vd.; M. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 3. Bası, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 102 vd.

ifade ettiğini savunmaktadır[154]. Buna benzer başka bir görüş ise, doğrudan zararın olumsuz zararın fiilî zarar kısmını[155], dolaylı zararın ise, kâr kaybından oluşan olumlu zararı karşıladığını savunmaktadır[156]. Bunun gibi, bir diğer görüş ise, doğrudan zararın olumsuz zararın fiilî zarar kısmını karşıladığını belirtmekle beraber, dolaylı zararın fiilî zarar yoksun kalınan kâr ayrımı yapılmaksızın her türlü olumlu zararı karşıladığını ifade etmektedir[157].

II. Başka bir görüş ise, bu iki zarar türünün *olumlu menfaate yönelik olduğunu* savunmaktadır[158]. Bu hükümlerde, temerrüde ilişkin TBK m. 125/f. 3'te olduğu gibi

---

154 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri,** C. I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 264, 265; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. 2, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 220, 221; Yavuz, **a.g.e.,** s. 190-192; Kırca, **a.g.m.,** s. 442; Pekmez, **a.g.m.,** s. 547; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 195, N. 7, 8.

Yargıtay da kararlarında genel olarak bu yönde karar vermektedir: *"...Esasen, satım bozulduğuna göre, satıcının malvarlığından satım parası nedensiz kalacağından, satış parası alıcıya her halde geri verilmesi gerekecektir. Bu bağlamda, alıcının, satıcıdan isteyebileceği zararda ancak 'menfi zarardır' (Bk. Md. 192/4). BK 192/son fıkrasında 'müspet' 'olumlu' zarar düzenlenmiştir. Burada yasa koyucu, sözleşmenin fesih edilmiş sayılmasına rağmen Bk. Md. 108'deki hükmün aksine müspet (olumlu) zararın istenebilmesine olanak tanımıştır. Satıcı ancak kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir…".* Y. HGK. 07.06.2000 E. 2000/13-294 K. 2000/946 (kazancı). Aynı yönde başka kararlar için bkz. 13. HD. 01.10. 2004 E. 2004/3350 K. 2004/13341 (kazancı); Y. HGK. 15.12.2010 E. 2010/13-618 K. 2010/668 (kazancı).

155 Zira kusursuz olarak sorumlu olacak satıcının, alıcının kazanç kaybından da sorumlu tutulması uygun değildir. Bkz. **BernerK-Giger,** Art. 195, N. 34, 36 ve 37; Art. 208, N. 44 vd; Keller, **a.g.e.,** s. 225; Eren, **Borçlar Özel,** s. 142 ve 146.

156 Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 192, 193; Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 171, 172; Feyzioğlu, **Akdin Muhtelif Nevileri,** s. 294; **BernerK-Giger,** Art. 195, N. 34, 36 ve 37; Seyfullah Edis, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının ayıba Karşı Tekeffül Borcu,** Ankara, 1963, s. 115 vd.

157 Yavuz, **Ayıp,** s. 174; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 195, N. 7-8; Art. 208, N. 5-7; Keller, **a.g.e.,** s 227-231; Aral, **Kötü İfa,** s. 171 vd.

Doktrinde Eren ise, doğrudan zararın olumsuz zararın fiilî zarar kısmını karşılaması gerektiğini belirtmekle beraber, dolaylı zarara ilişkin olumlu zararla bağlantılı olarak bir görüş vermemektedir. Bkz. Eren, **Borçlar Özel,** s. 142 ve 146.

158 Kırca, **a.g.m.,** s. 450 vd.

Doktrinde Aral bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazara göre, hükmün kusursuz (sebep) sorumluluğu öngören doğrudan zarara ilişkin kısmı, Borçlar Kanunu sistematiği içerisinde istisnai bir hüküm olması sebebiyle dar yorumlanmalıdır. Doğrudan zararları, EBK m. 108/f. 2 (TBK m. 125)'de olduğu gibi sadece olumsuz zarara hasretmek gerekir. Bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 171. Doğrudan zarar kavramını içerisine sadece olumsuz zararın fiilî zarar kısmının dahil olması gerektiğini savunan yazar (bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 171-172), kusura dayalı sorumluluğun öngörüldüğü dolaylı zarar kavramına ise tüm olumlu zararların dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır (bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 174). Yazara göre, EBK m. 106/ f. 2 ve m. 108 (TBK m. 125)'deki çözüm tarzı, diğer bir deyişle dönme durumunda istenebilecek tüm zararın olumsuz zarar olduğu düşüncesi; zapt ya da ayıp sebebiyle sözleşmenin sonlanması için geçerli olmamalıdır. Zira zapt halinde tarafların seçim hakkı

açıkça sözleşmenin sona ermesi halinde olumsuz zararın tazmin edilebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Zapt ya da ayıp halinde sorumluluk, bir sözleşmeye aykırı davranış neticesinde meydana gelmektedir. Bu sebeple, bu durumlarda olumsuz zararın talep edilebileceğini ileri sürmek, sorumluluğun asıl sebebinin sözleşmenin ihlâli olduğu hususunun göz ardı edilmesi anlamına gelir[159].

III. Diğer bir görüş ise, bu hükümlerin sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenlemesinden hareketle, doğrudan ve dolaylı zarardan anlaşılması gerekenin *olumsuz zarar* olması gerektiğini ifade etmektedir[160].

IV. Başka bir görüş ise, doğrudan zararı satılanın zaptı veya ayıplı olmasıyla en yakın *illiyet bağı* içerisinde olan zararlar; dolaylı zararı ise, daha uzak illiyet bağı olan zararlar olarak tanımlamaktadır[161]. Diğer bir deyişle, ayıp ya da zaptın en yakın

---

olmaksızın dönme kendiliğinden gerçekleşmekte, ayıp durumda ise hakimin inşai bir kararına (zira ayıp halinde bu seçimlik hakkın uygun olup olmadığı, TBK m. 227/f. 4 gereğince hakimin denetimine tâbiidir) ihtiyaç duyulmaktadır. Bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 174. Aynı yönde bkz. **BernerK-Giger,** Art. 195, N. 34; Art. 208, N. 44 vd.; Keller, **a.g.e.,** s. 180 ve 231.

159 Kırca, **a.g.m.,** s. 450 vd. Satılanın zapt edilmesi veya ayıplı olmasının, *tipik bir sözleşmeye aykırılık* olması nedeniyle, meydana gelen zararın, olumlu zarar olacağı ve bu zararın sözleşme sona ermiş olsa bile istenebileceğine ilişkin bkz. Kırca, **a.g.m.,** s. 439; Serozan, **Dönme,** s. 278 vd.

Bu fikre göre, satılanın zaptı ya da ayıplı olması durumunda, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmaktadır. Halbuki olumsuz zarar, geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olmadığı durumlarda, sözleşmeye güven zararlarının giderilmesi için üretilmiş bir kavramdır. *"Sözleşme sona erdiği zaman olumsuz zarar istenir"* dogması, temerrüde ilişkin hükümlerin genelleştirilmesi anlamına gelmekte ve isabetli bulunmamaktadır. Bkz. Kırca, **a.g.m.,** s. 451; Aynı yönde bkz. Aral, **Kötü İfa,** s. 174; **BernerK-Giger,** Art. 195, N. 34; Art. 208, N. 44 vd.; Keller, **a.g.e.,** s. 180 ve 231.

160 Schönle, Higi, **a.g.e.,** Art. 195, N. 72, Art. 195, N. 74 ; Rolf Doerig, **Ersatz sogenannter Mangelfolgeschäden aus Kaufvertrag,** Zürich, 1985, s. 54; Alfred Schubiger, **Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung,** Diss., Bern, Verlag Stämpli Cie, 1957, s. 74; Rolf Furrer, **Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht,** Diss., Zürich, 1973, s. 26, 28. Bu görüş ayrıca hem olumlu zararın hem olumsuz zararın aynı olayda istenemeyeceği düşüncesinden hareket etmektedir. Bkz. Schönle, Higi, **a.g.e.,** Art. 195, N. 77, 78, 91, 92; Schubiger, **a.g.e.,** s. 75, 76; Eren, **Borçlar Özel,** s. 142.

161 Furrer, **a.g.e.,** s. 27; Schubiger, **a.g.e.,** s. 77; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 85; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s. 88, 89; Edis, **a.g.e.,** s. 115 vd.; Fischer, **Kaufrecht,** s. 286 vd.; Eren, **Borçlar Özel,** s. 92; Salih Şahiniz, **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu,** Ankara, 2008, s. 144.

Haksız fiil hukukunda öngörülen *illiyet bağı teorisinden* burada da yararlanmak gerekmektedir. Bkz. Yıldırım, Başpınar, **a.g.m.,** s. 171 vd.; Schönle, Higi, **a.g.e,** Art. 195, N. 67 vd., 78, 88 vd., 89a; Furrer, **a.g.e,** s. 27, 68; Doerig, **a.g.e,** s. 60 vd.; Schubiger, **a.g.e.,** s. 77; BGE 133 III 257. Aral, **Kötü İfa,** s. 170; Max Keller, Thomas Lörtscher, **Kaufrecht: eine systematische Darstellung,** 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, s. 85; Fischer, **Kaufrecht,** s. 286 vd.; Neuenschwander, **a.g.e,** s. 79 vd.

Bu görüşe göre kazanç kayıplarının, alıcının başka kazançlı işlemleri yapamamasından doğan zararlar olması dolayısıyla illiyet bağı uzaktır ve dolaylı zarar olarak adlandırılması gerekir. Bkz.

sonuçları doğrudan zararken; başka olayların katılması sonucu oluşan sonuçları dolaylı zarardır[162].

Kanaatimizce de uygun olan bu görüş gereğince, burada kanun koyucunun, ayıp ve zapttan doğan zararların, olumlu ya da olumsuz zarar olup olmadığıyla ilgilenilmeksizin karşılanmasını öngördüğü sonucuna varmak gerekmektedir. Kaldı ki doğrudan-dolaylı zarar kavramları, olumlu-olumsuz zarar kavramlarını tam olarak karşılamamaktadır[163]. Ayıp ve zapt dolayısıyla meydana gelen zarar kalemleri incelendiğinde de aynı sonuca ulaşılacaktır.

Ayıp sebebiyle sözleşmeden dönen alıcının giderilmesini talep edebileceği *doğrudan zararı* öncelikle, alıcının bizzat edim konusunun ayıptan ari olmasına

---

Schönle, Higi, **a.g.e.,** Art. 195, N. 69, 82, 89. Ayrıca bu görüşe göre, ayıbı takip eden zararlar da illiyet bağının yoğunluk ölçüsüne göre, doğrudan ya da dolaylı zarar kavramlarına dahil olacaktır. Bkz. Doerig, **a.g.e.,** s. 92 vd.; Schubiger, **a.g.e.,** s. 77.

162 Keller, Lörtscher, **a.g.e.,** s. 85, 86; Şahiniz, **a.g.e.,** s. 144.
Doğrudan-dolaylı zarar ayrımının illiyet bağının yoğunluğuna göre yapılmasını savunan yazarlardan Serozan'a göre, doğrudan zarar kavramına *"illiyet bağı ile düğümlenmiş olan cevher zararlar"* girmektedir. Dolaylı zarar kapsamına ise, satılan maldaki ayıpla doğrudan ilgisi olmayıp bu maldaki ayıp dolayısıyla uğranılan zararlar, kişisel tedavi masrafları şeklinde gerçekleşebilen bütünlük çıkarları ya da kâr kayıpları gibi *"nedenselliği gevşek, uzak refakat zararları yani yoksun kalınan kazanç (lucrum cessans)"* girmektedir. Bkz. Rona Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm: Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları,** (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 218 vd.
İlliyet bağı görüşüne katılan başka bir görüş ise, geçmişe etkili olarak hukuk düzeninden çekilmiş ve ölü doğmuş bir sözleşmesel ilişki çerçevesinde ancak olumsuz zararların tazmin edilebileceği düşüncesinden hareketle; olumlu ya da olumsuz zarar şeklinde tezahür edebilecek olan doğrudan ya da dolaylı zarar kalemlerinden ancak olumsuz zarar niteliğinde olanlar tazmin edilebilmelidir. Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, olumlu-olumsuz zarar dışında bir zarar ayrımı olarak kabul edilmeli, bu zarar kalemlerinden yalnızca olumsuz zarar niteliğinde olanlar ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme sonucunda tazminat taleplerine konu olabilmelidir. Bkz. Kara, **a.g.m.,** s. 524. Ancak dönme neticesinde ortaya çıkan zarar türünün muhakkak olumsuz zarar olacağı görüşüne katılmadığımızdan (bu görüş için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 4, b, (3), ii), illiyet bağına göre ortaya çıkan zararlardan sadece olumsuz zarar dairesi içine giren doğrudan ve dolaylı zararların karşılanacağı görüşü kanaatimizce uygun değildir.

163 Ergüne, **a.g.e.,** s. 65. Ayrıca TBK m. 193'te, alacak bir edim karşılığında devredilmişse, alacağı devralanın, garanti ile yükümlü devredenden, sadece hükümde belirtilen kalemleri talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu değerler alacak tutarının tamamını karşılamaya yönelik değildir, bu sebeple ifa menfaatinin karşılandığından bahsedilemeyecektir. Ayrıca taraflar arasındaki devre yönelik borçlandırıcı işlem, alacak hiç mevcut olmasa bile hükümsüz olmadığından, bu yönde uyandırılıp boşa çıkarılan bir güven ihlali de söz konusu olamayacağı için, olumsuz zarardan da bahsedilemeyecektir. Burada da tıpkı ayıptan sorumlulukta olduğu gibi, olumlu-olumsuz zarar ayrımının ötesinde doğrudan zararların karşılanması gerekecektir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 68, 69.

yönelik menfaatine ilişkin zararı *(Mangelschaden)*[164] olacaktır. Bunun dışında sözleşmenin kurulması için yapılan giderler; sözleşme yapmak için başka yere gidilmişse, seyahat, yeme içme, yatma gibi yolculuk, otel ve lokanta giderleri; eşya bir depoya konmuşsa depo masrafı; malı taşıma ve geri gönderme, gümrük, sigorta ve yargı dışı takip giderleri; sözleşme noterde yapılmışsa notere ödenen ücret, satılanın gözden geçirilmesi ve ayıbın bildirilmesi giderleri gibi masrafları; edim konusunun ayıplı olması nedeniyle alıcının *edim menfaati dışında kalan* diğer hukuki varlıklarında doğan ayıbı takip eden zararlar *(Mangelfolgeschaden)*[165] doğrudan zarar kalemleridir.

Ayrıca ilaveten TBK m. 229/ f. 1 b. 2'de belirtilen kalemlerin yargılama giderlerinin[166] ve alıcının ayıplı mal için yaptığı giderlerin[167] de doğrudan meydana

---

164 Ayıptan doğan zarar *(Mangelschaden)*, ayıbın bizzat satılan şey üzerinde doğrudan doğruya meydana getirmiş olduğu kayıp ve eksilmedir. Bkz. Eren, **Borçlar Özel,** s. 143; **BaslerK-Honsell,** Art. 208, N. 5.

165 Satılandaki ayıbın alıcının *ifa menfaati dışında*, hukukça korunan diğer değerlerinde (mallarında) meydana getirdiği eksilmeye (zarara), ayıbı takip eden zarar denir. Bkz. Eren, **Borçlar Özel,** s. 143¸ **BaslerK**-Honsell, Art. 208, N. 9.

Buna örnek olarak şu durumların verilmesi mümkündür: Teslim edilen bir hayvanın, alacaklının diğer hayvanlarını da hasta etmesi sebebiyle, alacaklı başka bir zarara uğramışsa, bu zarar alacaklının ayıbı takip eden doğrudan zararıdır. Bkz. Eren, **Borçlar Özel,** s. 143, 144¸ **BaslerK-Honsell,** Art. 208, N. 9. Eren, **a.g.e.,** s. 1075; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 213; Aral, **Kötü İfa,** s. 173; Bu konuda verilen ünlü *papağan kararı* için bkz. BGE 133 257 vd. Bu kararda Federal Mahkeme, satılan altı papağanın öldürücü virüs taşımaları sebebiyle, hem kendilerinin hem de diğer papağanların ölümüne yol açmaları neticesinde oluşan zararın, virüsün doğrudan sonucu olması sebebiyle satıcının kusursuz sorumluluğuna yol açacağına karar vermiştir. Kararın değerlendirilmesine ilişkin bkz. Yıldırım, Başpınar, **a.g.m.,** s. 1114 vd.; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 136; Pascal Pichonaz, "Ayıplı Mal Teslimi Sonucunda Doğan Zarar-Bir İsviçre Vakıası ve Tazminatın Sınırlandırılması Üzerine Düşünceler", Çev. Bahar Öcal Apaydın, **BAÜHFD,** Y. 2016, C. 11, S. 143-144, s. 159-177. Bunun gibi; böcekli tahıl teslim edilmesi sonucu böceklerin, alıcının stokundaki diğer mallara da yayılması, elektrik kaçağı olan bir aracın denenmesi sırasında elektrik çarpması sonucu sakatlanma biçiminde bedeni zararlar doğması ya da malın yol açtığı elektrik kontağı sonucu alıcının evinin ve eşyalarının yanması, zehirli hayvan yeminin atın ölümüne sebep olması, ayıplı bulaşık makinesinden akan suyun mobilya ve parkeleri bozması ayıbı takip eden doğrudan zararlara örnek gösterilebilir. *Bu zararlar koruma yükümlülükleri ihlâli kapsamında değerlendirilmelidir. Bu tür zarar kalemlerinin, ifa menfaati ile yani olumlu zararla doğrudan bir ilişkisi yoktur.*

166 Bu giderler, alıcı ve üçüncü kişi arasındaki yargılama giderleridir. Alıcı ve satıcı arasındaki yargılama giderleri konusunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Bkz. Yavuz, **a.g.e.,** s. 187; Gümüş, **C. 1,** s. 101.

167 Örnek olarak; satılanın bakımı, onarımı ve korunması giderleri, gümrük ve nakil giderleri, depo giderleri, ayıbın tespiti amacıyla yapılan gözden geçirme ve bildirme giderleri, satış bedelinin

gelen diğer zararlar içerisinde değerlendirilmeleri mümkündür. TBK m. 229/ f. 1 b. 1'de belirtilen ödenmiş olan satış bedelinin geri verilmesi ise, dönme sonucu tasfiye ilişkisine dayanan bir yükümlülüktür.

Diğer zararlardan anlaşılması gereken ise, gereği gibi ifa etmeme fiili dışında illiyet serisindeki ilk sebebe başka sebeplerin de eklenmesiyle oluşacak *dolaylı zararlardır.* Buna örnek olarak; bulaşık makinasından taşan suyun, mutfaktaki elektrik tesisatına sızarak kısa devreye neden olması sonucu mutfağın yanması[168]; ayıplı malın neden olduğu yaralanmalar dolayısıyla uygulanan yanlış tedavi sonucu daha başka zararlara da uğrama[169], alacaklının ayıplı mal sebebiyle uğradığı zarardan sonra, hastanede yürümeye çalışırken bacağını kırması sonucu, araba kazasıyla uygun illiyet bağı içinde olmak kaydıyla gerçekleşen zararlar[170] gösterilebilir. Yoksun kalınan kârın da doğrudan doğruya zarar kavramına sokulmadığı, dolaylı zarar kavramına sokulduğu görülmektedir[171]. Alıcının başka bir kimseye karşı sorumluluğundan kaynaklanan, diğer bir deyişle *"sorumluluk menfaatinin (Haftungsinteresse)"* ihlâlinden kaynaklanan zararlar da dolaylı zarar kapsamındadır. Bunlar; alıcı ayıplı satılanı tekrar satmışsa ayıplı ifa sonucunda sonraki alıcıya karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kaynaklanan ya da alıcının malı reddetmesi sonucu borçlu temerrüdüne bağlı olarak yaptığı ödemeler; başkasına sattığı halde ayıplı çıktığı için teslim edemediği mal nedeniyle ödenen ceza koşulu veya üçüncü kişinin yoksun kaldığı kar şeklinde karşımıza çıkabilir[172]. Ayıplı ifanın aynı zamanda alıcının kişilik hakkının ihlâline yol açması halinde, alıcının uğrayacağı manevi zararlar da dolaylı zarar kapsamındadır[173].

---

yabancı para olduğu durumlarda kur değişikliği sebebiyle uğranılan zararlar gösterilebilir. Bkz. Yavuz, **a.g.e.,** s. 188.

168 Eren, **Borçlar Özel,** s. 145; Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 48; Max Keller, Kurt Siehr, **Kaufrecht,** 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, s. 90.

169 Aydoğdu, Kahveci, **a.g.e.,** s. 213.

170 Aral, **Kötü İfa,** s. 174; Schubiger, **a.g.e.,** s. 77.

171 Kren Kostkiewicz, **a.g.e.,** Art. 208, N. 5; Keller, Siehr, **a.g.e.,** s. 63; Eren, **Borçlar Özel,** s. 142; Aral, **Kötü İfa,** s. 174; Şahiniz, **a.g.e.,** s. 147**.**

172 **BaslerK-Honsell,** Art. 208, N. 9; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.,** Art. 208, N. 5; Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 148, 149; Şahiniz, **a.g.e.,** s. 147; Gümüş, **C. 1,** s. 104.

173 Şahiniz, **a.g.e.,** s. 148.

Satılanın zaptı dolayısıyla da olumlu olumsuz zarar ayrımına gidilmeden yine illiyet bağından hareket edilirse; satılanın zapt edilmesi sebebiyle alıcının uğradığı *doğrudan zararlar,* satılanın teslimi için yapılan masraflar, vergiler, harçlar ve gümrük masrafları, muayene ve tespit masrafları gibi masraflardır. TBK m. 217/f. 1 b. 1-3 arası sayılan kalemlerin de doğrudan zarar oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Zira bu sayede TBK m. 217/f. 1 b. 4'teki doğrudan doğruya uğranılan diğer zararlar ifadesi anlamsız kalmayacaktır[174].

Satılanın zaptına başka sebeplerin eklenmesiyle uğranılan *dolaylı zararlar* ise, tam zapt meydana gelmeseydi satılan başkasına devredilebilecek ve ondan kâr elde edilebilecekse bu kâr mahrumiyeti, üçüncü kişiyle yapılan hukuki işlemlerden dolayı alıcının ödemekle yükümlü olduğu tazminat ve ceza koşulu gibi zararlardır[175].

Bu örneklerden de görüldüğü gibi doğrudan-dolaylı zarar kavramları, olumlu-olumsuz zarar kavramlarını tam olarak karşılamamaktadır. Doğrudan zararların sadece bir kısmı olumlu zarar karakterine sahiptir. Örneğin, alıcının bizzat edim konusunun ayıptan ari olmasına yönelik menfaatine ilişkin olan zararı *(Mangelschaden)* ifa menfaatine karşılık gelmektedir. Ancak hasta hayvan satışında alıcının diğer hayvanlarının da hastalanıp ölmesi ya da ayıplı televizyon satışında televizyonun kısa devre yaratıp yangına sebep olmasında oluşan zararlar alıcının ifa menfaatine karşılık gelmemektedir. Ayrıca satılan malın ayıplı olması sebebiyle alıcının vücut bütünlüğünde de zararlar meydana gelebilecektir. Örneğin, fren sistemi bozuk arabanın satılması ve bu arabanın kaza yapması sonucu hem aracın hem de sürücünün zarara uğraması söz konusu olabilecektir. Bu şekilde meydana gelen zararlar, sözleşmenin geçerli olacağına ya da ifa edileceğine olan güveni karşılayan alışveriş menfaatine ve bu doğrultuda olumlu olumsuz zarar kapsamına değil[176], bütünlük menfaatine *(Erhaltungsinteresse/Integritätsinteresse)* dahillerdir[177].

---

174 Kırca, **a.g.m.,** s. 456.

175 Pekmez, **a.g.m.,** s. 549.

176 Sözleşme görüşmeleri sırasında alışveriş menfaati zedelenen kimsenin uğramış olduğu malvarlığı kayıpları, karşımıza olumlu ya da olumsuz menfaat şeklinde çıkabilecektir. Bkz. Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 913.

177 Ergüne, **a.g.e.,** s. 66.

Bu sebeple, ayıplı ifa nedeniyle dönme sonucu öngörülen doğrudan-dolaylı zarar arasındaki sınırı, olumlu-olumsuz zarar ayrımı çerçevesinde değil, illiyet bağının yoğunluk derecesine göre belirlemek gerekmektedir[178]. Ayıplı malın kullanım amacına uygun olarak kullanılmasıyla ve zapt dolayısıyla ilk ortaya çıkan zararlar, doğrudan zararlarken; ifanın ayıplı olarak yapılmasına ya da zapt olgusuna başka unsurların eklenmesiyle ortaya çıkan zararlar dolaylı zararı ifade etmelidir. Ayrıca bu düşünüş şekli doğrudan dolaylı zarara ilişkin, *tarihi yorum metoduna* da uygundur. Böylece 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda doğrudan ve dolaylı zarar kavramları açıklanırken ifade edilen öngörülebilirlik esasından ve uygun illiyet bağı kriterinden faydalanılmış olacaktır. Bununla birlikte, doğrudan dolaylı zarara ilişkin istisnai bu düzenlemeleri, kanunun genelinde kabul edilen zarar ayrımları dahilinde incelemek yerine; bu istisnai durumlarını kabul etmek kanaatimizce en uygun çözüm olacaktır.

(4) Ayıplı İfa Sonucu Seçimlik Haklarla Birlikte Talep Edilebilen Olumlu Zararın Tazmini

Ayıplı ifanın aynı zamanda TBK m. 112'de düzenlenen gereği gibi ifa etmeme kavramı altında yer alması sebebiyle, 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, EBK m. 96 (TBK m. 112) ile yarışıp yarışmayacağı uzun süren tartışmalara konu olmuş ve bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüş[179], ayıba karşı tekeffül hükümlerinin özel hüküm olması nedeniyle genel hüküm niteliğindeki EBK m. 96 (TBK m. 112)'nın uygulanamayacağını savunmuştur.

Başka bir görüş[180] ise, alıcının EBK m. 96 (TBK m. 112)'ya başvurabilmesini kabul etmekle beraber, böyle bir durumda alıcının muayene ve ihbar külfetlerini

---

178 **BaslerK-Honsell,** Art. 208, N. 8; Hartmann, **Rückabwicklung,** N. 733; Furrer, **a.g.e.,** s. 27, 68; Schubiger, **a.g.e.,** s. 77; Ergüne, **a.g.e.,** s. 66; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 85 ve 101; Fischer, **Kaufrecht,** s. 17 vd.

179 **BaslerK-Honsell,** Vorbem. Art. 197-210, N. 6; Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 87; BGE 82 II 411 ff.

yerine getirmiş olmalarını aramıştır. Bu görüşe göre ayrıca, genel hükümlere göre tazminat talebi, ayıp hükümlerine dayanmak için öngörülen kısa zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürülmelidir.

Diğer bir görüş[181] ise, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmemiş olsa dahi, ayıba karşı tekeffüldeki seçimlik hakları kullanabileceği gibi EBK m. 96 (TBK m. 112)'ya dayanarak olumlu zararının tazminini de isteyebileceğini savunmuştur. Zira muayene ve ihbar külfetine ilişkin elverişsiz bu düzenlemeler, daha elverişli olan ayıp sonucunda seçimlik hakların kullanılması için öngörülmüştür. Seçimlik haklar kullanılmayacaksa, ayıp hükümlerinde öngörülen külfetleri yerine getirmeye ve daha kısa olan zamanaşımı süresine uymaya gerek yoktur. Bu son görüş, ayıba karşı tekeffül hükümleriyle EBK m. 96 (TBK m. 112) arasındaki yarışmayı kabul etmektedir. Türk Borçlar Kanunu bu tartışmalara son vermiş ve bu son görüş doğrultusunda bir hükme yer vermiştir.

Ayıplı ifa sonucu seçimlik hakları düzenleyen TBK m. 227'nin ikinci fıkrasında, alıcının genel hükümlere (TBK m. 112) göre de tazminat hakkı saklı tutulmuştur. Hükmün gerekçesinde, "*dönme hakkı dışındaki seçimlik haklar kullanıldığında", alıcının seçimlik hakka ilaveten genel hükümlere göre zararını isteyebileceği, "dönme durumunda" ise TBK m. 229'un uygulanacağı* ifadesi yer almaktadır.

Bu durumda kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcı;

---

180 **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 28; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 210, N. 3; Furrer, **a.g.e.,** s. 35; Şahiniz, **a.g.e.,** s. 162. Karş. Neuenschwander, **a.g.e.,** s. 40, 86. Bu görüş *"sınırlı yarışma görüşü"* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Eren, **Borçlar Özel,** s. 155.
Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesinin kararları da çoğunlukla bu yöndedir. Bkz. Y. 13. HD. 19.03.1992 E. 1992/384 K. 1992/2617 (kazancı); Y. 19. HD. 28.06.2001 E. 2001/1069, K. 2001/ 5025 (kazancı); BGE 114 II 131; 107 II 165; 96 II 117. İçtihatlarda bu yönde karar verildiğine ilişkin ayrıca bkz. **BernerK-Giger,** Vorbem. zu Art. 197-210, N. 24.
İsviçre Federal Mahkemesi, eser sözleşmesi dışında, alacaklının dilerse genel hükme, dilerse özel hükme gidebileceğini öngörmüştür. Bkz. BGE 100 II 32 vd.; 117 II 533 vd. Aynı yönde bkz. **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 29; Peter Gauch, **Werkvertrag,** 4. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996, N. 2326 vd. Eser, satış ve kira sözleşmeleri bakımından bu yöndeki tartışmalar için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** s. 108, N. 2629 vd.

181 Serozan, **Dönme,** s. 290, 291; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 18, N. 3; Şahiniz, **a.g.e.,** s. 198; Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 165, 166; Aral, **Kötü İfa,** s. 193; **BernerK-Giger,** Vorbem. zu Art. 197-210, N. 20 vd. özellikle N. 26; Keller, Siehr, **a.g.e.,** s. 106, 107. Bu görüş *"tam yarışma görüşü"* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Eren, **Borçlar Özel,** s. 155.

- ya sözleşmeden dönüp doğrudan ya da dolaylı zararlar dahil tüm zararlarının karşılanmasını isteyecek[182]

-ya dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanıp bununla birlikte varsa TBK m. 227/f. 2 gereğince genel hükümlere göre (TBK m. 112) olumlu zararının karşılanmasını isteyecek[183]

-ya da ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurmaksızın (ya da başvurma şansını kaybetmesi halinde) -hükümler arasındaki yarışmanın varlığı kabul edildiğinden- TBK m. 112'ye göre olumlu zararını isteyebilecektir[184].

---

182 Doktrinde eski Borçlar Kanunu zamanında da olan bir görüşe göre, TBK m. 229'da dönmenin sonucu olarak zararın tazminine ilişkin düzenleme, ayıplı mal teslimi sonucu seçilebilecek *tüm seçimlik haklarda,* zedelenen menfaatlerin aynı olması sebebiyle uygulanabilmelidir. *Dönme dışındaki seçimlik haklardan birinin kullanıldığı durumlarda,* İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kabul ettiği görüşe göre, genel hükümlere göre satıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için, satıcının kusurlu olması, alıcının da gözden geçirme ve bildirme külfetlerini yerine getirmesi ve bir yıllık zamanaşımı süresini geçirmemiş olması gerekmektedir. Fakat dönme durumuna özgü, özellikle doğrudan zararın istenmesi bakımından *satıcının kusurlu olmasının aranmaması* gibi alıcı lehine bir avantaj söz konusudur. Bu sebeple, dönme sonucunda zararın tazminine ilişkin düzenleme diğer seçimlik haklar bakımından da söz konusu olmalıdır. Bkz. Yavuz, **a.g.e.,** s. 205; Eren, **Borçlar Özel,** s. 150; Şahiniz, **a.g.e.,** s. 160, 164. Bu görüş, özellikle indirim hakkının kullanıldığı durumlarda ileri sürülmüştür. Bkz. Eren, **Borçlar Özel,** s. 150; **BernerK-Giger,** Art. 208, N. 56; Şahiniz, **a.g.e.,** s. 160, 161; Gümüş, **C. 1,** s. 106.

Kanaatimizce de eski Borçlar Kanunu zamanında bu görüşün kabul edilmesi, *de lege ferenda olarak* alacaklı açısından daha isabetli olabilecektir. Zira dönmeye ilişkin hüküm kıyasen uygulanırsa, dönme dışındaki seçimlik hakların kullanılması durumunda da illiyet bağı içerisindeki doğrudan ve dolaylı *"her türlü zarar"* karşılanabilirken; bu hüküm kıyasen uygulanmaz ve dönme dışındaki seçimlik hakların kullanılması durumunda sadece genel hükümlere göre tazminat istenebileceği kabul edilirse, TBK m. 112 gereğince bedelde indirim, ücretsiz onarım ya ayıpsız benzeriyle değiştirme haklarını seçen alıcı *sadece olumlu zararının* karşılanmasını isteyebilecektir. Yine bunun gibi dönmeye ilişkin hükmün, diğer seçimlik hakların seçildiği durumlara da uygulanması; TBK m. 112 gereğince kusur sorumluluğu esasken, satıcının doğrudan zarardan kusursuz da olsa sorumlu tutulmasına yol açacaktır.

Ancak kanaatimizce artık bu düşüncenin savunulma imkânı yoktur. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nda yeni bir düzenleme olarak, alacaklının dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanıp bununla birlikte varsa TBK m. 227/f. 2 gereğince genel hükümlere göre (TBK m. 112) olumlu zararının karşılanması gerekeceği düzenlenmiştir. Böyle bir düzenlemenin olmadığı dönemde bu düşüncenin savunulması boşluk doldurabilecekken, yeni düzenleme neticesinde alacaklı tercihini dönme hakkı dışında bir haktan yana yapmışsa, sadece TBK m. 112'ye göre tazminat hakkı olmalıdır. Hükmün gerekçesinden de bu sonuca ulaşılabilecektir. Bu hususta ayrıca bkz. Atamer, **Taşınır Satımı,** s. 213 vd.

183 Bu durumda tazmin edilecek zarar, satılanın ayıplı olması yüzünden satılandaki değer eksikliği dışındaki zararlardır. Zira, satılandaki değer eksikliği, alıcının seçimlik haklarını kullanması yoluyla genellikle giderilmiş olmaktadır. Bkz. Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 135.

184 Doktrinde bir görüşe göre, TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması ile özel düzenleme niteliğindeki ayıp hükümlerinin getirdiği korumanın aşılmaması gerekir. Örneğin TBK m. 112'ye dayanarak talepte bulunan alıcının, olumlu zarar kapsamında yoksun kalınan kârını talep edememesi

Eser sözleşmesinde de TBK m. 475/f. 2'de işsahibinin ayıp halinde seçimlik hakların yanı sıra tazminat isteme hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Tazminat seçimlik haklardan biriyle talep edilmişse, eserin kendisinin ayıplı olması dışındaki ayıbın sonucu olan *(Mangelfolgeschaden)* zararlar karşılanacaktır. Zira seçimlik hakkın kullanılmasıyla ayıbın kendisindeki zarar karşılanacaktır. Örneğin, yeni inşa edilen evin ayıbı giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı, onarım esnasında işletmede üretim durması sebebiyle kâr kaybı, ayıplı bir duman borusunun yangına sebep olması, iyi bir şekilde onarılan şeyin piyasa değerinin azalması, işsahibinin eseri uzman bir kişiye incelettirmek için yaptığı masraf (TBK m. 474/f. 2)[185]. Seçimlik hakka başvurulmadan doğrudan TBK m. 112 uyarınca da tazminat istenilmesi mümkündür[186].

Bunun gibi TBK m. 305/f. 1'e göre kiracının seçimlik hak olarak olumlu zararının giderilmesini isteyebileceği de düzenlenmiştir. Bu hak, diğer seçimlik haklarla birlikte ya da bağımsız olarak kullanılabilecektir[187]. Fesih dışındaki seçimlik haklarla kullanıldığı zaman, kiracının kiralananı gereği gibi kullanamaması sonucu uğradığı tüm olumlu zararları karşılanacaktır. Ayıp sebebiyle, ayıp süresince kira bedelinden indirim talep edilmişse, bu indirim tazminat hesabında göz önünde

---

gerekecektir. Zira muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi sonucu, dönme hakkının kullanılmasında dahi, yoksun kalınan kâr, ancak dolaylı zarar kapsamında istenebilmektedir. Bu durumda satıcının kusurlu olması gerekecek ve tazmin TBK m. 231'deki kısa zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Muayene ve ihbar külfeti yerine getirilmeden doğrudan TBK m. 112'ye başvurulması durumunda ise, olumlu zarar kapsamında yoksun kalınan kâr talep edilememelidir. Bkz. Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı- TBK ve CISG Uyarınca-**Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 290. Ancak kanaatimizce özel hüküm niteliğindeki ayıptan sorumluluk hükümlerine dayanmak isteyen alıcı, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirerek kendisi için daha avantajlı olan seçimlik hakları kullanmak istese de olumlu zararın kapsamında kâr mahrumiyeti isteyebilmesi için, doktrindeki baskın görüşe göre bu zarar kalemi dolaylı zarar sayıldığından, satıcının sorumluluğu için *kusurlu olması* gerekmektedir. Ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmak istemeyip de doğrudan TBK m. 112'ye göre olumlu zararını isteyen alıcının da satıcının *kusurlu olduğunu* kanıtlaması gerekmektedir. Bu sebeple, her iki imkâna başvurulması ihtimalleri arasında fark yaratmaya kanaatimizce gerek yoktur. Satıcının kusurlu olduğu ispatlandığı sürece, ister muayene ihbar külfetleri yerine getirilerek özel ayıp hükümlerine başvurulsun, ister herhangi bir külfet yerine getirilmeden TBK m. 112'ye başvurulsun, alıcının olumlu zarar kapsamında yoksun kalınan kârını da talep etmesini engelleyecek yeterli bir gerekçe yoktur.

185 Aral, Ayrancı, **a.g.e.** s. 411.

186 Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 531; Antalya, **a.g.e.,** s. 229.

187 Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 285; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 268; Eren, **Borçlar Özel,** s. 339; M. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku,** C. 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 212.

tutulacaktır. Bu süre zarfında kiralananı kullanamaması yüzünden kâr kaybı gibi zararlarını da talep edebilecektir. Kiracı ayıp sebebiyle fesih beyanında bulunmuşsa, hem feshe kadar kiralananı gereği gibi kullanamaması sebebiyle uğradığı zararları hem de TBK m.126'ya kıyasen, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilecektir. Fesih sebebiyle bir süre, iş yapamamasından dolayı yoksun kaldığı karı da isteyebilecektir[188].

4. Borçlu Temerrüdü Halinde Olumlu Zarar

a. Borçlu Temerrüdü Kavramı ve Şartları

Borçlu temerrüdü, alacaklının zamanında yapılmış olan ifaya menfaatinin sağlanmasını gerektirmesi sebebiyle olumlu zararın tazmininin en sık karşılaşıldığı borca aykırılık türlerindendir. Borçlunun, edimini, borca aykırı bir biçimde geç ifa etmesine, borçlu temerrüdü denir[189]. Fakat ifanın gecikmiş olması, bazı durumlarda, sonrasında da ifanın mümkün olmasını engelleyebilir. Böyle durumlarda artık temerrüt değil, ifa imkânsızlığı söz konusu olur[190]. Örneğin, bir toplantıda konferans verilmesi borcu zamanında yerine getirilmezse artık temerrüt değil, imkânsızlık söz konusu olacaktır. Demek oluyor ki, her gecikme, temerrüde yol açmaz; gecikmeye rağmen ifa mümkünse temerrüt gerçekleşir[191].

Borçlu temerrüdünün şartları, TBK m. 117'de belirtilmiştir. Buna göre, *" Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer (f. 1). Borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilîn işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır (f.2)."*.

---

188 İnceoğlu, **C. 1,** s. 212-216.

189 Eren, **a.g.e.,** s. 1117; Schenker, **a.g.e.,** s. 2; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 468, 469; Felix R. Ehrat,, **Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 107 OR,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s. 76; Havutçu, **a.g.e.,** s. 23 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1498.

190 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1499.

191 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1500.

Bu hükümden de ulaşılacağı üzere, borçlu temerrüdünün söz konusu olması için, *"borcun muaccel olması*[192]*"* ve *"borçluya ihtarda bulunulmuş olması"* gerekmektedir. Bunlara ilaveten, *"borcun ifası mümkün olmalı"* ve *"alacaklı da ifayı kabule hazır olmalı*[193]*"*dır[194]. Bu şartların yanında, borçlunun temerrüde düşmesi için kusur aranmaz[195]. Kusur, sadece bazı temerrüt sonuçları için gereklidir[196].

b. Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Sonuçlarının İncelenmesi

(1) Genel Olarak

Borçlu temerrüdünün genel sonuçları, TBK m. 118 ve m. 119'a göre, ifa ile birlikte istenebilecek *"gecikme tazminatı"* ve *"beklenmedik halden doğan zarar"*ın karşılanmasıdır.

Para borçlarına ilişkin olarak ise, gecikme zararını karşılamak ve tazminatın alt sınırını teşkil etmek üzere *"temerrüt faizi*" ödenmesi gerekecektir (TBK m. 120). Zararın, temerrüt faizi ile karşılanmadığı durumlarda ise, aşan kısmın tazmini *(aşkın zarar)* de mümkün olacaktır (TBK m. 122).

---

192 Temerrüdün gerçekleşmesi için, ilk olarak *borç muaccel olmasına rağmen, ifa edilmemiş bulunmalıdır*. Buradaki muacceliyetten anlaşılması gereken, alacaklının borcun ifasını talep ve bu amaçla dava yetkisine sahip olacağı zamandır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1504; Eren, **a.g.e.,** s. 1120; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 45; Schenker, **a.g.e.,** s. 22; Havutçu, **a.g.e.,** s. 24; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 470. Herhangi bir vade kararlaştırılmamışsa, TBK m. 90 gereği her borç doğduğu anda muaccel olacaktır.

193 Bundan anlaşılması gereken, alacaklının alacaklı temerrüdü içerisinde olmamasıdır. Bkz. **BaslerK-Wiegand,** Art. 102, N. 12; Eren, **a.g.e.,** s. 1125; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1531; Havutçu, **a.g.e.,** s. 32; Ehrat, **a.g.e.,** s. 86.

194 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1500; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2657 vd.

195 Eren, **a.g.e.,** s. 1126; Tunçomağ, **a.g.e,.** s. 912; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1533; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 141; Becker, **a.g.e.,** Art. 102, N. 27; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 102, N. 28; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 919; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 3; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2669. Alman hukukunda ise, BGB § 286/ f. 4'te kusur temerrüdün şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, edim borçlunun sorumlu olmadığı bir hâl dolayısıyla yerine getirilememişse, borçlu temerrüdü gerçekleşmeyecektir.

196 *Temerrüdün kusur aranan sonuçları***,** gecikme tazminatı ve karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde ifadan vazgeçip istenecek olumlu zarar (TBK m. 125/f. 2) ve sözleşmeden dönme halinde istenecek olumsuz zararın tazminidir (TBK m. 125/f. 3). *Kusur aranmayan sonuçlar ise;* alacaklının kusursuz borçludan aynen ifayı istemesi, para borçlarında temerrütte, borçlunun temerrüt faizi istemesi (TBK m.120) ve karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüt halinde taraflardan birinin sözleşmeden dönebilmesidir (TBK m. 125/ f. 2). Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1566.

Karşılıklı borç doğuran *(synallagmatique)* sözleşmelerde ise, temerrüdün bu genel sonuçlarına ek olarak iki imkân daha tanınmıştır (TBK m. 123-126)[197]. TBK m. 123'e göre, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, taraflardan biri asli edimi bakımından[198] temerrüde düştüğü takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için *"uygun bir süre"* verilmesini hakimden isteyebilir[199]. Bu süreye ek süre (mehil) denmektedir (TBK m. 123)[200]. Mehil süresince de temerrüt devam edeceğinden, alacaklı bu süre için de gecikme tazminatı ve beklenmedik halden sorumlu olacaktır[201]. Bu süre, kural olarak borçlu temerrüde düşmeden önce verilmez ama bazı durumlarda borçlunun temerrüde düşmesini sağlayan ihtarda verilen süre, ek süre vazifesi görebilir[202]. Bazı durumlarda ise, ek süre verilmesine gerek olmaksızın bu iki seçimlik imkânın kullanılabileceği kanunda düzenlenmiştir[203] (TBK m.124).

Ek süre verilmesi gereken hallerde, bu sürenin geçmesinin sonucu ise, TBK m. 125'te düzenlenmiştir. Bu hüküm, alacaklıya borçluya ek süre verilmiş olması şartıyla, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkının dışında, *"borcun ifasından vazgeçip ifa etmeme sebebiyle tazminat isteme"* veya *"sözleşmeden dönme"* hakları

---

197 Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerin bir kısmında, borçlunun temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen özel hükümler de bulunmaktadır: Belirli vadeli ticari satımlarda teslim bakımından satıcının temerrüdü için TBK m. 212; genel olarak satım sözleşmesinde alıcının olumlu zararının hesaplanması için TBK m. 213; alıcının temerrüdü için TBK m. 235-236; taksitle satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü içinTBK m. 259-261; ön ödemeli taksitle satışlarda alıcının temerrüdü için TBK m. 271; kira sözleşmesinde kiracının temerrüdü için TBK m. 315, 362 öngörülmüştür. *Bu durumlarda da aksine düzenleme yapılmadığı sürece bu özel hükümlere başvurmak yerine, TBK 123 vd.na başvurulabileceği savunulmaktadır.* Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1560, Tandoğan, **C. I/1;** s. 215.

198 Zira TBK m. 123-126 arasındaki hükümler, karşılıklı sözleşmelerde karşılıklı edimler dışındaki yan borçlarda temerrüde düşülmesi durumlarını kapsamaz. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1641, dpn. 608. Bu durumda TBK m. 112 gereğince olumlu zararın tazmini söz konusu olabilir.

199 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 1656.

200 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 494; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 148; Eren, **a.g.e.,** s. 1138; Yıldız, **a.g.t.,** s. 162 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2703.

201 Eren, **a.g.e.,** s. 1139; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1654; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 494; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 148, dpn. 38.

202 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 137; Eren, **a.g.e.,** s. 1139; Havutçu, **a.g.e.,** s. 48; Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 12; **BaslerK-Wiegand,** Art. 107, N. 8; Yıldız, **a.g.t.,** s. 170
Örneğin, alacaklı muaccel olan bir borca ilişkin *"borcu bir hafta içerisinde ödeyiniz."* ya da *"en geç 5 Şubat'a kadar ödeyiniz"* şeklinde bir beyanda bulunmuşsa, bu beyanı hem ihtar hem mehil niteliğinde görülebilecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1655; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 148, 149; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 13

203 Bu hallere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 173 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2740 vd.

tanımaktadır. Demek oluyor ki ek süre sonunda, alacaklının ifa ve gecikme tazminatını talep etmek, borcun ifa edilmemesi sebebiyle olumlu zararının tazminini talep etmek ve sözleşmeden dönmek gibi üç imkânı bulunmaktadır.

Alacaklı süre sonunda, hâlâ *"ifa ve gecikme tazminatını"* talep etmek istiyorsa, herhangi bir beyanda bulunmasına gerek yokken, diğer talepler için süre sonunda beyanda bulunması gerekmektedir. TBK m. 125/f. 2'de her ne kadar, sadece süre sonunda ifa ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçilmesi durumunda, bunun *"hemen"* bildirilmesinden bahsedilse de alacaklı bu beyanla birlikte diğer iki seçimlik haktan hangisini seçtiğini de beyan etmelidir. Bunun sebebi, alacaklının borçlu aleyhine spekülasyon yapmasının önlenmesidir[204].

Ek süre sonunda, yenilik doğuran işlem niteliğindeki[205] seçimlik hakkını beyan eden alacaklı, seçtiği imkândan bir daha dönemeyecektir[206]. Aynen ifadan vazgeçip tazminat isteyen ya da sözleşmeden dönen alacaklının, bu beyanından vazgeçip bir daha başka bir seçimlik hak kullanması kural olarak mümkün değildir[207]. Ayrıca bu iki imkândan birini tercih eden alacaklının, artık borçlunun geç ifasını kabul mecburiyeti yoktur. Ancak aynen ifa ve gecikme tazminatını talep eden ya da gereken süre içerisinde diğer iki seçimlik hakka ilişkin beyanda bulunmadığı için, aynen ifa ve gecikme tazminatını seçmek zorunda kalmış alacaklının, borçluya tekrar

---

204 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2760, 2764, 2765; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 153, 154; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 946; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1668. Örneğin, sözleşmede, gecikme süresi boyunca işleyecek bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa, alacaklının sırf bu tutarın artması maksadıyla seçimlik hakkını kullanmak için beklemesi, dürüstlük kuralına aykırı sayılmaktadır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1675, dpn. 646.
Bu hususta başka bir görüş, derhal yapılması gerekenin, sadece ifadan vazgeçme bildirimi olduğu, ifadan vazgeçilip olumlu zarar ya da sözleşmeden dönmeye ilişkin talebin derhal açıklanmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 36; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.,** § 32, N. 17.

205 Bucher, **a.g.e,** s. 373; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1671;.

206 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1668 vd. Ancak her iki tarafın rızası varsa, beyanın geri alınabileceği yönünde bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 36; Buz, **a.g.e.,** s. 312.

207 Eren, **a.g.e.,** s. 1144; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s.154; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 946. Mümkün olan haller için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar,** s. 443 vd.

ek süre vererek ifa yerine tazminat ya da sözleşmeden dönme şeklindeki haklarını kullanabileceği savunulmaktadır[208].

Alacaklı açısından seçimlik haklarını kullanırken dikkat edilmesi gereken hususlar bulunmaktadır. Alacaklı için, ifa hâlâ önem taşıyorsa, ifa ve gecikme tazminatı seçilmeli[209]; ifa artık önem taşımıyorsa, diğer iki imkândan biri seçilmelidir. Bu iki imkândan biri seçilirken de olumlu ve olumsuz zararın miktarı kıyaslanmalıdır. Olumlu zarar hesabı daha fazla çıkıyorsa, ifadan vazgeçip olumlu zarar istenmeli; olumsuz zararın miktarı daha fazla çıkıyorsa, sözleşmeden dönüp olumsuz zarar istenmelidir. Fakat sözleşmeden dönme sonucu edimlerin iadesi gerekeceği de göz önünde tutulmalıdır. Bu sebeple, olumlu zarar olumsuz zarardan fazla olsa bile, verdiğini geri almak alacaklı açısından daha fazla önem taşıyorsa, alacaklı sözleşmeden dönme yolunu seçmelidir. Ayrıca borçlunun tazminat ödeme kabiliyeti şüpheliyse veya kusursuzluğunu ispatlaması kuvvetle muhtemel görülüyorsa, alacaklının olumlu zarar yerine aynen ifa veya sözleşmeden dönme haklarını kullanması daha yararına olabilecektir[210]. Yine sözleşme kurulduktan sonra fiyatı düşen edimi başka yerden kolayca temin etme imkânına sahip olan alacaklının da sözleşmeden dönmesi beklenebilecektir[211]. Bunun gibi, bu süre zarfında temerrüt alacaklısının ediminin değeri, karşı edime kıyasla ziyadesiyle artmışsa, temerrüt alacaklısının dönme yoluna başvurması kendisi açısından daha avantajlı olabilecektir[212].

Temerrüdün sonuçlarının her birinde konumuzu oluşturan olumlu zarar bakımından incelenmeye değer hususlar bulunmaktadır. Şimdi bu sonuçlar üzerinde durulacaktır.

---

208 Öz, **Eser Sözleşmesi,** 178; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1673; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2759.

209 Eren, **a.g.e.,** s. 1147, 1148; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 491; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 944; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 37; Yıldız, **a.g.t.,** s. 153.

210 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 491. Karş. Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 37; Yıldız, **a.g.t.,** s. 154.

211 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 37; Yıldız, **a.g.t,.** s. 154.

212 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2809.

(2) Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları

i. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talep Hakkı

Temerrüdün temel sonuçlarından birisi, aynen ifa talebiyle birlikte gecikme tazminatı istenmesidir. Aynen ifa talebi, borcun muaccel olmasının bir sonucuyken; gecikme tazminatının talep edilebilmesi için, borçlunun mutlaka temerrüde düşmüş olması gerekir[213]. Gecikme tazminatı aynen ifa ile birlikte talep edilebileceği gibi, temerrüde düşülmesinden sonra yapılan ifa çekince ileri sürülmeksizin kabul edilmiş olsa bile gecikme tazminatının sonradan talep ve dava edilmesi mümkündür[214]. Bu durumda, sözleşme halen ayaktadır ve aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep eden taraf, kendi edimini yerine getirme borcu altındadır. Ancak gecikme tazminatının talep edilebilmesi için, aynen ifanın henüz gerçekleşip gerçekleşmediği önem taşımaz. Aynen ifa gerçekleşmese de alacaklının gecikmeden kaynaklanan zararlarının tazminini talep ve dava hakkı bulunmaktadır[215].

TBK m. 118'de düzenlenen gecikme tazminatı ile karşılanmak istenen, alacaklının borcun geç ifa edilmesinden uğradığı zararın karşılanmasıdır. Bu yolla, alacaklının borcun zamanında ifa edilmesine olan çıkarı sağlanmış olacaktır. Gecikme tazminatı ile ifa menfaatinden değil, ifa zamanı menfaatinden doğan zararın karşılanması söz konusudur[216]. Bu sebeple, gecikme zararı olumlu zarar kalemlerinden biri olan edimin değerini kapsamayacaktır. Bir tür *olumlu zarar* olan gecikme tazminatı ile alacaklının malvarlığının, borcun temerrüt durumu oluşmaksızın ifa edilmesi durumu ile temerrüde düşülerek ifa edilmesi durumu arasındaki fark karşılanacaktır[217].

---

213 Oğuzman, Öz, **a.g.e,** N. 1575 vd.

214 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1583.

215 Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuaat,** İstanbul, Yamaner**,** s. 209; Leyla Müjde Kurt, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 209.

216 Antalya, **a.g.e.,** s. 433.

217 **BaslerK-Wiegand, a.g.e.,** s. 103, N. 5; Gauch, Schluep, Schmid, von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 144; Becker, **a.g.e.,** Art. 103, N. 12; Bucher, **a.g.e.,** s. 360, 361; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 482; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 923; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 924 vd.;

Borçlunun temerrüt sebebiyle tazmin etmek durumunda kaldığı gecikme zararları; gecikme sebebiyle kaçırılan kazanç ve yararlar, borçlanılan şeyin değerindeki azalmalar, alacaklının gecikme sebebiyle yapmak zorunda kaldığı harcamalardır. Örneğin, makinenin teslimde temerrüt dolayısıyla hasılat düşüşü, elektrik tesisatının kurulmasında gecikme sebebiyle kullanım imkânı kaybı dolayısıyla oluşan zarar, alacaklının gecikme dolayısıyla üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, gecikme süresince zarara uğrayan eşyadaki değer kayıpları, ödemedeki gecikme dolayısıyla paranın değer kaybı, ihtar ve yargılama masrafları, edimin zamanında teslim alınabilmesi için yapılan seyahat masrafları gibi harcamalar, kredinin geri ödenmesindeki gecikmenin sonucu olarak bir yatırım sonucu elde edilecek kazancın kaçırılması dolayısıyla uğranılan zararların hepsi gecikme tazminatı kapsamında istenebilecektir[218].

Bu tazminat da borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir tazminat çeşidi olduğu için genel hüküm niteliğindeki TBK m. 112 burada da uygulanacaktır[219]. Bu hüküm gereğince, gecikme tazminatı da temerrüdün kusura bağlı sonuçlarındandır. Kusur karinesinin geçerli olduğu bu durumda, borçlu ancak kusursuzluğunu ispat ederek, gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilecektir[220]. Ancak aynen ifa talep edildiğinde, bu talep esasen temerrüdün değil, borcun muaccel hale gelmesinin bir sonucu olduğundan, borçlunun kusurlu olması aranmaz.

Gecikme tazminatının istenmesi, temerrüt sonucunda sadece aynen ifanın talep edildiği durumla sınırlıdır. İfa yerine tazminat istendiği ya da sözleşmeden dönüldüğü durumlarda, gecikme tazminatı istenemez.

Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 8; Kurt, **a.g.e.,** s. 210; Antalya, **a.g.e.,** s. 434. Gecikme tazminatının, olumlu zararı giderdiği yönünde bkz. Y. 15. HD. 25.04.2018 E. 2018/403 K. 2018/1727 (kazancı); Y. 23. HD. 15.03.2018 E. 2015/3919 K. 2018/2191 (kazancı); Y. 23. HD. 18.01.2018 E. 2016/208 K. 2018/86 (kazancı); Y. 23. HD. 14.12.1017 E. 2017/2494 K. 2017/3743 (kazancı).

218 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2673.

219 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1586.

220 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2671. Fakat borçlu kusursuz da olsa, sorumluluğunu gerektirecek bir sebep bulunuyorsa, örneğin, temerrüt borçluya değil ama onun yardımcısına hasredilebiliyorsa, tazminat ödemekten kurtulmak için borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi yeterli olmaz. TBK m. 116 gereğince, kurtuluş kanıtını da getirmesi gerekir.

Gecikme tazminatının hesaplanmasında önemli bir nokta da bu tazminatın hangi zaman dilimi içinde doğan zararları kapsayacağıdır. Gecikmeden doğan zararın hesabında hangi sürenin göz önüne alınacağına dair kanunda bir açıklık yoktur. Gecikmenin temerrüdün sonucu olduğu göz önünde bulundurulursa, gecikme tazminatının hesabında sadece temerrütten sonraki gecikme süresinin dikkate alınması gerekecektir. Böylece *temerrüt anından* ifanın yapıldığı ana kadar süreçteki gecikmeden kaynaklanan zararların hesabı gerekecektir[221]. Ancak doktrinde gecikme tazminatının hesabında, *"alacaklının vaktinde yapılacak ifaya menfaatinin sağlanacağı"* da ileri sürülerek hesabın, muacceliyet tarihinden itibaren yapılmasını sağlayacak görüşler de mevcuttur[222]. Kanaatimizce ilk görüşe katılmak daha isabetlidir. Çünkü temerrüde dayalı hakları kullanabilmek için temerrüt olgusunun gerçekleşmesi gerekir.

Gecikme tazminatı, sadece temerrüdün sonucu olduğu için, kusurlu ifa imkânsızlığı durumunda gecikme tazminatı söz konusu olmaz[223]. Ancak temerrüde düşüldükten sonra borcun ifasının imkânsızlaşması durumunda, imkânsızlıktan itibaren TBK m. 112 uyarınca imkânsızlaşan edimin değerine ilişkin alacaklının

---

221 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1585; Kurt, **a.g.e.,** s. 213; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 893; Öz, **İnşaat Sözleşmesi,** s. 137. Y. 15 .HD. 21.3.2002 E. 2002/855 K. 2002/1305 (kazancı): *"işin teslimi gereken tarih, 26.11.1998'dir. Davalı yüklenici, 26.11.1998 tarihine kadar inşaatı yapıp teslim etmek zorunda olduğundan, bu tarihten başlamak suretiyle, eseri teslim ettiği tarihe kadar veya dava konusu bağımsız bölüme daha önce kiracı yerleştirmişse, kiracının yerleştiği tarihe kadar olan süre için arsa sahibine, talep halinde gecikme tazminatı ödemek zorundadır".* Yüklenicinin işi zamanında teslim etmemesi halinde, tarafların ilave altı aylık süreyle kira tazminatı kararlaştırmış olmaları, arsa malikinin bu süre geçtikten sonra da hem ifayı hem de gecikmeden doğan zararını istemesine engel olmayacaktır. Bkz. Y. HGK 08.06.2016 E. 2014/23-1004 2016/763 (kazancı).

Ancak Yargıtay'ın aynen ifa ve gecikme tazminatına ilişkin seçimlik hakkın kullanılmasından itibaren zararın hesaplanacağına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı talebini makul süre içerisinde ileri sürmeyip zararın artmasına sebep olmuşsa, zararın, seçimlik hakkın makul sürede kullanılmış olması durumuna göre hesaplanması gerekeceğine ilişkin bkz. Y. 15. HD. 31.3.1987 E. 2495 K. 1375 (Uygur, **C. III, 2003,** s. 3555): *"...eserin teslimine yüklenicinin temerrüde düştüğü saptandığına göre* ***temerrüt tarihinden itibaren beklenmesi gereken makul süre*** *ile yine temerrüt tarihine göre bulunacak eksik ve kusurlu işlerin giderilmesi için gerekli sürenin temerrüt tarihine ilavesi suretiyle belirlenecek tarihte* ***davacının seçimlik hakkını kullanması gerekeceğinden, gecikme cezasının saptanacak bu süreye göre ve eksik işler tutarının bu tarihteki rayiçler itibariyle*** *hesaplanması...gerekirken...".*

222 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 482; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 95, 96

223 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1589.

zararı karşılanmakla beraber; imkânsızlık sayesinde temerrüt durumunun sona ermesine kadar oluşan gecikme tazminatının da karşılanması gerekecektir[224].

Gecikme tazminatına ilişkin TBK m. 118 hükmü, düzenleyici bir hüküm olduğundan, tarafların emredici düzenlemelere (TBK m. 27; m. 115, m. 116/f. 3, MK m. 23) aykırı olmamak şartıyla sorumsuzluk anlaşması yapmaları mümkündür[225]. Ayrıca gecikme tazminatı miktarının, taraflarca önceden belirlenmesi veya belirlenmesinin üçüncü bir kişiye bırakılmasının da mümkün olduğu doktrinde ifade edilmiştir[226].

Ancak her halükarda, *ifası geciktirilen edimin değeri* gecikme tazminatı içerisinde istenemeyecektir. Bunun sebebi, edimin ya geç de olsa ifa edilecek olması ya da ifa edilmese bile, ifa edilmesine ilişkin talep hakkının her zaman alacaklının malvarlığında yer alacak olmasından kaynaklanmaktadır[227].

ii. Temerrüde Düşen Borçlunun Beklenmedik Hal Sonucu Doğacak Zararları Tazmin Yükümlülüğü

TBK m. 119/f. 1'e göre, temerrüde düşen borçlu beklenmedik hal[228] sebebiyle doğacak zararlardan da sorumludur[229]. Bu zararın tazmini ile de karşılanmak istenen, alacaklının borcun gereği gibi ifasına olan menfaati, yani olumlu zarardır. Alacaklının uğradığı zarar, beklenmeyen hal gerçekleşmemiş olsaydı, bu anda ifanın

---

224 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1589; Kurt, **a.g.e.,** s. 213; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 921; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 160, 161.

225 Eren, **a.g.e.,** s. 1133.

226 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 145; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 924, 925.

227 Schenker, **a.g.e.,** s. 97; Eren, **a.g.e.,** s. 1131.

228 Beklenmedik hal, ortaya çıkması bakımından borçluya, alacaklıya ve bunların yardımcılarına kusur isnat etmenin mümkün olmadığı bir durumdur. Bu durum bir doğa olayı olabileceği gibi, üçüncü bir kişinin davranışı da olabilecektir. Bkz. **BernerK-Weber,** Art. 103, N. 48; Schenker, **a.g.e.,** s. 118. Zarara yol açan olayın, beklenmedik hal ya da mücbir sebep olması önem teşkil etmemektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1594; Eren, **a.g.e.,** s. 1133; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 926; **BernerK-Weber,** Art. 103, N. 48.

229 TBK m. 119 hükmü emredici olmadığından, tarafların özellikle TBK m. 115 ve 116'daki sınırlamalara uyarak, beklenmedik halden sorumluluğu kaldırabileceklerine yönelik bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 99. Ayrıntı için bkz. Schenker, **a.g.e.,** s. 123; **BernerK-Weber**, Art. 103, N. 8.

gerçekleştiği var sayılan malvarlığı durumu ile hali hazır malvarlığı arasındaki farktan oluşur[230].

TBK m. 119/f. 2'de ise, borçlunun bu sorumluluktan kurtulması için, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcun zamanında ifa edilmiş olsaydı bile, beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Borçlunun bu durumları ispat edememesi halinde, alacaklının beklenmedik halden kaynaklanan zararlarını gidermesi gerecektir. Bu zararlar, borçlunun temerrüde düşerek borca aykırı davranmasının beklenmedik sonuçları ve borcun ifasının imkânsızlaşmasından doğan sonuçlardır. Borçlunun, bu zararlardan sorumlu olması, temerrütten itibaren hasarın borçluya geçtiğini göstermektedir[231].

Borçlu temerrüde düştükten sonra beklenmedik hal sebebiyle doğabilecek zararlar; borcun ifasının imkânsızlaşması olabileceği gibi, ifa edilecek edimin imkânsızlık boyutuna ulaşmadan hasara uğraması da olabilecektir. Satıcının alıcıya ifa etmek üzere ayırdığı edimi sakladığı ambarın yanması ilk hale, bu ambarı su basması ise, ikinci hale örnektir. Ayrıca beklenmedik hal, temerrüt durumunun uzamasına da yol açabilecektir. Teslim edilecek şeyin çalınması veya borçlunun kusuru olmaksızın bir hastalığa yakalanması durumları da bu son hale örnektir. Beklenmedik hal sebebiyle borçlu temerrüdünün uzaması, gecikme tazminatı miktarının artmasına da yol açacaktır[232]. Bu zararların karşılanması da borçlunun borcun gereği gibi ifa edilmesine menfaatini gidereceğinden, kanaatimizce olumlu zarar olarak nitelendirilebilecektir.

Borcun ifasının imkânsızlaşması durumunda, kural olarak artık temerrüt sona erecek ve imkânsızlık anına kadar temerrüt, imkânsızlık anından sonra ise imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır[233].

---

230 **BernerK-Weber,** Art. 103, N. 55; Antalya, **a.g.e.,** s. 443;.

231 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 483; Tandoğan, **C. I/1,** s. 112; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1590; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 145.

232 Yıldız, **a.g.t.,** s. 97, dpn. 555.

233 Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm, I, B, c, (2).

Örneğin, A, arabasını üç aylığına B'ye kiraya vermiştir. Fakat üç ay sonunda B, geri iadede kusuruyla temerrüde düşmüştür. Bu sırada araba yanmış ve arabanın iadesinde imkânsızlık oluşmuştur. Kira sözleşmesinde, kiraya verenin, kullandırma borcu; kiracının da bedel ödeme ve kira konusunu iade gibi borçları bulunmaktadır. Araba yandığı için artık kira sözleşmesinin ifası ve bu sözleşmeden doğan borçlar imkânsızlığa uğramış durumdadır. Böyle bir durumda, kiracı kusuruyla temerrüde düştüğü için, imkânsızlıkta kusurlu olsun olmasın her zaman imkânsızlıktan sorumlu kabul edilir ve kusurlu ifa imkânsızlığına ilişkin hüküm uygulanır. İmkansızlık anından itibaren kiraya verenin olumlu zararını karşılaması gerekir. Bu andan öncesine ilişkin ise, temerrüt hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olacaktır.

iii. Para Borçlarında Temerrüt Faizi Talebi

Temerrüt faizi, alacaklının parasını kullanıp değerlendirme imkânından yoksun kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesi ve karşılıksız kredi sağlayarak sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi iade etmesi düşüncesine dayanır[234]. Para borçlarında temerrüt halinde, borçlu, *"gecikme tazminatı yerine", "temerrüt faizi"* ödemekle yükümlüdür. Gecikme tazminatında olduğu gibi, temerrüt faizi de alacaklının ifaya olan menfaatini gidermektedir ve olumlu zarar türüdür[235]. Bir olumlu zarar türü olduğunu ifade ettiğimiz gecikme tazminatı ve temerrüt faizi arasında bir çok farklılık bulunmaktadır.

İlk olarak, temerrüt faizinin ödenmesinde alacaklının bir zararının bulunması koşulu aranmaz. Böylece temerrüt faizini talep eden alacaklının, zararı olduğunu kanıtlamasına gerek yoktur[236]. Zira kanun koyucu tarafından, alacaklının zararı doğmuş farz edildiğinden, para borçlarına temerrüt halinde böyle bir imkân tanınmıştır. Kanun koyucu burada zarar bakımından asgari bir miktar belirlemiş, alacaklının en az temerrüt faizi kadar bir zararı olduğunu kabul etmiştir[237]. Kanun

---

234 Eren, **a.g.e.,** s. 1127; Schenker, **a.g.e.,** s. 128 vd. Benzer yönde bkz. Becker, **a.g.e.,** Art. 104, N. 4.

235 Aynı yönde bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 1145.

236 Hasan Ayrancı, **Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (TBK m. 105),** Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 71; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2685, 2693.

237 Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar,** İstanbul, Kazancı, 1992, s. 128, dpn. 379. Temerüt faizinin işlemesi

koyucunun bu kabulünün de aksi kanıtlanamayacaktır. Diğer bir deyişle, borçlu, alacaklının aslında hiç ya da bu miktarda bir zararı olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır[238]. Borçlunun, borcu zamanında yerine getirseydi bile, alacaklının temerrüt faizinden daha düşük faiz getiren ya da hiç faiz getirmeyen bir yerde kullanacağını ispat etmesi de bir şeyi değiştirmeyecektir[239]. Böyle bir ispat söz konusu olsa dahi, doktrinde, temerrüt faizinin hakim tarafından da indirilemeyeceği ifade edilmektedir[240].

Olumlu zararın bir görünüm biçimi olan gecikme tazminatının hesaplanmasında alacaklının farazi malvarlığının durumu ile gecikme dolayısıyla mevcut malvarlığı arasındaki fark dikkate alınırken; temerrüt faizi, alacağın belirli bir oranını teşkil eden bir tazminattır[241].

Diğer bir fark olarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlü olan borçlunun, bir olumlu zarar türü olan gecikme tazminatında olduğu gibi temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır[242].

Son olarak, gecikme tazminatının ifa ile birlikte ya da ifadan sonra talep edilebilmesi mümkünken; kural olarak herhangi bir çekince ileri sürülmeksizin kabul edilen ifadan sonra, temerrüt faizi talep edilmesi mümkün değildir (TBK m. 131/f. 2)[243]. Zira temerrüt faizi alacağı, asıl alacağa bağlı (fer'i) bir alacaktır[244].

Temerrüt faizi rızaen ödenmezse, alacaklı temerrüt faizinin tahsili için dava veya icra takibi başlatacaktır. Açılan dava veya takipte, temerrüt faizi de tıpkı

---

için, tarafların temerrüt faizi işleyeceği konusunda anlaşmaları gerekmezken, tarafların temerrüt faizi işlememesi konusunda anlaşmaları mümkündür. (FaizK. m. 2/f. 1). Fakat bu konuda, kanundaki sınırlamalara uymak zorunludur. Ayrıntı için bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 108; Oğuzman, **a.g.e.,** N. 1624, dpn. 576.

238 Bucher, **a.g.e.,** s. 362; Eren, **a.g.e.,** s. 1127 vd.; Yıldız, **a.g.t.,** s. 107.

239 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 485.

240 **BernerK-Weber,** s. Art. 104, N. 36; Yıldız, **a.g.t.,** s. 108. Bu sebeple, temerrüt faizine, kanun tarafından kabul edilmiş bir götürü tazminat denilmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1602.

241 Hakan Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105),** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 144.

242 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1601; Bucher, **a.g.e.,** s. 361 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17; N. 7; **BernerK-Weber,** Art. 104, N. 34; **BaslerK-Wiegand,** Art. 104, N. 1; Yıldız, **a.g.t.,** s. 106. Albaş, **a.g.e.,** s. 143.

243 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1628; Yıldız, **a.g.t.,** s. 109 vd.

244 Yıldız, **a.g.t.,** s. 108 vd.; Albaş, **a.g.e.,** s. 144

gecikme tazminatında olduğu gibi ancak alacaklı tarafından talep edilirse ödenebilecektir. Aksi halde, hakim kendiliğinden borçluyu temerrüt faizi ödemeye mahkum edemez[245]. Ancak hakim, alacaklının, *temerrüt faizine ilişkin belirttiği oran* ve *faizin hesaplanma anı* ile bağlıdır[246].

Yabancı para borçlarında da temerrüde düşüldüğünde, alacaklı seçimlik yetkiye sahip olup aynen ödeme, vade ya da fiilî ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk Lirası ile ödeme tercih etse de, tercih edilen hakkın temerrüt faizi istenmesine bir etkisi olmayacaktır. Zira hangi hak tercih edilirse edilsin, kur farkından doğan bir zarar bulunmadığı gerekçesi ileri sürülerek zarar ve kusur şartlarından bağımsız olan temerrüt faizinin istenmesine bir engel yoktur[247].

Temerrüt faizinin miktarı belirlenirken öncelikle, işlemeye başlayacağı zaman ve uygulanacak faiz oranı dikkate alınmalıdır. Temerrüt faizi, kural olarak temerrüt anından itibaren işler[248]. Ancak istisnaen, mahkemeye başvurulduğu ya da icra takibinde bulunulduğu tarihte[249] de işlemesi mümkündür. Aslında bu durumlarda temerrüdü takip eden günden itibaren temerrüt faizinin işlemesi gerektiği, kanaatimizce de daha uygun olarak doktrinde ifade edilmektedir. Zira temerrüde düşülen gün içinde kalan birkaç saat için, temerrüt hesabı pratik sonuçlar doğurmayacaktır[250]. Bu tarihten itibaren işleyecek faiz için, uygulanacak oran ise,

---

245 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1627; Barlas**, a.g.e.,** s. 181; Eren, **a.g.e.,** s. 1129, Yıldız, **a.g.t.,** s. 111.

246 Yıldız, **a.g.t.,** s. 111, 112. Faizin işlemeye başladığı günün de takip talebinde gösterilmesi gerekmektedir (İİK m. 58/f. 2, b. 3).

247 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1640; Yıldız, **a.g.t.,** s. 128.

248 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2686; Eren, **a.g.e.,** s. 1127 vd.; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı,** İstanbul, Beta, 2000, s. 147; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 896.

249 Y. İBK. 11.12.1957 E. 1957/17 K. 1957/29 (kazancı): "*Takip isteminde temerrüt tarihi gösterilip, bu tarihten başlayarak gecikme faizi istenirse, temerrüt tarihinden başlayarak faiz hesabı yapılır. Alacaklı yalnızca faiz istendiğini belirtirse, bu durumda takip tarihinden başlayarak faiz hesaplanır. Borç senedinde vade günü yoksa, faiz gene takip tarihinden başlayarak hesaplanır*.". Ancak takip talebinde, faizin işlemeye başladığı gün belirtilmeyip sadece temerrüt faizi talep edilmişse, İİK m. 58/f. 2 b. 3 gereğince, faize ilişkin talebi, takip dışında bırakmak gerektiği de doktrinde ileri sürülmüştür. Bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 185. Ancak böyle bir durumda, doktrinde, alacaklının açık ya da örtülü bir feragati olmadıkça, eksik talep edilen miktara karşılık gelen temerrüt faizinin yeni bir takip konusu yapılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. Yıldız, **a.g.t,.** s. 112; İlhan E. Postacıoğlu, "Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Kararı", **İÜHFM,** C. 24, S. 1-4, Y.1959, s. 501.

250 Barlas**, a.g.e.,** s. 172, 173; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 487; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 146, dpn. 23; **BernerK-Weber,** Art. 104, N. 39; Yıldız, **a.g.t.,** s. 130; Antalya, **a.g.e.,** s. 448.

kural olarak 15. 12. 1999 tarihli ve 4489 tarihli Kanunla değişik 3095 sayılı Kanundaki esaslara göre, taraflar arasındaki ilişkinin adi ya da ticari ilişki olmasına ya da borcun Türk parası ya da yabancı para borcu olmasına bağlı olarak belirlenecektir[251].

iv. Para Borçlarında Temerrüt Faizi İle Karşılanamayan Zarar Olarak Aşkın Zarar

Para borçlarında gecikme tazminatının yerini tutan temerrüt faizi, çoğu zaman gecikme tazminatını tam olarak karşılasa da bazen de temerrüt faiziyle karşılanamayan gecikme zararları ortaya çıkar. Para borçlarında, paranın çok çeşitli fonksiyonlara sahip olması nedeniyle, borçlunun temerrüde düşmesi sonucu alacaklının uğrayabileceği zarar kalemleri daha çok çeşitlilik arz etmektedir. Bu zarar, ilk etapta temerrüt faizi ile giderilecektir. Fakat temerrüt faizi uygulanması sonucu bulunan tazminat miktarından daha fazla bir zararın ortaya çıkması mümkündür. Bu zararların da tazmininin talep edilmesi imkânı, *aşkın zarar* başlığı altında TBK m. 122'de düzenlenmiştir[252]. (OR Art. 106 ve BGB § 288/Abs. 2). TBK m. 122/f. 1'e göre, *"Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür."*.

Aşkın zararın talep edilebilmesinin şartları; alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zararının varlığı, temerrüt ile söz konusu zarar arasında bir illiyet bağının bulunması ve borçlunun kusursuzluğunu ispat edememiş olmasıdır[253].

---

251 Bu kısım konumuz kapsamını aştığından, ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1603-1626; Yıldız, **a.g.t.,** s. 114 vd.

252 Aslında burada söylenilmesi gereken, zararın değil tazminatın munzam oluşudur. Zira alacaklının uğradığı zarar bir bütündür. Bu zarar öncelikle, temerrüt faiziyle giderilmeye çalışılır. Bununla giderilmezse ek (munzam) bir tazminatın devreye girmesi gerekecektir. Bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 190, dpn. 554. Bu sebeple, Barlas, munzam (ek) zarar yerine, "*temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar"* veya *"aşkın zarar"* ibarelerinin daha uygun olduğunu belirtmektedir.

253 Helvacı, **a.g.e.,** s. 86; Barlas**, a.g.e.,** s. 188-195; Akar Öçal, "Munzam Zarar", **EİTİAD,** 1967, C. III, s. 144; Hayri Domaniç, **Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler (Türk Ticaret Kanunu, C. IV'den Ayrı Bası),** İstanbul, 1990, s. 74 vd.; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 123-144.

Akdi temerrüt faizinin kararlaştırıldığı durumlarda ise, temerrüt faizini aşan kısmın aşkın zarar olarak talep edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bu hususta yapılması gereken, taraf iradelerinin yorumlanmasıdır[254]. Eğer taraf iradelerinden, temerrüt dolayısıyla talep edilebilecek tazminat miktarının, taraflarca kararlaştırılan temerrüt faizi oranına göre hesaplanacak miktardan fazla olamayacağı anlaşılıyorsa, aşkın zarar istenemeyecektir. Taraf iradelerinden bir sonuca ulaşılamaması durumunda, akdi temerrüt faizinde de kanuni temerrüt faizinde olduğu gibi aşkın zararın talep edilebileceği kabul edilmelidir[255].

aa. Hukuki Niteliği

Aşkın zarar kapsamında talep edilebilecek zararın, olumlu zararın bir türünü oluşturup oluşturmayacağı da konumuz açısından önem arz etmektedir. TBK m. 122 uyarınca giderilmesi gereken zarar, borçlunun borcunu temerrüde düşmeksizin ödeseydi, alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse, bu farazi durum ile temerrüt sonucu ortaya çıkan mevcut durum arasındaki farkın, temerrüt faizi tutarını aşan kısmıdır[256]. Alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararının bulunup bulunmadığını tespit için, bir karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Bunun için, temerrüt faizi oranının, asıl borç miktarına temerrüt süresince uygulanması ve bulunan bu miktarla alacaklının gerçek zararının karşılaştırılması gerekecektir[257].

Doktrinde bir görüş[258], bu zararın ifa etmeme yüzünden doğan zarar olmadığını, temerrüt sebebiyle meydana gelen zarar olduğunu ileri sürmektedir. Zira edim geç de olsa elde edilmişse, artık ifa menfaati kalmamıştır. Fakat ifa gerçekleştirilmemişse, ifayı talep hakkı halen malvarlığına dahil olduğundan malvarlığında bir eksilme meydana gelmemiştir. Bu sebeple, temerrüt halinde talep edilmesi gereken tazminat ile alacaklının *"ifaya olan menfaati"* değil, *"ifa için öngörülen zamana olan menfaati"* karşılanmaya çalışılmaktadır. Bu sebeple,

254 Theres Oertli**, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe,** Luzern, 2004; N. 379.

255 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 211; Oertli, **a.g.e.,** N. 380.

256 Barlas**, a.g.e.,** s. 189.

257 Barlas**, a.g.e.,** s. 190, 191.

258 Schenker, **a.g.e.,** s. 100, 101.

temerrüt sonucu temerrüt faizi ile karşılanmayan zarar anlamına gelen aşkın zarar ile de ifa için öngörülen zamana menfaatin karşılandığını kabul etmek gerekmektir.

Ancak doktrinde[259] ve bazı Yargıtay kararlarında[260] ise, aşkın zararın ifa menfaatini karşılamaya yönelik olan olumlu zarar olduğu ifade edilmektedir.

Doktrinde başka bir görüş[261] ise, aşkın zararın olumlu ya da olumsuz zarar türlerinden birine dahil etme konusunda bir zorunluluğun bulunmadığını, TBK m. 122'nin temerrüt faizini aşan bir zarardan bahsetmesinden dolayı, somut olayın niteliğine göre bu zararın olumlu ya da olumsuz olabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bu görüşe katılan bir diğer görüş[262] ise şu hususları eklemektedir:

Para borcunun kaynağı bir sözleşme ise, temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın miktarı olumlu zarar olarak istenebilecekken, para borcunun kaynağı haksız fiil ise, bu zararın, temerrüt faiziyle karşılanamayan fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr olarak da karşımıza çıkması mümkündür. Bu sebeple, aşkın zararın hukuki niteliği belirlenirken ya para borcunun kaynağı dikkate alınacak ya da daha da isabetli olan temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın tazminini öngören kendine özgü bir tazminat türü olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Bizim kanaatimizce ise, kaynağını sözleşmeden ya da haksız fiilden almış olmasına bakılmaksızın para borçlarında temerrüt halinde, gecikme tazminatı yerine istenebilen temerrüt faizi ve zararın temerrüt faizinden çok olması durumunda talep edilebilecek aşkın zarar da olumlu zararın kalemlerinden birini oluşturmaktadır. Zira aşkın zarar ile tıpkı gecikme tazminatında olduğu gibi aynen ifa talebinin yanında olarak aynen ifanın gereği gibi yapılmasına olan menfaat karşılanmaktadır. Bu sebeple, olumlu zarar kalemlerinden birini oluşturmaktadır[263]. Bu durumda da para

---

259 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 1258; Mahmut Tevfik Evren, **Faiz Hukuku,** İstanbul, 1987, s. 130; Eren, **a.g.e,.** s. 1145; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 116.

260 Y. 11.HD. 2.4.1981 E. 1981/1100 K. 1981/1453 (kazancı); Y. 13. HD. 13.02.1987 e. 1996/9985 k. 1997/810 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1997, C. 23, S. 5, , s. 733). Nitekim Yargıtay kararlarında bazen olumsuz zarar olarak nitelendirildiği de görülmektedir. Bkz. Y. 15. HD. 05.03.1987 E. 3503 K. 857 (yayımlanmamış karar. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 901, dpn. 898).

261 Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 473.

262 Albaş, **a.g.e.,** s. 117.

263 Ayrıca kanaatimizce aşkın zararla karşılanması gereken zararın her zaman maddi zarar olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira öncelikle temerrüt halinde manevi zararın oluşma ihtimali çok düşüktür.

borcunun yerine getirilmemesinin, malvarlığında artış ihtimaline engel olduğunu göz ardı etmemek gerekmektedir. Bu sebeple, aşkın zararın olumlu zarar kapsamında yoksun kalınan gelir olarak da talep edilebileceğini ifade etmek gerekecektir.

bb. Aşkın Zararın Hesaplanması ve Tazminine İlişkin Özellikler

Aşkın zarar, borçlunun gecikmeden sorumlu olduğu süre boyunca alacaklının uğradığı toplam zararla işlemiş toplam temerrüt faizi arasındaki farkı ifade eder. Bu sebeple, aşkın zararın olup olmadığı tespit edilirken bir karşılaştırma yapılması gerekecektir[264]. Önce, asıl borç miktarına temerrüdün devamı süresince işleyecek temerrüt faizi hesaplanacak, sonra alacaklının temerrüt yüzünden uğradığı toplam zarar hesaplanacak ve kıyaslanacaktır. Alacaklının temerrüt sebebiyle uğradığı toplam zarar, temerrüt faizinden fazlaysa, bu fazla kısım, aşkın zarar tazminatı olarak talep edilebilecektir.

Ancak temerrüt nedeniyle alacaklının uğradığı toplam zararın, temerrüt faizinden çok olması alacaklının kusurundan ileri gelmemelidir. Örneğin alacaklı, hak sahibi olduğu orandan daha düşük bir oranda temerrüt faizi talep etmişse, alacaklının aşkın zararı olup olmadığı hesaplanırken, aslında hak sahibi olduğu temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplama yapılmalıdır[265].

Aşkın zararın giderilmesine ilişkin dava açılması, borçlunun önceden temerrüt faizi ile tatmin edilip edilmemesinden bağımsızdır. Örneğin, alacaklı sadece asıl alacağı dava ederek temerrüt faizini dava dışı bırakmışsa ya da aynı davada temerrüt faizini de talep etmekle birlikte dava henüz karara bağlanmamışsa ya da karar henüz kesinleşmemişse, yine asıl alacak kabul edilirken temerrüt faizi alacağı saklı tutulmamış ya da bu alacaktan feragat edildiği açıklanmışsa ya da başka bir sebeple

---

Oluşsa bile manevi zararın karşılanması için TBK m. 58'in şartlarının oluşması gerekir. Bu şartlar oluştuysa, alacaklı zararını bu hükme dayanarak isteyebilecektir. Diğer bir deyişle, manevi zararın istenmesi mümkündür, fakat bu zarar talebi, TBK m. 122'ye değil, TBK m. 58'e dayandırılmalıdır. Aynı yönde bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 190. Fakat bu konuda başka bir görüş, manevi tazminat talebinin de aşkın zarar içerisinde istenebileceğini savunmaktadır. Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 1098, 1099.

264 Barlas**, a.g.e.,** s. 190.

265 Yıldız, **a.g.t.,** s. 148.

temerrüt faizi alacağı sona ermişse de aşkın zararın oluşup oluşmadığı belirlenirken, temerrüt faizi yine de hesaba katılacaktır[266].

Aşkın zarar, para borçlarında söz konusu olmakla birlikte, temerrüt faizinden farklı olarak borçlunun bu zararı karşılaması için, alacaklının temerrüt faizinin zararını karşılamadığını *ispatlaması* gerekecektir[267]. Yine, temerrüt faizinden farklı olarak aşkın zarar bakımından da borçlunun *kusur karinesi geçerli* olmakla birlikte, borçlu hiçbir kusuru olmadığını ispat ederse, alacaklının aşkın zararını karşılamakla yükümlü olmayacaktır.

Aşkın zararın talep edilmesi, özellikle enflasyon oranının, kararlaştırılan temerrüt faizi oranını geçtiği durumlarda söz konusu olacaktır. Paranın değerinin çok düşmesi dolayısıyla temerrüt faiziyle karşılanamayan gecikme zararının da karşılanması gerektiği kabul edilmektedir[268]. Bu örnek dışında, alacaklı para alacağıyla başka bir ihtiyacını karşılamak niyetindeyken, bu alacağı elde edemediği için temerrüt faizinden daha yüksek bir faiz oranıyla başkasından borç para almak zorunda kalmışsa[269]; vaktinde ifa edilmeyen para borcu dolayısıyla alacaklı kendi alacaklısına yüklü bir miktarda ceza koşulu ödemek zorunda kalmışsa[270] ya da almayı planladığı bir malı ya da iş fırsatını kaçırmışsa aşkın zarar söz konusu olabilecektir.

Her durumda, alacaklının, zararının temerrüt faiziyle karşılanamadığını ispatlaması gerekecektir. Örneğin, paranın değerindeki kayıpların aşkın zarar olarak

---

266 Barlas**, a.g.e.,** s. 222.

267 Enflasyon nedeniyle aşkın zarar istemlerinde, zararın ispatında kesin bir ispatın aranmaması gerektiği; alacaklının zarara uğradığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Barlas, **a.g.e.,** s. 212, 213; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 918, 919.

268 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1588, 1631. Ülkemizde enflasyonun yüksek olması sebebiyle, tek başına enflasyon sebebiyle para değerinin temerrüt faizi oranından fazlaca düştüğünü ileri sürmenin, aşkın zarara hükmedilmesi için yeterli olacağı doktrinde savunulmaktaysa da (Bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 212; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 943; Galip Sermet Akman, "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargıtay Kararları, **İBD,** C. 63, S. 10-12, 1989, s. 630); Yargıtay sadece faiz oranının enflasyon oranını aşmasını aşkın zarara hükmetmek açısından yeterli bulmamakta, daha somut sebepler aramaktadır. Bu hususla ilgili kararlar için bkz. Y. 11 HD. 20.01.1983 E. 1982/5774 K. 1983/128 (kazancı); Y. 11. HD. 08.11.1983 E. 1983/4297 K. 1983/4879 (kazancı).

269 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1631; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 147; Becker, **a.g.e.,** Art. 106, N. 4; Barlas**, a.g.e.,** s. 204, 205.

270 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1631; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 103, N. 4; Barlas**, a.g.e.,** s. 203.

talep edilebilmeleri için, alacaklıdan borçlanılan parayı hayatın olağan akışı içerisinde dövize çevirmesi ya da başka şekilde değerlendirmesi beklenebilmelidir[271].

cc. Hakimin Görülmekte Olan Davada Aşkın Zarara Hükmetmesi (TBK m. 122/f. 2)

TBK m. 122/f. 2 hükmüne göre, temerrüt faizini aşan zarar miktarı, görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hakim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmedecektir.

Bu düzenlemeye göre, hakimin hükmünden sonra da alacaklının aşkın zararının artması kuvvetle muhtemel ve bu müstakbel zararın hüküm anında belirlenmesi mümkün ise, hakim sadece hüküm anında mevcut olan aşkın zararın değil, aynı zamanda tespiti mümkün *müstakbel zararın* tazminine de karar verebilir. Ayrıca bu hüküm sayesinde, alacaklı hüküm tarihinden fiilî ödeme gününe kadar meydana gelecek zararları için ayrı bir dava açmak ve fiilî ödeme gününü, diğer bir deyişle temerrüdün sona ermesini beklemek zorunda kalmaz[272]. Kanun koyucu bu hükümle, zararın hesaplanmasında borçlunun temerrüde düştüğü ya da aşkın zarar davasının açıldığı ya da hükmün verildiği tarihi değil, bunları aşan ileriye yönelik, fiilî ödeme tarihini esas alarak tazminatın takdir edilmesine olanak tanımıştır[273].

Hakim, toptan bir miktara hükmedebileceği gibi, önceden belirlenen oranlara göre gecikilen her gün için hesaplanacak bir tazminata da hükmedebilir[274]. Ancak müstakbel aşkın zarar hesabında da aşkın zarar için aranan tüm koşullara uyulmalıdır. Örneğin, ancak temerrütle uygun illiyet bağı içerisinde olan zararlara hükmedilebilecektir.

---

271 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2676.

272 Schenker, **a.g.e.,** s. 149; Yıldız, **a.g.t.,** s. 150, dpn. 806.
Bu hükmün doktrinde, sadece para borçları sebebiyle temerrüt halinde aşkın zarar bakımından değil, önceden miktarının tespiti mümkün olan tüm aşan zarar hallerine uygulanması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1634; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 147, dpn. 29; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 490.

273 Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 924.

274 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tandoğan, **Mes'uliyet,** s.489, dpn. 26; Barlas, **a.g.e.,** s. 224, dpn. 660.

Hakimin müstakbel aşkın zarara hükmedebilmesi için, tıpkı normal aşkın zararda olduğu gibi alacaklının talebi şarttır. Bu sebeple, hükümdeki *"esas hakkında karar verirken"* ifadesinden anlaşılması gereken, asıl alacağa değil, o ana kadar olan aşkın zararın tazmine ilişkin karardır[275]. Aşkın zarar talep edilmediği sürece, ne mevcut ne de müstakbel aşkın zarara hükmedilebilecektir.

(3) Olumlu Zararın Tazmini Çerçevesinde Borçlu Temerrüdünün Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelere Özgü Sonuçları

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelere ilişkin yukarıda bahsettiğimiz şartlar gerçekleşince[276], alacaklı kendisine tanınan üç haktan birini seçme imkânına sahip olur. Bu haklar; aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı, ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesi sebebiyle olumlu zararın tazminini istemek ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazminini talep etmektir[277].

Borçlunun temerrüde düşmede kusurunun olmadığını ispatlaması durumunda, alacaklının tazminat talebi söz konusu olamayacaktır. Bu takdirde alacaklı, sadece aynen ifa veya sözleşmeden dönme haklarından birini seçme imkânına sahip olacaktır[278].

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde gecikme tazminatını talep hakkı temerrüdün genel sonuçlarındakinden (TBK m. 118) farklı olmayacaktır[279]. Bu sebeple, konumuz açısından önem arz ettiği ölçüde temerrüdün diğer sonuçları üzerinde durulacaktır.

---

275 Barlas**, a.g.e.,** s. 225; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 147, dpn. 29, Yıldız, **a.g.t.,** s. 151.

276 İkinci Bölüm, I, B, 4, b, (1).

277 Bu seçimlik hakların, kıyas yoluyla, tek taraflı ya da eksik iki taraflı sözleşmelerde de uygulanabileceğine ilişkin bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2733; Bucher, **a.g.e.,** s. 340.

278 Yıldız, **a.g.t.,** s. 195. Fakat para borcu söz konusu ise, borçlu kusursuzluğunu ispatlasa bile, alacaklı borçludan aynen ifa ve temerrüt faizini talep edebilecektir.

279 Bu durumda da para borcu söz konusu ise, gecikme tazminatının yerine temerrüt faizi alacaktır.

i. İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini Talebi

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan birinin asli borcunda temerrüde düşmesi halinde verilen ek süre sonunda aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçen borçlunun, seçimlik haklarından biri ifa yerine tazminat talebidir. Alacaklının ifaya olan menfaatini karşılayan bu tazminat, olumlu zararı karşılayan en tipik tazminat tipidir.

Alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmin edilmesini istemesi durumunda, sözleşme yürürlükte kalmaya devam edecek ancak taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin içeriği değişecek ve borçlunun asli borcunun yerini tazminat ödeme borcu alacaktır[280].

Bu durumda, TBK m. 112'deki temel tazminat hükmü uygulanacaktır. Bu ihtimalde, aslında, borcun ifası imkânsızlaşmamakla birlikte, tıpkı borcun ifası imkânsızlaşmış gibi, borçlu, alacaklının zararını tazmin edecektir[281].

İfadan vazgeçerek olumlu zararın tazmin edilmesinin istendiği hallerde, borcun geç de olsa ifa edilmesi değil, hiç edilmemesi söz konusudur. Nitekim TBK m. 125/f. 2'de de borcun ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zararlardan bahsedilmektedir.

Bu zarar, kural olarak *ifa edilmeyen edimin değeri* ve *gecikme zararlarından* oluşur[282]. Bu durumda borçlu, alacaklının ifasından vazgeçtiği edimin değerini tazmin etmek zorundadır. İfa edilmeyen edimin değerinin de tazminiyle birlikte, borçlu, alacaklının gecikme zararlarını da tazmin etmelidir. Bunun içerisine, seçimlik hakların kullanılması için yapılan masraflar da girecektir[283]. Gecikme zararlarının da tazminiyle, alacaklı borcun zamanında ifa edilmesi durumunda malvarlığı ne durumda olacaksa o duruma getirilmelidir.

---

280 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2767; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 502; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 949; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1677; Yıldız, **a.g.t.,** s. 198.

281 Oğuzman,Öz, **a.g.e.,** s. 526; Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 40; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art.107, N. 23; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 502; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962.

282 Schenker, **a.g.e.,** s. 238; Kurt, **a.g.e.,** s. 258; Antalya, **a.g.e.,** s. 496 vd.

283 Schenker, **a.g.e.,** s. 227; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2772.

Alacaklının ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ettiği ana kadar gerçekleşen temerrüdün sonuçları, bildirim anından sonra da geçerli olacağından, bu süreye kadar oluşmuş bir *gecikme zararı* varsa, bunun da ifadan vazgeçip olumlu zarar tazminatı kapsamında istenip istenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır[284].

Doktrinde bazı yazarlar[285], mehil süresi sona ermeden önce ortaya çıkan zararların ifadan vazgeçerek olumlu zarar tazmini talebiyle karşılanamayacağını ileri sürmüşlerdir. Zira mehil süresi zarfında borçlunun ifada bulunması olasılığı hep olduğu için, alacaklının bu süreye ilişkin malı evvelce daha yüksek bir fiyattan elden çıkarabileceğini ileri sürmesi mümkün değildir. Böyle bir iddia ileri sürebilmesi için, alacaklının, aynen ifa ve gecikme tazminatını seçmesi gerekecektir[286].

Buna karşılık hakim görüş ise, olumlu zarar hesabında, ifadan vazgeçilen tarihe kadar oluşan gecikme zararlarının da dikkate alınacağını kabul etmektedir[287]. Zira temerrüdün ifadan vazgeçildiğinin bildirildiği ana kadar doğan sonuçları, bundan sonra da saklı olacaktır[288]. Dikkat edilirse, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep edildiğinde temerrüt anından ifa gerçekleşinceye kadar geçen süre için gecikme tazminatı talep edilebiliyorken; aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar istendiğinde gecikme tazminatı, borçlunun temerrüt tarihinden temerrüdün sona erdiği aynen ifadan vazgeçme anına kadar gerçekleşen zararları kapsayacaktır[289].

Doktrinde bir görüş de bu görüşe katılmakla birlikte, borcun yerine getirilmemesi sebebiyle oluşan zararları ikiye ayırmaktadır. Buna göre, ifadan vazgeçildiği ana kadar oluşan zararlar, gecikme zararı; bu andan sonra ortaya çıkan zararlar ise, borcun ifa edilmemesi sebebiyle oluşan diğer zararlar olarak adlandırılacaklardır[290]. Böylece temerrütten sonra fakat aynen ifadan vazgeçilmeden

---

284 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 503; Havutçu, **a.g.e.,** s. 69-71; Akıncı, **a.g.e.,** s. 95 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962

285 Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 41; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 25.

286 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 25.

287 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1678, dpn. 651; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962; Schenker, **a.g.e.,** s. 226- 228; Havutçu, **a.g.e.,** s. 70, 71; R. Göschke, "Ueber Art. 107 bis 109 OR", **ZBJV,** 60 (1924), s. 87; Yıldız, **a.g.t.,** s. 200.

288 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1678

289 Kurt, **a.g.e.,** s. 273.

290 Yıldız, **a.g.t.,** s. 200.

önce, alacaklı temerrüt sebebiyle başka bir borç ilişkisinden doğan alacağını ödeyemediği için sözleşme cezası ödemişse, borcun hâlâ ifa edilmemesi üzerine aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını istediğinde, zararın hesabına ifadan vazgeçmeden önceki bu gecikme zararı da girecektir. Yine ifadan vazgeçtiğini bildirmeden önce edimin değerinde artış olmuşsa, mehlin sonunda borcun hâlâ ifa edilmemesi üzerine olumlu zararın tazmini istendiğinde, alacaklı bu süre içerisinde malı satarak kâr elde edebileceğini ispatladığı sürece, yoksun kaldığı kazancını da olumlu zararı kapsamında talep edebilecektir[291].

Ayrıca bu görüşe göre[292], temerrüt ile uygun illiyet bağı içerisinde olan gecikme zararlarının tazmini, olumlu zararın tazmini kapsamında istenebilecektir. Alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını istemeden önce, borçluya aynen ifa için ek bir süre tanıdığı hallerde, bu ek süre sonunda hâlâ edim ifa edilmemişse, verilen ek süre içerisinde alacaklının uğradığı gecikme zararları da olumlu zararın tazmininin içerisinde istenebilmelidir.

Zira aksi halde, bu gecikme zararları, alacaklının ifadan vazgeçme anından itibaren hesaplanan olumlu zararın kapsamında hesaplanmazsa, alacaklının ifa menfaati zedelenmiş olacaktır. Olumlu zararın hesabında, alacaklının ifadan vazgeçme beyanından önceki ve sonraki malvarlığı kıyas edileceğinden, vazgeçme beyanından önceki zararlar tazminat kapsamına alınmamış olur. Bu da vadeden sonra borçluya ek bir süre veren alacaklının menfaatini zedeler.

Bir sözleşmede esas olanın edimlerin ifası olduğu düşünüldüğünde, bu görüş kanaatimizce de isabetlidir. Vadede ifadan vazgeçme hakkını kullanabilecekken, borçlunun ediminin ifası amacıyla ona ek bir süre veren alacaklının bu sebeple korunması gerekmektedir. Örneğin, satış sözleşmesinde, alıcı vadede borcunu ifa etmeyen satıcıya iki hafta ek süre tanınması ve bu süre zarfında da satıcının malı teslim etmemesi sebebiyle aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını talep eden alıcının zararına, satılanı *"iki hafta kullanamamasından dolayı"* uğradığı gecikme zararı da

---

291 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 154; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 503; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1684.

292 Lemp, **a.g.e.,** s. 149, 150; Schenker, **a.g.e.,** s. 226, 227; Ehrat, **a.g.e.,** s. 100; von Büren, **a.g.e.,** s. 379, dpn. 79; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962; **BernerK-Giger,** Art. 214, N. 18, Akıncı, **a.g.e.,** s. 95 vd.

eklenmelidir. Fakat satış konusu malı *"kullanmak amacıyla almayan"* bir kimsenin, bir zararının olmayacağına da dikkat etmek gerekmektedir.

Bu durumda her ne kadar TBK m. 125/f. 2'de belirtilmemiş olsa da tazminat borcunun söz konusu olabilmesi için, borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. TBK m. 112'de olduğu gibi, tazminat borcunu ödemekten kurtulmak isteyen borçlunun temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispatlaması gerekecektir[293].

ii. Sözleşmeden Dönme Üzerine Tazminat Talebine İlişkin Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi

Sözleşmeden dönme, alacaklıyı sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı veya hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı farazi duruma getirmeye yeterli olmaz. Bunun için de TBK m. 125/f. 2'de[294], iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dönme hakkının kullanılması sonucu, alacaklıya *"sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararını"* talep etme hakkı tanınmıştır. Her ne kadar bu ifade bizi ilk etapta olumsuz zarar kavramına götürse de doktrinde dönme halinde olumlu zararın istenebileceği de ileri sürülmektedir. Zira olumsuz zararın kapsamına sadece sözleşme öncesi yapılmış masraflar ve dönülen sözleşme nedeniyle kaçırılan başkaca fırsatlar girecekken, sözleşmeden dönme sonucu olumlu zararın kapsamına edimden yoksun kalmaya bağlı tüm kazanç kayıpları girecektir[295]. Dönme sonucu istenebilecek zararın türü, Türk ve İsviçre doktrinlerininin neredeyse en köklü tartışmalarındandır[296].

---

293 Eren, **a.g.e.,** s. 1147; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1677; Yıldız, **a.g.t.,** s. 198.

294 Burada bu hükme ilişkin yapılan açıklamalar, Türk Borçlar Kanunu'nda *dönmenin öngörüldüğü diğer durumlar* ve *dönmenin iradi olarak sözleşme ile kararlaştırıldığı durumlar* için de geçerlidir. Türk Borçlar Kanunu'nda dönmenin öngörüldüğü hallere örnek olarak, ifa güçsüzlüğü durumunda hakkı tehlikeye düşen tarafa dönme hakkının tanınması (TBK m. 98/f. 2), alacaklı temerrüdü halinde borçluya dönme hakkının tanınması (TBK m. 110), alacaklının kim olduğunun bilinmediği veya alacaklıdan kaynaklanan başka bir sebeple borcun alacaklıya ya da temsilcisine teslim edilememesi halinde borçluya dönme hakkının tanınması (TBK m. 111) gösterilebilir. Bu hallerde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına kusuruyla yol açan taraf, tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Aynı yönde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 255, dpn. 382.

295 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19.

296 Klasik teori yanlılarının görüşleri için bkz. Ehrat, **a.g.e.,** s. 13 vd.; 115 vd.; Buz, **a.g.e.,** s. 117 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 31 vd.; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 150 vd. Yasal borç ilişkisi teorisi yanlılarının görüşleri için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962 vd. Yeni dönme teorisi yanlılarının görüşleri için bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 250, 251, 255; Serozan, **Dönme,** s. 63

Dönme halinde istenebilecek zarar türünün, *doktrinde baskın olarak olumsuz zarar olduğu* savunulmaktadır[297]. Bunun çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır:

-Bu görüşü savunanlar genel olarak; TBK m. 125'te, alacaklıya, sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zarar ile sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar arasında seçim hakkı tanınmasını göstermektedirler. Böylece bu fikirdekilere göre, dönme halinde de sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan olumlu zarar istenebilecek olsaydı, böyle bir seçim hakkı tanınmasına gerek olmayacaktır. Bu sebeple, seçim hakkını, ifa etmemeden kaynaklanan zarardan yana kullanabilecek olan alacaklının, dönme hakkını seçmesi durumunda, artık ifa etmemeden kaynaklanan olumlu zararı talep edebilme hakkı olmamalıdır[298].

-Hatta bu görüşteki bazı yazarlar[299], sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın istenebilmesinin İsviçre[300] ve Türk hukukunun kendine has bir özelliği olduğunu,

---

vd., 544 vd.; Seliçi, **a.g.e.,** s. 209, 210; Glasl, **a.g.e.**, s. 32 vd. ve 267. İsviçre Federal Mahkemesinin de son dönemlerde, yeni dönme teorisinden yana kararlar verdiği gözlemlenmektedir. Bkz. BGE 114 II 152 vd.; BGE 132 II 226. Bu kararlar hakkında ayrıca bkz. Glättli, **a.g.m.,** s. 240; Akçura Karaman, **a.g.m.,** s. 303. İadelerin sözleşmesel olması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Bkz. Y. HGK 06.01.1968 E. 1966/T-1728 K. 1966/6 (kazancı); Y. HGK 19.06.2015 E. 2015/22-2310 K. 2015/1729 (kazancı); Y. HGK 17.02.2010 E. 2010/93 K. 2010//98 (kazancı); Y. HGK 14.03.2012 E. 2011/ 13-748 K. 2012/40 (kazancı).

297 Doktrindeki görüşler için bkz. **BaslerK-Wiegand,** Art. 109, N. 9; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 156; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 109, N. 7; Ehrat, **a.g.e.,** s. 184-187; Scherrer, **a.g.e.,** s. 71; Bucher, **a.g.e.,** s. 345, 379; Schenker, **a.g.e.,** s. 279, 280; Keller, **a.g.e.,** s. 180 vd.; Hartmann, **Rückabwicklung,** N. 738, 739. Türk hukuku açısından bkz. Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 950 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 39 vd., 284 vd.; Öz, **İnşaat Sözleşmesi,** s. 154, 155; Buz, **a.g.e.,** s. 240 vd.; Eren, **a.g.e.,** 1147.

İsviçre Federal Mahkemesi, son dönemlerde olumlu zarardan yana kararlar vermekteyse de olumsuz zararı kabul ettiği kararları için bkz. BGE 44 II 507; 123 III 22; 61 II 256; 90 II 29. Yargıtay'ın kararlarının büyük çoğunluğu olumsuz zarar yönündedir. Bkz. Y. 15. HD. 06.11.1996 E. 1996/4955 K. 1996/5792 (kazancı); Y. 15. HD. 17.04.1979 E. 1979/662 K. 1979/860 (kazancı); Y. 15. HD. 15.06.1989 E. 1989/177 K. 1989/2645 (kazancı); Y. 15 HD. 12.05.1983 E. 1983/1307 K. 1983/1255 (kazancı); Y. 15. HD. 09.06.1994 E. 1993/5156 K. 1994/378 (kazancı); Y. 15. HD. 20.05.1997 E. 1997/2376 K. 1997/2627 (kazancı); Y. 15. HD. 19.04.2004 E. 2003/5347 K. 2004/2196 (kazancı); Y. 15. HD. 01.03.2005 E. 2005/977 K. 2005/1120 (kazancı); Y. 15.HD. 04.12.2018 E. 2018/4822 K. 2018/4824 (kazancı); Y. 23. HD. 24.05.2018 E. 2015/4122 K. 2018/3320 (kazancı); Y. 15. HD. 16.10.2017 E. 2016/4019 K. 2017/3425 (kazancı).

298 Ergüne, **a.g.e.,** s. 256; Buz, **a.g.e.,** s. 265 vd.

299 Buz, **a.g.e.,** s. 272.

300 İsviçre hukuku'nda dönme sonucu olumlu zararın istenemeyeceği düşüncesi eski Alman Medeni Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. İsviçre kanun koyucusu Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında her ne kadar dönme sonucunda herhangi bir tazminata hükmedilmemesini önerse de *sonuçta orta bir yol benimsenmiş ve dönme sonucu olumsuz zararı isteme hakkı* tanınmıştır. Bkz. Glättli, **a.g.m.,** s. 240; Lemp, **a.g.e.,** s. 43.

sözleşmeden dönme halinde de alacaklının tıpkı geçerli olarak kurulmayan veya geçerli olarak kurulup da irade fesadı sebebiyle sakat bir sözleşmeden dolayı uğranılan zarar gibi olumsuz zararı olacağının kabul edilmesinin takdire şayan olduğunu belirtmişlerdir. Böylece, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmenin kurulmasından önce içinde bulunduğu duruma dönmek isteyen alacaklının tazminat talebi de, bu amaca hizmet eden olumsuz zarar olmalıdır. TBK m. 125/f. 3 c. 1'in karşılıklı edimlerin durumuna ilişkin düzenlemesi de dikkate alınırsa, dönme sonucu borç ilişkisinin tasfiye edilmesiyle, sözleşmeden dönen alacaklının sözleşmenin hiç kurulmadığı varsayımına getirilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Zira dönme halinde tarafların karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtuldukları ve önceden ifa ettikleri edimleri geri isteyebilecekleri düzenlenmiştir. İfaya olan menfaatin karşılanması ise, bu amaca hizmet etmeyecektir[301].

-Doktrinde, TBK m. 125/f. 3'te olumsuz zararın tazmininin hüküm altına alındığını desteklemek amaçlı, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki olumsuz zararın tazmininin düzenlendiğinin kabul edildiği diğer hükümlerde (İsv. BK m. 26/f. 1, İsv. BK m. 47/f. 1) de tıpkı dönme üzerine talep edilecek tazminat hükmünde (İsv. BK m. 109/f. 2) kullanıldığı gibi *"sözleşmenin hükümden düşmesi sebebiyle meydana gelen zarar"* ifadesinin *("aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens")* kullanıldığına dayanılmaktadır[302]. Ayrıca TBK m. 125'in ifadesi karşısında da sözleşmeden dönen alacaklının, ancak olumsuz zararını talep edebileceği ifade edilmiştir. Zira hükümde sadece *sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle* uğranılan zararların tazmininden bahsedilmiştir[303].

Doktrinde *başka bir görüş*[304]*,* dönme ile birlikte istenebilecek zararın olumsuz zararla sınırlandırılmasına karşı çıkmaktadır. Bu görüşün kanaatimizce de haklı olan gerekçeleri bulunmaktadır:

---

301 Yıldız, **a.g.t.,** s. 249.

302 Ergüne, **a.g.e.,** s. 250; **BaslerK-Wiegand,** Art. 109, N. 8.

303 Yıldız, **a.g.t.,** s. 249.

304 Glättli, **a.g.m.,** s. 233; 241 vd.; Glättli, **a.g.e.,** s. 239; Lemp, **a.g.e.,** s. 53 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 969-971; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 140-142, dpn. 101; Yeşim M. Atamer, **Uluslararası Satış Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları,** İstanbul, 2005, s. 451;

-Bu görüş doğrultusunda, dönme ile olumlu zarar talebinin aslında birbirini dışlamadığı savunulmaktadır[305]. Zira baskın görüş çerçevesinde bile bazı hallerde sözleşmeden dönme ve olumlu zarar *"fiilen"* bir arada bulunmaktadır. Bu görüştekiler, öncelikle kendi edimini yerine getirmemiş bir alacaklının, fark teorisine göre[306] olumlu zararını talep ettiğinde, aslında sözleşmeden dönmüş gibi kendi edimine sahip olup bir de ifa etmemeden kaynaklanan zararının giderileceğinden hareket etmektedir[307]. Bu fiilî durum da göstermektedir ki, aslında dönme ile olumlu zarar birbirini dışlamamaktadır[308].

Bu imkân, edimini önceden yerine getirmiş alacaklıya da sağlanmalıdır[309]. Zira doktrinde çoğunluklu olarak önceden edimini yerine getirmiş alacaklının fark teorisine göre, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını istemesi kabul edilmemektedir (sınırlı fark teorisi)[310]. Bu görüşün altında yatan sebep, *iade talebinin ancak dönme hakkı çerçevesinde ortaya çıkabileceği* düşüncesidir. Edimini geri almak isteyen alacaklının, sözleşmeden dönme yolunu seçmesi gerekecektir. Aksi durumun, kanun

---

BernerK-Weber, Art. 109, N. 24, 84; Simonius, **a.g.m.,** s. 254 vd; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19; Serozan, **Dönme,** s. 582, 589 vd. özellikle s. 590 ve 596. *Olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından* bu görüşte bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 260 vd.

305 Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 140-142, dpn. 101; Atamer, **a.g.e.**, s. 451; **BernerK-Weber,** Art. 109, N. 24, 84; Simonius, **a.g.m.,** s. 254 vd.; Lemp, **a.g.e.,** s. 53 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 970, 971; Glättli, **a.g.m.,** s. 243.

306 *Fark teorisi,* tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerde, alacaklıyı kendi edimini ifa yükünden kurtarmakta ve bu edimin değerini borçlunun tazminat borcundan düşürmektedir. Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2. Bu teorinin benimsenmesi, dönme ile birlikte olumlu zararın istenemeyeceği görüşünün kabulünü zorlaştırmaktadır. Aynı yönde bkz. Serozan, **Dönme,** s. 593.

307 Bu sebeple, fark teorisi, dönme hakkının olumsuz zararın tazmini ile sınırlandırılmayan arka kapısı olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Glättli, **a.g.m.,** s. 239.

308 Fark teorisinin kabul edilmesiyle aslında dönme ve olumlu zarar tazmininin bağdaştırılamayacağı görüşünün savunulması zorlaşacağı için, bu görüşü savunanlar, Türk Borçlar Kanunu bakımından özellikle borçlu temerrüdü durumuna ilişkin mübadele teorisinin benimsendiğini kabul etmişlerdir. Bkz. Serozan, **Dönme,** s. 594.

309 Fark teorisi, doktrinde çoğunluklu olarak kabul edildiği üzere (sınırlı fark teorisi), alacaklıya önceden yerine getirmiş olduğu edimi geri kazandırmaz. Alacaklıyı öz edimine kavuşturabilecek tek araç, dönmedir. Dönme ile birlikte sadece yerine getirilmemiş edimi yerine getirme yükümü ortadan kalkmaz, önceden yerine getirilmiş edimi de geri elde etme olanağı ortaya çıkar. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 15.

Fark teorisi uygulanması sonucu, yerine getirilmemiş edimler bakımından bu edim yükümlülüklerinin sona ermesi, dönme ya da fesihte olduğu gibi *bir sona erme sebebine dayanmaz.* Fark teorisinde edim yükümlülüklerinin sona ermesi, *dogmatik temellere* dayanmaktadır. Bkz. Glättli, **a.g.m.,** s. 239.

310 Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, c.

koyucunun tazminat talebi ile dönme hakkını alternatif hukuki imkânlar olarak düzenlemesine aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir[311]. Bu sebeple, sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklıya da olumlu zararının tazminini talep etme hakkı tanınmalıdır.

-Diğer bir sebep olarak, sözleşmeden dönme yoluna gidilmeyip ifa yerine tazminat istendiğinde, sözleşmenin ayakta kalmaya devam edip alacaklının alacağının tazminat alacağına dönüşmesinin *(mübadele teorisi-Austauschtheorie/Surrogationstheorie)*, bazı durumlarda alacaklının menfaatlerine uymaması gösterilebilecektir. Bu durum, özellikle *para dışında bir edim* alacaklısı söz konusu ise, karşımıza çıkar. Bu para dışındaki edimin, tazminat alacağına dönüşmesi suretiyle aslında sözleşmede kararlaştırılan edime kendisi için ya da başkasına satmak için ihtiyaç duyan alacaklı açısından, bu durumun, hakkaniyete uygun olmadığı aşikardır. Zira, edimin parasal değeri, amaçlanan menfaati tümüyle karşılamayacaktır[312]. Bu sebeple, fark teorisine başvurularak alacaklının da edimini yerine getirmekten kurtulması amaçlansa da bu teorinin *alacaklının edimini yerine getirmiş olduğu hallerde uygulanmaması* ve bu teorinin edim yükümlülüklerini sona erdirmesi bakımından, dönme ya da fesih gibi hukuki sebeplere değil de *dogmatik temellere dayanması* bu teorinin sorunlarını oluşturmaktadır[313]. Bu sebeple, görüldüğü gibi, borca aykırılık halinde kendi edimini de yerine getirmekten kurtulmak isteyen ya da yerine getirmiş olduğu edime kavuşmak isteyen alacaklı bakımından, sözleşmenin ayakta kalmasındansa sözleşmeden dönme yoluyla sözleşmenin sonlandırılması daha isabetlidir. Bu şekilde sözleşmeyi sonlandıran alacaklıya da borçlunun edimini yerine getirmemesinden dolayı uğradığı olumlu zararını talep etme hakkının tanınması, bulunacak en isabetli çözüm olacaktır[314].

---

311 Hans G. Leser, **Der Rücktritt vom Vertrag,** Tübingen, 1975, s. 130; Keuk, **a.g.e.,** s. 146 vd.; Havutçu, **a.g.e.,** s. 91.

312 Glättli, **a.g.m.,** s. 234.

313 Glättli, **a.g.m.,** s. 239.

314 Glättli, **a.g.m.,** s. 239.

-Ayrıca alacaklı edimini önceden ifa etmişse, çoğunluk görüşüne göre[315], olumlu zararını ancak mübadele teorisine göre isteyebilecektir. Edimini önceden yerine getiren alacaklı, olumlu zararını istediğinde, böylece kendi edimini tekrar elde edemeyecek ve karşı tarafın ediminin parasal değerini ve uğradığı başka zarar varsa bunların toplamını elde edecektir. Oysa ki, alacaklı, asıl edimi elde edebilmek için böyle bir sözleşme yapmış ve karşı edimi ödeme borcu altına girmiştir. Bu sebeple, karşı tarafa güvenip edimini önceden yerine getiren alacaklının elinden böyle bir imkânın alınması, hakkaniyete uygun gözükmemektedir. Bundan dolayı, önceden edimini ifa eden alacaklının da dönme ile ifa ettiği edimine tekrar kavuşması ve ifa etmemeden doğan zararlarının giderilmesini talep edebilmesi mümkün kılınmalıdır. Ayrıca alacaklının sözleşme edimini karşı tarafta bırakıp olumlu zararını tazmin etmek yerine, edimini geri alarak olumlu zararının tazminini isteme konusunda menfaati olabilecektir ve bu sebeple ona bu hakkın tanınması gerekecektir[316]. Aksi halde, sırf borçluya güvenerek edimini önceden ifa eden alacaklı cezalandırılmış olacaktır[317].

-Ayrıca unutulmamalıdır ki, borcu bir miktar para vermek olan alacaklının, edimini önceden yerine getirse de her zaman verdiğini geri alarak olumlu zararını talep edebilecek olması da para borcu dışındaki borçlanmalar açısından bir adaletsizlik yaratmaktadır. Bu imkânın, alacaklının paradan başka bir edimin borçlusu olması durumunda da yaratılması gerekmektedir[318].

-Diğer bir gerekçe olarak, borçlunun borca aykırı davranışı sonucu, sözleşmeden dönmek durumunda kalan alacaklının elinden olumlu zararın tazmini imkânını almak, olumsuz zarar kalemlerinden sözleşmenin kurulması için fazla masraf yapmamış olan ya da herhangi bir fırsatı kaçırmamış olan alacaklının bir tazminat talebinde bulunamaması anlamına gelir. Bu da borçlunun davranışları

---

315 Bu hususa ilişkin sınırlı fark teorisi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, c.

316 Serozan, **Dönme,** s. 593.

317 Serozan, **Dönme,** s. 592, 593; Ergüne, **a.g.e.,** s. 266.

318 Boßhardt, **a.g.m.,** s. 81, 82; Serozan, **Dönme,** s. 594; Simonius, **a.g.m.,** s. 260; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19.

sebebiyle sözleşmeden dönmek zorunda kalan alacaklı açısından, hakkaniyete uygun gözükmemektedir[319].

-TBK m. 125'te bahsedilen zarar, bir kimsenin sözleşmenin kuruluşu evresindeki aldatmasının sonucu sözleşmenin geçersizliğinden doğmuş bir zarar değildir; *geçerli olarak kurulmuş ancak ifa edilmemiş bir sözleşmedeki zarardır*. Bu sebeple, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu yolunda beslenmiş *güvenin sarsılmasından* kaynaklanan bir zarar olduğu söylenemeyecektir. *Borcun gereği gibi ifa edileceğine olan güvenin sarsılmasından,* yani sözleşmeye aykırılıktan doğan bir zarar söz konusudur[320].

Doktrinde dönmenin hukuki etkisi konusunda savunulan görüşlerin[321] tutarlı olması açısından, klasik görüş taraftarlarının olumsuz zarardan, yeni dönme teorisi

---

319 Ergüne, **a.g.e.,** s. 264. Karş. Serozan, **Dönme,** s. 592, 595.

320 Serozan, **Dönme,** s. 589.

321 Baskın olarak kabul edilen *klasik teoriye göre,* alacaklının ifadan vazgeçip sözleşmeden döndüğünü beyan etmesiyle borç ilişkisi sözleşmenin kurulduğu andan itibaren olmak üzere geriye etkili (ex tunc) olarak sona erer. Böylece kurulduğu andan itibaren ortadan kalkan sözleşmeden artık yeni borçlar doğmayacağı gibi evvelce doğan borçlar da doğdukları andan itibaren sona ereceklerdir. Sözleşme çerçevesinde önceden verilen ya da yapılan şeyler sebepten yoksun kaldıkları için geri iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacaktır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1690; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 155; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 493; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 109, N. 2; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 951, 1160; Feyzioğlu, **C. 2,** s. 415; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 504; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 39; M. Turgut Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **MHAD,** Y. 1985, S. 16, s. 131 vd. Sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için, tazmini gereken zarar da alacaklının sözleşmenin hiç yapılmamış olmasına olan menfaatini giderecek olan olumsuz zarardır. Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. Y. 15. HD. 07.02.2019 E. 2018/2646 K. 2019/497 (kazancı); Y. HGK 17.01.1990 E. 1989/13-392 K. 1990/1 (kazancı); Y. HGK 25.12.1981 E. 1979/13-454 K. 1981/857 (kazancı); Y. 15. HD. 12.05.1983 E.1983/1307 K. 1983/1255 (kazancı).

Ayni etkili dönme teorisine göre, dönme hakkı kullanılmakla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılır. Fakat bu durumda dönmenin etkisi klasik teoriden farklı olacak ve sebebe bağlı tasarruf işlemi de dönmenin etkisiyle geçmişe etkili olarak hükümsüzleşecektir. Böylece sözleşmenin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemleri sonucunda önceden verilen şeylerin iadesi, ayni hakka dayanan bir istihkak davası ile istenebilecektir. Bu durumda da sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erdiğinden hakim fikre göre alacaklının olumsuz zararını talep hakkı söz konusu olacaktır. Bkz. Bu teoriyi savunanlar için bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 151; Keller, Schöbi, **a.g.e.,** s. 277, 278; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 40; Öz, **Ayni Haklar,** s. 162 vd.

Yasal borç ilişkisi teorisine göre, dönmeyle birlikte borç ilişkisinin ortadan kalkmasının anlamı borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren ortadan kalkması değildir. Bu sebeple, önceden ifa edilen edimler sebepten yoksun kalmış değildir. TBK m. 125/f. 3 ile taraflar arasında tasfiyeye yönelik yasal bir borç ilişkisi *(Legalschuldverhaltnis)* kurulmuş olmaktadır. Önceden ifa edilen edimler, tamamen TBK m. 125/f. 3'te öngörülmüş olduğu için iade edilmelidir. Bu sebeple, iadeye ilişkin genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Fakat iadenin nasıl yapılacağı TBK m. 125/f. 3'te

taraflarının olumlu zarardan yana tavır almalarının, kanaatimizce de isabetli olarak bu teorilerin tutarlılığı bakımından aslında olmazsa olmaz bir unsur olmadığı da savunulmuştur[322]. Zira dönme beyanı, sadece borç ilişkisinin varlığına ilişkin, yani geçmişe etkili olarak sona ermesi ya da tasfiye ilişkisi haline dönüşmesi gibi sonuçlar meydana getirmektedir. Yoksa tazminat sorumluluğu doğuran davranış üzerinde bir etki meydana getirmemektedir[323]. Dönme sonucunda hangi teori kabul edilirse edilsin; olumsuz zarara yol açan *"sözleşmenin kararlaştırılan şekilde yürütüleceği yönünde uyandırılan güvenin ihlâli olgusu"* ve olumlu zarara yol açan *"borcun gereği gibi ifa edilmesine olan menfaatin ihlâli olgusu"* bir arada bulunmaktadır[324]. Bu sebeple, yeni dönme teorisi kabul edilse de, bu teoride sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kabul edilmemesi, dönme ile birlikte olumsuz zararın tazmini hususunda bir sorun oluşmayacaktır[325]. Zira dönme sonucu olumsuz zararın tazmini, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına değil de *geçerli bir şekilde devam edeceğine olan güvenden* kaynaklanmaktadır[326]. Ayrıca klasik görüş kabul edilip sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olsa bile *sözleşmeye aykırılık*

---

belirtilmediğinden, bu boşluk sebepsiz zenginleşme hükümleriyle kıyasen doldurulmalıdır. *Bu görüşü savunanların bir kısmı da sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zarar yerine, olumlu zararın tazmin edilmesi taraftarıdır.* Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 968 vd. Olumsuz zarar ya da olumlu zararın tazmininin mümkün olacağı yönünde bkz. Becker, **a.g.e.,** Art.109, N. 9.

Yeni dönme teorisine göre, dönme ile borç ilişkisi ne geçmişe ne de geleceğe etkili olarak sona ermektedir. Dönmeyle birlikte, sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etki olmamakla birlikte, sözleşme tasfiye ilişkisi *(Abwicklungsverhaltnis)* haline döner ve bu ilişkide sözleşmeden doğan borçlar tersine dönerek devam eder**.** Dönme hakkının kullanılmasıyla, tarafların henüz yerine getirmedikleri başlangıçtaki edim yükümlülükleri ortadan kalkar. Bunun yerine daha önce ifa etmiş oldukları edimleri iade yükümlülüğü geçer. Bkz. **BaslerK-Wiegand,** Art. 109, N. 5; Schenker, **a.g.e.,** s. 260; Eren, **a.g.e.,** s. 1150; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §17, N. 18. Bu durumda, iade yükümlülüğü niteliği itibariyle sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür. Bu sebeple, *sebepsiz zenginleşme kurallarına göre değil, sözleşmeden doğacak borçlara uygulanacak kurallara tâbi olur* ve genel zamanaşımı olan on yıllık süre uygulanır. Bkz. Eren, **a.g.e,** s. 1151; **BaslerK-Wiegand,** Art. 109, N. 5; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2806. Bu görüş taraftarlarınca, temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlayamayan tarafın, dönme üzerine borç ilişkisi ortadan kalkmadığından alacaklının olumlu zararını karşılaması gerekecektir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 971.

322 Ergüne, **a.g.e.,** s. 262. Aksi yönde bkz. Glättli, **a.g.m.,** s. 240-242.

323 Glättli, **a.g.m.,** s. 242; Ergüne, **a.g.e.,** s. 263. Benzer yönde bkz. Serozan, **Dönme,** s. 596.

324 Ergüne, **a.g.e.,** s. 263.

325 Ergüne, **a.g.e.,** s. 263.

326 Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 140, dpn. 101; Ergüne, **a.g.e.,** s. 263, dpn. 407. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, II, A, 3, d.

olgusu silinmeyecektir. Zira, dönme hakkını kullanan alacaklının tutumu, sadece borç ilişkinin varlığına ilişkin sonuçlar meydana getirmekte, tazminat sorumluluğu doğuran borca aykırı davranış üzerinde bir etkiye yol açmamaktadır.

-Doktrinde de dönmenin borç ilişkisi üzerinde etkisi konusunda aynı teorileri savunanların farklı zarar türlerini tercih etmeleri de teorilerin tutarlılığı açısından belirli bir zarar türünü gerektirmediğini göstermektedir[327].

-Ayrıca TBK m. 126'da ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce feshedilmesinden doğan zararının giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Fesih hakkına eşlik edebileceği kabul edilen olumlu zarar tazmininin dönme hakkına eşlik edemeyeceği düşüncesi, dönme durumunda fesihten farklı olarak sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı düşüncesidir. Fakat her iki durumda da zarara yol açan nedenin, borçlunun borcuna aykırı davranışı olduğu göz önüne alınırsa bu durum isabetli değildir[328].

-Aslında dönme sonucu olumlu zararın da talep edilebileceği düşüncesi, önceden beri kabul gören bir düşüncedir. Örneğin tartışmalı olmakla birlikte[329] eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 124 ve eski Türk Ticaret Kanunu m. 714'te dönme haline özgü olmak üzere olumlu zarardan sorumluluk düzenlenmiştir[330].

---

327 Örneğin yasal borç ilişkisi teorisini kabul etmekle birlikte olumlu zararın tazminini savunanlar bulunmaktadır. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 970, 971. Yine yeni dönme teorisini benimsemekle birlikte olumsuz zararın tazmininden söz edenler için bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 225, 251, 255; Daniel Glasl, "Forum: Zur Wirkung des Rücktritts- eine Replik", **ZSR,** 132, I. Halbband, 1991, s. 271 ve 281; Glasl, **a.g.e.,** s. 117.

328 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19, 20.

329 Eski İsviçre Borçlar Kanunu döneminde baskın görüş, m. 124'te olumlu zararın tazmininin öngörüldüğünü kabul etmekle birlikte, olumsuz zarardan yana tavır alan ya da alacaklının olumlu ve olumsuz zarar arasında seçim hakkına sahip olacağını öngören görüşler de bulunmaktaydı. Ayrıntı için bkz. Lemp, **a.g.e.,** s. 40, 41.

330 Ayrıca doktrinde, TBK m. 213, 217, 229, 236, 305, 308, 617 gibi hükümlerde sözleşmeden dönen alacaklıya, eksiksiz bir sözleşmeye aykırılık tazminatı öngörülmüş olmasının, Türk Borçlar Kanunu'nda da dönme ve olumlu zararın tazmininin aslında birbirini dışlamadığını gösterdiği ifade edilmiştir. Bkz. Serozan, **Dönme,** s. 591, 596. Özellikle satıcının TBK m. 217/f. 1b. 4 ve m. 229/f. 1 b. 3 ve f. 2'de satıcının zapttan ve ayıptan ötürü garanti sorumluluğunda, dönme ve olumlu zarar tazmini açıkça benimsenmiştir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §17, N. 19. Ancak kanaatimizce bu hükümlerde bahsedilen doğrudan-dolaylı zarar ayrımını olumlu-olumsuz zarar ayrımından bağımsız düşünmek gerekmektedir. Ayrıntı için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 3, b, (3).

Günümüz hukuk sistemlerinde de özellikle Fransa'da (Cc m. 1184/f. 2)[331], Avusturya'da (ABGB m. 921), İtalya'da (Cci m. 1453/f. 1) ve Almanya'da (BGB § 325) sözleşmeden dönme yoluna başvuran alacaklıya olumlu zararını talep hakkını veren düzenlemeler yapılmıştır[332].

Alman (BGB § 325) hukuk sisteminde, sözleşmeden dönme ve tazminat talepleri birbirinden bağımsız hale getirilmiştir. Zira bu sistemde ifa engelleri ile ifa engellerinin sonuçları ayrı ayrı düzenlenmektedir. İfa engellerinin sonuçları da ayrı ayrı düzenlenmiş olduğundan, sözleşmeden dönme ve tazminat talepleri de birbirinden bağımsız kılınmıştır. Alacaklı, sözleşmeden dönüp ifa yerine tazminat (olumlu zararını) isteyebilecek, herhangi bir tazminat talep etmeksizin sözleşmeden dönebilecek ya da sadece olumlu zararını isteyebilecektir[333].

Viyana Satış Sözleşmesi'nde de sözleşmeden dönmenin tasfiye ilişkisi yaratacağı ayrı bir hükümde (m. 81 vd.), dönmeye yol açan borca aykırılık nedeniyle istenebilecek zarar (m. 74) ayrı bir hükümde düzenlenmiştir.

Viyana Satış Sözleşmesi'nde de ne olumlu ne de olumsuz zarar kavramı açıkça kullanılmıştır. Tüm borca aykırılık halleri için, ifa menfaatine karşılık gelen tam tazminat esası benimsenmiştir[334]. Ancak bu sistem içerisinde de doktrinde yazarlar, alacaklıya seçimlik hak olarak yine olumsuz zararlarını talep etme hakkı tanıma eğilimindedirler[335].

---

331 Hornung, **a.g.e.,** s. 240 vd. Fransız hukukunda zarar, borçlunun yükümlülüklerine aykırı davranmada bir kastının bulunmadığı durumlarda, sadece borçlunun sözleşmenin kurulması sırasında hesaba kattığı veya katabileceği zararlarla sınırlandırılmıştır (CC m. 1150). Borçlunun kastının bulunduğu durumlarda ise, sorumluluk, *"doğrudan doğruya"* ifanın yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararlar için söz konusu olacaktır (CC m. 1151). Bkz. Lemp, **a.g.e.,** s. 39; Eduard Honegger, **Über das Rücktrittsrecht,** Zürich, 1926, s. 52, dpn. 90.

332 İsviçre hukukunda ise, şuanki düzenleme bakımından dönme ile olumlu zararın tazmini talebi bir arada sürülemezken; 2020 yılı için tasarlanan İsviçre Borçlar Kanunu reformunda da olumlu zararın tazmini talebinin dönme dışında diğer tüm taleplerle birlikte ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. Bkz. Faust, **a.g.m.,** s. 174.

333 Looschelders, **a.g.e.,** N. 644, 674 vd.

334 Atamer, **a.g.e.,** s. 427.

335 **CISG Kommentar-Stoll, Gruber,** Art. 74, N. 2.

Görüldüğü gibi, Alman ifa engelleri sistemi ve Viyana Satış Sözleşmesi'nde de dönme ve tazminat tamamen ayrı hükümlerde düzenlenmiş, birbirinden bağımsız kurumlardır. Bu sebeple, bu taleplerden birinin varlığı diğerini dışlamamaktadır.

-Ayrıca Alman hukukunda ve Viyana Satış Sözleşmesi'nde *"ifa yerine olumlu zarar"* talep etme yönünde bir seçimlik hak ayrıca düzenlenmediğinden, söz konusu düzenlemelerin, Türk ve İsviçre hukukları açısından örnek alınamayacağı iddiası da ileri sürülememelidir. Zira, her ne kadar söz konusu düzenlemelerde, ifa yerine olumlu zararı tazmin imkânı olmadığından, dönme sonucunda olumlu zararın tazminine imkân tanındığı ileri sürülebilecekse de ifa yerine olumlu zararın düzenlendiği Türk ve İsviçre hukuklarında bu imkânın her durumda dönme halinde ortaya çıkan olumlu zararı isteyebilme ihtiyacını karşılamadığını ifade etmek gerekmektedir. Zira edimini önceden yerine getirmiş alacaklının fark teorisine başvuramayacağı kabul edildiğinden, mübadele teorisine göre olumlu zararını talep edecek olan alacaklının menfaati tam karşılanmış olmayacaktır. Bu ihtimalde alacaklı kendi edimini vermiş olacak, bunun karşılığında aslında sözleşmeyi sırf karşı edimi elde etmek için yapmış olmasına rağmen, bunun yerine bir tazminat alacağı elde edecektir. Sadece tazminat alacağı elde edecek alacaklıyı, kendi edimini yerine getirmekten kurtaracak tek imkân dönmedir. Bu sebeple, alacaklıya dönme ve olumlu zararın tazmini imkânı tanınmalıdır[336]. Ayrıca olumlu zararı tazmin borcu altında bulunan kusurlu borçlunun da edimlerin iadesinde pekâlâ menfaati bulunabilecektir. Alacaklının karşı ediminin kendisi bakımından artık önem taşımaması, bu duruma örnektir. Böylece sözleşmeden dönen alacaklıya olumlu zararını tazmin hakkı verilmesi, TBK m. 125'teki seçimlik hakların sayısında da bir azalmaya yol açmayacaktır. Zira fark teorisi ve dönmenin bazı hususlarda aynı sonuçlara yol açmaları, bunların tamamen bağımsız varlıklarını kaybettiklerini göstermeyecektir[337].

Kanaatimizce dönme sonucu sadece olumlu ya da olumsuz zarardan birinin tercihi, bir zorunluluk oluşturmayıp bir hukuk politikası sorunu ve buna bağlı olarak

---

336 Ergüne, **a.g.e.,** s. 266, dpn. 414.

337 Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 140, 141, dpn. 101; Ergüne, **a.g.e.,** s. 266, dpn. 415.

kanun koyucunun tercihidir. Bu sebeple, dönmeye ilişkin TBK m. 125/ f. 2'nin düzenleniş şeklinden ve lafzına göre yapılan yorumdan, baskın görüş uyarınca da kabul edildiği gibi, kanun koyucunun dönme ile birlikte olumsuz zararın tazminini amaçladığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu sebeple, dönme sonucu olumsuz zararın tazminine yönelik yukarıda bahsedilen gerekçeler, Türk ve İsviçre hukuklarında dönme halinde istenebilecek zararın tazminine ilişkin halihazırdaki düzenleme açısından isabetli olacaktır. Ayrıca TBK m. 125/f. 2'de alacaklının borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyebileceği ya da sözleşmeden dönebileceği düzenlendikten sonra, TBK m. 125/ f. 3'te dönme hakkı tercih edilirse, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zararın giderilmesinin istenebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, alacaklıya sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarar ile hükümsüz kalması sonucu oluşacak zarar arasında seçim hakkının tanınmış olması, dönme üzerine istenebilecek zararın olumsuz zarar olduğunu göstermektedir. Bu haklardan birini kullanan alacaklı, tercihinin sonuçlarına katlanacaktır. Ayrıca TBK m. 125/f. 3'e tekabül eden İsv. BK m. 109/ f. 2'de kullanılan *"aus dem Dahinfallen des Vertrages"* ifadesinin olumsuz zararın tazmininin kabul edildiği diğer hallerde de kullanılmış olması, halihazırdaki düzenleme açısından dönme sonucunda olumsuz zararın tazmininin amaçlanmış olduğunu göstermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde de *"...Maddenin son fıkrasında, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen alacaklının uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği belirtilmektedir. Burada alacaklının giderilmesini isteyebileceği zarar, olumsuz zarar, yani sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarardan ibarettir."* denmekle, kanun koyucunun iradesi açıkça ortaya konulmuştur. Bu sebeple, yürürlükteki hukuk açısından dönme sonucunda olumlu zararın talep edilebileceği ileri sürülemeyecektir.

Dönme sonucunda olumlu zararın da istenebileceği fikri, kanaatimizce ancak olması gereken hukuk *(de lege ferenda)* bakımından savunulabilecektir[338]. Dönme

[338] Olması gereken hukuk açısından, dönme neticesinde olumlu zararın tazmini kabul edildiğine göre, aynı sonuca edimini önceden ifa etmiş alacaklılar bakımından mutlak fark teorisinin benimsenmesi yoluyla da ulaşabilecektir. Böylece edimini ifa etmiş alacaklı, fark teorisine göre ediminin iadesini ve olumlu zararının giderilmesini talep edebilecektir. Ancak mutlak fark teorisi uygulandığında,

sonucunda olumsuz zararın tazmininin kabulü mümkün olacağı gibi, olumlu zararın tazminine engel olacak bir sebep de yoktur[339]. Özellikle Alman hukukunda ifa engellerine ilişkin modernizasyon sonrası yapılan düzenlemelerde ve Viyana Satış Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerde[340], dönmenin ve tazminatın birbirinden tamamen bağımsız olarak düzenlenmiş olması, birinin varlığının diğerinin yokluğunu gerektirmediğini göstermektedir. Demek oluyor ki, dönme sonucu sadece olumlu ya da olumsuz zarardan birinin tercihi, bir zorunluluk oluşturmayıp bir hukuk politikası sorunudur. Türk Borçlar Kanunu'ndaki dönmeye ilişkin halihazırdaki düzenlemenin ihtiyaçları karşılamaması sebebiyle *gerçek olmayan boşluk* oluşturduğu söylemek mümkündür[341] ve TBK m. 125/f. 2 (İsv. BK m. 109/ f. 2)'deki bu boşluğun alacaklıya olumsuz menfaatin tazmini yanında tanınacak olumlu menfaatin tazmini seçimlik hakkıyla doldurulması gerekmektedir.

Bu sebeple, sözleşmeden dönen alacaklının, zararının tazmininin olumsuz zararla sınırlandırılmaması, alacaklının *olumlu ya da olumsuz zarar arasında seçimlik hakkının* bulunması gerekmektedir[342]. Diğer bir deyişle alacaklı,

---

dönmenin sonucuna ilişkin kabul ettiğimiz klasik görüş doğrultusunda olduğu gibi sözleşme ilişkisi sona ermiş olmayacak, varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu bakımdan dönme ve mutlak fark teorisi arasında farklılık oluştuğunu söylemek mümkündür.

339 Bu hususta Hatemi de, TBK m. 125/f. 2 hükmünün tadil edilmesini ve TBK m. 35/f. 2'de olduğu gibi hakkaniyet ve akit adaleti ilkesi ışığında düzeltici yoruma tabi tutularak benzer bir ifadeye kavuşturulması gerektiğini ifade etmiştir. Böylece temerrüt dolayısıyla dönme halinde olumsuz zarar tazmini esas olsa da akit adaleti ilkesi gerektiriyorsa, bu tazminat olumlu ve aşkın zararı kapsamalıdır. Bkz. Hatemi, **a.g.e.,** § 26, N. 168; Hatemi, Gökyayla, **a.g.e.,** § 26, N. 47, 95.

340 CISG, PICC ve PECL'e göre, tazminat talebi diğer tüm haklarla birlikte kombine edilebilecektir. Bkz. Hornung, **a.g.e.,** s. 261.

341 Glättli, **a.g.m.,** s. 242, 243. Gerçek olmayan boşluk halinde, hükmü değiştirmek kanun koyucunun görevidir. Ancak böyle bir hükmün uygulanması hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecekse, o durumda hakim MK m. 2/f. 2'ye dayanarak hükmü uygulamayacak ve ortaya çıkan örtülü boşluğu MK m. 1'e göre kendisi doldurabilecektir. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar,** 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 104, N. 344.

342 Glättli, **a.g.m.,** s. 241 vd.; Serozan, **Dönme,** s. 589 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 936. Arzu edilen hukuk *(de lege ferenda)* bakımından bu görüşte bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 260 vd.; Buz, **a.g.e.,** s. 268, 269; Antalya, **a.g.e.,** s. 522.

Alacaklının dönme anına kadar doğan gecikme tazminatı ya da para borcu söz konusu ise temerrüt faizi talebi, ancak dönme ile birlikte olumlu zararın talep edilebileceği kabul edilirse söz konusu olacaktır. Yoksa dönmenin sonucunda ancak olumsuz zararın tazminine imkân veren yürürlükteki hukuk açısından, olumlu zarar kalemi teşkil eden gecikme zararı ya da temerrüt faizinin dönme ile birlikte talep edilememesi gerekir. Zira olumlu ve olumsuz zararın aynı olayda bir arada tazminin talep edilmesi mümkün değildir. Ancak doktrinde Antalya, dönme anına kadar doğan gecikme

sözleşmeden dönme halinde, alacaklının, *sözleşmenin yürütüleceğine ilişkin uyandırılan güvenin ihlâlinden kaynaklanan olumsuz zararının veya edim borcuna aykırılıktan doğan olumlu zararının* tazmini talepleri arasında seçimlik hakka sahip olacaktır. Zira her iki zarar türü için de aranan şartlar gerçekleşmiştir. Bu durum, dönmenin sözleşme ilişkisine etkisi hususundaki teorilerden de bağımsızdır.

Alacaklı hangi zararı talep etmek somut olay bakımından kendisi açısından daha yararlı olacaksa, o yöndeki menfaatinin giderilmesini talep edebilmelidir. Örneğin, sözleşmenin kurulması için fazla masraf yapmış ya da daha avantajlı başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmışsa olumsuz menfaatinin giderilmesini istemesi kendisi açısından daha faydalı olacaktır[343]. Bu sebeple, doktrinde ileri sürülen, *"ifa engelleri hukukunda olumsuz zarar tazminatının toptan reddedilmesi gerektiği görüşü"*[344] kanaatimizce isabetli değildir. Zira bu düşüncenin kabulü, dönme sonucu olumsuz zarar tazminatı daha menfaatine olan alacaklının durumunu kötüleştirecektir. Ayrıca dönme sonucu, her ne kadar borca aykırılık olgusu gerçekleşmişse de sözleşmenin geçerli bir şekilde yürürlüğünü sürdüreceğine olan güvenin zedelenmesi olgusu da görmezlikten gelinmemelidir.

Bu durumda, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, aynen ifadan vazgeçen alacaklı, eğer edimini ifa etmemişse, mübadele ya da fark teorisine göre, olumlu zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Eğer alacaklı, edimini önceden ifa etmişse, bu takdirde sadece mübadele teorisine göre zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir. Dönme yolunu seçmişse, somut olaydaki avantaj durumuna bağlı olarak olumsuz ya da olumlu zararının tazmini konusunda seçimlik hakka sahip olacaktır. Alacaklının edimini

---

zararı ya da temerrüt faizini talep hakkının dönmeden etkilenmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Antalya, **a.g.e.,** s. 527, 528.

343 Genel olarak olumlu zarar miktarı, olumsuz zarar miktarından fazla çıksa da olumsuz zararın da olumlu zarardan fazla olabileceği durumlar olabilecektir. Olumsuz zarar miktarını olumlu zarar miktarı ile sınırlayan bir hüküm de TBK m. 9 dışında Türk Borçlar Kanunu'nda yer almadığından olumsuz zararın olumlu zarardan daha fazla olduğu durumlarda olumsuz zararın tazmini mümkün olacaktır. Bkz. Birinci Bölüm, II, A, 3, f, (2).

344 Kerem Cem Sanlı, **Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi,** 1. Basıdan 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017**,** s. 614; Serozan, **Dönme,** s. 589 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 19.

önceden ifa etmiş olduğu durumlarda, ifa yerine olumlu zararını istemişse mübadele teorisi, sözleşmeden dönerek olumlu zararını talep etmişse fark teorisinin uygulama alanı bulduğunu kabul etmek gerekecektir[345].

Ancak doktrinde dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin talep edilebileceğini savunan başka bir görüş[346], bu ihtimalde borçlunun temerrüdü durumunda, alacaklının ifadan vazgeçip olumlu zarar tazminatı talep etme seçeneğinin işlevsiz kaldığını belirtmektedir. Bu durumda alacaklının, dönme ya da aynen ifayı talep etmek gibi iki seçimlik hakkı bulunmalıdır. Alacaklı, her iki durumda da olumlu zararının giderilmesini talep edebilmelidir. Bu görüş, *"alacaklı, karşı edimin ifasını istemiyorsa herhalde kendi edimini de yerine getirmek istemiyordur"* ön kabulünden hareket etmektedir[347]. Bu durumda dönme hakkı alacaklının menfaatine olacaktır. Ancak kanaatimizce, alacaklının karşı edimin ifasını istemeyip kendi edimini ifa etmek istediği durumlar da olabilecektir. Örneğin, (S)'nin kendisine bir koyun teslimi karşılığında, portakal bahçesinden 50 kilo portakal borçlanan (A), (S)'nin koyunu teslim borcunda temerrüde düşmesi üzerine, bu süre zarfında portakalların yumuşaması sebebiyle kendi edimini başka şekilde değerlendirmeyecek ve başka bir koyun alması sebebiyle karşı edime de artık ihtiyacı kalmamış olabilecektir. Bu durumda kendi edimini ifa edip, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının *mübadele teorisine göre* hesaplanmasını isteyebilecektir. Bu sebeple, her ne kadar dönme sonucu olumlu zarar tazmini, kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından kabul edilmesi gereken bir ihtimal olsa da, bu ihtimalin kabul edilmesi durumunda dahi aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini talep hakkı yine de varlığını sürdürmelidir.

Alacaklının sözleşmeden dönüp tazminat istemesi durumunda, dönme sonucu karşılıklı edimlerin iadesi gerekeceğinden, olumlu zarar, işin doğası gereği fark teorisine göre hesaplanmış olacaktır. Bu durumda, alacaklının ediminin değeri düşüldükten sonra, alacaklının sözleşmeye aykırılık edilmemiş olsaydı içinde

345 Ergüne, **a.g.e.,** s. 266.
346 Sanlı, **a.g.e.,** s. 619.
347 Sanlı, **a.g.e.,** s. 519, 619, 624.

bulunacağı farazi elverişli durumla, bu aykırılık sonucu şuan içinde bulunduğu gerçek durum arasındaki fark, olumlu zararını oluşturacaktır[348].

Sunduğumuz bu çözümün, TBK m. 125'in sözünün daha serbest yorumu sonucu yürürlükteki hukuk açısından da uygulanabileceği bir an olsun düşünülebilecektir. Bunun sebebi, TBK m. 125'in *dönme halinde sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın tazmini* ifadesinin, daha serbest yorumlanması durumunda, doktrinde von Tuhr'un da ifade ettiği gibi, bu ifadenin her zaman olumsuz zarara yol açmayacak olmasıdır[349]. Zira, *sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde alacaklı, sözleşme ifa edilmiş olsaydı elde edeceği olumlu menfaati de kaybedebilecektir.* Bu sebeple, sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucu olumlu menfaatin de giderilmesi gerektiği söylenebilecektir. Ancak kanaatimizce, madde gerekçesinde açıkça kanun koyucunun iradesinin olumsuz zarardan yana olduğu açıklandıktan sonra, böyle bir yorum yapmak amacını aşacaktır.

c. Borçlu Temerrüdü İle İlgili Özellik Arz Eden Durumların Olumlu Zararın Tazmini Talebine Etkisi

(1) Kısmi Temerrüt Halinde

Borçlu, muaccel bir borcun sadece bir kısmının ifasını teklif ederse, kural olarak alacaklının bu teklifi reddederek (TBK m. 84/f. 1) borçluyu borcun tamamı için temerrüde düşürmesi mümkündür. Ancak bazı istisnai hallerde, alacaklının kısmi ifayı kabul mecburiyeti bulunmaktadır[350]. Bu mecburiyet, sözleşmeden, edimin niteliğinden, dürüstlük kuralından veya kanundan kaynaklanabilir. Alacaklı kendi iradesiyle ya da zorunda kaldığı için kısmi ifayı kabul ettiyse, kalan kısım için borçluyu temerrüde düşürebilir[351]. Kısmi temerrüt, ek süre tayininden önce

---

348 Serozan, **Dönme,** s. 598. Aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın talep edildiği hallerde hangi teorinin uygulanması gerekeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II, B.

349 von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 86; Scherrer, **a.g.e.,** s. 48, 49; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 140; Ergüne, **a.g.e.,** s. 43.

350 Bu istisnai durumlar için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 877-885, von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 15, 16.

351 Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 46; Eren, **a.g.e.,** s. 1155; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2813; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 399; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 158.

alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi ile ortaya çıkabileceği gibi, tayin edilen ek süre içinde kısmi ifa teklifinin kabulü ile de ortaya çıkabilir[352].

Kısmi temerrüt bölünebilir edimlere sahip ani edimli borçlarda söz konusu olabilir. Sürekli borç ilişkilerinde, ifanın vaktinden önce kesilmesi, ancak ileriye etkili fesih ve tazminata yol açabilecektir[353]. Zira sürekli borç ilişkilerinde kısmi ifanın anlamı, belli bir süre devam etmesi gereken ifanın erken kesilmesi olduğundan, zamana ilişkindir. Oysa gerçek anlamda kısmi ifa ve temerrüt, ani edimli borç ilişkilerinde edimin maddi varlığındaki bir eksikliğe ilişkindir[354].

Kanunda kısmi temerrüde ilişkin özel bir düzenleme yer almadığı için, TBK m. 117-126 hükümlerinin kısmi temerrüt bakımından da uygulanmasına bir engel yoktur[355]. Ancak söz konusu hükümler, edimin tamamı için değil de ifa edilmeyen kısmı için söz konusu olacaktır.

Alacaklının borçluyu sadece ifa edilmeyen kısım için temerrüde düşürdüğü durumlarda, temerrüdün sonuçları da bu ifa edilmeyen kısım için söz konusu olacaktır. Böylece alacaklı, ifasında temerrüde düşülen kısmın aynen ifası ve bu kısımla orantılı gecikme tazminatı talep edebilecektir. Yine temerrüde düşülen bu kısım için, borçlunun beklenmedik halden sorumluluğu devam edecektir. Para borcu söz konusu ise, temerrüde düşülen kısım için gecikme tazminatı yerine temerrüt faizi istenebilecektir ve bu kısma karşılık gelen oranda aşkın zarar talep edilebilecektir. Alacaklı yine sözleşmenin ifa edilmeyen kısmının ifasından vazgeçerek bu kısma ilişkin olumlu zararının tazminini isteyebilecek veya sözleşmenin bu kısmından dönerek olumsuz zararının tazminini isteyebilecektir[356].

Görüldüğü gibi kısmi temerrüt durumu, olumlu zarar bakımından da önem arz etmektedir. Bu durumda, alacaklının olumlu zarar tazmini talebini sadece ifa

---

352 Havutçu, **a.g.e.,** s. 137.

353 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1737.

354 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1737.

355 Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 46; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1738; von Tuhr, Escher, **a.g.e,.** s. 158; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 957; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 939.

356 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N.1738.

edilmeyen kısım için mi yoksa sözleşmesel ilişkinin tamamı için de mi kullanıp kullanamayacağı sorusu önem arz etmektedir.

Doktrindeki hakim görüşe göre, kısmi temerrüt halinde alacaklının sadece edimin ifa edilmeyen kısmı ile ilgili seçimlik haklarını kullanabilme imkânı mevcuttur[357]. Bu takdirde, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, bir taraf kısmi temerrüde düşmüşse ve alacaklının da karşı edimi o oranda bölünmeye elverişli ise, ifa yerine olumlu zarar tazminatının hesaplanmasında, sadece ifa edilmeyen kısım ile karşı edimin bunu karşılayan kısmı nazara alınması gerekecektir[358].

Alacaklı olumlu zararının tazmini talebini mübadele teorisi çerçevesinde ileri sürmüşse, alacaklı kendi ediminin ifa edilmeyen edime karşılık gelen kısmını ödemekle yükümlü olacak, bunun karşılığında ifa edilmeyen edimin yerine olumlu zararının tazminini talep edecektir. Alacaklının fark teorisine göre tazminat talebinde bulunduğu durumlarda ise, kendi ediminin borçlunun halihazırda ifa etmediği kısmına karşılık gelen bölümü ile borçlunun ediminin değeri arasındaki fark olumlu zararını oluşturacaktır.

Bir örnek üzerinden açıklayalım. Örneğin, 100.000 liraya satın alınan 10 ton inşaat malzemesinin 6 tonu teslim edilmiş, 4 tonunda temerrüde düşülmüş ve alacaklı bu 4 tonun ifasından vazgeçip olumlu zararının tazminini istemişse, alıcının 40.000 TL ödeme borcu devam edecektir. Ancak borçlunun ifasından vazgeçilen 4 ton mal için tazminat ödeme borcu olacaktır. Bu durumda alıcı fark teorisine göre de hesaplama yapabilecek ya da takas beyanında bulunabilecektir. Örneğin 4 ton inşaat malzemesinin piyasa değeri 50.000 TL ise, kendi borcu olan 40.000 TL'yi ödemeksizin, satıcıdan piyasa değeri (50.000 TL) ile sözleşmedeki bedel (40.000 TL) arasındaki farkın ödenmesini isteyebilecektir.

---

357 Schenker, **a.g.e.,** s. 288; Lemp, **a.g.e.,** s. 61; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1739; Havutçu, **a.g.e.,** s. 137; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 158.

358 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1739.

Ancak alacaklı kendi edimini bütünüyle önceden ifa etmişse, fark teorisi çerçevesinde önceden ifa edilen edimlerin iadesi mümkün olmadığından, fark teorisine göre olumlu zararının tazminini talep edemeyecektir[359].

Kısmi ifa durumunda, alacaklının kısmi ifada menfaatinin bulunmaması durumunda, istisnaen, seçimlik haklarını sadece edimin ifa edilmeyen kısmı için değil, bütünü için kullanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir[360]. Bunun için, dürüstlük kuralı gereğince, ifa edilmeyen kısmın ifa edilen kısma oranla önemsiz bir kısım teşkil etmemesi gerekmektedir[361]. Edimin tamamı için olumlu zararının tazmini talebinde bulunan alacaklının, kendisine borçlu tarafından daha önce ifa edilmiş kısmı, dönme hükümlerine uygun olarak iade etmesi gerekecektir[362].

(2) Yan Edim Yükümlülüklerinde Temerrüt Halinde

Borçlunun yan edim yükümlülüklerinde de temerrrüde düşmesi mümkündür. Temerrüde ilişkin hükümlerin, yan edim yükümlülüklerinde de uygulanıp uygulanmayacağı, bu yükümlülüklerin karşılıklılık *(synallagma)* ilişkisi içerisinde yer alıp almadığına göre değişecektir.

Yan edim yükümlülükleri karşılıklı borçlardan sayılmıyorsa, karşılıklı edimler içeren bir sözleşmeden doğsalar bile, alacaklının sözleşmeden dönme ya da aynen ifadan vazgeçip tazminat talep etme hakları bulunmaz[363]. Bu tür yan edimin ifası mümkünse aynen ifa ve gecikme tazminatı, mümkün değilse TBK m. 112 uyarınca tazminat istenecektir. Satılan malın ambalajıyla teslimi taahhüt edilmesine rağmen, ambalajsız teslimi, buna örnek verilebilir.

Ancak yan edim yükümlülükleri, tarafların iradeleri ve somut olayın özelliklerine göre, asli edimle birlikte karşı edimin borçlanılmasının sebebini teşkil edecek şekilde, sözleşmenin önemli bir muhtevası haline getirilmişse, *synallagma* ilişkisine dahil edilmişler demektir. Böyle bir halde, alacaklının da edim taahhüdü

---

359 Havutçu, **a.g.e.,** s. 138; Schenker, **a.g.e.,** s. 258.

360 von Tuhr, Esher, **a.g.e.,** s. 158; Lemp, **a.g.e.,** s. 61; Schenker, **a.g.e.,** s. 290; Becker, **a.g.e.,** Art 107, N. 46; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 38; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 939.

361 Havutçu, **a.g.e.,** s. 139; Schenker, **a.g.e.,** s. 291.

362 Havutçu, **a.g.e.,** s. 139; Schenker, **a.g.e.,** s. 290.

363 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1742.

altına girmesinin sebebi, karşı tarafın asli edimini ve yan edim yükümlülüğünü birlikte taahhüt etmiş olmasıdır. Bu sebeple yan edim yükümlülüğünde temerrüde düşülmesi durumunda da, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen hükümler uygulanacaktır[364].

Bu durumda uygulanabilecek seçimlik haklar, bu anlamda olumlu zararın tazmini talebi; yan edimde temerrüt taraflar arasındaki *synallagma* ilişkisini tamamıyla tehlikeye sokuyorsa, alacaklıdan yan edim olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak olduğu beklenebiliyorsa, asli edimi de kapsayacak şekilde kullanılabilecektir[365]. Ancak yan edimde temerrüt, edimler arasındaki mübadele amacını tehlikeye düşürmüyorsa, kısmi temerrüt hükümlerine kıyasen, seçimlik haklar sadece yan edim yükümlülükleri bakımından uygulanabilecektir[366].

(3) Ard Arda Teslimli Sözleşmelerde Temerrüt Halinde

Ard arda teslimli sözleşmelerde[367], ifa edilecek her bir münferit teslim borcunun, kendine özgü muacceliyet tarihi bulunduğundan, teslim borçlarından birinin ifasında temerrüde düşülmesi kısmi temerrüt oluşturmayacaktır. Ard arda teslimli sözleşmelerde de borçlu teslim borçlarından birinin ifasında temerrüde düştüğü takdirde, alacaklı seçimlik haklarını kural olarak sadece temerrüde düşülen teslimler için kullanabilecektir[368]. Bu durumda, alacaklı sadece ifasında gecikilen kısımla ilgili olarak ifayı reddedip olumlu zararının tazmini talebinde bulunabilecektir.

Doktrinde ard arda teslimli sözleşmelerde teslim borçlarının birinin ifasında temerrüde düşülmesi halinde, alacaklının, ifadan vazgeçerek olumlu zarar tazminini ileri sürdüğü durumlarda, fark teorisine göre hesaplama yapılmasını talep edebilmesi için, alacaklının ediminin bölünebilir olması ve önceden ifa edilmemiş olması

364 Havutçu, **a.g.e.,** s. 140.

365 Schenker, **a.g.e.,** s. 292; Havutçu, **a.g.e.,** s. 140.

366 Havutçu, **a.g.e.,** s. 140; Schenker, **a.g.e.,** s. 292.

367 Burada bahsedilen ard arda teslimli sözleşmeler, sürekli borç ilişkisi doğurmayan ard arda teslimli sözleşmelerdir. Zira arda arda teslimli sözleşmelerin bir kısmı sürekli borç ilişkisi niteliği taşımaktadırlar. Bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 12 vd.; Kuntalp, **a.g.e,** s. 30.

368 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 39; Bucher, **a.g.e.,** s. 383; Lemp, **a.g.e.,** s. 62; Schenker, **a.g.e.,** s. 293; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 158; Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 47.

gerektiği ileri sürülmüştür[369]. Ancak doktrinde kanaatimizce de uygun olan başka bir görüş[370], bu düşüncenin ancak borçlunun ard arda teslim edeceği edimlerin tamamına karşılık alacaklının bölünemeyen tek bir ediminin olduğu durumlarda kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Borçlunun ard arda teslimli edimleri karşısında, alıcının da ard arda yerine getireceği münferit borçları varsa, münferit borçların bölünememesi tek başına fark teorisinin uygulanmasına engel olmayacaktır.

Alacaklının daha diğer teslimlerde temerrüde düşüp düşmeyeceğinin belli olmadığı süre zarfında, alacaklı bekleyip diğer kısımların teslim edilip edilmeyeceğini görmelidir. Ancak borçlu teslimlerde üst üste temerrüde düşmüş ve ileride yapılacak teslimlerin de geç yapılacağı ya da gereği gibi ifa edilmeyeceği anlaşılıyorsa, alacaklı seçimlik haklarını, henüz muaccel olmamış teslim borçlarını da kapsayacak şekilde kullanabilecektir[371]. Ancak bu durumda, alacaklının henüz muaccel olmamış kısımları da etkileyecek şekilde ifadan vazgeçebilmesi için, borçluya vereceği ek süre içerisinde ifa etmeme halinde gelecekteki kısımları da kapsayacak şekilde seçimlik haklarını kullanacağını açıkça borçluya bildirmiş olması gerekmektedir[372]. Ancak bu şekilde, edimin bütünü bakımından olumlu zararın tazminini talep edebilecektir.

Ayrıca, doktrindeki bir görüşe göre, alacaklının temerrüde düşülen ve ileride muaccel hale gelecek edimler olmasaydı bile sözleşmeyi yapacak olduğu söylenemediği sürece, alacaklının ek seçimlik haklarını, bu bağlamda aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını, sözleşmenin tamamına yönelik kullanabilmesi mümkündür[373]. Örneğin, cilt cilt teslim edilen bir ansiklopedinin bir veya birkaç cildi teslim edilmezse, bunlar teslim edilmese dahi alacaklının sözleşmeyi yapmak isteyeceği düşünülemez[374]. Böyle bir örnekte, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın

369 Havutçu, **a.g.e.,** s. 141.

370 Yıldız, **a.g.t.,** s. 271, dpn. 1453.

371 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 159; Schenker, **a.g.e.,** s. 294, 295; Buz, **a.g.e.,** s. 318; Yıldız, **a.g.t.,** s. 272; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2814.

372 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 159; Becker, **a.g.e.,** Art.107, N. 50; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 39; Bucher, **a.g.e.,** s. 383.

373 Dönme hakkı bakımından benzer yönde bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 319.

374 Schenker, **a.g.e.,** s. 296. Dönme hakkı bakımından bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 319; Serozan, **Dönme,** s. 395.

tazmininin talep edilmesi hakkının, sözleşmenin tamamına yönelik kullanılması, hakkaniyete daha uygun düşecektir.

Bu şekilde, borçlunun bir veya birden fazla teslimde temerrüde düşmesinin, sonraki edimlerin ifasını tehlikeye düşürüp düşürmediği incelenirken, borçlunun muaccel hale gelmiş edimi hangi nedenlerle ifa etmediği veya ifa etmek istemediği de dikkate alınmalıdır.

(4) İfasına Başlanan Sürekli Edimli Sözleşmelerde

i. Genel Olarak

Sürekli edimler içeren borç ilişkilerinde temerrüt halinde, TBK m. 126 ile alacaklıya tanınan seçimlik haklar, olumlu zararın tazminiyle ilgilidir. Zira TBK m. 126' ya göre, "*İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatını isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararının giderilmesini de isteyebilir.*". Görüldüğü gibi, sürekli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdünün, ifa ve olumlu menfaati gidermeye yönelik gecikme tazminatı ile fesih ve olumlu zararın[375] tazminini şeklinde sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlardan fesih ve olumlu zararın tazmini önem arz etmektedir. Zira sürekli sözleşmelerde feshin söz konusu olması, sadece temerrüt sebebiyle değil, sürekli borç ilişkisinin başka sebeplerle sona ermesi halleri bakımından da tartışılan bir meseledir.

Eski Borçlar Kanunu döneminde böyle bir hüküm yer almasa da sözleşmeden dönmenin o ana kadar yerine getirilmiş edimlerin geri iadesini sağlayıcı fonksiyonu amaca pek uygun olmadığından, sürekli edimli sözleşmelerin sona erdirme bildiriminden itibaren ileriye etkili olarak sona ermeleri kabul edilmiştir[376]. Bu

375 Madde gerekçesinde söz konusu zararın olumlu zarar olduğu belirtilmektedir.

376 İstisnaen kanun hükümleri gereğince sürekli edimli borç ilişkisi söz konusu olmasına rağmen, sözleşmenin dönme ile geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabileceği düzenlendiği gibi (örneğin ölünceye kadar bakma sözleşmesinden dönme hakkının düzenlendiği TBK m. 516 ve 517. bkz. Kenan Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi,** Ankara, 1959, s. 121, 136, 142; Seliçi, **a.g.e.** s. 119); ani edimli sözleşmelerde de sözleşmenin ileriye etkili feshi mümkün kılınmış olabilir (bkz. Örneğin, TBK m. 484'e göre eser sözleşmesinin feshi. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 136 vd.).

ileriye etkili bozma bildirimine ise, fesih denmektedir[377]. Eski Borçlar Kanunu'nun sadece özel hükümlerinde[378] düzenlenen ve genel hükümlerinde böyle bir düzenleme olmamasına rağmen kabul edilen[379] bu sonuç; TBK m. 126'da borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerde düzenlenerek genel hükümlerde ilk defa[380] ifadesini bulmuştur[381]. Böylece, sözleşmeyi sona erdirme beyanına kadarki döneme ilişkin edim yükümlülükleri geriye etkili olarak ortadan kalkmayacak ve bunlar ifa edilmişse de geri iadeleri istenmeyecektir[382].

Sürekli sözleşmelerde, taraflardan en az birinin edimi süreklidir ve bu tarafın zaman içerisinde aralıksız bir davranışını gerektirir. Böylece alacaklının ifadaki menfaati sözleşme süresince her an gerçekleşmektedir[383]. Sürekli borç ilişkisinin bu özelliğini göz önünde bulunduran doktrindeki hakim görüş, eski Borçlar Kanunu döneminde bu yönde bir hüküm yer almasa da aynı sonucun olması gerektiğini savunmuş ve bunun gerekçesi olarak da bazı hususlar ileri sürmüştür[384].

İlk olarak olarak, borçlu, temerrüt anına kadar ifada bulunmuş ve alacaklının sözleşmeden beklediği çıkarları gerçekleştirmiştir. Dönme hakkının kullanılması suretiyle, sözleşmenin kuruluşundan önceki durumu tesis etmek alacaklıya bir şey kazandırmayacaktır. Zira alacaklının en azından temerrüt anına kadar gerçekleşmiş bir ifa menfaati söz konusudur[385].

---

377 Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2815.

378 Yeni Borçlar Kanunu bakımından özel düzenlemeler için bkz. Kira sözleşmesine ilişkin olarak TBK m. 304, 306, 315, 332, 328, 331, 333. Hasılat kirasına ilişkin olarak TBK m. 362/f. 2, 367, 368, 369, 371, 378. Hizmet sözleşmesine ilişkin olarak TBK m. 421, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438. Eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 484.

379 Neuenschwander, **a.g.e.,** s. 95; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 157, 158; Gauch, **Dauervertrag,** s. 151 vd., 196; Seliçi, **a.g.e.,** s. 132 vd.; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 17, N. 17; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1441.

380 Böyle bir düzenleme, eski Borçlar Kanunu'nda bulunmasa da o dönemde de aynı çözüm benimsenmektedir. O zaman da ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, yerine getirilmiş edimlere dokunulmayarak, geriye etkili dönmenin yerini ileriye etkili feshin alması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 322; Seliçi, **a.g.e.,** s. 57, 132 vd., 211.

381 Bu sonuç Alman hukukunda BGB § 346'da düzenlenmiştir.

382 Buz, **a.g.e.,** s. 322.

383 Buz, **a.g.e.,** s. 319; Seliçi, **a.g.e.,** s. 3 vd.

384 Seliçi, **a.g.e.,** s. 210, 211.

385 Serozan, **Dönme,** s. 175; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 26; Buz, **a.g.e.,** s. 320; Pınar Altınok Ormancı, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 197.

İkinci olarak, sürekli borç ilişkilerinin dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmaları çoğu zaman mümkün de değildir. Zira genellikle bir *iş görme* ya da *kullandırma* edimi olan sürekli edimin aynen iadesi, ya imkânsız olmakta ya da edimin aynen iadesi yerine değerinin iadesi gerekir denilebilecekse de bu durum içinden çıkılmaz güçlükler yaratmaktadır[386]. Bu sebeple, feshin menfaatler dengesine daha uygun olacağı söylenmektedir[387].

TBK m. 126 hükmüyle tanınan seçimlik hakların kullanılabilmesi için de TBK m. 125 vd.'da öngörülen karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ek seçimlik hakların kullanılabilmesi için aranan şartlar geçerlidir[388].

Sürekli edimin ifasına henüz başlanmamışsa, TBK m. 126 uygulanmayacaktır. Bu durumda alacaklı, TBK m. 125 çerçevesinde hak sahibi olacaktır. Bu takdirde alacaklının, fesih değil, dönme hakkı söz konusu olacaktır.

---

386 Ancak doktrinde Buz, bu ikinci gerekçeyi isabetli bulmamaktadır. Ona göre, sürekli borç ilişkisinin ileriye etkili sona erdirilmesinin sebebi, sadece alacaklının menfaati olacaktır. Yoksa aynen iadenin mümkün olmaması, feshe yol açan bir gerekçe değildir. Zira nasıl ki ani edimli sözleşmelerde iadenin imkânsızlaşması dönme hakkının kullanılmasına engel olmuyorsa, sürekli sözleşmelerde de aynen iadenin mümkün olmaması dönmeye engel değildir. Her iki durumda da aynen iadesi mümkün olmayan edimin değerinin iadesi gerekir. Ayrıca edimin değerinin iadesinin büyük hesaplama zorluklarına yol açacak olmasının ileri sürülmesi de yazara göre abartılmaktadır. Bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 321. Aynı yönde bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 198. Ayrıca Buz, alacaklının menfaatinin, sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi yönünde olduğu hallerde, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiren dönme hakkının da kullanılabileceğini belirtmiştir. Örneğin, ifasına başlanmış bir sürekli sözleşme ilişkisinde borçlunun temerrüdü, daha önce gerçekleşmiş sürekli edimleri alacaklı için faydasız hale getirmişse, alacaklının dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmesi mümkündür. Bir ressamın resimlerini sergilemek için tuttuğu salonu, kullanıma hazır bulunduran kiraya verenin, sergiden bir gün önce borcunu yerine getirmemesi hali, bu duruma örnek teşkil edebilecektir. Bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 321, 322.

387 Seliçi, **a.g.e.,** s. 210 vd.

388 Ancak kanunda borçlunun temerrüdü üzerine kullanılabilecek haklara ilişkin, TBK m. 126'dan daha özel nitelikte hükümler varsa, bu hükümlerin uygulanması gerekecektir. Örneğin kiracının temerrüde düşmesi durumunda, sözleşmenin feshi için TBK m. 315'teki özel koşulların gerçekleşmesi gerekecektir. Bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 279.

ii. TBK m. 126 Hükmüyle Tanınan Seçimlik Haklara Yönelik Eleştiriler

TBK m. 126 hükmü, doktrinde bazı yazarlarca[389], temerrüt sonucunda alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar bakımından, ani edimli ve sürekli edimli borç ilişkileri arasında bir fark bulunmaması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira bu fikre göre, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde de borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini, dönme yerine geçen fesih ve olumsuz zararın tazmini ve dönme ile birlikte olumsuz zararın tazmini hakları bulunmalıdır. Bu durumda, aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar istenmişse, ifadan vazgeçme ileriye etkili olacaktır[390]. Dönme hakkının yerini alan fesih hakkının kullanılması üzerine ise, sözleşme ileriye etkili sona erecek ve tazmini talep edilecek olumsuz zarar, alacaklının sözleşmeyi borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yapmış olsaydı uğramayacağı zarar kadar olacaktır[391].

Ancak TBK m. 126 hükmünün varlığı karşısında, bu görüşün uygulanmasının mümkün olmayacağı da doktrinde ileri sürülmüştür[392]. Fakat yine de hakkaniyet gereğince, daha adaletli sonuçlara ulaşılacağı düşünülüyorsa, yukarıdaki görüşte belirtildiği gibi alacaklının dürüstlük kuralına uymak kaydıyla TBK m. 125'te öngörülen ani edimli sözleşmelere ilişkin seçimlik haklara sahip olmasının önü açık olmalıdır. Ancak hakkaniyet gerektirse de sürekli edimli sözleşmelerde TBK m. 125'in kıyasen hangi hallerde ve ne şekilde uygulanacağı zorluk içereceğinden, genel bir ilke koymak yerine, her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir.

Somut olayın kendine has özellikleri saklı kalmak kaydıyla, sürekli edimli sözleşmeler bakımından bazı ilkeler kabul edilebilecektir:

---

389 Vedat Buz, "Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,** 12-13 Mayıs 2011, s. 177.

390 Havutçu, **a.g.e.,** s. 145; Schenker, **a.g.e.,** s. 304.

391 Buz, **İfa,** s.177. Alacaklının, özellikle sözleşmenin devam edeceğine güvenerek büyük harcamalar yaptığı ve fesih nedeniyle bu harcamaların boşa gittiği durumlarda olumsuz zararın tazmininde menfaati olacağı yönünde bkz. Buz, **İfa,** s. 177.

392 Yıldız, **a.g.t.,** s. 274.

İlk olarak sürekli sözleşmenin kısa bir süreden beri ifa edildiği ve ifa edilen edimin değerinin, alacaklı için henüz ifa edilmemiş kısım karşısında çok önemsiz kaldığı ve ona bir faydasının bulunmadığı hallerde[393] ve özellikle ifa olarak elde edilen kısmın iade edilebilecek durumda olduğu hallerde, alacaklının sözleşmeden dönüp olumsuz zarar talebi mümkün olmalıdır[394].

İkinci olarak alacaklının sözleşmeyi feshi sonucunda olumlu zarardansa olumsuz zararı talep etmek daha menfaatine olacaksa, alacaklının fesihle birlikte olumsuz zararın tazminini isteyebilmesi mümkün olmalıdır[395]. Zira nasıl ki kısmi temerrütte, ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini mümkünse; sürekli borç doğuran sözleşmeler de bir bütün olarak görülüp bunun bir parçasında temerrüt halinde, alacaklının fesihle birlikte olumsuz zararını isteyebileceği kabul edilebilecektir. Bu durumda, olumsuz zarar, *"sözleşme borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yapılmış olsaydı (diğer bir deyişle, sözleşme baştan feshedildiği zamana kadar yapılmış olsaydı), uğranılmayacak olan zarara"* [396] karşılık gelecektir[397]. İşte bu sözleşme daha en başında feshedildiği zamana kadar olan kısım için yapılmış olsaydı alacaklının uğramayacağı zarar, alacaklının olumlu zararından fazla ise, bu zararın tazmini de mümkün olmalıdır.

Üçüncü olarak özellikle kullandırma borcu içeren sürekli edimli sözleşmelerde, alacaklının ifanın gerçekleşmediği, yani kullandırma borcunun sağlanmadığı süreye

---

393 Schenker, **a.g.e.,** s. 307; Buz, **a.g.e.,** s. 321. Hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, iadenin mümkün olmadığı ihtimalde parasal değerin iadesi mümkün olmalıdır. Bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 321.

394 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 199; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 66.36; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2815; Buz, **a.g.e.,** s. 321.

395 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 201, 202. Yazar, buna gerekçe olarak TBK m. 126'nın gerekçesinde, ifasına başlanan sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde ani edimli sözleşmelere nazaran bir sınırlamaya gidilmediğinin belirtilmesini göstermektedir. Böylece sürekli edimli sözleşmede temerrüt üzerine sözleşmeyi fesheden alacaklı, kendi lehine olan en yüksek tazminatı seçebilecektir. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 202. Benzer yönde bkz. Bucher, **a.g.e.,** s. 384, 385.

396 Bu hususta şu örnek verilmektedir: Örneğin, on yıllık bir sözleşmenin ikinci senenin sonunda temerrüde dayalı olarak feshi halinde, alacaklı, sözleşme baştan iki yıl için kurulmuş olsaydı uğramayacağı zararlarının tazminini (on yıllık fizibilite raporları ile iki yıllık fizibilite raporlarının masrafları arasındaki fark) olumsuz zarar kapsamında talep edebilmelidir. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 202.

397 Gauch, **Dauervertrag,** s. 223; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 202. Karş. Buz, **a.g.e.,** s. 323; Schenker, **a.g.e.,** s. 308; Yıldız, **a.g.t.,** s. 275. Oysa ki, fesih üzerine istenebilecek olumlu zarar tazminatı; sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğranılan zarara ilişkindir.

ilişkin kısmı reddederek sözleşmenin devam ettirilmesi kendi menfaatine daha uygunsa, *gecikilen kısmın ifasından vazgeçip bu kısma ilişkin olumlu zararını istemesi* mümkündür[398]. Örneğin kiracının tatilde olduğu sırada, kiraya veren evi başkasına kiralamış, kiracı tatilden döndüğünde, bir ay boyunca yeni kiracı evden çıkana kadar başka bir ev kiralamışsa; kiraya verenin kullandırma borcu bu bir aya ilişkin imkânsızlaşmıştır. Kiracının ilk kira sözleşmesinin devamında çıkarı varsa, bu bir aylık borcun ifasından vazgeçerek, başka ev tutmak zorunda kaldığı için ödediği kira bedelini olumlu zarar olarak istemesi mümkün olacaktır[399].

İşte bu prensipler çerçevesinde, sürekli edimli sözleşmelerde de alacaklının TBK m. 125'te tanınan seçimlik haklardan yararlanması, bu kapsamda üçüncü olarak belirttiğimiz hal çerçevesinde ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmin edilmesini talep etmesi mümkündür. Bu talep ancak ileriye dönük olarak ileri sürülebilir ve sözleşmenin kalan süresi içerisinde yerine getirilmesi gereken edime ilişkindir, o zamana kadar yerine getirilen edimlerin iadesi mümkün değildir[400].

Bu durumda, olumlu zararın tazmininin mübadele teorisine göre talep edilmesi çoğu kez sürekli sözleşmelerin yapısıyla bağdaşmaz. Zira sürekli sözleşmelerde bir tarafın edimi, çoğunlukla iş görme edimi ya da bir olumsuz edim (rekabet etmeme gibi) iken, diğer tarafın edimi çoğunlukla sürekli nitelikte bir para verme borcu ya da maddi bir edim (dairenin kullanımını borçluya bırakma) şeklindedir. Borçlu karşı edim olarak tazminat ödeyecekken, alacaklının sözleşme süresi boyunca sürekli edimini aynen yerine getirmesi beklenemez. Bu nedenle, alacaklıya sadece fark teorisine göre olumlu zararını talep etme yolu açık olmalıdır. Fakat somut olayda hakkaniyete uygun düşmek kaydıyla mübadele teorisinin uygulanabileceği haller de olabilecektir[401]. Örneğin, lokantasında garson olarak çalıştırdığı işçiye hem işgörme

---

398 Yıldız, **a.g.t.,** s. 276.

399 Yıldız, **a.g.t.,** s. 276.

400 Havutçu, **a.g.e.,** s. 145; Schenker, **a.g.e.,** s. 304.

401 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1685, dpn. 663; Bucher, **a.g.e.,** s. 384, 385; Havutçu, **a.g.e.,** s. 146; Schenker, **a.g.e.,** s. 305; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 203 . Ancak sürekli nitelikteki edime karşılık, bir defalık ani edim borçlanılmışsa, fark teorisine göre tazminat talep edilememesi gerekmektedir. Zira kendi edimini ifa eden alacaklının, ifa ettiği kısma ilişkin olarak fark teorisinin uygulanmasını talep edememesi gerekmektedir. Örneğin, kira sözleşmesinde kiralananın kullanımının bir yıl için kiracıya bırakılmasına karşılık, kira ücretinin peşin ve toplu olarak bir defada ödenmesi

ediminin karşılığını hem de lokantanın deposunda konaklama imkânını borçlanan işverenin; işçiye konaklama imkânını sunmaması durumunda; işçinin konaklama borcunun aynen ifasından vazgeçip tazminat istemesi, bunun karşılığında çalışmaya devam etmesi halinde mübadele teorisi uygulanmış olacaktır.

İfasına başlanmamış sürekli edimli borç ilişkilerinde temerrüt halinde, TBK m. 125'te öngörülen haklar kullanılabilecektir. Alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini istediği hallerde, tazminatın hesaplanmasında sözleşme süresinin tamamını dikkate almaya gerek yoktur[402]. Örneğin, dükkan olarak kullanılmak üzere kiralanan yer, zamanında teslim edilmediği yoksun kalınan kârını talep eden kiracı; kira süresinin sonuna kadar değil, benzer bir kira sözleşmesi yapması için gereken süre hesaplanarak bu süreye ilişkin yoksun kalınan kârının tazminini talep etmelidir.

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 126'nın yürürlüğe girmesi neticesinde, sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeyi fesheden alacaklıya sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden dolayı uğradığı zararının, yani olumlu zararının tazminini talep etme imkânı tanındığından, artık alacaklının ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmini yoluna başvurmasına gerek kalmamıştır[403]. Bu ihtimal ancak yukarıda belirttiğimiz gibi istisnai hallerde söz konusu olabilecektir.

iii. TBK m. 126 Hükmüyle Tanınan Seçimlik Hakların Kullanılmasının Sonuçları

Feshe ilişkin genel hüküm niteliğinde bulunan TBK m. 126'ya göre, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, temerrüde düşen borçlunun seçimlik iki hakkı bulunacaktır. Bunlar; ifanın devamı ve gecikme yüzünden uğradığı zarar veya

---

kararlaştırılmışsa, kiracı bu ücreti ödedikten sonra, kiralananın kullanımının bırakılmaması sebebiyle tazminat talep etmişse, bu olumlu zarar tazminatı mübadele teorisine göre hesaplanacaktır. Bkz. Havutçu, **a.g.e.,** s. 146; Yıldız, **a.g.t.,** s. 277.

402 Yıldız, **a.g.t.,** s. 277, 278.

403 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 205.

sözleşmenin feshi ve ifa edilmeyen kısım sebebiyle uğranılan olumlu zarar olacaktır[404].

-İlk seçeneğin seçilmesi durumunda; ifa için belirlenmiş bir vade varsa, bu süreye temerrütte geçirilen süre kadar bir süre eklenecek ve bu süre sonuna kadar ifanın sürdürülmesi gerekecektir. Buna rağmen, hâlâ alacaklının gecikmeden kaynaklanan zararı bulunuyorsa, borçlu olumlu zarar karakterindeki bu gecikme zararlarını da karşılamalıdır[405].

Bu hususta şu örnek verilmektedir[406]: 1 Temmuz-1 Ekim tarihleri arasında taşıma işi yapılacak sürekli borç ilişkisinde, borçlunun Ağustos ayında işi durdurması halinde, alacaklının aynen ifa talebi üzerine 1 Eylül'de tekrar işe başlamışsa, 1 Kasım'a kadar taşıma yapacaktır. Buna rağmen, alacaklının gecikmeden kaynaklanan zararları karşılanamamışsa bunların ayrıca talep edilmesi gerekecektir. Ancak bu durum, her somut olay bakımından geçerli değildir. Örneğin[407], borçlunun ediminin alacaklıya bir sene boyunca haberleşme hizmeti sunmak olduğu bir sözleşmede, alacaklının görüşmelerinin bir yılda otuz tanesinin kesilmesi durumunda, borçlunun alacaklıya eş değer sürede konuşma fırsatı sunması halinde, ayrıca bu sürelerin bir yıllık süreye eklenmesine gerek yoktur. Çünkü borçlu hem alacaklının haberleşme ihtiyacını karşılamaya devam edebilme, hem de kesilen görüşmelere ilişkin süreyi iade edebilme imkânına sahiptir.

Fakat, sözleşmedeki ifa süresinden sonra, ifa, imkânsız ya da alacaklı için anlamsız hale gelmişse ya da borçlu kesin olarak ifa etmeme kararındaysa, alacaklının elindeki tek imkân sözleşmeyi fesih olacaktır[408].

-İkinci imkân olan fesih hakkının kullanılması durumunda ise, borç ilişkisi ileriye etkili bir şekilde sona erecektir. Böylece, fesih beyanına kadarki edimlere dokunulmadan, bu beyandan sonrası için borç ilişkisi sona erecektir. Ancak fesihten sonraki döneme ilişkin, karşılıklı iade talepleri söz konusu olabilecektir. Örneğin kira

404 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1713.
405 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1714.
406 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1715.
407 Yıldız, **a.g.t.,** s. 286.
408 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1715.

bedeli toplu bir şekilde verilmişse, fesihten sonraki oturulmayan aylara ilişkin kira tutarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesinin talep edilmesi mümkündür[409].

Fesih hakkının kullanıldığı andan itibaren, yerine getirilmesi gereken bir edim varsa, alacaklının bu edimin ifasına olan çıkarı karşılanmaya çalışılacaktır[410]. Bu durumda, alacaklı, *kusuruyla temerrüde düşmüş olan borçludan, sürekli borç ilişkisinin vaktinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı çıkâr kaybını, yani olumlu zararını* isteyebilecektir[411]. Eğer fesih beyanından sonra yapılan bir ifa söz konusu ise, bu edimlerin iadesi gerekecektir.

Alacaklının fesih talebine bağlı olarak istediği olumlu zararın tazmini, ancak borçlu temerrüdüne düşmekte kusursuzluğunu ispatlayamazsa, mümkündür. Söz konusu olumlu zarar, *"sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden"* alacaklının uğradığı zarardır. Örneğin; kiracının temerrüdü sebebiyle kira sözleşmesini süresinden dört ay önce sona erdirmek zorunda kalan kiraya veren, kalan bu dört aylık süre için dairesini daha düşük bir bedelden kiralamak zorunda kalmışsa, aradaki farkı kusurlu kiracıdan isteyebilecektir.

Kanuni veya akdi feshi ihbar sürelerinin bulunduğu sözleşmelerde, temerrüt halinde, sözleşmenin TBK m. 126'ya göre feshedilmesi durumunda ise, bu fesih ihbar süreleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, iki aylık feshi ihbar süresine tâbi belirsiz kira sözleşmesinin, borçlunun temerrüde düşmesi üzerine TBK m. 126 uyarınca feshedilmesi halinde, bu iki aylık fesih süresi için kazanç kaybı hesap edilecektir[412].

Eğer kanuni veya akdi feshi ihbar süresi bulunmayan belirsiz ya da belirli süreli kira sözleşmelerinde hakim, dürüstlük kuralına göre kendi belirleyeceği bir fesih süresine göre zararı hesaplayacaktır. Örneğin, böyle bir kira sözleşmesinde

---

409 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 1716, dpn. 713.

410 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1685.

411 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1714; Gauch, **Dauervertrag,** s. 229; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 29 vd.; Nomer, **a.g.e.,** N. 200.8.
Bazı yazarlar ise, bu durumda kural olarak olumlu zararın istenebileceğini ifade ederlerken, somut olaydaki çıkarlar durumuna göre bazen olumsuz zararın da tazmin edilebileceğini ifade etmektedirler. Bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 126 vd.

412 Yıldız, **a.g.t.,** s. 287.

kiracının temerrüdü sebebiyle, kiraya veren süresinden 6 ay önce kira sözleşmesini feshetmiş ve evi daha düşük bir miktara kiralamak durumunda kalmışsa, hakim varsayımsal olarak 6 aylık bir fesih bildirim süresi olduğunu kabul ederek, bu süre için bedel farkının tazmin edilmesine karar verecektir[413]. Kiraya veren belli bir süre kiracı bulamamışsa, bu süre için de temerrüde düşen kiracı ile kararlaştırılan kira bedeli üzerinden tazminat talep etmesi mümkün olacaktır[414]. Fakat bu durumda tazminat belirlenirken, alacaklının yeni bir sözleşme yapmak için ihtiyaç duyacağı makul süre ve yeni bir kiracı bulmak için gösterdiği çaba gibi unsurlar tazminatın takdirinde etkili olacaktır[415].

Fesih halinde alacaklının daha menfaatine olacak bazı durumlarda olumsuz zararının tazminini isteyebileceğinden yukarıda da bahsettik[416]. Bu takdirde, tazmini gereken olumsuz zarar, *sözleşme, borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yapılmış olsaydı uğranılmayacak olan zarar*dır. Örneğin, beş yıllık bir kira sözleşmesi, kiracının temerrüdü sebebiyle iki yılın sonunda kiraya veren tarafından feshedilmiştir. Kiraya verenin yeni bir kiracı bulması bir ay sürmüştür ve bu arada kira ücretleri yükselme göstermiştir. Olumlu zarar talep edilirse, bu bir aylık kira süresine ilişkin kiracıyla anlaştıkları kira bedeline göre hesaplama yapılacaktır. Zira kiracı sözleşmeye riayet etseydi de kiraya verenin bu artıştan faydalanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda olumsuz zararın tazmini talep edilirse, yükselen kira ücretleri de dikkate alınabilecektir. Zira kira sözleşmesi borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yani iki yıllık yapılmış olsaydı, kiraya verenin sözleşme süresi dolmadan yeni kiracı arayışına girme imkânı olacaktır. Böylece bir ay boyunca kiracısız kalmayacak hem de kiralardaki artış oranından faydalanma imkânına sahip olacağı söylenebilecektir[417].

413 Yıldız, **a.g.t.,** s. 287, 288.
414 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1716.
415 Yıldız, **a.g.t.,** s. 288.
416 İkinci Bölüm, I, B, 4, e, (4), ii.
417 Yıldız, **a.g.t.,** s. 289

iv. TBK m. 126 ile Haklı Sebeple Fesih Arasındaki İlişki

TBK m. 126 hükmüyle tanınan seçimlik hakların kullanılabilmesi için de TBK m. 125 vd.'da öngörülen karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ek seçimlik hakların kullanılabilmesi için aranan şartlar geçerlidir[418].

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun bazı özel hükümlerinde sürekli borç ilişkisinin varlığı durumunda, olağanüstü fesih sebepleri öngörülmüştür[419]. Bunun yanında bazı hükümlerde de olağanüstü fesih sebebi olarak *"haklı sebep"* kavramına yer verilmiştir[420]. Böylece taraflar arasındaki sözleşmenin çekilmez hale gelmesi üzerine, alacaklıya özel fesih hakları tanınmıştır. Bu özel düzenlemelerin ruhundan hareket edilerek, hakkında özel düzenleme bulunmayan sürekli edimli sözleşmelerde de MK m. 2 dolayısıyla haklı sebebe dayanarak olağanüstü fesih hakkı tanınması gerektiği ifade edilmiştir[421].

Bu düşünceden hareket eden bazı yazarlar[422], sürekli borç ilişkilerinin feshedilebilmesi için temerrüt hükümlerinin yeterli olmayacağı ve fesih için ayrıca alacaklı bakımından sözleşmenin devamının dürüstlük kuralı gereğince[423] çekilmez olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Kanaatimizce, TBK m. 126 düzenlemesinin Kanun'da yer alması neticesinde[424], temerrüt sebebiyle ortaya çıkan sözleşme ihlâli,

---

418 Ancak kanunda borçlunun temerrüdü üzerine kullanılabilecek haklara ilişkin TBK m. 126'dan daha özel nitelikte hükümler varsa, bu hükümlerin uygulanması gerekecektir. Örneğin kiracının temerrüde düşmesi durumunda, sözleşmenin feshi için TBK m. 315'teki özel koşulların gerçekleşmesi gerekecektir. Bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 279.

419 Örneğin, kira sözleşmesinde TBK m. 332, m. 333; hizmet sözleşmesinde TBK m. 436 bu tarz hükümlerdendir.

420 Haklı sebeple sözleşmenin feshine imkân verilen hallere, kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 306/f. 2, 316, 331/f. 1, hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 435, adi ortaklığa ilişkin TBK m. 639/b. 7 örnek gösterilebilecektir.

421 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 116 vd.; Seliçi, **a.g.e.,** s. 186 vd.; Yıldız, **a.g.t.,** s. 280.

422 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 29; Seliçi, **a.g.e.,** s. 221, 222. Bu fikirlerin ileri sürüldüğü zamanda, TBK m. 126 yürürlüğe girmemişti.
Bu fikre göre örneğin, her gün 4 saat kullanılmak üzere B'nin otomobilini kiralayan A'nın, B bir gün temerrüde düştü diye kira sözleşmesini feshedebilmesi için, A'dan bu temerrüt sebebiyle ilişkiye devamı beklenememeli, temerrüt A açısından haklı bir sebep teşkil etmelidir. Bkz. Seliçi, **a.g.e.,** s. 221, 222.

423 Seliçi, **a.g.e.,** s. 192; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 117.

424 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 191 vd.

haklı sebep oluşturmasa da sürekli borç ilişkisini sona erdirme imkânı vermelidir[425]. Zira temerrüt sebebiyle sürekli borç ilişkilerinde dönmenin yerini ileriye etkili feshin alması ile sürekli sözleşmenin haklı sebeple feshi birbirinden farklıdır[426].

Asıl sorunu, sürekli borç ilişkilerinde borçlu temerrüdü hükümleri ile haklı sebeple feshin uygulama alanları kesiştiğinde, hangi yola başvurulması gerekeceği oluşturmaktadır[427]. Haklı sebeple fesih ve borçlu temerrüdünün kesişebilmesi için, sürekli borç ilişkisi bulunmalı, TBK m. 117 vd. anlamında bir sözleşme ihlâli olmalı ve bu ihlâl, haklı sebep oluşturabilecek şekilde önemli bir ihlâl olmalıdır[428].

Bir görüşe göre[429], borçlunun temerrüde düşmesi aynı zamanda haklı sebep oluşturuyorsa, alacaklının dilediği imkâna başvurması mümkün olmalıdır. Bu durumda haklı sebeple fesih ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağlanan ek imkânlar yarışır[430]. Hak sahibi, somut olay çerçevesinde hangi yola başvurmak kendisi açısından avantajlı olacaksa o yolu tercih edebilecektir[431]. Başka bir görüşe göre ise, TBK m. 126 uyarınca fesih ile MK m. 2 veya MK m. 23[432] yardımıyla kabul edilen haklı sebeple feshin yarışması mümkün değildir. Zira TBK m. 126 hükmü, bu hükümlere nazaran özel hüküm niteliğindedir. Ancak kanaatimizce, haklı sebeple fesih hakkında ayrı genel bir hüküm olmayıp, kaynağını bazı hükümlerden alan genel bir ilke mevcuttur. Bu sebeple, TBK m. 126'nın, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceği genel ilkesi karşısında özel hüküm niteliğinde olduğundan bahsedilemez. Zira genel hüküm özel

425 Aynı yönde bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 191 vd.

426 Gauch, **Dauervertrag,** s. 150.

427 Bu konuda tartışmalar ve görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 192 vd.; Yıldız, **a.g.t.,** s. 280 vd.

428 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 191.

429 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 191 vd.

430 Gauch, **Dauervertrag,** s. 150 ve 195 vd.; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 94 vd. ve 192.

431 Gauch, **Dauervertrag,** s. 196.

432 Haklı sebeple feshin, MK m. 23'te yer alan *"kişiliğin sözleşmeyle yapılan sınırlandırmalara karşı korunması"* düşüncesine dayandırılması gerektiği yönünde bkz. Eugen Bucher, **Berner Kommentar,** Band I, 2. Abteilung, Bern, 1993, Kommentar zu Art. 27 ZGB, N. 200 vd.; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 116. Zira ahde vefa ilkesi gereği, bir söz veren kişi bununla bağlıdır; ancak bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak bazen borçlunun temel haklarına aykırılık yaratacaktır.

hüküm ilişkisi olabilmesi için iki ayrı hüküm bulunması gerekir. Bu sebeple, ilk görüşe katılmak kanaatimizce daha isabetlidir.

Sürekli borç ilişkilerinde borçlu temerrüdü hükümleri ile haklı sebeple feshin uygulama alanları kesiştiğinde, hem temerrüde dayalı fesihte hem de haklı sebeple fesihte olumlu zararın tazmini mümkün olduğundan, alacaklı açısından bu iki yola başvurmak arasında bir fark olmayacaktır. Ancak yukarıda istisnai bazı hallerde temerrüt halinde fesihle birlikte olumsuz zararın tazmininin istenebileceğinden bahsetmiştik. Olumsuz zararı, olumlu zararı karşısında daha yüksek olan ve bu zararını tazmin ettirmek isteyen alacaklının, temerrüt hükümlerine başvurması gerekecektir. Çünkü haklı sebeple fesihte, karşılanan olumlu zarardır[433].

Sürekli sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşmesinin aynı zamanda haklı sebep oluşturması durumunda, alacaklı, yukarıda belirttiğimiz istisnai hallerde aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini fark teorisine göre istediği durumlarda, kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulacağından; aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmini talebi haklı sebeple fesihle aynı sonucu doğuracaktır[434]. Zira her iki halde de olumlu zararın tazmini söz konusu olacaktır. Aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini talebi ileri sürüldüğünde, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması aranır. Ancak haklı sebeple fesih için, karşı tarafın kusuru aranmadığından, temerrüde düşen tarafın kusursuz olması halinde haklı sebeple fesih yoluna gidilebilecektir.

Ancak TBK m. 126'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeyi fesheden alacaklıya *"sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın"* yani olumlu zararın tazmini imkânı tanındığından, artık alacaklının, bazı istisnai haller dışında, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini yoluna başvurmasına gerek kalmayacaktır. Alacaklı borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sözleşmeyi feshedebilecek ve eğer borçlu kusuruyla

433 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 202.
434 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 203.

temerrüde düşmüşse, gelecekteki edimlerinin kaybına ilişkin zararını olumlu zarar kapsamında talep edebilecektir[435].

5. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zarar

Sözleşme görüşmelerine girişen taraflara, dürüstlük kuralı gereğince bir takım yükümlülükler yüklenmiştir. Taraflardan birinin bu yükümlülüklere aykırı davranarak açıklaması gereken hususları açıklamama, yanlış bilgi verme, gereken dikkati göstermeme, sözleşme yapma niyeti bulunmaksızın sözleşmeye girişme veya görüşme sürdürme yüzünden karşı tarafa bir zarar vermesi durumunda, karşı tarafın zararı karşılanmalıdır[436]. Bu durumda, doktrinde hakim görüş, borca aykırılık hükümlerine dayanılması gerektiği yönündedir[437].

Culpa in contrahendo sorumluluğu doğuran bu gibi hallerde tazmin edilecek zarar, karşı tarafın alışveriş menfaatine (olumlu ve olumsuz zarar) veya bütünlük menfaatine (örneğin, sözleşme görüşmecilerinden birinin diğer tarafın çantasını çalması) ilişkin olabilir[438].

Culpa in contrahendo sorumluluğunda, alışveriş menfaati kapsamında tazmin edilecek malvarlığı kayıpları, kural olarak olumsuz zarardır. Zira sözleşmenin hükümsüz kalması sonucunun doğacağı hallerde, olumsuz zararın söz konusu olması gerekir. Amaçlanan, sözleşme görüşmeleri hiç olmasaydı zarar görenin içinde bulunacağı farazi durumun sağlanması olacağından, sözleşmenin hüküm ifade etmesi halinde istenebilecek olumlu zararın tazmini söz konusu olamayacaktır[439]. Ayrıca sözleşmenin geçersiz olması neticesinde, sözleşme görüşmelerine girişmekle *ek menfaat* elde etmek amacında olan tarafın, bu ek menfaati yahut onun surrogatı olacak olumlu zararı talep etmesi mümkün olmayacaktır. Oysa sözleşme görüşmeleri

---

435 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 205.

436 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1550.

437 Birinci Bölüm, II, A, 2, b, (2).

438 Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 913; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 106-109; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi,** s. 6, dpn. 9. Sözleşme görüşmelerine yabancı bir hakkın ihlâlinden doğan zararların, haksız fiil sorumluluğuna tâbi olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 412 vd. Sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış neticesinde manevi zararın da tazmini gerekebileceğine ilişkin bkz. Yalman, **a.g.e.,** s. 86; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 913; Arıdemir, **a.g.e.,** s. 230-234.

439 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1560; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 917.

sırasında bütünlük menfaati ihlâl edilen kimse, uygun illiyet bağı içerisindeki tüm zararlarının giderilmesini isteyebilecektir. Zira bu durumda zarar görenin sahip olduğu *ek* menfaatler değil, zaten sahip olduğu menfaatler zedelenmiştir[440].

Konumuz bakımından önemli olan ise, sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranış ile karşı tarafa zarar verilmesi durumunda -borca aykırılık hükümlerine dayanıldığında-, istisnai de olsa olumlu zararın tazmininin mümkün olup olamayacağı noktasıdır. Diğer bir deyişle böyle durumlarda, sözleşme geçerli olarak ve böyle bir kusur işlenmeden kurulmuş olsaydı, karşı tarafın elde edecek olduğu kazanç kaybı istenebilecek midir?

Sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranış neticesinde zarar veren tarafın, karşı tarafın olumlu zararını tazmin etmesi, ancak *"özel bir hükümle"* olumlu zararın tazmininin öngörüldüğü hallerde söz konusu olabilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nda yanılma sebebiyle sözleşmenin iptalinde tazminat yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 35/f. 2 ve temsilcinin sorumluluğuna ilişkin TBK m. 47/f. 2'de bazı şartlar altında, zarar görenin olumsuz zararı aşan kayıplarının karşılanması açıkça öngörülmüştür:

-TBK m. 35/f. 1 hükmü gereğince, yanılan taraf yanılmasında kusurlu ise, diğer taraf yanılmayı bilmiyor, bilmesi de gerekmiyorsa, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlü kılınmıştır. Burada bahsedilen klasik olumsuz zararın görünüm biçimlerinden biridir. Ancak aynı hükmün ikinci fıkrasında, *hakimin hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla daha fazla tazminata hükmedebileceği* öngörülmüştür. Bu fıkra ile öngörülen ise, olumlu zararın tazminidir[441]. Zira TBK m. 35/f. 2'deki sorumluluğun amacı, iyiniyetli tarafın kendi riziko alanı dışında gerçekleşen yanılmadan zarar görmemesini sağlamaktır.

---

440 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 49, N. 28; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 916.

441 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 26, N. 88; Ergüne, **a.g.e.,** s. 166.

Fakat bu zararın karşılanması ancak, yanılanın ağır kusurlu olması, ekonomik açıdan güçlü olması ya da zarar görenin zor durumda olması gibi hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda mümkündür. Ayrıca ifa menfaatinin tamamını karşılamayacak şekilde ayarlanmalıdır[442]. Zira olumlu zararın tamamının karşılanmasına karar vermek, pratik olarak sözleşmeyi geçerli saymakla aynı sonuca götürecektir. Bu ihtimalde kusurlu esaslı yanılma ile iptal hakkı vermeyen esaslı olmayan yanılma aynı şekilde değerlendirilmiş olacaktır[443].

-TBK m. 47/f. 1'de yetkisiz temsilcisinin yaptığı işlemi, temsil olunanın açık ya da örtülü bir biçimde onamaması halinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesinin yetkisiz temsilciden istenebileceği hususu kusurdan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm, iyiniyetli üçüncü kişinin olumsuz menfaatini gidermeye yöneliktir. Diğer bir deyişle, iyiniyetli üçüncü kişinin, temsil yetkisine inandığı yetkisiz temsilciyle işlemsel temasa hiç girişmeseydi uğramayacak olduğu zarar karşılanacaktır.

Fakat *yetkisiz temsilcinin kusurlu olduğu ve hakkaniyetin de gerektirdiği hallerde,* hakimin TBK m. 47/f. 2 uyarınca olumsuz zararı aşan zararın, yani olumlu zararın giderilmesine karar vermesi mümkündür[444]. Hakime burada verilen yetki,

---

442 Ergüne, **a.g.e.,** s. 166; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 440; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 344; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 26, N. 15

443 Ergüne, **a.g.e.,** s. 166; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 440; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 26, N. 15.

Şu hususu unutmamak gerekir ki, hakimin TBK m. 35/f. 2 uygulanmasına karar vermesi demek hem olumsuz hem olumlu zararın bir arada isteneceği anlamına gelmemektedir.

444 Ergüne, **a.g.e.,** s. 214; Oser, Schönenberger, **a.g..e.,** Art. 39, N. 16.

Yetkisiz temsile ilişkin Alman hukukundaki düzenleme ise şu şekildedir: BGB § 179, yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmamasına bağlı olarak bir düzenleme öngörmüştür. Fakat BGB § 179/f. 1'in TBK m.47'den farkı, yetkisiz temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini veya yetki verme işleminin iptal edilebilirliğini *"bildiği"* durumlarda, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden *"ifa"* veya *"olumlu zararın"* giderilmesini istemek yolunda bir seçimlik hakka sahip olması bakımındandır. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 49; N. 32.

Üçüncü kişinin, *"ifa hakkını"* seçmesi durumunda, kendisi de temsil olunan için vaad etmiş olduğu edimini, yetkisiz temsilciye karşı yerine getirme borcu altına girecektir. Bkz. Karl Larenz, Manfred Wolf, **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,** 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004. § 49, N. 20.**;** Georg Maier-Reimer, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I,** Herausgegeben von Harm Peter Westermann, Barbara Grünewald, Georg Maier Raimer, 14. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Rechtsverlag, 2014, §179, N. 10. İfadan anlaşılması gereken, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciden, sözleşme geçerli olsaydı temsil olunanın borç altına gireceği edimi, bizzat yerine getirmesini isteyebilmesidir. İfa talebine ilişkin seçimlik hakkın kullanılmasıyla yetkisiz temsilcinin

olumlu zararın tazmin edilmesine karar verilmesi yanında, olumlu zararın miktarını da takdir yetkisi çerçevesinde belirlemektir[445].

Bu takdirde hükmedilen tazminatın, üçüncü kişinin geçersiz sözleşmeden doğan ifa menfaatinin tamamını karşılaması şart değildir. Ancak tazminatın üst sınırı hiçbir zaman üçüncü kişinin uğradığı olumlu zarar miktarını aşamaz[446].

Bu durumda, doktrinde, yetkisiz temsilcinin kusur derecesine göre ayrımlar yapıldığı da görülmektedir. Doktrinde bir görüş[447], yetkisiz temsilcinin sadece hafif kusuru olması durumunda, üçüncü kişinin olumlu zararından sorumlu olabilmesinin zorlaştırılması yani bu durumda bazı başka özel hakkaniyet sebeplerinin de aranması gerektiğini, fakat yetkisiz temsilcinin kastı ya da ağır ihmalinin bulunduğu durumlarda bu gibi özel hakkaniyet sebeplerine gerek olmadığını savunmaktadır. Fakat diğer bir görüş ise[448], TBK m. 47/f. 2'nin açık hükmü gereğince kusurun derecesine göre hakkaniyet şartının değiştirilemeyeceğini savunmaktadır.

TBK m. 35/f. 2 ve TBK m. 47/f. 2 birlikte değerlendirildiklerinde, bazı sonuçlara ulaşılmaktadır:

---

sözleşmenin tarafı haline gelmeyecek, onunla üçüncü kişi arasında amaçlanan sözleşme ile içerik olarak aynı olan yasal borç ilişkisi doğacaktır. Bkz. **ErmanK-**Maier Reimer, § 179, N. 9.

"İfa yerine olumlu zararın" tazmin edilmesi yönünde seçimlik hak kullanıldığı zaman, olumlu zarardan anlaşılması gereken ise, sözleşme temsil olunan tarafından ifa edilmiş olsaydı içinde bulunulacak farazi durumun nakden sağlanmasının, yetkisiz temsilciden talep edilebileceğidir. Olumlu zararın tazmini ancak nakden yapılabilecek, aynen yapılamayacaktır. Bkz. Larenz, Wolf, **a.g.e.,** § 49, N. 21; **ErmanK-Maier Reimer,** § 179, N. 12; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 179-181, dpn. 169.

Yetkisiz temsilcinin, temsil yetkisi eksikliğini veya yetki verme işleminin iptal edilebilirliğini *"bilmediği"* durumlarda ise, BGB § 179/f. 2 uyarınca, işlem yaptığı üçüncü kişinin olumsuz zararını gidermesi gerekecektir.

445 Doktrinde bir görüş, TBK m. 47/f. 2 hükmüyle üçüncü kişiye bir seçimlik hak tanındığını, bu yenilik doğuran hakkına dayanarak olumlu ya da olumsuz zararının tazminini seçecek olan alacaklının, bu beyanından dönemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. **BernerK-Zäch,** Art. 39, N. 31. Fakat bu görüş isabetli bulunmamaktadır. Zira, üçüncü kişinin TBK m. 47/f. 2 uyarınca olumlu zararının tazminini talep etmesi ama bu talebin yetkisiz temsilcinin kusurlu olmaması sebebiyle reddedilmesi durumunda, bu görüşe göre artık olumsuz zararının tazminini talep hakkı bulunmayacaktır. Oysaki olması gereken, alacaklının, Usul Hukuku kurallarına göre, talep ettiği tazminat miktarını belirterek dava açması ve hakimin bu sınır içerisinde kalmak kaydıyla somut olay gereğince TBK m. 47/f. 1 ya da m. 47/f. 2'e göre tazminatı belirlemesidir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 49; N. 31.

446 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 49; N. 30; Ergüne, **a.g.e.,** s. 214; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 205; Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 177.

447 Koller, **Glaube,** N. 402, 413.

448 Ergüne, **a.g.e.,** s. 215; **BernerK-Zäch,** Art. 39, N. 30.

İlk olarak, her iki hükümde de olumlu zararın olumsuz zarardan fazla olacağı düşüncesinden hareket edildiği görülmektedir. Ancak her zaman bu sonuca ulaşılamayacağından[449], olumsuz zararın olumlu zarardan fazla olduğu hallerde, bu hükümlerde belirtilen şartlar gerçekleşmiş olmasına rağmen, hakimin, olumlu zarara değil, olumsuz zarara hükmetmesi gerekecektir. Aksine bir uygulama, bu hükümlerin, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde daha fazla tazminatın ödenmesine imkân sağlama şeklindeki konuluş amacına aykırı olacaktır[450].

İkinci olarak, bu hükümlerle tazmin edilecek zararın, zarar görenin amaçladığı sözleşmedeki ifa menfaatini tamamen karşılamasının zorunlu olmadığı görülmektedir. Sadece hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde olumlu zarar kapsamına giren malvarlığı kayıplarının karşılanması yeterlidir. Hakimin hükmedeceği tazminat, olumlu zarar miktarına ulaşabileceği gibi, bunun altında da kalabilecektir[451].

Üçüncü olarak, bu hükümler uyarınca olumsuz zararı aşan bir tazminata hükmedilebilmesi için, somut olayda hakkaniyetin böyle bir sorumluluğun kabulünü haklı kılması gerekmektedir. Bu hususta önceden bir kriter konulamayacak, her somut olay kendi içerisinde değerlendirilecektir. Fakat bu durumda, yanılanın ya da yetkisiz temsilcinin kusur derecesi, üçüncü kişinin uğradığı zarar miktarı ve tarafların ekonomik durumları, yapılacak olan hukuki değerlendirmede esas alınabilecektir[452].

Sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranış neticesinde zarar veren tarafın, karşı tarafın olumlu zararını tazmin etmesini öngören bu istisnai hükümlerin, kıyasen Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve düzenlenmeyen diğer *culpa in contrahendo* sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde de *hakkaniyetin gerektirmesi durumunda* uygulanabilmesi mümkündür[453]. Zira bu düzenlemelerle korunmak istenen menfaat ile *culpa in contrahendo* sorumluluğunun şartlarının gerçekleştiği diğer hallerdeki menfaat arasında kural olarak bir farklılık

---

449 Birinci Bölüm, II, A, 3, f, (2).

450 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 49; N. 30; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 918. Benzer yönde bkz. Gezder, **a.g.e.,** s. 202.

451 Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 918.

452 Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 918.

453 Koller, **OR Band I,** s. 416, N. 1779; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 919; Gezder, **a.g.e.,** s. 200.

bulunmamaktadır. Ancak bu hallerde, her durumda olumlu zararın tazmini istenebilecektir gibi bir sonuca ulaşılmamalıdır. Zira bazı durumlarda hakkaniyet unsurunun eksik olması, bazen de sözleşmenin geçersizliğiyle korunmak istenen menfaat böyle bir tazminatın talep edilmesine engel olabilecektir. Şimdi bu istisnai hükümlerin uygulama alanı bulabileceği diğer bazı *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğuran haller üzerinde durulacaktır:

-TBK m. 37/f. 2 hükmünde de, korkutanın üçüncü kişi olup da diğer tarafın korkutmayı bilmediği veya bilecek durumda olmadığı durumlarda, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen korkutulanın, hakkaniyet gerektiriyorsa diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir[454]. Burada ödenecek tazminat, olumsuz zarara yönelik olacaktır. Ancak TBK m. 35/f. 2'nin kıyasen burada uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, bu durumda da hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde, zarar görenin olumsuz zararı aşan olumlu zararının karşılanması gerektiğini savunmaktadır[455]. Kanaatimizce de isabetli olan başka bir görüş ise, üçüncü şahsın hukuka aykırı davranışıyla iradesi sakatlanan korkutulan ile kendisinden kaynaklanan sebeplerle yanılmaya düşen kimsenin eş tutulamayacağından hareketle, burada TBK m. 35/f. 2'nin kıyasen uygulama bulamayacağını savunmaktadır[456].

-Sözleşmenin karşı tarafının korkutmasına maruz kalınması durumunda ise, bu sebepten dolayı sözleşmeyi iptal etmek zorunda kalan tarafın, aynı zamanda korkutan kişiden bu davranış yüzünden uğramış olduğu zararlarının tazmin edilmesini istemesi

---

454 Aslında bu düzenlemenin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna ilişkin olmadığı, burada Kanun'un tanımış olduğu iptal hakkının kullanılmasından doğan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi olduğuna ilişkin bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 169.

455 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 29, N. 5; Simonius, **a.g.m.,** s. 274; Huguenin, **a.g.e.,** N. 595; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 328; Scherrer, **a.g.e.,** s. 65; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 39.34.

Bazı yazarlar, TBK m. 35/f. 2'nin, TBK m. 37/f. 2 durumunda da kıyasen uygulanmasını, korkutulanın üçüncü kişiden, diğer tarafın zararlarının tamamını aldığı durumlarda söz konusu olabileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.,** s. 174.

Bazı yazarlar ise, bu kıyas yoluyla uygulamanın ancak korkutulanın bir kusurunun olduğu durumlarda olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Koller, **Glaube**, N. 474, 475, 764, 812.

456 Ergüne, **a.g.e.,** s. 171; Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 921; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 38; N. 14.

mümkündür[457]. Bu durumda hakim, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde, karşı sözleşen durumundaki korkutanı, TBK m. 35/f. 2 ve TBK m. 47/f. 2'yi kıyasen uygulayarak olumsuz zararı aşan bir tazminat ödemekle yükümlü tutâbilir[458]. Hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde ifa menfaatinin karşılanmasını öngören TBK m. 35/f. 2 ve TBK m. 47/f. 2'nin altında yatan amaç, karşı sözleşenin korkutmasında da evleviyetle uygulanabilecek durumdadır[459].

-Sözleşmenin karşı tarafının aldatmasına maruz kaldığı için iradesi sakatlanan ve bu sebeple sözleşmeyi iptal eden tarafın, sözleşmenin geçerliliğine güvenmesinden kaynaklanan zararlarının tazminini istemesi mümkündür[460]. Buradaki olumsuz zarar da güven olgusuna dayalı *culpa in contrahendo* sorumluluğunun görünüm biçimlerindendir. Karşı tarafın aldatması sonucu sözleşmeyi iptal eden tarafın, *hakkaniyetin gerektirdiği hallerde olumsuz zararını aşan olumlu zararını isteme hakkı* da bulunmalıdır. Bu hususta açık bir hüküm bulunmasa da bu sonuca TBK m. 35/f. 2 ve TBK m. 47/f. 2'nin kıyasen uygulanması sonucu ulaşılabilir[461]. Güven temeline dayalı işlemsel temas sırasında yükümlülüklerine aykırı davranarak karşı tarafı aldatanı, hakkaniyetin gerektirmesi koşuluyla daha yüksek miktardaki ifa menfaatinden sorumlu tutmak uygun karşılanmalıdır. Ayrıca, aldatan tarafın sözleşme görüşmeleri sırasındaki söz ve davranışları garanti taahhüdü olarak kabul edilebiliyorsa, bu takdirde taraflar arasında örtülü olarak bir garanti sözleşmesi kurulmuş sayılacağından, bu

---

457 Korkutan karşı taraf ise, ona karşı açılacak tazminat davası haksız fiil hükümlerine dayanabileceği gibi, *culpa in contrahendo* ilkesine de dayanabilir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 39; N. 16.

458 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 39; N. 16; Ergüne, **a.g.e.,** s. 174. Aksi yönde bkz. Huguenin, **a.g.e.,** N. 595.

459 Ergüne, **a.g.e.,** s. 174.

460 Aldatan karşı taraf ise, bu tazminat talebi haksız fiil hükümlerine dayandırılabileceği gibi, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna da dayanabilir ve bu halde kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, § 37, N. 35.

461 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, § 37, N. 36; Becker, **a.g.e.,** Art. 31; N. 17; Ergüne, **a.g.e.,** s. 172; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **Band I,** N. 870. Karş. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 245.

sözleşmeye aykırılık sebebiyle aldatılan tarafın olumlu zararının tazmin edilmesini isteme hakkı da bulunabilecektir[462].

-TBK m. 44/f. 2'de ise, yetki belgesinin geri alınmasında ihmal gösteren temsil olunan veya haleflerinin, bu belgenin geri alınması veya mahkemeye tevdi edilmesi için zamanında harekete geçmiş olsalardı, iyiniyetli üçüncü kişinin içinde bulunacağı farazi durumu sağlamaları gerekeceği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, bu hükümde *culpa in contrahendo*ya dayanan olumsuz zarardan sorumluluk düzenlenmektedir[463]. Ancak Borçlar Kanunu'muzda açık bir düzenleme yer almasa da hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, TBK m. 35/f. 2 ve TBK m. 47/f. 2'yi kıyasen uygulayarak olumsuz zararı aşan bir tazminatın talep edilmesi de mümkün olmalıdır[464]. Zira gerek TBK m. 44/f. 2 gerekse kıyasen uygulanacak bu hükümler aynı gayeye hizmet etmektedir. Nihayetinde hepsi de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun farklı

---

462 Ergüne, **a.g.e.,** s. 173; von Tuhr, Peter, **a.g.e.,** s. 341.
Aldatanın üçüncü kişi olması durumunda ise, iradesi sakatlanan sözleşme tarafının uğradığı zararları üçüncü kişiden talep etmesi haksız fiil hükümleri çerçevesinde olacaktır. Haksız fiil hükümlerine göre belirlenecek tazminatta, aldatılan kimsenin uğramış olduğu olumsuz zarar miktarı da belirleyici olacaktır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.**, § 37, N. 37. Bu durumda tazminat istenmesi için sözleşmenin TBK m. 36/f. 2'deki şartlar uyarınca iptal edilmiş olmasına gerek yoktur. Fakat zarar görenin kendisini aldatan üçüncü kişiye karşı tazminat talebi, bazı durumlarda borca aykırılık kurallarına tâbi olabilecektir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 173 ve 175.

463 Ergüne, **a.g.e.,** s. 195. Bu zararın olumsuz zarar olmadığı, yetki belgesine güvenen üçüncü kişinin, olumlu olumsuz zarar ayrımına gidilmeden, uğramış olduğu tüm zararların giderilmesi gerekeceğini savunan aksi yönde bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Simonius, **a.g.m.,** s. 272, 273.

464 Koller, **Glaube,** N. 344; Roger Zäch, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligatioennrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR,** Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1990, Art. 36, N. 59; Ergüne, **a.g.e.,** s. 195; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. M. 33/2, 34/3 ve 37 Karşısında BK m. 36/2'nin Uygulanma Alanının Belirlenmesi", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın anısına Armağan,** Ankara, Banka ve Ticarete Hukuk Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 215, 216; Koller, **OR Band I**, s. 335, N. 1454.
Keller, Schöbi'ye göre İsv. BK m. 36 (TBK m. 44/ f. 2)'deki sorumluluk, İsv. BK m. 39 (TBK m. 47) ile bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Her iki hüküm de yetkisiz temsile ilişkin olduğundan, TBK m. 44/ f. 2 kapsamına giren hallerde, üçüncü kişi TBK m. 47/ f. 1 ve f. 2 uyarınca yetkisiz temsilciye karşı sahip olduğu tazminat talep etme hakkını, onunla birlikte müteselsil sorumlu olan temsil olunan ve haleflerine karşı da ileri sürebilecektir. TBK m. 44/ f. 2 ile TBK m. 47 arasında böyle bir bağlantı bulunması sonucu, TBK m. 47/ f. 2 gereğince hakkaniyet gerektirdiğince olumsuz zararı aşan olumlu zararın talep edilmesi TBK m. 44/ f.2 kapsamına giren durumlar için de mümkündür. Bkz. Keller, Schöbi, **a.g.e.,** s. 91.

görünüm biçimleridir ve iyiniyetli tarafın kendi riziko alanı dışında gerçekleşen olaylardan dolayı tam olarak zararının karşılanmasını amaçlamaktadırlar.

-Hukuka aykırılığın, kamu düzenine, ahlak, kişilik haklarına aykırılık şeklinde gerçekleşmediği *culpa in contrahendo* sorumluluklarında hakkaniyet gerektiriyorsa, olumsuz zararı aşan ve ifa menfaatine kadar ulaşabilen bir tazminata hükmedilmesi mümkün olabilecekken; kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık şeklinde gerçekleştiği hallerde hakkaniyet gerektirse dahi ifa menfaatinin tazminine karar verilemez. Zira bu durumda kesin hükümsüzlük yaptırımı ile korunmak istenen menfaat aşılmış olacaktır[465].

-Ayrıca hakkaniyetin gerektirmesi durumunda, geç ulaşan kabul beyanında veya şekle aykırılıkta *culpa in contrahendo* sorumluluğundan yararlanarak ifa menfaatinin tazmin edilmesine gerek yoktur. Zira bu durumlarda hakkaniyet unsuru, güven teorisi gereğince, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edilmesini sağlar. Sözleşmenin kurulmuş olduğu bir durumda ise, *culpa in contrahendo* hükümlerine başvurulmasına gerek yoktur. Hakkaniyet unsurunun güven teorisi gereğince sözleşmenin kurulmuş sayılması için yeterli olmadığı durumlarda, çoğu kez ifa menfaatini tazminini haklı kılacak bir hakkaniyet unsurunun da oluşmamış olduğu kabul edileceğinden, olumsuz zararı aşan olumlu menfaat karşılanamayacaktır[466].

Culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuran hallerde bazı durumlarda olumlu zarar talep edilebilecekse de zarar görenin hem olumlu hem de olumsuz menfaatini bir arada talep edemeyeceği açıktır[467].

Hakimin olumlu zarara hükmettiği durumlarda, üçüncü kişi de kendi edimini yerine getirme borcu altına girer. Olumlu zararın nakden giderilmesi durumunda fark teorisi, aynen giderilmesi durumunda değişim (mübadele) teorisi uygulama bulur[468].

---

465 Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 921, 922.

466 Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 922. Şeklen geçersizlik durumlarındaki *culpa in contrahendo* sorumluluğunda olumlu zararın tazmininin söz konusu olabileceği yönünde bkz. Koller, **OR Band I,** s. 416, N. 1779.

467 Ergüne, **Culpa in Contrahendo,** s. 923; Ergüne, **a.g.e.,** s. 215; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu), **a.g.e.,** § 26, N. 89.

6. Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Olumlu Zarar

Sürekli borç ilişkileri *"kendiliğinden"* ya da *"bir hukuki işlemle"* sona erebilmektedirler[469]. Sürekli borç ilişkilerinin ifa dışında sona ermesi halinde, ortaya bir zarar çıkmışsa, bunun tazmini gerekmektedir. Bu tazminat, olumlu zararın tazmini olarak karşımıza çıkmaktadır.

-*Kendiliğinden sona erme*; kural olarak sürenin sona ermesi ile gerçekleşir. Bazı sözleşmeler bakımından diğer kendiliğinden sona erme sebepleri ise; ölüm, fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlanması, ödemeden acz ya da iflas ve imkânsızlık gibi sebeplerle olmaktadır[470]. Karşılıklı borç doğuran sürekli borç ilişkileri açısından *ifa süresinin sona ermesi,* artık asli edim olan sürekli edimin o ilişkiden doğmasına engel olmaktadır. Fakat borçlunun borcundan kurtulması, ifa süresi boyunca borcunu gereği gibi ifa edip etmediği ile ilgilidir. İfa süresi boyunca edim, sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmişse, borçlu borcundan kurtulmaktadır. Ancak bu süre zarfında, ifa gereği gibi yapılmamışsa, asli edim borcu ikincil edim borcu, yani tazminat olarak varlığını sürdürecek ve borçlu borcundan kurtulmayacaktır[471]. Burada tazmini istenen, gereği gibi ifaya olan menfaat, yani olumlu zarardır.

-Sürekli borç ilişkilerinin *bir hukuki işlemle sona ermesi* ise, tarafların anlaşması ya da tek taraflı hukuki işlemle olmaktadır. Tek taraflı hukuki işlemle sona erdirme *fesih* yoluyla mümkündür. Fesih beyanının muhataba varmasıyla, sürekli borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erer. Diğer bir deyişle işlemiş ifa süresi için, sürekli borç ilişkisi sona ermez. O ana kadar doğmuş olan borçlar üzerinde feshin bir etkisi olmaz. Fakat fesih sonrası, o borç ilişkisinden artık herhangi bir borç doğmaz. Ancak borç ilişkisinin sona ermesine özgü olarak tasfiye borçları denebilecek borçlar doğar. Bunlar temel olarak geri verme borcu ve tazminat borçlarıdır[472]. Bu tazminat borçları kapsamında genel olarak karşılanması gereken zarar da olumlu zarardır[473].

---

468 Kutlu Sungurbey, **a.g.e.**; 179.
469 Gauch, **Dauervertrag,** s. 26.
470 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 84-90.
471 Seliçi, **a.g.e.,** s. 74.
472 Seliçi, **a.g.e.,** s. 120-125.
473 Seliçi, **a.g.e.,** s. 125.

Sürekli borç ilişkilerinin fesih yoluyla sona ermesi ise, *olağan fesih ve olağanüstü fesih* yollarıyla mümkündür.

1) Olağan fesih, *"belirsiz"* süreli bir sözleşmenin, *herhangi bir sebep gösterilmesine gerek olmaksızın* tek taraflı irade beyanıyla ileriye etkili olarak sona erdirilmesine yarayan bir imkândır[474]. Fakat bir sürekli borç ilişkisini, bu şekilde sona erdirebilmek için, ilk olarak fesih süre ve dönemlerine[475], ikinci olarak da hakkın kötüye kullanılması yasağına[476] dikkat etmek gerekmektedir. Bu durumda borç ilişkisi fesih beyanında bulunulmasıyla değil, fesih döneminin sonunda sona erer. Bu şekilde süre ve dönemlerine uyularak fesih beyanında bulunulması sonucu, karşı tarafın bir zararı doğmayacağından kural olarak bir tazminat yükümlülüğünden de bahsedilemeyecektir[477]. Ancak kanunen veya sözleşme ile önceden belirlenmiş bir fesih öneli olmayan sözleşmelerde, verilen fesih önelinin karşı tarafın yeni duruma uyum sağlayabilmesi için yeterli olmadığı durumlarda olumlu zararın tazminini isteme hakkı söz konusu olabilecektir[478].

2) Olağanüstü fesih ise, taraflardan birinin, belirli bir sebebin ortaya çıkması üzerine, *"belirli"* ya da *"belirsiz"* süreli sözleşmeleri, tek taraflı irade beyanıyla ileriye etkili sona erdirmelerine yarayan bir imkândır[479]. Bu şekilde bir fesih için, ortaya çıkan sebeplerin; önceden öngörülemeyen, borç ilişkisinin temelinin çökmesini sağlayan ve bu ilişkiye artık tarafların katlanmasının beklenemeyeceği

---

474 Gauch, **Dauervertrag,** s. 37; Antalya, **a.g.e.,** s. 533; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 90; Seliçi, **a.g.e.,** s. 132.

475 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 92; Seliçi, **a.g.e.,** s. 150 vd.; Antalya, **a.g.e.,** s. 533.

476 Seliçi, **a.g.e.,** s. 112; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 93; Antalya, **a.g.e.,** s. 534.

477 Kira sözleşmesi açısından aynı fikirde bkz. M. Murat İnceoğlu, **Kira Hukuku,** C. 2, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 216. Yazara göre, fesih bildirim süresine uyulmadığı zamanlarda, fesih beyanı bir sonrası fesih döneminden itibaren geçerli olacağından karşı tarafın yine bir zararı olmayacaktır.

478 Fesih süresi kanunla belirlenmiş olabileceği gibi taraflarca da kararlaştırılabilir. Taraflarca da herhangi bir süre kararlaştırılmamışsa, tek satıcılık sözleşmeleri bakımından adi şirkete ilişkin 6 aylık fesih süresinin (TBK m. 640/ f. 1) uygulanması gerektiği hakkında bkz. Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri),** 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 193. Bu süre yeni duruma uyum sağlama bakımından tek satıcıya yetersiz gelmişse, tek satıcı stoğunda kalan malları üreticiye iade edebilecek ve maliyetini karşılayamadığı yatırımları için üreticiden tazminat isteyebilme hakkına sahip olacaktır. bkz. Gökyayla, **Tek Satıcılık,** s. 194.

479 Seliçi, **a.g.e.,** s. 156; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 93.

sebepler olması gerekmektedir[480]. Görüldüğü gibi, olağan fesihten farklı olarak, olağanüstü fesihte, feshin *geçerli bir nedene* dayanması gerekmektedir[481].

Olağanüstü fesih, kanunen ya da tarafların sözleşme ile tanımış oldukları *özel sebeplere* dayanabilir[482]. Bunun dışında *genel sebep* olarak, haklı sebeple sözleşmenin feshi mümkün görülmüştür[483]. Sözleşme süresinin dolmasına veya en yakın olağan fesih süresine kadar sözleşmeye devam etmeyi dürüstlük kuralına göre beklenemeyecek hale getiren tüm şartlar, haklı sebep oluştururlar[484]. Haklı sebep, *"fesih muhatabının sözleşmeyi ihlâl etmesinden"* kaynaklanabileceği gibi *"sözleşme dışı bir sebepten"* de ortaya çıkabilecektir.

a) Haklı sebep, *muhatabının sözleşmeyi ihlâl etmesinden kaynaklanıyorsa*, TBK m. 112 gereğince sözleşmeyi *feshedenin* zararının karşılanması gerekecektir. TBK m. 437'de hizmet sözleşmesi için, sözleşmenin ihlâli nedeniyle fesih sonucu tazminat ödenmesine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, *"Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür."*. Bu hükmün, tüm sürekli borç ilişkileri bakımından genel geçerli bir hüküm olması gerektiği ifade edilmektedir[485].

---

480 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 93

481 Gauch, **Dauervertrag,** s. 173; Antalya, **a.g.e.,** s. 534.

482 Örneğin kira sözleşmesinde TBK m. 332, 333; hizmet sözleşmesinde TBK m. 436'da belirtilen sebeplerle sözleşmenin feshi.

483 Yasal sona erdirme sebebi olarak Kanun'da düzenlenen haklı sebeple fesih halleri; adi kira sözleşmesi için TBK m. 331; ürün kirası için TBK m. 369; hizmet sözleşmesi için TBK m. 435; ölünceye kadar bakma sözleşmesi için TBK m. 617 ve adi şirket için TBK m. 639/f. 1 b.7'de öngörülmüştür. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 97 vd.

İsviçre hukuku'nda haklı sebeple fesih imkânı, tüm sürekli borç ilişkilerine uygulanacak genel bir ilke olarak benimsenmiştir. Bkz. BGE 112 III 262, BGE 128 III 428. Türk hukuku'nda haklı sebeple feshi geçerli genel bir ilke olarak olarak kabul eden bir içtihat henüz oluşmamıştır ama İsviçre hukukundaki çözümün Türk hukuku bakımından da benimsenmesi yerinde olacaktır. Aynı yönde görüş ve ayrıntı için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 108 vd.; Seliçi, **a.g.e.,** s. 201 vd.

484 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 133 vd.

485 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 240; Tandoğan, **C. I/1,** s. 59; Seliçi, **a.g.e.,** s. 220. Bayilik sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. Nilay Şenol, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 288.

Bir tarafın sözleşmeyi ihlâli sonucu haklı sebeple fesihte, *"doğrudan sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zarar"* ve *"sözleşmenin haklı sebeple vaktinden önce feshedilmesi dolayısıyla ortaya çıkan zarar"* oluşmaktadır.

Doğrudan sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararlar, olumlu zarardır[486] ve bu zararların TBK m. 112 gereğince talep edilebilmesi için sözleşmenin feshine dahi gerek yoktur[487].

Sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi sebebiyle uğranılan zarar da olumlu zarardır[488]. Bu zararın tazmini, feshedenin sözleşmenin süresinin sonuna kadar düzgün bir şekilde ifasına olan menfaatini gidermelidir. Diğer bir deyişle, sözleşmeyi haklı sebeple fesheden, eğer belirsiz süreli bir sözleşme söz konusuysa, sözleşme en yakın olağan fesih döneminde feshedilseydi içinde bulunacağı duruma ya da belirli süreli bir sözleşme söz konusuysa sözleşme belirlenen sürenin dolmasıyla sona ermiş olsaydı içinde bulunacağı duruma getirilmelidir[489].

Sözleşmeye aykırılık aynı zamanda haklı sebep teşkil etmesine rağmen, sözleşmenin haklı sebeple feshi yoluna gidilmemiş olması, sözleşmeye aykırılıktan dolayı TBK m. 112'ye göre olumlu zararın tazmininin talep edilmeyeceği anlamına gelmez[490]. Zira her iki zarar türü, birbirinden farklıdır. Örneğin, kiracının eve zarar vermesi neticesinde, kiraya verenin zararını TBK m. 112'ye göre talep edebilmesi

---

486 Doktrinde, haklı sebeple fesih sonucunda, olumsuz zararın tazmininin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 244. Gauch da olumsuz zararın istisnai olarak temerrüde dayalı fesih halinde söz konusu olabileceğinden bahsetmiştir. Bkz. Gauch, **Dauervertrag,** s. 223.

487 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 241. Bazı sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme tipleri bakımından, sözleşmeye aykırılık sebebiyle uğranılan zarar ve sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi yoluyla uğranılan zarar, ayrı hükümlerde düzenlenmiştir. Örneğin, hizmet sözleşmesi bakımından TBK m. 400/f. 1'de, işçinin işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olacağı düzenlenmiş; TBK m. 437'de de taraflardan birinin sözleşmeye uymaması sebebiyle haklı sebeple sözleşme feshedilmişse, buna sebep olan tarafın bu zararı gidermesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak TBK m. 400'deki gibi özel bir düzenlemenin olmadığı durumlarda, sözleşmenin ihlâli nedeniyle uğranılan zararlar TBK m. 112 gereğince tazmin edilecektir.

488 Hizmet sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. Adrian Staehelin, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Zürcher Kommentar,** t. V/2/c, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-355 OR)**,** 3. Auflage, Zürich, 1996, Art. 337 b, N. 5. Kira sözleşmesi için aynı yönde bkz. Peter Higi, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Zürcher Kommentar,** t. V/2/b, Erste Lieferung**,** Die Miete (Art. 253-265 OR), 3. Auflage, Zürich, 1994, Art. 257f, N. 88.

489 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 241.

490 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 241.

mümkündür. Bu sebebe dayanarak kiraya verenin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi sebebiyle uğradığı olumlu zarar ise, onarım giderlerinden tamamen farklıdır. Bu durumda kiraya verenin zararı, sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi sebebiyle uğranılan zarardır.

b) Haklı sebebin, *sözleşmeye aykırılık dışında bir sebepten dolayı karşımıza çıkması durumunda* ise, zararın tazminine ilişkin ne Türk ne de İsviçre hukukunda bir hüküm yer almaktadır. Bu sebeple, yine hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 437'nin 2. fıkrasından yola çıkılmaktadır. Hükmün ilk fıkrasında haklı sebebin sözleşme ihlâlinden kaynaklanması durumunda tazminat düzenlenirken; ikinci fıkrada *"Diğer durumlarda hakim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin mali sonuçlarını serbestçe değerlendirir."* şeklinde bir düzenleme vardır. Buna benzer yöndeki adi kira ve hasılat kiralarına ilişkin TBK m. 331 ve m. 369'da da hakimin haklı sebeple feshin mali sonuçlarını, tüm koşulları göz önünde bulundurarak tayin edeceği yönünde düzenlemeler vardır. Görüldüğü gibi bu durumlarda *hakkaniyet temeline dayalı bir zarar tazmini* söz konusudur. Bu sebeple, diğer tüm sürekli edimli sözleşmelerin, sözleşme ihlâline dayanmayan bir sebepten dolayı (her iki tarafın da sorumlu olmadığı sebeplere dayalı) haklı sebeple feshedilmeleri durumunda bu hakkaniyet esasına dayanılabileceği doktrinde ileri sürülmüştür[491]. Böylece hakim hem fesheden hem de fesih muhatabı lehine tazminata hükmedebilecektir. Burada sözleşmenin ihlâline dayanan bir fesih söz konusu olmadığı için, hakkaniyet esasına göre takdir edilecek tazminat da sözleşmesel sorumluluk temeline dayanmayacağından, oluşan zararların olumlu ya da olumsuz olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.

c) Bazı durumlarda, gerçekte haklı bir sebep teşkil etmeyen bir sebebe dayanarak da sözleşmenin feshi söz konusu olabilecektir. Bu şekildeki fesihler, *haksız fesih* olarak nitelendirilmektedir[492]. Doktrinde, haklı bir sebebin mevcut olmaması ya da yetersiz olması durumunda, feshin geçersiz olacağı ve sürekli borç

491 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 250.
492 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 252.

ilişkisinin devam edeceği ifade edilmektedir[493]. Bununla beraber bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır[494].

Fakat fesih sebebi mevcut olmamasına ya da yetersiz olmasına rağmen, taraflar fiilen feshe uymuşlarsa ya da haksız feshin geçerli sayıldığı istisnai durumlar söz konusu ise, haksız fesih geçerli sayılacaktır[495]. Haksız fesih geçerli ise, yani sözleşmenin sona ermesine yol açıyorsa, bu durumda feshin muhatabı, uğradığı zararların giderilmesini isteyebilecektir. Bu durumda da uğranılan zarar, olumlu zarar olacaktır[496]. Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasına bağlı olarak uğranılan olumlu zarar değişecektir. Eğer sözleşme belirli süreli ise, sürenin sonuna kadar; belirsiz süreli ise, olağan fesih süresine kadar sözleşmenin ifasına olan menfaatini isteyebilecektir. Burada aslında işçinin işveren aynen ifa talep etmesi gibi bir durum söz konusu olsa da, işverenin ödemesi karşılığında işçi kendi edimini ifa etmeyeceğinden, işveren açısından bir tazminat söz konusudur[497].

Nitekim hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi durumunda, TBK m. 438/f. 1'de, işçinin sözleşme derhal feshedilmiş olmasaydı içinde bulunacağı mali duruma getirileceği düzenlenmiştir[498]. Burada aslında işçinin işverenden aynen ifa

---

493 Seliçi, **a.g.e.,** s. 163; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 219, 221.

494 Örneğin, TBK m. 438/f. 1 düzenlemesinde işverenin haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshetmesi durumunda haksız feshin de sözleşmeyi sona erdireceği ama işverenin tazminat ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm sadece hizmet sözleşmesi bakımındandır, bunun dışındaki sözleşmeler açısından haksız fesih halinde borç ilişkisi varlığını devam ettirecektir. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 220 ve 225 vd. Diğer istisnai hükümler; TTK m. 21, İş K. m. 25; TBK m. 439/f. 1 şeklindedir. Ayrıntı için bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 221 vd. Temelinde haklı nedenler olmaksızın yapılan derhal feshin, olağan feshe tahvil edilerek olağan fesih süresinin sonunda sözleşmeyi sona erdirebileceği yönünde bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar,** s. 248; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 235.

495 Kanun da haksız feshe rağmen, sözleşmenin sona ereceğini öngörmüş olabilir. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 221 vd.

496 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 253

497 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 253.

498 TBK m. 438/f. 3'te hakimin somut olayın şartlarını dikkate alarak serbestçe belirleyeceği bir meblağın işçi lehine tazminat olarak ödenmesine karar verilebilceği ama bu meblağın işçinin 6 aylık ücretinden fazla olamayacağı düzenlenmiştir. Böylece haklı sebep olmaksızın sözleşmeyi fesheden işverenin cezalandırılması amaçlanmakta, işçi bu fesihten hiçbir zarar görmese bile tazminata hükmedilebilmektedir. Bu sebeple, *olumlu zarardan farklılık arz etmektedir.*

talep etmesi gibi bir durum söz konusu olsa da, işverenin ödemesi karşılığında işçi kendi edimini ifa etmeyeceğinden, işveren açısından bir tazminat söz konusudur[499].

Böyle özel hüküm olmayan hallerde de TBK m. 112 gereğince, olumlu zarar tazmin edilebilecektir. Zira haklı sebeple fesih olmaksızın sözleşmenin feshi de bir *sözleşme ihlâli* olarak görülebilecektir. Bu takdirde olumlu zararın kapsamına, ifa edilmeyen edimin değeri, edimin ekonomik açıdan kullanılamaması veya piyasaya sürülememesi sebebiyle yoksun kalınan kâr, haksız fesih sebebiyle diğer malvarlığı değerlerine verilen zararlar, zararın tespiti için ekspertiz giderleri, fesih muhatabının üçüncü kişilere karşı olan borcunu ifa etmemesi nedeniyle ödediği tazminat ve ceza koşulu, zararın meydana gelmesinden, tazminat ödeninceye kadar geçen süreden dolayı uğranılan zararlar girecektir[500].

C. Viyana Satış Sözleşmesi ve Alman İfa Engelleri Sistemi Çerçevesinde Olumlu Zararın Uygulama Alanının Belirlenmesi

Olumlu-olumsuz zarar ayrımının gerekliliği, aslında tüm ifa engelleri sistemini ilgilendiren geniş çaplı bir problemdir. Bu sebeple, bu soruna geniş bir bakış açısıyla bakabilmek adına, öncelikle Türk ifa engelleri sistemine ilişkin aksayan yönleri ortaya koymak ve sonrasında uluslararası düzenlemeler ve özellikle Alman Medeni Kanunu'nda yapılan reformlar ışığında bir neticeye ulaşmak gerekmektedir.

Türk ifa engelleri sisteminde, genel bir borca aykırılık kavramı yerine çeşitli borca aykırılık türlerinin bulunması, özellikle imkânsızlık konusunda çeşitli ayrımlara gidilmesi, olumlu- olumsuz zarar ayrımları, bazı sözleşme ilişkilerine özgü ayıplı ifaya ve temerrüde ilişkin özel düzenlemelerin genel düzenlemelerle çatışması ve yarışma sorununun gündeme gelmesi başlıca problemler olarak görülmektedir[501].

---

499 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 253.

500 Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 253, 254.

501 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 9; Yeşim M. Atamer, "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan,** C. 2, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 219.

Türk hukukunda alacaklının ifa engelleri karşısında sahip olacağı hak, aykırılığın türüne göre düzenlenmiştir[502]. Olayda ifa imkânsızlığı, temerrüt ve kötü ifa hallerinden hangisinin olduğu saptandıktan sonra, o ifa engeline ilişkin kanunda düzenlenmiş hukuki sonuçlar uygulanmaktadır. Hukuki sonuçlar; hükümsüzlük, aynen ifa, tazminat, dönme, indirim, değiştirme, onarım şeklinde düzenlenmiştir.

Fakat birbirine benzer durumlara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, rastlantısal ve adalet hissini zedeleyici sonuçlara yol açmaktadır[503]. Hukuki sonuçların, her bir ifa engeli için ayrı ayrı düzenlenmiş olması, bazı durumlarda kuralların tekrarlanmasına, bazı durumlarda kuralların eksik kalmasına ve uyumsuzlukların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Zira ifa engeli teşkil eden olgular, kimi zaman sözleşmenin hükümsüzlüğüne sebep olmaktadır (TBK m. 27), kimi zaman dönme hakkına yol açmaktadır (TBK m. 125). Bazen de o borca aykırılık için Kanun'da düzenlenmemiş sonuçların uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaktadır. Örneğin borçlunun kusuruyla yol açtığı imkânsızlığın bazen dönme hakkına yol açıp açmayacağı tartışılmakta, bazen de borcu sona erdirip erdirmeyeceği tartışılmaktadır (TBK m. 112). Bunun gibi dönme hakkı, sadece borçlu temerrüdü ve ayıplı ifa olguları için kabul edilmiştir. Tazminat hakkı da kimi yerde olumlu zararın giderimini, kimi yerde olumsuz zararın giderimini, kimi yerde doğrudan kimi yerde de dolaylı zararın[504] giderimini amaçlar şekilde, çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir[505].

Benzer aksaklıkların yaşandığı eski Alman Medeni Kanunu'nda da bu sebeple çeşitli reformlar yapılma ihtiyacı doğmuştur. Avrupa'nın en eski yasalarından biri olan Alman Medeni Kanunu, yapılan reformlar sonrasında, 1 Ocak 2002 tarihinde geniş ölçüde yenilenerek yürürlüğe girmiştir. Bu şekilde reformlar yapılmasına,

---

502 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 13.

503 Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 223; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 9.

504 Satış sözleşmesine ilişkin, hem zapt hem de ayıptan doğan sorumlulukta, doğrudan zararlar bakımından kusurdan bağımsız bir tazminat talebine imkân verilmesi, dolaylı zararlar bakımından genel hükümlerdeki gibi kusur sorumluluğunun benimsenmesi göze çarpmaktadır. Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 226.

505 Benzer aksaklıklar içeren İsviçre Borçlar Kanunu açısından, ifa engelleri sistemi yeniden kaleme alınmış ve çözümler ileri sürülmüştür. Bkz. Faust, **a.g.m.,** s. 169 vd.

özellikle önceki Alman Medeni Kanunu'nda pandekt hukukunun etkisiyle Mommsen'in imkânsızlık dogmasına dayalı bir ifa engelleri sisteminin bulunması ve bu sistemin çağın ihtiyaçlarını karşılayamaması neden olmuştur[506]. Bu sebeple, yapılan bu reformlar arasında *"İfa Engelleri Hukuku (Leistungsstörungsrecht)"*nda yapılan değişiklikler önemli yer kaplamıştır. Bu değişiklikler yapılırken, özellikle mal alım satımına ilişkin uluslararası anlaşma (CISG) ve uluslarası hukuk uyumlaştırması metinleri[507] örnek alınmıştır. Bu sebeple öncelikle Viyana Satış Sözleşmesi ve uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinden bahsedilecek sonrasında da Alman hukuku'ndaki ifa engelleri sistemi özellikle tazminata ilişkin düzenlemeler bakımından incelenecektir.

---

506 Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 219, 220; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 232.

507 Uluslararası hukuk uyumlaştırması metinlerinde de ifa engelleri hukukuna ilişkin yeni yaklaşımlar benimsenmiştir. Avrupa mukayeseli hukuk araştırmalarında önemli yer kaplayan, aslında kanundan hiçbir farkı olmayan ama bağlayıcı olmaması dolayısıyla sadece bir model kanun sayılan metinler hazırlanmıştır. Bu metinler, *soft law instruments* olarak da adlandırılmaktadır. Bu metinleri hazırlayan oluşumlar arasında en önemlileri Türkiye'nin de üyesi bulunduğu *Unidroit (International Institute for he Unification of Private Law)* ve Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan *Uncitral*'dır *(United Nations Commission on International Trade Law).*

Unidroit tarafından 1994 yılında yayınlanan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler *(Principles of International Commercial Contracts-PICC)* günümüzün en önemli *soft law* araçlarından biridir. Bu metin, milletlerarası ticaretin sınır aşan sözleşmelerine uygulanmak iddiasıyla hazırlanmıştır.

Bunun dışında sadece Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanmak üzere hazırlanmış diğer bir *soft law* metni de Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleridir *(Principles of European Contract Law-PECL).*

Sonrasında PECL örnek alınarak Avrupa Birliği Borçlar Kanunu'nu oluşturmak amacıyla *"Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları-Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak" (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law- Draft Common Frame of Reference –DCFR)* hazırlanmıştır.

Bu metinler hazırlanırken, yürürlükte olan hukuki düzenlemeler değerlendirilmiş ve en uygun sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Bu sebeple, bu metinlerin ulusal kanunlar yapılırken ya da yorumlanırken dikkate alınmaları isabetli olacaktır. Bu sebeple olumlu-olumsuz zarar ayrımının gerekliliği incelenirken, bu metinlerdeki ifa engellerine ilişkin düzenlemeleri de incelemek gerekecektir. Bu metinlerde özellikle ifa engelleri sistemi, 1988 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Viyana Satış Sözleşmesi'nden etkilenmiştir.

Her üç metinde (PICC, PECL, DCFR) de ifa engelleri hukukuna ilişkin temel yaklaşımlar aynıdır. Bu yaklaşımlar; yeknesak bir borca aykırılık olgusunun, garanti sorumluluğunun ve alacaklının elindeki yaptırımları merkeze alan bir sistemin benimsenmiş olmasıdır. Bu hususlarda Viyana Satış Sözleşmesi ve *common law*'dan bir etkilenme söz konusudur. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 231, 232. Yeknesak borca aykırılık olgusu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Christian von Bar, Reinhard Zimmermann, **Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht,** Teile 1 und 2, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, München, European Law Publischers GmbH, 2002, s. 435 vd.

1. Viyana Satış Sözleşmesi'nde (CISG) Kabul Edilen İfa Engelleri Sisteminin Tanıtılması

1980 tarihli Milletlerarası Mal Satış Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, yaygın ismiyle Viyana Satış Sözleşmesi (CISG), önemli bir uluslararası hukuk metni olmasının yanı sıra, başarılı bir yeknesaklaştırma çalışmasıdır[508]. Bu sözleşme ile dünya üzerinde uygulanmakta olan iki temel hukuk sistemi olan *common law* ve *civil law* ifa engelleri hukuku bakımından bir araya getirilmiştir.

İfa engellerinin hukuki sonucu olarak *tazminatı* ilgilendiren gelişmeler bakımından Türkiye'nin de taraf olduğu Viyana Satış Sözleşmesi'ndeki (CISG)[509] düzenlemeleri de incelemek gerekmektedir. Zira bu düzenlemeler, sözleşmeye Türkiye'nin de taraf olmasıyla Türk hukukunun da bir parçası haline gelmiştir[510].

Viyana Satış Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından kabulüyle, milletlerarası satışlara CISG m. 30-88, iç satışlara TBK m. 207-236, ticari satışlara TTK m. 23, tüketici satışlarına TKHK m. 4 uygulanacaktır. Bu hükümler, bazı yönlerden örtüşmektedir. Ancak bazı yönlerden özellikle Viyana Satış Sözleşmesi ve Türk Borçlar Kanunu arasında aşağıda bahsedileceği gibi ciddi farklılıkların bulunduğunu söylemek mümkündür.

Viyana Satış Sözleşmesi'nde, tarafların sözleşmeyi ihlâl etmeleri durumunda hem satıcı hem de alıcının ileri sürebileceği hukuki talepler ayrı ayrı düzenlenmiştir[511]. Borca aykırılık durumunun oluştuğu tespit edildikten sonra,

---

508 Zafer Zeytin, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku,** 1. Baskı, Ankara 2011, s. 26.

509 Bu sözleşme, 14.04.2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 5870 sayılı Kanun ile uygun bulunarak kabul edilmiştir. Türkiye açısından Sözleşme, CISG m. 101/f. 1 uyarınca katılma belgesinin tevdi edildiği 01.08.2010 tarihinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde, 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

510 Sözleşme hükümleri, uluslarası nitelik taşıyan taşınır mal satım sözleşmelerine uygulanacak maddi hukuk kurallarını düzenlemektedir. Sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı âkit ülkelerde yer alması halinde, bu sözleşme hükümleri doğrudan uygulama alanı bulacaktır (CISG m. 1 f. 1 b. a). Bu koşul antlaşmanın uygulanması bakımından temel koşul olarak görülmektedir. Bkz. H. Ercüment Erdem, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", **Batider**, C. 14, S. 3, 1992, s. 42.

511 H. Ercüment Erdem, "Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk hukuku ile Karşılaştırma", **GSÜHFD, Milletlarası Mal Satımına İlişkin**

taraflara o olay bakımından alıcıya ya da satıcıya tanınan hukuki taleplerin uygun olup olmadığı denetlenecektir. Bakış açısı, hukuki sonuçlar perspektifinden olacaktır[512].

-Satıcının borcuna aykırı davranması halinde, *alıcının,* aynen ifayı isteme (CISG m. 46/1), ayıplı malların yerine yenilerini isteme (CISG m. 46/2), ayıbın giderilmesini isteme (CISG m. 46/2), semenin indirilmesini isteme (CISG m. 50), sözleşmeden dönme (CISG m. 49/1) ve tazminat isteme (CISG m. 74-77) hakları bulunmaktadır. Bu hukuki sonuçlar, *tüm sözleşmeye aykırılık hallleri için* geçerlidir[513]. Fakat bazı hakların kullanılmaları her sözleşmeye aykırılık hali için geçerli iken, bazı hakların kullanılmaları daha ağır sözleşmeye aykırılık hali gerektirmektedir. Böylelikle sistem, *sözleşmeye esaslı aykırılık ve esaslı olmayan aykırılık* üzerine kurulmuştur[514]. Sözleşmeden dönme, ancak diğer yaptırımların yetersiz kalması halinde başvurulabilecek bir yoldur ve kural olarak ancak

---

Birleşmiş Millerler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2013/ I, s. 262.

512 PICC, PECL VE DCFR metinlerinde de bakış açısı hukuki sonuçlar perspektifindendir. Bir borca aykırılık olgusu tespit edildikten sonra, somut olay açısından yaptırımların uygunluğu denetlenecektir. Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 233.

513 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 262; Erdem, **Viyana Satım Sözleşmesi**, s. 75, 76.

PICC, PECL ve DCFR metinlerinde de yaptırımlar; ifayı talep, kendi edimini ifadan kaçınma hakkı, sözleşmenin sona erdirilmesi, semenin tenzili, tazminat ve faiz talebidir. Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 232. *İfa talebi*; sözleşmeyle üstlenilen yükümlülüklerin ifasına ilişkin *asli talep* ve ifanın sözleşmeye aykırı (ayıplı) olması halinde alacaklının sahip olduğu *tali ifa talebi* (değiştirme ya da tamirat) olmak üzere ikiye ayrılır. Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 239. Kural olarak alacaklının yaptırımlar arasında serbestçe seçimde bulunması mümkündür. Ancak yaptırımların kendi hükümlerinde düzenlenen sınırlarına dikkat etmek gerekecektir. Örneğin dönme hakkı, ancak *esaslı olan sözleşme ihlâli varsa* söz konusu olabilecektir (PECL m. 8:103/9:301, PICC m. 7.3.1, DCFR m. III-3:502). Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 233 ve 249; von Bar, Zimmermann, **a.g.e.**, s. 439 vd., 495 vd. Esaslı ihlâl kıstası da Viyana Satım Sözleşmesi ve *common law*'dan etkilenerek kabul edilmiştir.

514 Peter Huber, "CISG –Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları", çev. Başak Başoğlu, **Milletlerarası Satım Hukuku,** der. Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s. 279 vd. ; Işıl Yelkenci, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** der. Tufan Öğüz, İstanbul, 2013, s. 1333 vd.; Selin Sert, **Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 66 vd.; Yeşim M. Atamer, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", **Milletlerarası Satım Hukuku,** der. Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s. 230 vd.; Bilgehan Çetiner, "TBK Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi", **Legal Hukuk Dergisi,** İstanbul, C. 5, S. 58, Y. 2007, s. 3142; Zeytin, **a.g.e.,** s. 105 vd.

sözleşmenin *esaslı ihlâli* halinde söz konusu olur[515]. Sözleşmenin esaslı ihlâlini gerektiren diğer bir durum ise, malın yenisi ile değiştirilmesi talebidir.

Sözleşmeye aykırılık oluşması halinde, tüm bu hukuki taleplerin ileri sürülebilmesi, *satıcının kusuruna bağlı değildir*; bu yönüyle Türk hukukundan farklılık arz etmektedir[516] Ayrıca bu haklar kullanılmadan önce mehil verilmesi de zorunlu değildir[517]. Tazminat imkânı, diğer haklarla birlikte de ileri sürülebilecektir[518].

Viyana Satış Sözleşmesi'nde tüm sözleşme ihlâlleri, *sözleşmeye aykırılık kavramı* altında toplanmıştır. Bu yönüyle Türk hukukunda benimsenen sistemden farklı bir yol izlenmiştir[519].

Sözleşmeye aykırılık halinde başvurulacak ilk imkân, aynen ifadır[520]. Sözleşme konusu malın ayıplı (CISG m. 35) teslim edilmesi halinde ise, alıcının ayıplı mallar yerine yenilerinin verilmesini isteme, ayıbın giderilmesini isteme, semenin indirilmesini ve tazminat talep etme yetkisi vardır. Bu taleplerin hepsi aslında ifa menfaatini gidermeye yönelik tedbirlerdir[521].

---

515 Huber, **a.g.m.,** s. 269; Erdem, **Karşılaştırma,** s. 264.

516 Viyana Satım Sözleşmesi bu yönüyle *Common law* sisteminden etkilenmiştir. Bkz. Erdem, **Karşılaştırma,** s. 263.
PICC, PECL VE DCFR metinlerinde de tarafların sözleşme ile belirli sonuçlara ulaşılması konusunda *garanti taahhünde bulunmuş oldukları kabul edilerek* bu taahhüdün yerine getirilemediği her durumda tazminattan sorumluluğun var olacağı ifade edilmiştir (PECL m. 8:108, PICC m. 7.1.7, DECL III. 3-104). Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 232, 235; von Bar, Zimmermann, **a.g.e.**, s. 527. Borçlu ancak bir sorumsuzluk anlaşmasının veya mücbir sebebin varlığı halinde *tazminat* ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 235. Bu noktada da CISG m. 79 ve *common law*'ın etkisi bulunmaktadır. Sorumluluktan kurtulmak için, sözleşmeye aykırı davranan tarafın etki alanı dışında bir engelin bulunması, engelin sözleşmenin kurulması aşamasında hesaba katılmasının mümkün olmaması ve engelin önlenemez ve aşılamaz (öngörülemez) olması gerekmektedir.

517 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 262, 263; Atamer, **Satım Hukuku,** s. 226, 228 vd.

518 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 262.

519 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 264. *Common law* sisteminde de *sözleşmenin ihlali (breach of contract)* kavramı yeknesak bir biçimde tüm sözleşme ihlali türlerini ifade edecek şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Peter Hay, **US- Amerikanisches Recht,** München, Verlag, C. H. Beck, 2000, s. 124.

520 Fakat, alıcının aynen ifa talebinin kabul edilebilmesi için, aynen ifa talebinin yapıldığı devletin iç hukukunun da bu talebi tanıması gerekmektedir (CISG m. 28).

521 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 268.

Sözleşme ihlâli halinde, alıcının en son başvuracağı imkân ise, sözleşmeden dönmedir[522]. Bu imkâna başvurmanın, en son başvurulacak imkân olarak sınırlandırılmasının sebebi, dönmenin teslim edilmiş malların iadesi ve alıcı tarafından ödenmiş bedelin iadesini gerektirmesidir. Bu durum, büyük masraflara ve risklere yol açabilecektir. Alıcı tarafından sözleşmeden dönme imkânı, ya sözleşmeye esaslı aykırılık olması halinde ya da satıcının teslim etmeme durumunda alıcı tarafından tanınmış ek süre içinde mallarını teslim etmemesi veya verilmiş süre içerisinde bunları teslim etmeyeceğini açıklaması hallerinde söz konusu olabilecektir (CISG m. 49/1)[523]. Sözleşmeye esaslı aykırılıktan anlaşılması gereken, *satıcının kendisine düşen borçları yerine getirmemesi dolayısıyla alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasına yol açacak bir olumsuzluğun oluşması*dır[524]. Sözleşmeye esaslı aykırılık olup olmadığı her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak değerlendirilecektir[525].

-Alıcının sözleşmeye aykırı davranması halinde, *satıcının* sahip olduğu imkânlar ise, borçların aynen ifasını isteme (CISG m. 62), sözleşmeye esaslı aykırılık varsa dönme hakkı (CISG m. 64) ve son olarak tazminat (CISG m. 63/2) talebidir. Bu haklar Türk hukukunda da bulunmaktadır ama dönme bakımından farklılık arz

---

522 Huber, **a.g.m.,** s. 269; Sert, **a.g.e.,** s. 189, 190; Erdem, **Karşılaştırma,** s. 270. Borca aykırılık halinde, hem alıcı hem de satıcıya ilişkin ortak düzenlenmiş hükümler de bulunmaktadır. Bunlardan biri *"vadeden önce"* sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmeden dönme hakkıdır (CISG m. 49/1 a, m. 64/1 a). Bu durumda henüz muhtemel bir aykırılık halinde, belirli şartlar dahilinde, dönme mümkün kılınmıştır. Bu şartlar, sözleşmenin esaslı ihlâli ve karşı tarafa sözleşmenin gereği gibi ifası konusunda gerekli teminat vermesine imkân verecek şekilde, bu niyetin ihbar edilmesidir. Bkz. H. Ercüment Erdem, "Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan,** C. 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 869; Erdem, **Karşılaştırma,** s. 278, 279. Bu şekilde bir düzenleme, Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 473 dışında yoktur. Ancak doktrinde diğer tüm sözleşmelerde de alacaklıya kıyas yoluyla böyle bir hakkın verilmesi gerektiğini savunanlar bulunmaktadır. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 409, dpn. 687; Serozan, **Dönme,** s. 338 vd. Bu şekilde *öne alınmış bir sözleşme ihlâli nedeniyle*, sözleşmeden dönülmesi durumunda da tazminat istenmesi mümkündür. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s 428.

523 Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi),** 1. Bası, Editörler: Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015, m. 49, N. 5 vd.; Sert, **a.g.e.,** s. 190, 191; Erdem, **Karşılaştırma,** s. 272.

524 Erdem, **Dönme,** s. 864; Erdem, **Karşılaştırma,** s. 272.

525 Tarafların sözleşmede hangi yükümlülüklerin esaslı olacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bkz. Erdem, **Karşılaştırma,** s. 272. Esaslı ihlâl bakımından aranan kıstaslara yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **Satım Hukuku,** s. 230 vd.; Sert, **a.g.e.,** s. 66 vd.; Yelkenci, **a.g.e.,** s. 1333 vd.

etmektedir[526]. Türk hukukunda, satıcının dönme hakkı bazı özel şartları gerektirmektedir (TBK m. 235). Buna göre, satılanın ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda, alıcı temerrüde düşerse, satıcı, herhangi bir işlem gerektirmeksizin sözleşmeden dönebilecektir.

-Viyana Satış Sözleşmesi'nde CISG m. 45/1 b ve m. 61/1 b'de *tazminat hakkının doğumu* alıcı ve satıcı bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Ancak tazminata ilişkin kurallar, genel olarak CISG m. 74-77 arasında düzenlenmektedir. CISG m. 74'te taraflardan birinin yükümlülüklerini ihlâl etmesi halinde, diğer tarafa diğer haklarla birlikte uğradığı zararlarının tazminini talep etme hakkı tanınmıştır. Viyana Satış Sözleşmesi'ndeki tazminatın amacı, alacaklının uğramış olduğu zararı tamamıyla tazmin etmektir. Diğer bir deyişle, *tam tazmin ilkesi* benimsenmiştir[527].

CISG m. 74 vd. hükümlerinde *tazminat talebinin ilk şartı,* sözleşmede yer alan *"bir yükümlülüğün ihlâl edilmiş olması (sözleşmeye aykırılık)"* dır. İfanın hiç gerçekleşmemesi, gecikmesi[528], ayıplı gerçekleşmesi veya asli edimin ifası dışında bazı yükümlülüklerin ihlâli bu durumlara örnek teşkil etmektedir. İhlal edilen yükümlülüğün Viyana Satış Sözleşmesi'nde hüküm altına alınmış olup olmaması önem taşımayacaktır[529].

---

526 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 276.

527 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 5; Atamer, **a.g.e.**, s. 425; Sert, **a.g.e.,** s. 209.
PICC, PECL ve DCFR metinlerinde de tazminat talebi *diğer tüm seçimlik haklarla beraber ya da bağımsız olarak* ileri sürülebilecektir (PECL m. 9:501 vd., PICC m. 7.4.1 vd. ve DCFR m. III.-3:701 vd.) ve *tam tazmin ilkesi* geçerlidir, yani alacaklının uğramış olduğu zarar bütünüyle tazmin edilecektir. Tazmin edilecek zarar, hem fiilî zarar hem de yoksun kalınan kâr olacaktır (PECL m. 9: 502, PICC m. 7.4.2 ve DCFR m. III-3:702). Zarar hesaplanırken, alacaklının halihazırdaki malvarlığı ile borca aykırılık olmasaydı sahip olacağı malvarlığı arasındaki fark bulunacaktır. İfa menfaati esas alındığı için karşılanmak istenen olumlu zarardır. Her üç metinde de sözleşmenin sonlandırılması halinde olumsuz zararın tazmini öngörülmemiştir. Kural olumlu zararın tazminidir. Bu sebeple olumlu ve olumsuz zarar ayrımına bu metinlerde rastlamak mümkün değildir. Her üç metinde de zararın hesaplanması metodları olarak, ifa menfaatini karşılamaya yönelik olan somut ve soyut metotlarda bahsedilmektedir (PECL m. 9: 506/507, PICC m. 7.4.5./7.4.6 ve DCFR m. III-3:706/3:707). Her ne kadar olumsuz zarardan bahsedilmese de alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda olumsuz zararını talep etmeye yönelik seçimlik hakkının elinden alınmasını gerektirecek bir sebep olmadığı da ifade edilmiştir. Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 252, 253; von Bar, Zimmermann, **a.g.e.,** s. 527 vd.; Hornung, **a.g.e.,** s. 262, 263.

528 Bu sistemde, temerrüt için, ihtara gerek yoktur. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 427.

529 Sert, **a.g.e.,** s. 213. Ayrıca bkz. Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 11 vd.

Tazminat talep edebilmek için, sözleşme ihlâlinin esaslı olması da aranmaz. Esaslılık, ikame mal talebinin ve dönmenin ön koşuludur[530].

Tazminat talebinin *diğer bir şartı* da yükümlülük ihlâli nedeniyle *"bir zararın doğmuş olması"* dır. Zararın tazmin edildiği hallerde amaç, alıcının sözleşmeye uygun ifa gerçekleşseydi ekonomik açıdan içinde bulunacağı duruma sokulmasıdır. Yani ifa menfaatinin esas alınması suretiyle, olumlu zararın tazmini amaçlanmıştır[531]. Ancak Viyana Satış Sözleşmesi'nde olumlu zarar kavramı kullanılmadığı gibi olumsuz zarar kavramı da kullanılmamaktadır. Bütün borca aykırılık halleri için, ifa menfaatine karşılık gelen tam tazminat ilkesi benimsendiğinden olumlu-olumsuz zarar ayrımına gerek kalmamıştır.

CISG m. 74 hükmü, hem fiilî zararı hem de yoksun kalınan kârı kapsar[532]. Yoksun kalınan kârın vurgulanmış olması, bu zarar kaleminin istenip istenemeyeceği konusunda yaşanabilecek tartışmaları önlemesi bakımından önemlidir.

Fiilî zarara örnek olarak, ayıplı mal teslim edilmesi halinde; malın değerindeki düşüklük ve elde edilmesi beklenen menfaatten önemli ölçüde yararlanamama sonucu oluşan zarar, alıcının malı tamir ettirmesi için yapılan masraflar, ayıbın tespit edilmesi, ilk alıcının kendi alıcılarına ödemek zorunda kaldığı tazminat ve ayıplı malın geri gönderilmesi için yapılan masraflar; geç ifa halinde alıcının ödemek zorunda kaldığı ek depo masrafları; ifa etmeme halinde, başka yerden mal alımı sebebiyle ödenmek durumunda kalınan fazla meblağ gösterilebilecektir[533]. Ayıbı takip eden zararlar da bu kapsamda görülmektedir[534]. Yoksun kalınan kâra ise, satıcının, alıcının malı tekrar satmak amacıyla aldığını bildiği veya bilmesinin

---

530 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 281; Sert, **a.g.e.,** s. 213.

531 Sert, **a.g.e.,** s. 209, 213; Atamer, **a.g.e.,** s. 427.

532 Sert, **a.g.e.,** s. 209; Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 36 vd.; Yavuz Dayıoğlu, **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı,** İstanbul, 2011, s. 72; Atamer, **a.g.e.,** s. 425; Erdem, **Karşılaştırma,** s. 280; Erdem, **Viyana Satım Sözleşmesi,** s. 92.

533 Sert, **a.g.e.,** s. 214, 216; Atamer, **a.g.e.,** s. 429.

534 Atamer, **a.g.e.,** s. 429, 430.

gerektiği hallerde, alıcının ikna edici şekilde ortaya koyması şartıyla satıcının karşılamak zorunda olduğu zararlar örnek gösterilebilecektir[535].

Teslim edilen ayıplı mal sebebiyle uğranılan diğer zararlar, Viyana Satış Sözleşmesi'nde satıcı tarafından karşılanacaktır. Taraflar doğrudan zararlardan olduğu kadar sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülebilir dolaylı zararlardan da sorumlu olacaklardır[536]. Ancak doğrudan dolaylı zarar ayrımı yapılmadığı için, TBK m. 229'daki doğrudan zarar için kusursuz sorumluluk, dolaylı zarar için kusura dayalı sorumluluk şeklinde bir ayrıma, Viyana Satış Sözleşmesi'nde rastlanmamaktadır[537].

Tam tazmin ilkesi gereği, alıcının ifa menfaati *(Erfüllungsinteresse)* yanı sıra kısmen[538] bütünlük menfaati *(Integritätsinteresse)* de korunmaktadır[539].

Maddi olmayan değerlerin ihlâli sonucu oluşan zararların tazmini için, bunların ekonomik bir karşılıklarının olması durumunda CISG m. 74 kapsamında tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, ayıplı ifa sebebiyle müşterilerine karşı itibar kaybına uğrayan ve bu sebeple müşterilerini kaybeden tacir, bunun tazmin edilmesini isteyebilecektir[540]. Fakat sadece kişi varlığı zararları için manevi tazminat talebi, Viyana Satış Sözleşmesi kapsamında ileri sürülemeyecektir[541].

---

535 Sert, **a.g.e.,** s. 214, 216; Atamer, **a.g.e.,** s. 430.

536 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 32; Erdem, **Karşılaştırma,** s. 281; Erdem, **Viyana Satım Sözleşmesi,** s. 93.

537 Atamer, **a.g.e.,** s. 426; Sert, **a.g.e.,** s. 214.

538 Zira bütünlük menfaati kapsamında değerlendirilebilecek ölüm ve yaralanma nedeniyle doğabilecek zararlar, CISG m. 5 uyarınca istenemez. Bkz. Atamer, **a.g.e.;** s. 426.

539 Atamer, **a.g.e.,** s. 426.

540 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 39; Sert, **a.g.e.,** s. 211; Ulrich Magnus, "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", **Milletlerarası Satım Hukuku,** İstanbul, 2008, s. 295; Müşteri kaybı zararları, yani good will zararları da dolaylı zararlardandır. Bu zararların hesaplanmasında da öngörülebilirlik ölçütünün kullanıldığı görülmektedir. Bunun sebebi ise, bu zararların da hayatın olağan akışı dışında meydana geldiğinin düşünülmesidir. Bkz. Ayşe Elif Ulusu, **Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi,** İstanbul, 2011, s. 170

541 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 281; Sert, **a.g.e.,** s. 211; Atamer, **a.g.e.,** s. 428. CISG m. 5'te, ölüm ve yaralanma nedeniyle doğabilecek manevi zararların sözleşme kapsamında değerlendirilemeyeceği hüküm altın alınmıştır. Viyana Satım Sözleşmesi, maddi olmayan zararlara ilişkin tazminat taleplerini düzenlenmemesinin sebebi, milletlerarası satım sözleşmelerinde ticari menfaatlerin

Zararın hesaplanmasına ilişkin temel kural CISG m. 74'tür. Ama CISG m. 75 ve 76'da somut ve soyut metot benimsenmiştir[542]. Bu metotlar, sadece sözleşmeden dönme halinde ve bir fiilî zarar kalemini hesaplarken başvurulacak metotlardır[543]. Bu haller dışında kalan zararların hesaplanması için CISG m. 74'e başvurulacaktır[544]. Alıcının CISG m. 75 veya m. 76'ya göre, fark zararının yanı sıra, CISG m. 74'e göre yoksun kalınan kârını talep etmesinde bir engel bulunmamaktadır[545].

-Viyana Satış Sözleşmesinde sorumluluk bakımından *kusur şartı aranmamıştır*, kural garanti sorumluluğudur[546]. Ayrıca Viyana Satış Sözleşmesi sisteminde, TBK m. 50 ve 52'de olduğu gibi hakime zararın ve tazminatın miktarının saptanmasında takdir hakkının tanınmamış olması, Türk hukukundan bir fark oluşturmaktadır[547]. Bu sebeple, kusursuz sorumluluğun esas olduğu ve hakime takdir hakkının tanınmadığı bir sistemde, *sorumluluğun sınırlandırılması* gereği doğmuştur[548].

---

gözetilmesidir. Maddi olmayan değerlerin ihlâli sonucu meydana gelen zararlar, ulusal hukuklardaki düzenlemelere tâbi olacaktır. Bkz. Ulusu, **a.g.e.,** s. 20, dpn. 55; Atamer, **a.g.e.,** s. 428.

542 Sert, **a.g.e.,** s. 218 vd.

543 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 75, N. 1, 5; m. 76, N. 2, 3; Atamer, **a.g.e.,** s. 431.

544 Atamer, **a.g.e.,** s. 432.

545 Atamer, **a.g.e.,** s. 438; Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 75, N. 12; m. 76, N. 13.

546 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 45, N. 23; Atamer, **a.g.e.,** s. 428; Sert, **a.g.e.,** s. 215; Zeytin, **a.g.e.,** s. 164. PICC, PECL ve DCFR hukuk uyumlaştırması metinlerinde de TBK m. 50, 52 benzeri tazminatın miktarının hesaplanmasında takdir hakkı veren hükümlere rastlanmamaktadır. Ancak garanti sorumluluğunun söz konusu olduğu bu metinlerde sorumluluğun sınırlanması ihtiyacı olacağı açıktır. Bu sebeple, CISG m. 74'te de kabul edildiği gibi bu metinlerde de *öngörülebilirlik kriteri* esas alınmıştır (PECL m. 9:503, PICC m. 7.4.4, DCFR m. III-3:703). Öngörülebilirlik kriteri, kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısı olarak görülmektedir. Ancak CISG ve PICC kasten sözleşmeyi ihlâl edenin bile, öngörülebilirlik kriterine göre sorumluluktan kurtulmasına olanak tanırken, PECL ve DCFR kasıt ve ağır ihmal hallerinde öngörülebilirlik ilkesinin uygulanmasını dışlamaktadır. Bkz. Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 253, 254; Atamer, **a.g.e.,** s. 440, 445; von Bar, Zimmermann, **a.g.e.,** s. 536-540.
2020 yılı için tasarlanan İsviçre Borçlar Kanunu reformunda ifa engelleri hukuku bakımından kusura bağlı sorumluluk ortadan kaldırılmış, garanti benzeri bir sorumluluk kabul edilmiştir. Sözleşmenin kurulması aşamasında akla uygun bir şekilde öngörülemeyecek sözleşme ihlali dolayısıyla oluşan zarardan borçlunun sorumluluğu doğmayacaktır. Bkz. Faust, **a.g.m.,** s. 172. Diğer bir deyişle, borçlu kusurlu olmadığını ispat etse de tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulamayacak; ancak sözleşmenin kurulması aşamasında kendi riziko alanında olmamak kaydıyla var olan ifa engelinin öngörülemeyecek olduğunu kanıtlaması yoluyla sorumluluktan kurtulabilecektir. Bkz. Faust, **a.g.m.,** s. 184.

547 Atamer, **a.g.e.,** s. 425.

548 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 281; Atamer, **a.g.e.,** s. 440; Sert, **a.g.e.,** s. 224.

Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında kullanılan *ilk ölçüt*, zararın azaltılması külfetidir[549]. Bu kapsamda alıcı, koşullar dikkate alındığında makul gözüken tüm önlemleri almak zorundadır. Makul önlemler belirlenirken, ticaret hayatındaki alışkanlıklar, teamüller ve ticari örf adet dikkate alınacaktır[550].

Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında kullanılan *ikinci ölçüt* ise, öngörülebilirlik kriteridir[551]. CISG m. 74'e göre, satıcının tazminat sorumluluğu *"…ihlâl eden tarafın 'sözleşmenin kurulması sırasında' sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Demek ki sorumluluk, *öngörülebilir zararlarla sınırlı bir sorumluluktur*[552]. Bu ilke kusursuz sorumluluk ilkesinin bir tamamlayıcısı olarak görülmektedir[553]. Satıcı madem her türlü zararından kusursuz olarak sorumludur, bu durumda sadece sözleşmeyi akdederken öngörebileceği ve hesaba katabileceği zararlardan sorumlu olmalıdır. Sözleşmenin ihlâl edildiğini öngörecek olan, sözleşmeyi ihlâl eden kişidir[554].

Dikkat etmek gerekir ki, öngörülebilirlik, sorumluluğun kurulması aşamasına değil, sınırlandırılması aşamasına ilişkin bir kriterdir[555]. Yani öngörülebilirliğe ilişkin araştırma, satıcının sözleşme ihlâlinden sorumlu tutulduğu tespit edildikten sonra

---

549 Sert, **a.g.e.,** s. 223. Karş. Atamer, **a.g.e.,** s. 438.

550 Sert, **a.g.e.,** s. 224.

551 Bu kural *common law* sisteminden etkilenerek getirilmiştir. Bkz. Hay, **a.g.e.**, s. 124; Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 45 vd.; Sert, **a.g.e.,** s. 224 vd.

552 Bu ilkeye ilişkin en önemli kararlardan biri İngiliz hukukundaki Hadley v. Baxendale kararıdır. Olayda bir değirmen sahibi, kırılmış değirmen milini onarması için üreticisine göndermiştir. Değirmen sahibi, taşıma işi için bir taşıyıcı ile anlaşmıştır. Ancak bu taşıyıcı firma malların teslimini 5 gün geciktirmiştir. Bunun üzerine değirmen sahibi, değirmeni 5 gün çalıştıramaması yüzünden yoksun kaldığı karı istemek için taşıyıcı firmaya dava açmıştır. Mahkemede davacının istediği miktarın altıda birine hükmedilmiştir. Gerekçe olarak ise, davalının akdin kurulması anında bozuk olan milin eksikliği nedeniyle değirmenin imalatının durmak zorunda kalacağından haberdar olmaması gösterilmiştir. Zira, mahkemeye göre, hayatın olağan akışı, bir değirmenin yedek milinin olmasıdır. Davanın hakimi, öngörülebilirlik testini şu şekilde açıklamıştır: *"Taraflar bir sözleşme ihlâlinden ancak bu ihlâlin hayatın olağan akışına göre sebep olabileceği zararlardan ötürü sorumlu tutulabilir. Bunu aşan zararlardan ise ancak, sözleşmenin kurulması anında bu zararları, sözleşme ihlâlinin olası sonucu olarak hesaba katmaları veya katâbilecek durumda olmaları halinde sorumlu tutulabilirler"*. Bkz. 9 Ex. 341=156 E.R.1404 (Ulusu, **a.g.e.,** s. 63'ten naklen). Ayrıca bkz. Druey, **a.g.e.,** s. 43 vd.; Atamer, **a.g.e.,** s. 444, dpn. 876; Sert, **a.g.e.,** s. 225, dpn. 715.

553 Atamer, **a.g.e.,** s. 440.

554 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 47; Sert, **a.g.e.,** s. 226.

555 Sert, **a.g.e.,** s. 225.

yapılacaktır. Zira satıcının CISG m. 79'un şartları mevcutsa sorumluluktan kurtulma imkânı vardır[556]. Eğer bu şartlar gerçekleşmemiş ve zarardan sorumlu tutulabiliyorsa, bu zararın tazmini aşamasında öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılacaktır. Sözleşme kasten ihlâl edilse dahi, sorumluluk yine öngörülebilirlik kriterine göre sınırlandırılabilecektir.

Öngörülebilirlik kriterinin temelinde, tarafların sözleşme akdederken belli rizikoları göze aldıkları ve bunları hesaba katarak sözleşme yaptıkları varsayımı yatmaktadır[557]. Eğer karşı taraf rizikolara ilişkin gerekli bilgileri vermemiş ve öngörülmeleri de mümkün değilse, bu rizikoların yarattığı zararlar sözleşme kapsamına girmemiş sayılacaktır[558]. Öngörünün ölçütü, objektiftir[559].

Tazminat, sözleşmeye aykırı davranan tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörebileceği veya öngörmesi gereken hallerde, daha fazla hesaplanabilecektir. Ancak her halükarda, tazminat, zararı aşmamalı ve zarar göreni zenginleştirmemelidir[560].

Zararın öngörülebilir olması, uygun illiyet bağı teorisinin uygulanmasına benzer bir durum yaratır[561]. Zararının tazmin edilmesini isteyen tarafın, öncelikle zarara uğradığını ve bu zararların önceden karşı tarafça öngörülebilen zararlar olduğunu ispatlaması gerekecektir[562].

---

556 Erdem, **Viyana Satım Sözleşmesi,** s. 94. *Sorumluluktan kurtulma sebepleri;* CISG m. 79 ve m. 80'de düzenlenmiştir. CISG m. 79'da, taraflardan birinin yükümlülüklerini ihlâl etmesinin *öngörülemeyen ve denetimi dışında kalan bir engelden* kaynaklanması halinde sorumluluğun kaldırılacağı düzenlenmiştir. Sorumluluktan kurtulmadan anlaşılması gereken tazminat ödeme sorumluluğundan kurtulmaktır. Denetim dışında kalan engel ifadesi önem taşımaktadır. Bundan anlaşılması gereken, doğal felaketler, savaş, terörist saldırı, darbe, öngörülemeyen grev ve benzer durumlardır. CISG m. 80'e göre de, sözleşmenin ihlâl edilmesine alacaklının sebebiyet verdiği hallerde borçlu sorumluluktan kurtulacaktır. Ayrıntı için bkz. Magnus, **a.g.m.,** s. 302 vd.

557 Sert, **a.g.e.,** s. 225; Atamer, **a.g.e.,** s. 442.

558 Atamer, **a.g.e.,** s. 442.

559 Sert, **a.g.e.,** s. 226. Sözleşmeyi ihlâl eden tarafın öngörmediğini iddia ettiği ve fakat sözleşmenin kurulması sırasında bildiği ve somut olayın şartlarına göre risk faktörleri uyarınca sözleşme ihlâlinin sonucu olduğu kabul edilen zararların, öngörülebilir zarar olduğu kabul edilerek, objektif kriter kullanılmıştır. Bkz. Ulusu, **a.g.e.,** s. 115; Sert, **a.g.e.,** s. 226.

560 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 280.

561 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 282.

562 Sert, **a.g.e.,** s. 227.

Öngörülebilirlik kriteri, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alsa da 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu düzenlemeye yer verilmemiş, onun yerine hakime tazminatın miktarını takdir yetkisi veren İsv. BK. m. 43 hükmü getirilmiştir. Aynı yöndeki düzenleme, Türk hukukunda da bulunmamaktadır. Alman hukukunda da, sorumluluğun sınırlandırılması bakımından böyle bir kriter öngörülmemiştir. Bu şekilde bir sorumluluk sınırlanmasına, PICC (m. 7.4.2.) ve PECL (m. 9:503)'te rastlanmaktadır[563].

Öngörülebilir olduğu kabul edilen tipik zararlar, ifa etmeme zararları *(Nichterfüllungsschaden)*[564], ifa etmeme zararına refakat eden zararlar *(Begleitschäden)*[565] ve devam eden zararlardır *(Folgeschäden)*[566].

Sözleşmeye aykırılıkta bulunan taraf, hakim tarafından hükmolunan tazminatı ödemek durumundadır. Türk hukukundan (TBK m. 44/f. 1) farklı olarak, Viyana Satış Sözleşmesi'nde indirim nedenleri öngörülmediğinden, tazminatta indirim yapılmaz ve hükmolunan miktarın tamamını ödemek gerekir[567].

-CISG m. 45 hükmüne göre, alıcının tazminat talebinde bulunmuş olması onun diğer hukuki imkânlardan yararlanmasını engellemeyecektir. Tazminat talebi, gecikmiş ifa, değiştirme hakkı, onarım hakkı, indirim hakkı ve dönme ile birlikte kullanılabilecektir[568].

---

563 Druey, **a.g.e.,** s. 46 vd.; Atamer, **a.g.e.,** s. 445; von Bar, Zimmermann, **a.g.e.,** s. 536-539.

564 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 74, N. 52. Malın ayıplı olması nedeniyle değerindeki düşüklük, hiç ifa edilmemesi halinde ikame alım için ödenen bedel öngörülebilen zararlarıdır. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 448.

565 Malın geç teslim edilmesi sebebiyle, alıcının boşuna kiralamış olduğu depo için ödediği para, ayıplı malın geri yollanması için yapılan masrafların da makul bir satıcı tarafından öngörülmesi mümkündür. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 449.

566 Zararın öngörülebilirlik kriteriyle sınırlandırılmasına, en çok bu zararlar bakımından ihtiyaç duyulmuştur. Yoksun kalınan kâr bu zararlara verilecek temel örnektir. Diğer bir örnek ise, malın başka birine satılmış olmasından dolayı o kişiye ödenecek tazminattır. İtibar kaybından kaynaklanan zararlar (goodwill zarar) bu kapsamdadır. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 448-450; Dayıoğlu, **a.g.e.,** s. 87-97. Ayıbı takip eden zararlar bakımından, zarar verenin bu zararın doğacağını öngörmesi aşikardır. Bu sebeple öngörülebilirlik kriteri pek uygulanabilir olmayacaktır. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 449, 450. Bu şekilde zarar ayrımı *Common law* sisteminde de bulunmaktadır. Bu sistemde olumlu-olumsuz zarar ayrımı yapılmamaktadır. Bkz. Sert, **a.g.e.,** s. 227, dpn. 724.

567 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 282. Tazminat ödenmesinde bir gecikme olduğunda, ayrıca faiz ödenmesi de gerekecektir (CISG m. 78).

568 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** m. 45, N. 25 vd.; Atamer, **a.g.e.,** s. 450, 451.

Viyana Satış Sözleşmesinde diğer bir hukuki yaptırım olan dönme durumunda da kural olumlu zararın tazminidir. Aslında Viyana Satış Sözleşmesi'nde ne olumlu ne de olumsuz zarar kavramı açıkça kullanılmıştır. Bütün borca aykırılık halleri için, ifa menfaatine karşılık gelen tam tazminat ilkesi benimsendiğinden olumlu-olumsuz zarar ayrımına gerek kalmamıştır. Böylece, alıcı, sözleşmeden dönmüş olsa bile olumlu zararını talep edebilecektir[569]. Ancak alıcı sözleşmeden dönme sonucu olumsuz zararın tazminini tercih ediyorsa, alıcının elinde bu imkânın bulunacağı da kabul edilmiştir[570]. Bu durumda alıcı, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine güvenmiş olmasından doğan zararını isteyebilecektir. Olumlu ve olumsuz zararın bir arada istenebilme imkânı ise mümkün değildir[571]. Bu sonuç, Türk ve İsviçre hukukunda yılllardır tartışılan dönmeyle birlikte mutlaka olumsuz zararın tazmininin talep edilebileceği şeklinde kabul gören sonucun aslında ne kadar göreceli olduğunu göstermektedir[572].

-Viyana Satış Sözleşmesi'nde alıcının *ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini talep* edebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Böyle bir imkânın olup olmadığını değerlendiren yazarlar, alıcıya sözleşmeden dönme sonucu olumlu zararın tazminini talep hakkınının tanınmış olmasından hareket etmektedirler. Eğer alıcının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararı talep hakkı olduğu kabul edilirse, alıcının, sözleşmeden dönmenin ağır koşulu olarak görülen, sözleşmenin esaslı olarak ihlâl edilmiş olması şartını sözleşmeden dönmeksizin dolanabileceği ileri sürülmüştür. Bu sebeple, aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar talebi için de dönme talebine ilişkin koşulların bulunması gerektiği ileri sürülmüştür[573].

---

569 Atamer, **a.g.e.,** s. 427; Sert, **a.g.e.,** s. 213. Alıcının sözleşmeden dönmesi halinde, olumsuz zararın gündeme geleceğine ilişkin bkz. Çetiner, **a.g.m.,** s. 3150.

570 Atamer, **a.g.e.,** s. 427. Bununla beraber alacaklıya seçimlik hak olarak yine de olumsuz zararın tazminini talep etme hakkının tanınacağı kabul edilmektedir. Bkz. **CISG Kommentar-Stoll, Gruber,** Art. 74, N. 2.

571 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 215, 216; Glättli, **a.g.e.,** s. 24; Atamer, **a.g.e.,** s. 428.

572 Atamer, **a.g.e.,** s. 451.

573 PICC, PECL ve DCFR metinlerinde de *ifa yerine olumlu zararın* istenebilmesi imkânı düzenlenmemiştir. Tıpkı Viyana Satış Sözleşmesi'nde olduğu gibi, satıcının ifa etmemesi durumunda alıcının mantıken sözleşmeden döneceği düşüncesi hakimdir. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 451, 452; Atamer, **Yeniden Sistematize,** s. 253.

Sonuç olarak Viyana Satış Sözleşmesi hükümleri gerekli olan hallerde, Türk satış hukukunda yaşanan problemlerde hakim tarafından kanun boşluğu doldurma amacıyla dikkate alınabilir[574]. Böylece Sözleşme hükümleri milletlararası satış ile sınırlı kalmayacak ve iç satış ilişkilerini de etkileyecektir.

2. Alman İfa Engelleri Sisteminin Tanıtılması

Reform sonrası yeni Alman ifa engelleri sisteminin en dikkat çeken özelliği, bakış açısının hukuki sonuçlar perspektifinden olmasıdır. İfa engellerinin sonuçları, sözleşmeye aykırılık durumu oluştuğunda, o olayın hukuki sonucu olup olmayacağı bakımından değerlendirilmektedir. Örneğin, *"sözleşmeye aykırılık vardır, bu durum somut olayda alacaklıya bir dönme ya da tazminat hakkı vermeli midir?"* sorusuna cevap aranmaktadır. Böylece hukuki sonuçları bakımından çeşitli ifa engelleri arasındaki farklılıklar giderilmiştir[575]. İfa engellerinin hukuki sonuçları; hükümsüzlük, aynen ifa, tazminat, boşuna yapılan masrafların tazmini, dönme, değiştirme, onarım, indirim ve ayıbı ortadan kaldırma şeklinde düzenlenmiştir[576].

Yeni Alman Medeni Kanunu'nda imkânsızlık kavramı merkezi konumunu kaybetmiş[577], ifa engelleri hukukunun temeli olarak *"yükümlülüğe aykırılık"* kavramı benimsenmiştir[578]. Buna göre, ifa engellerinin hukuki sonuçları, kural olarak yükümlülüklere objektif aykırılık olmasına dayanmaktadır[579].

---

574 Erdem, **Karşılaştırma,** s. 283.

575 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 371.

576 Schlechtriem, Schmidt-Kessel, **a.g.e.,** N. 450; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 4, 16; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 247.

577 Her ne kadar imkânsızlık kavramının tümüyle kaldırılması önerilse de kavram varlığını korumuş ama imkânsızlık konusundaki ayrımların tümü kaldırılmıştır. Artık önceki-sonraki, objektif-sübjektif imkânsızlık gibi ayrımlara yer verilmemiştir. Bkz. Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 240; Ergüne, **İmkânsızlık**, s. 352; **MünchK-Ernst,** § 275, N. 6, 7.

578 2020 yılı için tasarlanan İsviçre Borçlar Kanunu reformunda da borca aykırılık çeşitleri, *yükümlülüğe aykırılık* kavramı altında, edimin hiç ifa edilmemesi *(Nichterfüllung)* ya da gereği gibi ifa edilmemesi *(Pflichtverletzung)* şeklinde iki başlık altında toplanmıştır. Bkz. Faust, **a.g.m.,** s. 172.

579 Schlechtriem, Schmidt-Kessel, **a.g.e.,** N. 452 vd.; Detlew W. Bellingb, Herdem Belen, "Alman Medeni Kanunu'nun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesiyle Karşılaştırılması", **Legal Hukuk Dergisi,** Ekim 2006, s. 3029; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 233; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 11, N. 16; Looschelders, **a.g.e.,** N. 517; **MünchK-Ernst,** . § 280, N. 1, 10.

Önceki ve sonraki imkânsızlık ayrımı kaldırılmış, imkânsızlığın sonucu olarak salt asli edimin düşeceği vurgulanmış (BGB § 275), önceki imkânsızlık hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarılmış, borçlunun bu imkânsızlığı bilmesi ya da bilmesinin gerekli olduğu durumlarda tam tazminatla yükümlü olacağı düzenlenmiş (BGB § 311 a), tüm yüküm ihlâllerinde tam tazminat yerine boşuna yapılmış masrafların tazmininin istenebileceği düzenlenmiş (BGB § 284), dönme ile birlikte tam tazminat istenebilmesinin yolu açılmış (BGB § 325), özel hükümlerde düzenlenen satış ve eser sözleşmesinde tekeffülden doğan sorumluluk halleri de genel yüküm ihlâlleri içerisinde eritilmiştir. Böylece genel hükümlerle ayıba ilişkin özel hükümler arasındaki çatışma ortadan kaldırılmıştır[580].

İfa engellerine ilişkin bu yeni düzenleme sonrasında da kural olarak, *aynen ifa talebi* önceliğini korumaktadır. Diğer bir deyişle, borca aykırılık durumunda öncelikle alacaklı ve borçlunun edimlerini ifa yükümlülükleri devam etmektedir[581]. Aynen ifaya ilişkin talep hakkı, ifa imkânsızlığı, alacaklının ifaya ilişkin çıkarının sona ermesi veya dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi gibi durumlarda ortadan kalkmaktadır. Alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçip dönme veya tazminat yaptırımlarına başvurabilmesi için, kural olarak borçluya mehil (ek süre) vermesi aranmıştır[582].

Tazminat ve dönme yaptırımları, tüm yükümlülük ihlâllerinin ortak genel yaptırımı olarak düzenlenmiştir[583].

-*Dönme hakkı,* BGB § 323 1. fıkra hükmüne göre, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde, alacaklının mehil vermesi şartıyla mümkün kılınmıştır[584]. Sözleşmeden dönme için, tazminattan farklı olarak

---

580 Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 234, 244, 246; Bellingb, Belen, **a.g.m.,** 3029.

581 Bellingb, Belen, **a.g.m.,** s. 3030.

582 Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 236.

583 Looschelders, **a.g.e.,** N. 249; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 236, 238.

584 **MünchK-Ernst,** § 323, N. 45; Looschelders, **a.g.e.,** N. 666 vd. İfa engeli, karşı tarafın çıkarlarına özel bir özen gösterme yükümüne *(Rücksichtnahmepflicht)* aykırı davranması temeline dayanıyorsa, borçlu asıl edimi gereği gibi ifa etmiş olsa bile, alacaklının BGB § 324 uyarınca dönme hakkı düzenlenmiştir. Bkz. Bellingb, Belen, **a.g.m.,** s. 3032.

kusur öğesi aranmamıştır[585]. Dönme durumunda karşılıklı edimler sona erecek, daha önceden ifa edilenler ise, ondan elde edilen yararlarla birlikte geri istenecektir (BGB § 347). Geri verilmelerine engel bir durum varsa, sözleşmede kararlaştırılan değere göre belirlenecek değer tazmini *(Wertersatz)* kurumu getirilmiştir (BGB § 346 2. fıkra)[586]. Edimlerin iadesi yükümlülüğünün ihlâl edilmesi durumunda, BGB §§ 280-283 hükümleri uyarınca tazminat istenebilecektir. Bu durumda değer tazmini yanında ya da yerine tazminat talebi de mümkün olacaktır (BGB § 346 4. fıkra).

Dönme hakkına ilişkin önemli bir yenilik ise, BGB § 325 hükmü sayesinde, dönme ile ifa çıkarı (olumlu) tazmininin bir arada istenebilmesidir[587]. Alman hukukunda, dönme beyanının, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisini, geri vermeye ilişkin yeni bir borç ilişkisine *(Rückgewährschuldverhältnis)* döndürdüğü kabul edilmektedir[588].

-Olumlu zararın tazminine ilişkin Türk hukukundaki düzenlemelerle karşılaştırmak amaçlı, Alman Medeni Kanun'unda ifa engelleri durumunda tazminata ilişkin düzenlemelerin incelenmesi konumuz açısından önem arz etmektedir. Alman Medeni Kanunu'nda ister sözleşmeye aykırılıktan kaynaklansın, ister haksız fiilden kaynaklansın, tazminatın şekli ve kapsamı hakkında temel düzenlemeler, BGB §§ 249 vd. hükümlerindedir[589]. BGB § 249 1. fıkra hükmünde, tazminat ile yükümlü olan kişinin, tazminata sebep olan olay hiç oluşmasaydı karşı taraf hangi durumda olacaksa o durumu sağlaması gerektiği ifade edilmiştir.

Tüm tazminat çeşitleriyle ilgili bu düzenlemelerin yanında, *sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan* tazminat için genel düzenlemeleri incelemek gerekecektir.

---

585 Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 364; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 238.

586 **MünchK-Ernst,** § 346, N. 35 vd.; Rolf Schmidt, **Schuldrecht Allgemeiner Teil,** 11. Auflage, 2016, N. 498, 500; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 239.

587 Ayrıntı için bkz. Looschelders, **a.g.e.,** N. 674; **MünchK-Ernst,** § 325, N. 6 vd.; Schmidt, **a.g.e.,** N. 496; Schwarze, **a.g.e.**, s. 216; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 239.
2002 reformu öncesinde Alman Medeni Kanunu'nda dönme sonucunda ne olumlu ne de olumsuz zararın giderimine yönelik olmak üzere herhangi bir tazminat öngörülmemiştir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 261, dpn. 401.

588 Looschelders, **a.g.e.,** N. 808; **PalandtK-Grüneberg,** Einführung vor § 346, N. 6.

589 **MünchK-Ernst,** § 249, N. 2; Memet Erdem Aybay, **Bir Tazminat Türü Olarak Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, s. 43.

Bunlardan en önemlisi, BGB § 280 hükmüdür. Bu hüküm, sözleşmeye aykırılık halleri bakımından temel hükümdür ve sözleşmeye aykırılık durumunda, borçlunun kusuru bulunması şartıyla onu tazminat yükümlüsü yapar[590].

Bu hükmün birinci fıkrasına göre, bir borç ilişkisinde borçlu yükümlülüğünü yerine getirmezse, borçlunun kusurlu olması şartıyla, alacaklı bu yüzden oluşan zararların tazminini isteyebilecektir. Görüldüğü gibi, bu hükmün de üzerinde durduğu ve tüm ifa engelleri kapsamında sorumluluğun temel unsuru olarak yer alan kavram, *"yükümlülük ihlâli"* kavramıdır[591].

Temel yükümlülük ihlâli çeşitleri; borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık, borçlunun temerrüdü ve ifanın hiç veya gereği gibi yapılmaması halleridir[592].

İmkansızlığın borçluya yükletilebildiği durumlarda, 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. Ayrıca BGB § 281 1. ve 5. fıkradaki düzenlemeler de imkânsızlık halinde uygulanacaktır. İmkansızlık sebebiyle tazminat isteyen alacaklının, öncelikle imkânsızlık sebebinin borçludan kaynaklandığını ispatlaması gerekecektir[593]. Kendisine ifa yerine tam tazminat ödenen alacaklının, BGB § 281 5. fıkra hükmü gereğince, kendisine önceden yapılan tüm edimleri *dönme hükümleri uyarınca* geri vermesi gerekecektir. Ayrıca imkânsızlık her iki tarafın da edimini düşüreceğinden[594] (BGB § 275 1. fıkra, § 326 1. fıkra); alacaklı borçluya önceden edimini ifa etmişse, BGB § 326 4. fıkraya göre, edimini *dönme kurallarına göre* geri isteyebilecektir[595]. Ayrıca imkânsızlık dolayısıyla asli edimin ifasından kurtulan borçlu, bunun yerine kaim bir değer elde

590 **MünchK-Ernst,** § 280, N. 21.

591 Schwarze, **a.g.e.,** s. 248; **MünchK-Ernst,** § 280, N. 10.

592 **MünchK-Ernst,** § 280, N. 10 vd.; Aybay, **a.g.e.,** s. 39-43.

593 **MünchK-Ernst,** § 280, N. 32.

594 **MünchK-Ernst,** § 326, N. 9; Looschelders, **a.g.e.,** N. 693; Schmidt, **a.g.e.,** N. 427; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 241; Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 372.

595 Looschelders, **a.g.e.,** N. 715; **MünchK-Ernst,** § 326, N. 103 vd.; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 241; Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 372. Reform öncesinde, daha önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmaktaydı. Bkz. **MünchK-Ernst,** § 326, N. 99.

etmişse, alacaklı bu değerin kendisine verilmesini isteyebilecektir (BGB § 285). Bu durumda, alacaklı da karşı edimi yerine getirmek zorunda olacaktır. Fakat kaim değerin istenmesi, alacaklının tazminat talebinde bulunmasına engel değildir. Bu durumda, tazminattan kaim değer miktarı düşürülmelidir[596].

Diğer bir yükümlülük ihlâli ise, *borçlunun temerrüde düşmesi*dir. Borçlu temerrüdünün şartları, BGB § 286 hükmünde ifade edilmiştir. Borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, bu durumun, alacaklının ifa talebine bir etkisi olmayacaktır. Alacaklı, BGB § 280 1. ve 2. fıkra hükümlerince, *"temerrütten doğan zararlarını ifa talebi ile birlikte"* ileri sürebilecektir. Alacaklı, bunun yanında, önceden mehil verilmesi şartıyla, *"ifa yerine tazminat"* da talep edebilecektir[597].

Başka bir yükümlülük ihlâli olan ifanın *gereği gibi yapılmaması* durumuna ilişkin düzenleme de, BGB § 281'de yapılmıştır. BGB § 281 1. fıkra hükmüne göre, borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, verilen uygun süre içerisinde de uygun ifa yapılmazsa, BGB 280 1. fıkradaki şartlar dahilinde, alacaklı, *"ifa yerine tazminat"* talebinde bulunabilecektir. BGB § 281 1. fıkra hükmünde ayrıca, borçlunun edimi kısmen yerine getirdiği durumlarda, alacaklının, edimin kısmen yerine getirilmesinde çıkarı olmazsa, *"tüm ifa yerine tazminat"* talep edebileceği düzenlenmiştir. Alacaklının, gereği gibi ifa etmeme durumunun önemsiz olduğu durumlarda ise, tüm ifa yerine tazminat talebi mümkün olmayacaktır. Bu durumlarda ancak küçük tazminatın talep edilmesi mümkündür[598]. Alacaklının tüm edim yerine tazminat istediği durumlarda ise, borçlunun önceden ifa ettiği edimleri varsa, bunları BGB § 346-348 gereğince geri talep edebilecektir (BGB § 281 5.fıkra).

Görüldüğü gibi Alman hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar açısından tazminat karşımıza çeşitli şekillerde çıkabilmektedir[599]:

- BGB § 280 1. fıkra hükmüne göre, borçlu, borç ilişkisinden doğan bir yüküme kusurlu olarak aykırılıkta bulunursa, alacaklı bu ihlâlden doğan zararlarının

---

596 Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 366.

597 **MünchK-Ernst,** § 286, N. 120 vd.; Aybay, **a.g.e.,** s. 42; Looschelders, **a.g.e.,** N. 551 vd.

598 **MünchK-Ernst,** § 281, N. 128 vd.; Aybay, **a.g.e.,** s. 42.

599 Aybay, **a.g.e.,** s. 45.

tazminini talep edebilecektir. Bu tazminat, *edime eklenen küçük tazminat* niteliğindedir[600]. Bu hükümde, diğer tazminat çeşitlerinden farklı olarak, yükümlülük ihlâlinden kaynaklanan genel bir tazminattan bahsedilmektedir. Bu tazminatın talep edilebilmesi için sözleşmenin kurulmasına dahi gerek yoktur. Sözleşme kurulmamış olsa dahi, borçlunun sözleşme görüşmeleri sırasında alacaklının çıkarlarına aykırı davranışları bulunmaktaysa, alacaklı tazminat talep edebilecektir. Bu durumda taraflar arasında BGB § 311 2. fıkra bağlamında edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisiyle karşı karşıya bulunulmaktadır[601]. Bu tazminatla giderilmek istenen zarar, yükümlülük ihlâlinin sebep olduğu tüm zararlardır. Bütünlük menfaati ve saf malvarlığı zararları da kapsam dahilindedir[602].

- BGB § 280 2. fıkra hükmüne göre ise, alacaklı ancak BGB § 286'daki şartlar gerçekleşmiş ve temerrüde düşmüş ise, ifanın gecikmesinden kaynaklanan zararlarının tazminini isteyebilecektir[603]. Bu tazminat da *edime eklenen küçük tazminat* niteliğindedir[604].

- BGB § 280 3. fıkra hükme göre, alacaklı, *"ifa yerine tazminatı",* ancak BGB §281, 282 veya 283 hükümlerindeki şartlar gerçekleştiği zaman isteyebilecektir. Bu hükümlerde sırasıyla; *hiç ya da gereği gibi ifa etmemeden dolayı*, *BGB §241 2. fıkradaki koruma yükümüne aykırı davranılmasından dolayı*[605] ve *edim yükümünün borçlunun kusuru sonucu tamamen ortadan kalkmasından dolayı* "*ifa yerine tazminat"* şartları düzenlenmiştir[606].

---

600 **MünchK-Ernst,** § 280, N. 5; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 235.

601 Bellingb, Belen, **a.g.m.,** s. 3034.

602 **MünchK-Ernst,** § 280, N. 31.

603 **MünchK-Ernst,** § 280, N. 74.

604 Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 235; **MünchK-Ernst,** § 286, N. 120 vd.

605 Asli edimini usulüne uygun ifa eden borçlunun, karşı tarafın çıkarlarına özel bir özen gösterme yükümüne (Rücksichtnahmepflicht) aykırı davranması durumunda, ifaya ilişkin çıkarı sona eren alacaklı, BGB § 282'deki koşullar uyarınca *"ifa yerine tazminat"* talep edebilecektir. Bu hüküm dönmedeki BGB § 324 hükmüne paraleldir. Bkz. Bellingb, Belen, **a.g.m.,** s. 3035.

606 Aybay, **a.g.e.,** s. 39.

- Kısmi ifa engelinde alacaklının edimin yerine getirilmesinde çıkarı kalmamışsa, alacaklının edimin ifasını kabul etmeyip *"ifa yerine tazminat"* isteme hakkı da bulunmaktadır (BGB § 281 1. fıkra 2. cümle ve § 283)[607].

- Kısmen yapılan ifayı kabul eden ya da kendisine ayıplı mal teslim edilen alacaklının, eline geçirmiş olduğu edimi alıkoyup, kendi karşı edimini de borçluda bırakıp sadece eksik kalan edim oranında *"sınırlı bir edim yerine tazminat"* istemesi de mümkündür (BGB § 281 1. fıkra 2. cümle) .

- Yan edim yükümlülüğüne aykırılık halinde de *"edimle birlikte"* ya da *"edimin yerine olmak üzere"* tazminat istenebilecektir. Davranış yükümlülüklerine aykırılık durumunda da *"edimle birlikte olmak üzere tazminat"* talep edilebilecektir[608] (BGB § 280 1. ve 3. fıkra, 281, 282).

- BGB § 311 a 2. fıkra hükmü[609] de başlangıçta imkânsızlık bulunması halinde, alacaklının *"ifa yerine tazminat"* isteyebileceğini düzenlemiştir[610].

- *"İfa yerine tazminatın"* dönme durumunda da söz konusu olacağı, BGB § 325 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, karşılıklı sözleşmelerde tazminat talep etme hakkı dönme ile devre dışı bırakılamayacaktır[611]. Böylece alacaklı için edimi yerine getirmiş ya da getirmemiş olması fark yaratmayacaktır. Alacaklının edimi yerine getirmesinden önce zaten fark kuramı bağlamında tazminat ile sağlanabilen ve para borcunu önceden ifa eden alacaklının her durumda elde edebildiği hem kendi edimini geri elde etme hem de tazminat talep edebilme

---

607 Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 237; Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 363, 371.

608 Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 235, 244.

609 Eski Alman Medeni Kanunu'nda başlangıçtaki imkânsızlık durumunda sözleşme geçersiz sayılmakta ve olumsuz zararın tazmini talep edilebilmekteydi. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 367.

610 Looschelders, **a.g.e.,** N. 622 vd.; Schmidt, **a.g.e,** N. 437; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 242. Böylece başlangıçtaki imkânsızlık bir geçersizlik sebebi olmaktan çıkarılmış, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmiştir. Bu durumda, alacaklının ifa yerine tazminat talep edebilme hakkı bulunmaktadır. Bkz. Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 368. Borçlunun sözleşmenin kurulması sırasında başlangıçtaki imkânsızlığı bilmemesi ve bilmesinin de beklenmemesi *(bei fehlendem Vertretenmüssen)* halinde sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durumda borçlunun hiç değilse, alacaklının edimin ifasının mümkün olduğuna inancı sebebiyle güven zararlarının (olumsuz zarar) karşılanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Looschelders, **a.g.e.,** N. 639.

611 **MünchK-Ernst,** § 325, N. 6 vd.; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 236, 238; Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 376.

avantajının, peşin mal ifa eden alacaklıdan esirgenmesi zaten yadırganan bir sonuç olduğundan, bu düzenleme isabetli bulunmaktadır[612].

- Sözleşme için yapılmış olan masrafların karşılanması istemi de *"edimin yerini tutan tazminat"* yerine istenebilecek yeni bir tazminat seçeneği olarak BGB § 284 hükmünde alacaklıya sunulmuştur[613]. Bu masrafların tazmini için, makul ve hakkaniyetli olmaları ve borçlu yükümlülüğe aykırı davranmasaydı bile bunların nasıl olsa boşa çıkacağının kabul edilememesi gerekmektedir[614]. Bu hükmün getirilmesiyle, ifa yerine tazminat istendiği durumlarda, bu tazminatı istemek yerine boşa çıkan masrafların tazmini de istenebilecektir.

Alman hukukunda yeni düzenlemeler sonrasında da alacaklının zararının tazmini için, fark veya müdabele teorilerine başvurmak gerecektir[615]. Alacaklı isterse kendi edimini ifa etmeyip fark zararını, isterse de kendi edimini ifa edip karşılığında edim yerine tazminat talebinde (mübadelede) bulunabilecektir[616].

Yükümlülük ihlâlinin önemli olduğu durumlarda ise, alacaklının elde ettiği edimi *dönme kurallarına göre* iade edip bu edimden yoksun kalmasına bağlı olarak uğradığı fark zararının giderilmesini talep hakkı da bulunmaktadır (BGB § 281 5. fıkra). Kötü ifa ve kısmi temerrüde ilişkin bu düzenlemeye göre, edim yerine tazminat isteyen alacaklı, kendisine kötü (ayıplı) ya da kısmi olarak ifa edilen edimi *dönme kurallarına göre* iade edip, büyük tazminatı isteme hakkına kavuşacaktır. Bu

---

612 Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 239.

613 **MünchK-Ernst,** § 284, N. 14 vd.; Looschelders, **a.g.e.,** N. 648 vd.; Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 363.

614 Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 363, 364; **MünchK-Ernst,** § 284, N. 24 vd.; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 236.

615 Eski Alman Medeni Kanunu sisteminde, alacaklının kendi edimini daha önceden yerine getirdiği hallerde, sadece mübadele teorisi uygulama alanı bulabilmekteydi. Zira fark teorisine göre, tazminat istendiğinde önceden ifa edilmiş edimlerin iadesi gerektiğinden alacaklının sözleşmeden dönmesi zorunlu hale gelmekteydi. Dönme ile birlikte olumlu zararın talebinde bulunmak eski Alman Medeni Kanunu'nda caiz olmadığından, alacaklının edimini önceden ifa ettiği durumlarda sadece mübadele teorisine göre tazminat talep etme hakkı bulunmaktaydı. BGB § 325 hükmünün dönmeyle birlikte tazminat talebinin de ileri sürülebileceğini düzenlemesiyle, alacaklı, olumlu zararının tazminini fark ya da mübadele teorilerine dayanarak isteme konusunda seçim hakkına kavuşmuştur. Bkz. Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 360, dpn. 24.

616 Looschelders, **a.g.e.,** N. 640 vd.; Schmidt, **a.g.e.,** N. 434, 435; **MünchK-Ernst,** § 281, N. 12 vd.; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 237.

durum da dönme ve ifa yerine tazminatın birbirini dışlamadığı hallerden birini oluşturmaktadır[617].

İfa yerine tazminat ile alacaklının olumlu ifa çıkarı giderilmek istenmektedir[618]. Alman ifa engelleri sisteminde bir olumlu- olumsuz zarar ayrımı yapılmamış olması dikkati çekmektedir. Ancak bu durum olumsuz zararın kabul edilmediği anlamına gelmemektedir. Zira boşa çıkan harcamaların tazminine ilişkin BGB § 284 hükmü, kısmen de olsa olumsuz zararın tazminiyle örtüşmektedir[619]. Fakat burada tazmini amaçlanan bütün olumsuz zarar değil, sadece boşa çıkan harcamalardır[620]. Bunun gibi irade sakatlıklarında iptal edilebilirlik ve yetkisiz temsile ilişkin BGB § 122 ve § 179 f. 2 gereğince istenebilecek tazminatın, üst sınırı olumlu zarar olmak üzere olumsuz zararı karşılayacağı belirtilmiştir[621]. Sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerinin ihlâli durumunda da üst sınırın olumlu zarar olması gibi bir sınırlama olmaksızın olumsuz zararın tazmin edilebileceği kabul edilmektedir (BGB §§ 280 f. 1, 311 f. 2, 241 f. 2 gereği)[622].

II. Olumlu Zarar Kavramıyla İlişkilendirilebilecek Kavramlar ve Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

A. Olumlu Zarar Niteliği Tartışılabilecek Kavramlar

1. Ceza Koşulu

a. Genel Olarak

Ceza koşulu, borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi yahut zamanında veya belirtilen yerde ifa etmemesi halinde, alacaklıya karşı bir edimi yerine getireceğine

617 **MünchK-Ernst,** § 281, N. 157 vd.; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 237.

618 Looschelders, **a.g.e.,** N. 968; **MünchK-Ernst,** § 281, N. 3; Aybay, **a.g.e.,** s. 46; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 238; Ergüne, **İmkânsızlık,** s. 360.

619 Bu konudaki tartışmalar için bkz. İkinci Bölüm, II, B, 6, b.

620 Örneğin yapılan sözleşme dolayısıyla, üçüncü bir kişiyle yapma fırsatı kaçırılan sözleşme dolayısıyla yoksun kalınan kârın tazmini istenemez. Bkz. Looschelders, **a.g.e.,** N. 969.

621 Looschelders, **a.g.e.,** N. 970; Brox, Walker, **a.g.e.,** § 18, N. 447.

622 Looschelders, **a.g.e.,** N. 970.

dair taahhütte bulunduğu, asıl borca bağlı ek bir anlaşmadır[623]. Bu kavram iki anlamda kullanılmaktadır. İlk olarak kararlaştırılan edimin ödenmesine yönelik anlaşma anlamında, ikinci olarak da ödenmesi gereken edim anlamında kullanılmaktadır[624]. Doktrinde, borçlunun yerine getireceği önceden kararlaştırılmış bu edime, *sözleşme cezası* ve buna ilişkin üzerinde anlaşılan sözleşme şartına *ceza koşulu* da denilmektedir[625].

Borçlunun borcunu hiç, gereği gibi ya da zamanında veya belirtilen yerde ifa etmemesi hallerinde, kanun gereği olumlu zararın tazmini de mümkündür. Bu sebeple, ceza koşulu kavramı ile olumlu zarar kavramı arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Öğretide[626] ceza koşulunun, ceza, tazminat ve teminat işlevleri olduğundan bahsedilmekle birlikte, bu işlevlerden tazminat işlevi konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Ceza koşulu, tanımından da anlaşılacağı üzere, borcun hiç veya gereği gibi ya da belirtilen zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde, borçlunun ödemek zorunda kalacağı edimin baştan belirlenmesi anlamına gelmektedir. Olumlu zararın tazmininde ise, borca aykırılığın oluşması durumunda ispat edilecek zararın miktarına göre, ödenmesi gereken bir tazminat söz konusudur. Diğer bir deyişle ödenecek miktar, başlangıçta belirli değildir. Ayrıca ceza koşulu her ne kadar zarar koşulundan bağımsız da olsa, ceza koşulu ile alacaklının hem olumlu hem olumsuz menfaati karşılanabilecekken[627], olumlu zarar olumlu menfaati karşılamaya yöneliktir.

---

623 Nomer, **a.g.e.,** N. 235; Eren, **a.g.e.,** s. 1209; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 341 vd.; Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart,** İstanbul, 1963, s. 6; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart,** Ankara, 2002, s. 4 vd. . Bucher, **a.g.e.,** s. 521; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 3783; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 277 vd.

624 Eren, **a.g.e.,** s. 1209.

625 Nomer, **a.g.e.,** N. 235. 1; Zafer Kahraman, **Saf Garanti Taahhütleri,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 62; Yıldız, **a.g.t.,** s. 95.

626 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 342; Köksal Kocaağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası),** Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 31 vd.; Günay, **a.g.e.,** s. 24 ve 74, 75; Ayça Akkayan Yıldırım, "Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İÜHFM,** C. 61, S. 1-2, 2003, s. 375 vd; Tunçomağ, **Cezai Şart,** s. 4, 23 vd. 26. Medeni hukuk cezası olduğu yönünde bkz. Kahraman, **a.g.e.,** s. 65.

627 Yargıtay'ın, kararlaştırılan sözleşme cezasının, olumlu zararı temsil ettiğine yönelik karar bulunmaktadır. Bkz. Y. 3.HD. 05.02.2013, E. 2012/18720, K. 1653 (kazancı); Y. 23. HD.

Ceza koşulu, asıl borca bağlı yan bir anlaşmadır. Asıl borç, geçerli olarak meydana gelmemişse veya sonradan ortadan kalkmışsa, bu bağlılık niteliği gereğince ceza koşulu da meydana gelmez veya ortadan kalkar[628]. Asıl borcun geçersizliği, ceza koşulunun da geçerliliğini etkilerken; ceza koşulunun geçersizliğinin asıl borcun geçersizliğini engellemeyeceği TBK m. 182/f. 2 c. 2'de düzenlenmiştir. Ceza koşulunun yan borç niteliği, muaccel olduğu ana kadar mevcuttur. Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi koşulları gerçekleşip ceza koşulu muaccel olduktan sonra, bağımsız bir alacak niteliği kazanmaktadır[629].

Ceza koşulunun, borçluyu ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun ifasını teminat altına almak ve borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü olarak tespit etmek gibi başlıca iki amacı bulunmaktadır. Bunun dışında, dönme cezasında ceza koşulunu ödemek suretiyle borçlunun sözleşmeden dönmesini sağlamak gibi bir amacı da bulunmaktadır[630]. Olumlu zarar, zarar ortaya çıktıktan sonra alacaklı tarafından ispat edilecek zarar miktarına göre alacaklının ifaya olan menfaatini giderme amacı taşıdığından, doğacak zararı önceden ve götürü olarak tespit edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Zararın doğmuş olduğu durumlarda, hem olumlu zararın tazmini hem de ceza koşulunun ödenmesi yoluyla alacaklının zararı giderilmiş olacağından, *zararı giderme amacının* her iki kurumda da olduğundan bahsedebiliriz.

Ceza koşulu anlaşması ile kararlaştırılan edimin ödenmesi için, alacaklının bir zarara uğraması ve bunu ispat etmesine gerek yoktur[631]. Fakat olumlu zararın tazmini için, zararın varlığı ve bunun alacaklı tarafından ispatı, aranan en temel koşuldur. Kararlaştırılan ceza koşulu miktarının, meydana gelecek zarardan daha fazla olması

23.10.2018 E. 2016/696 K. 2018/4867 (kazancı). *"…Gecikme tazminatı ve ifaya ekli cezai şart,* ***olumlu zarar****lardan olup, sözleşmenin ifasını bekleyen bir arsa sahibinin, gecikme tazminatını ya da cezai şartı, davadan önce tarafların fesih iradeleri birleşmediği ya da sözleşmenin feshi isteminde haklı olmadığı mahkemece kabul edildiği taktirde isteyebileceği ilke olarak kabul edilmelidir…"* Y. 15. HD. 02.07.2018 E. 2018/979 K. 2018/2795 (kazancı).

628 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 1580 vd.; Nomer, **a.g.e.,** N. 237; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 3835; Bucher, **a.g.e.,** s. 523; Eren, **a.g.e.,** s. 1211; Tunçomağ, **Cezai Şart,** s. 15 vd.; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 71.03.

629 Eren, **a.g.e.,** s. 1211; Günay, **a.g.e.,** s. 29..

630 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 39, 144.

631 Eren, **a.g.e.,** s. 1209; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 1621.

da mümkündür. Fakat tazminatın telafi ediciliği işlevi gereği, olumlu zararın tazmininde, tazminat miktarının oluşan zarardan fazla olması mümkün değildir.

Ceza koşulu anlaşması ile belirlenen edim, genel olarak bir miktar paradan ibarettir. Para dışındaki malvarlığı edimleri de ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir, ancak manevi değerlerin ceza koşulu olarak kararlaştırılması mümkün değildir[632]. Olumlu zararın tazmininde de belirlenen zarar miktarının, hakimin kararına göre nakden yani para ile veya aynen ifa edilmesi mümkündür. Manevi bir değer, olumlu zararı tazmin etmek amacıyla kullanılamaz.

Zarar verici olay meydana geldikten sonra oluşan zarar miktarının, kararlaştırılan ceza koşulu miktarından çok olması mümkündür. Bu duruma ilişkin olarak TBK m. 180/f. 2 hükmünde bir düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre, *"aşkın zararın"* istenebilmesi mümkündür. Ancak bunun için, ceza koşulundan farklı olarak, alacaklının, *zararı ve borçlunun kusurlu olduğunu*[633] ispat etmesi gerekecektir. Bu aşan kısma ilişkin alacaklının talebi, *tazminat talebidir*. Ceza koşulu ile birlikte aşan kısma ilişkin tazminat talebi birleştirilerek, alacaklının toplu bir tazminat talep etmesi mümkün değildir[634]. Böylelikle ceza koşulu ile tazminat miktarının birleştirilmesi, kanun koyucu tarafından reddedilmiştir. Aşan kısmın hesaplanması, toplam zarardan kararlaştırılan ceza koşulu miktarının ve bu arada temerrüt faizi isteme hakkı doğmuşsa faiz miktarının düşürülerek bulunması yoluyla olacaktır. Ancak TBK m. 180/f. 2 hükmü emredici olmadığından, bu durumun aksi kararlaştırılabilecektir. Bu aşan kısım olumlu zarar özelliği gösterebileceği gibi olumsuz zarar da olabilecektir.

Ceza koşulu, seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) olarak üçe ayrılır:

---

632 Günay, **a.g.e.,** s. 22, 23; Eren, **a.g.e.,** s. 1210. Zira manevi değerlerin cebri icra yoluyla takibi mümkün değildir.

633 Nomer, **a.g.e.,** N. 240; Eren, **a.g.e.,** s. 1215; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 1623. Bu durum, TBK m. 112'deki borçlunun kusurlu olduğu karinesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Diğer bir deyişle borçlu kusursuzluğunu ispat etmeyecek, alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat edecektir.

634 Eren, **a.g.e.,** s. 1215.

-*Seçimlik ceza koşulu,* TBK m. 179/f. 2'de düzenlenmiştir. Buna göre, borcun *"hiç ya da gereği gibi"* ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça[635], alacaklı, ya borcun ya da ceza koşulunun ödenmesini isteyebilecektir. Alacaklının bu seçimlik hakkı, nitelik itibariyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple, seçim hakkı kullanıldıktan sonra bundan dönülemez[636]. Seçimlik ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda, alacaklı seçim hakkını, borcun ifasından yana kullanmışsa ama ancak borçlu kusurlu ifa imkânsızlığı nedeniyle bunu yerine getirememişse, alacaklı bunun yerine olumlu zararın tazminini isteyebilecektir. Burada istenebilecek olumlu zarar, ceza koşulu miktarından daha çok olabilecektir[637].

-TBK m. 179/f. 2'de ise, *ifaya eklenen ceza koşulu* düzenlenmiştir. Buna göre, borcun *"belirlenen zamanda ve yerde"* ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere ceza kararlaştırılmışsa, alacaklı, hakkından açıkça vazgeçmedikçe ya da ifayı çekince ileri sürmeksizin kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesini de isteyebilir. Alacaklı ifayı çekince koymadan kabul ederse, ceza koşulu hakkından vazgeçmiş sayılır[638]. TBK m. 179/ f. 2 hükmü dışındaki hallerde de tarafların kararlaştırması yoluyla ifaya eklenen ceza koşulunun istenmesi mümkündür. Bu takdirde, alacaklının bunu ispat etmesi gerekir. İfaya eklenen ceza koşulunda da alacaklının asıl borçla birlikte ceza koşulunun ödenmesini talep etmesine rağmen, yine borçlu bu talepleri hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse, aynen ifa yerine olumlu zararın tazmini ve ayrıca ceza koşulu talep edilebilecektir.

-TBK m. 179/f. 3'te ise, ifayı engelleyen ceza koşulu, diğer adıyla dönme cezası düzenlenmiştir. Bu tür ceza koşulunda, borçlu, başlangıçta kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme imkânına sahiptir. Alacaklının artık ifayı talep etme hakkı kalmaz. Diğer ceza koşulu türlerinden farklı olarak; teminat altına

---

635 Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin hiçbiri emredici değildir. Taraflar her zaman bu hükümlerin aksini kararlaştırabilir. Bunun tek istisnası, cezanın indirilmesi ile ilgili olan TBK m. 182/f. 3 hükmüdür.

636 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 1595; Eren, **a.g.e.,** s. 1212.

637 Eren, **a.g.e.,** s. 1213.

638 Eren, **a.g.e.,** s. 1213.

alınması suretiyle ifanın sağlanması amacı, dönme cezasında bulunmamaktadır[639]. Bu yönüyle alacaklının değil, dilediği zaman cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilecek borçlunun lehine bir kurumdur[640]. Dönme cezasının bulunduğunu ispat, bunu iddia eden borçlu üzerindedir. Dönme cezasıyla, kanaatimizce, olumlu menfaatin değil, dönmeyle birlikte geçerli olarak varlığını devam ettireceğine güvenilen sözleşmenin sona ermesi sonucu olumsuz menfaatin giderildiği söylenebilecektir.

Tarafların kararlaştırmış oldukları miktarın, borçlunun ekonomik kişiliğini, ticari faaliyetlerini olumsuz yönde etkileyip ihlâl edecek derecede aşırı olması halinde; TBK m. 182/f. 3 hakime takdir yetkisini kullanarak kendiliğinden bu miktarı indirme yetkisi tanımıştır. Fakat hakim, hiçbir zaman ceza koşulunu tamamen ortadan kaldıramaz[641]. Tacir sıfatını haiz borçlu açısından ise, farklı bir düzenleme söz konusudur. TTK m. 22'ye göre, tacir sıfatını haiz borçlu, hakimden aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyecektir. Fakat ceza koşulu, tacirin ekonomik mahvına sebep olacak derecede yüksekse, ticari kişilik haklarına ve hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle tamamen kaldırılması ya da indirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir[642]. Olumlu zararın tazmin edilmesi durumunda da hakimin tazmin edilecek miktardan TBK m. 51 ve m. 52 gereğince indirimde bulunması mümkündür. Bu durumda, indirim sebepleri daha çeşitlidir.

---

639 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 145; Eren, **a.g.e.,** s. 1186. Bu sebeple, dönme cezası kararlaştırılmışsa, sözleşmeden dönen tarafın muhatabının ayrıca olumlu zararını talep etmesi mümkün değildir. Bkz. Y. 13. HD. 27.10.1988 E. 5516 K. 4981 (Uygur, **C. III, 2003,** s. 3558): *"Sözleşmede taraflardan herhangi biri tek taraflı olarak vazgeçtikleri takdirde, yekdiğerine cezai şart olarak bir miktar ödemeyi kararlaştırdıklarına göre, rücu tazminatı ödeyerek sözleşmeden cayma yetkisini tanımışlardır. Bu durumda davacının olumlu zararını istemesi mümkün değildir. Peşin ödediği satış bedelinin iadesi gerekir."*.

640 Eren, **a.g.e.,** s. 1214. Bu yönüyle cayma parasına benzemektedir.

641 Eren, **a.g.e.,** s. 1218.

642 Eren, **a.g.e.,** s. 1217; Nomer, **a.g.e.**, N. 238. 2.

b. Ceza Koşulunun Borçlu Temerrüdü Halinde Olumlu Menfaate Yönelik Diğer Bazı Kavramlarla İlişkisi

(1) Ceza Koşulunun Gecikme Tazminatı İle İlişkisi

Borçlunun temerrüde düşmesi üzerine ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa, alacaklı aynen ifa ile birlikte sözleşme cezasını isteyebilecektir. Fakat alacaklının, cezayı aşan miktarda bir zarara uğraması durumunda, bu aşan kısım için gecikme tazminatı istemesi de mümkündür[643]. Fakat ifayı aşan bu kısmın gecikme tazminatı olarak istenebilmesi için, alacaklının kararlaştırılan sözleşme cezasından fazla bir miktarda zarara uğradığını ve borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatlaması gerekmektedir[644]. Uğranılan zarar, ceza koşulu miktarından fazla olmadığı takdirde, alacaklı hem sözleşme cezasını hem de gecikme zararını ayrı ayrı talep edemez[645].

(2) Ceza Koşulunun Temerrüt Faizi İle İlişkisi

Alacaklının zarara uğraması şartından bağımsız olarak istenebilen ceza koşulu (TBK m. 180/f. 1) ve borçlunun olumlu menfaatini giderdiğini kabul ettiğimiz temerrüt faizi benzer amaçlara hizmet ederler. Her ikisinde de sorumluluk bakımından zarar şartı aranmaz[646]. Bu bakımdan, temerrüt faizinin *kanunun belirlediği bir ceza koşulu olduğu* söylenebilecektir. Temerrüt faizi ile ceza koşulu arasında bazı başka benzerlikler de bulunmaktadır:

Alacaklının zararı ceza koşulundan fazla ise, alacaklının bu zararını talep edebilmesi için, TBK m. 180/f. 2'ye göre, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir. Aynı şekilde, temerrüt faizinden fazla zararı olan alacaklı, borçlu kusursuzluğunu ispat etmediği sürece TBK m. 122 uyarınca borçludan talep edebilecektir.

Asıl borca bağlılık özelliklerinden dolayı, temerrüt faizinde hak saklı tutulmadan ya da hakkın saklı tutulduğu halin icabından anlaşılmadıkça, sadece

643 Nomer, **a.g.e.,** N. 240.3.

644 Yıldız, **a.g.t.,** s. 95.

645 Y. 13. HD. 10.03.1983 E. 1418 K. 1653 (Turgut Uygur, **Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,** C. IV, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 4624).

646 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 189.

ifanın kabulü, temerrüt faizi talep hakkını ortadan kaldırır (TBK m. 131/f. 2). Bunun gibi ifayla birlikte talep edilebilen ceza koşulunda, alacaklı ceza koşulu hakkından feragat etmiş ya da ihtirazı kayıt ileri sürmeden sadece ifayı kabul etmişse, ceza koşulu talep etme hakkı ortadan kalkar (TBK m. 179/f. 2).

Ancak temerrüt faizi ve ceza koşulu arasında bazı farklılıklar da bulunmaktadır:

1) İlk olarak belirttiğimiz gibi temerrüt faizi tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın kanun gereği doğarken, ceza koşulu bir hukuki işleme bağlıdır[647].

2) Temerrüt faizi kaynağı ne olursa olsun sadece para borçlarında söz konusu olurken, ceza koşulu her türlü borç için kararlaştırılabilir[648].

3) Olumlu zararı karşılamaya yönelik olan temerrüt faizi, para borçlarının zamanında ifa edilmemesi halinde ödenirken, ceza koşulu borcun hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde söz konusu olur[649]. Bu sebeple, borca aykırılık neticesinde bir zararın oluştuğu durumlarda temerrüt faizinin olumlu menfaati karşılamaya yönelik olduğu söylenebilecekken; ceza koşulu ile karşılanmak istenen, olumlu zarar olabileceği gibi olumsuz zarar da olabilecektir.

4) Her ne kadar temerrüt faizi ve ceza koşulunda zararın götürü olarak tespiti amaçları bulunsa da, ceza koşulunda, temerrüt faizinden farklı olarak borçluyu ifaya zorlama amacı ve sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma amaçları da bulunmaktadır[650].

5) Temerrüt faizinin işleyebilmesi için, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmezken; sözleşme cezasının istenebilmesi için, borçlunun borç ihlâlinde kusurlu olması gerekir[651].

Aynı olayda karşımıza hem işlemiş bir temerrüt faizi hem de ceza koşulu çıkabilecektir. Böyle bir durumda, *ifa yerine istenebilecek ceza koşulu kararlaştırılmış* ve alacaklı cezanın ödenmesini tercih etmişse, artık temerrüt faizinin

---

647 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 190.

648 Helvacı, **a.g.e.,** s. 90; Kocaağa, **a.g.e.,** s. 190.

649 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 190; Çetin Arslan, Mustafa Kırmızı, **Türk Hukukunda Faiz ve Aşkın Zarar,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 62, 63.

650 Helvacı, **a.g.e.,** s. 90; Kocaağa, **a.g.e.,** s. 191.

651 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 191.

ödenmesini talep edemeyecektir. Bunun sebebi, temerrüt faizinin asıl alacağa bağlı olmasıdır. Asıl alacak yerine kararlaştırılan ceza miktarının ödenmesi seçilmişse, artık temerrüt faizi de istenemeyecektir[652].

İfaya eklenen ceza koşulu kararlaştırıldığı durumlarda ise, asıl borcun ifası ve bunun üzerinden işleyecek temerrüt faizi ve sözleşme cezası bir arada istenebilecektir[653]. Fakat alacaklı, bu taleplerden biriyle tatmin edildiği oranda diğer taleplerin son bulması gerekecektir[654]. Zira yukarıda bahsettiğimiz gibi, temerrüt faizi ve ceza koşulu benzer amaçlara hizmet ederler. Bu sebeple, örneğin, borçlunun temerrüde uğraması durumunda, 5000 TL işlemiş temerrüt faizi, 8000 TL'lik sözleşme cezası ve toplam gecikme zararı da 10.000TL ise; alacaklı 5000TL'lik temerrüt faizini istemişse, artık 8000 TL'lik ceza koşulunu değil de ancak 3000 TL'lik miktarda ceza koşulu talep edebilecektir. Kalan 2000 TL ise, aşkın zarar kapsamında istenebilecektir[655].

Her ne kadar aynı amaca hizmet etseler de temerrüt faizi, ceza koşuluna göre daha avantajlıdır. Zira temerrüt faizi talep edilmişse, borçlunun kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulma şansı yokken, sözleşme cezası talep edilmişse, borçlunun kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı vardır[656]. Bu sebeple, alacaklının temerrüt faizi yerine kararlaştırılan ceza miktarını seçmesi, ancak ceza miktarının temerrüt faizinden fazla olduğu zamanlarda isabetli olacaktır[657].

Ceza koşulunun, temerrüt faizi üzerinden belirlenmesi de mümkündür. Örneğin, *"borçlunun temerrüde düşmesi üzerine, borçlu, ceza koşulu olarak kanuni temerrüt faizi üzerinde bir miktarda temerrüt faizi ödeyecektir"*, şeklinde bir ceza koşulu kararlaştırılabilecektir. Böyle bir durumda, doktrinde bir görüşe[658] göre, bu şekilde kararlaştırılan ceza koşulu için kusur şartı aranmamalıdır. Ancak bu durum,

652 Yıldız, **a.g.t.,** s. 113; Kocaağa, **a.g.e.,** s. 195, dpn. 158.
653 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 196; Helvacı, **a.g.e.,** s. 90, 91.
654 Yıldız, **a.g.t.,** s. 113.
655 Yıldız, **a.g.t.,** s. 113 ve 149.
656 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 316; Yıldız, **a.g.t.,** s. 113.
657 Yıldız, **a.g.t.,** s. 113.
658 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1616, dpn. 440.

aslında tarafların yüksek miktarda temerrüt faizi oranı belirlerkenki iradelerinin yorumuna bağlıdır. Sadece temerrüt faiz oranını yüksek tutmak istemişlerse, borçlu kusurlu olmasa dahi bu miktarı ödeyecektir. Fakat taraflar aslında yüksek tuttukları bu oranla ceza koşulu kararlaştırdıkları sonucuna ulaşılıyorsa, artık borçlu kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir[659].

Bazı durumlarda, taraflarca, gecikmeye bağlı olarak ödenmesi kararlaştırılan miktarın temerrüt faizi mi ceza koşulu mu olduğu ayırt edilemez. Bu gibi hallerde tarafların iradelerinin yorumlanması gerekmektedir. Eğer taraflar gecikme süresine bağlı olarak borçlunun asıl borcun belirli bir oranı üzerinden, örneğin borçlunun geciktiği her ay için asıl borcun %1 i kadar bir meblağ ödeyeceği kararlaştırılmışsa, bu temerrüt faizi olarak yorumlanabilecektir. Buna karşılık tarafların belirli bir oran belirtmeksizin gecikilen her ay için belli bir miktar paranın ödeneceği kararlaştırılmışsa, tarafların iradesi ceza koşulu kararlaştırdıkları şeklinde yorumlanabilecektir[660].

Ayrıca bilindiği gibi Türk Borçlar Kanunu'nda gerek anapara (TBK m. 88) gerekse temerrüt faizi (TBK m. 120) oranları bakımından bir üst sınır öngörülmüştür. Tarafların kanunda öngörülen bu oranlardan daha yüksek bir oran belirlemiş olmaları, temerrüt faizini ceza koşuluna yaklaştırır. Ancak bu şekilde öngörülen anlaşmalar, taraflar, bunu ceza koşulu olarak kararlaştırmadıkları sürece, sırf temerrüt faizi için öngörülen sınırı aşmalarından dolayı ceza koşulu olarak nitelendirilemezler. Bu durumda temerrüt faizi için öngörülen sınırı aşan kısım, geçersiz olacaktır[661]. Fakat tarafların iradeleri temerrüt faizi oranlarını aşar şekilde ceza koşulu kararlaştırmak şeklinde yorumlanabiliyorsa, bu aşan kısım kural olarak sözleşme cezası olarak nitelendirilebilecektir. Bu sonuca, TBK m. 182/f. 3 hükmünden de ulaşmak mümkündür. Zira TBK m. 182/f. 3 hükmü uyarınca, hakim aşırı ceza koşulunu makul seviyeye indirebilecektir. Ceza koşulu miktarının kanunen öngörülen temerrüt faizi sınırlarını aşamayacak olması demek, hakimin bu hükme

659 Yıldız, **a.g.t.,** s. 113.
660 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 193, 194.
661 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 194

dayanarak hiç indirim yapamayacak olması demektir. Çünkü, en yüksek faiz sınırlarının altında kalan bir ceza koşulunun aşırılığından da bahsedilemeyecektir. Ancak kanaatimizce yine de kanuni faiz oranlarını aşan bu miktarın ceza koşulu olarak kararlaştırılması, TBK m. 120 hükmünü dolanmak anlamına geleceğinden, kanuna karşı hile oluşturması sebebiyle geçersiz sayılmalıdır[662].

(3) Ceza Koşulunun Temerrüt Faizini Aşan (Aşkın) Zararla İlişkisi

İfa zamanına uyulmaması hali için, ceza koşulu öngörülmüşse ve alacaklı ifa ile birlikte kararlaştırılan ceza miktarını isteyebiliyorsa; borçlunun temerrüde düşmesi üzerine cezayı aşan miktarda zarara uğrayan alacaklı, aşan kısım için TBK m. 180/f. 2 gereğince cezayı aşan zararının tazminini isteyebilecektir. Alacaklının talebinin karşılanması için, gecikmeden kaynaklanan toplam zararının, ceza miktarından fazla olması ve borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmektedir (TBK m. 180/f. 2). Halbuki TBK m. 122'de borçlu aleyhine bir kusur karinesi öngörülmüş olup, alacaklının temerrüt faizini aşan zararını talep edebilmesi için, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek yoktur. Borçlunun kusursuz olduğunu kendisinin ispat etmesi gerekmektedir[663].

Para borçlarında gecikme halinde, alacaklı borçludan ceza koşulu ya da temerrüt faiziyle karşılanmayan zararlarının tazminini isteyebilir. Bu durumda, dilerse TBK m. 122'ye dilerse de TBK m. 180/f. 2'ye dayanabilecektir. Ancak TBK m. 122'ye dayanması alacaklı açısından daha avantajlı olacaktır. Zira TBK m. 122'de borçlunun kusur karinesi öngörüldüğünden, alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek kalmayacaktır[664].

Alacaklının TBK m. 122'ye göre aşkın zararını talep etmesi halinde, aşkın zarar miktarı tespit edilirken, toplam gecikme zararından ifaya eklenen ceza koşulunun mu temerrüt faizinin mi düşürülmesi gerektiği konusunda farklı fikirler ileri sürülmüştür.

---

662 Aynı yönde bkz. Kocaağa, **a.g.e.,** s. 195.

663 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 192.

664 Kocaağa, **a.g.e.,** s. 197.

Bir görüş[665], temerrüt faizi ve ceza koşulunun benzer amaçlara hizmet ettiğinden hareket ederek, öngörülen ceza miktarının toplam gecikme zararından indirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Zira bu tür ceza, borcun belirlenen zamanda ve yerde ifa edilmemesi halinde, alacaklının uğrayacağı zararı giderme amacına hizmet eden bir götürü tazminat niteliğindedir ve bu yönüyle temerrüt faizi ile benzerlik taşımaktadır. Kanaatimizce de uygun olan başka bir görüş[666] ise, temerrüt faizi ve ceza koşulundan hangisi yüksekse bunun toplam gecikme zararından indirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, toplam gecikme zararı 10.000 TL olmakla birlikte, temerrüt faizi 5.000 TL ve kararlaştırılan ceza koşulu 8000 ise, en fazla 2.000 TL'lik aşkın zarar talebine izin olmalıdır. Fakat toplam zarar yine 10.000 TL olmakla birlikte, temerrüt faizi 4.000 TL, ceza koşulu 3.000 TL ise, en fazla 6.000 TL aşkın zarar talebi mümkün olacaktır. Zira bu görüşe göre, temerrüt faizi veya ceza koşulundan birinin tazmin edilmiş olması, diğerini de bu oranda sona erdirecektir.

(4) Ceza Koşulunun İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini Talebi ile İlişkisi

Aynı zarar için hem ceza koşulunun hem de tam bir tazminatın talep edilmesi kural olarak mümkün değildir. Zararın tazmini, ancak ceza koşulunu aştığı ölçüde mümkün olacaktır[667]. Ancak tarafların ceza koşuluyla beraber tam bir tazminat talebinde bulunabilecekleri hususunda anlaşmaları mümkündür[668].

Olumlu zararın tazmini bahsinde, kararlaştırılan ceza koşulunun türü önem arz edecektir. İfa yerine talep edilecek ceza koşulunda ceza koşulu ile birlikte ifaya menfaati sağlayan olumlu zararın tazmini mümkün olmamalıdır[669]. İfaya eklenen

---

665 Barlas**, a.g.e.,** s. 223.

666 Yıldız, **a.g.t.,** s. 150.

667 Eren, **a.g.e.,** s. 1215. Kanun koyucu ceza koşulu ile tazminatın mutlak birleşme ilkesini kabul etmemiştir.

668 Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 76.

669 Tunçomağ, **Cezai Şart,** s. 113, Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009),** Ankara, 2009, s. 132; Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.,** s. 77; Kurt, **a.g.e.,** s. 225; Öz, **İnşaat Sözleşmesi,** s. 138. Aynı yönde bkz. Y. 11. HD. 27.02.2001 E. 2000/10625 K. 2001/1710 (kazancı).

ceza koşulu söz konusu ise, olumlu zararın tazmini açısından bir sorun oluşmamaktadır. Zaten taraflar hem ifanın hem de ceza koşulunun talep edilebileceği yönünde anlaşmışlardır. Bu sebeple, ifanın yerine getirilmemesi durumunda, olumlu zararla birlikte ceza koşulunun talep edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır[670].

2. Götürü Tazminat

a. Genel Olarak

Götürü tazminat anlaşması, sözleşmeye aykırılık halinde doğacak zarara ilişkin tazminatı önceden[671] belirleyen, asıl sözleşmeye bağlı nitelikte, kendisine özgü yapısı olan bir yan anlaşmadır[672]. Doktrinde böyle bir anlaşmanın yapılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Zira TBK m. 50 vd. hükümleri emredici değil, aksine tamamlayıcı hükümlerdir[673]. Götürü tazminat anlaşmasının ceza koşulu belirlenmesinden farklı bir kurum olduğu kabul edilirse[674], Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almadığından, bu anlaşmayı, kendine özgü (sui generis) bir anlaşma olarak nitelendirmek gerekecektir [675].

---

670 Kadir Berk Kapancı, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** İstanbul, 2013, s. 670 vd.; Kabaklıoğlu Arslanyürek, **a.g.e.,** s. 78.

671 Tazminatın, borca aykırılık meydana geldiğinde ve sonrasında belirlendiği durumda, sulh ya da bir ibra sözleşmesi söz konusu olur. Bkz. Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 656; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 102.

672 Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 655, 657; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 98; Kocaağa, **a.g.e.,** s. 176.

673 Kahraman, **a.g.e.,** s. 76; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 63; Kapancı, **Götürü Tazminat**, s. 655; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 98.

674 Kanaatimizce her ne kadar götürü tazminat ve ceza koşulu kavramları arasında farklılıklar olsa da ceza koşulunun Kanun tarafından düzenlenmiş olduğu Türk hukuk sistemi açısından, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin de genel olarak emredici olmamasından hareketle götürü tazminat kavramına gerek yoktur. Götürü tazminat, bir tür ceza koşuludur.

675 Fakat Kanun tarafından öngörülmüş götürü tazminatlar da bulunmaktadır. Bunların özelliklerine ilişkin bkz. Thomas Fischer, **Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz,** Zürich, 1998, s. 95 vd.
Örneğin; para borçlarında temerrüt halinde söz konusu olacak temerrüt faizi, kanun tarafından belirlenen bir götürü tazminat olduğu ileri sürülmektedir. Fakat bu götürü tazminatın sözleşmesel götürü tazminattan bazı açılardan farklılıkları bulunmaktadır. Sözleşmesel götürü tazminatta, *bu yönde ayrıca bir anlaşma bulunmadığı sürece,* gerçek zarar belirlenen miktardan daha yüksekse bunun istenebilmesi için bir imkân bulunmamaktadır. Fakat TBK m. 122'de, alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğradığı durumlarda, belli şartlarda bu aşkın zararın talep edilmesine imkân tanınmıştır. Bkz. Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 99; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 657, dpn. 4. Temerrüt faizinin nisbi bir götürü tazminat olduğu yönünde bkz. Kahraman, **a.g.e.,** s. 78.

Tanımdan da anlaşıldığı gibi, götürü tazminat, zararın tazminine ilişkin bir kurumdur. Bu sebeple, olumlu zarar kavramıyla ilişkisi de ancak olumlu zararın tazmini bakımından kurulabilecektir.

Götürü tazminat anlaşması ile asıl amaçlanan ifa menfaatinin giderilmesi olduğu için[676], bu anlaşma ile giderilmek istenilen zarar çoğunlukla *"olumlu zarara"* yöneliktir[677]. Ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle oluşabilecek *"olumsuz zararların"* karşılanması bakımından da götürü tazminat anlaşması yapabilecekleri kabul edilmiştir[678].

b. Götürü Tazminat Kavramı

Borçlunun sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda, meydana gelen zararın tazmin edilmesi için, öncelikle zararın belirlenmesi gerekmektedir. Zararın belirlenmesi ve tazminatın hesaplanması konusunda TBK m. 114/f. 2'nin atfı gereğince, haksız fiile ilişkin TBK m. 50 vd. hükümleri, sözleşmeler bakımından da uygulanacaktır. Fakat bu hükümler bakımından, hakime tanınan geniş takdir yetkileri ve bazı belirsizlikler mevcuttur.

İşte bu belirsizliklerden dolayı, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatın, en baştan aralarında yapacakları bir anlaşma ile belirlenmesi mümkün kılınmıştır[679]. Bu anlaşma *"götürü tazminat anlaşması"* olarak nitelendirilmektedir[680].

Bunun gibi, iş hukukundaki ihbar tazminatı ve Mortgage kredilerindeki erken ödeme ücretinin de kanun tarafından öngörülmüş götürü tazminat olduğu savunulmaktadır. Bkz. Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 657, dpn. 4.

676 Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 679.

677 Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 101; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 228.

678 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 231.

679 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 107; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 102, 103.
Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde böyle bir anlaşmanın yapılması mümkün kılınmış olsa da belirlenen miktarın borçlu bakımından *"ekonomik yıkıma"* yol açacak olması durumunda, sözleşme konusunun *"kişilik haklarına ve genel ahlaka"* aykırı olması sonucu, *kesin hükümsüzlük* yaptırımı ile karşılaşılacaktır. Bu hükümsüzlük kısmi hükümsüzlüktür. Ayrıntılı açıklama için bkz. Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 104 vd. Ayrıca hakimin belirlenen miktara TBK m. 51 ve 52 hükümleri uyarınca müdahalede bulunması halen mümkündür. Bkz. Elif Beyza Akkanat, "Amerikan ve Türk

Götürü tazminat anlaşması, taraflardan birinin gerçek zararı ispat etmesi halinde, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir miktar ödenmesinin söz konusu olup olmamasına göre farklı şekillerde yapılabilir[681]. Götürü tazminat miktarının aksinin ispatının mümkün olup olmadığı, ancak anlaşmanın ve bağlı olduğu sözleşmenin yorumlanması yoluyla anlaşılabilir[682]. Götürü tazminat anlaşmaları; *nispi (aksi ispat edilebilen) götürü tazminat*[683], *kısmen nispi (asgari/azami) götürü tazminat*[684], *mutlak (aksi ispat edilemeyen) götürü tazminat*[685] anlaşmaları olarak çeşitlere ayrılır.

Tazminatın başlangıçta götürü olarak belirlenmesinin öncelikli amacı, tazminat alacaklısını, *zararın varlığını ve kapsamını* ispat yükünden kurtarmaktır. Alacaklının, *zararın varlığını*[686] ve *zararın kapsamını* ispat yükümlülüğü artık

---

Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 45.

680 Oertli, **a.g.e.,** N. 11 vd.; Fischer, **Pauschalierung,** s. 95 vd.; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 63; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 434; 435; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 98; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 655.

681 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 110; Oertli, **a.g.e.,** N. 45.

682 Oertli, **a.g.e.,** N. 46.

683 *Nispi götürü tazminat anlaşması* ile taraflara, sözleşmenin ihlâl edilmesiyle meydana gelen gerçek zararın, götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat etme imkânı tanınır. Bu durumda, *anlaşma ile belirlenen miktar;* sadece, *tazminat alacaklısının,* sözleşmenin ihlâl edilmesiyle meydana gelen gerçek zararın, götürü tazminat miktarından *fazla* olduğunu veya *tazminat borçlusunun*, sözleşmenin ihlâl edilmesiyle meydana gelen gerçek zararın, götürü tazminat miktarından *az* olduğunu ispatlayamadığı durumlarda ödenir. Bkz. Oertli, **a.g.e.,** N. 53; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 669; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 112.

684 Taraflardan yalnız birinin, götürü tazminat miktarının aksini ispat edebileceği durumlarda, *kısmen nispi götürü tazminat anlaşması* söz konusu olur. Bunlardan *asgari götürü tazminat anlaşmalarında,* gerçek zarar, götürü tazminat miktarından daha fazlaysa, fazla miktarın ödenmesi talep edilebilirken, daha azsa yine de götürü tazminat anlaşmasında belirlenen değer ödenir. Asgari götürü tazminat anlaşmaları, bu yönüyle ceza koşuluna benzetilmektedirler. Bkz. Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 115; Oertli, **a.g.e.,** N. 65; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 670, 671. *Azami götürü tazminat anlaşmalarında* ise, gerçek zarar götürü tazminat miktarından daha fazlaysa, fazla miktarın ödenmesi talep edilemezken, daha azsa az olan bu miktar ödenerek tazminat borçlusu borcundan kurtulabilmektedir. Bkz. Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 117; Oertli, N. 57.

685 *Mutlak götürü tazminat anlaşmalarında* ise, tarafların hiç birine gerçek zararın götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktardan farklı olduğunu ispatlama imkânı tanınmamıştır. Bkz. Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 118; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 667; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 109.

686 Doktrinde baskın görüş, götürü tazminat kararlaştırılması durumunda, alacaklının zararın varlığını dahi ispatlamasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Suat Sarı, "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmler Sempozyumu (26-27 Haziran),** İstanbul, 2011, s. 302; Köksal Kocaağa, "İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", **TBB Dergisi,** S. 74, 2008**,** s. 150, 153; Kocaağa, **a.g.e.,** s. 176. İsviçre hukuku açısından bkz. Bucher, **a.g.e.,** s. 525; Fischer,

bulunmamaktadır[687]. Götürü tazminatın talep edilebilmesi için, alacaklının, sözleşmenin ihlâl edilmesi dolayısıyla bir zarara uğramış olması gerekir. Herhangi bir zarara uğramamışsa, götürü tazminatın kararlaştırılmış olması, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için yeterli değildir[688].

Götürü tazminatın belirlenmesi ayrıca, taraflar bu anlaşmayı yaparken, asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri düşünme imkânına sahip oldukları ve başlangıçta kâr-zarar tahmininde bulundukları için, asıl sözleşme bakımından açıklığın sağlanması ve taraflar açısından hukuki güvenliğin sağlanması amacına da hizmet eder[689].

Götürü tazminatın diğer bir amacı ise, borca aykırılık dolayısıyla meydana gelen zarardan, borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılmasıdır[690]. Götürü tazminat anlaşması ile olası bir borca aykırılık durumunda ortaya çıkabilecek ve bir olumlu zarar kalemi oluşturabilecek yargılama masrafları da en aza indirgenmiş olacaktır[691].

Pauschalierung, s. 143 ve 162; Schwenzer, **a.g.e.,** N.71.16. Bu görüşteki yazarlara göre, zararın varlığını ve miktarını ispat yükü alacaklıda olmayıp, zararın bulunmadığını ve götürü tazminattan az olduğunu borçlunun ispat etmesi gerekir. Böylece götürü tazminat anlaşması ile zararın varlığı konusundaki ispat yükü yer değiştirmiş durumdadır.

Alacaklının zararın varlığını ispat yükünden kurtulmasının anlamı, bu ispat yükünün herhangi bir zararın oluşmadığını ispatlama şeklinde borçluya geçmesi demektir. Yoksa, götürü tazminatın talep edilebilmesi için, her koşulda zararın varlığı şarttır. Bu anlaşma hiçbir zaman zarar olmasa da götürü tazminatın karşılanacağı şeklinde olamayacaktır. Aksi halde, ceza koşulundan bahsedilmesi gerekecektir. Bkz. **Felix R. Ehrat, Markus Widmer, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529,** 6. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Zürich, Bern, Helbing&Lichtenhahn, 2015, Art. 160, N. 12.

687 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 101; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 102, 106; Kocaağa, **a.g.e.,** s. 176; Kocaağa, **İnşaat Sözleşmesi,** s. 153; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 661, 666.

688 **BaslerK-Ehrat-Widmer**, Art. 160, N. 12.

689 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 60 vd.; 101, 106, 107; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 102; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 666.

690 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 102.

691 Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 666; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 102; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 102, 108.

c. Götürü Tazminat Kavramının Olumlu Zararın Tazmini ile İlişkisi

Götürü tazminat ediminin, genelde taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan *"belirli bir borca aykırılık türü"* için kararlaştırılacağı ileri sürülmüştür[692]. Ancak bahsedilmeyen borca aykırılık türü için, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması yoluna gidilebilir. Örneğin, bir makinenin teslim borcunda temerrüde düşülmesi hali için kararlaştırılan götürü tazminat, o makinenin ayıplı teslimi hali için de geçerli kabul edilebilir. Zira en nihayetinde makinenin geç teslimi dolayısıyla da makinenin ayıplı teslimi dolayısıyla da makinenin kullanımından mahrumiyet söz konusudur[693]. Genel hükümlere göre olumlu zararın tazmini açısından karşılaştırma yapmamız gerekirse, olumlu zararın tazmini sonucu, sözleşmeler hukuku açısından genel bir sonuç olduğundan ve herhangi bir anlaşma gerektirmediğinden, özellikle *"belirli bir borca"* aykırılık ya da belirli bir *"borca aykırılık türü"* açısından kısıtlama söz konusu olmaksızın, olumlu zararın tazmininin mümkün olduğu her borca aykırılık türü açısından oluşacak her türlü olumlu zarar kaleminin tazmini mümkündür.

Götürü tazminat ediminin de önceden belirlenmesi gerekmektedir. Bundan anlaşılması gereken; *edimin miktarının, türünün (aynen veya nakden) ve ödenme biçiminin (sermaye veya irat şeklinde)* belirlenmesidir[694]. Edimin miktarı, taraflarca doğrudan belirlenebileceği gibi, belirlenmesinde nasıl bir yöntem izleneceği de kararlaştırılabilir. En nihayetinde bu edimin, *"belirli ya da belirlenebilir"* olması gerekmektedir. Aksi halde, *"borçlunun borcuna aykırı davranması durumunda, alacaklının uğrayacağı zararın, borçlu tarafından tazmin edileceğine"* ilişkin genel bir kural konulması, götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilemeyecektir[695]. Her

---

692 Oertli, **a.g.e.,** N. 127, 184, 189; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 222. Karş. Kapancı, **Götürü, Tazminat,** s. 662.

693 Oertli, **a.g.e.,** N. 127.

694 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 73; Oertli, **a.g.e.,** N. 40; Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 661.

695 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 72. Götürü tazminat ediminin belirlenmesinde, çeşitli yöntemlerle karşılaşılabilir. Örneğin, para borçları bakımından belirli bir tarih aralığında mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı üzerinden tazminatın hesaplanacağı kararlaştırılabileceği gibi, edimin belirlenmesi uzman kişiler gibi üçüncü kişilere de bırakılabilir. Bkz. Oertli, **a.g.e.,** N. 124. Fakat götürü tazminat

ihtimalde, götürü tazminat miktarı, asıl borcun ihlâl edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin, tarafların *"tahmini olarak"* önceden belirledikleri makul bir miktardır[696]. Ayrıca belirlenen miktar tahmini bir hesaplama olduğu için, belirli bir hoşgörü payının[697] bırakılmasında bir sakınca olmasa da tahmin edilen miktarla gerçek zarar arasında aşırı bir oransızlık bulunmaması gerekmektedir[698]. Genel hükümlere göre olumlu zararın tazmininde ise, zararın miktarının önceden belirlenmesi gibi bir durum söz konusu değildir, genel hükümlere göre tazminatın üst limiti uğranılan zarardır[699]. Yine genel hükümlere göre talep edilen tazminat ediminin türünün (aynen-nakden) ve ödenme biçiminin (sermaye-irat) önceden belirlenmesi de mümkün değildir. Buna karar verecek merci, hakimdir (TBK m. 51/ f. 1). Hakkaniyete uygun olarak tazminatın ödenme biçimine karar verecek olan hakimin, tarafların da arzusunu ön planda tutmasında fayda vardır[700].

3. Faiz

a. Genel Olarak

Faiz, alacaklının, alacak olarak talep edebileceği bir miktar parayı kullanmasından mahrum kalması dolayısıyla alacaklıya ödenmesi gereken bir miktar

---

ediminin belirlenmesinin, sadece taraflardan birine bırakılması, uygun görülmemelidir. Zira bu durum, TMK m. 23'e aykırılık oluşturur. Eğer bu yönde bir anlaşma mevcutsa, bu anlaşma sözleşme özgürlüğü sınırlarının aşılmasından dolayı TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olmalıdır. Bkz. Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 73.

696 Götürü tazminat ediminin, *tahmine dayalı olmasından dolayı* (bkz. Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 666) güvenilir olmadığı gerekçesiyle eleştirilebilecekse de bu eleştiriye karşı bazı hususlar ileri sürülmüştür. Bu fikirdekilere göre, bazı durumlarda tarafların kişisel deneyimleri, mahkemeden daha fazladır. Taraflar benzer olaylardan kaynaklanan tecrübeleri gereği, somut olayın özel bilgisine hakimden daha fazla sahip olduklarından, bu şekilde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tazminat belirlenmesinde bir sakınca bulunmamalıdır. Aynı yönde bkz. Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 80, 105; Oertli, **a.g.e.,** N. 74.

697 Hoşgörü payı, bazen götürü tazminat anlaşmasında belirlenmiş olabilir. Örneğin, belirlenen götürü tazminat miktarı ile gerçek zarar arasında %10 fark olabileceği ya da gerçek zararın 100.000TL ile 150.000TL arasında olması durumunda götürü tazminatın 120.000 TL olacağı, bu sınırın dışında olması durumunda ise, tazminatın genel hükümlere göre (TBK 50 vd.) belirleneceği kararlaştırılmış olabilir. Bkz. Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 79, 80.

698 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 77-80.

699 Kapancı, **Götürü Tazminat,** s. 666; Erdem, **Götürü Tazminat,** s. 98.

700 Eren, **a.g.e.,** s. 801.

karşılıktır[701]. Bu yükümlülük, ancak kanun tarafından öngörülmüş (kanuni faiz) ya da taraflarca hukuki işlemle (akdi faiz) kararlaştırılmışsa söz konusu olur[702].

Faiz, asıl alacağa bağlı (fer'i) ve onu genişleten bir yan haktır[703]. Bu sebeple, asıl alacak sona ererse, faiz de sona erer (TBK m. 131/f. 1). Alacaklının, asıl alacak sona erdikten sonra işlemiş faiz alacağını talep edebilmesi için, bu hakkını saklı tutması gerekmektedir (TBK m. 131/f. 2). Asıl alacağa bağlı olsa da faiz, asıl alacağın bir parçası değildir. Bu sebeple, asıl alacaktan bağımsız olarak devredilebilir, talep ve dava edilebilir. Bunun gibi bağımsız olarak rehnedilebilir, haczedilebilir. Borcu sona erdiren sebepler gerçekleşince, ortadan kalkar. Asıl alacaktan farklı olarak beş yıllık bir zamanaşımı süresine tâbidir[704].

Faizin, kural olarak para borçları için söz konusu olabileceği belirtilmekle beraber[705], istisnaen paradan başka diğer bir misli şey için de ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir[706]. Ana borç para ise; faiz miktarı, ana borç miktarı üzerinden yoksunluk süresi boyunca belirli bir yüzdenin uygulanması suretiyle bulunur[707]. Ana borç para değilse; faizin, malın belli bir oranı veya para olarak değerinin belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmesi de olanaklıdır[708]. Sermaye (kapital/anapara) faizi, para dışındaki herhangi bir misli eşya için de söz konusu olabilecekken, temerrüt faizi ancak para borçları açısından söz konusu olabilecektir[709].

---

701 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 206: Eren, **a.g.e.,** s.1005. Faiz hakkında yapılan çeşitli tanımlar için bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 124; Hikmet Sami Türk, "Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi?", **Ticaret Hukuku ve Yargutay Kararları Sempozyumu, Bldiriler-Tartışmalar, X, (9 Nisan 1993),** Ankara, 1993, s. 134; Helvacı, **a.g.e.,** s. 44 vd.; Murat Aydoğdu, Serkan Ayan, **Faiz İle İlgili Düzenlemeler,** Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 6.

702 Barlas**, a.g.e.,** s. 125. Hukuki işlemlerin büyük bir kısmı sözleşmelerden oluşmakla beraber, tek taraflı bir işlem olan vasiyetname yoluyla da faiz ödenmesi söz konusu olabileceğinden, *akdi faiz* ifadesinin isabetli olmadığı yönünde bkz.. Bkz. Albaş, **a.g.e.,** s. 135, dpn. 64.

703 Eren, **a.g.e.**, s. 1005; Barlas**, a.g.e.,** s. 125; Albaş, **a.g.e.,** s. 136; Arslan, Kırmızı, **a.g.e.**, s. 37; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 966.

704 Eren, **a.g.e.,** s.1006; Albaş, **a.g.e.,** s. 137.

705 Türk, **a.g.m.,** s. 136; Albaş, **a.g.e.,** s. 145; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 66.

706 Arslan, Kırmızı, **a.g.e.,** s. 35; Türk, **a.g.m.,** s. 135; Albaş, **a.g.e.,** s. 135. Bu durum, bir misli eşyayı konu alan karz sözleşmelerinde görülür. Bkz. Tandoğan, **C. I/ 2,** s. 301.

707 Barlas**, a.g.e.,** s. 125.

708 Barlas**, a.g.e.,** s. 125; Tandoğan, **C. I/ 2,** s. 301; Arslan, Kırmızı, **a.g.e.,** s. 35; von Tuhr, **a.g.e.,** s. 67; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 93.

709 Türk, **a.g.m.,** .s 138; Albaş, **a.g.e.,** s.136.

Faizin, sermayenin oluşmasına, büyümesine, ticari yaşamın devamına ve gelişmesine; para borcunun zamanında ödenmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı asgari ölçüde tazmin etmeye, borçlunun para borcunu zamanında ödememek suretiyle bundan menfaat sağlamasını engellemeye yönelik amaçları bulunmaktadır[710].

Faiz (temerrüt faizi), zararın giderilmesi amacıyla yapılan ödemelerdir. Bu sebeple faizi, tazminat ile ilişkilendirmek mümkündür. Zira, tazminat, zararın giderilmesi amacıyla yapılan her türlü ödemenin adıdır[711]. Fakat, faiz ile tazminat arasında farklar da bulunmaktadır. Gerek sermaye gerek temerrüt faizi ödenmesi için, zararın varlığı ve miktarı önem taşımadığı gibi, borçlunun kusurlu olması da önem arz etmez[712]. Oysaki tazminat talebi için zarar ve kusur unsurları aranmaktadır. Ayrıca tazminat talebi için aranan hukuka aykırı fiil unsuru, temerrüt faizinde bulunmakla beraber, sermaye faizinde bulunmamaktadır[713]. Tazminattan indirim sebepleri de faiz açısından uygulanmaz. Alacaklının birlikte kusuru dahi olsa, faiz herhangi bir indirim olmaksızın talep edilebilecektir[714].

Ceza koşulu ve faiz arasında da ilişki kurmak mümkündür. Zira ceza koşulu da faiz gibi, asıl alacağa bağlı ve onu genişleten bir niteliğe sahiptir[715]. Ceza koşulu da zararın varlığına bağlı olmaksızın talep edilebilir[716]. Fakat ceza koşulunun faiz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Çünkü ceza koşulu sadece sözleşmeden doğarken, faiz borcu tüm borç kaynaklarından doğabilir[717]. Ayrıca ceza koşulunun

---

710 Arslan, Kırmızı, **a.g.e.,** s. 42; Türk, **a.g.m.,** s. 142.

711 Helvacı, **a.g.e.,** s. 81.

712 Helvacı, **a.g.e.,** s. 81, 82; Arslan, Kırmızı, **a.g.e.,** s. 45.

713 Albaş, **a.g.e.,** s. 136.

714 Oertli , **a.g.e.,** N. 366; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 208.

715 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 457-460.

716 Helvacı, **a.g.e.,** s. 90.

717 Arslan, Kırmızı, **a.g.e.,** s. 63. Faizin söz konusu olabilmesi için, kural olarak para borcu söz konusu olmalıdır. Bu sebeple, faiz borcunun kaynaklarının, tıpkı para borcunda olduğu gibi; kanun, hukuki işlem, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olduğu söylenebilir. Bkz. Arslan, Kırmızı, **a.g.e.,** s. 42; Helvacı, **a.g.e.,** s. 50; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 73, 74.

akdin ifasını teminat alma niteliği, diğer bir deyişle caydırıcılık niteliği faizde ceza koşulu kadar hissedilmez[718].

b. İşlevi ve Oluşum Tarzı Bakımından Faiz

Faiz, işlevi ve oluşum tarzı bakımından *"sermaye/anapara/kapital faizi"* ve *"temerrüt faizi"* olarak ayrılır[719]. Bu iki faiz türü de akdi veya kanuni olabilir.

(1) Sermaye Faizi

Sermaye faizi, bir paranın ya da misli eşyanın ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borçluda kalması üzerine, faiz ödenmesinin öngörüldüğü hallerde söz konusu olan faizdir[720]. Diğer bir deyişle, başkasının kulllanımında kalan para ya da misli eşya için, sözleşme gereğince ya da kanunen, sözleşme ya da kanunda belirtilen tarihten vade tarihine kadar yürütülen faizdir[721]. Sermaye faiziyle hedeflenen, sermayenin borçlunun mamelekinde bulunmaması sebebiyle oluşacak

---

718 Helvacı, **a.g.e.,** s. 90.

719 Barlas**, a.g.e.,** s. 126.

720 Barlas**, a.g.e.,** s. 126; Zeki Gözütok, **Faiz Hukuku,** Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 8; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 66; Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 793; Aydoğdu, Ayan, **a.g.e.,** s. 5.
Uygulamada özellikle satış sözleşmelerinde *vade farkı* adı altında taleplerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu taleplere ilişkin, kanunda bir düzenleme bulunmasa da Yargıtay kararlarında etraflı şekilde ele alınmışlardır. Yargıtay'a göre, *"…Vade farkı mal ve hizmet satın alınmasına yönelik sözleşmelerde özellikle kararlaştırılan ve vade tarihinden başlayarak fiili ödeme tarihinde, mal veya hizmet bedeline ekleme yapılmak suretiyle alacağın ulaştığı miktarı ifade eder."* . Bkz. Y. 12. HD. 02.10.2001 E. 2001/14317 K. 2001/15305 (kazancı). Vade farkının istenebilmesi için, bu konuda sözleşme ya da yerleşik uygulama gerekmektedir. Bkz. Aydoğdu, Ayan, **a.g.e.,** s. 12; Helvacı, **a.g.e.,** s. 83. Doktrinde bir görüş, vade farkının çoğu zaman *sermaye faizi* ile aynı nitelikte olduğunu savunmakla birlikte, vade farkının salt belirli günün geçmesi nedeniyle ayrıca ihtara gerek kalmaksızın istendiği durumlarda *temerrüt faizi* niteliği taşıyacağını savunmaktadır. Bkz. Aydoğdu, Ayan, **a.g.e.,** s. 7. Kanaatimizce de isabetli olan diğer görüş ise, vade farkının sermaye faizi olduğunu savunmaktadır. Bkz. Helvacı, **a.g.e.,** s. 84. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vade farkının temerrüt faizi olmadığı sonucuna varmıştır: *"…Vade farkı ile temerrüt faizi benzerlik gösterir ise de, temerrüt faizi temerrüde düşme tarihinden vade farkı ise, vadeden başlar. Vade farkı geç ödemeden dolayı yapılması gereken fer'i bir ödemeyi değil, bu bedelin vadesinden sonra ödenmeye kalkışılması halinde, mal bedelinin belirlenmesine esas teşkil eden bir unsur olmaktadır."*. Bkz. Y. HGK 17.11.1999 E.1999/19-933 K. 1999/950 (kazancı). Vade farkı her ne kadar temerrüt faizi olmasa da, sermaye faizidir. Zira alacaklının mahrum kaldığı nakit için, isteyebileceği yagane husus adına ne denirse densin faizdir. Bkz. Helvacı, **a.g.e.,** s. 83.

721 Gözütok, **a.g.e.**, s. 8.

kâr mahrumiyetinin giderilmesidir[722]. Başka türlü nitelendirilmediği sürece, faizden anlaşılması gereken, sermaye faizidir[723].

Genel olarak faiz, bir sermayenin kullanım karşılığı olarak tanımlandığından; bu kullanımın, borca aykırı bir fiille olması mümkün olduğu gibi, hukuka uygun bir fiille olması da mümkündür. İşte kullanımın hukuka uygun fiille olduğu durumlarda, kullanımın karşılığı, sermaye faizi olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple, sermaye faizi, bir sermayenin medeni semeresi ya da hukuki ürünü olarak kabul edilmektedir[724]. Görüldüğü gibi, bir miktar sermayenin başkasında bulunduğu süre zarfında herhangi bir borca aykırılık söz konusu olmasa da anapara faizi işlediğinden, sermaye faizi ile borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarar olan olumlu zararla bağlantı kurmak güçtür.

Ancak taraflar arasında bir borç sözleşmesi neticesinde ödenmesi kararlaştırılan sermaye faizinin hiç ya da zamanında ödenmemesi dolayısıyla işlemiş sermaye faizi üzerinden temerrüt faizi istenmesi mümkündür. Örneğin, bankaya yıllık %10'luk akdi faizle yatırılan 10.000 TL'ye ilişkin yıl sonunda hesaba yansıtılması gereken 1000 TL'lik akdi sermaye faizi hesaba yansıtılmamışsa; parayı yatıran kimsenin 1000 TL ve bu miktara ifa anında kadar işleyecek temerrüt faizini olumlu zararı kapsamında talep etmesi mümkündür. Alacaklının aşkın zararı ve yoksun kaldığı kârı varsa bunları da olumlu zarar kapsamında talep edebilecektir.

(2) Temerrüt Faizi

Para borçlarında temerrüde düşen borçlu, TBK m. 120 ve 3095 sayılı Kanun m. 2 gereğince, temerrüt faizi ödemek zorundadır. Para borcu dışındaki borçlarda, borçlu temerrüdü durumunda, alacaklı, borcun geç ifası nedeniyle uğramış olduğu zararı ispat etmek koşuluyla, TBK m. 118 uyarınca gecikme tazminatı isteyebilecektir. *Temerrüt faizi,* borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve

---

722 Helvacı, **a.g.e.**, s. 81. Vade tarihinden sonra ya da vade tarihi belli değilse temerrüt tarihinden sonra, ödenmesi gereken faiz ise, temerrüt faizidir.

723 Türk, **a.g.m.,** s. 135.

724 Becker, **a.g.e.,** Art. 73; Türk, **a.g.m.,** s. 137; Albaş, **a.g.e.,** s. 136; Feyzioğlu, **C. 2,** s. 60.

temerrüde düşmesi üzerine, yasa gereği olarak kendiliğinden, temerrüt tarihinden itibaren başlayan[725] ve temerrüt devam ettikçe varlığını sürdüren, hüküm altına alınabilmesi için, alacaklının açık bir talebinin varlığı zorunlu olan bir karşılıktır[726]. Hakimin temerrüt faizinin ödenmesine karar verebilmesi için, bunun mutlaka talep edilmesi gerekir. Yoksa, hakimin re'sen temerrüt faizinin ödenmesine karar vermesi mümkün değildir[727].

Temerrüt faizi, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi dolayısıyla alacaklının parasını kullanma imkânından yoksun kalması dolayısıyla doğan asgari zararının giderilmesi, haksız menfaat elde eden borçlunun bu borcu iade etmesi ve borçluyu zamanında ifaya zorlama amacına dayanır[728]. Para borcu, sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi başka bir sebepten de kaynaklanabilir[729]. Kaynağı ne olursa olsun para borcunun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle işleyen temerrüt faizi, bu faiz, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı karşıladığından, olumlu zarar kalemi niteliği taşımaktadır.

---

725 Temerrüdün, ihtarın ulaşmasından sonra derhal mi, yoksa belli bir sürenin geçmesinden sonra mı oluşacağı konusunda doktrinde fikir ayrılıkları bulunmaktadır. İlk görüş; temerrüdün, ihtarın ulaşmasını takip eden günde oluşacağını kabul etmektedir. Bkz. Helvacı, **a.g.e.,** s. 147. Diğer bir görüş, ihtarın borçluya ulaştığı anda temerrüdün gerçekleşeceğini ileri sürmüştür. Bkz. **BernerK-Weber,** Art. 102, N. 103; Barlas, **a.g.e,** s. 103, 104. Başka bir görüşe göre, borçlu temerrüdü ihtarın ulaşmasından sonra, borçlunun ifa için göstermesi gereken tepki süresinin geçmesiyle gerçekleşecektir. Bkz. Schenker, **a.g.e.,** s. 34, 35; 41, 42. Kanaatimizce, uygulamada özellikle temerrüde düşmenin sonuçlarının hangi andan itibaren hesaplanacağı konusunda zorluk yaşanmaması için, ilk görüş gereğince temerrüdün ihtarın ulaşmasını takip eden günde gerçekleşeceğini kabul etmek daha uygundur. Zaten kendisine belli bir süre verilmiş borçluya bir de edimi sunabilmesi için süre vermeye de kanaatimizce gerek yoktur.

726 Barlas**, a.g.e.,** s. 127; Aydoğdu, Ayan, **a.g.e.,** s. 5. Temerrüt faizi için, bazı yazarlarca gecikme faizi ifadesi kullanılsa da temerrüt ve gecikme her zaman aynı anda gerçekleşmeyeceğinden, gecikme faizi ifadesi isabetli değildir. Bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 127; Albaş, **a.g.e.,** s. 138.

727 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 207; Eren, **a.g.e.,** s. 1129.

728 Eren, **a.g.e.,** s. 1127; Albaş, **a.g.e.,** s. 139; Barlas**, a.g.e.,** s. 129; Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 207; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 67-71. Temerrüt faizinin bu işlevlerini yerine getirebilmesi, her şeyden önce ülkedeki enflasyon oranından daha yüksek bir oranda belirlenmiş olmasını gerektirir.
Temerrüt faizi oranı, TBK m. 120 hükmüne göre belirlenecektir.

729 Arslan, Kırmızı, **a.g.e.,** s. 42; Helvacı, **a.g.e.,** s. 50; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 73, 74.

Doktrinde çoğunluklu olarak, temerrüt faizinin, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir (kanuni) götürü tazminat türü olduğunu savunulmaktadır[730]. Ancak kanaatimizce, Türk hukukunda ceza koşulu kurumu varken götürü tazminat kurumuna gerek olmadığından, temerrüt faizini, bir kanuni götürü tazminat olarak nitelendirmektense, *kanunun belirlediği bir ceza koşulu* olarak nitelendirmek daha doğrudur.

Temerrüt faizinin, çeşitli olumlu zarar kalemleriyle bağlantısı bulunmaktadır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı ödenmesi borcunun yerini, para borçlarında aynen ifayla birlikte temerrüt faizinin ödenmesi borcu almaktadır[731]. Bunun gibi, asıl borca bağlılıkları nedeniyle aralarında benzerlik bulunan temerrüt faizi ile ceza koşulu arasında da bağlantı kurmak mümkündür. Aralarındaki bu benzerliklere rağmen, temerrüt faizi ile gecikme tazminatı ve sözleşme cezası arasındaki farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıklardan yukarıda bahsedildiği için bu başlık altında üzerinde durulmayacaktır[732].

4. Özel Hukuk Cezası (Medeni Ceza)

Türk hukukunda tazminatın en önemli işlevi telafi işlevidir[733]. Ancak Türk hukukunda özellikle İcra hukuku, İş hukuku, Rekabet hukuku ve fikri haklar alanında *"medeni ceza"*, *"özel hukuk cezası"*, *"kanuni ceza"* gibi telafi tazminatıyla bağdaşmayan kavramlara rastlanmaktadır.

Amerikan hukukuna ait bir kurum olan medeni ceza şu şekilde tanımlanmıştır: *"Zararın tazmini amacıyla açılan ve medeni yargılama usulüne göre görülen*

---

730 Tazminat olduğuna yönelik bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 135, 136; Türk, **a.g.m.,** s. 140; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 70; Albaş, **a.g.e.,** s. 141. Götürü tazminat niteliğine ilişkin bkz. Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 208; Oertli, **a.g.e.,** N. 366. Y. HGK 19.06.1996 E 1996/5-144 K. 1996/503 (kazancı): *"Bilindiği üzere Borçlar Kanunu'nun 103 ve 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre geçmiş günler faizinin ödenmesi için, borçlunun kusurlu olup olmadığı; alacaklının da bu geç ödemeden dolayı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı sonuca etkili değildir. Mevcut para borcunun geç ödenmesi, bu faizin ödenmesi için yeterli olup, bu hali ile gecikme faizi geç ödemeden kaynaklanan götürü bir tazminat olarak nitelendirilebilir."*.

731 Ayrancı, **a.g.e.,** s. 66.

732 İkinci Bölüm, II, A, b.

733 Birinci Bölüm, I, D.

davada, davalının ağır kusurla hareket ettiğine ilişkin açık ve inandırıcı delilin olması halinde, davalıyı cezalandırmak ve başkalarını bu eylemlerden caydırmak amacıyla örnek oluşturması için, davacının telafi edici tazminatına ilaveten, eylemin kötülüğü ile orantılı, jürinin takdirine bağlı olarak nadiren mağdura verilen parasal tutardır"[734].

Medeni ceza sorumluluğuna yol açan eylem, esas olarak haksız fiil olmasına rağmen, istisnai olarak sözleşmeye aykırılık halinde de medeni ceza verilebilmektedir[735]. Kişinin ağır ihmalinin ve bunun üstünde bir kusur derecesinin bulunması gerekliliği ise, medeni cezanın manevi unsurunu oluşturmaktadır. Ayrıca, davacının zararı bulunmadığı sürece, medeni cezaya hükmedilemeyecektir[736].

Amerikan hukukuna özgü medeni ceza kavramının özellikleri; telafi tazminatını aşan parasal bir tutarın mağdura ödenmesi, medeni ceza tutarı belirlenirken davalının servetinin gözetilmesi, medeni cezanın takdiri olması ve nadir olarak verilmesi, medeni ceza tutarı belirlenirken eylemin suçluluk derecesinin, telafi tazminatı ile medeni ceza arasındaki orantının ve karşılaştırılabilir eylemlere uygulanan diğer yaptırımların gözetilmesi, şeklindedir[737].

Türk hukukunda, Amerikan hukukundaki medeni cezayı andıran genel bir düzenleme olmamakla birlikte, medeni ceza niteliğinde ve benzer özellikleri taşıyan hükümlere rastlanmaktadır. Medeni cezanın Türk hukukunda ilk akla gelen örnekleri, İcra hukukundaki inkâr tazminatı ile Fikri Mülkiyet hukukunda telif hakkı ihlâllerinde ve Rekabet hukuku ihlâllerindeki zararın üç misli tazminat ödenmesidir[738]. Bu hallerde, tazminata yol açan hukuka aykırı eylem genellikle haksız fiildir. Bu sebeple sözleşmeye aykırılık neticesinde, medeni hukuk cezası ile

---

734 Bu tanıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Gül, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 157 ve s. 212.

735 Gül, **a.g.e.,** s. 213 ve 239 vd.

736 Gül, **a.g.e.,** s. 252.

737 Gül, **a.g.e.,** s. 253 vd.

738 Bunlara ilave olarak; *İş hukukunda*, ayrımcılık tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, iş güvencesi tazminatı ve kıdem tazminatı; *Ticaret hukukunda* çek tazminatı ve ticari işletme rehninde munzam tazminat; *Borçlar hukukunda* manevi tazminat ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede kazancın alınması, Kat mülkiyeti kanununda gecikme tazminatı sayılabilecektir. Bkz. Gül, **a.g.e.,** s. 308.

karşılaşılması ancak istisnai hallerde karşımıza çıkabilecek ve ancak bu noktada konumuzu oluşturan olumlu zararın tazmini ile bağlantı kurmak mümkün olabilecektir.

Medeni ceza ile tazminatın telafi edici işlevi aşılmakta ve tazminatın işlevlerine Türk hukukunda kabul edilenin aksine önleme ve cezalandırma işlevleri eklenmiş olmaktadır. Medeni ceza mahiyetinde görülebilecek Türk hukukundaki örneklerde de medeni cezanın bazı genel özellikleri bulunduğu söylenebilecektir. Bu özellikler, medeni cezanın, bir yargılama sonucunda belirlenmesi, telafi tazminatını aşması ve caydırma amacıyla verilmesidir[739]. Ancak Türk hukukunda belirtilen örneklerde, medeni ceza belirlenirken davalının serveti gözetilmemektedir. Bunun gibi, ağır kusur da her durumda aranan bir unsur değildir[740].

a. İcra İnkâr Tazminatı

Bir alacağın tahsili için ilamsız icra yoluna başvurulması halinde, yapılan icra takibine itiraz üzerine, bu itirazı hükümden düşürmek ve takibin devamı yönünde karar almak için, mahkemeye ya da icra tetkik merciine başvuru sonucunda, borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesi halinde alacaklı lehine hükmedilen, şartları ve oranı yasaca belirlenmiş olan (şuanki oran %20) tazminat, icra inkâr tazminatı olarak adlandırılmaktadır[741].

İcra inkâr tazminatının özellikleri, eylemde bulunanın haksız ve kötü niyetli hareket etmesi, mağdura ödenmesi, telafi tazminatını aşması, kanunda bir üst sınırın öngörülmemiş olması ve kusura göre bir derecelendirmeyi öngörmesidir[742].

---

739 Gül, **a.g.e.,** s. 307.

740 Gül, **a.g.e.,** s. 307, 308.

741 Baki Kuru, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı", **Adalet Dergisi,** 1961, S. 7-8, s. 684 vd.; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku,** İstanbul, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s. 151.
İİK m. 67/f. 2: Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın *"yüzde yirmisinden"* aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir.
İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen diğer medeni ceza örnekleri, İİK m. 68/f. 7, m. 68a/f. 8, m. 69/f. 5, m. 72/f. 4 ve 5, m. 89/f. 3, m. 147/f. 1, m. 150/ a, m. 150/ g, m. 169/a-6, m. 170/ f. 3, m. 97/f. 13 ve 152de öngörülen icra tazminatlarıdır. Bkz. Gül, **a.g.e.,** s. 309.

742 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gül, **a.g.e.,** s. 312 vd.

Bu tazminatın amacı, *alacağın tahsilini geciktiren haksız itirazları önlemektir*[743]. İcra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için, borçlunun itirazında haksız olması yeterlidir. Alacaklının ayrıca, hükmolunan alacağın yüzde yirmisi oranında zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur[744].

İcra inkâr tazminatının hukuki niteliğine ilişkin görüşler mevcuttur. Bir görüş[745], icra inkâr tazminatının bir *"kanuni ceza"* olduğunu belirtmektedir. Buna benzer bir görüş[746] ise, borçlunun mahkum olacağı icra inkâr tazminatının, itiraz edilmek suretiyle takibin bir an önce bitirilmesine engel olunmuş olunmasının bir müeyyidesi olduğunu ifade etmektedir. Böylece, icra inkâr tazminatının teknik bakımdan bir tazminat olmadığı, borçlunun haksız itirazından ötürü getirilmiş bir yaptırım olduğunu söylemektedir.

Diğer bir görüş ise, icra inkâr tazminatının Borçlar hukuku anlamında *bir telafi tazminatı* olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, mağdurun icra tazminatı alt sınırından daha az zararının olması halinde, icra tazminatının alt sınırdan daha az bir tutarda verilmesi[747] veya aşkın zarar hesabında icra tazminatının düşülmesi gerektiği[748] savunulmaktadır. Zira İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinde öngörülen itiraz tazminatı, alacaklının sözleşme ile kararlaştırılan günde yerine

---

743 Kuru, **a.g.m.,** s. 684. .

744 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 217.

745 Helvacı, **a.g.e.,** s. 93; Albaş, **a.g.e.,** s. 116.

746 Helvacı, **a.g.e.,** s. 92, 93.

747 Belgesay'a göre, *"borçlu ancak itirazının sebep olduğu zararı ödemekle mükellef olabileceğinden, alacaklının, itiraz yüzünden bir zarara uğramadığını ispat edebilirse bir tazminata mâhkum edilemeyeceği gibi zararın %10'dan az olduğunu ispat edebilirse yalnız bu miktardan mesul tutulabilir. Binaenaleyh borçlunun %10 tazminata mahkum edilmesi zaruri olamaz. Mesela mahkeme davalıyı avukat ücretinin tamamına ve alacağın faizine mahkum etmiş ise, ayrıca %10 inkâr tazminatına hüküm veremez. Çünkü bu %10 alacaklının zararına karşılık olmayacaktır"*. Bkz. Mustafa Reşit Belgesay, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi,** . C. 1, 2. Bası, İstanbul, 1949, s. 71 iü

748 Domaniç, *"EBK m. 105 tazminatının (aşkın zarar) hesabında, çok daha kuvvetli ve dünyada yaygın bir hak olan faizlerin ve hatta EBK m. 159 gereğince ceza şartı tazminatının düşüldüğü bir hukuk düzeninde, zarar karşılığı olduğu, İİK 67, 68, 68a, 69, 169a, 170'de açıklanan ve istisnai hallere özel, dolayısıyla daha zayıf haklar oluşturan inkâr tazminatının düşülmemesi çelişki teşkil ettiği gibi, adalete de aykırı düşer; yasaların amacı, taraflar arasında dengeyi kuracak adaleti sağlamaktır, borçluyu cezalandırmak ve özellikle alacaklı lehine bir nevi manevi tazminatla cezalandırmak, bu yoldan alacaklıya hak etmediği yararlar sağlamak değil"* ifadesiyle icra tazminatının hesabında herhalde dikkate alınması gereken bir tutar olduğunu, -diğer bir deyişle telafi tazminatı ile aynı işlevi göreceğini-, savunmaktadır. Bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 73. Aksi görüş için bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 223.

getirilmesi gereken hakkının icra kavuşturmasına rağmen yerine getirilmemesinden doğan TBK m. 122 (EBK m. 105)'de yer alan ek zarar niteliğinde, ancak icra kovuşturmasının durmasıyla gerçekleşen zarardır. Eğer bu görüş kabul edilirse, alacaklının olumlu menfaatini gidermeye yönelik aşkın zarar hesabında, inkâr tazminatı denkleştirme suretiyle dikkate alınmış olacaktır.

Ancak kanaatimizce de isabetli olan başka bir görüş, borçlunun temerrüde düşmesi dışında, başka sebeplerle kabul edilmiş olan ve aynı zamanda ceza karakteri de taşıyan icra inkâr tazminatı ödenmesini, borçlunun takibe itirazı haksız çıktığı için kanun koyucu tarafından yapılması arzu edilmiş olan bir ödeme olması sebebiyle, aşkın zarar hesabından düşülmemesi gerektiğini ifade etmektedir[749]. Bu görüş belirttiğimiz ilk görüşle, yani icra inkâr tazminatının *telafi tazminatı olmadığı* görüşü ile paraleldir. Temerrüt durumunda olan borçlunun, borcunu inkâr edip ödemediği süreç içerisinde, temerrüt faizi işleyecektir. Bu temerrüt faizini ve bununla karşılanmayan zararını aşkın zarar olarak talep edebilecek bir alacaklının, ifaya olan menfaati, zaten bu yolla giderilecektir. Kanun öngördüğü için, temerrüt faizi ve aşkın zarar tazminatına ilaveten elde edeceği icra inkâr tazminatının, alacaklının ifa menfaatini elde etmesi bakımından bir katkısı olduğunu kanaatimizce söylemek mümkün olmayacaktır. Görüldüğü gibi bu medeni ceza türü, telafi tazminatı ile birlikte talep edilebilmektedir. Zira İcra hukukuna özgü bu tazminatın gerçek zararı karşılamak gibi bir amacı olmamakla birlikte, gerçek zararın istenmesine engel olmak gibi bir amacı da bulunmamaktadır[750]. Bununla birlikte, hakimin, icra inkâr

---

749 Barlas**, a.g.e.,** s. 223; Yıldız, **a.g.t.,** s. 149.
Ayrıca alacaklının gereği gibi ifaya menfaatini sağlayan temerrüt faizi ile icra inkâr tazminatı arasında da bazı farklılıklar bulunmaktadır: -Öncelikle temerrüt faizi ve icra inkâr tazminatının doğum şartları birbirinden farklıdır. İcra inkâr tazminatına hükmedebilmek için, ilamsız takibe girişilmiş olması, alacağın likit olması ve borçlunun itirazında, alacaklının ise takibinde haksızlığına karar verilmiş olması gerekmektedir. Temerrüt faizinde ise, borçlunun temerrüde düşmüş olması gereklidir. -Buna ilaveten icra inkâr tazminatının oranı, kanun tarafından belirlenmiştir, taraflara bu konuda bir oran belirleme imkânı tanınmamıştır. Oysa temerrüt faizinin, sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. -İcra inkâr tazminatı ve temerrüt faizinin amacı da farklılık arz etmektedir. İcra inkâr ve kötüniyet tazminatında amaç, haksız yere yapılan takibi veya haksız yere yapılan takibe itirazı önlemek iken, temerrüt faizinde amaç, borçlunun uğradığı zararın karşılanmasıdır. -Sonuç olarak; bir medeni ceza olan icra inkâr tazminatının zamana göre işlememesi, sabit bir oran olarak ortaya çıkması ve taraflarca sözleşme ile değiştirilememesi sebebiyle faiz olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Bkz. Helvacı, **a.g.e.,** s. 93.

750 Birinci Uzun, **a.g.e.,** s. 216.

tazminatına hükmedildiğini gözeterek TBK m. 51/f. 1'deki yetkisini kullanarak tazminatın kapsamını düşük belirleme imkânı olabilecektir.

b. Mali Haklara İlişkin Fikri Hak İhlallerinde Üç Misli Tazminat

Kanun koyucu, mali haklara ilişkin fikri hak ihlâllerine karşı FSEK m. 68 ile üç misli telif bedeli (telif tazminatı) yaptırımı öngörmüştür. Buna göre izinsiz çeviri, izinsiz veya izin verilen sayıdan fazla basım, izinsiz işleme ve izinsiz radyo televizyon gibi araçlarla yayın veya temsil eylemleri, telif tazminatı verilmesine neden olabilmektedir[751].

Telif tazminatının öngörüldüğü FSEK m. 68, tazminatla ilgili hükümler içerisinde değil, tecavüzün ref'i (bertaraf edilmesi) davasına ilişkin hükümler içinde yer almaktadır. Mali haklara ilişkin fikri hak ihlâllerinde, tecavüzün sadece telif ücretinin ödenmesi ile sınırlı tutulmasının mali haklara yönelik saldırılar için caydırıcı olmayacağı düşünülerek, telif ücretinin üç misline hükmedilebilmesinin uygun olduğu sonucuna varılmıştır[752].

Fikri hak sahibi, üç misline esas alınacak bedel olarak *"sözleşme olması veya yapılmış olması halinde isteyebileceği telif bedelini"* ya da *"rayiç bedeli"* tercih edebilecektir[753] (FSEK m. 68/f. 1, 2). Hükümde geçen *"rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir"* ifadesinin doktrinde baskın olarak *"üç katını isteyebilir"* şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir[754]. Tecavüze uğrayan, telif bedelinin

---

751 Gül, **a.g.e.,** s. 341.

752 Gül, **a.g.e.,** s. 341. Bu şekilde bir telif tazminatı ödenmesinin Anayasa'nın 2, 10, 13 ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Ancak başvuru kabul görmemiştir. Özetle; bu hükmün *hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele bir üst sınır getirdiği, hakimin taleple bağlı olduğu ve takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermediği, bu sınır içerisinde kalmak kaydıyla hakimin dosya içeriğine göre takdir hakkını kullanarak karar verebileceği sebebiyle,* aykırılık itirazı yerinde bulunmamıştır. Ayrıntı için bkz. 28.02.2013 tarihli 2012/133 E. 2013/33 K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı. Bu karardan hareketle, genel olarak caydırma amacıyla öngörülen ve telafi tazminatını aşan tazminatların Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

753 Levent Yavuz, Türkay Alıca, Fethi Merdivan, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu,** C. 2, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, 2014, s. 2068 vd.

754 Fırat Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku,** Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 649; Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku,** 3. Bası, Ankara, 2009, s. 339; Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2088 vd.

"en çok üç katına kadar" fazlasını isteyebilecektir[755]. Kusur sadece, mahkemece alınacak tedbirlerin türünü ve niteliğini tayin açısından önem taşıyacaktır (FSEK m. 66/f. 4)[756].

Doktrinde hakim görüşe göre[757], telif tazminatı bakımından *kusur şartı bulunmamaktadır.* Buna karşın doktrinde, telif tazminatına hükmedilmesinin tecavüzün refi davasının klasik bir sonucu olmadığı, ceza niteliği taşıyan telif tazminatı için kusurun aranması gerektiği de ileri sürülmüştür[758]. Zira tecavüzün refi davası fikri hak ihlâlinin oluşmasından sonra fikri hak ihlâlini ortadan kaldırmayı amaçlarken, telif tazminatı caydırıcılık özelliği dolayısıyla fikri hak ihlâli oluşmadan evvel hak ihlâllerini önlemeyi amaçlamaktadır[759].

Telif tazminatı isteyecek kişinin bunun için *bir zararının bulunmasına da gerek yoktur*[760]. Fakat FSEK m. 68/f. 1 gereğince hükmedilen bu ceza nitelikli bedel, davacının yine de zararının altında kalıyorsa, davacının zararı ve tecavüz eden kimsenin kusuru ispat edilebiliyorsa, FSEK m. 70/ f. 2 gereğince ayrıca tazminat talebinde bulunulması da mümkündür[761].

Telif tazminatının telafi tazminatı olmadığı, bir *özel hukuk cezası (medeni ceza) olduğu* çoğunlukla kabul edilmektedir[762]. Bu tazminatın amacı, bir yandan failin haksız davranışlarının sonuçlarına katlanmasının sağlanması, diğer yandan da benzeri olayların yaşanması bakımından önleyici bir fonksiyonun olmasıdır[763]. Türk

---

755 Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, § 20, N. 52; Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2091.

756 Tekinalp, **a.g.e.,** § 20, N. 55; Öztan, **a.g.e.,** s. 649. Kusurun, telif tazminatı açısından bir indirim sebebi olmayacağına ilişkin aksi görüş için bkz. Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2093.

757 Tekinalp, **a.g.e.,** § 20, N. 55; Öztan, **a.g.e.,** s. 649; Erel, **a.g.e.,** s. 339; Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2085.

758 K. Emre Gökyayla, "5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010** (Ed.: Tekin Memiş), C. 2, İstanbul, 2011, s. 290.

759 Bu sebeple, aslında telif tazminatının tecavüzün ref'i davası içerisinde değil, ayrıca düzenlemesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Gül, **a.g.e.,** s. 346.

760 Gökyayla, **FSEK,** s. 286; Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2066, 2085.

761 Öztan, **a.g.e.,** s. 650; Gül, **a.g.e.,** s. 343, Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2083.

762 Öztan, **a.g.e.,** s. 649; Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2085; Tekinalp, **a.g.e.,** § 20, N. 53; Gül, **a.g.e.,** s. 349.

763 Gökyayla, **FSEK,** s. 285; Gül, **a.g.e.,** s. 345; Öztan, **a.g.e.,** s. 649.

hukukundaki telif tazminatı; azami miktarının belli olması, davalının servetinin gözetilmemesi gibi yönleri itibariyle Amerikan hukukundaki medeni cezadan ayrılsa da haksız ve kötüniyetli eylemleri caydırma amacı taşıması dolayısıyla Amerikan hukukundaki medeni ceza ile benzerlik göstermektedir[764].

FSEK m. 68 kapsamında üç katına kadar ödenen telif tazminatı, genellikle haksız fiil oluşturan bir hareket neticesinde gerçekleşmektedir[765]. Ancak taraflar arasında önceden bir sözleşmenin bulunması ihtimalinde, mali haklara ilişkin fikri hak ihlâllerinin hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık oluşturması mümkündür. Örneğin, bir romancının kitabının korsan olarak sokaktaki bir satıcı tarafından çoğaltılması halinde, bu davranış haksız fiil oluştururken; aynı romancının önceden anlaşmış olduğu yayınevinin telif ücretini az ödemek maksadıyla izinsiz olarak anlaşılan miktardan daha fazla sayıda romanı basması halinde hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık bulunmaktadır. Bu ihtimalde, eserinin haksız olarak çoğaltılması suretiyle sözleşmeye aykırı davranan yayıncıya karşı sözleşmede kararlaştırılan bedelin üç katına kadar telif tazminatı isteyebilecek eser sahibinin; bu üç kata olan miktarın, izinsiz çoğaltılan eser bedeline karşılık gelen bir katlık miktarı ile aslında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine ilişkin menfaatinin karşılandığı söylenebilecektir. Ancak bunu söyleyebilmemiz için, telif tazminatı talebinde bulunan kimsenin, bir zararının bulunduğunu ispatlamış olması kuşkusuzdur. Bu fiil sebebiyle alacaklının ifa menfaatine ilişkin başka zararları da oluşmuşsa, bunun da FSEK m. 70/ f. 2 gereğince ayrıca talep edilmesi mümkündür.

Ayrıca, mali haklara yönelik tecavüz sonucunda, telif tazminatı istenmesi durumunda, *varsayımsal bir sözleşme yapılması yönünde* bir irade açıklandığı ve mahkemece bu talebin kabul edilmesi halinde de varsayımsal sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir[766]. Bu husus, FSEK m. 68'in son fıkrasında da *"bedel*

---

764 Gül, **a.g.e.,** s. 348.

765 Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2069.

766 Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2080. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bkz. Y. HGK. 20.03.2002 E. 2002/11-176 K. 2002/214 (kazancı); Y. 11. HD. 31.10.2003 E. 2003/11539 K. 2003/10196 (kazancı).
Telif tazminatını talep hakkının, davalının mali haklara tecavüzünün, sonradan davacı tarafından icazet verilmesi ve sözleşmesel temele oturtulması suretiyle giderilmesi yöntemi olduğu, bu sebeple

talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir" şeklinde de belirtilmiştir. Bu sebeple, davacının talep ettiği bedel de varsayımsal sözleşmeden kaynaklanmış olcaktır[767]. Bu sayede taraflar arasında önceden bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde de izinsiz çoğaltılan eser bedeline karşılık gelen *bir katlık miktarın* aslında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine ilişkin menfaati karşıladığını söylemek mümkün olabilecektir.

c. Rekabet İhlalinde Üç Misli Tazminat

RKHK m. 57'e göre; her kim ki bu Kanuna aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin *her türlü zararını* tazmine mecburdur[768].

RKHK m. 58 hükmüne göre ise, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllardaki bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, *tarafların anlaşması* ya da *kararı* veya *ağır ihmalinin olduğu* hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların *üç katı oranında tazminata* hükmedebilecektir (FSEK m. 58/f. 2).

---

bu talepten kaynaklanan hukuki sorunların çözümünde FSEK m. 68 ve 66 maddelerinde çözüm bulunmayan hallerde önce Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeden doğan borç ilişkilerine dair hükümlerinin, sonra haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2085.

767 Yavuz, Alıca, Merdivan, **a.g.e.,** s. 2081.

768 Çoğunluk görüşü, bu hükümde kabul edilen sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu yönündedir. Bkz. Kerem Cem Sanlı, *"Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu",* **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I,** Kayseri, 2003, Rekabet Kurumu Yayını, s. 226-228. Ancak sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu da savunulmaktadır. Bkz. Metin Topçuoğlu, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,** Ankara, 2009, s. 10.

Üç kat tazminat talep edilebilmesi ile sadece kişilerin zararlarının tazmini amacı güdülmemiş, aksine dava açmak cazip hale getirilerek özellikle idari makamların yetersiz kaldığı durumlarda, özel kişilerin açacağı davalar yolu ile rekabet ihlâllerinin önlenmesi hedeflenmektedir[769].

Rekabet ihlâli dolayısıyla hükmedilebilecek üç kat tazminat da caydırma ve cezalandırma işlevleri dolayısıyla *medeni ceza* olarak kabul edilmektedir[770]. Ancak bu tazminat, azami miktarın belirli olması, kusura göre derecelendirilmesi bakımından (kusur sorumluluğu) Amerikan hukukundaki medeni cezadan ayrılmaktadır[771].

Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması eylemleri, haksız fiili oluşturmaktadır[772]. Bu tazminatın gündeme gelebilmesi için tarafların kastı ya da ağır ihmali gerekmektedir. Diğer bir deyişle kusur aranmaktadır. Bunun dışında rekabet ihlâli oluşturabilecek bir fiil gereklidir. Rekabet ihlâli oluşturacak fiiller genel olarak; teşebbüslerin aralarında iş birliği yaparak ya da birleşme yahut devralma yoluyla rekabeti kısıtlamaları ya da hakim durumlarını kötüye kullanmalarıdır[773]. Bu suretle çoğunlukla rakip teşebbüslere veya tüketicilere zarar verilir. Rekabet ihlâlinin bir zarara yol açması ise, diğer bir şarttır. *"Zarar görenlerin her türlü zararını tazmin"* (RKHK m. 57) yükümlülüğünü öngören Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, manevi zarar dışında daraltıcı bir hükme yer verilmediği için[774], rekabet ihlâlinin sebep olduğu zararın türü önem taşımaz. Bunlardan hangileri ispat edilebiliyorsa, üç kat tazminatın hesaplanmasında o miktar esas alınacaktır.

Ancak olumlu zarar kavramının rekabet uygulaması bakımından yer bulmayacağını kanaatimizce söylemek mümkündür. Zira bilindiği gibi, olumlu zarar,

---

769 İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Teori Uygulama ve Mevzuat,** Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Ekin Kitabevi, 2007, s. 783; Gül, **a.g.e.,** s. 354; Sanlı, **a.g.m.,** s. 270; Topçuoğlu, **a.g.m.**, s. 8.

770 Gül, **a.g.e.,** s. 355; Aslan, **a.g.e.,** s. 792; Sanlı, **a.g.m.,** s. 269. Kanundan doğan ceza koşulu olduğu yönünde bkz. Topçuoğlu, **a.g.m.,** s. 8, 17.

771 Gül, **a.g.e.,** s. 355.

772 Gül, **a.g.e.,** s. 350; Sanlı, **a.g.m.,** s. 211 vd.; Topçuoğlu, **a.g.m.,** s. 10.

773 Topçuoğlu, **a.g.m.,** s. 18.

774 Üç kat tazminat manevi tazminat dışında seçimlik bir haktır. Zira üç kat tazminatın temelini oluşturan zarar, *"maddi zarar"* ve *"zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kâr"* miktarı ile sınırlandırılmıştır. Bkz. Topçuoğlu, **a.g.m.,** s. 8.

sözleşme gereği gibi ifa edilse idi, zarara maruz kalan alacaklının malvarlığının alabileceği durumla, halihazırdaki malvarlığı arasındaki farkı ifade eder. Ancak Rekabet Kanunu'na aykırı teşebbüsler arası sözleşme veya teşebbüs birliği kararlarının, bunlar esasen kesin hükümsüz olduklarından (RKHK m. 4), *"geçerli"* olarak ifa edilebilmesi mümkün olamaz. Bu sebeple, olumlu zararın üç kat tazminat talebi içerisinde karşılanabilecek bir zarar türü olduğu söylenemeyecektir[775]. Rekabeti kısıtlayıcı karar alan teşebbüsler arasında, taraflardan birinin yapılan bu anlaşmaya aykırı davranması dolayısıyla, diğer tarafın zarara uğraması söz konusu olursa, esasen yapılan bu anlaşma geçersiz olduğundan ifaya olan menfaatini ya da başka bir zararını talep edebilmesi mümkün değildir.

Yapılan bu anlaşma sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğraması durumunda ise, bu takdirde zarar gören kimsenin rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yapan teşebbüslerle bir sözleşme ilişkisi içinde olması ihtimalinde dahi, uğradığı zarar ancak haksız fiil çerçevesinde[776] ve özellikle TBK m. 49/f. 2 çerçevesinde maddi ya da manevi zarar olabilecektir. Bu takdirde de sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan olumlu zararın tazmini söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların *üç katı oranında tazminat* içerisinde olumlu menfaatin giderildiğinden bahsedilemeyecektir.

5. Kaim Değer Talebi

Doktrinde Alman hukukundan (BGB §§ 285, 326) esinlenen bir görüş, borçlunun imkânsızlaşan ediminin yerini başka bir kaim değer almışsa (surrogat)[777], alacaklının bu edimi isteme hakkının da bulunacağını savunmaktadır[778].

Bu durumda, alacaklı, kendi edimini de yerine getirecektir ama surrogatın değeri, ifası kararlaştırılmış edimin değerinden düşükse, kendi edimini de bu oranda

---

775 Topçuoğlu, **a.g.m.,** s. 25.

776 Üç kat tazminat hükmünün, haksız fiil sorumluluğuna dayandığına ilişkin bkz. Sanlı, **a.g.m.,** s. 269.

777 Kaim değer, edimin yok olması sonucu malvarlığında ortaya çıkan boşluğu dolduran başka bir şey ya da yok olan edimin para ile değeridir. Bkz. Dural, **a.g.e.,** s. 183. Üçüncü kişilere karşı olan tazminat istemleri, sigorta bedeli, kamulaştırma bedeli kaim değere örnek teşkil etmektedir. Bkz. **a.e.,** s. 190 vd.

778 Schlechtriem, Schmidt-Kessel, **a.g.e.,** N. 489 vd.; Bucher, **a.g.e.,** s. 425, 426; Becker, **a.g.e.,** Art. 99, N. 26; Barth, **a.g.e.,** s. 218.

indirerek ödeyecek ya da borçludan aradaki farkın tazmin edilmesini isteyebilecektir[779].

Kaim değerin talebi, borcun yerine getirilmemesinden dolayı *bir tazminat talebi değildir.* Alacaklı, bu durumda konusu değişmiş olmakla beraber *esas sözleşmenin yerine getirilmesini* talep etmektedir. Bu sebeple, kaim değer alacaklının uğradığı zarar ile sınırlı değildir ve alacaklının, edim yerine kaim değeri istediği hallerde, bir zararı bulunduğunu ispat etmesine de gerek kalmayacaktır[780]. Alacaklıya edimin yerine kaim değeri isteme hakkının tanınmasının amacı, gerçek hak sahibi olmayan kimselerin malvarlığına giren değerleri çıkarıp gerçek hak sahiplerine vermektir. Bu şekilde, borca aykırı davranan tarafın sebepsiz zenginleşmesi önlenmiş olacaktır[781]. Sonuç olarak kaim değer, olumlu zarar kalemlerinden biri olmamakla birlikte, aynen ifaya ilişkin bir kavramdır.

Doktrinde kaim değerin talep edilmesinin, açık hüküm bulunmamasına rağmen kanunun ruhuna uyduğu gerekçesiyle Türk ve İsviçre hukukları bakımından da geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir[782]. Ayrıca bu konuda bir kanun boşluğu olduğu ve bunun hakim tarafından doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür[783]. Ancak Türk ve İsviçre hukuklarında borçluyu her daim tazminat yerine kaim değeri ödemekle zorunlu tutmak için bir dayanak yoktur. Bu sebeple, kaim değerin talep edilmesine ancak tarafların bu hususta anlaşmış oldukları ya da borçlu tarafından kaim değerin ödenmesinin reddedilmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı durumlarda imkân tanınmalıdır[784].

---

779 Serozan, **Dönme,** s. 266; Barth, **a.g.e.,** s. 210; Bucher, **a.g.e.,** s. 426, dpn. 39; Becker, **a.g.e.,** Art. 99, N. 26; Dural, **İmkânsızlık,** s. 200; Antalya, **a.g.e.,** s. 344.

780 Dural, **İmkânsızlık,** s. 184; Antalya, **a.g.e.,** s. 339.

781 Dural, **İmkânsızlık,** s. 184.

782 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 131; Bucher, **a.g.e.,** s. 424, 425; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 119, N. 14; Becker, **a.g.e.,** Art. 119, N. 1; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 1009; Dural, **İmkânsızlık,** s. 183; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 15, N. 7; §16, N. 16.

783 Dural, **İmkansızlık,** s. 185; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 15, N. 15.

784 Aynı yönde bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1325.

Kaim değerin talep edilebilmesi konusu üzerinde en çok borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı (TBK m. 136) meselesinde durulmuştur. Zira borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı halinde, borçlunun borçtan kurtulması ve tazminat ödemek zorunda kalmaması sonucu karşısında, edimin yerine başka bir değer elde etmişse, bundan yararlanması için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır[785]. Bu takdirde, borçlunun borcu düşmeyecek ve kaim değeri talep edebilecek alacaklının, kendi edimini de yerine getirmesi gerekecektir[786]. Doktrinde[787], eğer borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında, alacaklı tarafından kaim değerin talep edilebileceği kabul edilirse; borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında bu değerin talep edilmesinin evleviyetle kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

B. Tazmin Edilecek Zararın Olumlu Zarar Olma Niteliğine İlişkin Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

Kanunlarımızda sözleşme ihlâli durumlarında zararın tazmin edileceğinden bahsedilmekte, ancak zararın türü konusunda genellikle bir belirleme yapılmamaktadır. Sözleşmeye aykırılığın türüne göre seçilen yaptırım neticesinde olumlu ya da olumsuz zararın giderilmek istendiği sonucuna ulaşılmaktadır. Hukuki düzenlemelerin çoğunda yer alan, zarar görenin talep edebileceği tazminat ile hangi zarar türünün karşılanmak istendiği bazı durumlarda tartışma yaratmaktadır. Bunlardan doktrin ve uygulama açısından önemli bulduğumuz bazılarını bu başlık altında değerlendireceğiz.

---

785 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 1009; Dural, **İmkânsızlık,** s. 185.

786 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 15, N. 7. Edimin yerine başka edimin geçmesi halinde borç ilişkisi sona ermeyip, konusu değişerek devam eder. Ancak bu durum kendiliğinden gerçekleşmez, alacaklının bunu talep etmesine bağlıdır. Bkz. Dural, **İmkansızlık,** s. 183 vd. Kaim değerin edimin yerine geçmesi sonucunda, alacaklı kaim değer olarak malvarlığına ne girmişse bunun hepsini talep etme hakkında sahiptir. Bkz. Dural, **İmkânsızlık,** s. 196.

787 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** § 71, I, 2, e, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 15, N. 7; Dural, **İmkânsızlık,** s. 184, 199; Antalya, **a.g.e.,** s. 368, 369.

1. Eser Sözleşmesinin Tam Tazminat Karşılığında Feshi (TBK m. 484)

TBK m. 484'te, işsahibinin, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde bahsedilen, işsahibinin, eserin tamamlanmamış olduğu dönem zarfında, sözleşmeyi herhangi bir sebep aranmaksızın feshi sonucu, yüklenicinin sahip olacağı talep hakkının hukuki niteliği de olumlu zararın tazminine yol açıp açmaması bakımından incelenmeye değerdir.

Bu hükümle, işsahibine, vaktinden önce herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır[788]. Ancak sözleşmeyi bu şekilde fesheden işsahibi, yüklenicinin *tüm zararını* tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Böylece kanun koyucu tarafından, eser sözleşmesi her ne kadar ani edimli bir sözleşme olsa da yüklenicinin iş görme borcunu ifa ederken geçen zamanda gösterdiği çaba göz ardı edilmemiş ve fesih hakkının doğurduğu adaletsiz sonuçlar dengelenmiştir.

Fesih, ancak sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabilecekken, hakim görüşe göre[789]ani edimli sözleşme olarak kabul edilen eser sözleşmesi açısından neden dönme değil de fesih kurumunun tercih edildiği de tartışmalara yol açmıştır. Madde metninde açıkça *"yapılmış olan kısmın bedelini verme"* zorunluluğundan bahsedildiğinden, sözleşmenin ileriye etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmek gerekmektedir[790]. Aynı hükme karşılık gelen İsv. BK m. 377'de *"dönme (zurücktreten)"* ibaresi kullanılmışken[791], BGB § 649'da *"fesih (kündigen)"* ibaresi kullanılmıştır.

---

788 Bu hüküm, ahde vefa ilkesinin istisnasız bir kural olmadığına ilişkin delil teşkil etmektedir. Bkz. Gauch, **Werkvertrag,** N. 563. İş sahibine bu şekilde bir sona erdirme hakkının tanınmasının gerekçelerine ilişkin bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 139 vd.; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 213, Öz Seçer, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 65.

789 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 221; Gauch, **Werkvertrag,** N. 9; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 20; Seliçi, **a.g.e.,** s. 26.

790 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 138.

791 Nitekim İsviçre hukukunda da bir ifade hatası yapılmış olduğu, o ana kadar yapılan kısmın bedelinin iadesinden bahsedildiğine göre, İsviçre hukukunda da feshin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 144; Gauch, **Werkvertrag,** N. 523; Theodor Bühler,

Fesih ile sözleşmenin daha önce ifa edilen kısımlarına dokunulmayıp ilişki ileriye etkili olarak sona ermektedir. Fakat ani edimli eser sözleşmesi açısından, borcun daha önceden ifa edildiği dönem ve ifanın gerçekleşmediği dönem gibi bir ayrım yapılması mümkün değildir[792]. Zira borcun daha önceden ifa edildiği bir dönem söz konusu değildir.

Fakat kanun koyucunun eser sözleşmesinin feshine ilişkin bu hükmü sevk amacından hareket edilirse, her ne kadar eser sözleşmesinde işsahibinin edime olan menfaati yüklenicinin eseri teslim etmesiyle sağlansa da yüklenicinin hazırlık faaliyetlerine de özel bir önem atfedilmesinden dolayı, yüklenicinin eser sözleşmesinin sona ermesi neticesinde bu faaliyetler sebebiyle zarar görmesi istenmemiştir[793]. Böylece bu hükümle kanun koyucu, bir yandan işsahibine eser tamamlanıncaya kadar sözleşmeyi istediği zaman sona erdirme imkânı tanırken, diğer taraftan yüklenicinin *yapılan kısma ilişkin bedel alacağını ve uğradığı zararların tazminini talep alacağını* elde etmesini temin etmek istemiştir. İş sahibine dönme imkânı verilseydi, geçmişe etkili sonuçlar doğacak ve tasfiye ilişkisine geçilecek ve bu amaca ulaşılamayacaktı[794]. Böylece kanun koyucu, eser sözleşmesi açısından da fesih hakkının tanınmasıyla, fesih hakkının kullanım alanını özel bir hükümle genişletmiş, eser sözleşmesi gibi sürekli borç doğurmayan bir sözleşme açısından da istisnai olarak fesih hakkının kullanılabileceğini kabul etmiştir[795].

TBK m. 484'te işsahibinin fesih anına kadar yapılan işin bedelini ödeme borcu ve yüklenicinin zararını tazmin etme borcu bakımından ayrım yapılmıştır. BGB § 649'da ise, işsahibinin fesih hakkını kullanmasına rağmen, yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan ücreti talep edebileceği, ancak bu bedelden bazı kalemlerin düşüleceği öngörülmüştür. Görüldüğü gibi fesih üzerine sona eren sözleşmenin tasfiyesi

---

Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Zürich, 1988; Art. 377, N. 7.

792 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 220.

793 Seçer, **a.g.e.,** s. 65, 67.

794 Seçer, **a.g.e.,** s. 67; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 221.

795 Buz, **Eser Sözleşmesi,** .s 221; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 138; Seçer, **a.g.e,** s. 67.

gerekmektedir. Tasfiye işlemi, yüklenicinin fesih nedeniyle uğradığı zararların tazminine yöneliktir[796].

Yüklenicinin zararının tam olarak tazmin edilmesinin öngörülmesinin nedeni; işsahibinin fesih beyanında bulunması üzerine, yüklenicinin, sözleşme ilişkisi sonuna kadar sürdürülüp karşılıklı borçlar ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşürülmemesi gerektiğidir. Bu sebeple, burada işsahibinin ödeme yükümlülüğü, yüklenicinin ifaya olan menfaatine yani olumlu zararlarının tazminine yöneliktir[797].

Yüklecinin olumlu zararının tazmin edilmesi gereği, fesih ile birlikte sözleşmenin geriye etkili değil ileriye etkili olarak sona ermesi ile de uyumludur. Böylece o ana kadar geçerliliğini koruyan bir borç ilişkisinin varlığı kabul edildiğinden, olumsuz zararın tazmini istenemeyecektir[798].

Bu tazminat borcu, TBK m. 484'e özgü olarak kanun koyucu tarafından öngörülen bir sonuç olduğundan; işsahibinin kusurlu olması aranmaz, sözleşmenin feshedilmiş olması yeterlidir[799]. Olumlu zararı tazmin yükümlülüğünün üst sınırını, feshedilen sözleşmede kararlaştırılan ücret oluşturacaktır[800]. Olumlu zararın ne şekilde hesaplanacağına ilişkin doktrinde bazı yöntemler ileri sürülmüştür. Buna ilişkin açıklamalar aşağıda zararın hesaplanması bölümünde yapılacaktır.

---

796 Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 377, N. 3.

797 Georg Gautschi**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Das Obligationenrecht 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse,** 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR, Zweite Auflage, Bern, 1967, Art. 377, N. 13, 14; Huguenin, **a.g.e.,** N. 3311; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 377, N. 3; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 235; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147; Tandoğan, **C. II,** s. 343.

798 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147.

799 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147.

800 Gauch, **Werkvertrag,** N. 548; Bühler, **a.g.e.,** Art. 377, N. 36; **BernerK-Gautschi,** Art. 377, N. 16.

2. Vekâlet Sözleşmesinin Tam Tazminat Karşılığı Sona Ermesi (TBK m. 512)

a. Genel Olarak

TBK m. 512'ye göre, vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir[801]. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bu hükümle, taraflar vekâlet sözleşmesinin ani ve beklenilmeyen şekilde sona erdirilmesine karşı korunmuştur[802].

TBK m. 512 ile böyle bir düzenleme yapılmasının temelinde, vekâlet sözleşmesinin *güven temeline dayalı* bir sözleşme olması yatmaktadır[803]. Taraflar sahip oldukları sona erdirmeye ilişkin bu haklarını, herhangi bir haklı sebebin

---

801 Doktrinde bir görüş, sona erdirmenin vekâlet sözleşmesi ilişkisinin ani ya da sürekli edimli borç ilişkisi olmasına göre, ya dönme ya da fesih olarak kabul edilmesi gerektiğini savunurken (bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 81); kanaatimizce uygun olan başka bir görüş, tek taraflı sona erdirmenin fesih ya da dönmeden farklı özellikler gösterdiğini kabul etmektedir. Zira sözleşmenin feshedilebilmesi için, kanunda ya da sözleşmede düzenlenen fesih sebeplerinden birinin ortaya çıkması ve feshe yönelik iradenin ortaya konulmasından sonra, belirli bir sürenin beklenmesi veya olağanüstü fesih sebebi mevcut olması gerekirken; tek taraflı sona erdirme hakkının kullanımı için, bu hususlar aranmamaktadır. Ayrıca dönme hakkının, ancak kanunda ya da sözleşmede düzenlenmiş olduğu hallerde kullanılması, kullanılmadan önce ihtar, ihbar, süre verme gibi formalitelerin bulunması, dönme hakkının kullanılması için sözleşmeye aykırı bir davranış bulunması gerekliliği gibi hususlar tek taraflı sona erdirme hakkının kullanımı için aranmamaktadır. Ayrıca ani edimli vekâlet sözleşmeleriyle uygulamada sıkça karşılaşılmaması da bu durumu desteklemektedir. Zira dönme ile amaçlanan sözleşme kurulmadan önceki durumun mümkün olduğunca tesis edilmesi amacı, vekâlet sözleşmesinin ifasına başlandıktan sonra hizmet edimi yerine getirildiği için önceki durumun tekrar tesisi kolay olmayacağından mümkün değildir. Bkz. Emre Gökyayla, **Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 47, 48; Öz Seçer, "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Özel Sayı, C. 2, Y. 2015**,** s. 882.

802 Sarı, **a.g.e.,** s. 129.

803 Seçer, **Vekâlet,** s. 879; Gökyayla, **Avukatlık**, s. 40. Bu güven ilişkisinin sarsılması durumunda, vekâlet vereni sözleşme ilişkisi içinde kalmaya zorlamak, onun kişilik haklarıyla bağdaşmayacaktır. Bkz. Mehmet Erdem, "Vekâletten Azil ve İstifa (Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi), **Erdoğan Teziç'e Armağan,** İstanbul, 2007, s. 950.

Fakat bütün vekâlet sözleşmelerinde taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Özel bir güven ilişkisine dayanmayan bu tarz vekâlet sözleşmelerinde, taraflara sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirme hakkının verilmesi yeterli olacaktır. Aynı yönde bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 70, 71; Seçer, **Vekâlet,** s. 880.

bulunmasına ve karşı tarafa uygun bir süre tanınmasına gerek olmaksızın her zaman kullanabileceklerdir[804].

Vekâlet sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin ağır basmasından kaynaklanan TBK m. 512 hükmü, hakim görüşe göre[805], emredici niteliktedir. Taraflar bu sebeple, bu sona erdirme hakkını sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı nitelikte anlaşmalar yapamazlar. Örneğin, vekâlet verenin sona erdirme hakkını kullanması durumunda ceza koşulu yaptırımı, bu hakkın kullanılmasının belirli bir süre yasaklanması gibi bir yaptırım öngörülemez[806]. Fakat doktrinde başka bir görüş ise[807], TBK m. 512'nin tarafların serbestçe düzenleme yapabilecekleri bir hüküm olduğunu savunmaktadır. Hüküm bir kısmı itibariyle emredici olmakla birlikte bütün vekâlet sözleşmeleri bakımından aynı şekilde değerlendirme yapılamayacaktır.

Kanatimizce de sona erdirme hakkının emredici nitelikte olup olmadığının vekâlet sözleşmenin niteliği göz önüne alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Şahsi bir güven ilişkisinin ağır bastığı avukatlık ve hekimlik sözleşmesi tipik vekâlet sözleşmelerinde, taraflara tanınan sona erdirme hakkının emredici nitelikte olduğu kabul edilebilecekken; malvarlığını ilgilendiren ve güven ilişkisinin ağır basmadığı atipik vekâlet sözleşmelerinde ise, sona erdirme hakkının emredici olduğunu ileri sürmek somut hayat gerçeklerine pek uygun düşmemektedir. Örneğin, birden fazla

---

804 Rolf H. Weber, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529,** 6. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Zürich, Bern, Helbing&Lichtenhahn, 2015**,** Art. 404, N. 14; Walter Fellmann, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,** Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1992**,** Art. 404, N. 19, N. 84; Sarı, **a.g.e.,** s. 129.

805 Hofstetter, **a.g.e.,** s. 38, 58 vd.; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 684; **BaslerK-Weber,** Art. 404, N. 10; Gökyayla, **Avukatlık,** s. 65. Yargıtay (Y. 13 HD. 7.11.1997 E. 1997/7395 K. 1997/8923 [kazancı]; Y. 3.HD. 29.12.1997 E. 11339 K. 12497 [kazancı]) ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin (BGE 98 II 305; BGE 103 II 129; BGE 115 II 464) de aynı yönde kararları bulunmaktadır.

806 Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 404, N. 3; **BaslerK-Weber,** Art. 404, N. 13; **BernerK-Fellmann**, **a.g.e.,** Art. 404, N. 105.

807 **BernerK-Fellmann, a.g.e.,** Art. 404, N. 115 vd.; **BaslerK-Weber,** Art. 394, N. 21; Seçer, **Vekâlet**, s. 892; Sarı, **a.g.e.,** s. 112, 113; Erdem, **Vekâlet,** s. 954. Bu görüşler genelde; TBK m. 512 hükmünün lafzından hükmün emredici olduğuna dair bir sonuca ulaşılamayacağı; hükmün emredici olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken, vekâlet sözleşmesinin niteliğinden hareket etmek gerektiği; güven ilişkisinin ağır bastığı tipik vekâlet sözleşmelerinde; hükmün emredici olduğunun kabul edilmesi, güven ilişkisinin ağır basmadığı atipik vekâlet sözleşmelerinde ise, tarafların hükmün aksi yönünde anlaşma yapabilmelerinin kabul edilmesi gerektiği, noktasında toplanmaktadır.

yapının bir arada olduğu taşınmazı idareyle görevli vekillerin çok sık değişmesi yüzünden verimli bir yönetim yapılamaması sonucu doğacaktır[808].

TBK m. 512 ile öngörülen tazminat, sözleşmenin *"uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi"* durumunda karşılanması gereken tazminattır[809]. Fakat haklı sebeple[810] sözleşme sona erdirilmişse, yani sözleşmenin devamı dürüstlük kuralı gereğince artık beklenemiyorsa, sözleşmeyi sona erdiren taraf, bu yüzden uğradığı zararını, haklı sebebin oluşmasında kusuru varsa, karşı taraftan talep edebilir[811]. Sona erdirmenin uygun zamanda olup olmadığı incelenmez[812]. Haklı sebep olmayan durumlarda, TBK m. 512'ye dayanan sona erdirmenin uygun zamanda yapılıp yapılmadığı incelenmelidir[813]. Azil ya da istifa hakkının kullanılması karşı taraf için elverişsiz olup, karşı tarafın bir zararının doğmasına sebebiyet veriyorsa, sona erdirmenin uygun olmayan zamanda yapıldığı kabul edilmelidir[814].

Vekâlet sözleşmesi uygun olmayan zamanda sona erdirilmişse, her ne kadar zaman uygun olmasa da yine de sözleşme sona ermiş sayılacaktır[815]. Fakat

---

808 Seçer, **Vekâlet,** s. 892. Ayrıca bkz. Erdem, **Vekâlet,** s. 955.

809 M. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 3. Bası, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2014, s. 199; Öz, **Seçer,** s. 895; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 404, N. 8; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 691.

810 Örneğin, vekil sır saklama yükümünü ihlâl etmişse, özensiz iş görmüşse, taraflardan biri diğerini kusurlu olarak yaralamışsa, vekâlet verenin ahlaka ve hukuka aykırı talimatları bulunuyorsa haklı sebebin varlığından söz edilebilir. Bkz. Gümüş, **C. 2,** s. 199.

811 Gümüş, **C. 2,** s. 200; Sarı, **a.g.e.,** s. 180. Haklı sebeple sona erdiren, sona erdirme uygun olmayan zamanda olsa bile tazmin yükümlülüğü bulunmaz. Bkz. Seçer, **Vekâlet,** s. 897; Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 55; **BernerK-Fellmann,** Art. 404, N. 10; Peyer, s. 128; **BaslerK-Weber,** Art. 404, N. 16; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 692.

812 Haklı sebebin oluşmasında kusurlu olan taraf, bu sebeple sözleşmenin sona erdirilmesinin uygun olmayan zamanda olduğu iddiasıyla TBK m. 512 gereğince karşı taraftan tazminat isteyemez. Bkz. Gümüş, **C. 2,** s. 199, 200; **BaslerK-Weber,** Art. 404, N. 16; **BernerK-Fellmann,** Art. 404, N. 87 vd.

Haklı sebebin olduğu durumlarda sona erdirmenin uygun olmayan zamanda olup olmadığının incelenmeyeceğine yönelik görüş ile aksi yönde bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 138.

813 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 113; Gümüş, **C. 2,** s. 199,; Seçer, **Vekâlet,** s. 896; **BernerK-Fellmann,** Art. 404, N. 47, 66; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 685.

814 Sarı, **a.g.e.,** s. 136; Ergüne, **a.g.e.,** s. 272. Bu sebeple, herhangi bir zarar gerçekleşmemişse, azil ve istifa hakları uygun olmayan zamanda kullanılmamıştır. Bkz. Sarı, **a.g.e.**, s. 136; **BernerK-Fellmann, a.g.e.,** Art. 404, N. 57.

815 **BernerK-Fellmann,** N. 404, N. 46, 47; **BaslerK-Weber,** Art. 404, N. **16;** Sarı, **a.g.e.,** s. 129, 130; Seçer, **Vekâlet,** s. 896; Gümüş, **C. 2,** s. 199; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 685; Ergüne, **a.g.e.,** s. 271.

sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdiren taraf, TBK m. 512/ f. 1. c. 2 sonucu, diğer tarafın bundan doğan zararını giderecektir.

b. Tazmini İstenebilecek Zararın Türü

Bu tazminat ile giderilmesi gereken zarar türü, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Giderilmesi gereken zararlar, sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinden kaynaklanan zararlardır. Diğer bir ifadeyle, bu zararlar, taraflar arasındaki sözleşmenin ve bu sözleşme kapsamında iş görmenin devam edeceğine olan inancın boşa çıkarılarak, vekâlet sözleşmenin beklenmeyen bir anda sona ermesinden kaynaklanan zararlardır.

Hakim görüş[816],bu zararların, *"olumsuz zarar"* olduğunu ifade etmektedir. Burada sözleşmenin geçerliliğine olan güven ihlali değil, TBK m. 125'e dayanarak dönme sonucu talep edilen olumsuz zararda olduğu gibi, sözleşmenin geçerli bir şekilde ifa edileceğine olan güvenin ihlali söz konusudur[817].

Ancak olumsuz zararın da kapsamı sınırlandırılmıştır. Zira ancak, sona erdirmenin *uygun bir zamanda yapılmış olması* halinde, doğması önlenebilecek zararlar talep edilebilecektir[818]. Diğer bir ifadeyle, azil ve istifa hakkının uygun bir zamanda kullanılması halinde, malvarlığının içinde bulunacağı durumla, bu hakların uygun olmayan zamanda kullanılmış olması dolayısıyla içinde bulunulan durum arasındaki fark, zarar olarak tazmin edilecektir[819]. Bu hak ne zaman kullanılırsa kullanılsın ortaya çıkması engellenemeyecek zararlar, bu hükmün kapsamına girmeyecektir.

Bu görüşe göre, TBK m. 512 ile sözleşmenin her iki tarafına sözleşmeyi sona erdirme imkânı tanınmış olup, bu hakkın kullanılmasıyla, tarafların ifa yükümlülüğü

---

816 Huguenin, **a.g.e.,** N. 3311; Georg Gautschi**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,** Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern, 1971, Art. 404, N. 19a, s. 671; Tandoğan, **C. II,** s. 640; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.,** s. 437; **BernerK-Fellmann,** Art. 404, N. 114; Gökyayla, **Avukatlık,** s. 114; Sarı, **a.g.e.,** s. 139; Ergüne, **a.g.e.,** s. 270; Erdem, **Vekâlet,** s. 957; Seçer, **Vekâlet,** s. 899; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 703; **BaslerK-Weber,** Art. 404, N. 17

817 Sarı, **a.g.e.,** s. 140.

818 Hofstetter, **a.g.e.,** s. 64; Sarı, **a.g.e.,** s. 137, 139, 141; Erdem, **Vekâlet,** s. 956.

819 Sarı, **a.g.e.,** s. 142.

de sona erecektir. Bu sebeple, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle borcun ifasındaki menfaatin gerçekleşmemesi yüzünden doğan olumlu zararın talep edilmesi mümkün değildir[820]. Zira TBK m. 512/c. 2 ile vekâlet sözleşmesinin devamına ilişkin menfaat (ifa menfaati) korunmamaktadır[821].

Doktrinde diğer bir görüş[822] ise, sadece uygun olmayan zamanda sona erdirme sonucu oluşan değil, *diğer zararların da (bu bağlamda olumlu zararların da)* tazmin edilmesi gerektiği görüşündedir. Fakat bu görüş için, kanaatimizce kanunda bir dayanak bulunmamaktadır.

Doktrinde vekâlet sözleşmelerinin tipik ve atipik vekâlet sözleşmeleri olarak sınıflandırılabileceğini ve güven unsurunun ağır basmadığı atipik vekâlet sözleşmelerinde, uygun olmayan zamanda sona erdirme sonucu olumlu zararın karşılanabileceğini savunan bir görüş de bulunmaktadır[823].

Kanaatimizce de güvene dayalı tipik vekâlet sözleşmelerinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi sonucu, sona erdirmenin uygun olmayan zamanda olması sebebiyle oluşan *olumsuz zararın* karşılanması gerekmektedir. Zira, TBK m. 512/f. 1 c. 2 hükmü uyarınca öngörülen tazminatın kapsamına, bu hak ne zaman kullanılırsa kullanılsın ortaya çıkması engellenemeyecek zararların girmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda; sözleşmenin kurulmasına yönelik giderler, kötü bir zamanlamanın sonucu olmayıp, vekâlet sözleşmesiyle amaçlanan iş görmenin yarıda bırakıldığı her durumda ortaya çıkacakları için, TBK m. 512/ f. 1 c. 2 kapsamında karşılanacak olumsuz zarar kalemleri içerisinde değildir[824]. Demek oluyor ki bu durumda, diğer olumsuz zararı doğuran hallerden farklı olarak, vekâlet sözleşmesi hiç yapılmasaydı

---

820 Jürg Peyer, **Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht,** Zürich, 1974, s. 129; Sarı, **a.g.e.,** s. 142.

821 TBK m. 512/f. 1 c. 2 ile karşılanması öngörülen zarar, sözleşmenin geçerliliği yönünde uyandırılan güvenin ihlâl edilmesinden değil *(culpa in contrahendo)*, geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığını devam ettireceğine dair alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, b, (2).

822 **BernerK-Fellmann**, Art. 404, N. 70, 71.

823 Huguenin, **a.g.e.,** N. 3312.

824 Seçer, **Vekâlet,** s. 900; Ergüne, **a.g.e.,** s. 275; Sarı, **a.g.e.,** s. 160; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 716. Kaçırılan başka sözleşme teklifleri dolayısıyla kâr kaybı şeklinde karşımıza çıkan olumsuz zararın da bu tekliflerin kaçırılmasının vekilin kişisel tercihlerinin ve mesleki planlamasının sonucu olması dolayısıyla talep edilemeyeceği yönünde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 275.

zarar görenin içinde bulunacağı farazi durumun sağlanması amaçlanmamakta, vekâlet sözleşmesinin yerine getirileceğine güvenen tarafın, hesaba katmadığı sona erme sebebiyle uğradığı zararların karşılanması amaçlanmaktadır[825]. Bu kapsamda, vekilin, sözleşmenin sona ermesinden önce işgörme faaliyetini gerçekleştirmek amaçlı yaptığı ama sona erme yüzünden faydasız kalan masraflarını; vekâlet verenin de yeni bir vekâlet sözleşmesi yapılıncaya vekilin iş görmeyi zamanından önce kesmesi sebebiyle ortaya çıkan aksaklıkları gidermek için yaptığı masraflarını olumsuz zarar tazmini olarak talep etmesi mümkün olacaktır[826]. Ayrıca sona erdirmenin muhatabı olan tarafın, vekâlet sözleşmesine güvenerek üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerden doğan borcunu yerine getirememişse, bu kişilere ödenen tazminatlar da olumsuz zarar kapsamında talep edebilebilecektir[827]. Ancak bu hükümle, kanun koyucu, diğer sözleşene ifa menfaatini isteme hakkı tanımamıştır. Bu sebeple, azledilen vekil, vekâlet sözleşmesinden elde edeceği ücret alacağını vekâlet verenden talep edemeyeceği gibi; vekâlet verenin vekilin istifası dolayısıyla yeni bir vekâlet sözleşmesi yapmak zorunda kalması dolayısıyla oluşan zararlarını talep hakkı da olmayacaktır[828].

TBK m. 512'nin emredici olduğu güven unsurunun ağır bastığı tipik vekâlet sözleşmelerinde, sona erdirmenin uygun olmayan zamanda yapılması halinde, tarafların ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi hususunda TBK m. 512/ f. 1 c. 2'ye aykırı bir düzenleme yapmaları mümkün değildir. Bu bağlamda uygun olmayan zamanda sona erdirme halinde, tarafların ceza koşulu kararlaştırmaları mümkün değildir[829].

Güven unsurunun önem taşımadığı atipik vekâlet sözleşmeleri açısından ise, sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi üzerine, sona erdirenin sözleşme cezası ödeyeceği şeklinde düzenlemeler yapılabilir[830]. Bu sebeple,

825 Ergüne, **a.g.e.,** s. 275.
826 Ergüne, **a.g.e.,** s. 276.
827 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 722; **BernerK-Fellmann,** Art. 404, N. 72; Ergüne, **a.g.e.,** s. 277.
828 Ergüne, **a.g.e.,** s. 274.
829 Erdem, **Vekâlet,** s. 961.
830 Kararlaştırılan sözleşme cezasının kural olarak, seçimlik nitelikte olacağı yönünde bkz. Erdem, **Vekâlet,** s. 962.

öngörülen bu ceza koşulu sayesinde, sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdiren tarafın, diğer tarafın olumlu zararını giderme yükümlülüğü de söz konusu olabilecektir[831].

Vekâlet veren, uygun olmayan zamanda vekili azil etmişse, *vekilin karşılanması gereken zararları;* yerine getirilen iş görmenin karşılığı olan ücret[832], henüz iş görme gerçekleşmeden önce iş görmeye ilişkin hazırlık faaliyetleri çerçevesinde yapılan harcamalar[833], (bazı vekâlet sözleşmeleri açısından) yeni bir vekâlet sözleşmesi çerçevesinde gelir etme imkânı mümkün oluncaya kadar geçen süre için elde etme imkânını kaybettiği ücretin karşılığı, vekâlet sözleşmesinin sona ermesinden önce gerçekleştirilen iş görme için yapılmış harcamalar[834] ve sözleşmenin kurulması masraflarıdır[835]. Fakat vekilin iş görmenin sona erdirilmesi sebebiyle kazanç elde etme imkânının kaybını[836], bu bağlamda sözleşme tekliflerinin kaçırılmasından doğan zararlarını isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır[837].

---

831 Benzer yönde bkz. Seçer, **Vekâlet,** s. 902; Erdem, **Vekâlet,** s. 960.

832 Ücret alacağının tamamının talep edilmesi mümkün değildir. *"Ücret alacağının tamamının"* talep edilememesinin sebebi, bu zararların vekâlet sözleşmesinin herhangi bir zamanda sona erdirilmesi sonucu oluşabilecek zararlar olmasıdır. Fakat TBK m. 512/ c. 2 ile tazmin edilmesi gereken zararlar, *"uygun olmayan zamanda"* sona erdirme sonucu uğranılan zararlardır. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 146; **BernerK-Fellmann**, Art. 404, N. 48. Aksi halde, sona erme hakkının kullanılması engellenmiş olacaktır.

Ücret alacağının tamamının talep edilebilmesi, vekilin başarılı bir sonuca ulaşmasına az kalmışken onun bu sonuca ulaşmasını engellemek amacıyla, azil hakkının kötüye kullanılması durumunda, hakkın kötüye kullanılmasının müeyyidesi olarak mümkün olabilecektir. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 147; **BernerK-Gautschi, Auftrag,** Art. 404, N. 17e.

833 Sarı, **a.g.e.,** s. 147 ve 150. Örneğin, daha hiç iş görme edimine başlamayan avukatın ya da doktorun konuya ilişkin başlangıçta yaptığı araştırma ve çalışmalar sebebiyle uğradıkları emek kaybının karşılığı ücret karşılanmalıdır. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 147.

834 Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 404, N. 8; **BernerK-Fellmann,** Art. 404, N. 55, 72; **BernerK-Gautschi, Auftrag,** Art. 404, N. 17 vd.; Sarı, **a.g.e.,** s. 150; Hofstetter, **a.g.e.,** s. 64.

835 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 115; Sarı, **a.g.e.,** s. 159.

836 Serbest meslek icra eden vekilin, iş yoğunluğu nedeniyle başkalarını reddetmek zorunda kalması, yürütülen mesleğin niteliği olarak görülmektedir. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 153; Gökyayla, **Avukatlık**, s. 116.

837 Bir görüş, bu zararların istenebileceğini savunmaktadır. Örneğin, özel ders hocası kontenjanının dolu olması sebebiyle başka öğrencilerin ders teklifini reddetmesi ancak mevcut öğrencilerden birinin sonradan sözleşmeyi sona erdirmesi neticesinde ortaya çıkan zararın, TBK m. 512 çerçevesinde tazmini gerekecektir. Bkz. Peyer, **a.g.e.,** s. 189; **BaslerK-Weber,** Art. 404, N. 17. Diğer bir görüş, bu kazanç kayıplarının istenemeyeceğini, zira vekilin serbest meslek icra etmesi neticesinde iş yoğunluğu sebebiyle bazı başka tekliflerini kabul edememesinin kendi iş planlamasıyla ilgili olup, sözleşmenin uygun olmayan sona erdirilmesiyle illiyet bağının

Vekil, uygun olmayan zamanda istifa etmişse, *vekâlet verenin karşılanması gereken zararları;* vekilin istifasından vekâlet verenin iş görme faaliyetini kendisinin veya başkası aracılığıyla devam ettirilmeye başlaması arasında geçen süreçte zaman kaybı nedeniyle uğrayabileceği zararlar[838], istifa sebebiyle vekâlet verenin işlerinde aksama olması dolayısıyla meydana gelen zararları[839], istifa sonrası iş görmenin ne vekâlet veren ne de başkası tarafından devamının mümkün olmaması, diğer bir deyişle iş görmenin imkânsızlaşması sebebiyle uğradığı zararları[840], faydasız kalan hazırlık masrafları sebebiyle uğranılan zararları[841] ve sözleşmenin kurulması için yapılan masrafları[842] isteyebilecektir. Fakat vekâlet verenin yeni bir vekâlet sözleşmesi kurma zorunluluğundan doğan (örneğin yeni vekile daha çok ücret ödenmesi) zararların karşılanması gerekmemektedir. Zira bunlar istifa hakkının uygun ya da uygun olmayan zamanda kullanılmasından değil, vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesinden kaynaklanan ifa menfaatine ilişkin zararlardır[843].

3. Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifası Nedeniyle Sona Ermesi Sonucu Ödenecek Tazminat (Avukatlık Kanunu m. 174)

a. Genel Olarak

Avukatlık Kanunu m. 174/ f. 1'e göre, *"Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır."*. Hükmün ikinci fıkrası ise şu şekilde düzenlenmiştir: *"Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalinden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez."*

---

kurulmasının güç olduğunu savunmaktadır. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 153. Bu sonuç, vekilin de istifa hakkının varlığı düşünüldüğünde daha makul gözükmektedir.

838 Sarı, **a.g.e.,** s. 155.

839 Sarı, **a.g.e.,** s. 155.

840 Sarı, **a.g.e.,** s. 157. Burada tazmin yükümlülüğün hukuki kaynağı bakımından TBK m. 512 hükmünden ziyade, özenle ifaya ilişkin TBK m. 506 ve borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 112 hükmü öne çıkmaktadır.

841 Hofstetter, **a.g.e.,** s. 72; Sarı, **a.g.e.**, s. 158;.

842 Sarı, **a.g.e.,** s. 159; Gökyayla, **Avukatlık,** s. 115.

843 Hofstetter, **a.g.e.,** s. 71; Sarı, **a.g.e.,** s. 154;.

Avukatlık sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesinde kullanılan "*uygun olmayan zaman"* ifadesi yerine, *"haklı sebep"* unsuru dikkat çekmektedir. Vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin TBK m. 512'de, uygun olmayan zamanda sona erdirmenin sözleşmenin sona ereceği sonucunu değiştirmemekle birlikte, sona erdirenin *"tazminat"* ödemekle sorumlu olup olmadığının belirlenmesi bakımından önemli olduğunu izah etmiştik. Türk Borçlar Kanunu'na göre daha özel bir kanun olan Avukatlık Kanunu m. 174'e göre avukatlık sözleşmesinin azil ve istifa yoluyla sona erdirilmesinde de haklı sebebin bulunup bulunmaması, sözleşmenin sona ereceği sonucunu değiştirmemekle birlikte, *avukatın ücretinin* tamamının ödenmesinin gerekip gerekmeyeceği bakımından önemlidir[844]. Ücret dışında, duruma göre *tazminat* ödenmesi de gündeme gelebilecektir[845].

b. Avukatlık Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi Durumunda Ücret Alacağı

Haklı sebep olmadan azil ve istifanın doğrudan etkisi *"avukatlık ücreti"* üzerindedir. Avukatın ücret alacağını talep edebilmesine imkân verilmesiyle, ifaya olan menfaati yani olumlu zararlarının karşılanması amaçlanmaktadır[846].

Haklı sebep olmadığı halde avukatı azleden müvekkil, avukatın ücretinin tamamını ödemek zorundadır. Haklı sebebe dayanarak avukatın azli durumunda ise, *"haklı sebep avukatın kusuru veya ihmalinden -borca aykırı davranışından- kaynaklanıyorsa[847]"*, müvekkilin ücret ödeme yükümlülüğü olmayacaktır[848]. Fakat haklı sebep, avukatın kusur ve ihmali dışında dış etkenlerden kaynaklanıyorsa, müvekkilin yine *ücretin tamamını* ödeme yükümlülüğünün var olduğu kabul edilmelidir[849]. Sonuç olarak, avukatın borca aykırı davranışından kaynaklanan

---

844 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 112.

845 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 112.

846 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 117; Meral Sungurtekin Özkan, **Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri,** 2. Bası, İzmir, 1999, s. 337; Sarı, **a.g.e.,** s. 196.

847 Buna ilişkin örnekler için bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 188.

848 Fakat bu durumda, avukatın o zamana kadar yaptığı işin karşılığı ücreti talep edebilmesi mümkündür. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 188, 189.

849 Sarı, **a.g.e.,** s. 189.

azillerin dışındaki her durumda, avukata ücretinin tamamının ödenmesi gerekmektedir[850].

Bunun gibi, *haklı sebep olmadan istifa eden avukat* da hiçbir ücret alamayacağı gibi peşin aldığı ücreti de iade etmekle yükümlüdür[851]. Avukat, *haklı sebeple istifa etmişse,* kanunda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, avukat o zamana kadar gerçekleştirdiği iş görmenin karşılığı olan ücreti talep edebilecektir. Fakat istifanın haklı sebebe dayanması sebebiyle, avukatın tam ücret alacağını (diğer bir deyişle ifa menfaatini) elde edip edemeyeceği sorusu cevaplandırılmaya muhtaçtır. Haklı sebep, müvekkilin hakimiyet alanındaki olaylar sebebiyle ortaya çıkmışsa, avukatın ücretin tamamını talep edebilmesi gerekir[852]. Fakat haklı sebep, avukattan veya tarafların dışındaki etkenlerden kaynaklanmışsa, avukat, ücretinin tamamını talep edememelidir[853].

Avukata ödenmesi gereken ücret, taraflarca avukatlık sözleşmesinde kararlaştırılan ücrettir. Ücretin başarı şartına bağlandığı durumlarda, vekâlet sözleşmesinin sona erdiği anda davanın kazanılması şartı gerçekleşmediğinden, her ne kadar ücretin ödenmesi söz konusu olmayacaksa da değerlendirilmesi gereken bir husus daha bulunmaktadır. Zira TBK m. 175'de, taraflardan birinin koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olma durumu söz konusu ise, koşulun gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Böyle bir durumun varlığını avukatın ispatlaması durumunda, ücretin tamamı avukat tarafından talep edilebilmelidir[854].

Dava sonucunda, yargılama giderleri kapsamında hükmedilecek avukatlık ücretinin (Av. K. m. 164)[855] de talep edilip edilemeyeceği sorusuna doktrinde bir

---

850 Doktrinde Sarı, bu şekilde düzenlenen azil hakkını, eser sözleşmesinde (TBK m. 484) olduğu gibi *"tam tazminat karşılığı fesih"* olarak nitelendirmektedir. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 189.

851 Seçer, **Vekâlet,** s. 908; Gökyayla, **Avukatlık,** s. 85. Bu durumda avukat, istifa anına kadar gerçekleştirdiği iş görmenin karşılığı olan ücreti de talep edemeyeceğinden, bu durum *"özel hukuk cezası"* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Sarı, **a.g.e.,** s. 190.

852 Sarı, **a.g.e.,** s. 191.

853 Seçer, **Vekâlet,** s. 909; Sarı, **a.g.e.,** s. 192.

854 Sarı, **a.g.e.,** s. 193.

855 Av. K. m. 164'e göre, "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti, avukata aittir.".

görüş olumlu yanıt verilmiştir[856]. Fakat kanaatimizce daha isabetli olan diğer bir görüş[857] ise, istifa veya azille sözleşme sona erdiği için, davanın sona erdiği an itibariyle, o iş görme edimi bakımından avukat sıfatını haiz olmayan avukatın, bu ücreti talep etmeye hakkı olmayacağını savunmuştur. Bu fikir ayrıca, aksi yönde bir kabulün, avukatlık sözleşmesinin sona ermesinden sonra müvekkilin başka bir avukatla işine devam etmesi durumunda dava sonucunda hükmedilen vekâlet ücreti alacağını kimin alacağı hususunda karışıklık yaratacağını savunmaktadır.

Ücret alacağının ödenmesinin kabul edilmesiyle avukatın *ifaya olan menfaati* korunmaktadır. Ancak avukatlık sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda, avukatın ücret alacağına vurgu yapılmış olsa da buna ek olarak *tazminat talebi* de söz konusu olabilecektir. Bu tazminat talebinin, hukuki dayanağı avukatlık sözleşmesidir[858].

c. Ücret Alacağı Dışında Oluşan Zararların Türü

Ücret alacağının ödenmesinin kabul edilmesiyle avukatın *ifaya olan menfaati* korunduğu gibi, ücret alacağı dışında, avukatın başka zararları da söz konusu ise, bunlar da talep edilebilecektir[859]. Bu zararlar karşımıza, müvekkilin avukatı yanlış veya eksik bilgilendirmesi ya da sahte ispat araçları sunması sonucu avukatın zarara uğraması şeklinde çıkabilecektir[860]. Avukat bu zararlarını kusur esasına dayanarak müvekkilden talep edebilecektir.

Müvekkil ise, avukatın borca aykırı davranışından kaynaklanan haklı sebeple azil ve haksız istifa neticesinde ücret ödeme borcundan kurtulmaktadır. Fakat bu durum, müvekkilin diğer zararlarının karşılanması bakımından yeterli olmaz. Müvekkilin doğacak zararlarının karşılanması yönünden Avukatlık Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat, avukatın borca aykırı davranışından kaynaklanan *haklı sebeple azil durumunda*, müvekkilin, vekilin davayı takip etmemesi sebebiyle dosyanın işlemden kaldırılması[861], temyiz süresinin

856 Tandoğan, **C. II**, s. 633.
857 Sarı, **a.g.e.,** s. 194.
858 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 114.
859 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 117.
860 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 117; Sungurtekin Özkan, **a.g.e.,** s. 253.
861 Y. 13. HD. 09.05.1996 E. 1996/3956 K. 1996/4329 (kazancı).

geçirilmesi, başvuru koşullarında eksiklik bulunması[862], avukatın gerekli olmasına rağmen müvekkilin talimatlarına aykırı davranması dolayısıyla zarara uğraması söz konusu olabilir[863]. Bu durumda müvekkil, avukatın kusuru yüzünden uğradığı olumlu zararının giderilmesini talep edebilecektir. Diğer bir deyişle, avukatın kusurlu davranışı olmasaydı malvarlığının göstereceği durumla malvarlığının halikazırdaki durumu arasındaki fark talep edilebilecektir. Olumlu zarar kapsamına; malvarlığı kayıpları, yoksun kalınan kâr, müvekkilin yaptığı ek masraflar ve yoksun kalınan kullanma imkânı girebilecektir[864].

Haklı sebep olmaksızın istifa eden avukat da, müvekkilinin olumlu zararının tamamını ödemekle yükümlüdür. Bu durumda avukatın ilk etapta, peşin olarak almış olduğu ücreti müvekkile iade etmesi gerekir. Müvekkilin kalan diğer olumlu zararlarının da karşılanması gerekecektir. Müvekkilin olumlu zararı, haklı sebebe dayanmayan istifa gerçekleştirilmeyip iş görmeye devam edilseydi malvarlığının içinde bulunacağı durumla, şimdiki durumu arasındaki farka tekabül etmektedir[865]. Örneğin belirli bir süre dolmadan sözleşmesinin sona erdirilmeyeceğinin ya da feshi ihbar süresine dayanılarak sözleşmesinin sona erdirileceği kararlaştırılmasına rağmen, bunlara uyulmadan sözleşme sona erdirilmişse, uygun olmayan zamanda istifa etmişse, müvekkilin başka zararlara uğraması mümkündür.

Müvekkilin tüm bu zararlarının tazmininde, kendisinin avukatın doğmuş bulunan ücretini ödeme yükümlülüğünden kurtulmasının, bir indirim sebebi oluşturup oluşturmayacağı da düşünülebilir. Av. K. m. 174 açık hükmü sayesinde bunun bir indirim sebebi oluşturmaması gerekse de, TBK m. 50 ve m. 51 gereği hakimin bunu indirim sebebi olarak takdir etmesinde bir engel yoktur[866].

---

862 Y. 4.HD. 08.07.1969 6034/6695 (Eraslan Özkaya, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 467).

863 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 118

864 Gökyayla, **Avukatlık,** s. 117.

865 Sarı, **a.g.e.,** s. 197.

866 Sarı, **a.g.e.,** s. 198.

4. Kira Sözleşmesine İlişkin Bazı Durumlar

a. Kiracının TBK m. 325 Uyarınca Kiralananı Süresinden Önce Geri Vermesine Dayalı Tazminat Sorumluluğu

TBK m. 325 ile kiracının, belirli süreli sözleşme söz konusu ise sözleşme süresine ve belirsiz süreli sözleşme söz konusu ise fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine (TBK m. 328) uymaksızın kiralananı geri vermesi durumunda, bu durumun sonuçları düzenlenmiştir. Genel hükümler içerisinde yer alan bu hüküm, her türlü kira ilişkisine uygulanabilecektir[867].

Uzun süreli kira sözleşmelerinde, kiracının, kiralanana ihtiyacının kalmaması sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bazen kiracıdan kaynaklanmayan sebeplerle de kiralananın geri verilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, kiracının tayininin çıkması, iş yeri kiralarında beklenen kârın elde edilememesi gibi. Ancak kiralanana ihtiyaç kalmasa da TBK m. 324 gereği, kiracının kira bedelini ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Bu gibi durumlarda, kiracının kira ilişkisini daha fazla sürdürmek istemeyeceği açıktır. Bunun için, TBK m. 325'te kiracının kiralananı süresinden önce iade edebileceği düzenlenmiştir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, kiracının *kira sözleşmesini sona erdirmek düşüncesiyle* kiralananı geri vermesi gerekmektedir. Bu sebeple, kiralanandaki ayıbın giderilmesi veya kiralananda onarım yapılması maksadıyla kiralananın geri verilmesi TBK m. 325 kapsamında görülemez[868].

Bu hüküm, sözleşmenin geri verme yoluyla sona erdirilmesini düzenlemiştir[869]. Kira sözleşmesinin süresi bitmiş ya da sözleşme başka bir yolla sona erdirilmiş

---

867 SVIT-Kommentar, **Schweizerisches Mietrecht Kommentar,** Zürich, Basel, Genf, 2008, Art. 264, N. 4; Faruk Acar, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321),** 3. Bası, İstanbul, Beta, 2016, m. 325, N. 7. Ancak hükmün yürürlüğü, kiracının bir tacir ya da tüzel kişi olduğu işyeri kiralarında 2020 yılına kadar ertelenmiş durumdadır.

868 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 12. Ayrıca kiracının riziko alanı dışında kalan sebeplerle, kiralananın kullanımının objektif olarak imkânsızlaşması sonucu, kiracının kiralananı kullanamaması ve bu sebeple geri vermesi halinde, durumun imkânsızlık hükümlerince (TBK m. 112, 136) değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira TBK m. 325, kiracıya ilişkin sübjektif sebeplerle ilgilidir. Bkz. İnceoğlu, **C. 1,** s. 628.

869 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 13. Bu durumda, kira sözleşmesinin erken iade yoluyla kiracı tarafından haksız olarak feshedildiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. İnceoğlu, **C. 1,** s. 635, 636.

değildir. Ayrıca geri verme suretiyle sona erdirme için, haklı sebep ya da önemli sebebin (TBK m. 331) varlığı da gerekmez[870].

Geri verme yoluyla sözleşmenin ne zaman sona ereceği tartışmalıdır. İsviçre hukukunda hakim görüş, geri vermeyle birlikte kira sözleşmesinin sona ereceği yönündedir[871]. Türk hukukunda ise, TBK m. 325'te, *"kira sözleşmesinden doğan borçların makul süre için devam edeceği, kira ilişkisini devralmaya hazır yeni kiracı"* gibi ifadelerin kullanılmasından dolayı, sözleşmenin derhal sona ermediği şeklinde bir intiba oluşsa da, kiraya verenin makul süre zarfında yeni bir kiracı bulması ve kiralananı kiralaması mümkün olduğundan, açıklanması güç bir durum oluşmaktadır[872]. Bu sebeple, Türk hukukunda da hükümde belirtilen ifadelere rağmen, sözleşmenin geri verme anından itibaren sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[873].

Kira sözleşmesini, kiralananı geri verme yoluyla sona erdiren kiracının ödemesi gerekenin, kira bedeli mi tazminat mı olduğu tartışılsa da hakim görüş tazminat ödenmesi gerektiği yönündedir[874]. Bu sorumluluğun kaynağı, kiracının

---

870 Her iki hüküm de kira sözleşmesinin sona ermesini sağlamasına rağmen, TBK m. 325 ile her türlü kira sözleşmesi benzer yöntemle sona erdirilecek ve genel hükümlere göre tasfiyesi sağlanabilecekken, TBK m. 331 orijinal bir fesih sebebidir. Ancak doktrinde şartları oluşmuş ise, her iki sona erdirme yönteminin yarışabileceği ileri sürülmüştür. bkz. Higi, **a.g.e.,** Art. 264, N. 18; İnceoğlu, **C. 1,** s. 627.

TBK m. 331'in şartlarının gerçekleşmesi durumunda, TBK m. 331'in uygulanması sonucu feshin parasal sonuçlarının hakim tarafından takdir edilmesi, TBK m. 325'e göre ödenecek olan tazminata göre kiracı açısından daha avantajlıdır. Fakat yeni bir kiracı bularak TBK m. 325'e göre kiralananı iade eden kiracının tazminat sorumluluğu olmaması, bu sefer TBK m. 325'in kiracı açısından daha avantajlı olduğunu göstermektedir. Bu sebeple her iki hüküm arasında yarışma olacağı, şartların gerçekleşmesi halinde, her iki hükme de dayanılabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. İnceoğlu, **C. 1,** s. 626, 627.

Ayrıca şartları oluşmadan TBK m. 331'e dayanılarak kiralanan geri verilmişse (tahliye edilmişse) ve dayanılan önemli sebebin aslında olmadığı ortaya çıkmışsa, bu durumda fesih iradesini yok sayarak kira sözleşmesinin halen ayakta olduğunu kabul etmek yerine, kira sözleşmesinin sona erdiğini ama haksız feshe bağlı olarak TBK m. 325 uyarınca kiracının tazminat sorumluluğu olması gerektiğini kabul etmenin daha isabetli olacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 16; M. Alper Gümüş, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi,** 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012**,** s. 275.

871 SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 264, N. 3; Richard Permann, **Kommentar zum Mietrecht,** Zürich, 2007, Art. 264, N. 1.

872 İnceoğlu, **C. 1,** s. 636 vd., Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 37.

873 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 37.

874 Higi, **a.g.e.,** Art. 264, N. 71; İnceoğlu, **C. 1,** s. 636; Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 38.

sözleşmeyi haklı bir neden olmamasına ve sözleşmeye bağlı olmasına rağmen geri verme yoluyla sona erdirerek geniş anlamda borcuna aykırı davranmış olmasıdır[875]. Bu durumda karşılanması gereken, kiracının kiralananı süresinden önce geri vererek akde aykırı davranması dolayısıyla, kiraya verenin kira sözleşmesinin erken sona ermesi sebebiyle uğradığı *olumlu zarardır*[876]. Bunun içerisine girecek zarar kalemleri; sona erme nedeniyle kiraya verenin yoksun kaldığı kira bedelleri[877] ve yan giderler, yeni kira sözleşmesindeki bedelin düşük olması sebebiyle kira bedel farkı, yeniden kiraya verme giderleridir[878].

Yoksun kalınan kira bedelleri, geri verme esnasında geçerli olan kira bedelidir. Ancak öncesinde sözleşme ile ve geçerli bir suretle kira artışı öngörülmüşse, geri vermeyi takip eden aylar bakımından arttırılmış kira bedeli esas alınacaktır[879].

Kiraya verene erken geri verme dolayısıyla ödenecek yan gider bedelleri ise, kullanıma bağlı olmayan ve kira sözleşmesinin devam ettiği süre zarfında da kiracının ödediği bedellerdir[880].

Geri verme sonucu kiraya verenin, kiralananı yeniden daha düşük bir bedele kiralaması sonucu, aradaki farkın da tahsil edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Doktrinde bir görüş[881], makul süreye isabet eden bu farkın, kiracıdan tahsil edilmesi gerektiğini savunurken; başka bir görüş[882] bu farkın makul süre ile sınırlı olmadan sözleşmenin normal olarak sona ereceği sürenin sonuna kadar talep edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Kanatimizce de bu düşünce şekli daha isabetlidir. Zira makul sürenin öngörülmesi düşüncesinin altında kiraya verenin zararı azaltma külfetinin bulunması yatmaktadır. Kiraya veren, bu yükümlülüğünü yerine getirmiş

875 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 40.

876 İnceoğlu, **C. 1,** s. 636; Higi, **a.g.e.,** Art. 264, N. 71.

877 Sözleşme sona ermiş sayıldığı için, makul sürenin sonuna kadar ödenmesi gereken kira bedelleri değil, kira bedeline karşılık gelen tazminattır. Bkz. Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 39; İnceoğlu, **C. 1,** s. 635.

878 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 41.

879 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 42.

880 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 43.

881 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 44.

882 İnceoğlu, **C. 1,** s. 648.

ve kiralananı tekrar kiraya vermişse, tazminatı sınırlamanın bir gerekçesi kalmamış olacaktır.

Kiraya verenin yeniden kiraya vermek için bazı masraflarda (gazete ilanı masrafı, komisyoncu ücreti) bulunması durumunda, bu masrafların da olumlu zarar kapsamında talep edilmesi mümkündür[883].

TBK m. 325'te kiracının sorumluluğu bazı unsurlarla sınırlandırılmıştır. Bunlar; makul süre sınırlaması[884] ve yeni kiracının bulunması şeklindedir. TBK m. 325'in hukuki niteliği nisbi emredici olduğundan, hükümde öngörülenin ötesinde bir tazminatın ya da ceza koşulunun kararlaştırılması mümkün değildir[885].

TBK m. 325'te kiracının sorumluluğu, *"kiralananı benzer koşullarla*[886] *kiraya verebileceği makul süre için"* denmek suretiyle sınırlandırılmıştır[887]. Sürekli sözleşmelerde, sözleşmeyi haksız yere feshedenin, sözleşmenin sonuna kadar diğer tarafın sözleşme ile elde edeceği menfaati tazmin etmesi temel prensiptir. Bu kural, bir sürekli sözleşme olan kira sözleşmesi bakımından da uygulama bulduğunda, kira sözleşmesi sona erene kadar kiraya verenin elde edeceği kira bedelinin ödenmesi gerekecektir. Ancak bu durumda, zarar gören kiraya verenin de zararı arttırmama külfetinden hareket edilerek kiraya verenin kiralananı benzer koşullarda yeniden kiraya verme konusunda çaba göstermesi aranmış ve kiracının sorumluluğu bu

---

883 Seda Öktem Çevik, "Kiralanın Sözleşmenin Bitiminden Önce Geri Verilmesi (TBK m. 325)", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi,** C. 9, S. 103-104, 2013, s. 155, 156; Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 45. Y. 6. HD. 10.03.2011 E. 2010/11577 K. 2011/2843 (kazancı).

884 Hükme kaynaklık eden İsv. BK m. 264, makul süre sınırlaması bulunmamaktadır. Kiracı, kiralananı süresinden önce iade etse bile sözleşme süresinin sonuna kadar olan bedelleri ödemekle yükümlüdür.

885 SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 264, N. 1; Higi, **a.g.e.,** Art. 264, N. 3; Permann, **a.g.e.,** Art. 264, N. 2; Öktem Çevik, **TBK m. 325,** s. 136, 137. Örneğin, erken fesih halinde ceza koşulunun ödeneceği, sözleşmenin süresinin sonuna kadar tüm kira bedellerinin ödenmesi gerekeceği gibi kayıtlar geçersizdir. Bkz. İnceoğlu, **C. 1,** s. 625.

886 Eski Borçlar Kanunu zamanında Yargıtay uygulaması *"aynı koşullarla"* kiraya verilebilmesini aramaktaydı. Bkz. Y. 6. HD. 02.02.2010 E. 2009/12362 K. 2010/827 (kazancı).

887 Hükmün kaynağı olan İsv. BK m. 264'te kural, kiracının, kiralananı kiralayana geri verdiği takdirde, kira sözleşmesi ile bağlılığı, makul süre için değil, sözleşmenin sona ereceği ya da sona erdirilebileceği ana kadardır. Benzer koşullarda yeni kiracı ikamesi ile kiracı sözleşmenin süresi sonuna kadar bağlılıktan kurtulacaktır. Görüldüğü üzere, Türk hukukunda kiracıya hem makul süreyle sınırlı sorumluluk hem de benzer koşullarda kiracı bulunması yoluyla sorumluluktan kurtulma olanağı getirilerek çifte koruma sağlanmıştır. Bu durum, doktrinde eleştirilmekte, hükmün mehazına uygun şekilde iktibas edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Gümüş, **Kira,** s. 196.

suretle sınırlandırılmıştır[888]. Kiraya verenin, kiralananı benzer koşullarla kiraya verebilmesi için, makul bir süre gayret sarf etmesi beklenmiştir. Kiralananı süresinden önce geri vererek sözleşmeyi sona erdiren kiracının sorumluluğunun da bu makul süre ile sınırlı olması gerektiği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, yukarıda bahsedilen zarar kalemleri bu makul süre ile sınırlı olmak üzere ödenecektir[889].

Makul sürenin ne kadar olması gerektiğinin tespitinde hakimin takdir yetkisi rol oynayacaktır[890]. Ancak makul süre, hiçbir surette sözleşmenin kalan süresinden uzun olamayacaktır[891].

Makul süre sınırlamasının daha önceden sona ermesini sağlayacak diğer bir sınırlama unsuru ise, kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek[892], ödeme gücüne sahip ve mevcut kira ilişkisini devralmaya hazır[893] yeni bir kiracı bulmasıdır[894]. Bu takdirde, kiralananı süresinden önce geri vermek suretiyle akde aykırı davranan kiracının, kira sözleşmesinden doğan borçları sona erecektir. Kiraya verenin beklenebilir bir kiracı teklifine karşın, kiraya verenin bunu haksız olarak kabul etmemesi halinde de kiracının o andan itibaren doğacak zararlardan sorumluluğu sona erecektir[895].

Bahsedilen bu sınırlamalara göre hesaplanacak olumlu zarar tazminatından bazı hususların *mahsup edilmesi* mümkündür[896]. Kiralananın erken verilmesi dolayısıyla kiraya verenin bazı giderleri yapmaktan kurtulması söz konusu ise, kiralanın geri verildiği tarihten yeniden kiraya verileceği tarihe kadarki döneme isabet eden bu giderlerin tazminattan düşürülmesi gereecektir. Bunun gibi, kiraya

---

888 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 47, 48.

889 Gümüş, **Kira,** s. 199.

890 Y. 6. HD. 26.05.2016 E. 2016/5372 K. 2016/ 4145 (kazancı).

891 Öktem Çevik, **TBK m. 325,** s. 144; Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 50; İnceoğlu, **C. 1,** s. 645.

892 Beklenebilirliğin tespitinde etkili olacak kıstaslar hakkında bkz. Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 54; İnceoğlu, **C. 1,** s. 656 vd.; Gümüş, **Kira,** s. 196 vd.

893 İnceoğlu, **C. 1,** s. 655: Yeni kiracı mevcut kira bedelinden düşüğünü teklif edemeyeceği gibi, kiraya veren de fazlasını isteyemez. Bkz. Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 55.

894 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 51. Kiraya verenin bu süre zarfında yeni bir kiracı bulması halinde de kiracının tazminat yükümlülüğü sona erecektir. Bu durumda, eski kiracıdan talep edilebilecek tazminat tutarı erken iade ile yeniden kiralama arasında geçecek süre kadar olacaktır. Bkz. İnceoğlu, **C. 1,** s. 645; Öktem Çevik, **TBK m. 325,** s. 144.

895 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 57; İnceoğlu, **C. 1,** s. 659.

896 İnceoğlu, **C. 1,** s. 650 vd.; Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 59, 60.

verenin kiralanını tekrar elde etmesi dolayısıyla elde ettiği veya elde etmekten kaçındığı yararların da tazminattan mahsup edilmesi gerekecektir. Örneğin, kiraya verenin kiralananı kendi kullanmaya başlaması durumunda o andan itibaren makul süre dolmamış olsa bile, kiracının tazminat sorumluluğu sona erecektir[897]. Doktrinde, kiraya verenin kiralananı eskisinden daha yüksek bir bedelle kiraya vermesi halinde, kiraya verenin erken iade nedeniyle elde ettiği bu menfaatin de tazminattan mahsup edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[898].

b. Kira Sözleşmesinin TBK m. 331 Uyarınca Olağanüstü Feshinin Parasal Sonuçları

TBK m. 331/f. 1'e göre, taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine (TBK m. 329 ve m. 330) uyarak her zaman feshedebileceklerdir. Hakim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlayacaktır (f. 2)[899].

Önemli sebepler, özellikle kira sözleşmesinin kurulduğu sırada bilinmeyen, öngörülemeyen ve olağanüstü ağır şartlardır[900]. Ayrıca fesih bildiriminde bulunanın bu şartların oluşmasında bir kusurunun bulunmaması gerekir[901].

---

897 Acar, **a.g.e.,** m. 325, N. 60.

898 SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art 264, N. 31; İnceoğlu, **C. 1,** s. 652. Aksi yönde bkz. Öktem Çevik, **TBK m. 325,** s. 154.

899 Aynı hükme tekabül eden EBK m. 264'e göre, *ancak belirli süreli olarak akdedilen taşınmaz kiraları ile sınırlı olmak üzere,* kiracı ve kiralayan kira süresinin sona ermesinden önce kira ilişkisinin başlangıcını veya devamını taraflar için beklenemez kılan haklı sebepler varsa yasal sürelere uyarak ve karşı tarafa tam tazminat ödeyerek kira sözleşmesine ilişkin fesih bildiriminde bulunabilirdi. TBK m. 331 ile süreli ya da süresiz kira sözleşmesi ayrımı yapılmasızın tarafların her birine olağanüstü fesih sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınmıştır. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 102.

Ayrıca EBK m. 264'ün yürürlük döneminde, fesih bildiriminde bulunan tarafın fesih bildiriminin geçerli olabilmesi için *tam tazminat* olarak bir para ödenmesini karşı tarafa teklif etmek zorundaydı. Bir yıl ve daha uzun süre için akdedilmiş kira sözleşmeleri için bu tazminat tutarı en az altı aylık kira bedeli kadar olmak zorundaydı. Yeni hükümle, olağanüstü feshin parasal sonuçlarını hükme bağlama görevi hakime bırakılmıştır. Bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 102.

Ancak bu hükmün de yürürlüğü, kiracının tacir ya da özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 01.07.2012 yılından itibaren sekiz yıl süreyle ertelenmiştir.

900 Bunların işlem temelini sarsacak (TBK m. 138) kadar önemli olaylar olması mümkün olduğu gibi, sosyal boyutu aşmayacak şekilde oluşmaları da mümkündür. Örneğin, kiralanana hırsız girmesinden

Burada söz konusu olanın, gerçek anlamda bir tazminat olmadığı doktrinde ileri sürülmektedir[902]. Zira sözleşmeyi feshedenin hukuka ya da sözleşmeye aykırı bir davranışı bulunmamaktadır. Kaldı ki önemli sebeple sözleşmeyi feshedebilmek için, feshedenin kusurunun da olmaması gerekmektedir[903]. Kanun koyucu olağanüstü sebep dolayısıyla sözleşmenin sona ermesi halinde, zararın tamamına karşı tarafın katlanmasını uygun görmemiştir. Bu sebeple, fesheden tarafın da bir denkleştirme bedeli ödeyerek ortaya çıkan zarara katlanması uygun bulunmuştur[904]. Zira hükümde de tazminat denmemiş, parasal sonuçlardan bahsedilmiştir. Ancak kanaatimizce, feshedenin kusurlu bir davranışı olmasa dahi sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi dolayısıyla, feshedenin geniş anlamda borca aykırı bir davranışı olduğu kabul edilebilecektir. Bu sebeple, parasal sonuçlardan anlaşılması gereken kanaatimizce tazminattır[905].

Hükümde bahsedilen parasal sonuçların karara bağlanması ile kastedilenin, fesih muhatabının, sözleşmenin süresinden önce sona ermesine bağlı olarak *olumlu zararı* olduğu kabul edilmektedir[906]. Eğer sözleşme *kiraya veren tarafından* feshedilmişse, kiracının daha yüksek bir bedelle yeni bir yer kiralamak zorunda kalması sebebiyle uğradığı zararlar, kiracının ticari faaliyetine ilişkin uğradığı zararlar, taşınma masrafları gibi kalemler; sözleşme *kiracı tarafından* feshedilmişse,

---

sonra, kiracıda panik atak nöbetlerinin başlaması da önemli sebep olarak kabul edilebilecektir. Bkz. Gümüş, **Kira,** s. 269 vd.

901 SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 266g, N. 10; Gümüş, **Kira,** s. 268.

902 İnceoğlu, **C. 2,** s. 253.

903 İnceoğlu, **C. 2,** s. 253.

904 İnceoğlu, **C. 2,** s. 253.

905 Aynı yönde bkz. Gümüş, **Kira,** s. 274 vd.; Gümüş, **C. 1,** s. 323; Eren, **Borçlar Özel,** s. 385.

906 Gümüş, **Kira,** s. 274; Permann, **a.g.e,.** Art. 266g, N. 13; Gümüş, **C. 1,** s. 323; İnceoğlu, **C. 2,** s. 254; Tandoğan, **C. I/2,** s. 234.
Burada bir tazminat olmadığını savunan görüş, hem feshedenin hukuka ya da sözleşmeye aykırı bir davranışı olmadığını ileri sürmekte, hem de denkleştirme bedeliyle olumlu zararın giderildiğini ifade etmektedir. Bkz. İnceoğlu, **C. 2,** s. 253. Ancak kanaatimizce sözleşmeye aykırı davranış olmadan olumlu zarardan bahsedilemeyeceğinden, bu değerlendirme isabetli değildir.

kiraya verenin kira gelir kayıpları[907], yeni kiracı bulmak için ilan masrafları gibi kalemler olumlu zararın kapsamında talep edilebilecektir[908].

Doktrinde bir görüş[909], sözleşmenin önemli sebeple kiracı tarafından feshedildiği durumlarda, kiracının ödemek zorunda kalacağı bedelin, TBK m. 325'te olduğu gibi *"kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul süre"* ile sınırlı olması gerektiğini savunmaktadır. Zira kiracının ortada bir sebep yokken kiralananı vermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirdiği ihtimalde ödeyeceği tazminatın, ortada önemli bir sebep varken sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda ödeyeceği tazminattan düşük olmaması gerekir. Doktrinde başka bir görüş[910] ise, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshedilmesi durumunda, giderilmesi gereken parasal kayıpların, fesih muhatabının kira sözleşmesinin sona ermesi gereken tarihe kadar uğrayacağı kayıplarla sınırlı olması gerektiğini ileri sürmektedir.

Hakim, ödenecek miktarı belirlerken tarafların ekonomik durumu, önemli sebebin oluşmasındaki kusur dereceleri, zararı arttırmama külfeti gibi unsurları dikkate alacaktır[911]. Olumlu zarar tazminatından, bazı hususların mahsubu da mümkün olacaktır. Fesih muhatabının sözleşmenin süresinden önce sona ermesi dolayısıyla yapmaktan kurtulduğu masraflar ya da elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği yararları varsa, bunların mahsubu gerekecektir[912].

TBK m. 331/f. 2'de hakimin olağanüstü feshin parasal sonuçlarını hükme bağlayacağından bahsedildiğinden doktrinde bir fikre göre, hakimin muhakkak bir parasal sonuca hükmetmesi gerekir, hiç hükmetmemesi mümkün değildir[913]. Kanaatimizce de uygun olan başka bir görüş[914] ise, bu hükmün, hakimin mutlak olarak parasal sonuçlara hükmetmesini gerekli kılmadığını ileri sürmüştür. Özellikle

---

907 Bu durumda kiracının ödeyeceği tutarın, kira sözleşmesinin kalan süresinin sonuna kadar ödenecek kira bedelleri toplamından fazla olmaması gerekmektedir. Bkz. İnceoğlu, **C. 2,** s. 254.

908 İnceoğlu, **C. 2,** s. 254; Gümüş, **Kira,** s. 274; Permann, **a.g.e,.** Art. 266g, N. 13. Karş. SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 266g, N. 20.

909 İnceoğlu, **C. 2,** s. 255.

910 Gümüş, **Kira,** s. 274.

911 SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 266g, N. 21, 24; Gümüş, **Kira,** s. 275; İnceoğlu, **C. 2,** s. 254.

912 SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 266g, N. 25.

913 Gümüş, **Kira,** s. 273.

914 İnceoğlu, **C. 2,** s. 256.

karşı tarafın, hiçbir zararının bulunmadığı hallerde bir tazminata hükmedilmesine gerek kalmayacaktır. Bunun gibi fesih muhatabının önemli sebebin oluşmasında ağır kusurunun bulunduğu hallerde de TBK m. 52 gereği feshedenin bir tazminat ödemesine gerek olmamalıdır[915]. Fakat TBK m. 331/f. 2 emredici nitelik taşımadığından, tarafların hiç tazminat ödenmeyeceği konusunda anlaşmaları da mümkündür[916].

c. Kira Sözleşmesinin TBK m. 351 Uyarınca Sona Erdirilmesi Sebebiyle Kiracının Eski Malikten Tazminat Talebi

TBK m. 310'da, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi durumunda, yeni malikin kira sözleşmenin tarafı olacağı düzenlenmiştir. Sadece konut ve çatılı iş yeri kiralarına özgü olmak kaydıyla[917], TBK m. 351/f. 1 gereği, kiralananı sonradan edinen kişinin, onu, kendisi, eşi, alt soyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri *ihtiyacı sebebiyle* kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak

---

915 Örneğin, kiraya verenin, eşi ile kiracının bir ilişkisinin olduğunu öğrenmesi halinde kira sözleşmesini feshetmesi durumunda, kiracıya tazminat ödemesi gerekmemelidir.

916 Permann, **a.g.e.,** Art. 266g, N. 1; Gümüş, **Kira,** s. 266, 273.

917 Oysaki hükmün kaynağını teşkil eden İsv. BK m. 261/f. 2'de *her türlü kira sözleşmeleri bakımından* edinene *"olağanüstü fesih imkânı"* tanınmıştır. Buna göre, konut ve işyeri kiralarında, edinen yasal bildirim sürelerine uyarak en yakın dönem için, kendisinin veya yakın akraba ve hısımlarının acil ihtiyacı olması halinde kira sözleşmesini feshedebilir. Diğer kira sözleşmelerinde ise, edinenin, kira sözleşmesini, sözleşmede daha önce sona ermeye imkân tanınmadıkça, en yakın yasal fesih dönemi için feshedebileceği düzenlenmiştir. Böylece, edinene olağanüstü bir fesih imkânı tanınmıştır. Bkz. Higi, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 34.

Ancak Türk hukukunda böyle bir imkânın öngörülmemiş olması eksiklik olarak görülmektedir. Zira TBK m. 310 gereği yeni malik kiralanın devri halinde her türlü kira sözleşmesi bakımından sözleşme ile bağlı hale gelirken, sadece konut ve çatılı iş yeri kiralarında ihtiyaç sebebine dayalı olarak tahliye davası açılabilmektedir. Konut ve çatılı işyeri kiraları dışında kalan kira sözleşmelerini akdeden kiracıların neden daha fazla korunmaya çalışıldığı anlaşılamamaktadır. Halbuki Türk kanun koyucusunun amacı, her daim konut ve çatılı iş yeri kiracısını diğer kiracılara nazaran daha fazla korumak yönünde olmuştur. Bu sebeple, TBK m. 310'da yer alan düzenlemeye de İsv. BK m. 261'de olduğu gibi *her türlü kira sözleşmeleri için edinenin olağanüstü fesih imkânının* eklenmesi çözüm önerisi olarak sunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Öktem Çevik, **Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s. 240-244. Aynı yönde bkz. İnceoğlu, **C. 1,** s. 575.

bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilecektir[918].

Yeni malikin, TBK m. 351 uyarınca sözleşme süresini beklemeksizin sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, kiracının eski malikten kira sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı zararının tazminini talep edip edemeyeceği hususu önem arz etmektedir.

Bu hususta İsv. BK m. 261/f. 3'te yeni malikin, olağanüstü fesih hakkını kullanması durumunda, eski malikin, kiracının, kira sözleşmesinin erken sona ermesi sebebiyle uğradığı zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır[919]. Ancak böyle bir hüküm, Türk hukukunda bulunamamaktadır. Bu sebeple bir görüş[920], bu durumda eski malikin bir sorumluluğununun doğmayacağını ifade etmektedir.

Diğer bir görüş[921] ise, böyle bir durumda, eski malikin, kiralananı kira sözleşmesi boyunca kiracının kullanımına bırakma borcuna aykırı davranmış olması neticesinde, kiracının uğradığı olumlu zararını genel hükümler uyarınca (TBK m. 112 vd.) tazmin etmekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda, genel hükümlerin yanısıra zapta ilişkin TBK m. 309'un kıyasen uygulanması suretiyle de kiracının zararını eski malikten talep edebileceği ileri sürülmüştür[922].

İkinci görüşe katılan başka bir görüş[923] ise, bu konuda bir *kanun boşluğunun* akla gelebileceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre de, süresinden önce kiralananı

---

918 Türk hukukunda İsv. BK m. 261/f. 2'de olduğu gibi, bir olağanüstü fesih imkânı getirilmemiştir. Ancak konut ve çatılı işyeri kiralarına özgü olarak *ihtiyaç sebebiyle* sözleşmeyi sona erdirme (tahliye) imkânı söz konusudur. Bkz. Gümüş, **Kira,** s. 359; Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 24;.

919 Higi, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 52; Permann, **a.g.e.**, Art. 261-261a, N. 9; SVIT-Kommentar, **a.g.e.**, Art. 261-261a, N. 13; Pınar Altınok Ormancı, "Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: 'Satım Kirayı Bozmaz' İlkesinin Sonuçları', **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi,** S. 24, Y. 12, Güz 2013/2, s. 132; Acar, **a.g.e.,** m. 310, N. 97, İnceoğlu, **C. 1,** s. 576 ve 599

920 Altınok Ormancı, **El Değiştirme,** s. 133.

921 İnceoğlu, **C. 2,** s. 404; Mustafa Cahit Günel, **Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 199; Nihal Ural Çınar, **Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 184.

922 İnceoğlu, **C. 1,** s. 599.

923 Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 262.

devrederek kira sözleşmesinin süresinden önce sona ermesine yol açan eski malikin, *kiralananı sözleşme süresince kiracının kullanımına bırakma borcuna aykırılık* taşıyan bu hareketi dolayısıyla tazminatla sorumlu olması yerinde olacaktır. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu'na da İsv. BK m. 261/f. 3'teki bir hükmün eklenmesi yerinde olacaktır. Ancak bu hükmün bulunmadığı hukuk sistemimiz açısından da bu eksikliğin TBK m. 112 ve m. 309 hükümleriyle doldurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu düşünce biçimi, kanaatimizce de isabetlidir[924]. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu'nda olaya uygulanabilir bir hüküm bulunduğundan[925], kanaatimizce bir kanun boşluğundan bahsetmek de mümkün olmamalıdır.

Bu durumda, eski malikten tazmini talep edilecek zararlar; eski malikin, kira konusu taşınmazı bir başkasına devir ve temlik etmek suretiyle akde aykırı davranması dolayısıyla, kiracının kira sözleşmesinin erken sona ermesi sebebiyle uğradığı *olumlu zarar*dır[926].

Tazmin edilecek zarar, kiracının fesih sonrasındaki malvarlığının mevcut hali ile *belirli süreli kira sözleşmelerinde* kira sözleşmesinin sözleşmesel olarak devam edeceği süre sonuna kadar kiracının malvarlığının alacağı farazi durum arasındaki farkı ifade eder[927]. Sözleşme belirsiz süreli ise, kiracının olumlu zararı, kiracının fesih sonrasındaki malvarlığının mevcut hali ile *belirsiz süreli kira sözleşmelerinde* kira sözleşmesinin en yakın fesih dönemi sonunda kiracının malvarlığının alacağı farazi durumu arasındaki farka göre belirlenir. Bu zarar, kiracının, mevcut kira sözleşmesinin süresinin sonuna kadar devam etmesindeki ekonomik menfaatine karşılık gelir[928].

---

924 Bu tazminat talebinin, ancak, yeni malikin TBK m. 351/f. 1'e dayalı olarak sözleşmeyi sona erdirmesi ihtimalinde mümkün olacağını unutmamak gerekmektedir. Edinenin ihtiyaç sebebiyle tahliye davasını, TBK m. 350/f. 1'e dayandırması durumunda, artık eski malikin tazminat sorumlululuğu bulunmayacaktır. Zira bu şekilde sözleşmenin sona erdirilmesi kiralanan devredilmeseydi bile, eski malik tarafından yapılabilecektir. Bu sona erdirme şekli, eski malikin akde aykırı davranışına dayanmamaktadır. Bkz. Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 263; İnceoğlu, **C. 1,** s. 599.

925 Oğuzman, Barlas, **a.g.e.,** s. 95, N. 321.

926 Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 267, 268. Taraflar arasında kiralananın üçüncü kişiye devredilmesi halinde kiracıya ceza koşulu ödeneceğinin kararlaştırılması mümkün olsa da bu durumda kiracı hem olumlu zararını hem de ceza koşulunu talep edemeyecektir. Bkz. Günel, **a.g.t.,** s. 200.

927 Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 268.

928 Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 268.

Olumlu zararın kapsamına girecek ilk zarar kalemi, eski kira sözleşmesi ile bu sözleşmenin sona erdirilmesi yüzünden kiracının akdetmek zorunda kaldığı yeni kira sözleşmesi arasındaki kira bedeli farkıdır[929].

Bu farkın nasıl hesaplanacağı konusunda, taşınmazlar arası değer farkının ve yeni kiralanan taşınmaz nedeniyle elde edilen yararların tespitinin zor olması nedeniyle, soyut yönteme başvurulması kanaatimizce en uygun çözümdür[930]. Buna göre, kiracının aynı büyüklükte bir yere taşınmış olması halinde ödeyeceği kira bedeli ile feshedilen kira sözleşmesindeki kira bedeli farkı hesaplanmalıdır. Ayrıca, kiracının eşdeğerde bir yer için daha düşük miktarda kira ödemesi durumunda, elde edilen bu kârın, tazmini istenen diğer zararlardan indirilmesi gerekmektedir[931]. Bunun gibi, yeni kiralanan yerin eskisine oranla daha kullanışlı olması durumunda da kira bedeli farkına ilişkin tazminat hesaplamasında bu oranda bir indirim yapılması gerekecektir[932].

Bu farkın ne kadar süre ile talep edilebileceği de kira sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olmasına göre farklılık arz edecektir. Eğer belirli süreli bir kira sözleşmesi varsa, bu fark, kira sözleşmesinin süresinin sonuna kadar talep edilebilecektir. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise, feshi ihbar süresinin sonuna kadar olan kira bedeli farkı talep edilebilecektir[933]. Ancak belirsiz süreli kira sözleşmelerinde sürenin zımnen uzadığı hallerde, zımni uzama dönemindeki kira bedeli farkının talep edilemeyeceği ileri sürülmektedir[934].

Kiracının kira sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesine dayalı eski malikten talep edebileceği olumlu zararın tazmini talebine yoksun kalınan kâr da girecektir. Bu durumla, en çok işyeri kiralarında karşılaşılmaktadır. İş yeri

---

929 Higi, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 59.

930 Aynı yönde bkz. Higi, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 59; İnceoğlu, **C. 1,** s. 601.

931 İnceoğlu, **C. 1,** s. 601.

932 İnceoğlu, **C. 1,** s. 601.

933 İnceoğlu, **C. 1,** s. 601, dpn. 2430; Higi, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 56; SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 25; Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 268.

934 Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 268; İnceoğlu, **C. 1,** s. 602. Aksi yönde bkz. Ural Çınar, **a.g.e.,** s. 184.

kiralarında işyerinin değişmesine bağlı olarak, müşteri portföyünde bir azalma olmuşsa, bundan dolayı oluşan kazanç kaybı da eski malikten talep edilebilecektir[935].

Bu zarar kalemlerinden başka olumlu zarar kapsamına; kiracının kendisi aleyhine, kiralananı edinen yeni malik tarafından açılan tahliye davası nedeniyle ödemek zorunda kaldığı dava masrafları ve vekâlet ücreti, yeni bir kiralanan bulmak maksadıyla yapmış olduğu masraflar, taşınma masrafları da girebilecektir[936]. Bu zararların tazmini ancak illiyet bağı içerisinde kalmaları suretiyle mümkündür. Örneğin, kira sözleşmesinin sona ermesine zaten az bir süre kalmışsa taşınma ve dekorasyon gibi masraflar ile ile kiralananın devri arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu söylemek mümkün olmayacaktır[937].

5. İşverenin Etki Alanında Gerçekleşen Sebepler Yüzünden İşçinin İş Görememesinin Sonuçları (TBK m. 408)

TBK m. 408'e göre[938], *"İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir".*

-Metinde geçen, *"işveren edimin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse.."* ifadesi hükmün eski hali olan EBK m. 325'te yer almamaktaydı. Bu sebeple, eski

935 Higi, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 59; Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 269; İnceoğlu, **C. 1,** s. 602. Karş. SVIT-Kommentar, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 25.

936 İnceoğlu, **C. 1,** s. 603; Günel, **a.g.t.,** s. 199; Öktem Çevik, **a.g.e.,** s. 270; Higi, **a.g.e.,** Art. 261-261a, N. 59.

937 Öktem Çevik, **a.g.e,** s. 270; İnceoğlu, **C. 1,** s. 603.

938 Hükmün eski hali EBK m. 325 şu şekildedir: "İş sahibi *işi kabulde temerrüt ederse,* işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasden feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur".

Borçlar Kanunu zamanında doktrinde baskın görüş[939], burada sadece alacaklı temerrüdünün özel olarak düzenlenmiş bir halinin bulunduğunu savunmaktaydı.

Başka bir görüş[940] ise, hükmün bu halinde dahi, hizmet edimlerinde temerrüdün olamayacağını; iş görme ediminin belirli bir zaman noktasına kesin olarak bağlanmış olmasından dolayı, edimin zamanında yerine getirilmemesi sonrasında o anda yerine getirilmesinin artık mümkün olmaması sebebiyle sadece imkânsızlık oluşacağını savunmaktaydı.

Ayrıca bu son görüş, hizmet sözleşmesinde, haklı bir sebep olmaksızın fesih beyanıyla veya böyle bir beyanda bulunmaksızın sözleşme ile bağlı kalmayacağını kati surette açıklayan tarafın, kendi ediminde imkânsızlık yaratacağını ifade etmektedir[941]. Zira bu görüş, işçi için iş görmenin borç olduğunu kabul ettiği gibi, işveren için işvermenin de borç olduğunu kabul etmektedir[942]. İşçi için işgörme, işveren için ise işverme borçlarının cebri icra ile elde edilmesi mümkün olmayacağından, bu borçların ifasından kaçınılması halinde kusurlu ifa imkânsızlığı oluşacaktır[943]. Fakat baskın görüşün kabul ettiği gibi burada alacaklı temerrüdünün var olduğu kabul edilirse, işverenin bu temerrüdü dolayısıyla işçiye ne sebeple ücret vereceği alacaklı temerrüdüne ilişkin prensiplerle açıklanamayacaktır[944].

Nitekim Yargıtay da 24/6/1959 tarih ve 31 E.-26 K. sayılı kararıyla, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverenin haksız feshi sonucu ya da böyle bir fesih beyanı

---

939 Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 864; M. Murat İnceoğlu, "İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması", **AÜHFD,** C. 57, S. 4, 2008, s. 246; Oser, Schönenberger, **2. Hallbband,** Art. 332, N. 1-2; Art. 352; N. 32-35.

940 Oğuzman, **Hizmet Akdi,** s. 151.

941 Oğuzman, **Hizmet Akdi,** s. 143.

942 Yargıtay da 24/6/1959 tarih ve E. 31 K. 26 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (kazancı) işverenin iş vermekten kaçınmasının sonuçlarını EBK m. 96'ye dayandırmakla, iş vermenin işveren için bir borç değil, bir hak olduğu yönündeki kanaate (Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 332, N. 1) dayanmamış, işvermenin işveren için bir borç olduğu sonucunu benimsemiş olmaktadır. Zira bu bir hak olsaydı, alacak hakkının yerine getirilmesine engel olmak suretiyle alacaklı temerrüdü oluşacak ve EBK m. 96 gereğince tazminat ödenmesi gerekmeyecekti. Bkz. M. Kemal Oğuzman, "Hizmet Akdinin İşveren Tarafından Haksız Feshi Halinde Hükmedilecek Tazminat-Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihad Hukuk Kısmı Umumi Hey'etinin 24/6/1959 tarih ve 31 E.-26 K. Sayılı kararının tahlili", **İÜHFM,** C. XXV, S.1-4 (1960), s. 431.

943 Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 431, 432.

944 Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 434.

olmaksızın *işverenin işçinin çalışmasına engel olması durumunda*[945]yani *hizmet sözleşmesinin işçi bakımından yerine getirilmesini fiili bakımdan imkânsızlaştırmış olması durumunda*[946] işçiye ödeyeceği *tazminatın* hesabında *EBK m. 325 ve m. 96'ye dayanılması gerektiğini*, işçinin uğrayacağı zararlardan en önemlisi olan ücret alacağının sözleşmeye aykırı hareketten itibaren feshi ihbar müddetinin sonuna kadar olan devre için hesaplanacağı hususunda içtihadını birleştirmiştir. İşçi ücretten ayrı olarak, ödenecek primlerin ve mükafatların da EBK m. 96 uyarınca tazminini isteyebilecektir. Görüldüğü gibi Yargıtay'ın EBK m. 325'e dayanılmasını gerek gördüğü bir hal de işverenin işçinin çalışmasına engel olması, diğer bir deyişle *kendi ediminde (işverme edimi/borcu) imkânsızlık yarattığı haldir*[947]. Bu halde de ödenmesi gerekenin *tazminat (EBK m. 96)* olduğundan bahsetmiştir.

Bu sebeple, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın borcunu kendi kusuruyla imkânsız hale getirmesinin her iki tarafın borçlarını sona erdireceği yönündeki görüşün de kabulü neticesinde[948], hizmet sözleşmesinde işverenin işvermekten imtina suretiyle borcunu imkânsız hale getirmesi, sözleşmeyi sona erdirecektir. Bu şekilde sözleşmenin sona ermesine sebep olan işverenin de işçinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmesi gerekecektir.

-Hükmün son hali olan TBK m. 408'e ilişkin ise, hükmün içeriğinde yer alan *"iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse"* ifadesinden yola çıkarak, TBK m. 408'in hem alacaklı temerrüdünü hem de alacaklının (işveren) sorumlu olduğu (kusurlu) objektif sonraki imkânsızlık halini düzenlediği ileri sürüldüğü gibi[949]; işverenin iş görme edimini yerine getirmesini kusuruyla engellemesi halinin sadece alacaklı temerrüdü içerisinde yer alacağı da savunulmaktadır[950]. Bunun dışında, hükmün eski halinde de ifade edildiği gibi

---

945 Ayrıca bkz. Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 426, N. V.

946 Ayrıca bkz. Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 428, N. IV.

947 Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 431.

948 İkinci Bölüm, I, B, 1, b, (1).

949 Staehelin, **a.g.e.**, Art. 324, N. 9; Gümüş, **C. 1,** s. 451, 452. Kural olarak alacaklı temerrüdü için borçlunun borcunun imkânsız olmaması gerekli ise de TBK m. 408 anlamında alacaklı temerrüdüne yol açan olgular, hizmet sözleşmesi bakımından aynı zamanda imkânsızlığa da yol açmaktadırlar. Bkz. Gümüş, **C. 1,** s. 453.

950 Yavuz, **a.g.e.,** s. 925.

hizmet sözleşmesinde zamanın geri getirilmemesinden dolayı alacaklı temerrüdünden ziyade, sadece ifa imkânsızlığının kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır[951]. Ancak burada hükmün eski halinde ifade edildiğinin aksine borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığından değil, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkânsızlığından bahsedilmektedir. Bunun sebebi, işverenin işvermesinin bir borç olarak değil, bir hak (alacak hakkı) olarak kabul edilmesidir.

TBK m. 408 hükmünün, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkânsızlığına ilişkin olduğu kabul edilirse, bu borca aykırılık haline ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme bulunmaması sorun oluşturmaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu'nda sadece borçlunun etki alanında gerçekleşen imkânsızlığa ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır (TBK m. 112 ve m. 136). Alacaklının etki alanında gerçekleşen imkânsızlığa ilişkin bu kanun boşluğu[952], doktrinde *"borçlunun borcundan kurtulması ve karşı edimi talep edebilmesi"* kuralının kabulüyle doldurulmaktadır[953]. Bu sonuç, TBK m. 408'de öngörülenle benzerlik arz etmektedir[954]. Zira işverenin temerrüde düşmesi üzerine, işçi borcundan kurtulacak, yani edim hasarını işveren (alacaklı) taşıyacaktır[955]. Bu durumda işveren; edim hasarını da (işçinin iş görme

---

951 Manfred Rehbinder, Jean Fritz Stöckli, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,** Band VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330 b OR, Bern, 2010, Art. 324, N. 4.

952 İnceoğlu, **İmkânsızlaşma**, s. 239, 242; Halil Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun ifa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996, s. 142 vd.; Dural, **a.g.e.,** s. 169 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 794. TBK m. 136 da (EBK m. 117) bu konuda tatmin edici bir çözüm getirmediğinden, gerçek olmayan boşluk bulunduğu yönünde bkz. Dural, **a.g.e.,** s. 171; Akkanat, **a.g.e.,** s. 142, 143.

953 Gümüş, **C. 1,** s. 452; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 13, N. 5. Bu sonuç, aslında BGB § 326/b. 2'nin öngördüğü sonuçtur. Bkz. İnceoğlu, **İmkânsızlaşma,** s. 242; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 13, N. 4.

954 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 13, N. 4. TBK m. 408 hükmü, bazı yazarlarca, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı hususunda kanun boşluğunun doldurulmasında kullanılmaktadır. Bkz. von Büren, **a.g.e.,** s. 387, dpn. 104; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 64.29.

955 Benzer hasar düzeni, yukarıda bahsettiğimiz (Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 4, b) kira sözleşmesine özgü TBK m. 325'te de yer almaktadır. Kiracının, kiralananı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın geri verdiği durumlarda, kiracının (alacaklı) kaçırdığı kiralanandan yararlanacağı günlere ilişkin zaman kaybını sonradan telafi etmesi mümkün değildir. Bu durumda, vaktinde malı kullanıp yararlanmayan kiracı, malı sonradan kullanıp yararlanamayacaktır ama karşı edim hasarını (kira sözleşmesinden doğan borçların kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul süre için devam etmesi) taşıyacaktır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 13, N. 4.

borcundan kurtulması), karşı edim hasarını da (işçiye tam ücret ödenmesi) taşıyacaktır[956]. Karşı edim hasarı, işverene yüklenecek şekilde iş görme edimini yerine getirmeyen işçiye, iş görme edimi yerine getirilseydi ödenecek olan ücretten oluşmaktadır.

Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkânsızlığına ilişkin boşluğun karşılıklı olarak her iki tarafın da borcunun sona ereceği; ancak borçlunun, alacaklının *akdin olumlu ihlâli* teşkil eden davranışı sebebiyle işçinin uğramış olduğu zararı TBK m. 112 gereği karşılaması gerekeceği yönünde çözümlenmesi gerektiği de doktrinde ileri sürülmüştür[957].

-Sonuç olarak bu hükümde ne çeşit bir borca aykırılık halinin bulunduğunun tespiti, hükmün devamında düzenlenen ücret alacağının gerçekten bir ücret mi yoksa tazminat alacağı olup olmadığının tespitinde önem arz etmektedir.

İşverenin görme ediminin yerine getirilmesini engellemesi durumunda alacaklı temerrüdünün oluştuğunu kabul eden görüşe göre, bu durumda sözleşme sona ermeyeceği için ödenmesi gereken ücrettir. Ancak bu görüş, kanaatimizce isabetli değildir. Zira hizmet sözleşmelerinde, iş görme ediminin belirli bir zaman noktasına kesin olarak bağlanmış olmasından dolayı, edimin zamanında yerine getirilmemesi sonrasında o anda yerine getirilmesinin artık mümkün olmaması sebebiyle sadece imkânsızlık oluşabilecektir[958]. İşçi için iş görme, işveren için ise iş verme borçlarının cebri icra ile elde edilmesi mümkün olmayacağından, bu borçların ifasından kaçınılması halinde kusurlu ifa imkânsızlığı oluşacaktır[959]. Ayrıca alacaklı temerrüdü oluştuğu kabul edilirse, ne sebeple ücret vereceği alacaklı temerrüdüne ilişkin prensiplerle açıklanamayacaktır[960].

Kanaatimizce bir hizmet sözleşmesi yapıldıktan sonra, işçinin iş yapma borcu olduğu gibi işverenin de işverme borcu bulunur[961]. Bu sebeple, işverenin bu

---

956 Gümüş, **C. 1,** s. 452; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan); **a.g.e.,** § 13, N. 4.

957 İnceoğlu, **İmkânsızlaşma,** s. 244 ve 246.

958 Oğuzman, **Hizmet Akdi,** s. 143.

959 Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 431, 432.

960 Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 434.

961 Aynı yönde bkz. Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 431; Oğuzman, **Hizmet Akdi,** s. 51 vd.

borcundan imtina etmesi sonucunda, hizmet sözleşmesinden yapma borcu doğduğu düşünüldüğünde, borcun cebri icrası mümkün olmayacağından, borçlunun kendi ediminde kusurlu olarak imkânsızlık yaratmış olduğunun kabulü en isabetli görülen düşünce şeklidir[962]. Bunun neticesinde de işverenin ödemesi gereken, her ne kadar TBK m. 408 metninde ücretten bahsedilse de tazminat olmalıdır[963]. Bu yolla işveren işçinin ifaya olan menfaatini gidermektedir. Ayrıca işçinin işverenden ücret talep etmesinin aynen ifayı talep olacağı ileri sürülse de işverenin ödemesi karşılığında işçi kendi edimini ifa etmeyeceğinden, işveren açısından ödenmesi gerekenin bir tazminat olduğunun kabul edilmesi gerekecektir[964]. İşverenin işverme ediminin bir borç olduğu kabul edilmese dahi, işverenin alacaklı olarak edimi imkânsızlaştırması (alacaklının sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı) durumunda da *akdin olumlu ihlâli* teşkil eden davranışı sebebiyle işçinin uğramış olduğu zararı TBK m. 112 gereği karşılaması gerekeceğinden[965] bu durumda ödemesi gereken de bir tazminat alacağı olacaktır.

- Ayrıca TBK m. 408/f. 1 c. 2, ayrıca, denkleştirme ilkesine dayalı bir mahsup kuralı öngörmüştür. Buna göre, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler (işyerine gelirken yapılan ulaşım masrafları gibi) ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilecektir[966].

---

962 Aynı yönde bkz. Oğuzman, **Karar Tahlili,** s. 431; Antalya, **a.g.e.,** s. 216.

963 Oğuzman, **Hizmet Akdi,** s. 152. Ayrıntılı açıklama için bkz. Ercan Akyiğit, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması,** Ankara, 1995, s. 157. Alacağın ücret alacağı olarak nitelendirildiği kararlar için bkz. Bkz. Y. 9. HD 07.11.2017 E. 2017/6184 K. 2017/17663 (kazancı). *"...İşçinin iş görme edimini ifa edememesinin, işverenin temerrüdünden kaynaklanması durumunda, sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödemesi gerekecektir..."*. Bkz. Y. 7. HD. 29.09.2014 E. 2014/11801 K. 2014/18317 (kazancı).

964 Benzer yönde bkz. Altınok Ormancı, **a.g.e.,** s. 253.

965 İnceoğlu, **İmkânsızlaşma,** s. 244 ve 246.

966 Bu yöntem *kesinti metodu* olarak adlandırılmaktadır. Bu metot karşı tarafça haksız feshedilen başka sözleşmelerde de uygulanmaktadır. Bkz. *"...Borçlar Kanunu'ndaki kesinti yöntemi hizmet sözleşmelerine ilişkin olmasına rağmen, diğer sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği, zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanunu'ndaki kesinti yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Kesinti yöntemine göre; yüklenicinin işi tamamlayamaması nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler (malzeme ve işçilik giderlerinden yaptığı tasarruf) ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar, sözleşme bedelinden düşülmek suretiyle yüklenicinin **olumlu zararı** kapsamındaki kâr kaybı bulunmalıdır..."* Y. 15. HD. 01.11.2018 E. 2018/2642 K. 2018/4205

TBK m. 408'de işverenin, alacaklı temerrüdüne düştüğünü kabul eden görüşe göre, temerrüt halinde, iş sözleşmesi devam ettiğinden temerrütte geçen süre için, işçinin başka bir işte çalışması çelişkili bir durum olarak görülebilecektir. Ancak işverenin işçiye iş vermeyeceğini açıkça bildirdiği hallerde, işçinin boşta beklemesi yerine başka bir işte çalışmasının iyiniyet kurallarına uygun düşeceği belirtilmiştir[967].

Ancak kanaatimizce de benimsenen, işverenin işverme borcuna aykırı davranması neticesinde, kusurlu ifa imkânsızlığının oluştuğu ve bunun karşılıklı sözleşmelerde her iki tarafın borçlarının ve bunun neticesinde sözleşmeyi sona erdireceği ancak sözleşmenin sona ermesine yol açan işverenin işçinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiği görüşü kabul edilirse, bu aksaklık da ortadan kalkmış olacaktır.

Burada bahsedilen başka bir iş, aynı işveren tarafından teklif edilen bir iş olabileceği gibi, başka bir işveren nezdinde yapılan bir iş de olabilecektir[968]. Başka bir iş yaparak kazanmaktan kaçınılan paranın indirime konu olması ise, teklif edilen işin işçi tarafından kabulü beklenebilir bir iş olması, yani işçinin yeteneğine, mesleki yetişmesine ve sosyal durumuna uygun olması ve işverenle rekabet oluşturan bir iş

(kazancı). *"…6102 Sayılı TTK'nın 364/2. maddesinde tazminat miktarının nasıl belirleneceği hususunda bir hüküm yer almamakta ise de, anonim şirket yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki hukuki ilişkilere somut olayın niteliğine uygun olacak biçimde vekalet aktine dair hükümler uygulanabilecektir. Böylece, TTK m. 364/2 maddesi uyarınca azledilen üye, vekalete dair genel hükümlere göre tazminat isteyebilir. Bu bağlamda 6098 Sayılı TBK'nın 512. maddesine göre, ''uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."Kural olarak,* ***davacı taraf sözleşmenin haksız olarak feshi halinde dönem sonuna kadar olan ücretini isteyebilir. Bu husus işsahibinin temerrüdü halini kapsamaktadır. Bu itibarla ihtilafın çözümünde, davaya konu olaya da uygulanması gereken 6098 Sayılı TBK 408. maddesinin de gözardı edilmemesi gereklidir.*** *TBK 408.maddesi (818 Sayılı BK 325) " İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir." hükmünü içermektedir. Bu durumda, mahkemece bu hususlar gözönünde bulundurularak* ***davacının tazminat olarak talep ettiği ücretinden indirilmesi gereken miktarın saptanarak*** *sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp…".* Bkz. Y. 11. HD. 30.11.2017 E. 2016/3773 K. 2017/6778 (kazancı). Aynı yönde bkz. Y. 11. HD. 09.01.2017 E. 2015/12189 K. 2017/120 (kazancı).

967 Turan, **a.g.m.,** s. 49.

968 Akyiğit, **a.g.e.,** s. 162.

olmaması gerekir[969]. Ayrıca teklif edilen işin mahsuba konu olabilmesi için, işçiye teklif edilen işin işveren tarafından yapılmasına engel olunan işin süresinden daha uzun süreli olmaması gerekmektedir. Örneğin, işverenin bir hafta süreyle iş vermeyeceğini beyan etmiş olması halinde, işçiden daha uzun süreli yeni bir iş teklifinin kabulü beklenememelidir[970].

6. Alman Hukukunda Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini Kavramı (BGB § 284)

a. BGB § 284 Hükmünün Konuluş Amacı ve Şartları

2002 yılında Alman Borçlar Hukuku'nun Modernleştirilmesi Yasası *(Schuldrechtmodernisierungsgesetz)* ile yürürlüğe giren yeni Alman Medeni Kanunu ile ifa engelleri hukukunda köklü değişiklikler olmuştur. Bunlardan biri de BGB § 284 hükmü ile alacaklının edimi elde edeceğine güvenerek hakkaniyet sınırları içerisinde yaptığı, ancak borçlunun borca aykırı davranışı neticesinde sonuçsuz kalan masraflarının[971] tazmininin öngörülmüş olmasıdır. Alacaklının bu boşa çıkan masraflarının tazminini isteyebilmesi için, BGB § 280 vd. maddelerinde düzenlenen ifa yerine tazminat için gereken şartları yerine getirmesi gerekmektedir.

Tarihi süreç içerisinde boşa çıkan masrafların da tazmininin öngörülmesinin iki düşünsel temeli olduğu söylenebilecektir. Bunlardan biri, boşa çıkma düşüncesi *(Frustrationsgedanke)*, diğeri ise, verimlilik karinesidir *(Rentabilitätsvermutung).*

Bunlardan *boşa çıkma teorisi,* haksız fiil ile zarara uğrayan kimsenin, yaptığı masrafların yararsız kalması sonucu bir zarara uğradığını ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır[972].

Boşa çıkma teorisine göre, yapılan her masraf, belli bir gaye ile yapılır. Bu gayeye ulaşılmasının engellenmesi halinde ise, boşa giden masraflar, zarar teşkil edecektir. Boşa çıkma görüşü de harcamanın yapılması ile malın hasara uğraması

969 Turan, **a.g.m.,** s. 49; Akyiğit, **a.g.e.,** s. 163, 168.

970 Akyiğit, **a.g.e.,** s. 168; Turan, **a.g.m.,** s. 50.

971 *Masraflar,* genel kabul gören tanıma göre, alacaklının bir başkası yararına ve bir başkasının iradesine uygun olarak yaptığı malvarlığı fedakârlıklarıdır. Bkz. Aybay, **a.g.e.,** s. 84.

972 Bu teori hakkında açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 5.

arasında illiyet bağı bulunmadığı ve sırf zarar görenin iradesine dayanan giderlerin sorumlu kişiye yüklenmesinin adaletsiz olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir[973]. Ayrıca masraflar iradi olarak yapılan harcamalardır. Zararın söz konusu olabilmesi içinse, malvarlığının irade dışında azalması gerekmektedir. Bu sebeple, tazminat kavramının uçsuz bucaksız genişlememesi adına bir takım sınırlamalara gidilmesi gerektiği öngörülmüştür[974].

Verimlilik karinesi[975] ise, alacaklının uygun bir sözleşme ifası olsaydı, yaptığı masraf tutarında *bir kâr elde edebileceği* varsayımıyla, alacaklıya, masrafları oranında bir tazminat ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu karineye göre, masrafların tazmini, *sadece kazanç odaklı olanlarla* sınırlandırılmıştır[976]. Yararsız kalan masrafların tazmin edilebilirliği, *alacaklının beklenen karşı edimden yeniden bir kazanç sağlama ihtimaline göre* belirlenecektir.

Verimlilik karinesince alacaklının boşa çıkan masraflarının tazmin edilebilmesi için, öncelikle taraflar arasında karşılıklı bir sözleşme olmalı, alacaklı ticari bir amaç (kazanç elde etme amacı) gütmeli ve yapacağı masraflar da edim-karşı edimin değişimi ile bağlantılı olmalıdır. Bunun dışında kalan masrafların, verimlilik karinesi kapsamında tazmin edilmeleri mümkün değildir[977].

Bahsedilen bu özellikleri itibariyle bir yandan da eleştiriye uğramış olan verimlilik karinesinin eksikliklerini gidermek amacıyla, Alman hukukunda BGB § 284 hükmü getirilmiştir. BGB § 284 hükmü getirildikten sonra, her ne kadar verimlilik karinesinin artık varlığını sürdürmemesi gerektiği ileri sürülmüşse[978] de § 284'ün bilinçli olarak kapsam dışında bıraktığı kaçırılmış kazancın talep

---

973 Müller, **a.g.e.,** s. 55.

974 Getirilebilecek sınırlamalara ilişkin düşünceler için bkz. Aybay, **a.g.e.,** s. 60, 61.

975 **MünchK-Ernst,** § 284, N. 4-5.

976 Aybay, **a.g.e.,** s. 63.

977 Alman Federal Mahkemesi'nin verimlilik karinesi yönünde verdiği kararlar için bkz. NJW 1987, 831; NJW 1991, 2277. Ayrıca bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 466, 467. Verimlilik karinesine getirilen eleştiriler için bkz. Aybay, **a.g.e.,** s. 69 vd.

978 **MünchK-Ernst**, Art. 284, N. 5

edilebilmesinde verimlilik karinesinin rolü olabileceğinden, BGB § 284'ün yanında uygulanabilmesinde bir sakınca bulunmaması gerektiği ileri sürülmüştür[979].

BGB § 284 hükmünün uygulanabilmesi bakımından, öncelikle *bir borç ilişkisinin varlığı* aranmaktadır. Borç ilişkisi, sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi yasal borç ilişkisi de olabilecektir. Ancak bir masrafın haksız fiil sonucu faydasız kalması, hükmün kapsamına girmemektedir. Masrafların, verimlilik karinesinde arandığı gibi ticari, yani kâr sağlama amaçlı olması bu hükümde aranmamıştır[980].

BGB § 284 uyarınca masraf tazmininin söz konusu olabilmesi için, öncelikle *ifa yerine tazminat talebinin* oluşması gerekmektedir[981]. Bu durum, hükümdeki *"ifa yerine tazminatın yerine"* ifadesinden anlaşılmaktadır.

Bu hükme göre, masrafların tazmini bakımından bir diğer şart ise, alacaklının edimin ifasına güvenerek elde edeceği edim konusu üzerinde masraf yapması ve bu masrafların güvenin boşa çıkması yüzünden *faydasız kalması/amacına ulaşamamasıdır*[982]. Kaçırılmış kazanç ise, BGB § 284 kapsamına dahil edilmemiştir[983].

Masrafların tazmininde aranan diğer bir şart ise, *hakkaniyet ölçüsüne uygun* olarak makul ölçüde masraf yapılmış olmasıdır[984].

Bu şekilde bir masraf tazmininin Türk hukuku bakımından da kabul edilmesinin bazı avantajları olacağı doktrinde ileri sürülmüştür. Zira edimin ifa edileceği düşüncesiyle yapılan masraflar, esasen olumlu zararın tazmini kapsamında yoksun kalınan kâr hesabında yer alacaktır. Ancak yoksun kalınan kâr hesabında ispat zorlukları bulunmaktadır. Türk hukukunda da masrafların tazmini seçeneği

---

979 Aybay, **a.g.e.,** s. 75.

980 **MünchK-Ernst,** § 284, N. 5.

981 İfa yerine tazminatı öngören hükümler olarak, BGB §§ 280 1 ve 3. fıkralar ile 281, 282, 283, 311 a hükümleri esas alınmaktadır. Bu hükümlere dayanarak tazminat talep edebilecek alacaklının, tazminat talep etmek yerine masraf tazmini talebinde bulunması mümkündür. Bunlardan başka, satış ve eser sözleşmelerinde ilişkin BGB § 437 3. bent ve § 634 4. bentte de § 284'teki masraf tazminine atıfta bulunulmuştur. Böylece ayıplı ifa durumunda, kural olarak BGB §280, 281, 283 ve 311 a'ya göre ifa yerine tazminat istenebileceği gibi § 284'e göre masraf tazmini de istenebilecektir

982 Aybay, **a.g.e.,** s. 81.

983 Aybay, **a.g.e.,** s. 88; Looschelders, **a.g.e.,** N. 969.

984 Aybay, **a.g.e.,** s. 89-94; Ergüne, **a.g.e.,** s. 318.

olması durumunda, masraflara ilişkin basit bir makbuz ibrazıyla kolayca ispat sağlanabilecektir. Ayrıca bu imkân, alacaklının diğer kazançlarından yoksun kaldığını ispat hususunda da yardımcı olarak, yoksun kalınan kâr ispatlanmaya çalışılırken ortaya dökülen ticari sırların açığa çıkmasını engelleyerek rekabet sorunlarının da önüne geçecektir[985].

b. BGB § 284 Düzenlemesine Göre Talebi Mümkün Masrafların Olumlu ve Olumsuz Zararla İlişkisi

BGB § 284 hükmü ile, alacaklı ifa menfaatini istemek yerine; sözleşme ilişkisi sebebiyle yaptığı ama borçlunun ifa yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu amacına ulaşamayan, sözleşme kurma masrafları, sözleşme ilişkisinin yol açtığı finans masrafları, nakliye, depolama masrafları, karşı edimi kabul için yapılan masraflar gibi sözleşmenin ifası masraflarının karşılanmasını isteme yönünde bir seçimlik hakka sahip olacaktır[986].

BGB § 284 hükmünde yer alan boşa çıkan masrafların giderilmesine ilişkin talep hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, boşuna yapılmış masrafların tazmininin alacaklının olumlu ifa çıkarına hizmet ettiğini savunmuşlardır[987]. Bu görüşün en büyük dayanak noktası, boşuna yapılmış masrafların tazmininin, *olumlu ifa çıkarının tazminin yerine* istenebileceği olgusudur[988]. Yine yapılan masrafların, edimin elde edilmesine güven dolayısıyla yapılmış olmaları da bu masrafların tazminini olumlu zarara yaklaştırmaktadır[989].

Diğer bir görüş ise, boşuna yapılmış masrafların tazmininin *olumsuz zararın tazminiyle* örtüştüğünü savunmaktadır[990]. Bu görüş, olumsuz zararın tazmininde alacaklının sözleşmenin geçerliliğine olan güveni olmasaydı içinde bulunacağı

---

985 Doktrinde Aybay da bu konuya ilişkin doktora tezinde benzer yönde bir Kanun hükmü önerisinde bulunmuştur. Bkz. Aybay, **a.g.e.,** s. 152.

986 Ergüne, **a.g.e.,** s. 318; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 506.

987 Beate Gsell, *"Aufwendungsersatz nach §284"***, NJW**, 3/2006, s. 125-127. Zararın, olumlu zararla sınırlanmayacağına ilişkin bkz. Roland Schwarze, **Das Recht der Leistungsstörungen,** Berlin, De Gruyter Recht, 2016, s. 386.

988 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §16, N. 5, 5a.

989 Aybay, **a.g.e.,** s. 130, 131.

990 Looschelders, **a.g.e.,** N. 969.

duruma getirileceğinden hareket etmektedir. Masraf yapan alacaklının da edime yatırım yapmamış olması ihtimalinde malvarlığı ne durumda olacaksa, o duruma getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise, BGB § 284'te ne olumlu ne de olumsuz zararın düzenlendiğini ifade etmektedir. Buna göre, boşuna yapılmış masrafların tazmininden sorumluluk, *kendine özgü bir sorumluluk türü* olup, gri bir alanda yer almaktadır[991].

Son olarak doktrinde savunulan başka bir görüş ise, boşuna yapılan masrafların tazmininin *normatif zararla* bağlantısı olduğunu ifade etmektedir[992]. Zira ifanın gereği gibi yapılmaması dolayısıyla masrafları oranında zarara uğrayan alacaklı, edimin gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla elde edeceğine güvendiği edimi kullanamamaktadır. Örneğin otomobil teslim edilmezse, hem otomobil hem de otomobilin teslim edileceğine güvenerek yapılan garajı kullanma imkânı ortadan kalkacaktır. Normatif zarar da işte bu nesnenin kullanım kaybının, malvarlığı zararı olarak görülmesini sağlamaktadır. Serozan da boşuna yapılmış masraf kavramını, malvarlıksal zarar kavramına dahil etmenin güç olduğunu, tazmini istenecek zararların aslında borçludan istenemeyecek türden olduğunu, bu sebeple de normatif zarara yaklaştığını ifade etmiştir[993]. Ayrıca BGB § 284'ün temelini oluşturan boşa çıkma doktrininin ilk olarak normatif zarar kavramıyla ilişkili olarak ileri sürülmesi de bu düşünceyi destekler niteliktedir[994].

Kanaatimizce de öncelikle boşuna yapılan masrafların tazmininin olumlu ya da olumsuz zararla ilişkilendirilemeyeceği yönündeki görüşe katılmak isabetlidir. Zira olumlu zarar kapsamında fiilî zarar, borca aykırılık dolayısıyla malvarlığındaki azalmadır. Yapılan masrafların borca aykırılık neticesinde boşa çıkması ile

---

991 Ergüne, **a.g.e.,** s. 316, 321; Dauner Lieb, **a.g.e.,** § 2; N. 56; Aybay, **a.g.e.,** s. 137; **MünchK-Ernst,** § 284, N. 2, 6; Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri,** s. 236, 237; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §16, N. 5, 5a.

992 Aybay, **a.g.e.,** s. 134 vd. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 5a. Serozan, bu masrafların tazminini olumsuz zarar ile normatif zarar kavramlarının çakıştığı alanda yer alan kendine özgü bir tazminat olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Serozan, **Yeni Alman İfa Engelleri**, s. 236, 237.

993 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 5a.

994 Aybay, **a.g.e.,** s. 135, 136.

alacaklının malvarlığında azalma olması arasında illiyet bağı kurmak güçtür. Zira masraflar, sözleşmeye aykırılık olmasa bile yine de yapılacaktır[995]. Boşuna yapılan masrafların, olumlu zararın görünüş biçimlerinden malvarlığının çoğalma olanağının kaybı şeklinde karşımıza çıkan kâr mahrumiyeti olarak değerlendirilmesi de mümkün gözükmemektedir. Zira, yoksun kalınan kârın, boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği § 284'ün gerekçesinde belirtilmiştir[996].

Boşuna yapılmış masrafların tazmini kavramı, olumsuz zararla daha ilişkili görülmektedir. Gerçi olumsuz zararda, sözleşmenin geçerli olacağına ilişkin bir güven söz konusu iken, boşuna yapılmış masrafların tazmininde, *ifanın gereği gibi yapılacağına olan güvenin sarsılması sonucu* alacaklının masrafları oranında zarara uğraması söz konusudur. Diğer bir deyişle, boşuna yapılan masrafların tazmininin istendiği hallerde, olumsuz zararda olduğu gibi sözleşmenin hükümsüz kalmasından bahsedilemez[997]. Ancak yine de güvenilen sözleşme ilişkisi hiç olmasaydı alacaklının içinde bulunacağı durum tesis edilmeye çalışıldığından, ekonomik açıdan olumsuz zararın tazmini ile kısmen örtüşebilecektir. Zira söz konusu düzenleme ile alacaklının sözleşmenin ifa edileceğine güvenmeseydi, yapmayacak olduğu masraflarının karşılanması amaçlanmaktadır[998].

Sonuç olarak, BGB § 284 hükmünün, olumlu, olumsuz ve normatif zararla kesişen noktaları olsa da tam olarak bunlardan birini ifade etmediğinden, kendine özgü bir tazminat türü olduğunu kabul etmek gerekecektir[999].

---

995 Ergüne, **a.g.e.,** s. 319; Aybay, **a.g.e.,** s. 131.

996 Aybay, **a.g.e.,** s. 131.

997 Aybay, **a.g.e,** s. 133; Ergüne, **a.g.e.,** s. 320.

998 Ergüne, **a.g.e.,** s. 319.

999 Aynı yönde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 321; Dauner Lieb, **a.g.e.,** § 2; N. 56.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
OLUMLU ZARARIN KAPSAMI VE OLUMLU ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLER

I. Olumlu Zararın Kapsamı

Alacaklı, olumlu menfaatinin giderilmesi suretiyle, gereği gibi yapılacak ifaya mümkün olduğunca en yakın konuma getirilmeye çalışılır. Her şeyden önce olumlu menfaat, alacaklının malvarlığında meydana gelen azalmayı, yani fiilî zararı *(damnum emergens)* ve malvarlığında meydana gelen artmamayı, yani yoksun kalınan kârı *(lucrum cessans)* içerir. Bu iki kavram, sadece sınıflandırma içindir, yoksa ikisi de aynı şekilde, sorumluluk şartları oluştuğu sürece (sözleşmeye aykırılık, illiyet bağı ve kusur gibi), tazmin edilebilecektir.

Olumlu zarar kavramı altında dava edilebilecek zarar kalemlerini de, zarar türlerinden fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr başlıkları altında incelemek gerekecektir. Fakat söz konusu zarar kalemlerini, önceden tüketici biçimde saymanın mümkün olmadığını da göz ardı etmemek gerekir. Olayın şartları, tarafların durumu ve edimin niteliği gibi etkenlere bağlı olarak her somut olayda farklı bir olumlu zarar kalemi ile karşılaşılması mümkündür. Çalışmamız kapsamında, uygulamada en çok karşılaşılabilecek zarar kalemleri belirtilecektir.

A. Olumlu Zarar Kapsamında Talep Edilebilecek Fiilî Zarar Kalemleri

Fiilî zarar *(damnum emergens)*, borçlunun edimini hiç, gereği gibi ya da zamanında ifa etmemesi sonucu, alacaklının malvarlığının *aktifinde azalma* ya da *pasifinde artma* şeklinde görülür. Olumlu zarar kapsamında talep edilebilecek fiilî zarar kalemleri, her ne kadar tüketici olarak sayılamasa da aşağıda uygulamada en çok karşılaşılan olumlu zararın fiilî zarar kalemleri belirtilecektir:

1. İfa Edilmeyen Edimin Değeri

İfa edilmeyen edimin değerinin olumlu zarar kapsamına girip girmeyeceği, olumlu zarar karakteri taşıyan talebe göre farklılık gösterecektir. İmkânsızlık sebebiyle TBK m. 112 dolayısıyla olumlu zararın tazmini istenirse, kusurlu ifa imkânsızlığının sonucuna ilişkin baskın görüşe göre[1], ifa edilmeyen edimin değeri ve imkânsızlık sebebiyle uğranılan diğer zararlar, olumlu zararın kapsamını oluşturacaktır. Örneğin, ciltlemek üzere kitap teslim alan ciltçinin, kitapları tamamen kullanılmaz hale getirmesi sonucu oluşan zarar, imkânsızlık sebebiyle meydana gelen olumlu zarar kapsamında talep edilebilecektir[2].

Temerrüt halinde ise, aynen ifa ve gecikme tazminatı ya da para borçlarında aynen ifa yanında talep edilebilen olumlu zarar karakteri taşıyan temerrüt faizi ve aşkın zarar hesabında ifa edilmeyen edimin değeri hesaba katılmayacaktır. Zira bu durumlarda zaten aynen ifa halen talep edilmektedir[3].

Ancak temerrüt durumunda aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmininin istendiği hallerde, ifa edilmeyen edimin değeri ve gecikme dolayısıyla uğranılan

---

1 Bu hususta bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1, a.

2 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e**., s. 856. Ayrıca bkz. Y. HGK 14.01.2015 E. 2014/3-8 K. 2015/10 (kazancı) :*"Davacı, kendisine arsa tahsisinin yapıldığını, ancak satış bedelinin ödenmesine rağmen, davalı belediyenin arsa tahsislerini iptal ettiğini, bölgenin imar planının değiştirildiğini, arsanın devrinin talep edilmesinin imkânsız hale geldiğini ileri sürerek; arsanın dava tarihindeki rayiç değerinin tahsilini talep etmiştir. ....Geçerli sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle davacı, satış bedelini ödediğini ispat etmek koşuluyla **taşınmazın ifasının imkânsız hale geldiği tarihteki rayiç değerini** isteyebilir."*. Benzer yönde bkz. Y. 13.HD. 1985 01.07.1985 E. 2732 K. 4528 (Uygur, **C. III, 2003,** s. 3559).

3 Eren, **a.g.e**., s. 1131. Ayrıca bkz. Y. HGK 08.03.2017 E. 2017/13629 K. 2017/436 (kazancı): "*Resmi şekilde yapılmayan tapulu taşınmazın bağışına dair sözleşme hukuken geçersizdir. Geçersiz sözleşmeye dayanılarak iptal ve tescil istenemeyeceği gibi sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeni ile tazminat da istenemez ise de, mahkeme gerekçeli kararında da kabul edildiği ve davalı tarafından bu yönde temyiz olmaması sebebiyle davacı lehine usuli kazanılmış hak durumu oluştuğu üzere davalı kooperatif uzun yıllar protokoldeki taahhütlerini yerine getireceğine dair davacıda güven yaratmıştır. Bu halde akdin şekil şartı ile geçersizliğini ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ve davalı, protokole güven sebebiyle davacının uğradığı **müspet zararı** tazmin ile yükümlüdür. Davalının imzaladığı protokol gereğince hiçbir bedel ödenmeksizin arsayı davacıya devretme yükümlülüğü altında iken davacı bu arsayı davalının takas suretiyle devrettiği dava dışı Belediyeye mahkeme ilamı doğrultusunda **arsa bedeli ödeyerek** tapuda adına tescilini sağlayabilmiştir. Davacı, aralarındaki protokol hükümlerine göre **ödediği bu bedel kadar** zarara uğramıştır."*.

diğer zararlar olumlu zararı oluşturacaktır[4]. Bu durumda, ifa edilmeyen edimin değeri, alacaklının malvarlığında doğrudan bir azalma meydana getirerek, tazmini gereken olumlu zararın temel unsurunu oluşturmaktadır[5].

2. Edimin Yerine Getirileceği Düşüncesiyle Yapılan Masraflar

Edim yerine getirilseydi, alacaklının yine de yapacak olduğu masraflar, olumlu zararın hesabında göz önünde bulundurulamaz, alacaklı bunlara katlanmak zorundadır. Örneğin, sözleşme kurmak için yapılan noter masrafları, seyahat masrafları gibi. Çünkü bu tarz masraflar ile edimin yerine getirilmemesi arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır[6]. Bu masraflar, alacaklının o sözleşmeden sağlayacağı

---

4 Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda, ifa edilmeyen edimin değerinin hesaplanması sırasında, *bağımsız bölümlerin rayiç değerini* esas aldığı görülmektedir. Bkz. *"...Davacı BK.nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifaden vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibariyle piyasa rayiç bedellerinin, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir."* Y. 15. HD. 18.07.2005 E. 2004/6922 K. 2005/4298 (kazancı). Benzer yönde bkz. Y. 15. HD. 14.10.2005 E. 2005/5335 K. 2005/5448 (kazancı). Bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, işsahibine teslimi gerekecek bağımsız bölümlere özgülenecek arsa payları zaten işsahibinin uhdesinde bulunmaktayken, içinde yine bu arsa paylarının değerinin de bulunduğu bağımsız bölümlerin rayiç bedellerini yükleniciye ödetmek, işsahibine zaten yitirmediği bir şey olan arsa payının değerini bir de tazminat olarak vermek anlamına gelecektir. Bkz. Kurt, **a.g.e.,** s. 268. Bu sebeple doktrinde, ifa edilmeyen edimin değerinin, tamamlanmış eserin değerine değil, *işin tamamlanması için gereken masraflara* tekabül etmesi gerektiği savunulmuştur. Böylece işsahibi kendi arsası üzerine inşa edilen bağımsız bölümlerin tamamlandıkları anda maliki olacak ve rayiç bedel üzerinden satma imkânına sahip olacaktır. Bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi,** s. 145; Kurt, **a.g.e.,** s. 268. Ancak kanaatimizce bu durumda, ifa edilmeyen edimin değeri hesaplanırken, tamamlanmış kısmın rayiç değerinden arsa paylarının değerini çıkarmak da isabetli bir çözüm olacaktır. Yargıtay'ın da bu yönde kararı bulunmaktadır. Bkz. *"...davacı arsa sahibinin 11/250 hissesinin temerrüt tarihi itibariyle değerinin 20.130,00 TL olduğu, bu hissenin değeri olan 20.130,00 TL'nin toplam 372.449,80 TL alacak miktarından mahsup edilmesi ile birlikte davacı arsa sahibi ...'ın, yükleniciler ... ve ...'den talep edebileceği toplam miktarın 345.816,60 TL olduğu..."* Y. 23. HD. 06.12.2018 E. 2017/2252 K. 2018/5681 (kazancı). Ayrıca inşaatın, işsahibinin değil de yüklenicinin arsası üzerinde yapıldığı durumlarda, yüklenicinin temerrüdü üzerine olumlu zararını talep eden işsahibi, ifa edilmeyen edimin değerinin hesaplanmasında bağımsız bölümlerin rayiç değerinin esas alınmasını talep edebilecektir. Bkz. Kurt, **a.g.e.,** s. 269.

5 Yıldız, **a.g.t.,** s. 202.

6 Ergüne, **a.g.e.,** s. 59. Ancak başka bir sözleşme kurmak amacıyla yapılan masraflar, olumlu zarar çerçevesinde ileri sürülebilecektir. Örneğin, olumlu zararın somut metoda göre hesaplanması durumunda, ikame alım için yapılan masraflar da olumlu zarar içerisinde değerlendirilebilecektir. Bkz. Havutçu, **a.g.e.,** s. 74. Ödenmeyen alacak için ikame alım masrafları için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I, A, 5.

kazancın içerisinde yer almakta ve olumlu zararın tazminiyle birlikte karşılanmış olmaktadırlar[7].

Bu masrafların ayrıca tazmin edilmesi, ifa yerine getirilseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirilmesine yol açacaktır. Örneğin, satım sözleşmesinde satılan malın değeri, 1.000 TL olarak kararlaştırılmış, bu sözleşmenin kurulması için 100 TL seyahat masrafı, 50 TL de nakliye masrafı yapılmıştır. Satıcının temerrüde düşmesi üzerine, ifadan vazgeçip olumlu zararını isteyen alıcının, mal zamanında teslim edilseydi onu 1200 TL'ye başkasına satacağını ispatlaması halinde, net kâr kaybı (1200-1150=) 50 TL olacaktır. Sözleşme kurma masraflarının ayrıca istenebileceği kabul edilseydi, bu 50 TL'ye 150 TL daha eklenmesi gerekecek ve toplam zarar 200 TL olacaktı. Ancak bu durumda sözleşme düzgün ifa edilseydi elde edilebilecek kârdan daha fazla bir miktar elde edildiğinden, bu durum tazminatın telafi edici işleviyle bağdaşmayacaktır[8].

İstisnai olarak, sözleşmeden doğan borç ifa edilseydi, alacaklının yaptığı masrafları bir üçüncü kişiden elde edebileceği durumlarda, sözleşme yapma masraflarının da olumlu zararın kapsamına dahil olabileceği kabul edilmektedir[9].

Bunun gibi alacaklının, karşı edimi kabul etmek, kendi edimini muhafaza etmek amacıyla yaptığı masraflar (depo masrafları, sigorta primleri gibi) da bazı durumlarda olumlu zarar kapsamında talep edilebilecektir. Alacaklının malları depo etmek için bulduğu yerin *gecikme sırasında işleyen kirası* bu duruma örnek oluşturabilecektir.

Örneğin, otel sahibi A, mobilyacı B'den otelinde kullanılmak üzere yüklü bir mobilya alımı yapmış ve taraflar 1 Ocak 2018 tarihinde A'nın eşyaları teslim alacağı hususunda anlaşmışlardır. Sipariş edilen mobilyaların hepsini dükkanında muhafaza etmek için yeterli yeri olmayan B, bir depo tutmuştur. 1 Ocak 2018 tarihinde A'nın malları teslim almaya gelmemesi ya da A bu tarihte malların bedelini ödemediği için

---

7 Ergüne, **a.g.e.,** s. 60.

8 Benzer şekilde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 60, dpn. 202.

9 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855, dpn. 2.

B'nin ödemezlik def'inde bulunması sonucu, B'nin mobilyaları bir süre daha depoda tutması gerekmiştir. Bu takdirde, deponun gecikme anına kadarki masraflarının değil de gecikme anından itibaren masraflarını, B, A'dan olumlu zarar kapsamında talep edebilecektir.

Diğer bir örnek olarak, C'nin D'den 300 kilo ceviz satın aldıktan ve teslimin 1 Ocak 2018'de yapılacağı kararlaştırıldıktan sonra, C cevizleri beş ay muhafaza etmek zorunda olduğundan beş aylığına bir depo tutmuştur. D'nin cevizleri üç ay gecikmeli olarak 1 Nisan'da teslim etmesi durumunda, gecikilen üç aylık süre için depo masraflarının olumlu zarar kapsamında talep edilmesi mümkündür. Ya da D'nin cevizleri hiç teslim etmeyeceğinin anlaşılması üzerine, C'nin depo kirasına ilişkin sözleşmeden dönmesi üzerine beş aylık depo kirasından daha fazla bir tazminat ödemek durumunda kalmış olması ihtimalinde, depo kirasını aşan bu kısım için, C'nin olumlu zararının karşılanması gerekmektedir.

Doktrinde eğer ifayı elde etmek için alacaklının da bizzat hazırlık yapması gerekiyorsa, faydasız kalan bu hazırlıkların gerektirdiği masrafların da olumlu zarar kapsamda istenebileceği ileri sürülse de[10] kanaatimizce bu tür masraflar ifa gereği gibi yerine getirilseydi de yapılacak olan masraflardan olduğu için, bunların olumlu zarar olarak tazminleri mümkün değildir.

3. Alacaklının Alacağını Elde Etmek Amacıyla Yaptığı Masraflar

Borçlunun borca aykırı davranması üzerine, alacağını elde etmek isteyen alacaklının bazı masraflar yapması gerekecektir. Alacağın gereği gibi ifasına menfaati olan borçlunun, bu masrafları da olumlu zarar kapsamında talep edebilmesi mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken, yapılan masrafların borca aykırılık ile illiyet bağının olmasıdır. Borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı da bu masrafların yine de yapılacağı söylenebiliyorsa, bu masrafların olumlu zarar kapsamında istenebileceğini söylemek mümkün olmayacaktır[11]. Masrafların olumlu zarar

[10] Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 925.

[11] Barlas, **a.g.e.,** s. 196.

kapsamında talep edilebilmesinin diğer bir şartı da yapılan masrafların makul ölçüde olmasıdır[12]. Aşağıda bahsedilecek bu masraflar, temerrüt ihtarı için yapılan masraflar dışında, olumlu zararın talep edildiği her hal için talep edilebilecektir[13].

a. Hukuki Uyuşmazlığın Çözümü Amacıyla Yapılan Masraflar

Bu masraflar genel olarak karşımıza, ihtar masrafları, icra ve harç giderleri, diğer yargılama giderleri, avukatlık ücreti ve tahsil bürosu masrafları olarak çıkmaktadır.

(1) İhtar Masrafları

-Genel Olarak: Borcun ifa günü gelmesine rağmen, alacağına ulaşamayan alacaklının, borçluya ihtar çekmesi mümkündür ve bu ihtar sebebiyle alacaklının bir zarara uğradığı açıktır. İhtar masrafları; telefon ve telgrafla yapılan ihtarlarda; telefon ücreti ve PTT'ye ödenen paralar; yazılı ihtarlarda; kırtasiye, posta masrafları; eğer noter aracılığıyla yazılı ihtarda bulunulmuşsa noter keşide ve tebliğ masrafları; ihtarname hazırlanımında avukata başvurulmuşsa avukata ödenen giderler gibi giderlerdir[14]. Avukata ödenen bu giderler ancak, alacaklının, borçlunun borcunu kolaylıkla kabul edeceğini tahmin edemeyeceği durumlarda tazmin edilmelidir[15].

-Temerrüt İhtarı: Borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan ihtarların olumlu zarar kapsamında istenip istenemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Temerrüt ihtarının, bir ihtarname dışında bir dava dilekçesinin ya da ödeme emrinin tebliğiyle yapılması durumunda da aynı soruların cevaplanması gerekecektir.

Türk ve İsviçre doktrini ve uygulaması açısından bir görüş; borçlu temerrüdü durumuna ilişkin borçluyu temerrüde düşürme dışında yapılan, diğer bir deyişle borçlu temerrüde düştükten sonra yapılan ihtarların, bu kapsamda kabul edilmesi

---

12 Barlas, **a.g.e.,** s. 197.

13 İmkansızlık halinde de, alacaklının alacağına ulaşmak için yaptığı masrafların olumlu zarar kapsamında talep edilebileceğine ilişkin bkz. Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 269.

14 Barlas, **a.g.e.,** s. 197; **Christoph Benicke, Aeneas Nalbantis, Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243-304,** 13. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 286, N. 220.

15 **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 220.

gerektiğini ileri sürmektedir. Zira borçlu temerrüdünde, temerrüdün kendi lehine olan sonuçlarından yararlanmak için, alacaklı bu masrafı her halde yapacaktır[16].

Bu doğrultuda bir başka görüş ise, temerrüt ihtarı masraflarının, borçludan istenip istenemeyeceği bakımından, *"aynen ifa ve gecikme tazminatının"* ya da *"aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın"* istenmesine göre, farklı sonuçlara varılmıştır. Aynen ifa ve gecikme tazminatı istendiği durumlarda, ihtar masrafının temerrüdün gerçekleşmesinin gereği olduğu düşünülerek, bunun temerrütten doğan bir zarar olarak istenemeyeceği kabul edilmiştir. Fakat aynen ifa ve gecikme tazminatı yerine olumlu zarar talep edilmişse, ihtar masraflarının ifa etmemeden doğan masraf olarak borçluya tazmin ettirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir[17].

Kanaatimizce uygun olan başka bir görüş ise, bu konuda herhangi bir ayrıma gidilmeksizin alacaklının yaptığı bütün ihtar masraflarının olumlu zarar kapsamında istenebileceğini ileri sürmektedir[18]. Zira her durumda bu masraflar, hepsi borca aykırı davranışın neticesi olup, ifa gereği gibi yerine getirilseydi yapılmayacak masraflardandır. Temerrüt bir dava dilekçesinin ya da ödeme emrinin tebliğiyle meydana gelmişse, ihtar niteliğindeki tebliğ masrafının da borçluya ait olması gerekmektedir[19].

Alman hukukunda[20] ise, temerrüt ihtarı bakımından yapılan masrafların, olumlu zarar (gecikme tazminatı, aşkın zarar da dahil olmak üzere) kapsamında istenemeyeceği, doktrin ve uygulamada kabul görmektedir.

---

16 Barlas, **a.g.e.,** s. 199; Albaş, **a.g.e.,** s. 197; Becker, **a.g.e.,** Art. 102, N. 23; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 138; Schenker, **a.g.e.,** s. 98, 113; Yıldız, **a.g.e,** s. 34. Bu yönde Alman hukukundaki görüş için bkz. **Manfred Löwisch, Cornelia Feldmann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht I),** Berlin, Sellier- de Gruyter, 2014**,** § 286, N. 225.

17 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 1240, dpn. 12; Eren, **a.g.e.,** s. 1145.

18 Gauch, Schluep, Schmidt, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2673; Akar Öçal, "Aşkın Zarar", **EİTİAD,** C. 3, 1967, s. 152; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 191.

19 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 138.

20 **StaudingerK- Löwisch, Feldmann,** § 286, N. 221 vd.; **Harm Peter Westermann, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Herausgegeben von Harm Peter Westermann, Barbara Grünewald, Georg Maier Raimer,** 14. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Rechtsverlag, 2014, § 280, N. 37; **SoergelK- Benicke, Nalbantis**, § 286, N. 219, 220; **Wolfgang Ernst, Münchener**

-Temerrüdün oluşumundan sonra borçluya gönderilen ihtarlar ve hatırlatıcı değer taşıyan diğer ihtarlar: Bu ihtarların olumlu zarar kapsamında istenip istenemeyeceği konusunda hakim görüş[21]; bunların da tahsil edilebileceği yönündedir. Zira alacaklı, doğrudan dava açmak ya da takip yapmak suretiyle daha fazla masrafta bulunmadan önce, borçlusunu tekrar uyarmak isteyebilir. Ayrıca bu durum, borçlunun da daha menfaatine olacaktır. Zira hatırlatıcı ihtarlar yapılması, borçlunun tazmin edeceği zararın düşük tutulmasındaki menfaati açısından, doğrudan dava açılması yoluna gidilmesinden daha avantajlıdır[22]. Bu şekilde yapılan hatırlatma ihtarı masrafı, borçlu temerrüt halindeyken doğan bir masraf olduğu için de olumlu zarar olarak istenebilecektir.

Başka bir görüşe[23] göre ise, temerrüde düşen borçluya karşı dava açma veya icra takibinde bulunma imkânına sahip olan alacaklının, bunun yerine yeni bir ihtarda bulunması gereksiz bir davranıştır ve bu sebeple yapılan masrafların talep edilmesi mümkün değildir. Ayrıca borçlu üzerinde baskı kurulmasının bu yolla sağlanması hukuki bir değer taşımamaktadır, yapılması gereken dava açma ya da takipte bulunma yoludur. Diğer yandan defalarca ihtarda bulunma suretiyle de alacaklı, hem ekonomik hem de manevi olarak yük altına sokulmaktadır.

Kanaatimizce de uygun olan diğer bir görüş ise, daha masraflı bir yol olan dava açma ve takipte bulunma imkânına başvurmadan önce, borçlusuna bir kaç defa daha hatırlatmada bulunarak alacağına ulaşmak isteyen alacaklının ihtar masraflarının da karşılanması gerekmektedir. Ancak bu konuda bir sınırlama bulunmalıdır[24]. Kural olarak iki ya da üç ihtardan sonrası hakkaniyete uygun bulunmamaktadır[25]. Gereksiz olmadığı ve sonuç vereceği kanaati oluştuğu sürece, yapılan tüm ihtar masraflarına

---

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Shuldrecht Allgemeiner Teil § 241-432, 7. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2016, § 286, N. 157, 158, 159.

21 **PalandtK-Grüneberg**, § 286, N. 44; **MünchK-Ernst,** § 286, N. 159; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 222; Barlas**, a.g.e.,** s. 199.

22 **SoergelK-Benicke-Nalbantis**, § 286, N. 220.

23 Barlas**, a.g.e.,** s. 199.

24 **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 220; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 224.

25 **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 220; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 224.

borçlunun katlanması gerekir[26]. Böylece yapılan hatırlatma ihtarlarının makul sayıda olması ve bu yolla alacağına ulaşabileceği yönünde haklı sebebin bulunması gerekmektedir. Örneğin, borçlunun ifada bulunmayacağını baştan ve kesin bir biçimde bildirmesine rağmen yapılan ihtarların, olumlu zarar kapsamında talep edilememesi gerekmektedir[27]. Yine borcuna karşı herhangi bir itirazda bulunmamış olan borçlunun, avukatına karşı ihtarda bulunulmuş olması durumunda da bundan kaynaklanan masrafın tazmini istenememelidir[28].

Temerrüt dışında olumlu zarar talebine yol açan diğer borca aykırılık halleri için de alacaklının alacağına kavuşmak maksadıyla, borçluya ihtarda bulunması mümkündür. Örneğin imkânsızlık halinde, edimin imkânsızlığa uğradığını bilmeyen alacaklının ediminin ifasını talep etmek için borçluya ihtar çekmesi bu kapsamda düşünülebilecektir. Yine kötü ifa halinde, teslim edilen edimdeki ayıpların gözden geçirme işlemi tamamlandıktan sonra ayıpların ihbar edilmesi masrafları da bu kapsamda düşünülebilecektir.

(2) İcra ve Harç Giderleri

İcra takibi sonunda borçlu olduğu iddia edilen kimsenin, borçlu olduğu anlaşılırsa, icra harç ve giderlerinden ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın borçlu sorumlu olacaktır[29]. Bu harç ve giderlerin tahsil edilmesi için artık, borçlunun ayrıca takip edilmesine ve bu konuda hüküm verilmesine gerek olmayacaktır (İİK m. 15/f. 1). Diğer bir deyişle bu giderlerin, olumlu zarar kapsamında talep edilmelerine gerek yoktur. Hakim doğrudan bu giderlerin tazmininden kimin sorumlu olduğuna karar verecektir. Hakimin hükmüyle, alacaklının olumlu menfaati karşılanmış olacaktır. Eğer alacaklı hakimin hükmettiğinden fazla bir gideri olduğunu savunuyorsa, usul hukukunda ayrıca bir düzenleme yapılmış olduğundan, kanaatimizce bunu ayrıca

---

26 **BernerK-Weber,** Art. 102, N. 108.

27 Karş. **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 220; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 224; Albaş, **a.g.e.,** s. 198. Bu tür zararlar, ayrıca alacaklının iradesi içerisinde olduğundan zarar olarak değerlendirilemeyecektir. Zira zararın varlığı için, alacaklının iradesi dışında gerçekleşmesi gerekmektedir. Bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 549.

28 **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 222.

29 Kuru, **İcra,** s. 74; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 198.

olumlu zarar kapsamında talep edememesi gerekmektedir. İcra takip giderleri bakımından da bu prensibin geçerli olacağı söylenebilecektir.

(3) Diğer Yargılama Giderleri

Tarafların, davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödedikleri paraların tümüne yargılama giderleri denir[30]. HMK m. 323'te *yargılama giderleri* belirtilmiştir. Bu giderler; celse, karar ve ilam harçları[31]; dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri; dosya ve sair evrak giderleri; geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler[32]; keşif giderleri; tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler; resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler; vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri; *vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti;* yargılama sırasında yapılan diğer giderlerdir[33].

Yargılama giderleri yukarıda sayılanlardan ibarettir. Bunun dışındaki giderlerin, davayı kaybedenden yargılama gideri olarak istenmesi mümkün değildir. Mesela davayı kazanan tarafın, bir hukukçudan alıp dosyaya ibraz ettiği bilimsel mütalaa, özel olarak yaptırdığı bir delil tespit raporu ya da bilirkişi raporu yargılama gideri olarak davayı kaybeden taraf yükletilemez[34]. Yargılama giderleri, peşin olarak davacı tarafından ödenirler[35].

---

30 Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku,** İstanbul, Legal, 2016, s. 814; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,** 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 536.

31 Yargılama harçları için bkz. Kuru, **Medeni Usul,** s. 811 vd.; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **Medeni a.g.e.**, s. 537 vd.

32 İhtiyati tedbir ve delil tespiti giderleri de yargılama giderlerine dahildir. Bu sebeple, mahkemece resen hüküm altına alınır ve ayrı bir dava konusu yapılamaz. Bkz. Kuru, **Medeni Usul,** s. 819.

33 Kuru, **Medeni Usul,** s. 814 vd.

34 Kuru, **Medeni Usul,** s. 815, 816.

35 Kuru, **Medeni Usul,** s. 816.

HMK m. 326'da ise, yargılama giderlerinin[36], aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Dava sonucunda tarafların her biri kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderlerine tarafların haklılık oranına göre karar verilecektir.

Yargılama masraflarının karşılanması görüldüğü gibi usul hukukunda düzenlenmiştir. Ancak bu masrafların karşılanması, hem usul hukukunca hem de maddi hukukça sağlanabilecekse de, usul hukuku kurallarına göre karşılanması uygulamada ağır basmaktadır[37].

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken bir husus da 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereğince ödenecek arabuluculuk ücretine de yargılama gideri olarak hükmedilip edilemeyeceğidir. Arabuluculuk Kanunu m. 18A/f. 13 gereğince, tarafların anlaşmamaları durumunda görüşme süresine bağlı olarak Adalet Bakanlığı bütçesinden veya taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti yargılama giderlerinden sayılmıştır. Arabuluculuk faaliyeti sonrası uzlaşma sağlanmaması neticesinde yapılan yargılama sonucunda, bu yargılama giderlerine de hükmedilecek ve bununla davayı kazanan tarafın olumlu menfaatinin giderildiği söylenebilecektir.

Ayrıca uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi durumunda da Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'nun 16/B maddesi sayılan yargılama giderleri de olumlu zararın tazmini kapsamında görülebilecektir. Bu giderler; hakemlerin ücreti, hakemlerin yol ve diğer masrafları, hakem mahkemesi tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvurulan diğer kişilere ödenen ücretler ve keşif giderleri, hakem mahkemesinin onayladığı ölçüde tanıkların yol ve diğer masrafları, hakem mahkemesinin davayı kazanın tarafın varsa vekili için avukatlık asgari tarifesine göre

---

36 Örneğin ispat işlemleri dolayısıyla yapılan masraflar, tazmin edilebilir masraflardır. Bkz. **SoergelK-Benicke-Nalbantis**, § 286, N. 219. Alacaklının borçlunun kimliğini tespit bakımından dedektif tutmak zorunda kaldığı durumlarda, bu masrafın da tazmin edilebilir olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 228.

Ayrıca borçlunun temerrüde düşmesi üzerine, ödememe olgusunun, noter veya mahkeme kanalıyla tespit ettirilmesi halinde, bundan doğan masrafların, olumlu zarar kapsamında istenememesi gerekmektedir. Zira temerrüt üzerine böyle bir tespit yapılması, olağan olmamakla birlikte, alacağın tahsil edilmesi amacına da yönelik değildir. Bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 197; Yıldız, **a.g.t.,** s. 143.

37 **SoergelK-Benicke-Nalbantis**, § 286, N. 219.

takdir ettiği vekâlet ücreti, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçları, tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderlerinden oluşmaktadır. Bu giderlerden sorumluluk, MTK m. 16/D uyarınca taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece haksız çıkan tarafa aittir[38].

Sonuç olarak, yargılama masraflarının da maddi hukuk vesilesiyle olumlu zararın tazmini kapsamında istenmesine gerek olmaksızın, bu masraftan kimin sorumlu olacağına usul hukuku kuralları gereğince hakim re'sen karar verecektir (HMK m. 332). Hakimin vereceği karar ile, alacaklının olumlu zararı karşılanmış olacaktır. Kişinin hakimin hükmettiğinden fazla bir zararı varsa, bunu usul hukukundaki açık düzenlemeler neticesinde, olumlu zarar kapsamında kanaatimizce talep edememesi gerekmektedir.

(4) Avukatlık (Vekâlet) Ücreti

Avukatlık ücreti iki çeşittir. Bunlardan biri vekâlet veren ile avukat arasındaki avukatlık ücreti, diğeri de yargılama gideri olan vekâlet ücretidir (HMK m. 323/ğ). Yargılama gideri olarak karşı tarafa yükletilecek olan vekâlet ücreti, davada haklı çıkan tarafın avukatı ile kararlaştırmış olduğu avukatlık ücreti olmayıp, tarifeye göre hesaplanacak objektif bir avukatlık (vekâlet) ücretidir[39].

Yargılama giderlerinden avukatlık ücreti (vekâlet ücreti) hususu ayrı bir önem arz etmektedir. Yargılama giderleri (HMK m. 323) kapsamındaki vekâlet ücreti, avukatlık asgari ücret tarifesinde yazılı miktardan az veya bunun üç katından fazla olmamak üzere, *mahkemece re'sen tayin olunan* ve kural olarak aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenen ücrettir[40]. Hukukçu olmayan bir alacaklının, borçlunun borcunu hiç ya da kötü ifa etmesi ya da ödemede gecikmesi üzerine ne tür haklara sahip olduğu ve ne şekilde davranması gerektiğini konusunda bilgi sahibi olması beklenemez. Bu sebeple, alacaklının avukata danışması ve avukat aracılığıyla alacağına kavuşması ya da zararını tazmin etttirmesi mümkündür. Avukata emeği

---

38 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim,** 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 321 vd.

39 Kuru, **Medeni Usul,** s. 820; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **a.g.e.,** s. 539 vd.

40 Albaş, **a.g.e.,** s. 199.

karşılığında ödenecek ücretin de yargılama gideri olarak hakim tarafından re'sen davalı tarafa yükletilmesi mümkündür[41].

Mahkemece re'sen takdir olunan bu vekâlet ücreti, avukata aittir[42] (Av. K. m. 164/f. 5). Ancak bu ücretin avukata ödenebilmesi için davacı tarafından tahsil edilmesi gerekir[43]. Bu sebeple, bu şekilde hükmedilen yargılama giderlerinden olan avukatlık ücreti ile davacının olumlu zararının karşılandığı söylenebilecektir.

Fakat avukat ve müvekkil arasında kararlaştırılarak HMK m. 323 kapsamında belirlenen vekâlet ücreti miktarını aşan avukatlık ücreti de kararlaştırılabilecektir. Vekâlet ücreti, vekâlet veren ile vekili arasında serbestçe düzenlenebilecekse de (Av. K. m. 163) tarifedeki asgari miktarın altında olamayacaktır (Av. K. m. 164/f. 4). Taraflarca kararlaştırılacak ücret, yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut belli bir yüzdesi olarak kararlaştırılabilecektir. (Av. K. m. 164/f. 2). Bu ücretin de olumlu zarar kapsamında borçludan istenip istenemeyeceği tartışmak gerekmektedir.

Bir görüşe[44] göre, avukatlık ücreti, ancak yargılama sonucunda hükmedilmemişse, borçludan olumlu zarar kapsamında istenebilecektir.

Başka bir görüş[45], her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

Diğer bir görüş[46] ise, avukatlık ücretini ayrıca belirtmeksizin, doğrudan hukuki takip giderlerinin olumlu zarar kapsamında olacağını belirtmektedir. Bu görüş[47], herhangi bir gerekçe göstermeksizin, avukata ödenen bütün ücretin olumlu zarar kapsamında borçludan talep edilebileceğini savunmaktadır.

---

41 Albaş, **a.g.e.,** s. 199.

42 Bu hükmün genel prensiplere ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yargılama gideri ve bunun kime ait olacağı ilkesine aykırılık oluşturduğuna ilişkin bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **a.g.e.,** s. 541.

43 Kuru, **Medeni Usul,** s. 823. Y. 13. HD. 08.05.2007 E. 2007/2762 K. 2007/6353 (kazancı); Y. 3 HD. 03.06. 2008 E. 2008/7101 K. 2008/10041 (kazancı).

44 Schenker, **a.g.e.,** s. 112.

45 Becker, **a.g.e.,** s. Art. 103, N. 13. Avukata verilen takip ve danışma ücretinin aşkın zarar kapsamında istenebileceğine yönelik bkz. Öçal, **a.g.m.,** s. 152.

46 Karş. Eren, **a.g.e.,** s. 1131.

47 Öçal, **a.g.m.,** s. 152; Önen, **a.g.e.,** s. 73. Karş. **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 228.

Bu konuda doktrinde başka bir görüş[48], yargılama sonucu hükmedilen vekâlet ücretini aşan kısmın ayrıca talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu görüşü kabul edenlerden bir kısmı, kesin hüküm esasına aykırılık sebebine dayanmaktadır. Zira, hakim esasa ilişkin hüküm verirken, ayrıca talep edilmiş olmasa bile[49], yargılama masraflarından kimin sorumlu olacağına da karar verecektir (HMK m. 332). Kararın kesin hüküm halini alması sonrasında, ayrıca kararda yer alanın dışında bir yargılama masrafının borçluya yöneltilmesi, kesin hüküm esasına aykırılık teşkil edecektir. Bu görüşe göre, her ne kadar bu sonuç, kötü niyetli borçluyu koruyor gibi görünse de bu sakıncayı HMK m. 329 giderecektir. Zira bu hükme göre, kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir.

Yargılama sonucu hakimin belirlediği avukat ücreti (vekâlet ücreti) dışında kararlaştırılmış fazla miktarın talep edilemeyeceğini savunan aynı yöndeki başka bir görüş ise, farklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Buna göre, mahkemeye başvuru yoluyla alacağını elde etmek için masraflarda bulunan alacaklının, masraflarının tazmini hususunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ayrıca düzenlendiği ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konudaki hükmün, Türk Borçlar Kanunu karşısında özel hüküm niteliğinde olduğundan hareketle, fazla miktarın tazmininin talep edilemeyeceğini savunmaktadır[50].

Bu son görüş kanaatimizce de isabetlidir. Ancak bu durum, mahkemenin verdiği kararın, alacaklının olumlu zararını giderdiği sonucunu değiştirmeyecektir.

Buna karşın, yargılama öncesi yapılan giderler, eğer tazminat talebinin dava edilebilirliği bakımından gerekli ve isabetli ise ve mahkeme tarafından sağlanan yargılama tazminatının içerisine dahil değilse, yargılama öncesi avukat ve uzman kişi

---

48 Albaş, **a.g.e.,** s. 201; Barlas**, a.g.e.,** s. 201

49 Y. İBK. 29.5.1957 E. 4 K. 16 (kazancı).

50 Albaş, **a.g.e.,** s. 202. Doktrinde Pekcanıtez, Atalay, Özekes de dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmesi gereken vekâlet ücretinin, ayrı bir dava ile talep edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **a.g.e.** s. 543.

masraflarının ayrıca olumlu zararın tazmini talebi içerisinde ileri sürülmeleri mümkündür[51].

(5) Tahsil Bürosu (Inkassobüro) Masrafları

Alman hukukuna özgü bu bürolar, resmi izinle kurulu ve alacağın tahsiline belirli bir ücret karşılığında aracılık eden kurumlardır[52]. Bu bürolara ödenen paranın da olumlu zarar olarak istenebileceği genellikle kabul edilmektedir[53]. Fakat alacaklı, borçlunun ödemede bulunmayacağını beyan etmesine rağmen ya da borçlunun yeterli ödeme gücü bulunmadığını bilmesine rağmen tahsil bürosuna başvurmuşsa, büroya yapılan ödemelerin tazmini istenemeyecektir[54].

Türk hukuku bakımından da alacağın bir ücret karşılığında tahsil edilmesi için temlik edildiği durumlarda (factoring şirketlerine ve bankalara tahsil için temlik) verilen ücret ve komisyonların tazmin edilip edilmeyeceği incelenmelidir. Bu masrafların tazmini için, alacaklının alacağını tahsil için önce kendisinin kişisel çaba göstermiş ama sonuçsuz kalmış olması aranmaktadır[55]. Alacaklının bir tahsil bürosunun çalışmasını gerekli görmesi ve bunun için bazı masraflar yapmış olması halinde, bu faaliyet başarısız olmuş ve bir avukata başvurulmuşsa da masrafların tazmini gerekecektir. Ancak avukata başvurulmasının zorunlu olacağının baştan biliniyorsa, tahsil bürosu için yapılan masrafların tazmini mümkün olmamalıdır[56]. Ayrıca tahsil bürosu için yapılan masrafların tazmin edilip edilmeyeceği hususunda, tahsil bürosunun daha hızlı sonuç elde edip edemeyeceği, avukata başvurulması

---

51 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 143-144. Örneğin temerrüde düşen borçluya yapılanihtar için bir avukattan hukuki yardım alınmışsa, bu masraf temerrüt ile uygun illiyet bağı içerisinde olduğundan borçludan tazmin edilebilecektir. Bkz. Ayrancı, **a.g.e.,** s. 192.

52 **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 222 vd.; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 231; **MünchK**-Ernst, § 286, N. 160; Wolfgang Jäckle, "Die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Inkassobüros", **JZ,** 1978, N. 20, s. 675 vd.

53 Curt Ferdinand, Freiherr von Stackelberg, "Ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner nach §286 BGB Erstattung der Kosten eines Inkassobüros unter dem Gesichtspunkt ders Verzugsschadens zu verlangen?", **BB,** 1965, Heft: 22, s. 892; Jäckle, **a.g.m.,** s. 677; Schenker, **a.g.e.,** s. 112, 113 **PalandtK-Grüneberg**, § 286, N. 46.

54 **MünchK-Ernst,** § 286, N. 160 vd.; **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 222 vd.; Jäckle, **a.g.m.,** 678.

55 Ayrancı, **a.g.e.,** s. 194.

56 Ayrancı, **a.g.e.,** s. 195.

durumunda bunun ticari ilişkilere zarar verip vermeyeceği ve daha fazla masrafa yol açıp açmayacağı gibi hususların da değerlendirilmesi gerekecektir[57].

b. Seyahat Masrafları

Alacaklı, alacağını elde etmek maksadıyla yaptığı seyahat masraflarını da olumlu zarar kapsamında isteyebilecektir. Örneğin, bir makine teslim borcu altında olan borçlunun temerrüde düşmesi üzerine benzer bir makineyi başka birinden kiralamak zorunda kalan alacaklının yaptığı ilave yol masrafları[58], alacaklının fiilî zararlarını oluşturur.

Yapılan masrafın borca aykırılık ile illiyet bağı içerisinde olması gerekeceğinden, gereği gibi ifa halinde de yapılacak seyahat masrafları dışındaki seyahat masrafları karşılanmalıdır. Diğer bir deyişle, alacaklının bir yükümlüğü olmamasına rağmen yaptığı yahut borç gereği gibi ifa edilseydi de yapılacak olan masrafların tazminine gerek yoktur.

Örneğin, aranılacak borçlarda, alacağını almak için belirlenen yere giden alacaklının yaptığı yol masrafı, olumlu zarar kapsamında talep edilemeyecektir[59]. Bunun gibi borçlunun götürmesi gereken (götürülecek borç) bir borç bulunmasına rağmen, alacaklı borçlunun yerleşim yerine gitmişse veya aranılacak bir borcun söz konusu olması durumunda alacaklı ifa yerine ifa gününde bir kereliğine gitmişse yol masraflarını gereği gibi ifa durumunda da zaten yapacağı için zarar olarak talep edemeyecektir. Fakat aynı edimin ifa edileceğini bildirerek borçlu, alacaklıyı bir kez daha çağırmış ya da başka bir sebeple alacaklı ifa yerine ikinci bir kez gitmek durumunda kalmışsa bu yolculuk için masraflar gecikme zararı kapsamında sayılmalıdır[60].

Borçlu ödemede bulunmayacağını beyan ettiği için ifa yerine gitmeyen borçlunun, sonrasında ödeme yapılacağının beyan edilmesi üzerine ödeme yerine ilk sefer olarak gitmesi sonucu yaptığı seyahat masrafları, borcun gereği gibi ifası

---

57 Ayrancı, **a.g.e.,** s. 196.

58 **BernerK-Weber, a.g.e.,** Art. 103; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 145.

59 Albaş, **a.g.e.,** s. 199, Barlas**, a.g.e.,** s. 197.

60 Schenker, **a.g.e.,** s. 111, 112.

halinde de yapılacak masraf olduğu için talep edilemeyecekse de bu süre zarfında seyahat masraflarında artış meydana gelmişse, bu artışın olumlu zarar kapsamında istenebilmesi mümkün olmalıdır[61].

Diğer bir kıstas olarak da yapılan masraf açısından alacaklının haklı bir gerekçesi olmalıdır. Taraflar arasındaki önceki ilişkilerde bu yönde bir teamül oluşmamışsa veya borçlunun daveti gibi bir durum söz konusu değilse, yapılan masrafın talep edilmesi mümkün olmamalıdır[62].

Seyahat masraflarının alacaklıdan talep edilebilmesi için, ayrıca yapılan masrafların makul ölçüde olması aranmalıdır. Masrafların makul olup olmadığı belirlenirken somut olayın özellikleri dikkate alınıp dürüstlük kuralı gereğince sonuca varılmalıdır[63]. Yapılan masraflar makul ve ölçülü değilse, ya uygun illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle zararın belirlenmesi aşamasında makul ve ölçülü olmayan kısma ilişkin talep reddedilmeli ya da alacaklının zararın oluşmasında birlikte kusuru gerekçesiyle tazminatın belirlenmesi aşamasında indirime gidilmelidir. Bu duruma örnek olarak, alacaklının uçak ya da otomobille gidebileceği bir yere, helikopter kiralayarak gitmesi gösterilebilir. Bu durumda, alacaklının sadece uçak bileti veya benzin fiyatı kadar bir zararının oluştuğunu kabul etmek gerekecektir[64].

4. Alacaklının Taraf Olduğu Başka Bir Hukuki İlişkinin Olumsuz Etkilenmesi Sebebiyle Oluşan Zararlar

Alacaklının gereği gibi bir ifa beklentisi dolayısıyla, edim üzerinde başka hukuki işlemlerde bulunmuş olması doğaldır. Fakat borca aykırılık dolayısıyla, alacaklının tarafı bulunduğu bu hukuki ilişkiler de olumsuz etkilenecektir[65]. Alacaklının da kendi alacaklısına karşı borca aykırılıktan kaynaklanan bazı yükümlülükleri olacak ya da bu ilişkisinin olumsuz etkilenmesi dolayısıyla bazı ek

---

61 Barlas**, a.g.e.,** s. 197; Yıldız, **a.g.t.,** s. 142. Benzer yönde bkz. Schenker, **a.g.e,** s. 112.

62 Albaş, **a.g.e.,** s. 200.

63 Albaş, **a.g.e.,** s. 200.

64 Yıldız, **a.g.t.,** s. 142.

65 **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 218; Aral, **Kötü İfa,** s. 163; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 269.

masraflarda bulunması söz konusu olabilecektir. Bu masraflar, pasifin artması dolayısıyla olumlu zararın fiilî zarar kısmına dahil olmaktadırlar[66]. Bu durumda sorumluluk menfaati *(Haftungsinterresse)* söz konusu olur.

Örneğin, borçlu temerrüdü durumunda, alacağını zamanında alamayan alacaklı, kendi alacaklısına temerrüt faizi ve şartları varsa aşkın zarar ödemek durumunda kalabilecek veya borcunu zamanında ödeyebilmek için yüksek faizle kredi almak durumunda kalabilecektir[67]. Ya da borca aykırılık dolayısıyla alacaklının kendi alacaklısına ceza koşulu ya da tazminat ödemesi de söz konusu olabilecektir[68].

Alacaklının alacağını alamaması dolayısıyla kendi alacaklısına ödediği pey akçesi ya da cayma tazminatı da bu kapsamda düşünülebilecektir[69]. Ya da alacaklının alacağını elde edememesi dolayısıyla kendi alacaklısı tarafından yapılan icra veya iflas yoluyla takip neticesinde mallarının haczedilip düşük bedelle satılması dolayısıyla da zarara uğraması mümkündür[70]. Yine alacaklının kendi alacaklısına borca aykırı davranması sebebiyle teminat vermek durumunda kalmasından dolayı zarara uğraması ya da kendi alacaklısının dava açması sonucu, davayı kaybetmesi yüzünden ödemek durumunda kalacağı yargılama masrafları olabilecektir[71]. Alacaklının kendi alacaklısını, ifanın sonradan yapılacağı yönünde oyalaması sonucunda, ikinci alacaklının bu süre içerisinde yaptığı masrafları da talep edebilmesi söz konusu olabilecektir[72].

Alacaklının kendi alacaklısına bu yükümlülükler dolayısıyla yaptığı ödemelerin ve uğradığı diğer zararların da illiyet bağı kurulduğu ölçüde olumlu zarar

---

66 Aral, **Kötü İfa,** s. 163.

67 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 103, N. 4; Schenker, **a.g.e.,** s. 109, 110; Keller, Schöbi, **a.g.e.,** s. 269; **BaslerK-Wiegand,** Art. 103, N. 6; Albaş, **a.g.e.,** s. 203; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 152.

68 Schenker, **a.g.e.,** 109, 110; **SoergelK-Benicke-Nalbantis**, §286, N. 218; Kurt, **a.g.e.,** s. 210; Barlas**, a.g.e.,** s. 203; Albaş, **a.g.e.,** s. 204; Önen, **a.g.e.,** s. 73.

69 Albaş, **a.g.e.,** s. 204.

70 Öçal, **a.g.e.,** s. 152; Domaniç, **a.g.e.**, s. 65; Albaş, **a.g.e.,** s. 204.

71 **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 218. Fakat alacaklının üçüncü kişi aleyhine dava açmış olduğu hallerde, alacaklının yargılamayı kaybedeceği önceden öngörülebiliyorsa, borçlunun, bu durumda yargılama masraflarını karşılamakla yükümlü olmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 218.

72 **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 286, N. 218.

kapsamında talep edilmesi mümkün olacaktır[73]. Bu hususta illiyet bağının varlığını, alacaklının ispat etmesi gerekir. Fakat borçlu, alacaklının illiyet bağının varlığını ispat için ileri sürdüğü vakıaların aksini ispatlayabilirse, alacaklının zararını gidermekle yükümlü olmayacaktır. Bunun için borçlu, borca aykırılıkta kusurunun bulunmadığını, alacaklının üçüncü kişi ile hukuki ilişkisinin geçersizlik olduğunu veya gerçekte alacaklının kendi alacaklısına herhangi bir ödemede bulunmak zorunda kalmadığını kanıtlayabilir[74]. Ancak örneğin, alacaklının yüklü miktarda borcu bulunduğu için borçlunun ifa edeceği edimin hacze veya iflasa engel olmayacağı açıksa ya da borçlu borcunu vaktinde ifa etseydi bile bunun üçüncü kişiye olan borcun ifasında kullanılamayacağı sabitse uygun illiyet bağının varlığından bahsedilemez[75]. Yine alacaklının, kendi alacaklısına karşı savunma imkânları bulunmasına rağmen, alacaklının bunu ileri sürmediğini kanıtlayarak da borçlu sorumluluktan kurtulabilecektir[76].

Ayrıca alacaklının zararı arttırmama külfeti bakımından da meseleye yaklaşmak gerekmektedir. Örneğin, alacaklının tahsil edemediği başka alacaklarının da zararın oluşmasına katkısı varsa veya düşük faizle ödünç para alarak ceza koşulunun artmasına engel olma imkânına sahipken bunu yapmamışsa, hakim tazminatı indirebilecektir[77].

Borca aykırı davranılması sebebiyle, alacaklının ödemek zorunda kalacağı teminat masrafları ve vergiler de olumlu zarar kapsamında talep edilebilecektir[78].

---

73 Albaş, **a.g.e.,** s. 203; Barlas**, a.g.e.,** s. 203; Yıldız, **a.g.t.,** s. 93. Ayrıca alacaklının, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle üçüncü kişilere olan yükümlülüklerini yerine getirememesinden kaynaklanan zararlarını talep etmesi durumunda, alacaklının *ikame alım yaparak* zararın artmasını önleyip önlemediği de değerlendirilmelidir. Eğer ikame alım yapması ve bu şekilde zararın artmasını önlemesi kendisinden beklenebiliyorsa, zararın artmasında ortak kusurlu olduğu kabul edilmeli ve tazminat miktarından indirime gidilmesi gerekmektedir. Bkz. Akıncı, **a.g. e.,** s. 182

74 Barlas**, a.g.e.,** s. 203; Albaş, **a.g.e.,** s 204.

75 Yıldız, **a.g.t.,** s. 141.

76 Barlas**, a.g.e.,** s. 203.

77 Yıldız, **a.g.t.,** s. 141, 142.

78 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 925.

5. Ödenmeyen Alacak Yerine İkame Alımlar İçin Yapılan Masraflar

Alacağını elde edemeyen alacaklı, bu alacak konusuna (şeye) olan ihtiyacını gidermek amacıyla başka alımlar yapmak zorunda kalabilecektir. Ancak bu başlık altında yeniden temin edilen edimin, *satın alınması* ya da *geçici olarak temin edilmesi* arasında ayrım yapmak gerekmektedir.

a. Borçlunun Temerrüde Düşmesi Durumunda İkame Alımlar İçin Yapılan Masraflar

(1) Gecikme Tazminatı Kalemleri

İkame alım için yapılan masrafların gecikme tazminatı kalemi olarak karşımıza çıkması mümkündür.

Örneğin, bir makine teslim borcu altında olan borçlunun temerrüde düşmesi üzerine, benzer bir makineyi başka birinden *kiralamak* zorunda kalan alacaklının ödediği kira bedeli alacaklının fiilî zararlarını oluşturur[79]. Ancak zamanında teslim edilmeyen edim yerine yeni bir edim *satın alınması* durumunda, satın alma bedelini gecikme zararı olarak kabul eden bir görüş[80] bulunsa da bu görüşe kuşku ile bakılmalıdır. Zira bu durumda, teslîminde gecikilen şey yerine başka bir şey alan alacaklının, tekrar aynen ifa talebinde bulunmasındansa aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını talep etmesi beklenir. Satın alma bedelinin tamamı, mütemerrit borçludan tazmin edilirse, bu takdirde alacaklı hem karşı edime sahip olmuş hem de ikame malı bedavaya getirmiş olacaktır. Zira gecikme tazminatı talebi aynen ifa talebine engel olmadığından ve ikame şeye ödenen bedel tazmin edildiği takdirde alacaklı mükerrer şekilde tatmin edilmiş olacaktır[81].

Bu sebeple, somut olayın özelliği, borçludan gecikme tazminatı kapsamında satın alma bedelinin istenebilmesini gerektirse de bedelin tamamı tazmin

---

79 **BaslerK-Wiegand,** Art. 103, N. 6; Önen, **a.g.e.**, s. 73.

80 Önen, **a.g.e.,** s. 73; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 144; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 432.

81 Yıldız, **a.g.t.,** s. 201. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, B, 4, b, (2), i.

edilmemelidir. Örneğin, böyle bir durumda hakim sadece makul bir kira bedeline ya da fazladan ödenen bedelin dürüstlük kuralına uygun bir miktarına hükmetmelidir[82].

Eser sözleşmesine ilişkin örnek vermek gerekirse, yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucu, işsahibinin eserin teslimine gecikmesi durumunda, ikame bir emlak için ödemek durumunda kaldığı bedel[83] de bu kapsamdadır. Örneğin, inşaatın teslimi geciktiği için, işsahibi oturduğu evi boşaltamamış ve bu eve kira ödemeye devam etmişse, inşaatın teslimiyle birlikte bu sebeple oluşan gecikme tazminatını isteyebilecektir.

(2) Aşkın Zarar Kalemleri

İkame alım için yapılan masrafların aşkın zarar kalemi olarak karşımıza çıkması mümkündür. Örneğin, para alacağını elde edemeyen alacaklı, üçüncü bir kişiden borç para alabileceği gibi bir kredi kurumuna da başvurabilecektir. Alacağın bu yolla elde edilmesi için yapılan masrafların ve ödenen faizlerin, aşkın zarar kapsamında talep edilmesi mümkündür[84]. Fakat bunun için, tazminat talep edebilmenin bütün şartlarının oluşmuş olması aranmaktadır[85].

Örneğin, para borcunda temerrüt söz konusu ise, alacaklının, borçlunun temerrüdü dolayısıyla temerrüdün oluşumundan sonra kredi almak zorunda kaldığını, kredi için faiz dahil bir takım masraflarda bulunduğunu ispat etmesi gerekmektedir[86]. Alacaklı örneğin, borcun vadesinde ödenmemesinden dolayı mali sıkıntıya düşmüş

---

82 Yıldız, **a.g.t.,** s. 92.

83 Gauch, **Werkvertrag,** N. 665; Kurt, **a.g.e.,** s. 210.

84 Aşkın zarar kapsamında istenebileceğine dair bkz. Becker, **a.g.e.,** Art.106, N. 4; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 147, Yıldız, **a.g.t.,** s. 139; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 247; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 152.

Ayrıca aşkın zararın da aşkın zararı olabilecektir. Örneğin, aşkın zararın ödenmesinde temerrüde düşülmüşse, bu durumla karşılaşılabilecektir. Bu kapsamda aşkın zararın aşkın zararı da olumlu menfaati gidermeye yönelik kalemlerdendir.

85 Karş. Albaş, **a.g.e.,** s. 205.

86 Karş. Albaş, **a.g.e.,** s. 205. Zararın varlığını ispat bakımından, Alman hukukunda alacaklı tacirin kredi aldığını ispatlamasına gerek yoktur. Zira borcun zamanında ödenmemesi üzerine alacaklı tacirin kredi alması hayatın olağan akışına uygun kabul edilmektedir, diğer bir deyişle bu hususta *bir karinenin varlığı* söz konusudur. Bkz. Rolf Belke, "Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinbeweis am Beispiel des Zinsschadens", **JZ,** 1969, N. 18, 593-595; Barlas**, a.g.e.,** s. 204, dpn. 599. Bu yönde karinenin bulunmasını eleştiren görüş için bkz. **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 288, N. 55.

ancak alacaklının mali sıkıntıya düşmesinde başka hususlar da etkili olmuşsa, mesela ödenmeyen başka alacaklar da olmuşsa, uygun illiyet bağına göre tazminat belirlenirken bunlar da dikkate alınmalıdır[87].

Bu esnada ayrıca dikkat edilmesi gereken, alacaklının ikame meblağı elde ederken gerekli özeni gösterip göstermediğidir. Daha uygun miktarda faiz oranı olan krediyi kullanma imkânı bulunurken, haklı bir gerekçesi olmaksızın daha yüksek miktarda faiz oranlı kredi kullanan alacaklının bu sebeple uğradığı zararı, olumlu zarar niteliği taşıyan aşkın zarar talebiyle isteyememesi lazımdır. Böyle bir durumda zararın, uygun miktarda faiz oranı gözetilerek hesaplanması gerekecektir[88].

Tazminat hesaplanırken dikkate alınacak zararın içerisine, alacaklının aldığı kredi unsurlarının tamamı girmeyecektir. Bu noktada borçlu sadece, krediye işletilen faizler, banka komisyonu, mevzuat ve örf adet kuralları uyarınca kredi alana yükletilmesi zorunlu olan masrafları ödemekle sorumlu tutulabilecektir[89]. Kredi sağlamak için yapılan masraflar da olumlu zarar içerisinde değerlendirilecektir[90].

Ayrıca ikame teşkil eden kredinin, alacaklının alacağıyla aynı miktarda olması gerekmektedir. Alacağından daha fazla miktarda ikame borç alan ya da kredi kullanan alacaklının fazla miktardaki kısım için yaptığı masrafın, haklı bir sebep olmadığı sürece olumlu zarar olarak talep edilememesi gerekmektedir[91]. Eğer fazla miktarda ikame alım yapma hususunda, alacaklının haklı gerekçeleri bulunuyorsa, fazla miktarın alacaklıya sağladığı menfaatlerin düşürülmesi suretiyle fazla miktar

---

87 Yıldız, **a.g.t.,** s. 140.

88 Albaş, **a.g.e.,** s. 205; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 153. İkame alım çerçevesinde zararın hesaplanmasında zararı azaltma külfetinin rolüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Altınok Ormancı, **Zararı Azaltma Külfeti,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s. 201 vd.
Faiz ve komisyon oranlarının kredi sözleşmesinin kurulduğu tarihteki meşru para piyasası rayiçlerine uygun olması gerektiğine ilişkin bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 205. Örneğin, X bankasından yıllık %100'lük faiz oranıyla kredi kullanabilme imkânına sahipken, Y bankasından % 120'lik faiz oranıyla kredi kullanan alacaklının masrafları tazmin edilirken %100'lük faizli kredi için yapılabilecek masraflar dikkate alınmalıdır. Bkz. Albaş, **a.g.e.,** s. 205. Fakat Domaniç, -kanaatimizce isabetli olmayarak- tefeciden dahi alınan meblağın, doğrudan aşkın zarar olarak tazmin edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. Domaniç, **a.g.e.,** s. 65.

89 Barlas**, a.g.e.,** s. 205.

90 Finansman sağlamak için sarf edilen komisyon ve gider vergisi gibi harcamalar, zararın hesabında dikkate alınacaktır. Bkz. Ayrancı, **a.g.e.,** s. 154; Öcal, **a.g.m.,** s. 154; Becker, **a.g.e.,** Art. 106, N. 4.

91 Barlas**, a.g.e.,** s. 205.

için yapılan masraflar talep edilebilecektir. Aksi durum, tazminat hukukundaki zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık oluşturacaktır[92].

Alacaklının diğer ispat etmesi gereken husus, malvarlığında oluşan zararla temerrüt arasında uygun illiyet bağının olduğudur[93]. Bu sebeple, mali gücü yerinde olup ikame alım yapmasına gerek olmayan alacaklının, nasıl olsa ikame alım için yaptığı masrafları borçludan temin edeceği düşüncesiyle ikame alım yapması sonucu masraflarını isteyememesi gerekecektir. Zira bu durumda yapılan masraflarla temerrüt arasında illiyet bağının olduğunu kabul etmemek gerekmektedir. İlliyet bağının bulunduğunu ispat yükü alacaklıda olsa da borçlunun da buna karşı delil ileri sürmesi mümkündür[94].

Para borçlarında temerrüt durumunda yapılan masrafların talep edilebilmesi için, bu masrafların temerrüt süresi ile sınırlı olup olmadığı hususunda tartışma mevcuttur. Bir görüş[95], borçlunun ancak temerrüt süresince alacaklı aleyhine doğan kredi masraf ve faizlerinin tazmini ile sorumlu olduğunu ileri sürerken; başka bir görüş[96] böyle bir süre sınırlamasının olmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce de uygun olan bu ikinci görüşe göre, borçlunun temerrüde düşmesiyle birlikte, alacaklı, yıllık belirli bir faiz oranı ile bir yıl vadeli bir kredi almış olabilecektir. Fakat borçlu temerrüde düştükten sonra, borçlu olduğu para miktarını iki ay sonra faiziyle birlikte ödemesiyle birlikte, borçlunun temerrüdü sona erecektir. Fakat alacaklı aldığı kredinin faizlerini daha on ay boyunca ödemek durumunda kalacaktır. Bu sakıncayı gidermek amacıyla ve bu şekilde bir süre sınırlamasına gidilmek yerine, alacaklının alacağına kavuşması sebebiyle elde edeceği faydaların tüm masraflardan düşülmesi suretiyle bir sonuca ulaşmak daha isabetli olacaktır[97].

---

92 Yıldız, **a.g.t.,** s. 140. Karş. Albaş, **a.g.e.,** s. 205, 206.
93 Barlas**, a.g.e.,** s. 205; Albaş, **a.g.e.,** s. 206.
94 Barlas**, a.g.e.,** s. 204; Albaş, **a.g.e.,** s. 207.
95 Barlas**, a.g.e.,** s. 205.
96 Albaş, **a.g.e.,** s. 207.
97 Albaş, **a.g.e.,** s. 208.

(3) İfadan Vazgeçilip Talep Edilen Olumlu Zarar Kalemleri

Borçlunun temerrüdü durumunda, alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın talep edildiği durumlarda, ikame mal alımı için yapılan harcamaların olumlu zarar kapsamında istenmesi mümkün olacaktır.

Bu durumda alacaklının ikame alım için[98] ya da yeni bir sözleşme kurmak için yaptığı masraflar da borcun ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararlardandır[99]. Bu zararların tazmininde dikkat edilmesi gereken husus, yapılan masrafların borçlunun temerrüde düşmesiyle uygun illiyet bağı içerisinde olmaları ve dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde masraf yapılmamış olmasıdır[100].

İkame işlemin, ifadan vazgeçildikten sonra yapılması, ikame işleme ödenen bedelin tazmininin reddedilmesini gerektirmez. Örneğin ifadan vazgeçildikten kısa bir süre sonra mal acil ihtiyaç sebebiyle temin edilmişse, bu ikame işlem için ödenen bedelle illiyet bağı içerisinde olduğu ve dürüstlük kuralına aykırı olmadığı sürece olumlu zarar kapsamında talep edilebilecektir. Ancak böyle bir acil ihtiyaç olmaksızın ifadan vazgeçildikten uzun bir süre sonra ikame mal temin edilmişse, artık uygun illiyet bağı bulunmadığı söylenmelidir[101].

b. Temerrüt Dışındaki Borca Aykırılık Halleri Açısından İkame Alımlar İçin Yapılan Masraflar

Kötü ifa edilen mal yerine ikame alım yapılması sebebiyle ortaya çıkan masraflar da olumlu zararın fiilî zarar kısmında, pasifin artması şeklinde karşımıza çıkan zararlardır.

Gereği gibi ifa etmeme sebebiyle, örneğin ayıplı ifa sebebiyle ayıplı mal elinde bulunan alacaklının indirim, onarım, yenisiyle değiştirme gibi haklarını kullanması

---

98 Yargıtay da satım sözleşmesinde iki ihale arasındaki farkın olumlu zarar olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Y. HGK 17.1.1990 E. 1989/13-392 K. 1990/1 (kazancı): *"Olayımızda davacı idare davalının sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan malı alamayınca başkasından ve daha fazla fiyatla almak zorunda kalmıştır. İşte bu iki fiyat arasındaki fark onun müspet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur..."*.

99 Havutçu, **a.g.e.,** s. 74.

100 Yıldız, **a.g.t.,** s. 202.

101 Yıldız, **a.g.t.,** s. 202.

durumunda, hem bu hakları kullanıp hem de ayıplı mal yerine ikame mal almışsa bunun için yaptığı masrafın talep edilememesi gerekmektedir

Malın ayıplı olması dolayısıyla, alıcı yeni bir mal kiralamak zorunda kalmışsa, kira masraflarını da olumlu zarar kapsamında talep edebilecektir. Örneğin, kiralananın ayıplı teslimi dolayısıyla yeni bir işyerinin kiralanması neticesinde ödenen kira parası ve personel ücreti ayıplı işyeri için ödenen kira bedelini aşıyorsa, bunun karşılanması mümkün olacaktır[102].

Yine edimin borçlunun kusuruyla imkânsızlığa uğraması durumunda, alacaklının imkânsızlığa uğrayan edim yerine, yeni bir edim ikame etmiş olması durumunda, bu edim için yaptığı kira ya da satın alma masraflarının da olumlu zarar kapsamında istemesi mümkündür. Bu kalem, imkânsızlık halinde tipik olumlu zarar kalemidir.

6. Edimin Değerinin Düşmesi Sebebiyle Uğranılan Zararlar

a. Borçlunun Temerrüde Düşmesinden Sonra Edim Değerinin Düşmesi Sebebiyle Aşkın Zarar

Edimin değerinin düşmesi sebebiyle malvarlığında meydana gelen azalmanın olumlu zarar kapsamında *fiilî zarar* kalemi olarak istenmesi karşımıza çoğunlukla para borçlarında temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar türü olan aşkın zarar kapsamında çıkmaktadır.

---

102 Y. HGK 29.06.2016 E. 2014/13-1169 K. 2016/863 (kazancı): "*Dava, kiralananın ayıplı çıkması nedeniyle ödenen kira bedeli, depozito bedeli, ödenen komisyon bedeli ile kiralananda oturulmaması nedeniyle dava dışı otele ödenen konaklama bedelinin tahsili isteğine ilişkindir. Kural olarak, kiracı kusursuz olduğunu kanıtlayamayan kiraya veren davalılardan ödediği konaklama bedelinin kendisine ödenmesini isteyebilir. Bununla birlikte davacı kiracı, ikamet etmek üzere uygun bir yerin yeniden kiralanması konusunda gayret göstermek, böylece yeni bir ev kiralamak için kendisine düşen ödevi yapmak durumundadır. Bu durumda davacının zararı, kiralayanın kiralananı kullanıma hazır hale getirmediği tarihten aynı koşullarla emsal bir dairenin kiralanması gereken tarihe kadar otele ödenen **konaklama bedeli ile kira bedeli arasındaki farktan** ibarettir. Ancak, davacının talep edebileceği miktar belirlenirken sadece dava dışı otele ödediği konaklama bedelinin dikkate alınması gerekir. Davacı, dava dışı otele ödenen konaklama bedeli dışındaki örneğin yemek ve sair etkinlikler için ödediği bedeli isteyemez. Zira, bu giderler kiralanan kullanıma hazır halde davacıya teslim edilmiş olsa dahi yapılacak giderlerdir".*

(1) Paranın Alım Gücünün Azalması Yüzünden Oluşan Zararlar

Paranın alım gücünün azalmasından kaynaklanan zararlar, karşımıza olumlu zarar kalemi olarak, zararın temerrüt faiziyle karşılanamaması durumunda aşkın zarar şeklinde çıkar.

Para borcunun zamanında ifa edilmesiyle alacaklı, maddi olarak para nesnesini değil, aksine ifa tarihinde belirlenen meblağın sahip olduğu soyut mali gücü elde etmektedir *(abstrakte Vermögensmacht).* Enflasyon oranının yüksek olduğu ülkelerde, borca uygulanan temerrüt faizi oranı, ülkedeki enflasyon oranından düşükse, alacaklının paranın zamanında ifa edilmesi durumunda elde edeceği soyut mali gücün altında bir güç elde edeceği açıktır[103]. İşte bu temerrüt süresince[104], paranın değer kaybından doğan zararın, aşkın zarar kapsamında tazmin edilip edilemeyeceğine ilişkin doktrinde tartışmalar yaşanmıştır.

Alman[105] ve İsviçre[106] hukuklarında, temerrüt süresince paranın değer kaybı şeklinde ortaya çıkan zararların tazmin edilebilirliği, belirli şartlar altında kabul edilmektedir. Buna göre, paranın değer kaybından dolayı zarara uğradığını iddia eden *"alacaklı",* herhangi bir karine ya da ispat kolaylığına başvurmaksızın, söz konusu parayı zamanında elde etmiş olsaydı paranın değer kaybından etkilenmeyeceğini ispatlamalıdır. Örneğin, alacaklının, enflasyonun temerrüt faizi miktarından fazla olduğunu ispatlaması, aşkın zarar talebi için tek başına yeterli olmayacaktır. Alacaklı, zararın varlığını, daha somut unsurlarla ortaya koymak zorundadır. Alacaklı, borç temerrüde düşülmeden ödenseydi, *parayı derhal elinden çıkaracak olduğunu ve bu nedenle enflasyonun kendisine zarar vermeyeceğini*

---

103 Albaş, **a.g.e.,** s. 222; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 162 vd.

104 Rolf H. Weber, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen**, 4. Teilband, Artikel 68-96, Stämpfli Verlag AG, Bern, Art. 84, N. 182 vd.; **MünchK-Ernst,** § 286, N. 131; **SoergelK-Beinicke-Nalbantis,** § 288, N. 79.

105 **MünchK-Ernst,** § 286, N. 131; **SoergelK-Beinicke-Nalbantis,** § 288, N. 79.

106 Schenker, **a.g.e.,** s. 107, 108; Becker, **a.g.e.,** Art. 106, N. 4; Gauch, Schluep, Schmidt, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2676.

kanıtlamalıdır[107]. Zira hayatın akışına uygun olarak görülen, çoğunlukla borç zamanında ifa edilseydi de alacaklının parayı elinde tutacak olması ve enflasyon nedeniyle zarara uğrayacak olmasıdır. Bu sebeple, bu durumun aksini iddia eden alacaklının, iddiasını ispat etmesi gerekli görülmektedir[108].

Buna karşılık bazı yazarlar[109], tacirler, ücretliler ve nafaka alacaklıları lehine, borç zamanında ifa edilseydi alacaklının bu parayı elinden çıkarmış olacağı ve enflasyon nedeniyle zarara uğramayacağı yönünde bir karinenin olduğunu kabul etmektedirler. Bazı yazarlar[110] da ancak para değerinin çok önemli ölçüde düştüğü enflasyonun aşırı olduğu dönemlerde, alacaklıların elde edecekleri parayı, paranın değer kaybına karşı koruyacak şekilde değerlendirecekleri yönünde bir karine oluşacağını kabul etmektedir.

Fakat paranın değer kaybından dolayı zarara uğradığını iddia eden *"alacaklının",* söz konusu parayı zamanında elde etmiş olsaydı, paranın değer kaybından etkilenmeyecek biçimde değerlendirebileceğini ispatlaması gerektiğine ilişkin görüş, diğer bir deyişle ispat yükünün alacaklıda olması, doktrinde başka bir görüş tarafından eleştirilmektedir[111]. Bu görüş, temerrüt halinde borçlunun beklenmedik halden sorumluluktan kurtulmasına ilişkin hükümden hareket etmektedir. TBK m. 119/f. 2'ye göre, *"Borçlu, temerrüde düşmede kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir."*. Bu görüş, paranın değer kaybının, temerrüt halindeki beklenmedik hal olduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Bu sebeple *"borçlunun",* parayı zamanında ödemiş olsaydı bile,

---

107 **SoergelK-Beinicke-Nalbantis,** § 288, N. 79; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 167 vd.

108 Barlas, **a.g.e.,** s. 211.

109 Wolfgang Grunsky, "Verzugsschaden und Geldentwertung", **Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns,** München, 1980, s. 29 vd. Türk hukukunda tacirlere böyle bir ispat kolaylığı tanınmadığı yönünde bkz. Ayrancı, **a.g.e.,** s. 169.

110 Schenker, **a.g.e.,** s. 108. Benzer yönde bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 212. Ayrancı'ya göre de sürekli ve yüksek enflasyon dönemlerinde alacaklının zarara uğradığına ilişkin bir fiilî karine varken (Ayrancı, **a.g.e.,** s. 169, 170); normal enflasyon dönemlerinde paranın değer kaybetmesi doğrudan tazminatı gerektiren bir olay sayılmamalıdır (Ayrancı, **a.g.e.,** s. 165).

111 Albaş, **a.g.e.,** s. 223.

paranın alacaklının elinde de değer kaybına uğrayacağını ispat etmesi gerekmektedir.[112]

Türk hukuk öğreti[113] ve uygulamasında[114] da paranın değer kaybı sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Türk hukuku bakımından paranın değer kaybından dolayı oluşan zararın ispatlanmasında, "*alacaklının" s*omut deliller ortaya koyması gerektiği kabul edilmiştir. Zira sırf enflasyonun temerrüt faizinden yüksek olduğunun ortaya koyulması yeterli olamayacak, alacaklının para borcu zamanında ifa edilseydi parayı bir işe, mala ya da başka bir tasarruf aracına yatırarak kendisini enflasyondan koruyacağını ispatlaması gerekecektir[115]. Örneğin ticaretle uğraşan bir kimsenin, para vaktinde ödenseydi, bununla mal temin ederek parayı derhal elinden çıkaracak olduğu söylenebilmelidir. Alacaklının paranın tamamıyla değil de bir kısmıyla mal alacağı kabul ediliyorsa, paranın değer kaybına ilişkin talebi de ancak o oranda kabul edilmelidir. Ancak

---

112 Albaş, **a.g.e.,** s. 223.

113 Barlas**, a.g.e.,** s. 212; Tekinay, Burcuoğlu, Akman, Altop, **a.g.e.,** s. 782 vd., 943, 944; Helvacı, **a.g.e.,** s. 88, 89;Yıldız, **a.g.t.,** s. 144; Evren, **a.g.e.,** s. 137; Akman, **a.g.m,** s. 635.

114 Y. HGK 10.11.1999 E. 1998/13-353 K. 1999/929 (kazancı); Y. 13. HD. 01.05.1997 E. 1997/3900 K. 1997/3869 (kazancı); Y. 15. HD 19.06.2014 E. 2013/3885 K. 2014/4286 (kazancı); Y. 15. HD. 10.04.2008 E. 2006/7441 K. 2008/2339 (kazancı); Y. HGK. 19.06.1996 E. 1996/5-144 K. 1995/503 (kazancı). Ülkedeki alışılagelen sürekli ve yüksek enflasyon olgusunun zararın varlığı yönünde fiili bir karine oluşturacağı yönünde bkz. Y. 13. HD. 13.02.1997 E. 1996/9985 K. 1997/810 (kazancı). Aksi yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Y. 11. HD. 08.11.1983 E. 4297 K. 4879; Y. 13. HD. 26.04.1984 E. 2506 K. 3157; Y. 19. HD. 16.09.1993 E. 5691 K. 5522 (Tüm kararlar için bkz. Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk,** İstanbul, Beta, 1996, s. 1016 vd.). Konu hakkında çeşitli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı örnekleri için bkz. İlhan Helvacı, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları Çerçevesinde Munzam Zararın İspatı", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu,** İstanbul, Oniki Levha, s. 271-273.

Yargıtay'ın zararın hesabına yönelik bir kararında; *"Mahkemece yapılacak iş… geçen zaman zarfında, her yıl itibariyle her yıl gerçekleşen enflasyon oranını, bu oranın eşya fiyatlarına yansıması durumunu, mevduat ve devlet tahvillerine verilen faiz oranlarını, TL karşısında döviz kurlarını gösteren listeyi davacıdan istemek, gerektiğinde ilgili resmi kurum ve kuruluşlardan araştırmak, konusunda uzman bilirkişinin düşüncesinde de yararlanmak suretiyle, bu süre içinde para değerinin düşmesi, alım gücünün azalması nedeniyle ortalama davacı alacaklının maruz kaldığı zarar miktarını BK 43/2 maddesi hükmü de dikkat alınmak suretiyle tespit etmek…"* biçiminde bir değerlendirme yapmıştır. Bkz. Y. 13. HD. 01.06.1995 E. 1995/267 K. 1995/5451 (kazancı).

Enflasyonun yüksek artış gösterdiği dönemlerde, kanun koyucunun faiz oranını arttırması (% 5'ten %30'a) halinde, ayrıca aşkın zarar talebine yer olmadığı yönünde bkz. Y. HGK 19.06.1996 E. 1996/5-144 K. 1996/503 (kazancı).

115 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1631, dpn. 592. Y. 15. HD. 21. 03.2005 E. 2004/4662 K. 2005/1596 (kazancı).

paranın mala çevrilmesi hususunda, malın da değerinin enflasyondan etkilenmeyecek bir mal olmasına dikkate edilmelidir[116]. Ayrıca hızlı ve sürekli artan bir enflasyonun varlığı halinde, alacaklının parayı elinde tutmayacağı yönünde bir karine olması gerektiğine ilişkin düşüncenin[117], Türk hukuku bakımından da kabul edilmesi kanaatimizce uygun olacaktır[118].

Buna ilaveten, paranın değer kaybından oluşan bir zararın talep edildiği durumlarda, bununla çelişen başka bir sebebe dayanılarak tazminat istenmemiş olmalıdır. Örneğin, zamanında ifa edilmeyen para dolayısıyla başka kaynaklardan para elde etmesi sonucu, yaptığı masrafları ve faizi borçludan zarar kalemi olarak isteyen alacaklının, paranın değer kaybı kalemine de başvurmaması gerekmektedir. Çünkü başka yerden temin edilen para, vaktinde ödenmeyen paranın yerine geçmiş ve alacaklı vaktinde olan ödemenin kazandıracağı alım gücüne kavuşmuş olacaktır[119].

Aynı şekilde, para zamanında ifa edilmiş olsaydı bu parayı değerlendirip kâr elde edebileceğini ileri sürerek, bunu yoksun kalınan kâr kalemi olarak talep eden alacaklının da ayrıca paranın değer kaybı sebebiyle zarar iddiasında bulunamaması gerekmektedir[120]. Örneğin, parayı temerrüt faizinden daha yüksek oranda faiz ya da gelir getiren bir yere yatırarak, enflasyondan koruyacağını ileri süren alacaklı, aslında yoksun kalınan kârını talep etmiştir. Bu durumda, alacaklı ayrıca paranın değer kaybından oluşan zararı talep edemez.

Aşırı enflasyon sebebiyle oluşan aşkın zararın, gerçek miktarını tespit etmek hayli zordur. Bu tür zararların ispatı, somut olayın koşullarıyla doğrudan ilgili olup, hakim takdir yetkisini kullanarak (TBK m. 50/f. 2) zararın miktarını

---

116 Yıldız, **a.g.t.,** s. 146. Bu durumda, alacaklının satın alınan malın değerini koruyacak türden bir mal olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Mal da enflasyon oranında değer kaybına uğrayan bir malsa, alacaklının paranın değer kaybından dolayı oluşan zararını isteyebilmesi için uygun illiyet bağı kurulmamış olur. Ama enflasyonun oranı, malın değer kaybından daha çoksa, uygun illiyet bağı kurulabildiği ölçüde zarar talep edilebilir.

117 Schenker, **a.g.e.,** s. 108.

118 Aynı yönde bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 145, dpn. 785.

119 Barlas**, a.g.e.,** s. 213.

120 Barlas**, a.g.e.,** s. 213; Albaş, **a.g.e.,** s. 229, 230; Yıldız, **a.g.t.,** s. 146.

belirleyecektir[121]. Hakimin bu konuda uzman bilirkişilerin yardımına başvurması da mümkündür[122].

Paranın alım gücünün azalmasından doğan zararın tazmini konusunda değinilmesi gereken bir sorun da, mahkemenin paranın değer kaybından dolayı oluşan zararı tespit etmesinden bu kararın icrasına kadar geçen süre içerisinde, tespit edilen değer kaybının nasıl giderilmesi gerektiğidir. Bu sorun, bütün nakdi tazminatlar için geçerlidir. Belirlenen tazminat miktarı üzerindeki bu değer kaybı da alacaklının bir zararını oluşturmaktadır ve bu sebeple olumlu zarar kalemi olarak değerlendirilebilecektir.

Doktrinde bir görüş[123], bu sorunun TBK m. 122/ f. 2 aracılığıyla aşılabileceğini savunmaktadır. Bu hükme göre, *"Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hakim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder."*. Hakimin tazminata ilişkin kararından, kararın icrası aşamasına kadar, eğer tazminata uygulanacak olan temerrüt faizi oranı paranın değer kaybını karşılayamıyorsa, bir zararın doğacağı açıktır. Bu zarar önceden görülebilir bir zararsa ama miktarı alacaklı tarafından belirlenemiyorsa, hakim, bu miktarı, TBK m. 50/f. 2 gereğince belirleyebilecektir. Zira süreye bağlı olarak, paranın değer kaybı büyük ölçüde *tespit edilebilir niteliktedir*. Kararın kesinleşmesine kadar geçecek süre de adalet istatiklerine göre belirlenebilecektir. Hakim, yapılacak aktüerya hesabında elde edilen sonuçtan, temerrüt faizi miktarını çıkardıktan sonra geriye kalan miktarı, esas kararına ilave ederek kararın verilmesinden icrasına kadar gerçekleşebilecek paranın değer kaybı zararlarının karşılanmasını sağlayabilecektir.

Doktrinde başka bir görüş[124] ise, gelecekte oluşacak zararların önceden belli olması durumunda, TBK m. 122/f. 2 (OR 106 Abs. 2)'nin uygulanmasına gerek kalmaksızın da bu zararların kararda dikkate alınabileceğini savunmaktadır.

---

121 Schenker, **a.g.e.,** s. 109; Yıldız, **a.g.t.,** s. 145, dpn. 784..

122 Barlas, **a.g.e.,** s. 213; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 943.

123 Albaş, **a.g.e.,** s. 231, 232.

124 Schenker, **a.g.e.,** s. 149. Benzer yönde bkz. Becker, **a.g.e.,** Art. 106, N. 5.

Aynı sonuca ulaşan bu iki görüş kanaatimizce de uygundur. Bu konuda ayrıca bir talebe gerek kalmaksızın hakim karar vermesi, hem adalet sağlayacak hem de usul ekonomisi açısından fayda sağlayacaktır.

(2) Yabancı Para Borçlarında Kur Değişikliği Sebebiyle Doğan Zararlar

Yabancı para borçlarında ise, yabancı para borcunda temerrüt faizine ilişkin hüküm, 3095 sayılı Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a eklenen 4a maddesi uyarınca, *o yabancı paraya devlet bankalarında bir yıllık mevduata verilen en yüksek faiz oranı* olarak belirlendiğinden, yabancı para borçlarında temerrüt halinde hâlâ temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zarar bulunduğunu söylemek güç olacaktır.

Yabancı para borçlarında aşkın zararın oluşmasını engelleyebilecek diğer bir sebep ise, TBK m. 99/f. 3 ile getirilen yabancı para borçlarında temerrüde düşülmesi halinde, alacaklıya tanınan, *borcun ödeme zamanındaki kur üzerinden Türk Lirası ile* ya da *aynen ödenmesini* talep edebilme imkânlarıdır. Doktrinde bu imkânlara sahip olan alacaklının, temerrüt faizi ile karşılanmayan bir zararının oluşacağını söylemenin güç olduğu ifade edilmektedir[125].

Normalde yabancı para *borçlusunun* vade tarihindeki kur üzerinden Türk Lirası ödeme ya da aynen ödeme seçenekleri arasında seçim hakkı bulunmaktadır. Fakat, temerrüde düşmesi durumunda seçim hakkı *alacaklıya* geçmekte, alacaklının aynen ifanın vade tarihindeki ya da fiilî ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk Lirası ile ödeme talep etmesi ya da ödemenin yabancı para üzerinden yapılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu talepler, ödemesinde gecikilen miktarın *aynen ifası* talebine ilişkindir. Fakat gecikme söz konusu olduğu için burada temerrüt faizi de söz konusu olmalıdır.

Elinde fiilî ödeme günündeki kur üzerinden ya da aynen ödeme talebi imkânları bulunan alacaklının, herhangi bir zarar ve kusur şartından bağımsız olan

---

125 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1640. Kur kaybından doğan zararlar için ayrıca bkz. Ayrancı, **a.g.e.,** s. 175 vd., özellikle s. 186.

temerrüt faizini talep etme imkânı her zaman mevcut olacaktır[126]. Bu durumda, alacaklının kur farkından doğan bir zararının bulunmadığı ileri sürülerek, temerrüt faizinin ödenmesi engellenemeyecektir. Fakat bir tür olumlu zarar sayılabilecek aşkın zararın, yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı, yabancı para borçlarında temerrüt halinde talep imkânından bahsetmek pek mümkün görülmemektedir[127].

Yabancı para borçlarında, kur farkından doğan zararın aşkın zarar olarak istenmesi teorik olarak mümkün[128] olsa da TBK m. 99/f. 3 hükmü karşısında pratik olarak pek mümkün değildir. Ancak bu hususta, efektif[129] ve yalın yabancı para borçları açısından bir ayrım yapmamız gerekmektedir.

-*Yalın yabancı para borçlarında,* TBK m. 99/f. 23 gereği, borçlunun temerrüdü halinde, alacaklı, ödemenin yabancı paranın *vade* veya *fiilî ödeme günündeki Türk Lirası karşılığı üzerinden* ya da *aynen* yapılmasını seçme hakkına sahiptir.

İlk ihtimal olarak yabancı paranın değeri Türk Lirası karşısında düşmüşse, alacaklı yabancı paranın vade günündeki Türk Lirası üzerinden ödenmesini isteyerek kur farkının oluşmasını engelleyebilir. Fakat yabancı para ya da fiilî ödeme günündeki kur üzerinden alacağını talep ederse, bu sebeple uğrayabileceği aşkın zarar, artık kendi seçimi olduğundan tazmin edilmemelidir[130].

İkinci ihtimal olarak yabancı paranın değeri Türk Lirası karşısında artmışsa, alacaklı ödemenin aynen ya da fiilî ödeme günündeki kur üzerinden Türk Lirası olarak ödenmesini isteyerek kur farkından dolayı zararın oluşmasını önleyebilecektir. Bu noktada vade günündeki kur üzerinden Türk Lirası ile ödeme yapılmasını isteyen

---

126 Bu durumda temerrüt faizinin hesabı şu şekilde olmalıdır: Alacaklının seçimine bağlı olarak vade ya da fiilî ödeme tarihindeki kura göre Türk Lirası olarak ödenecek yabancı para borcunda, temerrüt anından itibaren 3095 sayılı Kanun 4a hükmü gereğince yabancı paralar için öngörülen faiz oranı, öncelikle yabancı para değeri üzerinden uygulanacak, sonra bu tutar alacaklının seçimine bağlı olarak vade ya da fiilî ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk parasına çevrilecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1640; Barlas**, a.g.e.,** s. 158; Yıldız, **a.g.t.,** s. 128, 129.

127 Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 912.

128 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 489; Barlas, **a.g.e.,** s. 217 vd.

129 Mutlaka yabancı para birimiyle ifası gereken, borçlunun ifa yeri milli para birimiyle ödeme imkânının bulunmadığı yabancı para borçları, *efektif para borcu* olarak adlandırılmaktadır. Yalın yabancı para borçlarında ise, milli para birimiyle ödeme imkânı bulunmaktadır. Bkz. Serkan Ayan, "Yabancı Para Borçlarının İfası", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, C. 8, S. Özel, s. 525.

130 Yıldız, **a.g.t.,** s. 143.

alacaklının oluşabilecek aşkın zarar bakımından, bu zarar kendi seçimi doğrultusunda oluştuğundan, bir talep hakkı bulunmamalıdır[131].

-*Fakat efektif yabancı para borcu söz konusu ise,* alacaklının Türk Lirası üzerinden ödeme yapılmasını isteyerek kuru belirleme imkânı bulunmadığından, temerrüt sırasında yabancı paranın değeri Türk Lirası karşısında düşmüşse, aşkın zararın ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda, alacaklı zararını ispat ederek, diğer unsurların da tam olması koşuluyla aşkın zararını talep edebilecektir[132].

b. Temerrüt Dışındaki Borca Aykırılık Halleri Açısından Edimin Değerinin Düşmesi Sebebiyle Uğranılan Zararlar

İmkansızlık halinde edim, ortadan tamamiyle yok olduğu için, edimin değerinde azalma sebebiyle oluşan zarar kalemi, olumlu zarar talebinde ileri sürülemeyecektir.

Gereği gibi ifa etmeme halinde, alacaklının aktifinin azalması şeklindeki fiilî zarar, borçlanılan edimin nitelik ve miktar olarak kötü veya eksik, kısmen veya tamamen hasara uğramış şekilde teslim edilmesi sonucu karşımıza çıkar[133]. Burada ayıplı olarak teslim edilen edimin değerindeki eksiklik, edimin değerinin düşmesi sebebiyle uğranılan zarar kaleminin aslında en tipik örneğidir. Zaten indirim, onarım ve yenisiyle değiştirme şeklindeki seçimlik hakların kullanılması suretiyle bu eksiklik giderilmeye çalışıldığı için, seçimlik hakların da ifa menfaatini karşılama niteliği olduğundan bahsetmiştik[134]. Ancak seçimlik hakların kullanılması ve borçlu tarafından seçilen hak doğrultusunda hareket edilmiş olması sonrasında da malın değerinde halen eksiklik olmuş olabilir. Bu eksikliğin de seçimlik haklarla birlikte kullanılabilecek olumlu zararın tazmini talebiyle giderilmesi mümkündür. Örneğin, iyi bir şekilde onarılan şeyin, onarım sonrasında piyasa değerinin azalması bu kapsamda talep edilebilecek zararlardır.

---

131 Yıldız, **a.g.t.,** s. 143. Ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1633; Eren, **a.g.e.,** s. 1135; Barlas**, a.g.e.,** s. 218, 219.

132 Yıldız, **a.g.t.,** s. 144.

133 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 141; Aral, **Kötü İfa,** s. 163; Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 34.

134 İkinci Bölüm, I, B, 3, b, (2).

Kötü ifa halinde, ayıplı ifa dolayısıyla seçimlik haklarla birlikte tazminat talep etme hakkı satış, kira ve eser sözleşmelerinde mümkün kılınmıştır. Tazminat seçimlik haklarla birlikte talep ediliyorsa, ayıplı da ifa edilmiş olsa edim alacaklıda bulunduğundan edimin değerini talep edemez, sadece ayıp dolayısıyla seçimlik haklarla karşılanamayan olumlu zararının giderilmesini talep edebilecektir[135].

Alacaklının ayıp durumunda, seçimlik haklara başvurmaksızın doğrudan TBK m. 112 dolayısıyla tazminat talebinde bulunması durumunda ise, olumlu zarar kapsamında edimin ayıpsız halinin değerinden (örneğin 100 TL'lik makina), ayıplı olarak ifa edilmiş edimin değeri (örneğin 80 TL'lik bozuk makina) çıkarılarak kalan kısım (20 TL) hesaplamaya dahil edilir[136]. Zira bu kısım, alacaklının gereği gibi olan ifaya menfaatidir.

7. Zararın Tespiti ve Artmasını Önlemek Amacıyla Yapılan Masraflar

Kötü ifa neticesinde, satılanın gözden geçirilmesi, ayıbın bildirilmesi için yapılan giderler[137] gibi olumlu zararın fiilî zarar kısmını oluşturabilecek giderler, zararın tespiti ve artmasını önlemek amacıyla yapılan giderlerdendir[138].

Alacaklının bütün borca aykırılık durumlarında, zararın artmasını önlemek amacıyla aldığı tedbirler için ödediği bedel ve karşı edimin alıkonulmasından doğan bazı masrafları da talep edebileceği ifade edilmektedir[139]. Örneğin, kötü ifa

---

135 Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 135.

136 Alman hukukunda malın ayıplı ifası sonrasında, ifa yerine basit tazminat talep edildiğinde alıcı, ayıplı şeyi elinde tutar ve sadece ayıp sebebiyle değer kaybını, yani ayıbın giderilmesi için yaptığı masrafları talep eder. Şartları varsa ayrıca edimin ayıplı olmasına bağlı diğer zararların da tazmini istenir. Ama ifadan tamamen vazgeçilerek nitelikli tazminat istenirse, satılanın iade edilmesi gerekecektir. (BGB §§ 281/f. 5, 346 vd., 283 c. 2, 311a/f. 2, b. 3) Bu durumda, malın ayıpsız halinin değeri, yani ikame alım masrafları da dahil olmak üzere ayıp sebebiyle oluşan diğer zararlar tazmin edilir. Bkz. Dietrich Reinicke, Klaus Tiedtke, **Kaufrecht,** 8. Auflage, Köln, 2009, N. 554.

137 Keller, Siehr, **a.g.e.,** s. 90 vd.; Kren Kostkiewicz, **a.g.e.,** Art. 208, N. 4; Gümüş, **C. 1,** s. 103; Eren, **Borçlar Özel,** s. 143; Tandoğan, **C. I/ 1,** s. 193.

138 **BaslerK-Honsell,** Art. 208, N. 5; Gümüş, **C. 1,** s. 103; Eren, **Borçlar Özel,** s. 143.

139 Önen, **a.g.e.,** s. 73; Yıldız, **a.g.t.,** s. 94. Edimin alıkonulması masrafına örnek olarak, görülen işin ücretini güvence altına almak için hapis hakkını kullanan garaj sahibinin otomobil için yaptığı masraflar gösterilmiştir. Böylece garaj sahibi, işin ücretini ödemede temerrüde düşen borçludan, borcu ödeyinceye kadar hapis hakkı konusu malda yaptığı harcamaları gecikme tazminatı kapsamında isteyebilecektir.

dolayısıyla yapılan bakım, muhafaza masrafları da olumlu zararın fiilî zarar kısmında pasifin çoğalması şeklinde karşımıza çıkan zararlardandır. Bunun gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde, alacaklının seçim hakkını kullanana kadar kendi edimi için yaptığı bakım ve koruma masrafları ve gerekiyorsa sigorta masrafları da fiili zarar kapsamında talep edilebilecektir[140].

B. Olumlu Zarar Kapsamında Talep Edilebilecek Yoksun Kalınan Kâr Kalemleri

1. Yoksun Kalınan Kâr Kavramı

Yoksun kalınan kâr *(lucrum cessans)* da, olumlu zararın bir parçasını oluşturur. Borç ihlâl edilmeseydi, alacaklının malvarlığının göstereceği artışa yoksun kalınan kâr denir. Yoksun kalınan kâr, ya malvarlığının aktif kısmının artmamasından ya da pasif kısmının azalmamasından kaynaklanır[141]. Fiilî zararın yanında, alacaklının, sözleşme ilişkisinin ihlâli dolayısıyla yoksun kaldığı kazançlarının da tazmin edilmesi gerekir[142].

Sözleşme ihlâli neticesinde, alacaklının malvarlığının artmayan toplam miktarı, yoksun kalınan kârını oluşturur. Yoksun kalınan kâr, zamanında ya da tamamıyla ödeme olmuş olsaydı, alacaklıyı ilgilendiren parayla ölçülebilir tüm avantajlardır. Bundan, olumlu menfaatin, hiç yerine getirilmeyen ya da eksik olarak yerine getirilen borçlunun ediminin objektif değeriyle sınırlı olmadığı ortaya çıkar[143].

Fiilî zarardan farklı olarak yoksun kalınan kârda, gelecekteki gelişmelere bağlı (farazi) bir hesaplama yapılması gerektiğinden, bunların tazmin edilmesi için hakimin kazanma ihtimalinin var olduğu kanaatine varması gerekir[144].

Fiilî zararla farkının ortaya konulması açısından, bir örnek vermek gerekirse, bir satış sözleşmesinde satılanın zamanında teslim edilmemesi sonucu, alıcının kendi alıcısına ödemek durumunda kaldığı tazminat ve ceza koşulu, onun fiilîni zararını

---

140 Antalya, **a.g.e.,** s. 497.

141 Eren, **a.g.e.,** s. 1083. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, II, B, 2.

142 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 54, N. 151; Eren, **a.g.e.,** s. 1083.

143 Lüchinger, **a.g.e.,** s. 54, N. 152.

144 Lüchinger, **a.g.e.,** .s. 50, N. 138; Albaş, **a.g.e.,** s. 209.

oluştururken; elde edeceği malı daha yüksek bir bedelle sattığı kendi alıcısına malı satması ama teslim edememesi dolayısıyla elde edemediği kâr, yoksun kaldığı kârı oluşturmaktadır[145]. Bunun gibi bir konfeksiyoncuya teslim edilen malların ayıplı çıkması sonucu, ayıplı çıkan malların eksik kalan değeri, fiilî zararı; bu ayıplı mallar sebebiyle yaşanılan müşteri kaybı ise, yoksun kalınan kârı oluşturmaktadır.

Yoksun kalınan kârın söz konusu olabilmesi için, mahrum kalınan bir gelirin bulunması gerektiğinden hareket edilirse, bu durum *genellikle ticari işlemlerde* karşımıza çıkacaktır. Örneğin, tüketici işlemlerinde, tüketici nihai kullanıcı olduğundan, sözleşme ile kararlaştırılan edimden gelir elde etmesi kural olarak mümkün değildir. Bu sebeple, tüketici işlemlerinde kural olarak yoksun kalınan kârın bulunmayacağı söylenebilecektir[146].

2. Olumlu Zarar Kapsamında Talep Edilebilecek Yoksun Kalınan Kâr Kalemlerinin Tipik Görünüm Şekilleri

Bu haller sınırsız olmakla birlikte, en çok karşılaşılan yoksun kalınan kâr hallerine şu şekilde örnek vermek mümkündür:

- Sözleşme ihlâli neticesinde, alacaklının kaçırılan yararlanma kayıpları, örneğin sözleşme konusundan *sonraki satış veya sonraki kiralama* dolayısıyla elde edebileceği kazanç[147] en sık karşılaşılan yoksun kalınan kâr görünüm şekillerindendir.

- Sözleşme ihlâli neticesinde alacaklının işletmesindeki imalatın düşmesi, örneğin satın alınan makinaların hiç teslim edilmemesi ya da ayıplı makinaların teslim edilmesi ve yerine yeni makinalar konuluncaya kadar *işletmenin durdurulmasından dolayı, bu süre içerisinde sağlanacak kârdan yoksunluk*[148] da bu kapsamda görülebilecektir.

---

145 Akıncı, **a.g.e.,** s. 91; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 857.

146 Akıncı, **a.g.e.,** s. 102.

147 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 159; Eren, **a.g.e.,** s. 1083; Kurt, **a.g.e.,** s. 211, 260; Öz, **İnşaat Sözleşmesi,** s. 146. Y. 15.HD. 23.10.2003 2003/1873 K.2003/4992 (kazancı)

148 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 160; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 208; Eren, **a.g.e.,** s. 1083. İş sahibinin üretimde kullanacağı eserin tesliminde yüklenicinin gecikmesi durumunda da yoksun kalınan kâr oluşacaktır. Bkz. Kurt, **a.g.e.,** s. 211, 260; Gauch, **Werkvertrag,** N. 665; Tandoğan, **C. 2,** s. 134.

-*Kötü ifa sebebiyle* olumlu zararın yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkması da mümkündür. Bu durumda karşılanacak olan, borç kötü ifa edilmeseydi, alacaklının malvarlığında meydana gelecek olan artmanın gerçekleşmemesinden kaynaklanan ifa menfaatidir. Örneğin, ayıplı ve tamiri mümkün olmayan bir makinenin teslimi sonucu, alıcının işletmesinin durması veya üretiminin azalması sebebiyle uğradığı zarar[149]; teslim edilen malların ayıplı olması sebebiyle alıcının müşterilerinin yeni sipariş vermemeleri sebebiyle uğranılan zarar[150], yoksun kalınan kâr olarak olumlu zarar kapsamında borçludan talep edilebilecektir.

Kira sözleşmesinde, TBK m. 308 gereği kiralananın ayıplı teslimi halinde, kiracının seçimlik haklarla birlikte olumlu zararının tazminini talep etme hakkı bulunmaktadır. Özellikle dükkan, mağaza, otel ve restoran gibi işyeri kiralarında işyerinin kullanılamaması, mesleki faaliyetlerin durması nedeniyle yoksun kalınan kâr bu kapsamda talep edilebilecektir[151].

Eser sözleşmesinde, TBK m. 475/ f. 1 ve 2 gereğince ayıp halinde diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılabilecek tazminat talep etme hakkı sonucu da işsahibinin ayıbı takip eden zararları, olumlu zarar kapsamında değerlendirilebilecektir. Örneğin, onarım esnasında işletmedeki üretimin durmasından doğan kâr kaybı, bu kapsamda talep edilebilecek zarardır.

---

149 Aral, **Kötü İfa,** s. 164.

150 Aral, **Kötü İfa,** s. 164.

151 Eren, **Borçlar Özel,** s. 339; Zevkliler, Gökyayla, **a.g.e.,** s. 269. Y. 3. HD. 25.10.2018 E. 2017/13667 2018/106487 (kazancı): *"...kira sözleşmesi ile toplam 246 m² alanın kiraya verildiği, kiralananın 138 m² kısmının dava dışı belediye tarafından yıkıldığı, kiralananın bir kısmı yıkıldığına ve sözleşme fesh edilmediğine göre davacı kiracının yıkılan bölüm nedeniyle uğramış olduğu kazanç kaybını istemesinde bir usulsüzlük bulunmadığı, yapılan keşif ve dosya kapsamından kiralanan yerin yıkımdan sonra tekrar restore edilerek kalan kısmının işletilmesine devam edildiğinin anlaşıldığı; Mahkemece bilirkişi marifeti ile kazanç kaybı hesaplatılmış ise de yapılan hesaplamanın Yargıtay denetimine elverişli olmadığı, Mahkemece davacı şirketin defterleri üzerinde konusunda uzman bir bilirkişi vasıtası ile inceleme yaptırılarak geçmiş dönemlerdeki kazancı gözönüne alınarak ortalama günlük karının bulunması gerektiği ve dava konusu işletme yıkımdan sonra yeniden faaliyete geçtiğine göre* ***yıkım tarihinden işletmenin yeniden faaliyete geçmesi için gereken sürenin uzman bilirkişi marifeti ile belirlenip bu süre ile sınırlı olmak üzere kazanç kaybına hükmedilmesi gerekirken*** *yazılı şekilde hiçbir veriye dayanmayan ortalama kazancın dava tarihine kadar hükmedilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.".*

-*Borçlunun temerrüdü* dolayısıyla da alacaklının yoksun kalınan kârı oluşabilecektir. Örneğin çiftçi K, V'den 5000 Frank değerinde bir dana satın almış ama V, sonrasında danayı teslim borcunu yerine getirmemiş. Bunun üzerine K, İsv. BK Art. 107/f. 2 (TBK m. 125/f. 2) gereğince dananın ifası isteminden vazgeçmiş, olumlu zarar talebinde bulunmuştur. Bu süre zarfında, alıcının yeniden satmak üzere aldığı dananın fiyatı 5500 TL'ye çıkmışsa, K'nın yararlanamadığı bu 500 TL bakımından da bir yoksun kalınan kâr talebinde bulunması mümkün olabilecektir[152].

Borçlunun temerrüde düşmesi sırasında, edimin değerinde bir azalma olmuşsa, bu eksilme *gecikme zararı* kapsamında talep edilebilir. Bunun içerisinde de kâr mahrumiyeti söz konusudur. Zira, borçlu temerrüde düşmeden edimi ifa etseydi edimin alacaklıya sağlayacağı her türlü menfaat, gecikme zararı kapsamında yer alacaktır[153]. Ancak bunun için, edimin değeri temerrüt esnasında fiyatların düşmesi sebebiyle azalmış olmalı ve alacaklının ifa zamanında yapılsaydı o edimi derhal elinden çıkaracağının kabul edilebilmesi gerekir[154]. Aradaki farkın hesap edilmesi, borsaya kayıtlı veya piyasa değeri olan mallarda daha kolay olmaktadır. Doktrinde ticari işlerde, malın tekrar satılmak üzere satın alınmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[155]. Alacaklı malı derhal elden çıkarmak üzere değil de kendi ihtiyacı için satın almışsa, bu takdirde bir zararın oluştuğundan bahsedilemeyecektir[156].

Örneğin, malı başkasına satmak için alan alacaklının temerrüt sırasında malın değeri düştüğü için malı başkasına daha düşük fiyattan satmak zorunda kalması

---

152 Bu süre içinde, dananın fiyatında ani bir düşüş yaşanmış, fiyat 4000 Frank'a düşmüştür. Bu durumda K'nın, edimin zamanında yerine getirilmemiş olmasından kaynaklanan olumlu zarar şeklinde oluşan bir zararı olmamıştır. Zira dananın değerinde, K'nın yararlanamadığı bir artış olmamıştır. Aksine düşüş söz konusudur. K ayrıca kendi edimini yerine getirmesinden dolayı oluşan transfer masrafları gibi harcamalarını da isteyemez. Zira bu gibi harcamalar tipik olumsuz zarar kalemleridir. K, bu durumda kendi ödediği satış bedelinin iadesini talep etmekle yetinmelidir. Bkz. Koller, **OR Band II,** s. 149, N. 33.

153 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 144; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 923; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 248.

154 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 483. Ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1583; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2673.

155 Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 924; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 145, dpn. 11. Bu durumda edimin değerinde azalma yoksun kalınan kâr olarak olumlu zarar kapsamında karşımıza çıkmaktadır.

156 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 483.

sonucu, ilk düşünülen fiyatla satış fiyatı arasındaki fark da *gecikme zararı kapsamında* istenebilmelidir. Örneğin 1000 TL'ye aldığı mal ile 1000 TL değerinde başka bir mal trampa edecek kişi, gecikme dolayısıyla malın değeri 800 TL'ye düştüğü için bu malı 1000 TL'lik malla trampa yapma imkânını kaybedecektir. Bu sebeple, malını ancak 800 TL'lik başka bir malla değiştirme imkânına sahip olan alacaklının, 200 TL'lik zararı olduğu söylenebilecektir. Yoksa 1000 TL'lik mal zamanında ifa edilseydi de malı başkasıyla trampa etmeyip elinde tutacak olan kişinin, aynı mal, kendi elindeyken de değerinin düşme ihtimali her zaman söz konusu olacağından bir zararının olduğundan bahsedilemeyecektir.

Borçlu temerrüde düşmeden edimi ifa etseydi edimin alacaklıya sağlayacağı her türlü menfaat, gecikme zararı kapsamında yer alacaktır[157]. Örneğin borçlu temerrüde düştüğü için, alacaklı edimi satamamış, kiraya verememiş[158] veya herhangi başka bir işte kullanmak suretiyle kazanç elde edememişse, bu durumları ispat ederek, gecikme zararı kapsamında yoksun kaldığı kazancını isteyebilecektir. Örneğin, taksi şoförü taksisini tamire vermiş ama tamircinin gecikmesinden dolayı bir süre trafiğe çıkamamışsa bu süre zarfındaki kazanç kaybını mütemerrit tamirciden isteyebilecektir. Yine bir fabrika teslim borcunda temerrüde düşülmüşse, alacaklı bu süre zarfında fabrikayı işletememesinden dolayı oluşan zararlarını talep edebilecektir. Ayrıca, para borcunun zamanında ifa edilmemesi sonucu, alacaklı parayı bankaya yatıramamış ve banka da işleyecek faizden mahrum kalmışsa bu da yoksun kalınan kâr kapsamında istenebilecektir.

Fiyat değişiklikleri sebebiyle yoksun kalınan kâr da gecikme zararları kapsamında talep edilebilecektir[159]. Örneğin, temerrüt süresince malın bedelinde yaşanan artış sonucu, mal zamanında teslim edilseydi yüksek bedelle başkasına satıştan elde edilebilecek kâr yoksunluğu veya değerinde artış gösteren kira getirebilecek bir mal olması durumunda, tesliminde gecikme sebebiyle yoksun

---

157 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 144; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 923; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 286, N. 248.

158 Y. HGK 21. 03.2012 E. 2012/13-164 K. 2012/219 (kazancı); Y. 13. HD. 26.09.1988 E. 2607 K. 4299 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4607); Y. 13. HD. 27.03.1997 E. 2055 K. 2616 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4627).

159 Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 924.

kalınan kira bedelleri bu kapsamda düşünülebilecektir[160]. Ancak bu bedelleri gecikme zararı olarak talep eden alacaklının, şeyi belli bir zamanda satmasının, kiraya vermesinin ya da kullanmasının kuvvetle muhtemel olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Örneğin temerrüt süresince bir anda malın değeri en yüksek değeri bulmuşsa, bu hususun ispatlanması koşuluyla, gecikme zararı kapsamındaki yoksun kalınan kâr, bu en yüksek bedel üzerinden hesaplanmalıdır[161].

Yoksun kalınan kazanç tutarının, para borcunun zamanında ödenmemesi durumunda temerrüt faizi tutarından fazla olması halinde, aşkın zarar kapsamında da istenmesi mümkündür[162].

Paranın ödenmesinde temerrüde düşülmesi dolayısıyla alacaklı kazanç yoksunluğuna uğramışsa, bu kazanç yoksunluğu temerrüt faiziyle karşılanamadığı oranda aşkın zarara da yol açabilir. Örneğin, borç temerrüde düşülmeden ödenseydi, alacaklı, parayı temerrüt faizinden daha yüksek faiz getiren bir vadeli mevduat hesabında değerlendirecek idiyse, alacaklının aşkın zararı oluşacaktır.

Alacaklının kazanç kaybı şeklinde uğrayacağı aşkın zararı ispat etmesi gerekmektedir[163]. Bu konuda örneğin alacaklının eline geçen ihtiyaç fazlası parasını öteden beri aynı mevduat hesabına yatırdığını kanıtlaması yeterli olacaktır. Aşkın zarar belirlenirken ayrıca, alacaklının abartılı beklentileri de dikkate alınmamalıdır[164]. Örneğin parayı zamanında alsaydı, şans oyunları oynayacağını ve bunlardan büyük gelirler elde edeceğini ileri sürerek talepte bulunamayacaktır. Yine alacaklının hukuka veya ahlaka aykırı bir yolla elde edeceğini ileri sürdüğü kazancı da dikkate alınmamalıdır[165]. Örneğin, elde edeceği parayla uyuşturucu satıp büyük paralar elde edeceğini ileri sürememelidir.

---

160 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1583.

161 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 483; Önen, **a.g.e.,** s. 73; Tunçomağ, **.a.g.e.,** s. 924. En yüksek bedelin dikkate alınması hususunda hakimin her olayın özelliklerine göre takdir yetkisini kullanması gerektiği hakkında bkz. Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 103, N. 5.

162 Barlas**, a.g.e.,** s. 205; Schenker, **a.g.e.,** s. 105, 106; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 206**; StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 288, N. 41 vd.

163 Yıldız, **a.g.t.,** s. 147.

164 Barlas**, a.g.e.,** s. 206; Yıldız, **a.g.t.,** s. 147.

165 Barlas**, a.g.e.,** s. 207; Yıldız, **a.g.t.,** s. 147.

-*İmkansızlık* halinde olumlu zararın talep edildiği durumlarda da alacaklının olumlu zarar kapsamında yoksun kalınan kârı söz konusu olabilecektir. Satılan malın teslim edilmeden önce yanması dolayısıyla, alacaklının bu malı başka bir kimseye daha yüksek fiyattan satması dolayısıyla kâra geçmesi engellenmiş olacaktır. Yine bir işletmenin işleyişini sağlayan makinelerin, imkânsızlık dolayısıyla teslim edilememesi sonucu, işletme faaliyetlerinin aksaması sebebiyle, elde edilemeyen kâr da alacaklının olumlu zarar tazmini talebi içerisinde yer alacaktır. Bu takdirde hem elde edilemeyen makinelerin bedeli, hem de yoksun kalınan kârı talep edilecektir.

- Bunun gibi, bir taşınmaz üzerine konulan ipoteğin sona ermesi sonucu, ipotek hakkı sahibinin ipoteği fek ettirmemesi dolayısıyla (borca aykırı davranış) taşınmaz üzerinde hâlâ rehin devam ettiği için taşınmazın satılamaması durumunda, taşınmazın maliki ipotek hakkı sahibine karşı yoksun kalınan kârının tazminini talep edebilecektir. Zira bu durumda, ipoteğin fekkinin talep edildiği tarihten itibaren taşınmaz satılsaydı kazanılacak olan paranın değerlendirilmesi imkânından yoksun kalınmıştır. Bu durumda, ipoteğin fek edilmesi gereken taihten itibaren satış bedeli üzerinden işleyecek olan faiz yoksun kalınan kâr olarak istenebilecektir.

C. Olumsuz Zarar Kalemlerinin Olumlu Zarar Kalemleri ile Benzerlik Arz Edip Etmemesi Açısından İncelenmesi

Her ne kadar farklı hukuki sebeplere dayansalar da bazı zarar kalemleri bakımından olumlu zarar ve olumsuz zarar benzerlik arz etmektedir. Bu sebeple, uygulamada yaşanan karışıklıkların önlenmesi bakımından, her iki zarar türü bakımından benzerlik arz edebilecek zarar kalemlerinin ortaya konması kanaatimizce faydalı olacaktır. Nasıl ki yukarıda uygulamada en çok karşılaşılan olumlu zarar kalemlerini belirlemişsek, tüketici bir sayıma gidilemeyeceğinden, uygulamada en çok karşılaşılan olumsuz zarar kalemleri bakımından da bir belirleme yapılabilecektir.

Bir zarar kaleminin olumsuz zarar kalemi olup olmadığını tespit ederken, ilk olarak dikkat edilmesi gereken husus, bunun *sözleşmenin hüküm ifade edeceği*

yönünde uyandırılan güvenle bağlantısı olup olmadığıdır[166]. Amaçlanan sözleşmedeki ifa menfaati, dikkate alınmayacaktır.

Olumsuz zararın kapsamına giren mal varlığı kayıpları fiilî zarar şeklinde karşımıza, aşağıdaki şekillerde çıkmaktadır[167].

1) *Sözleşme Kurma Masrafları*: Olumsuz zarar kapsamındaki sözleşmeyi kurma masrafları, hükümsüz kalan sözleşme dolayısıyla yapılmış olan, noter harçları, vergiler, telefon ve seyahat, yazışma masrafları, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya ya da danışmana ödenen ücretler gibi masraflardır[168]. Bu masraflar ancak lüzumlu oldukları ve uyandırılan güvenin ihlâl edilmesiyle uygun illiyet bağına sahip oldukları sürece tazmin edilebileceklerdir[169].

Bu masraflar tipik olumsuz zarar kalemleridir. İfa gereği gibi yapılsaydı yine de yapılacak olan giderlerin, olumlu zarar kapsamında istenmesi mümkün değildir. Zira, borcun ihlâli olmasaydı bile, bu giderler yapılacağı için, borca aykırı davranılması ile bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu gibi giderler, alacaklının o sözleşmeden sağlayacağı kazancın içinde yer aldığı için, olumlu zararın tazmini ile zaten karşılanmış olmaktadır[170]. Bu sebeple, ifa menfaatinin karşılanmasını isteyen kişinin yatırım giderlerini ve risklerini kendisinin üstlendiğini söylemek mümkündür[171]. Fakat bazı durumlarda, masrafların da olumlu zarar kapsamına girmesi mümkün olmaktadır. Örneğin, alacaklı sözleşme ifa edilseydi masraflarını üçüncü bir kişiden alabilecek idiyse, bu masrafların olumlu zarar kapsamında istenmesi mümkündür[172].

2) *Sözleşmenin İfası İçin Yapılan Masraflar ve Uğranılan Diğer Zararlar*: Diğer zarar kalemi ise, sözleşmenin karşılıklı olarak ifa edileceği inancıyla yapılan

---

166 Ergüne, **a.g.e.,** s. 287.

167 Ergüne, **a.g.e.,** s. 288 vd. Tüketici bir sayım yapılamayacağına ilişkin bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 243; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 265; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 287; Simonius, **a.g.m.,** s. 248; Scherrer, **a.g.e.,** s. 58;.

168 Buz, **a.g.e.,** s. 243; Ergüne, **a.g.e.,** s. 289.

169 Ergüne, **a.g.e.,** s. 289.

170 Schwenzer, **a.g.e.,** s. 94, N. 14.30; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855: Lemp, **a.g.e.,** s.151; Ergüne, **a.g.e.,** s. 59; Keller, **a.g.e.,** s. 17, 18.

171 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 5 ve 9.

172 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 855, dpn. 2.

masraflardır. Bu kapsamda, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın, amaçlanan sözleşmedeki ifa zamanı ve yerini dikkate alarak *sözleşmenin ifası için,* diğer bir deyişle kendi edimini yerine getirmek üzere yaptığı masraflar dikkate alınır. Bu masraflara örnek olarak, nakliye, devir, tescil masrafları, sözleşme konusu malı başka yerden temin etmek için üstlenilen yükümlülükler, malın sigortalanması gerekiyorsa bunun için ödenen primler, gümrük masrafları, sözleşmenin ifası için bankadan kredi alınmışsa bunun faizleri, bu kapsamda örneğin alıcının satış bedelini ödemek için aldığı kredinin faizi, yine satış sözleşmesinde satıcının satış konusu malı sağlamak için üçüncü kişiyle yaptığı sözleşme neticesindeki masraflar, eser sözleşmesi söz konusu ise, kullanılan malzemelerin değeri, araziyi düzeltme ve şantiye kurma masrafları, şantiyede kullanılacak araçların taşınma masrafları, mimari proje çizdirme masrafları gibi masraflar gösterilebilir[173]. Bu tür masraflar, ayrıca karşı edimin kabulü için de yapılmış olabilir. Örneğin, karşı edimin muhafaza edilebilmesi için, depo kiralanması, aranılacak borçlar bakımından malın taşıma masrafları, ifanın gerçekleşeceğine güvenerek yeni işçilerle sözleşme yapılması bu kapsamda düşünülebilecektir[174]. Yapılan tüm bu masraflar, taraflar arasındaki sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi sonucu gayesine ulaşamamıştır. Bu tür masraflar yapıldığı sırada da eşyanın zarar görmesi mümkündür[175]. Örneğin, taşıma sırasında bazı malvarlığı kayıpları yaşanabilecektir. Yine eser sözleşmesine güvenerek, aslında kiraya verdiği evini yıktıran işsahibinin uğradığı kira kaybı[176], araziden kum alınmasından kaynaklanan kayıplar[177] bu kapsamda düşünülebilecektir.

İfa gereği gibi yapılsaydı yine de yapılacak olan bu gibi giderlerin, olumlu zarar kapsamında istenmesi kural olarak mümkün değildir. Bu tür masraflar bakımından da borcun ihlâli olmasaydı bile, bu giderler yapılacağı için, borca aykırı davranılması ile bir illiyet bağı bulunmadığını söylemek mümkündür.

---

173 Ergüne, **a.g.e.,** s. 291.

174 Buz, **a.g.e.,** s. 253; Yıldız, **a.g.t.,** s. 253; Ergüne, **a.g.e.,** s. 291.

175 Ergüne, **a.g.e.,** s. 292.

176 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 288; Öz, **İnşaat Sözleşmesi,** s. 37, 154; Ergüne, **a.g.e.,** s. 292; Buz, **a.g.e.,** s. 244, 245.

177 Y. 15. HD. 02.05.1994 E.1993/4751 K. 1994/2762 (kazancı).

3) ***Yerine Getirilen Edim ve Ondan Elde Edilecek Faydalar*****:** Borçlunun yerine getirilen edim ve ondan elde edeceği faydalar dolayısıyla da olumsuz zararı söz konusu olabilecektir. Sözleşmenin hüküm edeceğine olan güveni dolayısıyla bir tarafın kendi edimini yerine getirmesi mümkündür. Karşı taraf, sözleşmenin geçerliliği hakkında güven uyandırmasaydı, zarar gören kendi edimini ifa etmeyecektir. Fakat sözleşmenin hükümsüz olması sebebiyle yerine getirilen edim dolayısıyla, zarar görenin malvarlığında bu edimin değeri oranında olumsuz zararın fiili zarar kalemi ortaya çıkmış olacaktır[178]. Bu edimin iadesi, her ne kadar sebepsiz zenginleşme (ya da yeni dönme teorisinin kabulü halinde aralarındaki sözleşme) uyarınca istenebilecekse de olumsuz zararın tazmini talebi sebepsiz zenginleşme dolayısıyla iade talebi ile yarışma halindedir. Bu sebeple, olumsuz zarar kapsamında da istenebilecektir[179]. Ancak alacaklı bu taleplerden birisi yoluyla tatmin edilmişse, diğer talebe dayanamaz.

Yine bu edimin yerine getirilmesi dolayısıyla, bazı yararlardan mahrum kalma durumu da oluşabilecektir[180]. Para borcunu, vadeli mevduatını vadesinden önce ödeyen kimsenin, yoksun kaldığı faiz geliri, bu duruma örnek oluşturabilecektir. Bunun gibi eser sözleşmesinin geçerliliğine güvenerek aslında kiraya verdiği evini müteahhide teslim eden işsahibinin, evinin yıkılması sebebiyle yoksun kaldığı kira gelirleri, hatta evde öncesinde haksız zilyetlik durumu oluşmuşsa ecrimisil tazminatı da elde edemediği faydalar kapsamında görülebilecektir.

---

178 Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s. 146; Lüchinger, **a.g.e.,** N. 266 vd.; Simonius, **a.g.m.,** s. 248; Ergüne, **a.g.e.,** s. 292; Yalman, **a.g.e.,** s. 126; Buz, **a.g.e.,** s. 245.

179 Ergüne, **a.g.e.,** s. 293 vd. Ancak sözleşmeye güvenen tarafın, yerine getirmiş olduğu edimi, MK m. 683 uyarınca yani hakkına dayanarak talep etme imkânı varsa, yerine getirilen edim sözleşmeye güvenenin malvarlığından henüz çıkmamıştır. Bu sebeple, ne olumsuz zararın tazmini talebine ne de sebepsiz zenginleşme davasına dayanılamayacaktır. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 293, dpn. 20. Aksi yönde bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 266, 267; Yalman, **a.g.e.,** s. 126, 127.

180 Kutlu Sungurbey, **a.g.e.,** s 147; Schenker, **a.g.e.,** s. 281; Ergüne, **a.g.e.,** s. 294; **BernerK-Weber,** Art. 109, N. 91. Her ne kadar bu masraflar yoksun kalınan kâr kapsamındaymış gibi gözükse de güvenilen sözleşme nedeniyle yerine getirilen edim dolayısıyla oluşan zararlar fiilî zarar kapsamında değerlendiriliyorsa onlardan sağlanacak faydalar da bu kapsamda sayılmalıdır. Ayrıca olumsuz zarar kapsamında yoksun kalınan kârın sadece kaçırılan fırsat şeklinde oluşacağı düşünülürse, bu faydaların fiilî zarar kapsamında talep edilmesi daha uygun olacaktır. Bu yönde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 294 ve dpn. 25. Aksi yönde bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 252; Scherrer, **a.g.e.,** s. 64; Keller, **a.g.e.,** s. 266; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 290.

Olumlu zarar kapsamında zarar gören, öncelikle yerine getirilmemiş edimin değerinin hesaba katılmasını talep edebilir. Ancak kendisi bu süre zarfında edimini yerine getirmişse, baskın olarak kabul edilen sınırlı fark teorisi gereğince, edimini yerine getirmiş olan kimse kendi edimine tekrar ulaşmak istiyorsa fark teorisine başvuramayıp, dönme yolunu tercih etmesi gerekir. Bu sebeple, alacaklı önceden edimini yerine getirmişse, bunu kural olarak olumlu zarar kapsamında talep edemeyecektir[181]. Olumlu zarar kapsamında, o edime karşılık olarak taraflarca belirlenen değer talep edilebilecektir. Örneğin, satıcı buzdolabı satım borcunu yerine getirmiş ama alıcı 1000 TL bedel ödeme borcunda temerrüde düşmüşse, aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar isteyen satıcı buzdolabının geri iadesini değil, ancak aralarında o edim için kararlaştırdıkları bedel olan 1000 TL'yi talep edebilecektir. Buzdolabının gerçek bedeli 1200 TL bile olsa ancak kararlaştırılan bedel talep edilebilecektir. Zira ifa edilmeyen edimin değeri, alacaklının malvarlığında doğrudan bir azalma meydana getirerek, tazmini gereken olumlu zararın temel unsurunu oluşturur.

4) ***Hükümsüz Sözleşmenin Tasfiyesi Sebebiyle Uğranılan Zararlar:*** Sözleşmenin hükümsüz kalması sonucu tasfiyesi sebebiyle de zarara uğranılabilecektir. Bu kapsamda, ifa edilen edimin geri alınması için seyahat masrafları, taşıma masrafları, taşıma sırasında eşyanın zarar görmesinden dolayı oluşan zararlar, imar mevzuatına aykırı yapılan inşaatın yıkılması masrafları sayılabilecektir[182].

Sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla da alacaklının alacağına kavuşmak için yaptığı taşıma, seyahat gibi masrafları bu kapsamda benzerlik arz etmektedir. Ancak dikkat edilirse olumsuz zarar kapsamında bu kalemler hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi sebebiyle ortaya çıkarken; olumlu zarar kapsamında bu kalemler, alacaklının alacağına kavuşmak amacı dolayısıyla ortaya çıkmaktadır.

5) ***Usuli İşlemlere İlişkin Yapılan Masraflar:*** Hakkın elde edilmesi bakımından yapılan usuli masraflar da olumsuz zarar kalemi oluşturmaktadır.

---

181 Sınırlı fark teorisi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, c.

182 Ergüne, **a.g.e.,** s. 296.

Örneğin, temerrüt ihtarı çekme, ek süre verme, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi iptal etme sebebiyle yapılan harcamalar ve yargılama giderleri ve avukatlık giderleri bu kapsamda sayılabilecektir. Ancak kanaatimizce, yargılama giderleri bakımından HMK m. 323'te ayrıca bir düzenleme bulunduğundan, hakimin esasa dair karar verirken re'sen HMK m. 323 vd. hükümlerince yargılama giderlerine hükmetmesi sonucu, artık bunun olumsuz zarar kapsamında talep edilmesine gerek olmayacaktır[183].

Bu şekilde yapılan masraflar karşımıza olumlu zarar kalemi olarak da çıkmaktadır. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sonucu, alacaklının alacağını elde etmek amacıyla yapacağı (hakkın elde edilmesi) masrafları bu kapsamda benzerlik göstermektedir.

6) ***Üçüncü Şahıslara Ödenen Tazminat ve Ceza Koşulları:*** Başka bir sözleşmenin yerine getirilememesi dolayısıyla uğranılan zararlar da olumsuz zarar kapsamında talep edilebilecektir[184]. Zira sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen taraf, üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeler sonucu yükümlülüklerini yerine getirememesinden dolayı tazminat veya ceza koşulu ödemek durumunda kalmışsa, bu sebepten dolayı oluşan masraflarını sorumlululuk menfaati kapsamında *(Haftungsinteresse)* talep edebilecektir. Bu kapsamda, üçüncü kişilerle arasındaki hukuki uyuşmazlıklar sebebiyle ödemek durumunda kaldığı usuli masrafları da sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen tarafın talep etmesi mümkündür.

Bu zarar kalemleri bakımından da olumlu zarar kalemleriyle benzerlik bulunmaktadır. Zira olumlu zararının tazminini isteyen alacaklı, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla taraf olduğu başka bir hukuki ilişkisinin olumsuz etkilenmesi dolayısıyla oluşacak tazminat ve ceza koşulundan sorumlu olacaktır.

---

183 Aynı yönde bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 255. Ancak doktrinde HMK m. 323 kapsamında karşılanamayan yargılama giderlerinin de olumsuz zarar kapsamında talep edilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 296.

184 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 428; Ergüne, **a.g.e.,** s. 297; **BaslerK-Wiegand,** Art. 109, N. 9; Schenker, **a.g.e.,** s. 281; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 110; Scherrer, **a.g.e.,** s. 60, 61; Yıldız, **a.g.t.,** s. 253; Buz, **a.g.e.,** s. 253.

7) ***Yoksun Kalınan Kâr:*** Yoksun kalınan kâr da olumsuz zarar kalemlerinden birini oluşturmaktadır. Buradaki yoksun kalınan kârın olumlu zarardan farklı olarak, yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi hüküm ifade edeceğine güvenilen sözleşme yüzünden daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma imkânının kaçırılmasından kaynaklanan kâr mahrumiyetidir[185]. Bu sebeple kaçırılan fırsat olarak adlandırmak da mümkündür.

Fakat uygulamada zaman zaman olumsuz zarar kapsamındaki yoksun kalınan kâr hesabı ile olumlu zarara ilişkin yoksun kalınan kârın hesabının karıştırıldığı görülmektedir[186]. Olumsuz zarar kapsamında yoksun kalınan kâr hesap edilirken, geçerliliğine güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğünün anlaşıldığı anda yapılması mümkün olan sözleşme ile geçerliliğine güvenilen sözleşme dolayısıyla kaçırılan sözleşme teklifi arasındaki fark hesaplanması gerekirken; olumlu zarar kapsamında yapılan sözleşme ile şuan yapılabilecek sözleşme arasındaki fark hesaplanacaktır[187].

Ayrıca bir hususu burada tekrar etmekte fayda vardır. Bir sözleşmeden elde edilecek kâr, o sözleşme sebebiyle yapılan masrafların hesaplamaya katılmasıyla oluştuğundan, olumlu zarar çerçevesinde kâr mahrumiyetinin karşılandığı durumlarda, sözleşme kurma masrafları aynı zamanda olumsuz zararın fiilî zarar kısmını oluşturduğundan, olumsuz zarar da çoğu kez karşılanmış olacaktır[188].

---

185 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 156, 157; Keller, **a.g.e.,** s. 266; Bucher, **a.g.e.,** s. 343; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 39, N. 10; **BaslerK-Wiegand,** Art. 109, N. 9; Schenker, **a.g.e.,** s. 281, 283; Simonius, **a.g.m.,** s. 248; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 428; Ergüne, **a.g.e.,** s. 301; Buz, **a.g.e.,** s. 246 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 856, 857. Belirtmek gerekir ki Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin, yoksun kalınan kârın sadece olumlu zarar kapsamında talep edilebileceği yönünde hatalı kararları bulunmaktadır. Bkz. Y. 13. HD. 23.06.1983 E. 1983/3088 K. 1983/5325 (Yasa Hukuk Dergisi, 1984, s. 1741, 1742); Y. 15. HD. 12.05.1994 E. 1994/545 K. 1994/3093 (kazancı); Y. 15. HD. 10.03.2005 E. 2004/4363 K. 2005/1376 (kazancı).

186 Olumlu ve olumsuz zararın birbirine karıştırıldığı karar için bkz. *"...Eğer davalı sözleşmede belirlenen günde otoyu teslim etseydi davacının ödeyeceği satış parası ile davalının temerrüdü üzerine davacının sözleşmeden döndüğü gündeki aynı nitelikteki otoyu alması için ödemesi gereken satış parası arasındaki fark kadar davalıbın malvarlığı azalacağından anılan bu fark tutarı davacının uğradığı olumsuz zararı oluşturur."*. Y. 13. HD. 22.10.1981 5378/6670 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1982, S. 2, s. 222, 223). Ayrıca bkz. Y. 15. HD. 22. 01. 2004 E. 2003/3335 K. 2004/334 (kazancı).

187 Ergüne, **a.g.e.,** s. 304.

188 Ergüne, **a.g.e.,** s. 71.

II. Olumlu Zarar Miktarının Belirlenmesine İlişkin Özellikler

A. Genel Olarak

Olumlu zararın tazmininin talep edildiği durumlarda, zarar miktarının belirlenmesi, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından basit bir işlem olmasına rağmen[189], iki tarafa borç yükleyen ve karşılıklıklı edimler içeren sözleşmeler bakımından özellik arz eden durumlar bulunmaktadır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde zarar miktarının belirlenmesinde, zarar görenin de edimini yerine getirmek zorunda olup olmadığı önem taşımaktadır. Temerrüt halinde ifadan vazgeçilip olumlu zarar talep edilen hallerde ve kusurlu ifa imkânsızlığı neticesinde olumlu zarar talep edilen hallerde bu teoriler söz konusu olur. Yoksa örneğin aynen ifa ve gecikme tazminatı isteniyorsa, müdadele teorisi uygulanacağı kuşkusuzdur. Zira bir tarafın edimini yerine getirmesini isteyen taraf, kendi edimini yerine getirmekten muaf tutulmasını isteyemeyecektir.

Olumlu zararın belirlenmesine ilişkin bu bölüm içerisinde öncelikle, bir tarafın borcunu ifa etmemesi halinde, zararın, alacaklının kendi edimi de göz önünde tutularak mı, yoksa sadece borçlunun ifa edilmeyen edimi göz önünde tutularak mı hesap edileceği sorusu ile ilgili olan[190] mübadele ve fark teorilerinden bahsedilip; sonrasında zararın, genel hükümlere göre ve özellik arz eden bazı sözleşme tipleri bakımından özel hükümlere göre belirlenmesinden bahsedilecektir. Bu kapsamda satış sözleşmeleri için öngörülmüş olan zararın fark teorisine göre hesaplanmasına ilişkin somut ve soyut metotlardan ve eser sözleşmesinde TBK m. 484'e göre sözleşmenin feshedilmesi durumunda zararın hesaplanmasına ilişkin toplama ve kesinti metotlarından bahsedilecektir.

---

189 Bu durumda yerine getirilmeyen edimin, alacaklı açısından taşıdığı değer, zarar miktarını oluşturacaktır.

190 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1298 vd. Mübadele ve fark teorileri her ne kadar zararın ya da tazminatın belirlenmesi başlıkları altında incelense de aslında asıl problem alacaklının kendi edimini ifa etmekle yükümlü olup olmadığı ile ilgilidir. Aynı yönde bkz. Sanlı, **a.g.e.,** s. 512.

B. Mübadele ve Fark Teorileri

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olumlu zararın tazmini talebi sonucu, borçlunun asli edim yükümlülüğünün yerini tali (ikinci derecedeki) tazminat edimi alırken[191], alacaklının ediminin durumunun ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir[192]. Bu şekilde, olumlu zararının tazminini talep eden alacaklının, kendi edimini yerine getirme zorunluluğunun olup olmayacağına ilişkin sorun, tazminatın mübadele ya da fark teorisine göre istenmesine göre değişecektir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu teorilerden hangisi uygulanırsa uygulansın, borçlu tarafından tazmin edilmesi gereken zararın kapsamı değişmeyecektir[193].

1. Mübadele Teorisi

a. Genel Olarak

Mübadele teorisine *(Surrogationstheori/Austauschtheorie)* göre, olumlu zararının tazminini talep eden alacaklının kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü devam eder[194]. Bu teoriye[195] göre, olumlu zararın talep edilmesiyle sözleşmesel ilişkide borçlunun asli (ilk derece) edim yükümünün yerini, borçlunun tazminat ödeme şeklindeki tali (ikinci derece) edim yükümünün alması dışında bir değişiklik olmaz. Sözleşme ayakta kalmaya devam eder ve *borçlunun tazminat edimi* ile *alacaklının edimi* arasındaki *karşılıklılık ilişkisi* de aynı şekilde varlığını sürdürür[196].

---

191 Havutçu, **a.g.e.,** s. 77; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 502; Yıldız, **a.g.t.,** s. 207.

192 Akıncı, **a.g.e.,** s. 107; Havutçu, **a.g.e.,** s. 78; Yıldız, **a.g.t.,** s. 207.

193 Kurt, **a.g.e.,** s. 264, Havutçu, **a.g.e.,** s. 114. Mübadele ve fark teorilerinin genelde tazminatın belirlenmesi aşamasında uygulandığından bahsedilse de zararın hesaplanması aşamasında uygulanacağını ifade edenler de bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 208, dpn.1141. Bu konu hakkında görüşümüz için bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 3.

194 Havutçu, **a.g.e.,** s. 76; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1299; Akıncı, **a.g.e.,** s. 105; Yıldız, **a.g.t.,** s. 207; Sanlı, **a.g.e.,** s. 514.

195 Bu teorinin ilk savunucusu Adler'dir. Bkz. Karl Adler, Die Lehre von Leistungsverzug beim Kauf, **Zeitschrift für gesamte Handels-und Wirtschaftsrecht,** 86 (1923) (Havutçu, **a.g.e.,** s. 77, dpn. 37'den naklen). Bu teorinin diğer taraftarları için bkz. von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 154, 155; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 23; Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 51; Keller, Schöbi, **a.g.e.,** s. 275). Borçlu temerrüdü durumunda mübadele teorisinin uygulanması görüşünde bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1301; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 182, dpn. 138.

196 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 856; Tandoğan, **C. I/1,** s. 144; Havutçu, **a.g.e.,** s. 77; Akıncı, **a.g.e.,** s. 106. Y. 13. HD. 23.03.1981 E. 1344 K. 2019 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4613).

Sözleşme yürürlükte olduğu için, alacaklı da kendi edimini ifa etmeye hazır olmalıdır[197]. Bu durumda, alacaklı her şeyden önce ifa edilmeyen edimin değerini olumlu zarar olarak talep edebilecektir[198]. Bu teori, olumlu zararın tazmini halinde sözleşmesel ilişkinin tasfiye edilmesine değil de, tam tersine sözleşmenin ifa edilmesi amacına hizmet eder[199]. Bu sebeple, bir tarafın edimini yerine getirmiş olduğu durumlarda, bunun iadesi ya da hesaplanacak olumlu zarardan düşülmesi söz konusu olmayacaktır[200].

Olumlu zararın talep edilebildiği hallere özgü olarak, kanun hükümlerinde, alacaklının ediminin durumu açıkça düzenlenmese de alacaklının edim yükümünün aynen devam ettiğini savunanların bazı dayanak noktaları bulunmaktadır:

- Mübadele teorisi savunucularının en büyük dayanak noktası, borçlu temerrüdü hükümlerinde, alacaklının sözleşmeden dönmesi ile aynen ifadan vazgeçip olumlu zararı talep edebilmesinin seçimlik olarak düzenlenmesidir[201]. Eğer olumlu zararını talep eden alacaklı, kendi edimini ifa etme borcundan kurtulacaksa, kanun koyucunun ayrı bir seçimlik hak olarak dönme hakkını öngörmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Zira, olumlu zararını talep eden alacaklının kendi edimini yerine getirme borcundan da kurtulup sözleşmesel ilişkiyi tek taraflı tazminat ilişkisine dönüştürmesi, dönme ile aynı anlama gelmektedir.

- Türk ve İsviçre hukuklarında ise, mübadele teorisinin dayanağı olarak kusursuz ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m. 136 ve İsv. BK m. 119 hükümleri

---

197 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 207.
Olumlu zarar talep edildiğinde, o ana kadar ifa edilmiş edimler bulunuyorsa, alacaklının bu kısma ilişkin bedel borcu devam edecektir. Eğer eser sözleşmesi söz konusu ise, yapılan kısmın kullanılabilir olup olmamasına göre, işsahibinin bedel ödeme borcu değişecektir. Bkz. Kurt, **a.g.e.,** s. 265.

198 Haluk Nami Nomer, Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi,** 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, m. 213, N. 5.

199 Havutçu, **a.g.e.,** s. 77.

200 *"...Davacının dava dilekçesindeki amacı, davalıların akdi ifa etmemelerinden dolayı uğradığı müspet zararın tazminini istemekten ibarettir...Bu durumda davacının daire bedeli için ödediği 700.000 TL ve tapu masrafı 19.000 TL tazminattan düşülmemesi gerekirken, aksine düşüncelerle bu ödemelerin indirilmesi suretiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirir..."*. bkz. Y. 13. HD. 24.12.1985 E. 5151 K. 7843 (Uygur**, C. IV, 2003,** s. 4610).

201 Havutçu, **a.g.e.,** s. 79.

gösterilmektedir[202]. Kanunda sadece kusursuz imkânsızlık halinde iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının da edim yükümünün sona ereceği düzenlenmiştir. Temerrüt ya da kusurlu imkânsızlık halinde böyle bir düzenleme olmaması, bu durumlar açısından temelde mübadele teorisinin tercih edilmiş olduğunu göstermektedir.

b. Mübadele Teorisine Yöneltilen Olumlu ve Olumsuz Eleştiriler

Alacaklıya, mübadele teorisine göre, olumlu zararının tazminini talep hakkı vermek şu açılardan alacaklının menfaatinedir:

- Alacaklının edimini başka şekilde elden çıkarmasının zor olduğu durumlarda, mübadele teorisine göre edimini ifa etmesi, alacaklının da menfaatine olacaktır[203]. Bu sebeple, bu hakkın alıcının elinde bulunması gerekmektedir.

- Bunun gibi, alacaklının malı başka şekilde elden çıkarırken yapacağı ikame işlem hususunda çok dikkatli olması gereği de alacaklının ediminin borçluya ifasını, kendisi açısından daha avantajlı duruma getirmektedir. Zira alacaklının, edimini, başka biriyle yapacağı ikame bir işlemde değerlendirirken, o işlemin yapılacağı yer ve zaman vb. konusunda özenle davranmamış olması, borçludan talep edeceği tazminat miktarında indirime gidilmesi sonucunu yaratacaktır[204].

Bu sebeplerle, alacaklı edimini borçluya ifa yoluyla, elinden çıkarmak isteyebilecektir ve bunu da kusuruyla edim yükümünü ihlâl eden borçlunun kabul etmesi gerekecektir[205].

Fakat borçlunun tazminat yükümüyle alacaklının edimi arasındaki mübadele ilişkisi, sadece tarafların ilk derece edimleri arasında olabilecek karşılıklılık

---

202 Keller, Schöbi, **a.g.e., s**. 275 vd.; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 23; Havutçu, **a.g.e.,** s. 79; Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 50; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 105, dpn. 155.

203 Tandoğan, **C. I/1,** s. 143 vd.; Havutçu, **a.g.e.,** s. 93.

204 Havutçu, **a.g.e.,** s. 93; Altınok Ormancı, **Zararı Azaltma,** s. 221.

205 Wolfgang van den Daele, **Probleme des gegenseitigen Vertrages,** Hamburg, Cram, de Gruyter&CO, 1968, **a.g.e.,** s. 92; Havutçu, **a.g.e.,** s. 93.

ilişkisinin devamı olarak görülmemelidir. Bu sebeple, alacaklının edimini yerine getirmesi bir yükümlülük değil, sadece bir hak olarak kabul edilmelidir[206].

-Doktrinde fark teorisinin faydalı yanlarının dönme yoluyla da sağlanabileceğinden hareketle, borçlu temerrüdü halinde kanun koyucunun iradesinin mübadele teorisinin uygulanmasından yana olduğu ileri sürülmüştür[207]. Ayrıca kanun koyucunun fark teorisini satış sözleşmesi bakımından kabul edip diğer sözleşme türleri bakımından sessiz kalması da bu durumun bir göstergesi olarak ileri sürülmüştür. Zira aksi halde, TBK m. 213 ve m. 236'da ayrı düzenleme yapılmasına gerek kalmayacaktır[208]. Ancak kanaatimizce bu düşünce de doğrudan kabul edilemez. Bu hükümler, kanun koyucunun fark teorisine ilişkin iradesini tekrar etttiği hükümler olabileceği gibi, bu özel hükümlerden genel ilkeler çıkarılmasının da mümkün olduğu savunulabilecektir[209].

Mübadele teorisine karşı eleştiriler de doktrinde ileri sürülmüştür:

-İlk olarak bu teoriye göre olumlu zararın tazmininin istendiği durumlarda, borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması durumunda, alacaklının tazminat elde etmeksizin, kendi edimini ifa etmek zorunda kalabileceği ileri sürülmüştür. Ancak kanaatimizce, bu gibi hallerde, alacaklı var olmayan bir hakkını kullanmış olduğundan, ya TBK m. 136'nın uygulanması gerekecek ya da alacaklının sözleşmeden dönme ya da aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme haklarına tekrar kavuşması gerekecektir[210].

-Mübadele teorisi, bu teoriye göre alacaklı kendi edimini ifa etmekle yükümlü tutulduğu ve sonra da tazminat hesaplandığı için, ilave işlem maliyetine yol açtığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir[211].

---

206 Havutçu, **a.g.e.,** s. 93.

207 Yıldız, **a.g.t.,** s. 212; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1301; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 182, dpn. 138.

208 Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 51; Yıldız, **a.g.t.,** s. 212.

209 Benzer yönde bkz. Tandoğan, **C. I/1,** s. 146.

210 Aynı yönde bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 211.

211 Sanlı, **a.g.e.,** s. 514.

2. Fark Teorisi

a. Genel Olarak

Fark teorisine göre, olumlu zararını isteyen alacaklının, kendi edimini aynen yerine getirme yükümlülüğü yoktur. Alacaklı, kendi ediminin değerini, borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından *mahsup yoluyla* düşürerek aradaki farkı olumlu zararın tazmini olarak talep eder[212]. Alacaklının zararının tazmini talebini bu şekilde ileri sürmesi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmesel ilişkiyi, sadece alacaklının tazminat talebinden oluşan tek taraflı bir tasfiye ilişkisine dönüştürür[213]. Böylece alacaklının kendi taahhüt ettiği edimin ifasından kurtulmasıyla, tarafların yükümlülükleri arasındaki karşılıklılık ilişkisi de ortadan kalkar[214].

Sözleşmesel ilişkinin tek taraflı tasfiye ilişkisine dönmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından anlamı, tarafların asli edim yükümlülüklerinin yerini, alacaklının tek taraflı tazminat talebinin alması ve tarafların asli edim yükümlülükleri

---

212 Bu teoriye ilişkin bkz. Havutçu, **a.g.e.,** s. 77; Akıncı, **a.g.e.,** s. 106; Tandoğan, **C. I/1,** s. 144, 146; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 856; Sanlı, **a.g.e.,** s. 514; Topuz, **a.g.e.,** s. 363. Eren, **a.g.e.,** s. 1145; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1299.

Oğuzman genel olarak fark teorisini benimsemiş iken; Öz, ifa imkânsızlığı sebebiyle TBK m. 112 uyarınca tazminat istenirken fark teorisinin, borçlu temerrüdü üzerine TBK m. 125/f. 2 uyarınca alacaklının ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini istemesi üzerine mübadele teorisinin uygulanmasını önermektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1301; Öz, **Eser Sözleşmesi**, s. 182, dpn. 138. Zira olumlu zararın tazmininin istendiği durumda, TBK m. 112'ye göre istenecek bu tazminata fark teorisinin uygulanmasının temelinde, kusurlu ifa imkânsızlığı halinde de karşılıklı borçların sona ereceği görüşü (bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** s. 1472-1483) yatmaktadır. Ancak TBK m. 125/f. 2'ye göre, ifa yerine olumlu zararın tazmininin talep edilmesinde böyle bir sona erme söz konusu olmadığı için, mübadele teorisi uygulanmalıdır. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 182, dpn. 138. Ayrıca yazara göre, TBK m. 125/f. 3'te alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olduğu için, edimini ifa etmekten kurtulmak isteyen alacaklının fark teorisine ihtiyacı kalmayacaktır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1682, dpn. 657. Doktrinde Önen'e göre, TBK m. 125/f. 2'ye göre, ifadan vazgeçerek olumlu zararını isteyen borçlunun, TBK m. 97 uyarınca daha sonra ifa etme hakkı olmadığı sürece, kendi edimini bizzat ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olması gerekecektir. Aksi halde borçlunun, TBK m. 97 gereğince ödemezlik def'i ileri sürebilmesi mümkündür. Bu sistem de mübadele teorisinin bir uygulamasıdır. Bkz. Önen, **a.g.e.,** s. 80.

Fark teorisi, Alman hukukunda gittikçe daha fazla taraftar bulmuştur. Bkz. Looschelders, **a.g.e.,** N. 644; Schlechtriem, Kessel, **a.g.e.,** N. 255, 278; Larenz, **a.g.e.,** s. 340 vd.; Leser, **a.g.e.,** s. 127.

İsviçre hukukunda bu teorinin taraftarları için bkz. Bucher, **a.g.e.,** s. 381; Schenker, **a.g.e.,** s. 250; Schwenzer, **a.g.e.,** N. 66. 28; Göschke, **a.g.m.,** s. 85; **BaslerK-Wiegand,** Art. 107, N. 18; Ehrat, **a.g.e.,** s. 103, 104; Barth, **a.g.e.,** s. 199, 200; Lemp, **a.g.e.,** s. 58

213 van den Daele, **a.g.e.**, s. 84. Akıncı, **a.g.e.,** s. 106; Tandoğan, **C. I/1,** s. 146; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 857; Havutçu, **a.g.e.,** s. 77, 83, 92; Topuz, **a.g.e.,** s. 363.

214 Akıncı, **a.g.e.,** s. 106; Havutçu, **a.g.e.,**s. 77.

arasındaki karşılıklılık *(synallagma)* ilişkisinin ortadan kalkmasıdır. Mübadele teorisinin aksine, fark teorisine göre tazminat talebi, akdi ilişkinin icrasına değil, tasfiye edilmesi amacına hizmet eder[215].

Fark teorisinin açıkça tanınması, öncelikle 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 188/f. 2 ve 3'te ticari satışlarda temerrüt bakımından olmuştur. Bu hükümler esas itibariyle, fark teorisine ait somut ve soyut metotlara ilişkindir ve her iki fıkra açısından da ortak özellik, satıcının kendi edim yükümünü yerine getirmekten kurtulmasıdır[216].

Satış sözleşmesine ilişkin bu temerrüt hükümlerinde, görüldüğü üzere alacaklının ikame işlem yapabileceği belirtilmiştir. Hal böyle olunca da alacaklı kendi edimini ifa etmeyecektir. Zira karşı edime ilişkin menfaatini başka yolla gidermiş alacaklının, kendi edimini de yerine getirmesi beklenemeyecektir. Bu sebeple, ikame işlemin yapıldığı durumlarda alacaklının fark teorisine başvurması beklenecektir[217].

Fark teorisini temellendirmeye çalışan görüşlerin bazı dayanak noktaları bulunmaktadır:

- Bu görüşlerden ilkine göre, satış sözleşmesinde alacaklıyı kendi edimini ifa yükümünden kurtaran kanun koyucunun amacı, aslında diğer tüm iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için de aynıdır[218]. Bu sonuca, *"kusursuz imkânsızlığı"* düzenleyen eski BGB § 323'ten de ulaşılabileceği ileri sürülmüştür[219]. Zira edimin ifasını kusuru olmaksızın imkânsız hale getiren borçlunun, kendi edimini yerine getirme borcu ortadan kalktığı gibi, karşı edimi elde etme hakkı da ortadan kalkmaktadır. Edimi kusuru olmaksızın imkânsızlaştıran borçlunun, karşı edimi elde etme hakkını ortadan kaldıran böyle bir düzenleme varken; edimi kusuruyla imkânsızlaştıran borçluya, karşı edimi elde etme imkânı tanımak kusurlu borçluyu

---

215 Havutçu, **a.g.e.,** s. 77.

216 Tandoğan, **C. I/1,** s. 144; Havutçu, **a.g.e.,** s. 77; Akıncı, **a.g.e.,** s. 109, 116; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 869.

217 Başvurmasının zorunlu olduğu görüşünde bkz. Sanlı, **a.g.e.,** s. 513.

218 Schöller, **Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB**, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 44, Berlin 1900, s. 629 vd. (Havutçu, **a.g.e.,** s. 80'den naklen).

219 Benzer yönde düzenleme yeni BGB § 326'da da bulunmaktadır.

daha iyi bir konuma sokmaktadır. Bu da kanun koyucunun isteyebileceği bir sonuç değildir. Bu sebeple, bu görüşe göre, kusurlu imkânsızlık halinde imkânsızlığın ortaya çıkması ve temerrütte de edimin ifası için ret bildirimiyle tayin edilen sürenin edim ifa edilmeksizin geçmesi sonunda, alacaklının edimini yerine getirme borcu kendiliğinden sona ermelidir[220]. Temerrüt durumunda edimlerin karşılıklı olarak sona ermesiyle birlikte, alacaklının eline sözleşmeden dönme veya olumlu zararını isteme hakkı geçer. Ancak olumlu zararın tazmini durumunda, karşılıklı edimler daha önceden sona ermiş olduğu için, alacaklı, sadece, sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından dolayı sözleşmenin ifasına olan menfaatini isteyebilir[221]. Bunu isterken kendi edimini de yerine getirmek zorunda olmadığı için, fark zararlarının tazminini isteyecektir.

- Ayrıca Alman hukukunda baskın olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler arasındaki *"karşılıklılık ilişkisine"* dayanarak da bir tarafın ediminin sona ermesine bağlı olarak diğer tarafın ediminin de sona ereceği ve böylelikle fark teorisinin bir temel bulacağı kabul edilmektedir[222]. Fakat bu görüşe göre, borçlu temerrüdü sonucunda verilen ek süre sonunda edim yükümleri karşılıklı olarak sona ermekle beraber, alacaklının menfaati varsa edimini ifa edebilecek ve karşı taraftan tazminat talep edebilecektir.

Fakat kanaatimizce, borçlu temerrüdünden yola çıkarak verilen ek süre içerisinde, edim ifa edilmediğinde, hem edimlerin karşılıklı olarak sona erdiğini, hem de alacaklının isterse edimi yerine getirebileceği düşüncesini kabul etmek çelişki yaratmaktadır. Bu düşünce tarzı, alacaklının edimini, borçlu tarafından ifası talep edilemeyen fakat alacaklının isterse ifa edebileceği eksik borç haline getirmektedir[223]. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin karşılıklılık yapısı gereği, kural olarak bir tarafın ediminin sona ermesi diğer tarafın da ediminin sona

---

220 İmkânsızlık bakımından aynı yönde bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1472-1483. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1, a.

221 Havutçu, **a.g.e.,** s. 81.

222 Enneccerus, Lehmann, **a.g.e.,** s. 230; Keuk, **a.g.e.,** s. 145.

223 Aynı yönde bkz. Havutçu, **a.g.e.** s. 84 vd.

ermesine yol açmakla beraber, bu sonucun şarta benzer bir şekilde otomatikman kabul edilmesi de zorunlu değildir[224].

Alacaklının kendi edimini ifa yükümünün sona ermesi, borçlu temerrüdünde verilen ek sürenin sonunda alacaklının dönme yolunu ya da fark teorisine göre olumlu zararının tazminini seçmesi sonucu gerçekleşecektir[225]. Alacaklının kendi edimini yerine getirmede menfaati varsa, o zaman mübadele teorisine göre olumlu zararını isteyebilmesi mümkün olmalıdır. Yoksa borçlunun aynen ifa yükümünün sona ermesiyle alacaklının da ediminin sona erdiğini kabul sonrasında, alacaklıya, isterse edimini yerine getirebilme imkânı tanıyan çelişkili bir sonuç, kabul edilmemelidir.

b. Fark Teorisine Yöneltilen Olumlu ve Olumsuz Eleştiriler

Alacaklıya fark teorisine göre, olumlu zararının tazminini talep hakkı vermek şu açılardan alacaklının menfaatinedir:

-*Alacaklının ediminin para borcu olması durumunda,* borçlunun edimi para borcu dışında bir edim olacaktır. Bu ihtimalde, alacaklının olumlu zarar talep etmesi durumunda, borçlu, alacaklının olumlu zararın tazmini talebini nakden yerine getireceğinden, alacaklının bu talebini fark ya da mübadele teorisine göre talep etmesi farklılık yaratmayacaktır[226]. Zira mübadele teorisine başvurulduğunda, alacaklı, borçlunun bir miktar paraya dönüşen tazminat edimini kendi bir miktar paradan oluşan edimiyle *takas* edecektir[227]. Fark teorisine başvurulduğunda ise, alacaklı bir miktar paradan oluşan edimini borçlunun bir miktar paraya dönüşen tazminat ediminden *mahsup* edecektir[228]. Bu iki durum arasındaki fark, görüldüğü gibi takas ya da mahsup yöntemine başvurulmasında görülmektedir. Takas yöntemine başvurulduğunda, bilindiği gibi her iki borcun da muaccel olması ve takas

---

224 Havutçu, **a.g.e.,** s. 84; van den Daele, **a.g.e.,** s. 102 vd.

225 Havutçu, **a.g.e.,** s. 85.

226 Sanlı, **a.g.e.,** s. 513, 515, 517; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1307.

227 Tandoğan, **C. I/1,** s. 144; Hatemi, **a.g.e.,** § 26, N. 175; Havutçu, **a.g.e.,** s. 88; Gauch, Schluep,Schmidt, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2780.

228 Gauch, Schluep,Schmidt, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2780; **BernerK-Giger,** Art. 191, N. 18; Havutçu, **a.g.e.,** s. 88.

şartlarının gerçekleşmesi gerekirken; mahsup yolunda bu şartların gerçekleşmesine gerek yoktur[229]. Bu sebeple, mübadele yöntemine başvurulmasının çok pratik olmadığını söylemek mümkündür.

Bu durumun en çok karşılaşılan örneği, satış sözleşmesidir. Zira alıcının borcu da alıcının talep ettiği tazminat da paraya ilişkindir. Zira satıcının temerrüdü sonucu alıcının ifadan vazgeçmesiyle, satıcının edimini ifa borcu ortadan kalkmakta ve bunun yerini alıcının uğramış olduğu zararı tazmin mükellefiyeti almaktadır. Mübadele teorisine göre hareket edilse bile, yani alıcı satış parasını satıcıya ödese bile, satıcı da bir miktar para ödeyeceği için neticede bu iki miktar arasındaki fark alıcıya ödenecektir. Satıcı bu durumda takas sonucu doğrudan aradaki farkı ödeme yoluna gidebilecektir[230]. Bu teorilerden herhangi birine başvurulması, sonuç açısından bir değişiklik yaratmasa da fark teorisinin seçimi daha pratik sonuçlar meydana getirecektir[231].

-Her iki tarafın ediminin de maddi edim yükümü niteliğinde (para borcu dışında) olması durumunda da (örneğin, trampa sözleşmesi) mübadele teorisinin tatmin edici sonuçlar vermediği görülmektedir. Alacaklı, borçlu temerrüdü durumunda, aynen ifayı reddederek olumlu zararını mübadele teorisine göre istediğinde, alacaklı, borçlu olumlu zararı tazmin borcunu yerine getirinceye kadar kendi edimini ifaya hazır bir şekilde bulundurmak zorunda olduğundan, edimi üzerinde tasarruf edemeyecektir[232]. Kendi edimi üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen alacaklı için, dönme yoluna başvurması gerektiği söylenebilecekse de, bu yol

---

229 Akıncı, **a.g.e.,** s. 117; Havutçu, **a.g.e.,** s. 88. Takas ve mahsup kavramlarının karşılaştırılması için ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1897-1899.

230 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 869; Akıncı, **a.g.e.,** s. 110. Fark teorisi uygulandığında, aradaki farkın her zaman borca aykırı davranmayan taraf lehine olacağı gibi bir kural yoktur, temerrüde düşen borçlunun alacağının daha fazla çıkması da söz konusu olabilecektir. Örneğin, yüklenicinin inşaatın büyük bölümünü tamamlamışken temerrüde düşmesi durumunda, işin tamamlama masrafı ile işsahibinin gecikme zararı toplamı, sözleşme gereği yükleniciye ödenecek bedelden veya ona bırakılacak arsa payının değerinden az olabilir. Bu durumda, temerrüde düşen yüklenici lehine bir fark doğar. Fark teorisi uygulandığı için, işsahibi yükleniciye bedel borcunun tamamını ödemek veya arsa payı devretmek borcu altında da değildir. Böyle bir durumda, işsahibinin yapması gereken, yüklenici lehine oluşan bu farkı ödemek olmalıdır. Bkz. Kurt, **a.g.e.,** s. 282.

231 Eren, **a.g.e.,** s. 1145. Mübadele teorisinin akit adaletini sağlamaya elverişli olmadığı yönünde bkz. Hatemi, **a.g.e.,** § 26, N. 176.

232 Tandoğan, **C. I/1,** s. 145; Havutçu, **a.g.e.,** s. 88;.

-TBK m. 125'in lafzından hareketle- şuanki düzenleme açısından alacaklının ifaya olan menfaatini elde etmesine imkân tanımamaktadır[233]. Sözleşmesel menfaatinin tatmin edilmesini isteyen alacaklı açısından, edimler arasındaki karşılıklılık ilişkisinin ihlâl edilmesine rağmen, alacaklının kendi edimiyle bağlı tutulması, tatmin edici bir sonuç vermemektedir.

Sözleşmeye uygun davranan alacaklının, olumlu zararını tazmin ettirebilmek için, kendi edimini borçlunun emrine hazır tutması zorunluluğu, şüpheyle karşılanması gereken bir durumdur. Alacaklının ediminin zamanla değer kaybedebileceği ve bu edimin bakım ve korunma masrafları da düşünülürse, alacaklıdan edimini ifaya hazır bulundurma zorunluluğu her durumda beklenememelidir[234]. Doktrinde Becker'e göre[235] de, halin icabı gereği, alacaklıdan kendi edimini hazır tutması beklenemiyorsa, fark teorisi uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda, borçlunun, alacaklının aynen ifada bulunması konusunda ısrar etmesi, kendi kusurlu davranışıyla sebep olduğu alacaklının zor durumundan faydalanması anlamına geleceği için, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir[236].

-Borçlunun, artık alacaklının ediminin ifasına ihtiyacı kalmadığı durumlarda, edimler arasındaki değer farkının tazmin edilmesi, borçlunun da lehine olacaktır[237]. Örneğin, bozulabilecek türden bir edimin var olması durumunda, bunların muhafaza masrafları, borçlunun ödemek durumunda kalacağı tazminatı arttıracaktır. Bu sebeple, alacaklının edimi önceden elinden çıkarması ve fark teorisine göre borçludan zararının tazminini istemesi borçlunun da lehinedir.

Fark teorisine karşı eleştiriler de doktrinde ileri sürülmektedir:

-Bu teorinin alacaklıya sözleşmeden dönerek olumlu zararını tazmin ettirmek şeklinde bir dördüncü seçimlik hak yarattığı ifade edilmektedir[238]. Bu eleştiriye cevap olarak, bu teorinin bir seçimlik hak olmadığı sadece bir hesaplama yöntemi

233 Havutçu, **a.g.e.,** s. 88.
234 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 519; Tandoğan, **C. I/1,** s. 145; Yıldız, **a.g.t.,** s. 210.
235 Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 51.
236 Becker, **a.g.e.,** Art. 97, N. 51; Yıldız, **a.g.t.,** s. 212.
237 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 519.
238 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 23.

olduğu ifade edilmektedir[239]. Özellikle fark teorisinin alacaklının edimini önceden ifa etmemiş olduğu durumlarda uygulanacağı çoğunlukla kabul edildiğinden[240], sözleşmeden dönmenin sağladığı ifa edilmiş edimin geri iadesi şeklindeki etki sağlanmayacağından, dördüncü bir seçimlik hak yaratıldığı da söylenemeyecektir. Bu durumda alacaklı ya mübadele teorisine göre tazminat talep edecek ya da dönme yoluna başvurup olumsuz zararının tazminini talep edecektir. Alacaklının edimini ifa etmediği hallerde ise, fark teorisi uygulandığında, alacaklı tıpkı dönmedeki gibi edimini ifa etme yükümlülüğünden kurtulacak ama bu sefer dönme sonucu olan olumsuz zarar yerine olumlu zararının tazminini talep edebilecektir.

-Fark teorisinin diğer bir sakıncalı yanı olarak gösterilen husus, tazminat talep eden alacaklının aslında kendi edimini ifa edemeyecek durumda olmasına ya da çok daha kârlı bir şekilde değerlendirmiş olmasına rağmen, bunu gizleyerek tazminat isteyebilecek olmasıdır[241]. Ancak kanaatimizce bu eleştiri isabetli değildir. Alacaklının edimini ifa edemeyecek duruma geldiğini, örneğin daha önce imkânsızlaştığını ispat etmek, bu durumda borçlunun görevi olmalıdır. Bu oranda tazminat borcundan kurtulacaktır. Ayrıca malın başka surette değerlendirilmiş olduğu durumlarda da zararın çifte kârı önleyecek şekilde hesaplanması mümkündür[242].

c. Fark Teorisinin Uygulanma Şekline İlişkin Görüşler

Fark teorisinin uygulanma şekline ilişkin doktrinde görüşler bulunmaktadır. Bir görüş[243], alacaklının edimini yerine getirmiş olduğu hallerde dahi fark teorisinin

---

239 Lemp, **a.g.e.,** s. 51-53; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 520; Tandoğan, **C. I/1,** s. 146.

240 Sınırlı fark teorisi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, c.

241 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1302; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 105.

242 Benzer yönde bkz. Tandoğan, **C. I/1,** s. 146.

243 Koller, **OR Band II,** § 55, N. 149; **BernerK-Weber, a.g.e.,** Art. 107, N. 200; van den Deale, **a.g.e.,** s. 94 vd.; Emmerich, **a.g.e.,** § 13, N. 20 vd.; Looschelders, **a.g.e.,** N. 644. Eski Alman Medeni Kanunu zamanında alacaklının önceden edimini yerine getirmiş olduğu durumlarda, mübadele ya da fark teorisi arasında seçim yapma imkânı bulunmayıp mübadele teorisini seçmesi gerektiği kabul edilmişken, reform sonrası alacaklının önceden edimini yerine getirdiği durumlarda da seçim hakkının bulunacağına dair bkz. **MünchK-Emmerich,** Vorbem. zu § 281, N. 14 vd.; Christoph Benicke, Jan W. Hellwig, **Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243-304,** 13. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 281, N. 246.

uygulanabileceğini savunmaktadır. Buna göre, alacaklı önceden ifa etmiş olduğu edimini geri alabilecek ve fark teorisine göre hesaplama yapılmasını isteyebilecektir[244]. Bu görüş *"mutlak fark teorisi"(strenge Differenztheorie)* olarak anılmaktadır. Bu görüşe göre[245], eğer borçlu edimini yerine getirmemişse, öncelikle alacaklının menfaatleri korunmalıdır ve ona mümkün olduğunca geniş seçim hakkı tanınmalıdır. Özellikle alacaklının ifa etmiş olduğu edimin değeri, borçlunun ifa edeceği edimin değerinden fazla ise, alacaklı edimini yerine getirmiş olsa bile fark teorisine dayanabilmelidir. Mutlak fark teorisi reddedilirse, alacaklı önceden ifa etmiş olduğu edimin bir kısmını kaybetmeyi riske atmış olacaktır.

Başka bir görüşe göre[246]ise, bu teori sadece alacaklının edimini yerine getirmemiş olduğu hallerde uygulanabilecektir. Diğer bir deyişle, alacaklının ifa etmiş olduğu edime fark teorisi aracılığıyla tekrar ulaşması mümkün değildir. Bu görüş, *"sınırlı fark teorisi"(abgeschwächte oder eingeschränkte Differenztheorie)* olarak anılmaktadır. Bu görüş, çoğunluklu olarak kabul edilmektedir. Kural olarak alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep ederken, seçim hakkı bulunmaktadır. Ancak alacaklının bu seçim hakkı, ancak *"kendi edimini önceden ifa etmemiş olduğu durumlarda"* söz konusudur. Zira alacaklı kendi edimini ifa etmişse, artık fark teorisine göre olumlu zararını talep etme imkânını

Oğuzman, Öz de tazminat talep edenin kendi edimini önceden ifa etmiş olduğu durumlarda fark teorisinin uygulanabileceğini, bu durumda edimin iadesine TBK m. 136/f. 2 hükümlerine kıyasen *sebepsiz zenginleşme* kuralları uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1305.

244 Fark teorisinin bu şekilde ifadan sonra uygulanması, yani mutlak fark teorisi kabul edilse dahi, tazminat talep edenin önceden ifa etmiş olduğu edim aynen iade edilemez nitelikte ise veya sonradan aynen iadesi imkânsızlaşmışsa, bu durumda mübadele teorisinin uygulanması zorunlu hale gelecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1306.

245 **BernerK-Weber,** Art. 107, N. 200.

246 Türk ve İsviçre hukuku'nda da hakim görüş, *"sınırlı fark teorisi"* yönündedir. Bkz. Schenker, **a.g.e.,** s. 250; Göschke, **a.g.m.,** s. 84 vd.; Kurt, **a.g.e.,** s. 279; Leser, **a.g.e.,** s. 130, 131; Keuk, **a.g.e.,** s. 145**;** Lemp, **a.g.e.,** s. 59; Havutçu, **a.g.e.,** s. 91; Keuk, **a.g.e.,** s. 143 vd.; Barth, **a.g.e.,** s. 200, 201. Alacaklı edimini ifa etmişse, fark teorisinin saf dışı kalacağı yönünde bkz. Glättli, **a.g.m.,** s. 238. NJW 1983, s. 1605, 1606. Ayrıca bkz. Y. 15. HD. 22.11.1989 E. 1954 K. 4885 (Uygur, **C. III, 2003,** s. 3564): *"İş sahibi davasında verdiği parayı geri istediğine göre sözleşmeden dönmüştür. Artık olumlu zararını isteyemez."*. Yargıtay başka bir kararında kira parasının önceden ödendiği bir kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından haksız feshi neticesinde, kira parasının geri iadesine karar vermemiş, ödenen bu miktarı davacının olumlu zararı içerisinde hesaplanmıştır. Bkz. Y. HGK 12.05.2010 E. 2010/14-244 K. 2010/260 (kazancı).

kaybedecektir. Bu durumda, edimi önceden elde eden borçlunun da iade yükümü bulunmamaktadır.

Bu teoriye göre, alacaklının önceden ifada bulunması durumunda, alacaklının iade talebinde bulunarak fark teorisine dayanabilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır. Zira bu teoriye göre, iade talebi ancak dönme hakkı çerçevesinde ortaya çıkabilecektir[247]. Edimini geri almak isteyen alacaklı, dönme yolunu seçmelidir. Aksi durumda, dönme ile olumlu zararı talep hakkının birbirine alternatif olarak düzenlenmesinin pek anlamı kalmayacaktır[248].

Ayrıca sınırlı fark teorisinin uygulanmasını destekleyenlerin bir gerekçesi de edimini önceden ifa etmiş olan alacaklıya, ediminin iadesini isteyip zararını fark teorisine göre talep edebilme hakkının tanınmasının, sözleşmeden dönme ile aynı sonucu doğuracak olması ve ayrıca alacaklıya dönme sonucu olumlu zararını talep edebilme hakkı verecek olmasıdır[249]. Oysa bu durum kanun koyucunun, dönme sonucu ancak olumsuz zararın tazmininin istenebileceği düzenlemesine (TBK m. 125/f. 3) aykırılık oluşturacaktır[250].

Mutlak fark teorisinin kabul edilmemesinde, çoğunlukla geri iadenin ancak dönme yoluna başvurulması suretiyle yapılabileceği düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca fark teorisine göre malın geri iade edilebileceği kabul edilirse, dönmede olduğu gibi, malın o süre zarfında kullanımından doğan zararlar ile sağladığı yararların nasıl tasfiye edileceği sorunu ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür[251].

Ayrıca tazminat talep eden taraf, karakteristik edim borçlusu ise, yani bir edim karşılığında para elde edecekse ve edimini önceden ifa etmiş ise, ifa ettiği ediminin iade edilmesini istemesinde çoğunlukla haklı bir gerekçesi bulunmayacaktır. Zira karakteristik edim borçlusunun, en nihayetinde amacı bu edimin ifası karşılığında

---

247 Böyle bir imkânın, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından farksız sonuçlar yaratacağı düşüncesi için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 870. Satış parasının geri istenmemesinin olayda dönme amacının değil, olumlu zararın tazmini amacının göstergesi olduğuna ilişkin bkz. Y. 13. HD. 17.03. 1983 E. 345 K. 1374 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4613).

248 Leser, **a.g.e.,** s. 130; Keuk, **a.g.e.,** s. 143; Havutçu, **a.g.e.,** s. 91.

249 Schenker, **a.g.e.,** s. 250.

250 Havutçu, **a.g.e.,** s. 92; Schenker, **a.g.e.,** s. 250.

251 Sanlı, **a.g.e.,** s. 518.

para elde etmektir. Para borçlusu temerrüde düşse de bu süre zarfında para borcuna temerrüt faizi de işleyeceği için, karakteristik edim borçlusunun edimini önceden ifa etmiş olduğu için, bir menfaatinin zedelendiğinden bahsedilemeyecektir. Bu süre zarfında karakteristik edimin değerinin artış göstermesi nedeniyle edimi geri alıp başkasına satma arzusu ise, edimin iadesi için yeterli bir sebep değildir. Zira bu durumda karakteristik edim borçlusu normalde elde edemeyeceği bir avantajlı duruma, sırf para borçlusunun temerrüde düşmesi sebebiyle ulaşmak istemektedir. Bu durumun da hukuken kabul görmemesi gerekmektedir[252].

Sınırlı fark teorisinin kabul edilmesinin altında yatan başlıca sebep, edimini ifa eden alacaklıya edimini geri alma ve olumlu zararını tazmin imkânı tanımanın, dönme sonucunda olumlu zararın tazmini imkânı tanınmasıyla aynı olacağıdır. Şuanki TBK m. 125/f. 3 düzenlemesi neticesinde dönme ile birlikte olumlu zarar tazmininin mümkün olmayacağı ama bu düşüncenin *de lege ferenda* olarak kabul edilmesi gerektiğini savunduğumuzdan, mutlak fark teorisini de Türk hukuku açısından *de lege ferenda* olarak savunmak mümkündür. Ancak şuanki düzenleme açısından, dönmeyle birlikte olumlu zararın tazmini talebi kanun koyucunun iradesine uymadığından sınırlı fark metodunun benimsenmesi gerekecektir.

Ayrıca doktrinde dönme ile birlikte olumlu zararın talep edilmesi gerekliliği savunulurken; gerekçe olarak, şuanki düzenlemede sınırlı fark teorisinin çoğunluklu olarak kabul edilmesi neticesinde, edimini ifa eden alacaklıya edimine geri kavuşma ve olumlu zararının tazmini imkânı verilmesi için, dönme hakkına ilaveten olumlu zararın tazmini imkânı verilmesi gerektiği savunulmaktadır[253]. Bu durum, aslında sınırlı fark teorisini savunanların gerekçesiyle tezatlık oluşturmaktadır. Zira bu teoriye göre, dönmeyle birlikte olumlu zararın tazmini talebine benzer bir sonuç oluşmasın diye ancak edimini ifa etmemiş olan alacaklıya fark teorisine dayanarak olumlu zararın tazmini imkânı tanınmıştır. Böyle bir düşünce karşısında, edimini ifa etmiş alacaklıya edimini geri alma imkânıyla birlikte olumlu zarar tazmini hakkı tanınsın diye dönme sonucu olumlu zararın tazmininin gerektiğini savunmak çelişki

252 Sanlı, **a.g.e.,** s. 518, 519.

253 Bu hususta bkz. İkinci Bölüm, I, B, 4, b, (3), ii.

yaratmaktadır. Zira kanaatimizce dönme sonucu olumlu zararın tazmini talebine imkân vermek, sınırlı fark teorisinin dolanılması anlamına gelmektedir.

Bu sebeple dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin mümkün olmadığı bir sistemde sınırlı fark teorisini uygulamak gerekmektedir. Dönme ile birlikte olumlu zararın tazmininin mümkün olduğu bir sistemde ise, alacaklının ifadan vazgeçip olumlu zarar talebini mutlak fark teorisine göre de sürebilmesi gerekmektedir. Mutlak fark teorisi kabul edilirse, dönme ve olumlu zararın tazminin sağladığı imkânlara ulaşılmış olacaktır. Ancak bu durum, ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini ile dönmenin birbirine alternatif olarak düzenlenmesinin anlamsız olacağı anlamına da gelmemektedir. Zira ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep eden alacaklının, mübadele teorisine göre olumlu zararını talep ettiği durumlarda, dönme ve olumlu zararın tazmini talebi alternatif bir seçimlik hak olarak varlığını sürdürecektir. Ayrıca dönme ile olumsuz zararın tazmini talep edebilme imkânı da her zaman bir alternatif olarak varlığını sürdürecektir. Yine, dönme ile birlikte klasik görüş uyarınca sözleşmenin baştan itibaren sona erdiği kabul edilirse, mutlak fark teorisine göre olumlu zarar talep edildiğinde sözleşmenin sona ermemesi her iki durum arasındaki farkı oluşturacaktır.

3. Mübadele ve Fark Teorilerine İlişkin Değerlendirme

Mübadele ve fark teorilerinin dayanak noktaları ve avantajları incelendiğinde kanaatimizce sadece mübadele ya da sadece fark teorisine dayanılması için dolambaçlı yollar aramak yerine, alacaklının menfaat durumuna göre mübadele ya da fark teorileri arasında seçimlik hakkının bulunması en isabetli çözüm olacaktır[254].

Alacaklının seçim hakkının bulunması için borçludan aynen ifaya ek olarak tazminat talebinde bulunmuş olmaması gerekir. Zira alacaklının hem aynen ifayı talep edip hem de fark teorisine dayanarak kendi edimini ifadan kaçınmak istemesi

[254] Türk ve İsviçre hukuklarında da hakim görüş, alacaklıya fark ve mübadele teorileri arasında seçim hakkı tanınması gerektiği yönündedir. Bkz. Bucher, **a.g.e.,** s. 380, 381; Barth, **a.g.e.,** s. 201; Lemp, **a.g.e.,** s. 44 vd.; Schenker, **a.g.e.,** s. 249, 250; von Büren, **a.g.e.,** s. 377; Boßhardt, **a.g.m.,** s. 82; **BernerK-Giger,** Art. 191, N. 20 ve Art. 215, N. 26; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 869, 870; Havutçu, **a.g.e.,** s. 93, 128, 129; Tandoğan, **C. I/1,** s. 141; Serozan, **Dönme,** s. 261, dpn. 28; Akıncı, **a.g.e.,** s. 114; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 12; Looschelders, **a.g.e.,** N. 645 vd.; Antalya, **a.g.e.,** s. 501.

söz konusu olamayacaktır. Alacaklının aynen ifaya ek olarak tazminat talep ettiği bu gibi durumlarda, işin niteliği gereği mübadele teorisine dayanılması gerekecektir. Ancak aynen ifa talebi olmaksızın tazminat talep edildiği durumlarda, alacaklının fark ya da mübadele teorileri arasında seçim yapma imkânı olacaktır[255].

Türk ve İsviçre hukuklarında da olumlu zararın tazmini talebinin, alacaklının menfaat durumuna göre yapacağı seçim sonucunda, fark ya da mübadele teorisine göre ileri sürülebileceği görüşü, hakim görüşü oluşturmaktadır[256]. Fakat bu seçim hakkı, alacaklının *"edimini ifa etmemiş olduğu durumda"* söz konusu olacaktır[257].

Ayrıca mübadele ve fark teorilerinin, zararın hesaplanması aşamasında mı ya da tazminatın belirlenmesi aşamasında mı uygulanacağı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır[258]. Bir örnek üzerinden açıklarsak, bir TV karşılığında 500 TL vermeyi kabul eden alıcı, satıcının borca aykırı davranışı neticesinde ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep etmesi durumunda; fark teorisi zararın belirlenmesi aşamasında uygulanırsa, alıcının toplam zararının 700 TL olduğu bir ihtimalde, kendi ediminin değeri, yani 500 TL düşülecek ve bulunan 200 TL üzerinden hakimin indirim sebeplerini (TBK m. 51, 52) de düşürerek tazminatı belirlemesi mümkün olacaktır. Alıcının örneğin birlikte kusuru varsa (20 TL'lik indirim gerektiren) bu sebeple 180 TL'ye hükmedebilecektir. Ayrıca somut ve soyut metodun uygulandığı

---

255 Antalya, **a.g.e.,** s. 501.

256 Havutçu, **a.g.e.,** s. 92; Schenker, **a.g.e.,** s. 250; Ehrat, **a.g.e.,** s. 103; Lemp, **a.g.e.**, s. 58; Barth, **a.g.e.,** s. 201; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 1160. Yıldız, **a.g.t.,** s. 208: Schwenzer, **a.g.e.,** N. 66. 28; **BaslerK-Wiegand**, **a.g.e.,** Art. 107, N. 18; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 12; Tandoğan, **C. I/1,** s. 146; Nomer, Engin, **a.g.e.**, m. 213, N. 4.
Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. van den Daele, **a.g.e.,** s. 92.

257 Havutçu, **a.g.e.,** s. 92; Lemp, **a.g.e.,** s. 59; Schenker, **a.g.e.,** s. 250; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmenegger, **a.g.e.,** N. 2782; **BernerK-Giger,** Art. 215, N. 33; Bucher, **a.g.e.,** s. 381.
Türk ve İsviçre hukuklarında da hakim görüş, sınırlı fark teorisi olmakla birlikte, alacaklıya fark veya mübadele teorisine göre olumlu zararının tazmini talep etme hususunda seçimlik hak tanınmaktadır. Bkz. Bucher, **a.g.e.,** s. 380, 381; **BaslerK-Wiegand,** Art. 107, N. 18; Schenker, **a.g.e.,** s. 250; Gauch, Schluep, Schmid, Rey, Emmmenegger, **a.g.e.,** N. 2781; Barth, **a.g.e.,** s. 201, Lemp, **a.g.e.,** s. 44 vd.; Tandoğan, **C. I/1,** s. 141; Havutçu, **a.g.e.,** s. 128, 129; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 869, 870, Serozan, **Dönme,** s. 261, dpn. 28; Buz, **a.g.e.,** s. 110.
Mübadele teorisini savunan yazarlar için bkz. Honegger, **a.g.e.,** s. 51; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 155; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 950; Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 107, N. 23.

258 Zararın belirlenmesi aşamasında bu teorilerin uygulanması gerekeceğine ilişkin bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 208, dpn. 1141. Tazminatın belirlenmesi aşamasında uygulanması gerekeceğine ilişkin bkz. Havutçu, **a.g.e.,** s. 77. Olumlu zarar ve bunun tazminin hesaplanmasında bu teorilerin uygulanacağı yönünde bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 1146.

hallerde, sözleşmedeki bedelle ikame alım fiyatı ya da piyasa fiyatı arasındaki fark bulunarak somut ya da soyut zarar belirlendiğinden, fark teorisinin zararın belirlenmesi aşamasında uygulandığı söylenebilecektir.

Fark teorisi tazminatın belirlenmesi aşamasında uygulanırsa, alıcının zararının 700 TL olduğu hesaplandıktan sonra hakim bu miktar üzerinden alıcının birlikte kusuru (20 TL'lik indirime sebep olan) sebebiyle indirime gidecek, yani alıcının 680 TL tazminat alacağı olduğu sonucuna ulaşacaktır. Bu 680 TL'den alıcının kendi ediminin değeri (500 TL) düşülecek, sonuç olarak alıcının 180 TL'lik bir alacağı olacaktır. Görüldüğü gibi fark teorisinin uygulanması bakımından, bu teorinin zarararın hesaplanması ya da tazminatın belirlenmesi aşaması fark yaratmamaktadır.

Mübadele teorisinde de zararın miktarını belirledikleri aşamada, hatta zarar oluşmadan öncesinde de alacaklının kendi edimini yerine getirmesi mümkün olabilecektir. Bu takdirde, zararın miktarı belirlenirken borçlunun da kendi edimini yerine getirmesi zorlama bir ihtimal olsa da söz konusu olabilir. Bu takdirde, alacaklının yoksun kaldığı kâr gibi başka zararları da varsa, bu miktar üzerinde hakimin takdir hakkını kullanarak tazminatı belirme hakkı olacaktır. Ya da mübadele teorisi hakimin tazminatı belirlemesi aşamasında uygulanırsa, hakim öncelikle alacaklının uğradığı toplam zarardan indirim sebepleri bulunuyorsa takdir hakkını kullanarak tazminat miktarını belirleyecek, alacaklı önceden edimini yerine getirmemişse, onun edimini yerine getirmesine ve borçlunun da edimini yerine getirmesine ve belirlediği bu tazminat miktarını ödemesine karar verebilecektir.

Görüldüğü gibi, fark ve mübadele teorilerinin zararın hesaplanması ya da tazminatın belirlenmesi aşamalarında uygulanması kanaatimizce bir fark yaratmamaktadır.

C. Zarar Miktarının Genel ve Özel Hükümlere Göre Belirlenmesi

Olumlu zararının tazmin edilmesini isteyen alacaklının menfaat durumuna göre ya mübadele ya da fark teorisi esas alınarak genel hükümlere göre zararının hesaplanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak genel hükümlere göre zararın

hesaplanması dışında, Türk Borçlar Kanunu'nda özellik arz bazı hesaplama yöntemleri öngörülmüştür. Bunlar satış sözleşmesine ilişkin soyut ve somut metotlar ve eser sözleşmesine ilişkin toplama ve kesinti metotlarıdır.

-Eğer bir satış sözleşmesi söz konusu ise, alacaklının, genel hükümler dışında, satış sözleşmesinde satıcının ve alıcının temerrüdüne ilişkin düzenlenen hükümler neticesinde fark teorisinin bir uygulama alanını oluşturan somut ve soyut metotlara göre zararının hesaplanmasını isteme hakkı da bulunmaktadır. TBK m. 213 hükmü, satıcının temerrüdü halinde alıcının; TBK m. 236 hükmü de alıcının temerrüdü halinde satıcının, TBK m. 125/f. 2 uyarınca, aynen ifadan vazgeçip (belirli vadeli ticari satış söz konusu ise TBK m. 212/f. 2 uyarınca vazgeçmiş sayılıp) olumlu zararının giderilmesini istediğinde, zararın nasıl belirleneceğini düzenlemektedir. TBK m. 213/f. 1 ve TBK m. 236/f. 1'de genel hükümlere yapılan yollama neticesinde, alacaklı, TBK m. 213/f. 2 ve 3'teki ve TBK m. 236/f. 2 ve 3'teki yöntemler yerine veya yanında zararının genel hükümlere göre belirlenmesini de isteyebilecektir[259].

Böylece satış sözleşmesinde temerrüt halinde, olumlu zararının tazmin edilmesini isteyen alacaklının elinde; ya mübadele teorisi esas alınarak hesaplama yapılmasını isteme ya da fark teorisi esas alınarak ya genel hükümlere göre ya da somut ve soyut metoda göre zararının hesaplanmasını isteme hakları bulunmaktadır[260]. Olumlu zararın tazminini isteyen alacaklı, zararını genel hükümlere göre ispatlamak yerine, ispat kolaylığı bakımından zararının somut ya da soyut metotlara göre hesaplanmasını isteyebilecektir[261].

-Eser sözleşmesi söz konusu olduğu hallerde de sözleşmenin TBK m. 484 gereğince sona erdirilmesi durumunda, yüklenicinin olumlu zararının nasıl hesaplanacağına ilişkin toplama ve kesinti metotları öngörülmüştür.

---

259 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 3, 9 vd.,17, 18.

260 Akıncı, **a.g.e.,** s. 181. Benzer yönde bkz. Sanlı, **a.g.e.,** s. 520; Yavuz, **a.g.e.,** s. 106, 107; Gümüş, **C. 1,** s. 47.

261 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 123, N. 28; Gümüş, **C. 1,** s. 47.

1. Olumlu Zarar Miktarının Genel Hükümlere Göre Belirlenmesi

a. Genel Olarak Zarar Miktarının Belirlenmesi ve İspat

Genel hükümlere göre, olumlu zararın tazmini talep edildiğinde, öncelikle, zararın miktarının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira zararın miktarı, hükmedilecek tazminatın en üst sınırını oluşturacaktır[262].

Zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat etmek davacının görevidir (TBK m. 50/f. 1). Bunun sebebi, kendi malvarlığındaki eksilmeyi ve bunun kapsamını bilecek en iyi kişinin zarara uğrayan kişi olmasıdır[263].

Olumlu zararın tazmin edilebilmesi için, zarar görenin, malvarlığında ortaya çıkan azalmaları, zarar verici davranışı ve uygun illiyet bağını ispat etmesi gerekmektedir. Olumlu zararın tazminini talep eden zarar görenin, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğradığı tüm fiili zarar ve kâr mahrumiyeti kalemlerini açıkça ortaya koyması gerekecektir.

Ancak zarar görenin, olumlu menfaatini tam bir kesinlikle ispat etmesi aranmamalıdır[264]. Zira tüm tazminat taleplerinde olduğu gibi, meydana gelen zararın ve uygun illiyet bağının ispatında yaşanan güçlükler, olumlu zararın tazmini bakımından da yaşanmaktadır. Bu sebeple, ispat külfeti kanun koyucu tarafından yumuşatılmıştır.

Zararın gerçek miktarının ispat edilemediği hallerde, hakim, takdir yetkisini kullanacaktır. Zira TBK m. 50/f. 2'ye göre, uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, *"olayların olağan akışını"* ve *"zarar görenin aldığı önlemleri*" göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. Bu

---

262 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 583; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 315; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 255. Zararı aşan tazminata, çok nadir olarak *"özel hukuk cezası"* denilen kanun hükümlerinde rastlanmaktadır.

263 Fakat, TBK m. 213/f. 3 ve m. 236/f. 3'e göre, satılan borsaya kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunuyorsa, alacaklı, zararı ispat yükü altında değildir. Ayrıca tarafların anlaşarak ispat yükünü değiştirmeleri de mümkündür. Bkz. Antalya, **a.g.e.,** s. 335.

264 Ergüne, **a.g.e.,** s. 322, 323.

kural TBK m. 114/f. 2'nin atfı gereği olumlu zararı tazmin yükümlülüğünde de uygulama bulacaktır.

Hakimin belirlemeyi yapabilmesi için, alacaklının dava dosyasına, zararın tayinine yarayacak belgeleri koyması ve hakimi talep ettiği miktarda zarara uğradığını ikna etmesi gerekecektir[265].

Hakimin takdir yetkisini kullanarak zarar miktarını belirlerken temel alacağı ilk ölçüt, *"hayatın olağan akışı"* ölçütüdür[266]. Bununla hakim, somut zararı değil, aslında benzer bir vakıada ortalama bir alacaklının uğrayabileceği zararın ne olduğunu ispatlayacağından, mahkemenin de zararı tespit maliyetinin düşürüldüğü söylenebilecektir[267].

Hakimin, zarar miktarını belirlerken dikkate alması gereken *"zarar görenin aldığı önlemler ölçütü"* ise, sadece zarar miktarının daha doğru tespit edilmesine yönelik bir ölçüttür. Yoksa, zararın kişinin önlem alması gerektiğine yönelik farazi kurguya göre değerlendirilmesini sağlamamalıdır. Zira TBK m. 52'de de ifade edildiği gibi, zarar görenin davranışları, tazminatın indirilmesinde etkili olacaktır. Böyle bir davranışın, hem zararın hesaplanmasında, hem de tazminatın indirilmesinde dikkate alınması suretiyle, birden fazla kez indirime gidilmesine yol açılmamalıdır[268]. Ayrıca doktrinde hükümde bahsedilen bu önlemlerin, yoksun kalınan kâr için konulduğu ve burada zararın çoğalmasını engelleyecek önlemlerin değil, kâr elde etmek amacıyla alınan önlemlerden bahsedildiği ileri sürülmektedir[269].

Olumlu zararın kapsamında yer alan fiili zarar kalemlerinin varlığını ortaya koymak, zarar gören bakımından fazla bir zorluk arz etmeyecektir. Zira ifanın hiç ya da gereği gibi yapılmamasının aktiflerin azalmasına ya da pasiflerin çoğalmasına yol açması her türlü delille ispatlanabilecektir[270]. Örneğin, alacaklının alacağını alde

---

265 Oser, Schönenberger, **a.g.e.,** Art. 42, N. 9; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 281; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 262.

266 Örneğin cüzdanı çalınan kişi aynı gün maaş almışsa, zararının en azından maaşı kadar olabileceği takdir edilebilir. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.,** s. 533.

267 Sanlı, **a.g.e.,** s. 507, dpn. 1650.

268 Sanlı, **a.g.e.,** s. 508.

269 Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 66; Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 295; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 261.

270 Ergüne, **a.g.e.,** s. 322.

etmek için yaptığı masraflara, ödenen harçlara ilişkin makbuz veya bunların yapıldığı zamana ilişkin fiyat tarifelerini göstermesi mümkündür. Fakat yapılan her masraf için bir belge düzenlenmesi aranamayacağından, bu ispat zorluğunu aşmak için, TBK m. 51/f. 2 gereği hakimin müdahalesi devreye girecektir.

Zararın gerçek miktarını ispatta zorluk, genellikle yoksun kalınan kârın hesabında yaşanılmaktadır[271]. Zira bu zararda, farazi bir kurgu referans alınmaktadır. Bu durumda, alacaklının edimi elde etmesi halinde bunun üzerinden kazanç elde etmeyi düşünmesi yetmeyecektir. Ayrıca borca aykırılığın somut olarak kazanç kaybına yol açtığını ortaya koyması, bunun için de sözleşme konusu edimle ilgili somut görüşmeleri, varsa üçüncü kişilerle yapılmış olan sözleşmeyi ve bu hukuki ilişkiden elde edeceği kazancı belgelemesi gerekmektedir[272].

Bunun gibi, alacaklının yeniden satış amacıyla mal ve hizmet aldığı durumlarda, ticari kaygılar amacıyla zararını tam olarak açıklamaktan çekindiği hallerde de TBK m. 50/f. 2 hükmü etkili olacaktır[273]. Alacaklının katlanacağı ispat maliyetinin azaltılması bakımından da hükmün olumlu etkisi mevcuttur.

Bazı hallerde zararı alacaklının ispat etmesi kuralına istisnalar getirilmiştir. Örneğin, TBK m. 118'e göre temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, alacaklının borcun geç ifasından dolayı uğradığı zararı somut olarak ispat etmesine gerek kalmadan ödemek zorundadır[274]. TBK m. 213/f. 3 ve m. 236/f. 3'e göre, satılan malın borsada kayıtlı piyasa fiyatı bulunan mallardan olması halinde, alacaklı yine zararı ispatlamak zorunda kalmayacak ve satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecektir. Ayrıca tarafların, MK m. 23/f. 1 ve TBK m. 26, m. 27 hükümleri çerçevesinde, ispat yüküne ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür[275].

---

271 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 261; Ergüne, **a.g.e.,** s. 322; Keuk, **a.g.e.,** s. 94 vd; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 147.

272 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 282.

273 Sanlı, **a.g.e.,** s. 506. Alıcının malı satmak için alması durumunda, zararı yoksun kalınan kârdan oluşur. Alıcının yoksun kaldığı karını bütünüyle ortaya koyması, bir sonraki satış işlemleri açısından pazarlık gücünü azaltabileceği gibi rekabet gücünü de kaybetmesine yol açabilecektir. Bkz. Sanlı, **a.e.g.,** s. 506, dpn. 1649.

274 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 146.

275 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 282.

Zarar ister zarar gören tarafından ister hakim tarafından ispatlansın, genel hükümlere göre zararın hesaplanmasında dikkate alınacak değerler; borçlunun ifa edilmeyen ediminin değeri, yoksun kalınan kâr ve gecikme ile uygun illiyet bağı içerisindeki yukarıda bahsedilen tüm değerlerdir[276].

b. Yoksun Kalınan Kârın Belirlenmesi ve İspat

Zararın ispatının nispeten daha kolay olduğu fiilî zarardan farklı olarak, yoksun kalınan kâr, faraziyet aracılığı ile belirlenir[277]. Alacaklı uğradığı kazanç kaybını ve miktarını ispat edecektir. Bunun için alacaklı, borca aykırılık gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazi durumla, mevcut durum arasındaki olumsuz farkı ispat edecektir.

-Yoksun kalınan kârın talep edilmesine ilişkin, Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme mevcut değildir. Fakat BGB § 252'de yoksun kalınan kâra ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre, *"kâr mahrumiyeti, olayların 'olağan gelişim biçimine veya halin özel icaplarına"[278], bilhassa da 'alınan tedbirler ve yapılan hazırlıklara binaen' ihtimal dahilinde beklenen bir karın elde edilememesidir"* [279]. Bu hükmün, Türk hukuku açısından da uygulanabilir olduğunu söylemek mümkündür[280].

Olayların olağan akışına göre, elde edilmesi beklenen gelirin yoksun kalınan kâr olarak talep edilebilmesi için, tazminat talebinde bulunan kişinin tacir olup olmaması önem taşımaktadır. Zira tacirin, ifa edilmeyen edimi, üçüncü kişilere satacağı ve bu suretle gelir sağlayacağı, işlerin olağan akışına göre, karine olarak kabul edilmektedir. Fakat bu karinenin aksinin ispatlanması mümkündür. Tacirin

---

276 Akıncı, **a.g.e,** s. 183.

277 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 153; Akıncı, **a.g.e.,** s. 91; Büyüksağiş, **a.g.e.,** s. 85; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 65; Albaş, **a.g.e.,** s. 211; Önen, **a.g.e.,** s. 82. Y. TD. 15.05.1958 E. 4015 K. 1298 (Karahasan, **Sorumluluk**, **1996,** s. 956).

278 Alacaklının, örneğin üçüncü kişiyle önceden akdettiği başka bir sözleşmeden ilk sözleşmenin gereği gibi ifası sonucu, ekonomik olarak neler elde edebileceğini ispatlayabildiği her durumda, *"zarar görenin gerekli önlemleri aldığı"* özel şartlar altında bulunduğu kabul edilmelidir. Bkz. Lüchinger, **a.g.e.,** N. 156.

279 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 154; Ulrike Bardo, **Die "abstrakte Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag,** Berlin, Duncker&Humbolt, 1989**,** s. 126; Keuk, **a.g.e.,** s. 166 vd.

280 Havutçu, **a.g.e.,** s. 130.

kendi özel ihtiyacı için mal satın aldığı kanıtlanırsa, tacir, yoksun kaldığı kârını isteyemeyecektir. Ancak tacir olmasa da alıcının, satışın konusunu oluşturan cinsten mallar üzerinden *gelir elde eden bir iş yapıyor olması* ve bu durumun da sözleşmenin kurulması sırasında *satıcı tarafından biliniyor olması* durumunda yoksun kalınan kâr talep edilebilecektir[281]. Bir tüketici durumundaki alıcının ise, yapılan satış neticesinde bir kazanç sağlamayı planladığı, işlerin olağan akışına göre kabul edilemez[282].

Alıcının yoksun kaldığı kârını, *içinde bulunduğu özel hal ve şartlara göre* talep etmesi de mümkündür. Bu özel hal ve şartlar, alıcının satış konusu malı üçüncü bir kişiye satmış olması veya üçüncü bir kişiyle bu mala ilişkin kendisine kâr bırakacak bir anlaşma yapmış olması olabilir[283].

Satıcının en geç sözleşmenin kurulduğu aşamada, ifa edeceği edim dolayısıyla, alıcının kâr elde etme amacı olduğunu bilmesi gerekir. Zira böyle bir durum, satıcının içine gireceği riski arttıracağı için, satıcının sözleşmenin kurulması anında bilmediği bir zararla sonradan muhatap olmaması gerekir[284].

1956 tarihli bir kararda[285], Federal Mahkeme, BGB § 252'ye göre, daha sert bir bakış açısı benimsemiş ve *"alışılmış ve kesin (sicher) olarak kazanabilme umudunu"* aramıştır. Ancak bu sert bakış açısı bugün uygulanmamaktadır. Sonraki kararlarda[286] yine sadece *"ihtimal dahilinde olan (wahrscheinlich) kazanabilme umudu"* aranmıştır[287].

Aslında yoksun kalınan kârı, borçlunun edimini ifa etmiş olması ihtimalinde, bu edim üzerinde üçüncü bir kişiyle yapacağı başka bir sözleşmeden sağlamayı hedeflediği kazanç olarak da tanımlamak mümkündür[288]. Bu sebeple, yoksun kalınan kâr, hesabında üçüncü kişiyle önceden yapılmış olan bir sözleşmeye dayanılır. Yoksa

---

281 Havutçu, **a.g.e.,** s. 132.
282 Bardo, **a.g.e.,** s. 126, 127.
283 Havutçu, **a.g.e.,** s. 131.
284 Akıncı, **a.g.e.,** s. 204, 205.
285 BGE 82 II 401.
286 BGE 90 II 424.
287 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 155.
288 Havutçu, **a.g.e.,** s. 132.

yoksun kalınan kâr, yeni yapılacak bir ikame işleme göre hesaplanamaz. Fakat yoksun kalınan kârını talep eden alacaklı, daha önce üçüncü kişiyle yapmış olduğu bir sözleşmeye dayanamıyorsa, satış sözleşmesi örnek olarak düşünülürse, malın tekrar satılabileceği ortalama fiyata göre, yani borsa ve piyasa fiyatına göre zararının belirlenmesini talep edecektir[289]. Böylece zararın, borsa ve piyasa fiyatına göre belirlenmesi, hem ifa edilmeyen edimin değerinin tespit edilmesi hem de yoksun kalınan kârın hesaplanması olarak ikili bir işlev görmektedir[290].

Yoksun kalınan kazanç tutarı olarak öngörülen miktar, somut olayın şartları çerçevesinde tarafların sosyal, mesleki durumları, ülkenin ekonomik durumu gibi hususlar göz önüne alındığında, hayatın normal akışına uygun düşen muhtemel ve makul bir miktar olmalıdır[291]. Objektif olarak kusur kavramından kıyasen yararlanılırsa, burada da, ortalama bir zarar görenin genel yaşam deneyimlerine göre, aynı şartlar altında hangi kazancı elde edebileceği, hesaplanmalıdır[292]. Diğer bir deyişle, abartılı kazanç iddilarına ve gerçekleşme ihtimali zayıf olan beklentilere itibar edilmemelidir[293]. Alacaklının elde edebileceği en yüksek miktar değil, makul (ortalama) miktar dikkate alınmalıdır[294].

Yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde dikkat edilecek diğer bir husus da kazancın hukuka uygun yollarla elde edilebilecek bir kazanç olmasıdır. Hukuka ya da ahlaka aykırı bir yolla kazanç elde edilebileceği iddiasıyla alacaklının yoksun kalınan kârını istemesi mümkün değildir[295].

---

289 Bardo, **a.g.e.,** s. 128; Havutçu, **a.g.e.,** s. 132.

290 Bardo, **a.g.e.,** s. 128. Ayrıca bkz. Keuk, **a.g.e.,** s. 183, Lemp, **a.g.e.,** s. 182.

291 Barlas**, a.g.e.,** s. 206. Yoksun kalınan kâr hesaplanırken sözleşme süresi de göz önünde tutulmalıdır. Bkz. Y. 15. HD. 06.06.1991 E. 447 K. 3054 (Uygur, **C. III, 2003,** s. 3564); Y.

292 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 157.

293 Örneğin, eğer borçlu gecikmesizin ödemede bulunmuş olsaydı, alacaklı bütün piyango biletlerini satın alacağını ve bu şekilde büyük ikramiye çıkan bileti de kazanacağını ya da bu parayla yarışı kazanacak atlara oynacağını iddia edemez. Bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 206; Albaş, **a.g.e.,** s. 210.

294 Y. 4. HD. 06.03.1958 E. 8762 K. 1191 (M. Reşit Karahasan, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,** C. 1, İstanbul, 1989, s. 1472); Y. HGK 22. 02. 1961 E. T-15 K. 6 (İKİD C. 1, S. 10, 1961, s. 734 vd.) Fakat alacaklının makul miktar üzerinde bir kazanç kaybına uğradığını sağlam delillerle ispat etmesi durumunda, makul değer üzerindeki miktara itibar edilmelidir. Bzk. Barlas**, a.g.e.,** s. 206, 207.

295 Barlas**, a.g.e.,** s. 207; Albaş, **a.g.e.,** s. 210; Büyüksağiş, **a.g.e.,** s. 87.

Kazanç kaybına uğradığını öncelikle alacaklının ispat etmesi gerekmektedir. Bunu ispat ederken, alacaklının, somut delillere başvurması gerekmektedir. Fakat bununla birlikte, farazi bir hesaba dayanan yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde alacaklıya *bazı ispat kolaylıkları* sağlanmış olabileceği gibi, alacaklının *bazı karinelere* dayanması da mümkündür[296]. Bu gibi durumlarda, alacaklının kazanç kaybına uğradığını ve miktarını ispat etmesine gerek kalmayacak, bunların aksini iddia eden borçlunun ispat yükümlülüğü bulunacaktır[297].

Örneğin, Yargıtay, bazı kararlarında[298], alacaklının tacir olması durumunda, alacağını hiç ya da gereği gibi elde edememişse, bu alacağını büyük bir olasılıkla işinde kullanacağından hareketle kazanç kaybına uğradığını, fiilî bir karine olarak kabul etmiştir. Bunun gibi Yargıtay'ın alacaklının alacağını zamanında elde etmesi halinde, bunu gelir getirecek bir yatırıma dönüştüreceği karinesine dayanarak ispat yükünün yer değiştireceği sonucuna ulaştığı da görülmektedir[299]. Yargıtay'ın ayrıca yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde, en azından ödeme yerinde geçerli olan banka iskonto oranının asgari zarar olarak dikkate alınması gerektiğini ifade eden kararları da bulunmaktadır[300].

Ancak kanaatimizce bu şekilde karineler konulmasındansa, somut olaya göre değerlendirme yapılarak genel nitelikli ölçüler konulmasından kaçınılması daha isabetli olacaktır[301].

Alman hukukunda da alacaklının yoksun kalınan kazancını somut bir biçimde ispat etmesi kabul edilmektedir (konkrete Schadensbeweislast). Bununla beraber Alman hukukunda da *alacaklı lehine bazı karinelere* yer verildiği görülmektedir.

---

296 Doktrinde, Yargıtay'ın bu yönde karineler koyma eğilimini, her olayın kendi şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden hareketle isabetli bulunmamaktadır. Bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 207, 208; Albaş, **a.g.e.,** s. 211, 212.

297 Barlas**, a.g.e.,** s. 207; Albaş, **a.g.e.,** s. 210.

298 Y. 15. HD. 11.04.1979 E. 730 K. 805. (Yargıtay Kararları Dergisi, 1979, C. 5, S. 7, s. 1034).

299 Y. 4. HD. 04.03.1986 E. 1986/685 K. 1986/2012 (kazancı).

300 Y. 11. HD. 02.04.1981 E. 1100 K. 1453 (kazancı); Y. 11. HD. 25.02.1982 E. 413 K. 740 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1982, S. 5, s. 670).

301 Örneğin, alacaklının devlet memuru olması halinde, 500.000 TL'lik alacağını vadeli mevduat hesabına yatırarak değerlendireceği düşünülebilecekse de, alacaklının zengin bir iş adamı olması durumunda aynı miktar paranın günlük harcamalara tahsis edilebileceği düşünülebilecektir. Aynı yönde bkz. Barlas, **a.g.e.,** s. 208.

Örneğin*, yüksek meblağlı para borçlarının* zamanında yerine getirilmesi durumunda, gelir getirecek şekilde kullanılmaları hayatın olağan akışına uygundur[302].

Bunun gibi, alacaklının banka olması durumunda da bazı karineler öngörülmüştür. Kural olarak *alacaklının bir banka olması durumunda*, borcun zamanında yerine getirilmemesi halinde, alacaklı olduğu parayı, sahip olduğu diğer paralar gibi işletip kâr sağlayacağından hareketle yoksun kalınan bir kârının bulunduğu doğrudan kabul edilmelidir[303].

Alacaklının ne miktarda kazanç kaybına uğradığını gerçek ve somut biçimde ispatlayabildiği istisnai haller dışında, yoksun kalınan kazanç miktarının tayininde, hakimin kararı rol oynacaktır[304]. Kazanç kaybına uğradığını ispat etmekle birlikte, miktarını ispatlayamıyorsa, hakim, TBK m. 50/f. 2 gereğince, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirlemelidir.

Hakimin karar vermesi gereken sorun; eğer sözleşme ihlâli olmasaydı, zarar görenin nasıl ve hangi kazançları elde etmiş olacağıdır. Bu farazi durumun, keyfi bir sonuca götürmemesi için, TBK m. 114/ f. 2 (İsv. BK m. 99/f. 3)'nin atfı gereği, TBK m. 50/ f. 2 (İsv. BK m. 42/f. 2) hükmüne dayanarak hayatın olağan akışına ve olayın alışılmış ve özellik arz eden durumlarına göre kazanılabilecek kazancın tazmin edilebilmesi gerekmektedir[305]. Hakimin gerek gördüğü hallerde, uzman bilirkişilerden de yararlanması mümkündür.

---

302 **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 288, N. 44.

303 Aynı zamanda bankanın faaliyetine göre de ayrım yapmak gerekmektedir. Banka sadece *cari hesaplara kredi tatbiki* işiyle uğraşıyorsa, bankacılık piyasasında ortalama cari hesap kredisi faizi oranında zarara uğramış demektir. Bankanın *başka kredi ve bankacılık işlemleriyle* de uğraşması durumunda, yoksun kaldığı kazancı belirlenirken, banka daha fazla bir kazanç kaybına uğradığını somut delillerle ispat etmediği sürece (bkz. **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 288, N. 52) ortalama kazanç seviyesi dikkate alınmalıdır. Bkz. **SoergelK-Benicke-Nalbantis,** § 288, N. 72 vd.; **StaudingerK-Löwisch-Feldmann,** § 288, N. 46. BGHZ, 104, 337. Bu yönde ayrıca bkz. Barlas, **a.g.e.,** s. 209, dpn. 613; Albaş, **a.g.e.,** s. 213; Ayrancı, **a.g.e.,** s. 212.

304 Albaş, **a.g.e.,** s. 209.

305 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 153; Barlas**, a.g.e.,** s. 206; Albaş, **a.g.e.,** s. 209. Y. TD. 15.05.1958 E. 4015 K. 1298; Y. 4. HD. 17.10.1977 E. 88891 K. 9687 (Karahasan, **Sorumluluk, 1996,** s. 955, 956).

2. Zarar Miktarının Özel Hükümlere Göre Belirlenmesi

a. Satış Sözleşmesinde Temerrüt Halinde Olumlu Zararın Hesaplanmasına İlişkin Metotlar

TBK m. 213'te satıcının temerrüdü durumunda, satıcının tazmin borcunun kapsamı (TBK m. 213/f. 1) ve zararın hesaplanması yöntemi (TBK m. 213/f. 2 ve 3) düzenlenmiştir. Hüküm şu şekildedir:

"*Borcunu ifa etmeyen satıcı, alıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*

Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.

Satılan borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın almak zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir."

TBK m. 236'da ise, alıcının temerrüdü durumunda, alıcının tazmin borcunun kapsamı (TBK m. 236/f. 1) ve zararın hesaplanması yöntemi (TBK m. 236/f. 2 ve 3) düzenlenmiştir. Hüküm şu şekildedir:

"Borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

Satıcı, satış bedelini ödemede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.

Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir."

TBK m. 213/f. 1 ve TBK m. 236/f. 1 aslında TBK m. 112'deki genel esasın tekrarından ibarettir. Bu kural gereğince, alacaklı mübadele ya da fark teorisine göre olumlu zararının genel hükümlere göre tazmin ettirilmesini talep edebilecektir[306].

Ancak genel hükümlere göre tazminat talep eden alıcı, *malı başka yerden tedarik ederek* zararın artmasını önleyebilecekse, bunu yapmaması halin icaplarına göre, bir ortak kusur sayılıp tazminatın indirilmesine yol açabilecektir[307]. Alıcının aslında malı başka yerden tedarik yükümlülüğü yoktur ama kendi taahhütlerini yerine getirebilmek için malı kolaylıkla ve ucuza tedarik edebilme imkânı varken bunu yapmaması ortak kusur sayılmalıdır. Ancak zaten malın piyasadan tedarik imkânı çok zor olduğundan satıcı teslim borcunu yerine getirememişse alıcıdan böyle bir gayret göstermesi beklenemez[308].

Fakat satıcının temerrüdü halinde alıcı ve alıcının temerrüdü halinde satıcı, fark teorisine göre olumlu zararının tazminini istiyorsa, ayrıca TBK m. 213/ f. 2 ve 3 ve TBK m. 236/f. 2 ve 3'te belirtilen somut ya da soyut metotlardan birini seçme imkânına sahip olacaktır. Her iki metot açısından da ortak özellik, tazminat talep eden tarafın, kendi edimini ifa yükümlülüğünün olmayışıdır. Diğer bir deyişle, her iki metotta da tazminat istemi, fark teorisine göre olacaktır[309].

Eski Borçlar Kanunu zamanında bu hükümlerde her ne kadar sadece ticari satışlardan bahsedilse de doktrin ve Yargıtay uygulamasında fark teorisine ilişkin bu hükümlerin, adi satışlar için de geçerli olması gerektiği kabul edilmişti[310]. Bu sonuç,

---

306 Aynı zamanda aynen ifa ve gecikme tazminatı ya da sözleşmeden dönmüşse olumsuz zararının tazminini de isteyebilecektir. Bkz. Yavuz, **a.g.e.,** s. 105.

307 Tandoğan, **C. I/1,** s. 139; Yavuz, **a.g.e.,** s. 105.

308 Tandoğan, **C. I/1,** s. 140.

309 Akıncı, **a.g.e.,** s. 180; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 518. Fakat Yargıtay'ın bazı kararlarında, somut ve soyut metodların mübadele teorisinin uygulanmasında da kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Y. 13. HD. 20.10.1987 E. 1987/3550 K. 1987/4990 (kazancı): "…Davacı olayda teslim edilmeyen malzemeler de dahil satış bedelini tamamen ödemiştir. Bedel ödendiğinden davacı Borçlar Kanununun 188. maddesinin 3. fıkrası gereğince teslim edilmeyen malzemelerin teslim edilmesi gereken gündeki fiyatlarına göre değerleri tutarının tamamını tazminat olarak davalıdan isteyebilir.". Bu durumda somut ve soyut metot sadece tazminatın belirlenmesinde karşı edimin piyasa değerinin belirlenmesinde rol oynamakta, fark teorisinin uygulaması halinde başvurulan somut ve soyut metotta olduğu gibi somut ve soyut zarara ulaşılmasında rol oynamamaktadır.

310 Havutçu, **a.g.e.,** s. 114; Tandoğan, **C. I/1,** s. 144-146; Senai Olgaç, *"Ticari Satışlarda Satıcının Malı Teslim Borcunu Yerine Getirmemesinde Sonucu Tazminatla Sorumluluğu ve Zararın Hesabındaki Usuller",* **Batider,** C. II, S. 3, 1964, s. 358; Tunçomağ, **Borçlar Özel**, s. 110. Eski

6098 sayılı TBK m. 213'te ve m. 236'da somut ve soyut metotların adi satışları da kapsar şekilde düzenlenmesi ile açıklığa kavuşmuştur[311].

Ayrıca doktrinde fark teorisine ilişkin bu hükümlerin, tüm iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği de kabul edilmektedir[312]. Örneğin kira sözleşmesinde kiralanan zamanında teslim edilmediği için, benzer bir eşya daha yüksek bedelle başka bir kimseden kiralanmışsa; eser sözleşmesinde eser zamanında teslim edilmediği için, başka bir yükleniciyle daha yüksek bir bedel üzerinden anlaşma yapılmışsa; hizmet sözleşmesinde hizmetin zamanında verilememesi sebebiyle aynı hizmet başka bir kimseden daha yüksek bir bedelle alınmışsa, zararın hesabında işin mahiyetine göre somut ve soyut metottan biri uygulanabilecektir[313].

Satış sözleşmesinde temerrüde ilişkin öngörülmüş bu hükümlerin, olumlu zararın tazminine yol açan diğer borca aykırılık hallerinde de uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmalıdır. Bu hususta doktrinde bir görüş, TBK m. 212 ve

---

Borçlar Kanunu'nda somut ve soyut metotların ticari olmayan satışlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusuydu. Bu tartışma hakkında bkz. Tandoğan, **C. I/1,** s. 139, 143-147 ve s. 220. Yargıtay da soyut ve somut metodları adi ve ticari işlerde uygulamaktaydı. Bkz. Y. 13. HD. 28.03.1991 E. 275 K. 3589 (Uygur, **C. IV**, **2003,** s. 4642).

311 TBK m. 213'ün gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır: "*Yürürlükteki Borçlar Kanununda "818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 188inci maddesinin ikinci fıkrasında, ticari satışlarda satıcının temerrüdü halinde, alıcının ifa yerine isteyebileceği tazminatın, öğretide somut yöntem olarak hesaplanma tarzı düzenlenmektedir. Oysa, öğretide fark teorisinin yasal bir örneği olan bu hesaplama tarzının, **adi satışlarda da uygulanmasının**, hakkaniyete daha uygun olacağı ve zararın hesaplanmasında fark teorisinin mübadele teorisine tercih edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 188inci maddesinin ikinci fıkrasının başında kullanılan "Ticari muamelesinde satıcı" şeklindeki ibare, Tasarıda "Satıcı borcunu ifa etmezse" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, menfaatler durumunda farklılık olmadığı gözetilerek, adi satışlarda da satıcının temerrüdü halinde, alıcıya, somut yönteme göre hesaplanacak zararının satıcıdan isteme hakkı tanınmıştır."* Benzer bir gerekçe, TBK m. 236 hükmüne ilişkin de bulunmaktadır. Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu - 1/499, (www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf). Ayrıca bkz. Akıncı, **a.g.e,.** s. 109, 118, 119, 184; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1315; Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 7; Gümüş, **C. 1,** s. 47; Kurt, **a.g.e.,** s. 270. Bu tartışmaların mal değişim sözleşmeleri bakımından devam edebileceği yönünde bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1315.

312 Havutçu, **a.g.e.,** s. 116; Sanlı, **a.g.e.,** s. 512; Akıncı, **a.g.e.** s. 184; Lemp, **a.g.e.,** s. 171, 172; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 863; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 519, 520; Tandoğan, **C. I/1,** s. 144-146; Nomer, Engin, **a.g.e,** m. 213, N. 7; Akıncı, **a.g.e.,** s. 110 vd.; Kurt, **a.g.e.,** s. 270.

313 Havutçu, **a.g.e.,** s. 116; Akıncı, **a.g.e.,** s. 185.

213 hükümlerinin kıyas yoluyla, edimin imkânsızlaşması[314] ve TBK m. 218 anlamında kısmi zapt halinde de uygulanabileceğini ifade etmektedir[315]. Kanaatimizce niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer borca aykırılık hallerinde de somut ve soyut metodun uygunlanmasında bir sakınca görülmemektedir.

Burada şu hususu belirtmek gerekmektedir ki, kanaatimizce TBK m. 213/f. 2 ve 3 ve TBK m. 236/f. 2 ve 3, sadece ifa edilmeyen edimin değeri dolayısıyla oluşacak zarar belirlerken başvurulan metotlardır[316]. Bu sebeple, bu hükümlerin varlığı, alacaklının, bunun dışında başka yoksun kaldığı kâr ve diğer zararları varsa, bunları genel hükümlere göre talep etmesine engel olmayacaktır. Aksi halde, örneğin, satıcının 500 TL'lik televizyonu teslim etmediği için, alıcının 600 TL'lik televizyon satın aldığı durumda; zarar somut metoda göre sadece 100 TL'dir dersek, satıcının bu televizyonu başkasına satma amaçlı aldığı ihtimalde yoksun kaldığı kârını hesap etmemiş oluruz. Bu sebeple, TBK m. 213/f. 2 ve 3 ve TBK m. 236/f. 2 ve 3, zararın miktarını azaltmaya yönelik hükümler değillerdir.

(1) Satıcının Temerrüdü Halinde Alıcının Olumlu Zararının Hesaplanması

i. Somut Metot

(aa) Genel Olarak

Somut metot *(konkrete Schadensberechnung)* ile alacaklının edime olan asgari ölçüdeki menfaati, yani edimin değerine olan menfaati giderilmeye çalışılır. Bu metot ile, alacaklının üçüncü kişiyle yapmak zorunda kaldığı sözleşmedeki daha fazla tutarlı edim ile ilk sözleşmedeki borçlunun edimi arasındaki fark bulunarak *somut zarar* hesaplanır (TBK m. 213/f. 2)[317]. Demek oluyor ki, TBK m. 213/f. 2

---

314 Nomer, Engin, **a.g.e,** m. 213, N. 7; Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 102. TBK m. 213/f. 2'nin, satıcının alıcının uğradığı olumlu zararı tazmin ile yükümlü olduğu her halde (örn. TBK m. 112) uygulama bulacağına ilişkin bkz. Gümüş, **C. 1,** s. 47.

315 Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 102.

316 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1310; Havutçu, **a.g.e.,** s. 115; Akıncı, **a.g.e.,** s. 184.

317 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop,**a.g.e.,** s. 1151; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1311; Keuk, **a.g.e.,** s. 109; Becker, **a.g.e.,** Art. 191, N. 4; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 191, N. 6-9; Barth,

hükmü, somut zararın hesabına yöneliktir ve satıcının *ifa etmediği edimin değerinin tespitinde* alıcının yaptığı ikame alımı esas almaktadır[318]. Bu durumda artık alıcının semeni ödeme borcu ortadan kalkmaktadır[319].

Örneğin, (A), satıcı (S)'den 4.000 TL karşılığında bir televizyon satın almıştır. Satıcının televizyonu teslim borcunda temerrüdü üzerine, (A) söz konusu televizyonu

---

a.g.e., s. 154 vd.; Tandoğan, **C. I/1,** s. 140. Y. 13. HD. 08.04.1986 E. 1850 K. 2134 (Karahasan, **Sorumluluk, 1996,** s. 950).

318 Doktrinde bir görüş, somut ve soyut metodun, *ifa edilmeyen edimin değerinin tespitine ilişkin* olduğunu ifade etmiş ve bu sebeple mübadele teorisine göre hesaplama yapılsa da bu metotların uygulanabileceğini savuşmuştur. Bkz. Havutçu, **a.g.e.,** s. 115; Kurt, **a.g.e.,** s. 269 vd.; Schenker, **a.g.e.,** 240. Ancak kanaatimizce, mübadele teorisinde *fark unsuru* söz konusu olmadığı için, somut ve soyut metotlarla ulaşılmak istenen ***somut ve soyut zarara*** mübadele teorisinin uygulandığı durumlarda ulaşılamayacaktır. Bu takdirde somut metot, ifa edilmeyen edimin değerini belirlerken yapılan ikame alım değerinin hesaba katılması; soyut metot da ifa edilmeyen edimin değeri belirlenirken edimin piyasa değerinin hesaba katılması anlamına gelecektir. Diğer bir deyişle, satıcının temerrüdü halinde, alıcının bu edimi başka yerden satın alması halinde ödediği miktar ya da satın almasına gerek kalmaksızın piyasa fiyatı ifa edilmeyen edimin yerine geçecek ve satıcı bu miktarı tazminat olarak ödeyecektir. Alıcının bedeli ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcının edimini başkasına sattığı durumlarda elde ettiği bedel ifa edilmeyen edimin değeri olarak esas alınırsa somut metot; satıcının o malı satmasına gerek olmaksızın o edimin piyasa değeri ifa edilmeyen edimin değeri olarak esas alınırsa, bu durum da soyut metodu oluşturacaktır. Bu durumu örnek üzerinden açıklarsak, örneğin 45.000 TL'ye satılan traktör ifa edilmemiş ve traktör başkasından 60.000 TL'ye alınmıştır, alıcı ayrıca bu süre zarfında 5000 TL kârdan yoksun kalmıştır. Bu durumda 60.000 TL ifa edilmeyen edimin değeri olacak, 5000 TL yoksun kaldığı kâr olacak, bunların toplamını elde edecek alacaklı, mübadele teorisine göre 45.000 TL'yi borçluya verecektir.

Kanaatimizce somut ve soyut metoda ilişkin *TBK m. 213/f. 2 ve m. 236/f. 2 ve 3'te satış/alım bedeli ile ikame alım/satış bedeli ya da piyasa fiyatı arasındaki "farka" göre hesaplama yapılması öngörüldüğünden ve bu hükümlerin fark teorisinin uygulama alanı olduğu kabul edildiğinden,* somut veya soyut metot ile ulaşılmak istenen, somut ve soyut zarardır. Örneğin, satıcının temerrüdü halinde alıcının ikame alım bedeli ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasındaki somut zararı ya da ifa edilmeyen edimin piyasa fiyatı ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasındaki soyut zararı bulunmaya çalışılmaktadır. Bu yolla, ifa edilmeyen edime ilişkin uğranılan zarar hesaplanmış olacaktır. Yukarıdaki örnek üzerinden gidilirse, ikame alım bedeli olan 60.000 TL'den, kararlaştırılan traktör alım bedeli olan 45.000 TL çıkarılacak, *bu şekilde somut metot uygulanması sonucu* 15.000 TL ifa edilmeyen edim dolayısıyla uğranılan *somut zarar* olacaktır. Bu zararla birlikte 5000 TL yoksun kalınan kâr da talep edilebilecektir.

Sonuç olarak, somut ya da soyut metodun mübadele teorisine başvurulduğunda uygulanması, ancak ifa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesi bakımından söz konusu olabilecek, *somut ve soyut zararla kastedilen*, alacaklının ediminin değerinin, ikame alım/satış bedeli ya da piyasa fiyatından *düşürülmesi yani bir fark olduğundan,* mübadele teorisi uygulandığında, bu şekilde bir zarar tespiti yapılmamış olacaktır.

319 Tandoğan, **C. I/1,** s. 143; Yavuz, **a.g.e.,** s. 106.

CISG m. 75, somut fark metoduna göre tazminat istenebilmesini, sözleşmeye aykırılık sebebiyle sözleşmenin ortadan kaldırıldığı durumlar (sözleşmeden dönme) için kabul etmiştir. Buna göre, sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, alıcı, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde ikame mallar satın alırsa, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile ikame işlem bedeli arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilecektir. Ya da alıcı, CISG m. 74 uyarınca olumlu zararının tazminini isteyebilecektir. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 434 vd.

(Ü)'den 4.250 TL'ye satın almak zorunda kalmıştır. Bu iki sözleşme arasındaki 250 TL'lik bedel, somut zarardır. Televizyonun (Ü)'den daha düşük bir bedelle satın alınması durumunda ise, (A)'nın somut bir zarara uğradığından bahsedilemeyecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, somut metot hem ticari hem de ticari olmayan satışlar hakkında uygulanabilecektir[320]. Örneğin (A), kampanyalı fiyat olan 2.000 TL'ye bayi (B)'den *kendi özel ihtiyacı için* (ticari olmayan satış) çamaşır makinesi satın almıştır. Taraflar makinenin 05.05.2015 tarihinde teslimi konusunda anlaşmışlardır. (B)'nin makineyi zamanında teslim etmemesi üzerine, (A) aynı makineyi başka bir bayiden kampanyalı olmayan fiyattan, yani 2.500 TL'den satın almıştır. TBK m. 213/f. 2'deki somut metoda göre, (A)'nın zararı 500 TL'dir. (A) bunun yanısıra başka bir zararı da varsa birinci fıkraya göre talep edebilecektir. Örneğin, ikinci makine teslim alınana kadar geçecek makul sürede çamaşırhaneye verdiği bedeli isteyebilecektir[321]. Eğer (A) bu çamaşır makinesini (Ü)'ye satmak için almış olsaydı da (ticari satış), (B)'nin temerrüdü üzerine belirli vadeli ticari satış olduğu için ifadan vazgeçmiş sayılan (A), makineyi başka bir bayiden 2.500 TL'ye satın almış olsaydı da zarar aynı şekilde hesaplanacaktır[322].

Bu yöntemin diğer sözleşme türlerinde de uygulanabilir olduğu kabul edilirse; kira sözleşmesinde kira konusu mal, kiraya verenin kusuru ile hasar görmüşse, kiracının aynı malı başkasından daha yüksek bir bedelle kiralaması sonucunda bu iki bedel arasındaki fark, kiracının olumlu zararı olarak dikkate alınmalıdır[323]. Bunun gibi yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine, eserin yapılması için başka bir yükleniciyle sözleşme yapılması durumunda, ilk yükleniciyle kararlaştırılan bedelle ikinci yükleniciyle kararlaştırılan bedel arasındaki fark, işsahibinin zararını oluşturacaktır[324]. Bir mal değişimi (trampa) sözleşmesi üzerinden de şu şekilde örnek verilebilecektir. (B), (A)'ya beş koyun teslim edecek, buna karşılık (A) da (B)'ye iki dana teslim edecektir. (B)'nin temerrüde düşmesi üzerine, (A) elindeki iki danayı

320 Üçüncü Bölüm, II, C, 2, a.
321 Benzer yönde bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 18.
322 Benzer yönde bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 18.
323 Lemp, **a.g.e.,** s. 172; Havutçu, **a.g.e.,** s. 116.
324 Havutçu, **a.g.e.,** s. 116; Lemp, **a.g.e.,** s. 172.

(Ü)'ye teslim etmiş ve üzerine 1.500 TL daha vererek (Ü)'den beş koyun almıştır. (B)'nin temerrüdü sebebiyle zararının somut metoda göre hesap edilmesini talep eden (A), iki danayı teslim borcundan kurtulacak ve 1.500 TL'lik fazladan ödediği bedelin tazminini talep edebilecektir.

(bb) İkame İşlemin Yapılması

İkame işlem *(Deckungskauf)* yapan alacaklının uyması gereken bazı kurallar vardır. Aksi halde tüm masraflardan satıcının sorumlu olması beklenemeyecektir. İkame alımın iyiniyetle yapılmış sayılması için, öncelikle, ifa edilmeyen edimin yerine edinilen yeni edimin, önceki edimin içerik ve niteliklerine uygun olması gerekmektedir. Eğer değilse, olması gereken ikame işlem için yapılacak harcamalar, zararın hesaplanmasında dikkate alınacaktır[325].

İkame işlem yapan alıcı, daha kaliteli ya da daha pahalı bir mal almışsa, hakim tazminatın miktarında uygun bir indirim yapacaktır[326]. Ancak piyasada aynı kalitede mal kalmadığı ve alıcının acil ihtiyacı olduğu için, daha yüksek kalitede bir mal almak zorunda kalmışsa veya aynı kalitede bir malın taşıma masraflarıyla birlikte fiyatı, daha yüksek kalitedeki malın fiyatına ulaştığı için, yüksek kalitede ama fazla taşıma masrafı çıkarmayacak mal tercih edilmişse, bu takdirde tazminattan indirime gidilmemelidir[327]. Böyle bir durumda hesaplama yine TBK m. 213/f. 2 uyarınca, ikame mal için ödenen bedele göre yapılsa da alıcı ayrıca bu yüzden zarara uğramışsa bunu da TBK m. 213/f. 1 hükmüne göre isteyebilecektir. Örneğin,

---

325 Lemp, **a.g.e.,** s. 175; Schenker, **a.g.e.,** s. 240; **BernerK-Giger,** Art. 191, N. 34; Havutçu, **a.g.e.,** s. 118; Barth, **a.g.e.,** s. 158; Sanlı, **a.g.e.,** s. 521.

326 Tandoğan, **C. I/1,** s. 141; Gümüş, **C. 1,** s. 48.

327 Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 113; Tandoğan, **C. I/1,** s. 141. Yargıtay da bir kararında bu yönde karar vermiştir. *"...Taraflar arasındaki 8.5.1979 tarihli sözleşmede satışı kararlaştırılan 68/100-60 evsafında 5 ton kağıttan ibarettir. Davalı satıcının temerrüde düşmesi üzerine davacı her ne kadar piyasadan ihtiyacını karşılamak için 5 ton miktarında kağıt satın almış ise de, gramaj itibariyle mukavele konusu kağıtlardan farklıdır. Mukavelede 60 gram koşulu varken davacı 75 gram ağırlığındaki kağıtları satın almıştır.* ***Şu halde sipariş konusu malın yerine bir diğerinin satın alınması hali söz konusu olmayacağından****, olaya BK'nun 188. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Ancak satım konusu mal cari fiyatı bulunan mallardan olduğuna göre, uyuşmazlığın anılan maddenin 3. fıkrası hükümlerine göre, halli gerekir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, mukavelede kararlaştırılan bedel ile teslim için muayyen olan günde serbest piyasadaki cari fiyatlar arasındaki farkın ne olduğunu bilirkişi aracılığıyla tespit ettirip buna göre hüküm vermekten ibarettir..."* . Y. 11.HD. 27.11.1985 E.5133 K. 6462 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4641).

satıcının temerrüdü sonucu ikame alım yapmak zorunda kalan alıcının, ikame malın farklı nitelikte olması sebebiyle kendi alıcısına karşı ayıptan dolayı sorumlu olmuşsa, bu sebeple uğradığı zararı isteyebilecektir[328].

İkame alımın, alıcı ile satıcı arasındaki sözleşmeye göre, teslim nerede gerçekleşecek ise orada yapılması gerekmektedir. Bu mümkün değilse, alım, en elverişli şartlarla malın tedarik edileceği yerde gerçekleşmelidir[329]. Bu süre zarfında, alıcının kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi yeterlidir.

Sonrasında bu yeni edimin, önceki edimin ifa edileceği günden itibaren fazla gecikilmeden ve dürüstlük kuralına uygun olarak ikame edilmesi gerekmektedir[330]. Temerrüt durumunda, aynen ifadan vazgeçme bildiriminden itibaren uygun bir süre içerisinde yapılması uygun olacaktır[331]. Fiyat değişikliklerinden yararlanmak, satıcı üzerinde spekülasyon yapmak gibi maksatlarla alım geciktirilmemelidir[332]. Eğer alım fazla geciktirilmişse, bu sebeple fazla ödenen para nedeniyle, alıcının ortak kusuru kabul edilmelidir[333].

İkame alımın, temerrüt sebebiyle yapılmış olması gerekir. Eğer alacaklının, borcun gereği gibi ifa edildiği durumda dahi, aynı alımı yapacağı söylenebiliyorsa, ikame sözleşme tazminat talebi için dayanak oluşturmayacaktır[334]. Bu sebeple, ikame sözleşmenin varlığı yanında, bu sözleşmenin temerrütle uygun illiyet bağı içerisinde olduğunu da ispat yükü alacaklıda olacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre, ikame işlem yapılırken, alacaklının dürüstlük kurallarına göre ikame işlem için yapmış olduğu tüm gerekli masraflar dikkate

---

328 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 17.

329 Tandoğan, **C. I/1,** s. 140.

330 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 863; Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 16; Akıncı, **a.g.e.,** s. 187.

331 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 16; Havutçu, **a.g.e.,** s. 117; Lemp, **a.g.e.,** s. 173; Bardo, **a.g.e.**, s. 117; Barth, **a.g.e.,** s. 158; Akıncı, **a.g.e.,** s. 187.

332 Tandoğan, **C. I/1,** s. 140; Akıncı, **a.g.e.,** s. 187

333 Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 112; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 318. Yargıtay da bir kararında, inşaat malzemesi alımının geciktirilmesi durumunda, alımın yapıldığı tarihteki rayiç fiyatları değil, makul süre içerisinde alım yapılmış olsaydı geçerli olacak rayiç fiyatların esas alınması gerektiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Y. 11. HD. 01.05.1989 E. 1988/5608 K. 1989/2721. (kazancı)

334 Yıldız, **a.g.t.,** s. 215.

alınacaktır[335]. Örneğin yeni bir sözleşme kurma olanağının araştırılması masrafları ve kurulan sözleşme için yapılan masraflar, ikame işlem kapsamında bir bütün olarak değerlendirilir[336]. Kanaatimizce de daha isabetli olan başka bir görüş ise, somut zararın, sadece ifa edilmeyen sözleşmedeki edimin değeri ile ikame sözleşmedeki edimin değeri arasındaki farktan ibaret olduğunu ifade etmektedir[337]. Bu görüşe göre, ikame işlem için yapılan diğer masrafların da hesaba katılması, zararın somut metoda göre hesaplanmasıyla değil, uğranılan bütün olumlu zararın tespitiyle ilgilidir. Zira alacaklının somut metot yerine veya onun yanında zararının genel hükümlere göre belirlenerek giderilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır[338].

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da alıcının ikame alım sebebiyle zenginleşmemesidir. Örneğin ikame alımın daha düşük bir bedelle yapılması halinde, satıcının bir tazminat ödemesi gerekmeyecektir[339].

Her ikame işlemde, dürüstlük kurallarına uygun davranılması gerekmektedir. Dürüstlük kuralına aykırılık, talebin tamamen reddini gerektirmez; hakim masrafların dürüstlük kuralın aykırı kısmını, alacaklı tarafa yükler[340]. İşlemin tamamının dürüstlük kuralına aykırı olması durumunda ise, alacaklının bu işlem için yaptığı masraflar dikkate alınmaz. İşlemin dürüstlük kuralına uygun olmadığını ispatla yükümlü kişi ise, borçludur[341]. Alacaklının ikame alım yapma serbestisine bu şekilde sınır getirilmesinin sebebi, alacaklının borçlunun zararını arttırmama külfetinden ileri gelmektedir[342].

---

335 Schenker, **a.g.e.,** s. 239, 240; Havutçu, **a.g.e.,** s. 116.

336 Havutçu, **a.g.e.,** s. 116; Schenker, **a.g.e.,** s. 239, 240. Bu konuda örnekler için bkz. Lemp, **a.g.e.,** s. 172; Bardo, **a.g.e.,** s. 142, 187.

337 Yıldız, **a.g.t.,** s. 215.

338 Yıldız, **a.g.t.,** s. 215. TBK m. 213'ün uygulanması açısından aynı yönde bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 3.

339 Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 113; Tandoğan, **C. I/1,** s. 141.

340 Tandoğan, **C. I/1,** s. 140; Yıldız, **a.g.t.,** s. 214.

341 Havutçu, **a.g.e.,** s. 118; Barth, **a.g.e.,** s. 160; Yavuz, **a.g.e.,** s. 106.

342 Sanlı, **a.g.e.,** s. 521. Doktrinde borca aykırılık hallerinde alacaklının yaptırımlara ilişkin seçimlik haklarının olduğu durumlarda, ikame işlem imkânı bulunmasına bazı sonuçlar bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Örneğin, borçlu temerrüdü durumunda alacaklının ikame işlem yapma imkânı varsa, aynen ifayı talep etmekte açık bir menfaati olmadığı sürece, bu talepte bulunamamalıdır. Bu sebeple, yaptırımlar arasındaki ilişkilerin uyumlu şekilde kurulabilmesi için, ikame işlemin genel bir kuralla ayrıca düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Başak Baysal, **Zarar Görenin**

Kural olarak ikame alımın, borçlunun temerrüdü üzerine yapılması gerekse de; istisnaen, alıcının ifadan vazgeçmeden önce yaptığı ikame alımlar da zararın hesaplanmasında ifa edilmeyen edimin değerinin tespitinde dikkate alınabilecektir. Örneğin, satıcının ifa etmeme tehlikesine karşı, alıcı, temerrüdü beklemeksizin tedbiren ikame alım yapmışsa, satıcının sonradan temerrüde düşmesi sonucu, alıcının ifa talebinin ortadan kalkmasıyla ikame işlem kabul edilecektir[343].

Ayrıca, alacaklının olumlu zarar talebini somut metoda dayandırabilmesi için, üçüncü kişiyle ikame işleme ilişkin sözleşmenin yerine getirilmiş olması aranmaz, sözleşmenin yapılmış olması yeterlidir[344]. Bu takdirde üçüncü kişiye ödenmiş değil, ödenecek bedele göre zarar hesabı yapılacaktır[345]. Uğradığı zararı ispat yükü altında olan alacaklı, zararının delili olarak, yapılan bu ikame işlemi ispat etmelidir. Borçlu göstermelik bir alım yapıldığını iddia ediyorsa, işlemin dürüstlük kurallarına uygun yapılmadığını ispatlamak zorundadır[346].

ii. Soyut Metot

(aa) Genel Olarak

Soyut metoda *(abstrakte Schadensberechnung)* göre zarar, ifa edilmeyen edimin değeri ile bu edimin piyasa değeri arasındaki farka göre hesaplanır (TBK m. 213/f. 2)[347]. Demek oluyor ki, bu metoda göre, zararın hesaplanması için, ikame bir işleme gerek bulunmamaktadır[348]. Alıcının ise, edimini yerine getirme borcu ortadan kalkmaktadır[349].

Kusuru Müterafık Kusur, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2012, s. 355; Sanlı, **a.g.e.,** s. 524. Kanaatimizce de ikame işlem için ayrıca bir düzenleme yapılması yerinde olabilecektir. Ancak şuanki düzenlememiz açısından, *alacaklının zararı artttırmama külfetinden ve alacaklının birlikte kusuru kavramından* aynı sonuca ulaşılabilecektir.

343 Tandoğan, **C. I /1,** s. 140; Yıldız, **a.g.t.,** s. 214, dpn. 1172; Akıncı, **a.g.e,.** s. 189.

344 Lemp, **a.g.e.,** s. 173; Barth, **a.g.e.,** s. 155; Tandoğan, **C. I/1,** s. 140 vd.; Havutçu, **a.g.e.,** s. 117; Gümüş, **C. 1,** s. 48. BGE 81 II 53.

345 **BaslerK-Koller,** Art. 191, N. 7; Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 15.

346 Havutçu, **a.g.e.,** s. 118.

347 Havutçu, **a.g.e.,** s. 118. Y. 13. HD. 10.02.1986 E. 7669 K. 669 (Uygur, C. **III, 2003,** s. 3556).

348 Becker, **a.g.e.,** Art. 191, N 5, 6; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 191, N. 10-15; Barth, **a.g.e.,** s. 161, 169; Tandoğan, **C. I/1,** s. 141 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1312; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 863; Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 113; Topuz, **a.g.e.,** s. 363; Olgaç, **a.g.m.,** s. 354.

TBK m. 213/ f. 3'te (İsv. BK m. 191/ 3) hükmüne göre, alıcı; satılan mal, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise, onun yerine bir başkasını satın almak zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilecektir. Böylece bu metot, zararın belirlenmesinde ortaya çıkan maliyetleri büyük ölçüde azaltmaktadır[350].

Bu metotta dikkat edilirse, mevcut olayda ortaya çıkan zarar değil, satılanın objektif farazi değerine gönderme yapıldığı için, gerçekleştiği varsayılan zararın tespiti yoluna gidilmektedir. Bu sebeple, gerçekte uğranılan zararın, soyut metoda göre hesap edilen zarardan az ya da çok olması mümkündür[351].

Fark teorisinin bir uygulaması olan soyut metodun yoksun kalınan kârın hesaplanmasına ilişkin bir metot mu olduğu da tartışılmıştır[352]. Ticari bir satış sözleşmesinde, adi işlerin aksine, alıcının malı tekrar satarak kâr elde etme amacı olduğu faraziyesinden hareket edilmektedir. Ticari satışlarda, bu metot ile alıcının yoksun kaldığı kazancın hesap edildiği söylenebilecektir[353]. Ticari olmayan satışlarda ise, bu metot ile satılanın alıcının malvarlığına kazandıracağı artı değer belirlenir. Diğer bir deyişle, alıcı, satılanı iktisap etmiş olsaydı malvarlığının değer itibariyle içinde bulunacağı farazi durum ile şimdiki durum arasındaki fark tespit edilir. Görüldüğü üzere aslında satış, ticari satış da olsa adi satış da olsa diğer yoksun kalınan kâr hallerinde olduğu gibi *farazi bir hesap* yapılmaktadır. Her iki durumda da

---

CISG m. 76'da, soyut metot düzenlenmiştir. Bu hükümde, sözleşmeye aykırılığa dayanarak sözleşmenin ortadan kaldırılmasından (sözleşmeden dönme) sonra, istenebilecek tazminattan bahsedilmektedir. Olumlu zararın hesaplanmasına ilişkin somut fark metodu, dönme yoluyla sözleşmenin ortadan kaldırılmasına rağmen, tazminat talebine esas olmaktadır. CISG m. 76'ya dayanan alıcı, sözleşme konusu mallar için bir cari fiyatı bulunan hallerde, bir ikame alım yapmasına gerek olmaksızın, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyatı arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilecektir. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 436.

349 Tandoğan, **C. I/1,** s. 142; Yavuz, **a.g.e.,** s. 107.

350 Sanlı, **a.g.e,** s. 522.

351 Havutçu, **a.g.e.,** s. 118. Bu durumda, alıcı, hiç zarar görmese de soyut metoda göre zararını talep edebileceğinden bir götürü tazminat söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Sanlı, **a.g.e.,** s. 522.

352 Tartışma için bkz. Havutçu, **a.g.e.,** s. 118 vd. ve s. 132.

353 Havutçu, **a.g.e.,** s. 121; Nomer, Ergin, **a.g.e.,** m. 213, N. 20.

malvarlığının artmasına engel olunduğundan hesaplanan zarar kalemi, yoksun kalınan kâr olarak adlandırılabilecektir[354].

Doktrinde, adi satışlarda tekrar satma ve kâr elde etme amacı olmadığından, soyut metodun adi satışlar bakımından uygulanmayacağını da savunmuşlardır[355]. Buna göre, alıcı, tacir olsa dahi, malı alırken başkasına satma amacı gütmüyorsa, yani ticari bir amacı söz konusu değilse, zarar, soyut metotla hesaplanmamalıdır. Ancak kanaatimizce adi satışta da alıcı, herhangi başka bir ikame alım yapmasına gerek olmaksızın, satılanın kararlaştırılan bedeli ile piyasa ya da borsa bedeli arasındaki farkı isteyebilmelidir[356].

(bb) Soyut Metodun Uygulanması

Soyut metodun uygulanabilmesi için, edimin borsa ya da piyasada değeri olan bir edim olması gerekir. Piyasa fiyatından (cari fiyat, pazar fiyatı)[357] anlaşılması gereken, *"belirli türden bir malın belirli bir ticari çevrede serbest arz ve talep kuralına göre oluşan fiyatı"*dır. O fiyatla yapılan fiilî alışverişlerin ispatına da gerek yoktur. O şeyin *satılabileceği* belli bir fiyatın bulunması, ifa zamanında onun

---

354 Aynı yönde bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 217. Karş. Tandoğan, **C. I/1,** s. 147.

355 Barth, **a.g.e.,** s. 163, 164; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 517, 518. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: *"Soyut bir zararın, ticari alım satımlarda tazminata temel tutulması, satın aldığı malı teslim alır almaz satarak alıcının ondan kazanç sağlamasının ticari işlerin gereği olmasındandır. Bu durum ve ticari işlerin gerektirdiği güven ve hızlılık göz önünde bulundurulunca alıcı taciri, gerçek zararını ispat zorluklarından kurtarmak ve bu uğurda vakit kaybından kendisini korumak yerinde görülmüştür. Bu amaçla kanun koyucu borsada kayıtlı ve cari fiyatı bulunan mallar için bu fiyatla satış parası arasındaki farkı ödemeğe borcunu zamanında yerine getirmeyen, satıcıyı yükümlü tutmuştur….Soyut zararın tazmininin yasa koyucu tarafından neden kabul edildiğini göz önünde tutan Yargıtay Ticaret Dairesi, öteden beri, alıcının satın aldığı malı yeniden satmayı hedef tutmadığı hallerde alıcının soyut zararını istemeyeceği kuralını benimsemiştir… Davaya esas olan olayda ise davacı davalıdan satın aldığı yapağıları, olduğu gibi değil fakat onları iplik ve kumaş haline getirdikten sonra satacaktır. Bu bakımdan onları satmak üzere satın almış demektir…"*. Bkz. Y. HGK 12.12.1962 E. 89 K. 52 (Olgaç, **a.g.m.,** s. 265'ten naklen).

356 Aynı yönde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 865.

357 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 23. Türk Borçlar Kanunu gerekçesinde de *piyasa fiyatının* önceki Kanun zamanında kullanılan *cari fiyat yerine* getirildiği ifade edilmektedir. Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) (www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/ss321.pdf).

Piyasa fiyatı ibaresinin amaca göre geniş yorumlanması gerekmektedir. Önemli olan, borçlanılan edimin, ifa zamanında ve yerinde objektif olarak belirlenebilecek mutat bir fiyatının bulunup bulunmadığı olmalıdır. Bkz. **BaslerK-Koller,** Art. 191, N. 20; Nomer, Engin, m. 213, n. 23, dpn. 25. Sanat eseri satışlarında ve taşınmaz satışlarında piyasa fiyatından bahsedilemeyeceği için TBK m. 213/f. 3 uygulama bulmaz. Bkz. **BaslerK-Koller,** Art. 191, N. 19; Gümüş, **C. 1,** s. 48.

hakkında arz ve taleplerin mevcut olması yeterlidir. Piyasa fiyatı, önceki alışverişlere göre belirlenmektedir[358].

Piyasa fiyatının bir alt türü olan[359] borsa fiyatından anlaşılması gereken ise, *"tacirlerin belirli zamanlarda paraya çevrilebilen belli mallar özellikle misli şeyler ve menkul kıymetler üzerinde alışveriş yaptıkları, kanunla özel şekilde örgütlenmiş pazarlarda, serbest arz ve talebe göre oluşan fiyat"*tır[360].

Edimin piyasa veya borsa fiyatına göre belirlendiği bu durumlarda, belirli bir ticari çevre belirlenirken, dürüstlük kuralına göre davranılmalı ve malın tedarik edilebileceği en yakın yerdeki piyasa ya da borsa fiyatı dikkate alınmalıdır[361]. Bu fiyatlar ortalama değer teşkil ettiklerinden, satıcının, malı piyasada daha düşük bir bedelle satın alabileceğini ileri sürerek piyasa veya borsa fiyatına itiraz etmesi mümkün olmamalıdır[362].

Piyasa ve borsa fiyatının, *hangi zamana göre belirleneceği* de tartışılması gereken bir husustur. Bu konuda ticari satışlar ve genel olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir: TBK m. 213/f. 3'te, satış bedeli ile *belirlenmiş ifa günündeki* piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir[363]. Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş ticari satışlarda, ifa talebi, vadenin sonunda düşer. Alıcı

---

358 Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 114; Olgaç, **a.g.m.,** s. 357; Havutçu, **a.g.e.,** s. 125, 126; Barth, **a.g.e.,** s. 165, Lemp, **a.g.e.,** s. 165; Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 23; Tandoğan, **C. I /1,** s. 142.

359 Olgaç, **a.g.m.,** s. 356; Becker, **a.g.e.,** s. 47.

360 Havutçu, **a.g.e.,** s. 126; Tandoğan, **C. I/1,** s. 142.

361 Havutçu, **a.g.e.,** s. 126; Lemp, **a.g.e.,** s. 177. Y. 13 HD. 28.03.1991 E. 275 K. 3589 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4643): *"Satış konusu aracın Aralık 1987 tarihinde teslim edileceği konusunda bir uyuşmazlık yoktur. Bu durumda aracın Aralık 1987 tarihindeki Borsa'ya kayıtlı ve kabul edilmiş olan bir fiyatı olup olmadığı, yok ise bu aracın o tarihte cari fiyatı bulunup bulunmadığı ilgili yerlerden sorulmalı ve gerektiğinde bilirkişiye başvurulmalıdır. Böylece satış konusu aracın Aralık 1987 tarihindeki fiyatı tespit edildikten sonra davacının ödemesi gereken 4.000.000 TL satış bedeline göre arada davacı lehine fark ortaya çıkarsa, talebi aşmamak üzere bu farka hükmetmek gerekir. ".*

362 Eren, **Borçlar Özel,** s. 76; Tandoğan, **C. I/1,** s. 142; Yıldız, **a.g.t.,** s. 219; Akıncı, **a.g.e.,** s. 200; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 191, N. 15; Yavuz, **a.g.e.,** s. 107.

363 Y. 13. HD. 20.10.1987 3550/4999 (kazancı): *"Parası alıcı tarafından peşin ödenen ve satıcı tarafından teslim edilmeyen inşaat malzemelerindeki fiyat artışları nedeni ile oluşan alıcı zararının, dava tarihi değil, malzemelerin teslim edilmesi gereken gündeki Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatlarına göre hesaplanması gerekir.".*

olumlu zararını talep ettiğinde, hesaplama bu ana göre yapılır[364]. Genel olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, ifa zamanının doğrudan borçlunun temerrüde düştüğü an olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, bu tarz sözleşmelerde ifa gününde edimin yerine getirilmemesi sonucu, süre tayini ve vazgeçme bildirimi sonrasında, *alıcının ifadan vazgeçtiğini bildirdiği tarih,* piyasa ve borsa fiyatının belirlenmesinde esas alınmalıdır[365].

Alıcı satılanın borsa veya piyasa fiyatı bulunsa bile, zararını soyut metotla hesaplattırmak zorunda değildir[366]. Bu durumda, isterse somut metoda başvurabilecek, isterse TBK m. 125'e göre olumlu zararının tazmin edilmesini ve bu arada yoksun kaldığı kârın göz önüne alınmasını veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir[367].

Malın piyasa ya da borsa fiyatının olmaması durumunda ya da alacaklının borsa ya da piyasa fiyatını ispat edemediği durumlarda, soyut metodun uygulanıp uygulanamacağı da tartışılmıştır. Bir görüşe göre, bu takdirde, alıcının malı sonradan satabileceği farazi fiyat ya da talep olsa idi malın satılabileceği fiyat *(Verkäuflichkeitspreis)* satıcının ediminin değeri olarak kabul edilir[368]. Diğer bir görüş ise, böyle bir durumda soyut metodun uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır[369]. Ancak soyut metoda başvurulamayacak olması, somut metoda başvurma zorunluluğunu da doğurmayacaktır. Alıcı, zararının genel hükümlere göre hesaplanmasını da isteyebilecektir[370]. Kanaatimizce de ilk görüşe üstünlük tanınması daha isabetlidir. Zira her ne kadar teslim gününde malın bir piyasa fiyatı oluşmamış olsa da, bu durum o malın piyasada herhangi bir değerinin olmadığı anlamına gelmez, malın bir pazarının olması ve istenildiği zaman satılabilecek olması yeterlidir. Bu takdirde TBK m. 114/f. 2'nin atfı gereği hakimin, TBK m. 50/f. 2

364 Havutçu, **a.g.e.,** s. 126; Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 24.

365 Havutçu, **a.g.e.,** s. 126; Schenker, **a.g.e.,** s. 243; Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 25; Lemp, **a.g.e.,** s. 177; Akıncı, **a.g.e,** s. 199.

366 Yavuz, **a.g.e.,** s. 108; Tandoğan, **C. I/1,** s. 147; Havutçu, **a.g.e.,** s. 127.

367 Benzer yönde bkz. Tandoğan, **C. I/1,** s. 147.

368 Havutçu, **a.g.e.,** s. 126.

369 Gümüş, **C. 1,** s. 48.

370 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 32; Yavuz, **a.g.e.,** s. 108; Gümüş, **C. 1,** s. 49.

gereğince işlerin olağan akışına göre alıcının malı başkasına hangi fiyata satabileceğini hesap ederek zararı hesaplayabilmesi gerekmektedir[371].

Borçlu, alacaklının zararının daha düşük olduğunu ispat edebilirse, artık zarar soyut usule göre hesaplanamayacaktır[372]. Örneğin, alıcı ile satıcı, kilosu 10 TL üzerinden 100 kilo pirinç satışı üzerinde anlaşmışlar, ancak satıcı borcunu ifa etmemiştir. Vade tarihinde pirincin piyasa fiyatı yükselmiş, 15 TL olmuştur. Soyut metoda göre zarar belirlenirse, zarar 500 TL olacaktır. Ancak satıcı, alıcının pirinçleri kilosu 13 TL'den yeniden satmak amacıyla aldığını kanıtlarsa, zararın genel esaslara göre belirlenmesi gerekecek ve zarar 300 TL olacaktır.

iii. Alacaklının Somut ve Soyut Metotlar Arasındaki Seçim İmkanı

Alacaklının ikame alım yapmış olup olmamasından bağımsız olarak, somut ya da soyut metotlar arasında seçim imkânı bulunmaktadır[373].

İkame işlem yapmış olan bir alıcının da zararının soyut metoda göre hesaplanmasını istemesi mümkündür. Alıcının bu yönteme başvurmasının sebebi, yapmış olduğu ikame alımın değerinin, malın piyasa fiyatından daha düşük olması ise, borçlu alacaklının zararının aslında daha az olduğunu kanıtlayabilir[374]. Böyle bir durumda, alacaklının somut zararı aşan soyut zarar talebi reddedilmelidir[375].

Yine alacaklının herhangi bir ikame işlemi yapmadan talebini doğrudan soyut metoda dayandırması halinde, borçlu alacaklının ikame işlemi yapmış olsaydı veya

---

371 Tandoğan, **C. I/1,** s. 147; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1317; BGE 105 II 87. Bazı yazarlar da piyasa fiyatı ibaresini geniş yorumlayarak benzer bir sonuca ulaşmaktadırlar. Bu görüştekilere göre, borçlanılan *edimin ifa zamanında ve yerinde objektif olarak belirlenebilecek mutat bir fiyatının olması* piyasa fiyatını belirleyecektir. Bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 23.

372 Aynı yönde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 865.

373 Lemp, **a.g.e.,** s. 180; Schenker, **a.g.e.,** s. 244; Havutçu, **a.g.e.,** s. 127; Yavuz, **a.g.e.,** s. 106.

374 Lemp, **a.g.e.,** s. 181; Schenker, **a.g.e.,** s. 244; Havutçu, **a.g.e.,** s. 127; **BernerK-Giger,** Art. 191, N. 51. Fiilen ikame mal satın alınmış ise, soyut metoda başvurulamayacağına ilişkin bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 27.

375 Yıldız, **a.g.t.,** s. 219. Böyle bir durumda alacaklının, zararın artmamasını sağlama yönünde bir külfeti olduğuna ilişkin bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 21.

yapması kendisinden beklenebilir olsaydı zararını azaltabileceğini kanıtlayarak alacaklının birlikte kusurunun olduğunu ileri sürebilecektir[376].

Alacaklının somut metoda başvurmuş olması bundan vazgeçip soyut metoda başvurma hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, zararın somut metoda göre hesap edilmesini isteyen alıcının, ikame alımı ispat edemediği durumlarda, soyut zararını ileri sürmesi mümkün olacaktır[377].

Alıcının, satış konusu malın sadece bir kısmını üçüncü kişiden temin etmiş olduğu durumlarda, bu kısım bakımından somut metoda, kalan kısım bakımından ise, soyut metoda başvurma imkânı da bulunmaktadır[378].

Somut olayda, somut ve soyut metoda göre hesaplama yapılamaması durumunda ise, olumlu zararını isteyen alacaklı, zararını ancak TBK m. 213/f. 1'e göre ispat edebilecektir[379]. Ayrıca yukarıda da belirtttiğimiz gibi[380], alacaklının, fark teorisinin uygulandığı hallerde somut ve soyut metoda göre hesaplama yapılmasını isteme mecburiyeti yoktur.

Alıcının zararının somut ya da soyut metoda göre hesaplanmasını istemek yerine, TBK m. 213/f. 1 uyarınca genel hükümlere hesaplanmasını isteme yönünde bir seçim hakkı da bulunmaktadır. Alıcılar, satılanı başka birisine satmış olmaları sebebiyle yoksun kaldıkları kazancı da genel hükümlere göre satıcıdan isteyebileceklerdir. Bu durumda zarar, satış bedeli ve sonraki satışdaki –ikame alımdaki değil- satış bedeli arasındaki fark olarak karşımıza çıkacaktır[381].

Somut ve soyut metotlar, fark teorisinin tatbikinden ibarettir[382] ve sonuçta somut ve soyut zarar bulunur. Mübadele teorisinin uygulanması halinde, somut ve

---

376 Havutçu, **a.g.e.,** s. 181; Schenker, **a.g.e.,** s. 244, 245; Lemp, **a.g.e.,** s. 181.

377 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1316; Tandoğan, **C. I/1,** s. 147; Yıldız, **a.g.t.,** s. 218. Dava edilen miktarın değişmemesi şartıyla, alacaklı seçtiği yöntemi sonradan değiştirme hakkına sahiptir.

378 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 123, N.29; Tandoğan, **C. I/1,** s. 147.

379 Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 123, N. 33; Kurt, **a.g.e.,** s. 272.

380 Üçüncü Bölüm, II, C.

381 Gümüş, **C. 1,** s. 49.

382 Aynı yönde bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 34; Yıldız, **a.g.t.,** s. 219.

soyut metoda başvurulması ancak ifa edilmeyen edimin değerinin tespiti bakımından olabilecektir[383].

Sözleşmeden dönme halinde somut veya soyut metoda başvurmanın mümkün olup olmayacağı da tartışılmıştır. Bir görüş[384], bu yöntemlerin sadece ifadan vazgeçip olumlu zarar tazminatı istendiği hallerde kullanılabileceğini savunmaktadır. Başka bir görüş[385] ise, TBK m. 235 (EBK m. 211) uyarınca sözleşmeden dönen satıcının, TBK m. 236 (EBK m. 212) çerçevesinde bu yöntemlere başvurabileceğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce de bu yöntemler her ne kadar olumlu zararın tazmininin talep edildiği haller için öngörüldüğünden, dönme halinde uygulanamayacaksa da bu durum, ikame alımın ya da borsa veya piyasa fiyatlarının dönme üzerine talep edilecek tazminat talebi bakımından önemi olmadığı anlamına gelmez[386].

(2) Alıcının Temerrüdü Halinde Satıcının Olumlu Zararının Hesabı

Alıcının temerrüdü halinde, satıcının zararının hesabına ilişkin de somut ve soyut metotlar öngörülmüştür (TBK m. 236/f. 2 ve 3). TBK m. 236, fark teorisinin bir uygulama alanını teşkil etmektedir. Satıcının ikame satış yapmış olmasından bağımsız olarak bu metotlardan birini seçme hususunda seçim hakkı olduğu gibi, satıcı, bu metotlardan hiç birini tercih etmeyerek TBK m. 125 gereğince olumlu zararının fark ya da mübadele teorisine göre giderilmesini de isteyebilecektir[387].

---

383 Örneğin alıcı, satış bedelini satıcıya peşin olarak ödemişse, ikame mal için ödediği dürüstlük kuralına uygun bedelin tamamını, mübadele teorisi uyarınca olumlu zararın tazmini kapsamında satıcıdan talep edebilecektir. Bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** s. 213, N. 14. Bunun gibi, müdabele teorisi uygulansa da edimin borsadaki ya da piyasadaki değeri, zarar belirlenirken borçlunun ediminin değeri olarak esas alınabilecektir. Bkz. Havutçu, **a.g.e.,** s. 125; Schenker, **a.g.e.,** s. 241; Yıldız, **a.g.t.,** s. 220.

384 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1313. TBK m. 213/f. 2 ve 3 açısından da aynı yönde bkz. Nomer, Engin, **a.g.e.,** m. 213, N. 1.

385 Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.,** s. 114: Bu görüş, TBK m. 235 (EBK m. 211) ve TBK m. 236 (EBK m. 212)'nin ortak kenar başlığı altında bulunmaları ve m. 235 hükmünün, *"satıcının dönme hakkı"* ve m. 236 hükmünün ise *"zararın hesaplanması ve giderimi"* başlıklarına sahip olmasından hareketle, dönme üzerine de bu yöntemlere başvurulabileceğini kabul etmektedir.

386 Aynı yönde bkz. Yıldız, **a.g.t.,** s. 220.

387 Yavuz, **a.g.e.,** s. 226; Tandoğan, **C. I/1,** s. 218. Somut ve soyut metodun düzenlendiği CISG m. 75 vd m. 76'da da, alıcının, somut veya soyut fark metotlarına göre giderimin hesaplanmasını istemek

i. Somut Metot

TBK m. 236/f. 2'ye göre, satıcı, satış bedelini ödemede temerrüde düşen alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satışından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararının giderilmesini isteyebilir. Satıcının bu imkânı kullanabilmesi için, satılanın alıcıya teslim edilmemiş olması gerekmektedir[388].

Örneğin, alıcı, 10.000 TL'ye satışı kararlaştırılan malın bedelini ödemede temerrüde düşmüş ve bu nedenle satıcı söz konusu malı 8.000 TL'ye satmak zorunda kalmışsa, TBK m. 236/f. 2 uyarınca satıcı kendi edimini ifa etmeksizin aradaki 2.000 TL'lik farkı tazminat olarak isteyebilecektir.

Satıcının, ikame satışta iyiniyetle hareket etmesi, gereken özeni göstermesi ve satış konusu malı mümkün olduğu kadar iyi bir fiyatla satmaya çalışması gerekir. Satıcının, en elverişli fiyatla malı satmak için, uzun süren bir araştırma yapması zorunlu değildir, kendisinden beklenen iş tecrübesine uygun hareket etmesi yeterlidir. Dürüstlükle yapılmayan satışlarda, dürüstlükle yapılması beklenen satış bedeli esas alınarak hakim tarafından tazminatın belirlenmesi sırasında gerekli indirim yapılacaktır[389]. İkame satış, malın bulunduğu yerde, satıcının ikametgahında veya iş merkezinde ya da bunlara en yakın satış yerinde yapılabilecektir[390].

Satıcının satış için hakimden izin alması gerekmediği gibi, açık arttırma ile de satış yapması mümkündür[391].

ii. Soyut Metot

TBK m. 236/f. 3'e göre (İsv. BK m. 215/f. 2), alıcının temerrüdü halinde, satılan mal, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise, satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın *belirlenmiş ödeme günündeki*

---

zorunda olmadığı; CISG m. 74 uyarınca, sözleşmenin ihlâlinden dolayı uğradığı zararın (olumlu zarar) giderilmesini isteyebileceği belirtilmektedir.

388 Tandoğan, **C. I/1,** s. 218; Tunçomağ, **Borçlar Özel,** s. 238, 239; Yavuz, **a.g.e.,** s. 226.

389 Gümüş, **C. 1,** s. 127; **BaslerK-Koller,** Art. 215, N. 9; **BernerK-Giger,** Art. 215, N. 45; Altınok Ormancı, **Zararı Azaltma,** s. 232 vd.

390 **BernerK-Giger,** Art. 215, N. 46; **BaslerK-Koller,** Art. 215, N. 10; Aral, Ayrancı, **a.g.e.,** s. 179.

391 Becker, **a.g.e.,** Art. 215, N.1; Tandoğan, **C. I/1,** s. 218.

borsa ya da piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir[392].

Örneğin, alıcı, 10.000 TL'ye satışı kararlaştırılan malın bedelini ödemede temerrüde düşmüş ve malın belirlenmiş ödeme gününde piyasası da düştüğünden değeri 8000 TL olmuştur. Böyle bir durumda, satıcının, ikame satış yapmasına gerek olmaksızın, TBK m. 236/f. 3 uyarınca -kendi edimini ifa etmeksizin- aradaki 2.000 TL'lik farkı tazminat olarak isteme hakkı bulunacaktır.

Alacaklı, aynen ifa talebinden vazgeçtikten sonra, diğer seçimlik haklarını kullanabileceği ve edimi üzerinde tasarrufta bulunabileceği için, *aynen ifa talebinden vazgeçildiği tarihteki* alacaklının ediminin borsa ve piyasa fiyatı dikkate alınmalıdır[393]. Hükümde açıkça belirlenmiş ödeme günündeki piyasa ve borsa fiyatından bahsedilse de bu durum ticari satışlarda ödeme gününde ödeme yapılmaması durumunda mehil vermeye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçilmiş sayılacağı ve olumlu zararın istenmiş sayılacağı karinesi olduğundan isabetlidir. Ancak ticari satışlar dışında, ödeme gününde ödeme yapılmaması durumunda verilecek ek sürenin sonunda aynen ifadan talebinden vazgeçildiği andaki piyasa ve borsa fiyatlarının dikkate alınması gerekmektedir[394].

Ayrıca esas alınacak piyasa ve borsa fiyatı, edimin tedarik edilebileceği değil, elden çıkarılabileceği fiyatı olmalıdır[395]. Ancak Federal Mahkeme, bazı durumlarda satılanın borsa ve piyasa fiyatı bulunmasa dahi, fark teorisinin uygulanma imkânını kabul etmiştir. Bu durumlarda, edimin tedarik edildiği fiyatla (maliyet değeriyle) sözleşmede kararlaştırılan fiyatı arasındaki fark istenebilecektir[396]. Buna göre,

-Piyasada az aranılan ve satıcının başka bir kimseye güçlükle satabileceği bir malın alıcısı, satış bedelini ödemede temerrüde düşmüşse, satıcı malı başka bir kimseye satmasına gerek olmaksızın maliyet fiyatı ve satış bedeli arasındaki farkın

---

392 Havutçu, **a.g.e.,** s. 129; Yavuz, **a.g.e.,** s. 226.

393 Lemp, **a.g.e.,** s. 193; Schenker, **a.g.e.,** s. 254; Bardo, **a.g.e.,** s. 153, 154; Havutçu, **a.g.e.,** s. 130;.

394 **BaslerK-Koller,** Art. 215, N. 20; Gümüş, **C. 1,** s. 127.

395 Havutçu, **a.g.e.,** s. 129; Bardo, **a.g.e.,** s. 151 vd.

396 BGE 65 II 173, 176 (Tandoğan, **C. I/1,** s. 220'den naklen).

tazmin edilmesini isteyebilmelidir. Zira satıcıdan böyle bir malı başkasına satmasını beklemek hakkaniyete aykırı olacaktır.

-Satılan mala talebin çok olması sebebiyle, satıcının elinde o maldan bir stok bulunabilir (örneğin, çok aranılan bir marka otomobil). Böyle bir ihtimalde, satıcının bu malı kolaylıkla ve aynı fiyata satabilecek olduğundan, satıcının somut metoda göre bir farkın giderimini isteyemeyeceği söylenebilecektir. Ancak satıcı, elinde o maldan bir çok müşterinin ihtiyacını karşılayabilecek miktarda bulundurduğundan, bir müşterisini kesin olarak kaybetmiş olacaktır. Bu sebeple, malı başkasına sattığını ispat etmeksizin, maliyet fiyatı ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasındaki farkı, alıcıdan talep edebilmelidir.

İkame satışın daha elverişli şartlarla yapılması mümkün olsa dahi, alıcının borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı olan mallar için, soyut metoda başvurma hakkı bulunmaktadır[397].

(3) Yoksun Kalınan Kârın İfa Edilmeyen Edimin Değeri ile Birlikte Talep Edilip Edilemeyeceği

Doktrinde bir görüş[398], ifa edilmeyen edimin değerinin somut ya da soyut metoda göre hesaplanması durumunda, yoksun kalınan kârın bununla birlikte talep edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, ikame alım yaparak satıcının ifa etmediği edime kavuşan alıcının, bu malı satarak da kâr elde etme imkânı bulunmaktadır. Yine alacaklının, herhangi bir ikame alım yapmadığı durumlarda, malın piyasa ya da borsa değerini tazminat olarak aldığında da aslında yoksun kaldığı kârının sebebinin borçlunun ifa etmemesi olmadığı ileri sürülmüştür. Zira piyasa fiyatı olan mallarda, borçlunun ifa etmediği edim yerine piyasadan tedarik edeceği bir başka mal ile de kazanmayı amaçladığı kazancı elde edebilecektir[399]. Bu sebeple, alıcının, ifa edilemeyen edimin değerini satıcıdan talep ettiği durumlarda ayrıca bir de yoksun kaldığı karı talep edememesi gerekmektedir[400].

---

397 Tandoğan, **C. I/1,** s. 219; **BernerK-Giger,** Art. 215, N. 54; Lemp, **a.g.e.,** s. 194.

398 Havutçu, **a.g.e.,** s. 130.

399 Keuk, **a.g.e,** s. 184; Bardo, **a.g.e.,** s. 123 vd.; Havutçu, **a.g.e.,** s. 131.

400 Bardo, **a.g.e.,** s. 123 vd.; Havutçu, **a.g.e.,** s. 131.

Kanaatimizce, somut ya da soyut metoda başvurulduğunda, ifa edilmeyen edimin değeriyle birlikte yoksun kalınan kârın istenebileceği haller de olacaktır.

Örneğin, A, B'den 500 TL'ye televizyon almış ve bunu sonrasında 750 TL'ye Ü'ye satmak üzere anlaşmıştır. B'nin borca aykırı davranarak televizyonu teslim etmemesi üzerine; A, benzer bir televizyonu C'den 600 TL'ye almak zorunda kalmıştır. A'nın bu malı sonrasında Ü dahil kimseye satamaması durumunda, 600 TL-500 TL=100 TL somut zararı olacak, bu edimi hiç değerlendiremediği için 750 TL-500 TL=250 TL de yoksun kalınan kârı olacaktır. Her iki talebin de bir arada istenebilmesi mümkündür.

Aynı örnek üzerinde, A'nın C'den 600 TL'ye aldığı televizyonu Ü'ye 750 TL'ye satması durumunda da yoksun kalınan kârı oluşabilecektir. Zira 750-500=250 TL kâr elde edebilecekken, 750-600=150 TL kâr elde etmiş olacaktır. Demek oluyor ki 250-150=100 TL eksik olarak kâr elde etmiştir, bu da A'nın yoksun kaldığı kârı oluşturmaktadır. Bu durumda ifa edilmeyen edimin değerine ilişkin 600-500=100 TL zararı olan A'nın aynı zamanda 100 TL de yoksun kalınan kârı bulunmaktadır. Bu sebeple, somut ya da soyut metoda başvurulduğu durumlarda yoksun kalınan kârın talep edilemeyeceği yönündeki düşünce kanaatimizce isabetli değildir.

b. Eser Sözleşmesinin TBK m. 484'e Göre Feshi Halinde Yüklenicinin Olumlu Zararının Hesaplanmasına İlişkin Metotlar

(1) Genel Olarak

İş sahibinin, TBK m. 484'e göre eserin tamamlanmasından evvel fesih hakkını kullanması sonucu, eser sözleşmesi sona erecektir. Bu şekilde sözleşmeyi sona erdiren işsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek ile yükümlü tutulmuştur. Yüklenicinin tazmin edilecek zararının türü, yukarıda[401] da ifade ettiğimiz gibi

[401] İkinci Bölüm, II, B, 1.

olumlu zarardır[402]. Bu zarar miktarının artmaması için, işsahibi, işin ne kadar geri bir aşamasında bu hakkını kullanırsa kendisi açısından o kadar avantajlı olacaktır[403].

Doktrinde, yüklenicininin fesih sonrası sahip olduğu talep hakkının, aynen ifa talebi mi tazminat talebi mi olduğu tartışmalıdır. Bu tartışmanın pratik önemi, eğer yüklenicinin talep hakkı *aynen ifayı talep* olarak değerlendirilirse, işsahibinin bu borçtan kurtulması mümkün olmayacakken; *tazminat talebi* olarak kabul edilirse, tazminattan indirim sebeplerinin göz önünde tutulabileceği ölçüde işsahibinin bu borçtan kurtulması söz konusu olabilecektir[404]. Ayrıca bu talep hakkı, tazminat olarak nitelendirildiği ölçüde olumlu zararla ilişki kurulabilecektir. Bu tartışmaya açıklık getirmek açısından, işsahibinin yüklenicinin zararını nasıl karşılayacağına yönelik doktrinde ileri sürülen toplama (olumlu/müspet yöntem) ve kesinti (olumsuz/menfi yöntem ya da çıkarma yöntemi) metotlarından bahsetmek gerekmektedir.

(2) Toplama ve Kesinti Metotları

TBK m. 484 ve hükmün karşılığı olan İsv. BK m. 377'de işin fesih anına kadar tamamlanmış kısmının bedelini ödeme borcundan (I. kısım) ve yüklenicinin fesih sebebiyle uğradığı zararının tazmini borcundan (II. kısım) bahsedilmektedir.

Doktrinde bir görüş[405], toplama ya da kesinti metotlarına göre yapılacak hesaplamanın, yüklenicinin fesih sebebiyle uğradığı *zararın tazmini aşamasına (II. kısım)* ait olduğunu savunmaktadır. Bu görüş[406], TBK m. 484 (İsv. BK 377)'ün lafzından da hareket ederek, fesih anına kadar yapılmış kısmın orantılı hesaplama neticesinde ulaşılacak olan bedelini, mutlak şekilde alacak olan yüklenicinin, buna ek olarak sözleşmenin zamanından önce feshedilmesinden doğan zararı hesaplanarak tazminata hükmedilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu fikre göre, eserin fesih

---

402 İkinci Bölüm, II, B, 1.

403 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 140. Eser tamamlanmış ama mülkiyeti işsahibine geçirilmemişse ya da eser tamamlanmış ama ayıplı olsa dahi bu hak kullanılamayacaktır. Zira bu hakkın kullanılma imkânı, *eser tamamlanıncaya kadardır*. Bkz. **BernerK-Gautschi,** Art. 377, N. 7; Tandoğan, **C. II,** s. 176; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 140; BGE 98 II 113.

404 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 256. Aksi yönde Tandoğan, **C. II,** s. 349.

405 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 143.

406 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147 vd.

anına kadar yapılan değerinin tespiti dışında kalan, tazmin edilecek zarara ilişkin hesaplamada; toplama ve kesinti metotlarının uygulanması gerekecektir. Bu şekilde bir ayırım yapılmazsa, bir değer arz eden *"yapılmış kısmın"* kime ve ne şekilde kalacağı, tazminat hesabını belirsizleştiren bir sorun olarak kalacaktır[407]. Bu sebeple, toplama ve kesinti metotları, yüklenicinin eserin fesih anına kadar yapılmış değerinin talep edilmesi dışında kalan, yüklenicinin erken fesih sebebiyle uğradığı diğer zararların giderilmesi bakımından hesaplama yöntemi olarak karşımıza çıkacaktır[408].

Doktrinde diğer bir görüş ise[409], bu metotların, fesih hakkının kullanılması üzerine sona eren *sözleşmenin bir bütün olarak (I. ve II. kısma yönelik) tasfiyesine* yönelik yöntemler olduğunu savunmaktadır. İlk görüşten farklı olarak bu görüş, toplama ve kesinti metotlarını, sadece eserin fesih anına kadar yapılmış kısmın bedeli dışında kalan yüklenicinin uğramış olduğu zararlar bakımından uygulamamakta, hem yarıda kalan eserin bedeli, hem de yüklenicinin uğradığı zararların tümü bakımından uygulamaktadır.

Bu görüş, *toplama metodu*, fesih hakkının kullanılması üzerine sona eren sözleşmenin bir bütün olarak tasfiyesine ilişkin olacağından, işin fesih anına kadar tamamlanmış kısmının bedeli ile işin tamamlanmamış kısmına ilişkin tazminat alacağının *toplanacağını* ifade etmektedir[410]. Buna göre, toplama işlemi, I. kısmın ve II. kısmın toplamına ilişkindir.

Toplama metodunun eserin henüz tamamlanmamış kısmı bakımından uygulanacağını kabul edenler arasında farklı hesaplama şekilleri öngörülmüştür:

-İlk hesaplama şekline göre, tazminat alacağı; yüklenicinin fesih anına kadar yaptığı masraflara, eser bitmiş olsaydı yüklenicinin sözleşmedeki bedeli tam olarak

---

407 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 148.

408 Seçer, **a.g.e.,** s. 220; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 148.

409 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 233. Gerek önerdikleri hesap tarzından gerekse bedel indirimini ayrıca ele almamalarından bu görüşte oldukları çıkarılan yazarlar için bkz. **BernerK-Gautschi,** Art. 377, N. 13, 14; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 377, N. 3. Oğuzman, *doktrinde* genel olarak malın fesih anına kadar yapılmış kısmının değerinin ayrıca değil, tazminat hesaplaması içerisinde değerlendirildiğini ifade etmekle birlikte; *kendisi,* fesih anına kadar yapılmış kısmın tazminat hesaplaması içerisinde yer almayacağını ileri sürmektedir. bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147-149.

410 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 233.

alması üzerine elde edeceği safi olmayan kâr eklenerek bulunacaktır[411]. Safi olmayan kâr hesaplanırken[412], sözleşmedeki bedelden, işin fesihten önce tamamlanmış kısmının değerinin düşülmesi ve aradaki farkın esas alınması gerekecektir. Bu şekilde bulunacak miktar, yüklenicinin eser sözleşmesinin zamanından önce feshedilmesi dolayısıyla talep edebileceği tazminatı oluşturmaktadır.

-Doktrinde daha çok kabul gören diğer hesaplama şekline göre ise[413], *eserin tamamlanmamış kısmına ilişkin tazminat borcu,* eserin yüklenicinin bedelini isteyemediği kısmından (bedelin tümünden, eserin yapılmış kısmının değeri çıkarılarak bulunur) fesih üzerine kurtulduğu masraflar çıkarılarak bulunmalıdır[414]. Zira bu durum, TBK m. 484 (İsv. BK m. 377)'ün de lafzına uygundur. Doktrinde daha çok kabul gören bu hesaplama şekli kabul edildiğinde, *II. kısmın hesaplanması bakımından bir toplama işlemi yapılmamaktadır.* Bu da göstermektedir ki, toplama metodu, II. kısma ilişkin zararların toplanmasını ifade etmemektedir. Bu durumda toplama ile kastedilen, eserin fesih anına kadar yapılmış kısmının bedeli ile tazminatın toplanacak olması olmalıdır.

Bu sebeple, yukarıda ifade edilen, kanaatimizce de daha isabetli olan, *"toplama ve kesinti metotlarının, eserin sadece tamamlanmamış kısmına ilişkin tazminat hesabına ilişkin değil, fesih hakkının kullanılması üzerine sona eren sözleşmenin bir bütün olarak tasfiyesine ve oluşan tüm zararların hesabına ilişkin yöntemler olduğu"* görüşüne katılmak gerekecektir.

Toplama metodunun uygulanması halinde, toplamaya dahil olacak eserin *fesih anına kadar tamamlanmış kısmının bedelinin tespiti* yapılırken ise, eserin objektif

411 Bilgi için bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 148; Seçer, **a.g.e.,** s. 244.

412 Safi olmayan kâr denmesinin sebebi, vergi, harç gibi masrafların hesaba katılmayağını belirtmek içindir. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 148. İsviçre hukukunda safi olmayan kârın, sözleşmede kararlaştırılan bedelin yaklaşık % 20 ila % 40'ı oranında olacağı belirtilmektedir. Bkz. **BernerK-Gautschi,** Art. 377, N. 14 c. Fakat, Türk hukukunda böyle bir oran verilmesinin mümkün olmayacağı, her somut olay açısından safi olmayan kârın araştırılması gerekeceği yönünde bkz. Tandoğan, **C. II,** s. 178, dpn. 96.

413 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 148, 149; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 241.

414 Her iki görüş arasında aslında bir fark olmadığı, ancak yüklenicinin bedelini isteyemediği kısımdan, fesih üzerine kurtulduğu masrafların çıkarılmasının daha pratik bir yöntem olduğuna ilişkin açıklama için bkz. Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 240.

piyasa değeri değil, taraflar arasındaki sözleşmede belirlenen değeri esas alınmalıdır[415].

Yapılan kısmın sözleşmeye göre bedeli hesaplanırken, sözleşmede götürü ücret belirlenmişse, müteahhidin fesih anına kadar yerine getirdiği edimlerin, sözleşme gereği yerine getirilmesi gereken toplam edime oranının, götürü ücrete uygulanması gerekecektir[416]. Eğer sözleşmede birim fiyat kararlaştırılmışsa, fesih anına kadar yapılan kısmın birim fiyatla çarpılması gerekecektir[417]. Ücret, sözleşmede belirlenmemişse, TBK m. 481'e göre belirlenecek bedel üzerinden yapılan kısma ilişkin hesaplama yapılacaktır[418]. Böylece belirlenen bu bedel içerisinde; yüklenicinin yerine getirdiği hizmet edimleri, yaptığı hazırlık çalışmaları, mimarlık ve mühendislik işlemleri için yaptığı harcamalar, yüklenici tarafından karşılanan ve eserde kullanılan malzemenin değeri karşılanmış olmaktadır[419].

BGB § 649 f. 2'de kabul edilen kesinti metoduna[420] göre ise, sözleşmede başlangıçta eserin bedeli olarak kararlaştırılan ücretten, yüklenicinin fesih üzerine eseri tamamlama borcundan kurtulması sebebiyle elde ettiği tasarruflar[421] ile eseri yapma borcundan kurtulması üzerine elde ettiği veya kasten elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar[422] düşürülerek hesaplama yapılır[423]. Bu durumda, yüklenicinin işsahibine karşı tek bir talep hakkı bulunmaktadır.

---

415 Seçer, **a.g.e.,** s. 210 vd.; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 235.

416 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 146; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 236; Tandoğan, **C. II,** s. 347.

417 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 236.

418 Seçer, **a.g.e.,** s. 211; Gümüş, **C. 2,** 198; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 377, N. 3.

419 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 236; Tandoğan, **C. II,** s. 346, 347; Bühler, **a.g.e.,** Art. 377, N. 31.

420 Bu hesap yöntemi, hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 408'deki hesap yönteminin, eser sözleşmesine uygulanmasıdır. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147. Toplama metodunda yükleniciye zararını ispat yükü yüklenmişken, kesinti metodunda tasarruf etmesi gereken tutarları işsahibi ispat etmek zorundadır. Bkz. Seçer, **a.g.e.,** s. 249.

421 Örneğin; yüklenicinin eserin geri kalan kısmını tamamlaması için temin etmesi gereken malzemenin değeri, yüklenicinin çalıştırdığı personele ödeyeceği ama fesih nedeniyle kurtulduğu ücret, büro, kırtasiye, elektrik su gibi yapmaktan kurtulunan diğer giderler. Ayrıntı için bkz. Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 244-247.

422 Örneğin; yüklenicinin sözleşmenin feshi üzerine boşta kalması nedeniyle başka işlerden elde ettiği ve kötüniyetle elde etmeyi ihmal ettiği giderler. Ayrıntı için bkz. Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 247-249.

423 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 242, **BernerK-Gautschi,** Art. 377, N. 16; Tandoğan, **C. II**, s. 348. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147. Seçer, **a.g.e.,** s. 247; Gauch, **Werkvertrag,** N. 551; Gümüş, **C. 2,** s. 104.

Ancak Yargıtay'ın uygulaması, TBK m. 484'ün lafzıyla uyumlu olan toplama metodundan yanadır[424].

Sonuç olarak, doktrinde toplama metodunu sadece *eserin yapılmayan kısmına ilişkin yüklenicinin uğradığı zararların hesabında* bir yöntem olarak kabul eden yazarlara göre[425], yüklenicinin iki farklı talep hakkı bulunmaktadır. Bunlardan biri aynen ifa talebi niteliği taşıyan, işin fesih anına kadar yapılmış değerini talep etme hakkı (aynen ifa); diğeri de eserin tamamlanmış kısmı bakımından tazminat talep etme hakkıdır. Kesinti metodunun kabul edilmesi durumunda, yükleniciye bir tazminat hakkının değil, indirilmiş ücreti talep hakkının tanındığı kabul edilmektedir[426]. Bu durumda, yüklenicinin talebi *"aynen ifaya ilişkin"* olacaktır[427].

---

424 Y. 15. HD. 2.7.2014 E. 2013/4839 K. 2014/4650 (kazancı). Yargıtay'ın bu konuya ilişkin çoğu kararında, toplama metodunun uygulanmasında yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını isteyebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Y. 15. HD. 27.1. 2012 E. 2010/7098 K. 2012/350 (kazancı): *"...Bilindiği üzere BK'nın 369. maddesinde, eserin tamamlanmasından önceki bir aşamada işsahibinin, yapılmış işlerin bedelini vermek ve yüklenicinin zarar ve ziyanını baliğan mabelağ (ferah ferah, bol bol) tazmin etmek şartı ile herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür. Anılan yasa hükmüne göre, yüklenici zararı hesaplanırken BK'nın 325. maddesinde ifade edilen kesinti yöntemi değil, toplama yöntemi uygulanır. Bu yöntemde, yüklenicinin fesih tarihine kadar yaptığı giderler (olumsuz zarar), şayet eser tamamlanmış olsaydı o tarihte elde edeceği net kâr (olumlu zarar) eklenerek toplam zarar miktarı bulunur. Nitekim Bk'nın 369. maddesi uyarınca yapılan fesih sonucu yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını en üst düzeyde isteyebileceği muhtelif Yargıtay kararlarında ifade edilmiş bulunmaktadır (Y. 15. HD. 10.04.1989 T., 2592/1833 sy., 16.10.1989 T., 1623/4247 sy.)…"*. Ayrıca bkz. Y. 15. HD. 2.4.1998 E. 1998/833 K. 1998/1348 (kazancı). Ancak olumlu ve olumsuz zararın bir arada tazmin edilmesi mümkün olmadığından, karar bu açıdan isabetli değildir.

425 Gauch, **Werkvertrag,** N. 542 vd.;Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 377, N. 3; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147; Tandoğan, **C. II,** s. 347 vd.
Eserin fesih anına kadar yapılmış bedelinin tespiti ve bu fesih sebebiyle yüklenicinin uğradığı zararların ayrı ayrı hesaplanmaları gerektiğini, toplama ve kesinti metodlarının ise *sadece yüklenicinin fesih sebebiyle uğradığı zararların tespitinde* uygulanmasını savunan ÖZ, her iki talebin de bir miktar paranın verilmesine ilişkin olmaları sebebiyle aynı işlemle talep edilebileceklerini ve mahkemenin de aynı hüküm çerçevesinde karar vereceğini ifade etmiştir. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 149. Fakat her iki talep arasında, sadece fesih sebebiyle yüklenicinin uğradığı zararları tazminat olarak nitelendirmekle beraber, *fesih anına kadar yapılan kısmın bedeline ilişkin talebin aynen ifaya ilişkin olup olmadığı hususunda bir açıklama yapmamıştır*. Bkz. Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 149.

426 Gauch'a göre, *toplama metodunda* yükleniciye fesih anına kadar tamamlanmış eserin değeri yanında bir de *tazminat talebi* tanındığı halde, *kesinti metodunda* bir tazminat talebi söz konusu olmamakta, müteahhide *bir indirilmiş ücret* talep olanağı tanınmaktadır. Bkz. Gauch, **Werkvertrag,** N. 552. Fakat bu görüş doktrinde Buz tarafından, yeterli gerekçesi olmadığı sebebiyle eleştirilmekte, her iki yönteme göre de talep hakkının tazminata ilişkin olduğu savunulmaktadır. Bkz. Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 251 ve 255 vd

427 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 250.

Doktrinde, ileri sürülen bizim de katıldığımız diğer görüşe göre[428] ise, sonuçta hesaplanacak ve tek bir talep hakkına yol açacak bedelin, her iki metoda göre de *"tazminat talebi"* olarak kabul edilmesi gerekmektedir. TBK m. 484'te yükleniciye tanınan talep hakları bakımından ikili bir ayrıma gidilmesi, bu taleplerin farklı hukuki nitelikleri olduğu sonucuna bizi götürmemelidir. Zira bu ayırım, fesih nedeniyle yüklenicinin uğradığı *zararın ne şekilde hesaplanacağını gösteren* bir yöntemden başka bir şey değildir. Zararın bir bölümünü, eserin fesih anına kadar yapılmış kısmının değeri, diğer bölümünü ise, bu fesih sebebiyle yüklenicinin uğradığı diğer zararlar oluşturmaktadır. Bunların toplamından, tazminatın belirlenmesi aşamasında, hakimin takdir yetkisi sonucu indirim de yapıldıktan sonra, ödenmesi gereken tazminat alacağı belirlenmiş olacaktır.

Bu görüşe göre, toplama metodunun kabul edilmesi halinde, işin fesih anına kadar yapılmış kısmının bedelini ödeme borcunun, tazminat borcu içerisinde değerlendirilmeyip sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifası olarak görmek için, eser sözleşmesinin ya sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak kabul edilmesi ya da yüklenicinin fesih anına kadar tamamladığı kısmın bir kısmi ifa olarak nitelendirilmesi gereklidir[429]. Fakat hakim görüş, yukarıda da belirtildiği gibi[430], eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Diğer taraftan fesih anına kadar yüklenici tarafından yapılan kısmın, kısmi ifa olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Zira kısmi ifa, sadece bölünebilir nitelikteki eserler bakımından söz konusu olur. Fakat TBK m. 484, bölünebilir nitelikte olmayan eserler açısından da uygulanabilir bir hükümdür, yüklenicinin fesih anına kadar yaptığı eser bölünebilir bir nitelik taşımasa dahi, onun bedelinin ödenmesi gerekecektir[431].

Aynı görüşe göre, kesinti metodunun kabul edilmesi halinde de, yükleniciye tanınan talep hakkının; bir indirilmiş ücret alacağı yani aynen ifa değil, tazminat talebi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, olumlu zararın hesabında da esasen

---

428 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 257 ve 259.
429 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 258.
430 Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 1.
431 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 258.

sözleşmede kararlaştırılan bedelin esas alınması normaldir. Örneğin; temerrüt durumunda, alacaklı aynen ifadan vazgeçip mübadele teorisine göre olumlu zararın tazminini talep ettiğinde, alacaklının sözleşmeden doğan alacağı ve diğer zarar kalemleri bir arada hesaplanmakta ve böylece alacaklının sözleşmeden doğan alacağı da tazminat alacağının içerisinde değerlendirilmektedir[432].

Bütün bu sebeplerden dolayı, toplama ve kesinti metotlarından hangisi kabul edilirse edilsin, yüklenicinin talep hakkı, *tazminata ilişkindir.* Ancak toplama ve kesinti metotları, tazminat hesabında zararın belirlenmesi aşamasında kullanılacaktır[433]. Bu görüş, kanaatimizce de isabetlidir.

(3) Yüklenicinin Talebinin Amacı ve Nitelendirilmesi

Bu tazminat ile amaçlanan, yüklenicinin sözleşmesinin feshi sebebiyle uğradığı zararlarının giderilmesidir[434]. İş sahibine getirilen bu ödeme yükümlülüğü ile yüklenicinin malvarlığı, sözleşme ifa edilmiş olsa idi hangi durumda bulunacak idiyse o duruma getirilmeye çalışılmaktadır. Diğer bir deyişle, bu ödeme ile önceden de ifade ettiğimiz gibi yüklenicinin ifaya olan çıkâr kaybı, yani *olumlu zararı* giderilmeye çalışılmaktadır[435]. Burada dikkat edilmesi gereken, yüklenicinin sözleşmenin feshedilmemesi durumunda içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirilmemesidir[436]. Bu sebeple, yüklenicinin talep hakkının üst sınırını, feshedilen sözleşmede kararlaştırılan ücret oluşturur[437].

---

432 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 258, 259.

433 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 259.

434 Bu tazminatın içerisine yüklenicinin işi tamamlamış olsaydı kazanacağı şöhret dolayısıyla elde edebileceği başka kazançları elde edememiş olmasından ya da işi tamamlayamamış olmasından dolayı duyduğu üzüntüden kaynaklanan manevi zararının girip girmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş (Seçer, **a.g.e.,** s. 241: Tandoğan, **C. II,** s. 350) bu zararların da tazminat kapsamına girmesi gerektiğini ifade ederken, kanaatimizce isabetli olan başka bir görüş (Serozan, **Dönme,** s. 177) ayrım yapmakta; ün kaybından dolayı uğradığı zararların TBK m. 484 kapsamında istenebileceğini savunurken, manevi zararların TBK m. 58 kapsamında istenebileceğini savunmaktadır.

435 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 147; **BernerK-Gautschi,** Art. 377, N. 12, 14; Oser, Schönenberger, **2. Halbband,** Art. 377, N. 3; Tandoğan, **C. II,** s. 347. Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 234; Seçer, **a.g.e.,** s. 241.

436 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 135; Seçer, **a.g.e.,** s. 241.Olumlu zarar diyen yazarlar için bkz. Seçer, **a.g.e.,** s. 242, dpn. 1440'daki yazarlar.

437 Gauch, **Werkvertrag,** N. 548; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 235; Seçer, **a.g.e.,** s. 241.

Bu tazminat talebinin dayanağı ise, borca aykırılık olmayıp[438] işsahibinin kanundan kaynaklanan fesih hakkını kullanması sonucu, *yüklenicinin kanundan kaynaklanan tazminat talep etme hakkı*dır[439]. Bu şekilde olumlu zararının giderilmesini isteyen yüklenicinin, tazminat talebinde bulunabilmesi için işsahibinin *kusurlu olması da aranmamaktadır*[440]. Zira bu durumda, hukuka uygun bir fiille zarar verme durumu söz konusudur.

Yüklenicinin talep hakkının tazminat olduğu belirlendikten sonra, TBK m. 51, m. 52 ve m. 114/f. 2 gereği indirimin mümkün olup olmayacağı hususu da değerlendirilmelidir. Bu hususta bir görüş, BK m. 484'te hesap şeklinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasından bu konuda hakimin takdir hakkını ortadan kaldırdığını ve indirime gidilemeyeceğini ifade etmektedir[441]. Ayrıca TBK m. 51 gereğince yüklenicinin kusurlu olmasına dayanarak, yükleniciye ödenecek tazminatta bir indirim yapılması da talep edilememelidir. Zira yüklenicinin kusurlu olması halinde, işsahibinin TBK m. 484'deki hakkına dayanarak değil de haklı sebeple sözleşmeyi feshedeceği savunulmaktadır[442].

Kanaatimizce isabetli olan diğer bir görüşe göre[443], TBK m. 484'te ayrıntısıyla belirtilen hesap tarzı esas itibariyle *tazminatın değil, zararın belirlenmesine yöneliktir*. Bu sebeple zarar miktarı tespit edildikten sonra, tazminat belirlenirken indirim sebepleri göz önünde bulundurulabilecektir. Her ne kadar tazminat yükümlülüğü sözleşme ihlâlinden kaynaklanmasa da, bu durum TBK m.114/f. 2'nin atfı gereği haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanamayacağı ve TBK m. 51 uyarınca tazminat miktarının hakim tarafından belirlenemeyeceği ve gerekirse indirime gidilemeyeceği anlamına gelmemektedir[444]. Buna göre, işsahibinin eser sözleşmesini tam tazminatla feshinde yüklenicinin kusuru varsa, tazminatta indirime

438 Seçer, **a.g.e.,** s. 242; Gauch, **Werkvertrag,** N. 543.

439 Seçer, **a.g.e.,** s. 242, 243; Gauch, **Werkvertrag,** N. 543.

440 Gauch, **Werkvertrag,** N. 543; Gümüş, **C. 2,** s. 199; Seçer, **a.g.e.,** s. 242.

441 Bu yönde bkz. Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 259; **BernerK-Gautschi,** Art. 377, N. 17; Tandoğan, **C. II,** s. 349; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 149; Tandoğan, **C. II,** s. 349.

442 Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 149.

443 Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 259.

444 Gauch, **Werkvertrag,** N. 554; Buz, **Eser Sözleşmesi,** s. 259; Bühler, **a.g.e.,** Art. 377, N. 42.

gidilebilmelidir. Ayrıca işsahibinin olumlu zararı tazmin yükümlülüğünde, yüklenicinin fesih sonrasında *"kötü niyetle iktisap etmeyi ihmal ettiği şeylerin",* dürüstlük kuralı gereğince yüklenicinin zararın azaltılması için alınması gereken önlemleri almamış olduğu gerekçesiyle yüklenicinin birlikte kusuru kapsamında indirim sebebi olarak değerlendirilmesi gerekecektir[445].

D. Zararın Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman

1. Genel Olarak

Zarar kapsamının belirlenmesinde esas alınacak zaman, doktrinde tartışmalıdır. Bu, zarar verici olayın gerçekleştiği tarih[446] olabileceği gibi, ifa zamanındaki tarih[447], davanın açıldığı tarih[448] ya da hüküm tarihi de olabilecektir. Doktrinde hakim

---

445 Seçer, **a.g.e.,** s. 264, 265.

446 Y. 13. HD. 20.10 1987 E. 3550 K. 4990 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4633): *"Alıcı tarafından peşin ödenen ve satıcı tarafından teslim edilmeyen inşaat malzemelerindeki fiyat artışları nedeni ile oluşan alıcı zararının, dava tarihi değil, malzemelerin teslim edilmesi gerekn (teslim için muayyen olan) gündeki Bayındırlık Bakanlığı Birim fiyatlarına göre hesaplanması gerekir".* Benzer yönde bkz. Y. 13. HD. 07.03.1981 E. 8791 K. 2668 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4634); Y. 13. HD. 13.12.1985 E. 6971 K. 7665 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4635). Ayrıca bkz. Y. 13. HD. 01.05.1986 E. 1541 K. 2651 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4635): *"Davacının buradaki zaarrı olumlu zarar olup hem aracın bedelini hem de mahrum kaldığı kârı ihtiva etmektedir. Buradaki sorun ifa zamanındaki zarar mı yoksa hüküm tarihine kadar taahhuk eden zarar mı olduğu noktasında toplanmaktadır. Ne var ki kökleşen Yargıtay İçtihatlarına göre, ifa zamanındaki zararın ödetilmesi gerekmektedir. Çünkü asıl edim olan aracın teslimi, davalı bir ecelden istifade etmediğine göre, sözleşme tarihinde muaccel olacağından onun yerine geçen tazminat talebi dahi kural olarak o tairhte muaccel olur. Öyleyse davacı aracın teslim tarihi olan 19.07.1983 sözleşme tarihinden dava tarihine kadar geçen süre için kâr mahrumiyeti isteyemez.".* Yargıtay'ın satışı vaad edilen daireyi üçüncü bir şahsa satan ve böylece sözleşmeyi kusuru ile imkânsız hale getiren satıcıdan, talep edilen olumlu zararın, dairenin üçüncü kişiye satıldığı tarihteki değerine göre belirleneceğine ilişkin kararı için bkz. Y. 13. HD. 06.05.1986 E. 2190 K. 2693 (Karahasan, **Sorumluluk, 1996,** s. 951).

447 *"...Ne var ki kökleşen Yargıtay içtihatlarına göre ifa zamanındaki zararın ödetilmesi gerekmektedir".* Bkz. Y. 13. HD. 01.05.1988 E. 1541 K. 2651 (Karahasan, **Sorumluluk, 1996,** s. 952).

448 Y. 13. HD. 07.05.1981 E. 2041 K. 3501 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4604): *"...Mahkemece dava gününden sonraki dönemi de kapsar yolda ve de geleceğe yönelik olarak günde 500 lira üzerinden kârdan yoksunluğun giderimine karar verilmiştir. Oysa, her davanın açıldığı gündeki duruma göre karara bağlanması, yargılama hukukunun en başta gelen ilkesinin bir gereğidir. Somut olayda davacının gönderdiği uyarmanın (ihtarnamenin) 10.12.1979 gününde davalıya ulaştığı ve 7 günlük bir süre belirlendiği saptanmıştır. Böylelikle, davalının bu sürenin bitimi 17.12.1979'da direngen (mütemerrit) olduğu anlaşılmaltadır. Öyleyse, 17.12. 1979'dan davanın açıldığı 21.01.1988 gününe değin günde 500 liradan saptanacak kârdan yoksunluk için giderimin ödettirilmesine karar verilmek gerekir. Davacının, bu davanın açıldığı günden sonraya ilişkin olarak kârdan yoksunluk zararı için giderim isteyebilmesi, harcı da ödenmek üzere açılacak bir davanın konusu oluşturabilir.".*

görüş[449], zararın hesabında hüküm anının ya da hüküm tarihine yakın bir bilirkişi incelemesinin[450] dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Zararın kapsamının, *kararın verildiği tarihte* belirleneceği kuralı, TBK m. 75'te bedensel zararlar hakkında açıkça öngörülmüştür. Hakim görüşe göre, bu kural diğer zararlar hakkında da uygulanmalıdır. Ancak bu takdirde enflasyonun olumsuz etkisi giderilebilecek[451] ve zarar verici olayın hüküm tarihine kadar alacaklının malvarlığında meydana getirdiği olumsuz etkiler göz önünde tutulmuş ve zarar mümkün olduğunca gerçeğine en yakın şekilde hesaplanmış olacaktır. Hüküm tarihinden amaç, ilk derece mahkemesinin kararı tebliğ ettiği veya bildirdiği tarih olup, bu kararın Yargıtay'da kesinleştiği tarih değildir[452].

Bu görüşü kabul edenlerden bazılarına göre, zarar verilen şeyin değeri, hüküm anına kadar düşmüşse; yani zararın meydana geldiği ya da dava açıldığı tarihteki değer[453], zarar gören açısından daha lehe ise, o zamanki yüksek değer üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir[454]. Ancak bunun için, mal sahibinin malını bu yüksek değerdeyken paraya çevirip bundan yararlanabilecek olması

---

449 Barth, **a.g.e.,** s. 149; **BernerK-Weber,** Art. 97, N. 216; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 263; Eren, **a.g.e.,** s. 752; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.** s. 602, 867; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 265; Akünal, **a.g.e.,** s. 147; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 298; Tunçomağ, **a.e.g.,** s. 295, 296; Ergüne, **a.g.e.,** s. 351; Buz, **a.g.e.,** s. 275; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 285.
Nomer, usul hukuku yönünden bu görüştedir. Ancak son sözlü duruşma anına kadar bilinen olayların dikate alınacak olması, zararın kapsamının da o ana göre belirleneceği anlamına gelmez. Yazar, maddi hukuk açısından zararın, *malvarlığındaki eksilmenin gerçekleştiği anda* meydana geldiği görüşündedir. Bkz. Nomer, **Maddi Tazminat,** s. 9 vd. ve 15 vd.
Oğuzman, Öz, genel olarak zararın hüküm tarihi esas alınarak hesap edilmesi taraftarı olmasına rağmen (Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1320); fark teorisi uygulanırken karşılıklı edimlerin değer farkına ait zararın, borcun imkânsızlaştığı tarihe göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bkz. (Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1319).

450 Bilirkişiler raporlarını yazdıkları zamandaki piyasa değerini esas alacak ve hakim de buna göre hüküm verecektir.

451 Kararın verildiği ana göre hesaplamanın dezavantajı, edimin değerinde oluşabilecek azalmalardır. Ayrıca bu an kesin bir an olmayıp, spekülasyonlara açıktır. Tarafların ve mahkemenin dava sırasındaki davranışları gibi konu dışı kriterlere bağlıdır. Bkz. **BaslerK-Wiegand,** Art. 97, N. 51.

452 Eren, **a.g.e.,** s. 751.

453 İadenin gerçekleştiği andaki değil, iadenin talep edildiği andaki zenginleşme miktarının, tazminat borcunun kapsamını belirlemesi yönünde bkz. Y. HGK 29.09.2010 E. 2010/14-386 K. 2010/ 427 (kazancı).

454 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 602; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 265; Akünal, **a.g.e.,** s. 148; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 263, dpn. 257.

gerekmektedir[455]. Bu sebeple, borçlunun bu durumun aksini ispatlaması sonucu, yüksek değer dikkate alınmayacaktır.

Doktrinde başka bir görüş[456] ise, zararın tespit ve hesaplanmasında esas alınacak tarihi, alacaklının seçebileceğini savunmaktadır. Buna göre, alacaklı, isterse borçlunun borca aykırılıkta bulunduğu tarihte, isterse hükmün verildiği tarihte zararının hesaplanmasını talep edebilecektir.

Doktrinde başka bir görüş[457] ise, Yargıtay'ın[458] özellikle haksız fiilde zararın hesaplanma anı olarak *zararın gerçekleştiği anı* esas almasından hareket ederek, bu anı diğer zarar türleri açısından da yol gösterici olarak görmektedir. Haksız fiil bakımından, TBK m. 117/f. 2'ye göre, haksız fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren, borçlu ihtarsız temerrüde düşecektir. TBK m. 114/2 gereği TBK m. 117/f. 2'deki haksız fiile ilişkin bu uygulama, borca aykırılık halleri açısından da göz önünde tutulabilecektir. Bu sebeple, malvarlığında azalmanın gerçekleştiği tarih olarak esas alınması gereken, fiilin işlendiği tarih olabilecektir. Ancak doktrinde bu görüş kabul edilse bile, malvarlığından azalmanın başka bir tarihte gerçekleştiği söylenebiliyorsa, bu tarihin de dikkate alınmasını gerektiği ileri sürülmektedir[459].

Kanaatimizce kural olarak hakim görüşe uygun olarak zararın belirlenmesinde hüküm tarihinin esas alınması en uygun çözüm olarak görülmekle beraber, zararın

---

455 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 602.

456 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** § 16, N. 8.

457 Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.,** § 10, N. 54. Aynı yazarlar tarafından, borca aykırılık halinde ise, zarar verici olayın bu tarihte gerçekleşeceği düşünülerek, *borçlunun borcunu ifa etmesi gereken tarihe göre* zararın belirleneceği ifade edilmiştir. Bkz. Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.,** § 10, N. 56.

458 Y. 20. HD. 02.06.2016 E. 2016/7210 K. 2016/6253 (kazancı); Y. HGK. 11.10.2006 E. 2006/4-671 K. 2006/646 (kazancı); Y. 4. HD. 23.12.1982 E.1982/7190 K. 1982/11637 (kazancı). Y. 13. HD. 10.11.2005 E. 2005/ 10053 K. 2005/16681 (kazancı): *"...Taşınmazın davacıların elinden kesinlikle çıkmış olduğunun ve davacılar adına tescil imkânının kalmadığının anlaşılması nedeniyle davacılar ancak ifanın imkânsız hale geldiği tarihteki taşınmazın kaim değerini isteyebilirler. O nedenle, mahkemece taşınmazın 3.şahıslar tarafından açılan davanın kesinleşme tarihi itibariyle, yani ifanın imkânsız hale geldiği bu tarih itibariyle kaim bedeli bulunup, bu miktarın yasal faiziyle tahsiline karar verilmesi gerekir."*. Y. 13. HD. 15.06.2004 E. 2004/2227 K. 2004/9324 (kazancı): *"...Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde ifanın imkânsız hale geldiği tarih itibariyle taşınmazın ikame değerini geri isteme hakkı doğar. Öte yandan, satış vaadi sözleşmesinin alıcısı taşınmazı elinde bulunduruyor ise, bu taşınmazı iadeye hazır olduğunu bildirdiği takdirde ikame değerini geri isteyebilir."*.

459 Yıldız, **a.g.t.,** s. 205.

belirleneceği ana ilişkin tüm olasılıkları kapsayıcı şekilde önceden bir ölçüt verilmesi doğru olmayacaktır.

Zararın belirlenmesinde hüküm tarihinin esas alınmasıyla, hakim, zarar verici olayın gerçekleştiği veya davanın açıldığı tarihle kararın verildiği tarih arasında cereyan eden olayları da kararda göz önünde tutmuş olacaktır. Zira tazminatın amacı, zararın gerçekleşmesinden önceki eski malvarlığı durumunun değil; zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının şuan içinde bulunacağı farazi durumun oluşmasını sağlamaktır.

Zarar verilen şeyin değeri, hüküm anına kadar düşmüşse; yani zararın meydana geldiği ya da dava açıldığı tarihteki değer, zarar gören açısından daha lehe ise, o zamanki yüksek değer üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Ayrıca hükmün verildiği anda malvarlığının hiç değerinin kalmadığı istisnai durumlarda[460], zararın gerçekleştiği ana göre karar verilebilecektir.

Eğer Yargıtay'ın benimsediği gibi, hüküm tarihi değil, *zararın gerçekleştiği an* dikkate alınırsa, zararın ve tazminatın belirlenmesinde, zarar verici olay hiç olmasaydı içinde bulunulacak olan durum değil, bu zarar verici olay öncesindeki eski durum esas alınmış olacaktır[461]. Bu görüştekiler, zararın meydana geldiği zamanla hükmün verildiği ana kadar gerçekleşebilecek farklılıkları gidermek için, zarar verici olayın gerçekleştiği andan hüküm tarihine kadar geçen süre için tazminat alacağına faiz işletmektedirler[462]. Bu faizi, *tazminat alacağına eklenen kanuni bir faiz (tazminat faizi)*[463] olarak nitelendirmektedirler[464]. Bu durumda bu faiz oranıyla

---

460 Örneğin, tiyatro biletinin çalınması sonucu tiyatroya gidemeyen bir kimse açısından, temsil günü sonrasında tiyatro biletinin değerini kaybetmesi neticesinde hüküm anı itibariyle bir zararı olmadığı söylenemeyecektir Bu takdirde, zararın belirlenmesi bakımından zarar verici fiilin gerçekleştiği ana itibar edilmesi gerekecektir.

461 Aynı yönde bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 351.,

462 TBK m. 122/f. 2 gereğince, hakimin tazminata ilişkin kararından, kararın icrası aşamasına kadar, eğer tazminata uygulanacak olan temerrüt faizi oranı paranın değer kaybını karşılayamıyorsa, bu zarar önceden görülebilir bir zararsa ama miktarı alacaklı tarafından belirlenemiyorsa, hakim, bu miktarı, TBK m. 50/f. 2 gereğince belirleyebilecektir. Bkz. Üçüncü Bölüm, I, a, (2), i.

463 Bu tazminat faizi borcunun, temerrüt faizinden farklı olduğu, bunun doğması için, tazminat borçlusunun temerrüde düşürülmesi gerekmediği ileri sürüldüğü gibi (bkz. Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 264, dpn. 259), bunun temerrüt faizinden farklı olmadığı da savunulmuştur. (bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 131; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 790, dpn. 27).

464 Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 462. Kavram hakkında açıklama ve tartışma için bkz. Barlas**, a.g.e.,** s. 130 vd.

karşılanamayan enflasyon oranı farkının, TBK m. 122 uyarınca *"aşkın zarar"* olarak tazminat kapsamına alınıp alınmayacağı sorunu doğacaktır[465]. Fakat zararın tespitinde, hüküm anı esas alınırsa bu tarz yapay çözümlere gerek kalmayacaktır[466].

Ancak zararın belirleneceği anın tespiti bakımından her somut olay kendi içinde değerlendirilmeli ve en uygun çözüm bulunmalıdır.

Ayrıca zarar görenin bazı hallerde, gerçekleşen zararın tazminine ilişkin karar alırken, ileride doğacak zarara ilişkin hakkının hüküm fıkrasında saklı tutulmasını istemesi mümkündür. Yargıtay'a göre de, zarar görenin sonradan yeni bir tazminat davası açabilmesi için, ilk dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması gerekir. TBK m. 75 ile *bedensel zararın* kapsamının ve sonuçlarının tam olarak belirlenemediği hallerde, hakimin, kararı verdiği sırada, kararın kesinleştiği tarihten itibaren iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabileceği düzenlenmiştir. Hüküm, bedensel zararın tazminine ilişkin olduğundan, olumlu zararın hesabı bakımından bu hüküm uygulanmaz. Ancak olumlu zarara yol açan borca aykırılık aynı zamanda bir bedensel zarara yol açmışsa, TBK m. 114/f. 2'nin yollaması gereği, hakim TBK m. 75'teki yetkisini kullanabilir[467].

2. Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

a. Borçlu Temerrüdü Durumunda İfa Yerine Tazmini Talep Edilen Olumlu Zararın Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman

Doktrinde borçlunun temerrüdü durumunda, alacaklının ifadan vazgeçip olumlu zararını talep ettiği ihtimalde borçlunun ifasını yüklendiği edimin değerinin belirlenme anına ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunulmuştur.

---

465 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 264.

466 Barlas**, a.g.e.,** s. 131; Helvacı, **a.g.e.,** s. 111. Zararın tespitinde hüküm anının esas alınmasını savunmakla beraber, zararın gerçekleştiği andan itibaren yine de faiz yürütülmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Tunçomağ, **a.g.e.,** s. 460-462; Eren, **a.g.e.,** s. 753.

467 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1321. Ancak bazı durumlarda, borca aykırılığın beden bütünlüğü ihlâli dışında bir zarara yol açması aranmaksızın, örneğin olumlu zarara yol açması durumunda da TBK m. 76'nın uygulanmasının büyük bir ihtiyaca cevap vereceği yönünde bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1321, dpn. 142.

Buna göre, borçlu temerrüdü halinde alacaklı ifadan vazgeçip olumlu zararı talep etmişse, bu zararın hesaplanmasının kural olarak onun *ifadan vazgeçtiği ana göre* yapılacağı[468]; ifadan vazgeçme, verilen süre dolmadan bildirilmişse, sürenin sonunun esas alınacağı belirtilmiştir[469]. Aynen ifadan vazgeçme beyanına gerek olmayan hallerde ise, olumlu zararın miktarı temerrüdün gerçekleştiği an esas alınarak tayin edilir[470].

Bu görüşe göre, temerrüt sonucunda alacaklının ifadan vazgeçip olumlu zararı talep ettiğinde zararın gerçekleştiği tarih, genellikle ifadan vazgeçildiği andır. Zira bu tarihten sonra borçlunun, borcun ifasını teklif etme imkânı ortadan kalktığından, ifa etmeme olgusu tamamlanmış olacak ve zarar tam anlamıyla gerçekleşmiş olacaktır. Bu sebeple, edimin değeri, alacaklının ifadan vazgeçtiğini bildirdiği ana göre hesaplanacaktır. Ancak bu durumda da eğer ifadan vazgeçme beyanından önce, edimin değerinde bir yükselme olmuş ve alacaklının bu yükselme esnasında malı elinden çıkarıp değer artışından yararlanabileceği söyleniyorsa, bu yüksek değer dikkate alınmalıdır[471]. İfadan vazgeçildikten sonra ise, malın değerinde yükselme olmuşsa da bu ana göre hesaplama yapılması talep edilemez[472]. Çünkü artık alacaklı *ifadan vazgeçerek malın getireceği avantajları da reddetmiş olur.*

---

468 Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 42; Eren, **a.g.e.,** s. 1147; Kurt, **a.g.e.,** s. 266; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 502; von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 154; Glättli, **a.g.e.,** s. 213; Yıldız, **a.g.t.,** s. 205; Antalya, **a.g.e.,** s. 498. Bu yönde bkz. Y.13.HD. 28.06.1985 E.1899 K. 4520: *"Müsbet zarar hesaplanırken, kaideten alacaklının ifadan vazgeçtiği an esas ittihaz edilir."* (Karahasan, **Sorumluluk,** s. 928-929); Y. 13. HD. 28.06.1986 E. 1839 K. 4520 (Karahasan, **Sorumluluk, 1996,** s. 953).

469 Becker, **a.g.e.,** Art. 107, N. 42.

470 Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 962. Y. 15. HD. 14.10.2005 2005/5335 E. 2005/5448 (kazancı): *"Olumlu zarar tutarının belirlenmesinde, yüklenilen edimin yerine getirilmesi gereken tarih esas alınır. Başka anlatımla, zarar, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu güne göre hesaplanır. (...) yanlar arasındaki sözleşme uyarınca eserin ve bu kapsamda inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür…".*

471 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 154; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 503; Yıldız, **a.g.t.,** s. 205.

472 von Tuhr, Escher, **a.g.e.,** s. 154; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 503; Eren, **a.g.e.,** s. 1147; Yıldız, **a.g.t.,** s. 205.

Başka bir görüşe göre ise, zararın hesaplanması, temerrüde düşülen edimin muacceliyet anına göre yapılmalıdır[473]. Muacceliyet anından sonra alacaklının zararı artarsa, bu zararın da tazmini istenebilmelidir[474].

Diğer bir görüş ise, alacaklıya temerrüt anı ve ifadan vazgeçme anı arasında seçim imkânı vermektedir[475].

Diğer yandan doktrinde, her türlü zararın hüküm tarihine göre belirlenmesi gerektiği de ileri sürüldüğünden, borçlu temerrüdü dolayısıyla aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar istendiğinde de zararın belirlenmesinde hüküm tarihi esas alınmalıdır.

Kanaatimizce bu durumda hem ifayı hem de gecikme dolayısıyla tazminat alacağını almak yerine, ifa dolayısıyla elde edebileceği avantajlardan vazgeçen kimsenin zararının hesaplanmasında, bu husus dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, *ifa edilmeyen edimin değerinin hesaplanması bakımından ifadan vazgeçilen tarihin esas alınması* kanaatimizce de isabetlidir. Edimin değerinde, ifadan vazgeçildiğinin bildirilmesinden sonra gerçekleşen yükselmeler dikkate alınmaz, çünkü bu andan itibaren alacaklı ifanın kendisine sunacağı fırsatları da reddetmiş olur. Alacaklı, ifadan vazgeçerek ifa menfaatini ve bu andan itibaren doğan diğer olumlu zararlarının tazminini de talep edebilecektir. Alacaklı ifadan vazgeçme anından hüküm tarihine kadar oluşacak zararlarının tazminini talep edebilecektir[476]. İfa edilmeyen edimin değeri dışında oluşan olumlu zarar kalemlerinin hesabında ise, kanaatimizce hüküm tarihinin ya da alacaklının menfaatine en uygun anın esas alınması isabetli olacaktır.

Ayrıca dikkat etmek gerekir ki; satım sözleşmelerinde borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 213/f. 3'te ise, satılan malın borsaya kayıtlı ve piyasa fiyatı olan mallardan olması halinde, zararın *vade tarihine göre* hesaplanması gerektiği ifade edilmiştir. Hükme göre, satılan malın sözleşmede belirlenmiş semeni ile teslim için belirlenmiş günkü piyasa fiyatı arasındaki fark, alacaklının zararı olarak kabul

473 Schwenzer, **a.g.e.,** N. 66. 27.
474 Schwenzer, **a.g.e.,** N. 66. 27.
475 Bucher, **a.g.e.,** s. 345, 380.
476 Antalya, **a.g.e.,** s. 498.

edilecektir. Dikkat edilirse, hüküm tarihi önem taşımamakta, borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklının zararı bakımından vade tarihi önem taşımaktadır.

b. İmkânsızlık Halinde Tazmini Talep Edilen Olumlu Zararın Miktarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Zaman

İmkânsızlık halinde de olumlu zararın belirlenmesi anına ilişkin yukarıda izah ettiğimiz hüküm tarihinin esas alınması yönündeki görüşten başka bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, fark teorisinin uygulanması bakımından, sözleşmede karşılıklı edimlerin değer farkına ilişkin zararın, ifa edilmeyen *borcun imkânsızlaştığı tarih* esas alınarak hesap edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[477].

Ancak kanaatimizce alacaklının olumlu zararının hesabında hükmün verildiği tarihin esas alınması, ancak bu takdirde olumlu zararı tam olarak tazmin edilmesi mümkün olduğundan daha uygundur[478]. İfanın yapılması gereken an ile hükmün verildiği an arasında, malın değerinde bir takım artış ya da azalışların yaşanabilecek olması ve borçlunun borcunu ifa etmesi durumunda malın değerinin en yüksek noktaya ulaştığı anda alacaklının bunu başkasına satabilecek olması sebebiyle, zararın hüküm tarihinde veya ona yakın bir tarihte hesaplanması alacaklı açısından en uygun çözüm yolu olacaktır. Zira böylece alacaklının ara devrede yaşayabileceği kayıplar en aza indirilmiş olacaktır[479]. Ama yine de her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmeli, alacaklının lehine olacak hesaplama anı tercih edilmelidir. Bu

---

477 Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1319. Y. 13. HD. 02.06.1994 E. 4009 K. 5315 (Karahasan, **Sorumluluk, 1996,** s. 966). *"...Davacı ile davalıların murisi arasında geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bulunmakta olup, ifa imkansızlığı sebebiyle taşınmazı devir ve temlik yükümünü yerine getiremeyen vaad borçlusu olan tarafın, ifa edemediği bu edim yerine karşı tarafa yani vaad alacaklısına tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Davacı, bu durumda şahsi hakkının ifasının* ***kusurlu olarak imkansız hale getirildiği tarihteki taşınmazın rayiç değerini*** *davalılardan isteyebilir. Nitekim konuya dair sapma göstermeyen yargısal uygulamalar da bu doğrultudadır. O halde, davacı geçerli bir şekilde satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığı taşınmaz hissesinin, edimini yerine getiremeyen davalı mirasçılardan, ifanın imkansız hale geldiği tarihteki değerini talep etmeye hakkı bulunmaktadır. Durum böyle olunca mahkemece, ek rapor alınarak ifasının kusurlu olarak imkansız hale getirildiği tarihteki taşınmaz hissesinin rayiç değeri belirlenip, davacının talebi gözetilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile* ***taşınmazın dava tarihi itibari ile rayiç değerine karar verilmesi*** *usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."*Y. 13. HD. 07.12.2017 E. 2015/28861 K. 2017/12244 (kazancı).

478 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 286, 287.

479 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 287.

sonuç, imkânsızlığın vade tarihinden önce ya da sonra gerçekleştiği durumlar için aynıdır.

E. Denkleştirme

Zararın belirlenmesine ilişkin unsurlardan biri olan olan denkleştirme kurumu, olumlu menfaatin belirlenmesinde de uygulama bulur[480]. Borca aykırılık sebebiyle kayba uğrayan alacaklının, bazı hallerde bu aykırılık sebebiyle bazı faydalar elde etmesi de mümkündür. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmasa da, somut olayda alacaklının zararının kesin olarak hesaplanabilmesi için, zarara uğrayan kimsenin borca aykırılık dolayısıyla elde ettiği yararların zarara mahsubu gerekmektedir (denkleştirme)[481]. Bu şekilde, kazanılan ekonomik menfaatlerin, *brüt zarar* miktarından düşürülmesiyle, zarar görenin uğramış olduğu *net zarar* hesaplanmış olacaktır[482]. Aksi takdirde tazminatın zararı giderme fonksiyonuna aykırı olarak zarar gören, borca aykırılık neticesinde sebepsiz zenginleşmiş olur[483].

Zarar tanımına benzer bir şekilde yarar da, alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile yarar sağlayan olay meydana gelmeseydi içinde bulunacağı durum arasındaki fark olarak tanımlanabilecektir. Aktifin çoğalması ya da pasifin

---

480 Denkleştirme, zararın değil de tazminatın belirlenmesine ilişkin bir kurum olsaydı, ödenmesi gereken tazminat miktarı zarar gören aleyhine değişiklik gösterirdi. Bu durum, zarar görenin birlikte kusurunun bulunması sebebiyle indirim yapılması (TBK m. 52) gereken durumlarda önem arz etmektedir. Örneğin, A'nın B'ye 5000 TL'lik zarar verdiği ama B'nin yarı yarıya kusurlu olduğu bir fiil neticesinde B 1000 TL'lik de bir yarar elde etmiştir. Denkleştime zararın belirlenmesi aşamasında yapılırsa; 5000-1000=4000 zarar miktarı, yarı yarıya kusurlu olduğu için 2000 TL B'nin elde edeceği tazminat miktarı olacaktır. Ancak denkleştirme tazminatın bir unsuru olarak görülürse, 5000 TL zarar miktarını oluşturacak, 5000/2=2500 TL-1000 TL=1500 TL B'nin elde edeceği tazminat miktarını oluşturacaktır. Örnek için bkz. Ergüne, **a.g.e.,** s. 327, dpn. 97; Eren, **a.g.e.,** s. 755. Ayrıca bkz. Akünal, **a.g.e.,** s. 16, 141, 142; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 272; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 327; Öz, **Eser Sözleşmesi,** s. 300; Oğuzman, Öz, **a.g.e.,** N. 1323. Ayrıca bkz. Y. HGK 12.05.2010 E. 2010/14-244 K. 2010/260 (kazancı).

481 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 265 vd.; Barth, **a.g.e.,** s. 169; Becker, **a.g.e.,** Art. 43, N. 11; Akünal, **a.g.e.,** s. 17, Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 586; Ergüne, **a.g.e.,** s. 327. Denkleştirme, sözleşme sorumluluğunda uygulanabileceği gibi, sözleşme dışı sorumlulukta da uygulanabilir. Buna karşılık manevi zararda denkleştirme kuralı söz konusu olmaz. Bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 756.

482 Ergüne, **a.g.e.,** s. 328; Eren, **a.g.e.,** s. 754. Denkleştirmenin aynen yapılması da mümkündür. Bu durumda, zarar miktarına dokunulmadan sağlanan menfaatler, tazminat sorumlusuna olduğu gibi bırakılır. Bkz. von Büren, **a.g.e,** s. 79; Ergüne, **a.g.e.,** s. 328, dpn. 100; Eren, **a.g.e.,** s. 756; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 274.

483 Eren, **a.g.e.,** s. 754.

çoğalmasının engellenmesi şeklinde karşımıza çıkabilecektir[484]. Denkleştirmenin yapılabilmesi için, elde edilen yararın aynen zararda olduğu gibi maddi bir değer taşıması, hesaplanabilir olması ve alacaklının malvarlığında yer alması gerekir[485].

Borca aykırı davranış neticesinde alacaklının malvarlığında meydana gelen artışın, yarar olarak nitelendirilebilmesi için, fiilen gerçekleşmiş ya da en azından ileride elde edilebileceği normal olarak beklenebilir olması gerekmektedir[486]. Denkleştirme yapılırken, alacaklının sağladığı faydanın alacaklı bakımından gerçek değeri esas alınacaktır. Bunun için sınır, dürüstlük kuralı olacaktır[487]. Ayrıca bir kanun hükmünün[488] veya tarafların iradesinin denkleştirmeye engel olmaması gerekmektedir[489]. Buna ilaveten, elde edilen yararların sadece o borca aykırı davranış ile uygun illiyet bağı bulunması halinde denkleştirmeye tabi tutulmaları gerekecektir[490].

Bazı durumlarda alacaklının kendi uğraşları sonucu elde ettiği yararların da ancak illiyet bağı içerisinde kalmak kaydıyla denkleştirmeye tabi tutulması mümkün olabilecektir[491]. Örneğin, A firmasından 100 şişe, B firmasından 100 şişe içecek sipariş veren alıcı; A'nın iflas etmesi sebebiyle borcunu ifa edememesi durumunda, ondan alacağı 100 şişeyi B firmasından sipariş etmiş, böylece B firmasından bir indirim kazanmıştır. B firmasından elde ettiği indirimde alıcının kendi çabası olmasına rağmen, A'nın borca aykırı davranışıyla illiyet bağının kurulduğu ve elde

---

484 Akünal, **a.g.e.,** s. 62; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 289; Ergüne, **a.g.e.,** s. 328; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 266.

485 Akünal, **a.g.e.,** s. 61.

486 Ergüne, **a.g.e.,** s. 328; Akünal, **a.g.e.,** s. 62.

487 Barth, **a.g.e.,** s. 171.

488 Bazı kanun hükümleriyle denkleştirme yapılacağı özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin, TBK m. 408. Bu hususta ayrıca bkz. İkinci Bölüm, II, B, 5.

489 Ayrıntı için bkz. Eren, **a.g.e.,** s. 759. Örneğin, TBK m. 55/f. 1'e göre, *"...Kısmen veya tamamen rucü edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacı taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez, zarar veya tazminattan indirilemez.."*. Bu maddeyle her şeyden önce, üçüncü kişilerin zarar görene yaptıkları ifa amacını taşımayan bağışlamalar, yardımlar ve karşılıksız kazandırmalar zarara mahsup edilemez. Zira bunlar üçüncü kişilerin iyilik ve yardım amacıyla yaptığı kazandırmalardır. Mahsubu yasaklanan sosyal güvenlik kurumlarınca yapılan ödemeler ise, mevzuatına göre ödemeyi yapan kurumun, zarar verene rücu edemeyeceği, ödemekle kalacağı miktarlardır. Bkz. Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 272.

490 Barth, **a.g.e.,** s. 171; Ergüne, **a.g.e.,** s. 328; Akünal, **a.g.e.,** s. 88 vd.; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 267; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.,** s. 588; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 289; Eren, **a.g.e.,** s. 758.

491 Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 290. Aksi yönde bkz. Buz, **a.g.e.,** s. 274; Ergüne, **a.g.e.,** s. 328.

edilen indirim sebebiyle oluşan faydanın denkleştirmeye tabi olacağı söylenebilecektir.

Ancak borca aykırılık yüzünden alacaklının düştüğü duruma üzülüp ona bağışlama yoluyla fayda sağlanması durumunda, bu faydanın uygun illiyet bağı yoksunluğu sebebiyle denkleştirmeye tabi tutulmaması gerekmektedir[492]. Bunun gibi enflasyonun etkisiyle, sözleşmenin konusunda meydana gelen artışlar da denkleştimeye konu olmazlar[493].

Hakim, denkleştirme kuralını, önüne gelen dosyada böyle bir yararı varlığını gördüğü takdirde re'sen uygular. Yararın zarardan düşülmesi, hukuki niteliği itibariyle bir *itiraz* oluşturmaktadır[494]. Borca aykırılık sebebiyle, alacaklının bir fayda elde ettiğini ispat yükü borçludadır[495]. Tam olarak kanıtlanamayan yararın tespitinde TBK m. 50/f. 2 gereği hakimin takdir yetkisini kullanması mümkündür.

Zararın tespitinde esas alınacak tarih, mahsup edilecek ekonomik menfaat bakımından da geçerlidir[496].

F. Olumlu Zarardan Sorumluluğun Sınırlandırılması

1. Tazmini Gereken Olumlu Zararın Sınırlandırılması

Tazmini gereken olumlu zararın belirlenmesi ve sınırlandırılmasında kullanılabilecek en önemli araç, uygun illiyet bağı teorisidir[497]. Türk hukukunda *uygun illiyet bağı teorisi* kabul görmüştür. Uygun illiyet bağı; *"somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu (zararı), olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve genel görünümü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir zararın gerçekleşme olasılığını objektif olarak yeterince arttırmış bulunan zorunlu şart (sözleşmeye aykırı davranış) ile söz*

492 Akünal, **a.g.e.,** s. 125; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 273.
493 Ergüne, **a.g.e.,** s. 329.
494 Akünal, **a.g.e.,** s. 133-135; Tandoğan, **Mes'uliyet,** s. 273; Ergüne, **a.g.e.,** s. 329; Eren, **a.g.e.,** s. 756.
495 Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 276; Gündoğdu, **a.g.e.,** s. 290; Eren, **a.g.e.,** 2018, s. 756.
496 Ergüne, **a.g.e.,** s. 329; Eren, **a.g.e.,** s. 756; Oğuzman, Öz, **C. 2,** N. 275.
497 Lüchinger, **a.g.e.,** N. 595; Buz, **a.g.e.,** s. 280 vd.; Ergüne, **a.g.e.,** s. 361.

konusu sonuç (zarar)" arasındaki bağ olarak tanımlanmaktadır[498]. Buna göre, zarar verici olay ile malvarlığı kaybı arasında salt bir illiyet bağının bulunması yeterli olmamakta, ayrıca bir değerlendirme yapılarak bu illiyet bağının uygun olup olmadığı saptanmaktadır. Bu sebeple, olumlu zarar tazmin edilirken, zarar görenin uğradığı malvarlığı kaybı, somut olayda borcun hiç ifa ya da gereği gibi ifa edilmemesine dayansa bile, genel yaşam tecrübelerine ve hayatın olağan akışına göre normal bulunmuyorsa, olumlu zarar kapsamında değerlendirilmeyecektir[499].

Uygun illiyet bağı teorisi, sadece tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında değil, aynı zamanda sorumluluğun kurulmasında da önemli rol oynamaktadır.

Olumlu zarardan sorumluluğun sınırlandırılmasında kullanılabilecek diğer bir kriter ise, *normun koruma amacı teorisi*dir. Normun koruma amacı teorisi, zarar ile zarar verici olay arasında uygun illiyet bağının yanı sıra, meydana gelen zararın ihlâl edilen normun koruma alanına girip girmediğini araştırmaktadır. Diğer bir deyişle, ihlâl edilen normun koruma amacı ile meydana gelen zarar arasında *hukuka aykırılık bağının* da bulunmasını aramaktadır[500].

Bu iki teorinin birlikte uygulanması sonucu, zarar verici olayın olağan sonucu olup normun koruma amacına girmeyen zararlar ya da normun koruma amacına girip de zarar verici olayın olağan sonucu olmayan zarar kapsam dışı bırakılarak, olumlu zarardan sorumluluk sınırlandırılmış olacaktır[501].

---

498 Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi,** Ankara, Sevinç Matbaası, s. 52; Eren, **a.g.e.,** s. 565 vd.; Ulusu, **a.g.e.,** s. 38.

499 Y. 13. HD. 06.12.1985 E. 5334 K. 7531 (Uygur, **C. IV, 2003,** s. 4636) :*"Olumlu zarar, ifanın imkânsız hale geldiği tarihe göre belirlenmelidir. Rayicin, para değerindeki artışa göre belirlenmesi doğru değildir. Dolaylı olarak meydana gelen odabaşılık zararının tazminine karar verilemez."*.

500 Akünal, **a.g.e.,** s. 103 vd.; Atamer, **Sorumluluğun Sınırlandırılması,** s. 70 vd.; Eren, **Normun Koruma Amacı,** s. 465.

501 Ergüne, **a.g.e.,** s. 364.

2. Olumlu Zararın Belirlenmesinde Sınır Olarak Zararın Öngörülebilirliği Kriterinin Etkisi

Türk hukuku bakımından Viyana Satış Sözleşmesi'nde kabul edilen *zararın öngörülebilirliği* kriterinin sorumluluğunun sınırlanması bakımından uygulanıp uygunalamayacağı da değerlendirilmelidir.

Viyana Satış Sözleşmesi'nin 74. maddesinin birinci cümlesinde *"Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir."* denmektedir. Bu hükümden Viyana Satış Sözleşmesi'nde *tam tazmin ilkesinin* benimsendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca Viyana Satış Sözleşmesi kapsamında, tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu *common law* sisteminden etkilenerek kusursuz sorumluluktur[502].

Kusursuz sorumluluk ilkesi ve tam tazmin ilkesinin benimsenmesi sonucu, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın ağır bir sorumluluk altına sokulması sebebiyle, sözleşmenin 74. maddesinin ikinci cümlesinde, bu sorumluluk sınırlandırılmaya çalışılmıştır[503]. Buna göre, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı; sözleşmeyi ihlâl eden tarafın *sözleşmenin kurulması aşamasında öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı* aşamayacaktır.

Dikkat etmek gerekir ki, öngörülebilirlik ölçütü, tazminat sorumluluğunun tespitine ilişkin değildir. Tazminat sorumluluğu tespit edildikten sonra, bu sorumluluğun sınırlandırılması bakımından öngörülebilirlik ölçütü kullanılacaktır. Tazmin edilebilecek zarar kalemleri ve miktarları, bu ölçüte göre belirlenecektir[504]. Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması, sorumluluğun kapsamının belirlenmesine ilişkindir. Hangi zararların tazmin edileceğinin belirlenmesi ile

---

502 Atamer, **a.g.e.,** s. 291, Tuba Birinci Uzun, "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 16, S. 1, 2014, s. 159.

503 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.**, Art. 74, N. 4; Birinci Uzun, **CISG,** s. 159; Çetiner, **a.g.m.,** s. 3151.

504 Yavuz, **a.g.e.,** s. 122; Birinci Uzun, **CISG,** s. 159; Atamer, **a.g.e.,** s. 441.

sorumluluğun kapsamı ve sınırları belirlenmiş olacaktır. Tazminat miktarından indirim ise, bu aşamadan sonra karşımıza çıkacaktır[505].

Öngörülebilirlik ölçütü, sözleşmenin kusursuz ya da kusurlu olarak ihlâl edilmesi fark etmeksizin sorumluluğun sınırlandırılmasında esas alınacaktır. Bu ilkeyle amaçlanan, tarafların borç ilişkisine girerken, oluşabilecek ekonomik riskleri bilmeleri ve bunları bilerek borç ilişkisine girmelerini sağlamaktır[506]. Dolayısıyla öngörülebilirlik kriteri, taraflar arasındaki bilgi akışının ve işbirliğinin gerçekleştirilmesi amacına da hizmet etmektedir[507].

Kaynağını Roma hukukundan[508] alan bu ilkeye ilk olarak 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu m. 1150'de yer verilmiştir. Sonrasında bu ilke *common law* hukuk sistemi tarafından da benimsenmiştir[509]. Bununla birlikte, 1881 tarihli İsv. BK m. 116'da borçlunun sorumluluğu öngörülebilir zararlarla sınırlandırılmışken, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu ölçüt terk edilmiştir[510]. Alman Medeni Kanunu'nda da öngörülebilirlik ilkesine yer verilmemiştir[511].

---

505 Ulusu, **a.g.e.,** s. 35.

506 Schlechtriem, Schwenzer, **a.g.e.,** Art. 74, N. 4; Ulusu, **a.g.e.,** s. 134; Atamer, **a.g.e.,** s. 441; Dayıoğlu, **a.g.e.,** s. 123; Birinci Uzun, **CISG,** s. 160.

507 Dayıoğlu, **a.g.e.,** s. 123.

508 Roma hukukunda sorumluluğun en fazla uğranılan zararın iki katına tekabül eden miktara kadar sınırlandırılmasını amaçlayan *ad duplum* ilkesinin, öngörülebilirlik ilkesinin temeli olduğu düşünülmektedir. Ayrıntı için bkz. Birinci Uzun, **CISG,** s. 161.

509 İngiltere'de öngörülebilirlik ilkesi, ilk kez 1854 yılında verilen Hadley v. Baxendale kararında ayruntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Karara konu olan olayda, bir un değirmeni sahibi Hadley, değirmen milinin kırılması üzerine, kırık milin imalatçıya gönderilmesi için taşıma şirketiyle anlaşmıştır. Fakat taşıma şirketi, mili beş gün gecikme ile imalatçıya teslim eder. Bunun üzerine Hadley, un imalatının tamamen durduğu ve kâr kaybına uğradığı gerekçesiyle taşıma şirketi müdürü Baxendale'ye 300 İngiliz Sterlin'lik bir dava açar. Ancak mahkeme, hayatın normal akışı içinde davacının yedek bir değirmen milinin bulunması gerektiğine ve taşıma şirketinin sözleşmenin kurulduğu sırada değirmen mili eksikliğinden dolayı imalatın tamamen duracağını öngöremeyeceğinden ve öngörmesi de gerekmeyeceğinden, bu talebi kısmen (50 Sterlin üzerinden) kabul etmiştir. Bkz. Hadley v Baxendale, 9 Ex. 341=156 E. R. 1404. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Birinci Uzun, **CISG,** s. 162; Dayıoğlu, **a.g.e.,** s. 126.

510 Atamer, **a.g.e.,** s. 444, dpn. 878.

511 Ulusu, **a.g.e.,** s. 38. 1881 tarihli İsv. BK m. 116/f. 1'de, borçlunun borca aykırılık sebebiyle tazminat borcunun kapsamına sözleşmenin kuruluşu esnasında hiç veya gereği gibi ifa etmemeni doğrudan sonucu olarak öngörülebilen bütün zararların girdiğini düzenlemekte ve hakime durumun gereklerine göre takdir yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla borçlunun sözleşmesel sorumluluğu, öngörülen zararlarla sınırlandırılmış, diğer zararların tazmini ağır kusurlu olması ve hakimin takdir etmesi şartına bağlanmıştır. Bkz. von Tuhr, **a.g.e.,** s. 82; Kara, **a.g.m.,** s. 488.

Tazmini talep edilen zararların öngörü testine tâbi tutulması, Türk hukukunda da bulunmayan bir düzenlemedir[512]. Ancak Türk hukukunda olduğu gibi tam tazmin ilkesinin öngörüldüğü sistemlerde, sorumluluğun çeşitli yollarla sınırlandırılması karşılaşılan bir durumdur. Çeşitli hukuk sistemleri incelendiğinde, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması, genel olarak illiyet, kusur ve öngörülebilirlik gibi kriterlerle sağlanmaktadır[513].

Uygun illiyet bağı teorisinin, öngörülebilirlik ilkesi ile bazı benzerlikleri bulunmaktadır. Uygun illiyet bağı teorisinde de öngörülebilirlik kriterinde de öncelikle zararın, o ihlâlin sonucu olup olmadığı araştırılmaktadır. Yani zarar ile ihlâl arasında fiilî bir illiyet bağı aranmaktadır. Ancak ihlâl ile zarar arasında fiilî nedenselliğin kurulmasından sonra; uygun illiyet bağı teorisinde, ihlâlin, zararın türü ve kapsamı bakımından uygun olup olmadığı araştırılırken; öngörülebilirlik kriterinde ise, zararın öngörülebilir olup olmadığı tespit edilmektedir[514].

Öngörülebilirlik kriterinde, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın öngördüğü ya da öngörmesi gerektiği zararın aşılamayacağından bahsedilmektedir. Sözleşmeyi ihlâl edenin *"öngördüğü"* ifadesiyle, sübjektif ölçüte dayanılmış ve fiilî bilgiye işaret edilmiştir. *"Öngörmesi gerektiği"* ifadesiyle ise, objektif ölçüte dayanılmış ve atfedilen bilgiye işaret edilmiştir. Bu atfedilen bilginin içeriği; hayatın olağan akışı, sözleşmenin amacı ve hükümleri, risk dağılımı, ticari teamüller ve objektif ihtimaller gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenmektedir[515]. Görüldüğü gibi, öngörülebilirlik ilkesinin objektif ölçüte dayanan bu kısmı, uygun illiyet bağı teorisiyle benzerlik arz etmektedir[516]. Zira uygun illiyet bağı teorisinde de ihlâlin, o türden bir zararı meydana getirme olasılığının takdirinde olayların normal akışı, hayat tecrübeleri gibi objektif unsurlara başvurulmaktadır[517].

---

512 Birinci Uzun, **CISG,** s. 163; Dayıoğlu, **a.g.e.,** s. 127; Ulusu, **a.g.e.,** s. 37 vd.

513 Ulusu, **a.g.e.,** s. 36.

514 Ulusu, **a.g.e.,** s. 40.

515 Atamer, **a.g.e.,** s. 447; Ulusu, **a.g.e.,** s. 116; Dayıoğlu, **a.g.e.,** s. 120; Birinci Uzun, **CISG,** s. 184.

516 Birinci Uzun, **CISG,** s. 184; Ulusu, **a.g.e.,** s. 41.

517 Ulusu, **a.g.e.,** s. 41.

Uygun illiyet bağı teorisiyle öngörülebilirlik kriteri arasındaki en önemli fark ise, değerlendirme anlarına ilişkindir. Zira öngörülebilirlik kriterine göre sorumluluk, *"sözleşmenin kurulması anına"* göre değerlendirilirken; uygun illiyet bağı teorisi *"sözleşmenin ihlâl edildiği anı"* esas alır[518]. Böylece öngörülebilirlik değerlendirmesinde, sözleşmeye aykırı davranışta bulunan tarafa sözleşmenin kurulma anından sonra verilen bilgiler, sorumluluğun kapsamını değiştirmeyecekken; uygun illiyet bağı teorisi uygulandığında, sözleşmeyi ihlâl eden tarafa sözleşmenin ihlâli anına kadar olağandışı riskleri bildirip, onu bu riskler neticesinde meydana gelen zararlardan sorumlu tutmak mümkündür[519]. Bu sebeple, uygun illiyet bağı teorisinin tazminat talebinde bulunan bakımından daha avantajlı olduğu söylenebilecektir.

Her ne kadar uygun illiyet bağı teorisi, tazminat talebinde bulunan bakımından avantajlı olsa da öngörülebilirlik ilkesinin de tarafların risk dağılımına ilişkin niyetlerini dikkate alarak, ticari hayat gereklerine daha uygun ve taraflar bakımından sürpriz olmayan zararların tazminine yol açması sebebiyle avantajları bulunmaktadır[520].

Kusura dayalı sorumluluğun esas olduğu ve uygun illiyet bağı teorisini benimseyen Alman hukukunda da dolaylı yoldan da olsa öngörülebilirlik ilkesinin uygulandığı görülmektedir[521]. BGB § 254 b. 2'de, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın, zarar gören tarafın bilgisi dahilinde olup da diğer tarafı haberdar etmediği ve oldukça yüksek miktarlarda zarara yol açabilecek fevkalade haller veya tehlikeler nedeniyle veya zarar gören tarafın *zararı azaltma külfetine aykırı davranması* nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu tutulamayacağı öngörülmektedir. Bunun için, zarar görenin ağır ihmalli olması aranmaktadır[522]. Dolaylı yoldan da olsa öngörülebilirlik ilkesinin uygulanmasına yol açan böyle bir hüküm, uygun illiyet

518 Ulusu, **a.g.e.,** s. 142; Birinci Uzun, **CISG,** s. 184.
519 Birinci Uzun, **CISG,** s. 185; Ulusu, **a.g.e.,** s. 42, 43.
520 Ulusu, **a.g.e.,** s. 43.
521 Ulusu, **a.g.e.,** s. 44; Atamer, **a.g.e.,** s. 445.
522 Ulusu, **a.g.e,** s. 44, 45.

bağının bazı noktalarda yetersiz kalışının bir göstergesi ve sonucu olarak görülebilecektir[523].

Kesin ve belirli olmaması, süprizlere açık olması nedeniyle eleştirilen[524] uygun illiyet bağı teorisi bakımından bu belirsizliğin giderilmesi hususunda, *normun koruma amacı teorisi* önem taşımaktadır. Bu teori, gerek sözleşmesel yükümlülüklerin gerek yasadan doğan davranış yükümlülüklerinin yalnızca belirli menfaatleri korumak istediği düşüncesinden hareket ederek, normun veya sözleşmenin yorumu ile tazminat sorumluluğunun sınırlarını belirlemektedir. Böylece normun ya da sözleşme hükmünün koruma amacına girmeyen olağan ya da olağan dışı rizikolar tazminat sorumluluğunun dışında kalmaktadır[525].

Diğer bir sorumluluğu sınırlandıran mekanizma ise, zarar verenin kusurlu olması şartıdır. Kusursuz sorumluluk halleri söz konusu olmadığı sürece, kusuru olmayan zarar veren sorumlu olmayacaktır. Ancak kusur sorumluluğu ilkesinin kabul edilmesinin de bazı sorunları beraberinde getirdiği ifade edilmiştir. Öncelikle hakim önüne gelen her olayda kusurun var olup olmadığı ve ne oranda olduğu konusunda özel bir araştırma yapmak zorunda kalacaktır[526]. Yine kusurun varlığı sözleşmeye aykırılık neticesinde talep edilebilecek yaptırımların çeşidinin değişmesinde etkili olmaktadır[527]. Oysa kusursuz sorumluluk ilkesini benimseyen *common law* sisteminde tazminat sorumluluğunun kurulmasında ve sınırlandırılmasında kusur araştırması yapılmamaktadır[528]. Diğer bir deyişle, her sözleşme ilişkisi garanti taahhüdü içermektedir[529]. Viyana Satış Sözleşmesi de ifa engelleri ve sorumluluk

---

523 Benzer yönde bkz. Ulusu, **a.g.e.,** s. 44.

524 Eleştiriler için bkz. Eren, **İlliyet Bağı,** s. 97 vd.

525 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §16, N. 5; Ulusu, **a.g.e.,** s. 48. Bu teori, esasen haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından öne sürülmüştür.

526 Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, öngörülebilirlik sözleşmenin kurulduğu an esas alınarak belirlenirken, kusurun varlığına ilişkin değerlendirme yükümlülüğün ihlâl edildiği ana göre yapılmaktadır. Bkz. Atamer, **a.g.e.,** s. 441; Dayıoğlu, **a.g.e.,** s. 123, Birinci Uzun, **CISG,** s. 160.

527 Ulusu, **a.g.e.,** s. 50, 51.

528 Konrad Zweigert, Heinz Kötz, **Einführung in die Rechtsvergleichung,** 3. Auflage, Tübingen, J. C. B Mohr (Paul Siebeck), 1996, s. 501; A. Richard Posner, "Let Us Never Blame a Contract Breaker" Fault In American Contract Law, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, **Journal Articles,** 2009, s. 1351.

529 Atamer, **a.g.e.,** s. 52.

hukuku bakımından *common law* yaklaşımını benimsemiştir. Ancak *civil law* sistemine dahil Alman, İsviçre ve Türk hukuklarına bakıldığında, tazminat sorumluluğunun doğması için kusur şart olduğu gibi, hakime kusur oranına göre tazminat kapsamının belirlenmesi hususunda takdir yetkisi tanınmıştır (TBK m. 51).

Kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü *common law* sistemi ve onu takip eden Viyana Satış Sözleşmesi bakımından öngörülebilirlik kriteri, böyle geniş bir sorumluluk sistemini sınırlandırması bakımından kanaatimizce gerekli olan bir kriterdir. Ancak kusur sorumluluğuna dayanan Türk hukuk sisteminde, uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı teorilerinin varlığı da düşünüldüğünde öngörülebilirlik kriteri ile ulaşılan sonuca, dolaylı yoldan da olsa ulaşılmaktadır. Ayrıca zarar verenin sürpriz şekilde ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu da zarar görenin birlikte kusurunun tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesiyle de sınırlandırılmış olmaktadır. BGB § 254'e benzer bir düzenleme olan TBK m. 52/f. 1 ile de sözleşme ihlâli nedeniyle zarara uğrayan kimsenin, zarara rızası ya da kendi davranışı ile yol açması ve bu suretle zararı arttırması hallerinde, hakime, tazminat miktarını indirme ve hatta tamamen reddetmeye ilişkin bir takdir yetkisi verilmiştir. Öngörülebilirlik kriteri, sözleşmenin özelliklerini ve ticari hayatın gereklerini daha iyi dikkate alıp tarafların süprizlerle karşılaşmamasını sağlayan ve risk paylaşımını en iyi öngören yöntem olsa da Türk hukuku bakımından, kusur sorumluluğunun varlığı nedeniyle bu kritere ihtiyaç, *common law* sistemi ve Viyana Satış Sözleşmesi kadar çok değildir[530].

Tam tazmin ilkesinin benimsendiği ve kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü, sorumlu olunacak zararların da öngörülebilirlik ölçütü ile sınırlandırıldığı Viyana Satış Sözleşmesi'nde, ifa menfaati-güven menfaati veya olumlu-olumsuz zarar ayrımı yapılmamıştır. Öngörülebilir olmaları kaydıyla, sözleşmenin ihlâli neticesinde meydana gelen her türlü maddi zarar karşılanacaktır[531]. İfa menfaati içerisine giren zararlar kalemleri, ifa etmeme zararları (doğrudan zararlar), refakat eden (arızî)

530 Aynı yönde bkz. Ulusu, **a.g.e.,** s. 47; Birinci Uzun, **CISG,** s. 186.

531 Ulusu, **a.g.e.,** s. 20.

zararlar ve dolaylı (devam eden) zararlar olarak ifade edilmektedir[532]. Öngörülebilirlik ilkesinin uygulanmasına en çok dolaylı zararların tazmininde ihtiyaç duyulmaktadır[533]. Güven menfaati kapsamında ise, olumsuz zararlar yer almaktadır.

Viyana Satış Sözleşmesi'nde her ne kadar olumlu-olumsuz zarar ayrımı yapılmasa da CISG m. 74 kapsamında her iki menfaat türü de korunmaktadır[534]. Taraflar ifa menfaatleri ya da güven menfaatlerinin tazmini hususunda seçim hakkına sahiptirler. Ancak her halükârda, iki menfaat türünün bir arada karşılanması mümkün değildir[535]. Tam tazmin ilkesi gereği zarara uğrayan taraf, sözleşmenin kurulduğu anda öngörülebilir olmaları kaydıyla olumlu ya da olumsuz menfaatinin tümünün karşılanmasını talep edebilecektir. Bu sebeple, öngörülebilirlik kriterinin -Türk hukuku bakımından kabul edilse de- olumlu olumsuz zarar ayrımı bakımından bir etki yaratacağını söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

3. Olumlu Zarar Tazminatının İndirilmesi

Uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı teorilerine rağmen, somut olayda zarar miktarının hakkaniyete uygun olmadığı düşünülüyorsa, hakimin TBK m. 51-52 hükümleri uyarınca hükmedilecek tazminatta indirim yapma hatta tazminata hiç hükmetmeme imkânı bulunmaktadır. Bu hükümler sayesinde, hakim, somut olayın özelliklerini, zarar verenin kusur derecesini, zarar görenin birlikte kusurunu, zarara razı olmasını, ağır kusurun bulunmadığı hallerde zarar verenin zor duruma düşecek olmasını vs. dikkate alarak hükmedeceği tazminattan indirim yapabileceği gibi, hiç tazminat hükmedilmemesine de karar verilecektir. Zira meydana gelen zarar miktarının tümüyle giderilmesi gerektiği yönünde bir kural hukukumuzda mevcut değildir. Olumlu ve olumsuz menfaat türleri, zarar miktarının hesaplanmasına ilişkin

---

532 Ulusu, **a.g.e.,** s. 20, 21.

533 **CISG Kommentar-Stoll, Gruber,** Art. 74, N. 43; Atamer, **a.g.e.,** s. 449; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Serozan), **a.g.e.,** §16, N. 5; Ulusu, **a.g.e.,** s. 23.

534 Ulusu, **a.g.e.,** s. 25; **CISG Kommentar- Stoll, Gruber,** Art. 74, N. 2, 5; Atamer, **a.g.e.,** s. 426-428. Ayrıca bkz. Austria Supreme Court (Oberster Gerichtshof), 14 January 2002, (Cooling system case), http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html.

535 Atamer, **a.g.e.,** s. 428; Ulusu, **a.g.e.,** s. 25, 26.

farklı yöntemler olup, hakimin tazminatın belirlenmesine ilişkin takdir hakkını ortadan kaldırmamaktadırlar[536].

Bu indirim sebeplerinden olumlu zarar tazminatında çoğunlukla zarar görenin birlikte kusuru sebebine rastlanır. Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda zarar gören tarafın, malvarlığında meydana gelen kayıpların artmaması için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Aksi halde zararı azaltma külfetini *(Schadensminderungspflicht)* yerine getirmemiş olacaktır. Bu sebeple, isteyebileceği tazminat miktarı TBK m. 52 gereği indirime tabi tutulacaktır. Olumlu zararın tazmininde, zararı azaltma külfetine, genel olarak ikame mal alımıyla ilgili rastlanmaktadır[537].

Örneğin, alacaklının şeyi başka yerden tedarik etme hususunda genel bir yükümlülüğü yoktur. Ama malı başka bir yerden temin ederek zararın artmasını önleyebilecekse, durum ve koşullara göre, ortak kusurlu sayılarak tazminatta indirime gidilebilecektir[538]. Örneğin, üçüncü kişiyle arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borcun, temerrüt nedeniyle kötü etkilenmesi, alacaklı bu edimi başka yolla elde etseydi önlenecekse, birlikte kusurlu sayılabilecektir. Ancak zaten borçlunun temerrüde uğramasının sebebi zaten borcun piyasada zor bulunmasından kaynaklanmasındansa, alacaklıdan bu şekilde malı başka yoldan tedarik etmesi beklenemeyecektir[539].

536 Ergüne, **a.g.e.,** s. 364.
537 Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **a.g.e.,** s. 351 vd.; Altınok Ormancı, **Zararı Azaltma,** s. 199 vd.
538 Tandoğan, **C. I/1,** s. 139; Yıldız, **a.g.t.,** s. 199.
539 Tandoğan, **C. I/1,** s. 139, 140; Yıldız, **a.g.t.,** s. 199.

SONUÇ

1. Kanunda her ne kadar bir tanım vermekten kaçınılsa da doktrinde kabul edilen hukuki açıdan zarar kavramı, hak sahibinin rızası dışında malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Malvarlığında meydana gelen rıza dışı eksilme ise, kişinin malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde ortaya çıkan fiilî zarar *(damnum emergens)* ya da kişinin malvarlığının aktifinin artmasına veya pasifinin azalmasına engel olunması şeklinde ortaya çıkan kâr mahrumiyeti *(lucrum cessans)* şeklinde karşımıza çıkabilecektir. Fiilî zarar ve kâr mahrumiyetinin toplamı sonucu, kişinin uğradığı toplam zarar bulunacaktır.

2. Zarar, iki durum arasında kıyaslama yapılmasını gerektiren bir kavramdır. Kıyaslama yapılacak bu iki durumun neye ilişkin olduğu konusunda ise, doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bunlardan en temelleri, somut (tâbii) zarar teorisi ve doktrinde baskın olarak kabul edilen fark (menfaat) teorisidir. Mommsen tarafından ortaya atılan fark teorisine *(Differenztheorie)* göre zarar, *malvarlığının tümünün* zarar verici olay olmasaydı içinde bulunacağı farazi durumla zarar verici olay olduktan sonra içinde bulunduğu fiilî durum arasındaki farktır. Somut zarar teorisine *(die konkrete Schadenstheorie)* göre ise, zarar, bir kimsenin sahip olduğu maddi ve manevi varlıklarda meydana gelen eksilme veya olumsuz değişikliklerdir. Bu teorilerinden birini benimsemek yerine, her iki teoriyi birbirini tamamlayacak şekilde benimsemek en isabetli yaklaşım biçimi olacaktır.

3. Olumlu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zarardır *(das positive Interesse, Nichterfüllungsschaden).* Diğer bir ifadeyle, alacaklının *malvarlığının*, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden içinde bulunduğu durum ile borcun gereği gibi ifası halinde içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farktır. Olumlu zarar, borcun ifası halinde alacaklının sahip olacağı menfaate tekabül etmektedir. Bu sebeple, olumlu zararın tazminine, ifanın surrogatı da denilebilecektir.

Ayrıca olumlu zararın varlığı için, kural olarak geçerli bir sözleşmenin varlığı gereklidir. Bunun gibi, olumlu zararın doğabilmesi için, borçlunun borca aykırı bir davranışı bulunmalıdır. Alacaklının, sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun

açıklamış olduğu edim taahhüdünü yerine getireceği konusunda haklı bir güveni bulunduğundan, olumlu zarar için *"geniş anlamda bir güven ihlâlinin"* söz konusu olduğu söylenebilecektir.

4. Diğer taraftan olumsuz zarar, bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimsenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen rıza dışı azalmadır. Olumlu ve olumsuz zarar türüne ilişkin günümüz terminolojisiyle ilk nitelendirme, Alman hukukçu Jhering tarafından yapılmıştır. Jhering hükümsüz bir sözleşmenin neden olduğu zararların tazmini bakımından yeterli çözümler bulunmadığını fark etmiş ve oluşturduğu *culpa in contrahendo* teorisiyle, iradeler arasındaki uyuşmazlık sebebiyle geçersiz sayılan sözleşmelerde, kusuruyla bu duruma neden olan kişinin, meydana gelen zararı gidermesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Olumsuz zarardan sorumluluğun izahında, kural olarak *culpa in contrahendo* teorisinden hareket edilmektedir. Ancak *culpa in contrahendo* teorisinin, olumsuz zararın açıklanmasında bazı durumlarda yetersiz kaldığını ifade etmek gerekir. Zira, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, yalnızca sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz olması sebebiyle ortaya çıkan olumsuz zararı kapsamına almakla birlikte, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup sonradan hükümden düştüğü halleri kapsamına almamaktadır. Örneğin; TBK m. 9/f. 2, m. 512 ve m. 564 hükümlerindeki olumsuz zarardan sorumluluk, sözleşmenin geçerliliği yönünde uyandırılan güvenin ihlâl edilmesinden değil *(culpa in contrahendo),* geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığını devam ettireceğine dair alacaklıda uyandırılan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, bu gibi durumlarda oluşan olumsuz zarardan sorumluluğu da kapsaması bakımından; olumsuz zararın, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kaynaklı olduğunu söylemek daha isabetli olacaktır. Zira edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kavramı, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu kapsadığı gibi *culpa in contrahendo* sorumluluğuna girmeyen halleri de kapsamaktadır. Bunun dışında, olumsuz zararın doğumuna sebep olabilecek diğer bir olay ise, TBK m. 125/ f. 2 gereğince sözleşmeden dönmedir.

Dönme neticesinde ortaya çıkan olumsuz zarar, borçlunun sözleşmeye, yani *"edim ilişkisine aykırı"* bir davranışının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak; olumsuz zararın, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisine bağlı olarak ve TBK m. 125/f. 2 gereğince sözleşmeden dönmeye, yani borçlunun edim ilişkisine aykırı davranışının bir neticesi olarak iki şekilde ortaya çıkabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

5. Olumlu zararda, alacaklının, sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun taahhüt ettiği edimi, yerine getireceği konusunda haklı beklentisi korunmaktayken; olumsuz zararda, sözleşmedeki ifa menfaati değil, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu, kurulacağı ya da geçersizliğine rağmen ifa edileceği yolunda uyandırılan güven korunmaktadır.

Geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmaması, bu iki zarar türü arasında kesin bir ayrım yaratmamaktadır. Zira bazı istisnai durumlarda, borç ilişkisinin geçerli olarak ayakta kalmasına rağmen, olumsuz zararın tazmini talep edilebilirken; diğer bazı istisnai durumlarda, borç ilişkisinin varlığını sürdürmediği durumlarda dahi olumlu zararın tazminine imkân tanınmıştır.

Her iki zarar türü bakımından, hesaplanması gereken kalemler de farklılık arz etmektedir. Olumlu zarar hesabında, borçlanılan edim ve onun yol açtığı kayıplar *(damnum emergens)* ile sözleşmenin gereği gibi ifası halinde alacaklının elde edeceği kazançlar *(lucrum cessans)* dikkate alınır. Olumsuz zarar hesabında ise, alacaklı sözleşmenin hüküm ifa edeceğine hiç güvenmeseydi içinde bulunacağı farazi duruma getirilmeye çalışılır. Ancak yine de bazı zarar kalemlerinin tazmini bakımından olumlu ve olumsuz zararın birbiriyle örtüşmesi mümkündür. Örneğin, tipik olumsuz zararın fiili zarar kısmını oluşturan ifa gereği gibi yapılsaydı da yapılacak olan giderlerin olumlu zarar olarak tazmini istenemese bile, bu giderler alacaklının o *"sözleşmeden sağlayacağı kazancın içinde yer aldığı için"*, olumlu zararın tazmini ile zaten karşılanmış olmaktadır. Diğer bir deyişle, olumlu zarar çerçevesinde kâr mahrumiyetinin karşılandığı hallerde, aynı zamanda olumsuz zararın bir kısmını oluşturan fiili zararlar da tazmin edilmiş olacaktır. Bunun gibi alacaklının alacağını elde etmek amacıyla yaptığı masraflar (yargılama, seyahat masrafları gibi) ve

alacaklının taraf olduğu başka bir hukuki ilişkinin olumsuz etkilenmesi sebebiyle oluşacak zararlar, hem olumlu hem de olumsuz zarar kapsamında yer alan zarar kalemleridir.

6. Doktrinde olumlu-olumsuz zarar ayrımının gerekliliği hususu da çok tartışılmıştır. Aslında bu hususta eleştiriler, genel itibariyle olumsuz zarar kavramına yöneltilmektedir. Bazen olumlu-olumsuz zarar ayrımının ortadan kaldırılması gerektiği ileri sürülmekte ve bazen de dönme sonucu alacaklının talebinin olumsuz zararla sınırlandırılması eleştirilmektedir. Ancak kanaatimizce, bu eleştirilerin herhangi kabul edilebilir bir dayanak noktası bulunmamaktadır. Özellikle hesaplama zorluklarına dayanılarak bu ayrımın ortadan kaldırılması gerektiği eleştirisi, kabul edilemez. Esasen olumlu ve olumsuz zarar arasındaki ayrım kalkarsa, hesaplama zorlukları ve adaletsiz durumlarda karşılaşılacaktır. Zira tipik olumsuz zarar kalemi olarak sayılan bazı zarar kalemlerinin aynı zamanda olumlu zarar kalemini oluşturmasından dolayı, bu durum, olumlu ve olumsuz zarar arasındaki ayrım bilinmediği durumlarda, aynı olayda hem olumlu hem olumsuz zararın talep edilebilmesine yol açacak ve aynı zararın iki kere tazmini sonucuna yol açacaktır.

İşte bu nedenle, kanaatimizce zarar hesabı yapılırken, hem sözleşmenin hiç kurulmamış olması durumundaki menfaatin hem de sözleşmenin gereği gibi ifasına olan menfaatin karşılanmasını sağlayacak aynı zarar kaleminin birden fazla hesaba katılmaması için, olumlu ve olumsuz zarar kavramları varlıklarını korumalı; ancak aralarındaki sınır iyi çizilmelidir.

Ayrıca reform sonrası Alman hukukunda ve uluslararası metinlerde (Viyana Satış Sözleşmesi, PICC, PECL gibi) bu ayrımın varlığını korumuş olduğunu da göz ardı etmemek gerekmektedir.

7. Olumlu ve olumsuz zarar ayrımının sonucu, bu iki zarar türünün hiçbir olayda bir arada istenemeyeceğidir. Zira aynı olayda hem sözleşme gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunulacak olan durumun hem de bu sözleşme hiç yapılmasaydı içinde bulunulacak olan durumun tesisi talep edilmesi mantığa aykırı olacaktır.

8. Olumlu zararın tazmini tartışması; borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesinde, borcun gereği gibi ifa edilmemesinde, temerrüde düşen borçludan gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde ya da para borcu söz konusu ise temerrüt faizinin ve aşkın zararın tazminin talep edilmesinde, temerrüt halinde ifadan vazgeçilip tazminat istenmesinde, sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesinde ve istisnai olarak *culpa in contrahendo* sorumluluğunda olumsuz zararı aşan zararın varlığı durumunda gündeme gelmektedir.

9. Başlangıçtaki imkânsızlık durumunda, her ne kadar TBK m. 27'deki kesin hükümsüzlük sonucunun öngörüldüğü hali hazırdaki düzenlemenin görmezden gelinmesi mümkün olmasa da borçlunun edimi garanti etmiş sayılacağı hallerde, sözleşmenin geçersiz sayılmasındansa ayakta tutulması ve alacaklının tazminat talebiyle olumlu zararın karşılanacağı kabul edilebilecektir.

10. Gereği gibi ifa etmeme halinde de karşılanması gereken olumlu zarardır. Ancak satış sözleşmesinde zapt ve ayıp hükümlerinde, kanunun sistematiğine uygun düşen olumlu ve olumsuz zarar ayrımından farklı olarak doğrudan - dolaylı zarar ayrımının yapıldığı görülmektedir. Ancak getirilen bu ayrık düzenlemenin, doktrinde olumlu ve olumsuz zararla bağlantısı kurulmaya çalışılsa da kanaatimizce burada kanun koyucunun, ayıp ve zapttan doğan zararların, olumlu ya da olumsuz zarar olup olmadığıyla ilgilenilmeksizin illiyet bağının yoğunluk derecesine göre karşılanmasını öngördüğü sonucuna varmak gerekmektedir.

11. Satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıp halinde, ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümlere başvurulup seçimlik haklarla birlikle olumlu zararın tazmini istenebileceği gibi, seçimlik haklar kullanılmaksızın doğrudan TBK m. 112 gereği olumlu zararın karşılanması da talep edilebilecektir. Seçimlik haklarla birlikte olumlu zararın tazmini talebi ileri sürüldüğünde, seçimlik hakların kullanılmasıyla karşılanamayan zararın tazmin edilmesi gerekecektir.

12. Borçlu temerrüdü halinde aynen ifa ile istenen gecikme tazminatı, para borçlarında temerrüt halinde, gecikme tazminatı yerine istenebilen temerrüt faizi ve zararın temerrüt faizinden çok olması durumunda talep edilebilecek aşkın zarar da

olumlu zararın kalemlerinden birini oluşturmaktadır. Zira bu taleplerle aynen ifa talebinin yanında olarak aynen ifanın gereği gibi yapılmasına olan menfaat karşılanmaktadır.

13. Dönme sonucu olumsuz zararın tazmininin talep edilebilmesi, Türk ve İsviçre hukuklarında dönme halinde istenebilecek zararın tazminine ilişkin halihazırdaki düzenleme açısından isabetli görülse de olması gereken hukuk *(de lege ferenda)* bakımından alacaklının dönme ile birlikte olumlu ya da olumsuz zararın tazminini talep etmek konusunda seçimlik hakkının bulunması gerekmektedir.

14. Sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranış neticesinde zarar veren tarafın, karşı tarafın olumlu zararını tazmin etmesi, ancak *"özel bir hükümle"* olumlu zararın tazmininin öngörüldüğü hallerde söz konusu olabilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nda yanılma sebebiyle sözleşmenin iptalinde tazminat yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 35/f. 2 ve temsilcinin sorumluluğuna ilişkin TBK m. 47/f. 2'de bazı şartlar altında, zarar görenin olumsuz zararı aşan kayıplarının karşılanması açıkça öngörülmüştür. Bu istisnai hükümlerin, kıyasen Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve düzenlenmeyen diğer *culpa in contrahendo* sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde de hakkaniyetin gerektirmesi durumunda uygulanabilmesi mümkündür.

15. Sürekli edimli sözleşmelerin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesinde kanunen ya da sözleşme ile tanınan özel sebebe yahut genel sebep olarak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklı sebebe dayanıldığı durumlarda, feshedenin, sözleşmenin süresinin sonuna kadar düzgün bir şekilde ifasına olan menfaatinin karşılanması, yani olumlu zararının tazmini mümkün olacaktır.

16. Ceza koşulunun; ifa menfaatine yönelik gecikme tazminatı, temerrüt faizi ve aşkın zarar ile bazı bağlantılı noktaları bulunmaktadır. Bu bağlantı özellikle, zarar koşulunun aranmaması ve işlevlerindeki benzerlik sebebiyle, ceza koşulu ile temerrüt faizi arasında bulunmaktadır.

17. Götürü tazminatın olumlu zararın tazmini ile karşılaştırılması durumunda da göze çarpan, götürü tazminat ile alacaklının olumlu ve olumsuz menfaatinin

giderilebileceği, ancak olumlu zarar tazminatının sadece olumlu menfaate yönelik olmasıdır.

18. İş sahibi, TBK m. 484'e göre, eserin tamamlanmasından evvel fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmesi sonucu, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek ile yükümlü tutulmuştur. Yüklenicinin tazmin edilecek zararının türü, yapılmış kısmın karşılığı ve diğer zararları kapsayan bir bütün olarak olumlu zarardır.

19. Vekâlet sözleşmesinin TBK m. 512 gereğince, vekil ya da vekâlet veren tarafından uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi durumunda, tarafların sözleşmenin geçerli bir şekilde ifa edileceğine ilişkin menfaati korunduğundan karşılanması gereken zarar, olumsuz zarardır. Bu durumda, olumlu zararın karşılanması, ancak atipik vekalet sözleşmeleri bakımından ceza koşulu kararlaştırılması durumunda söz konusu olabilecektir.

20. Kira sözleşmelerinde de konut ve çatılı iş yeri kiralarına özgü olmak kaydıyla, TBK m. 351/f. 1 gereği, kiralananı sonradan edinen kişinin, ihtiyaç sebebiyle, kira sözleşmesini sona erdirmesi durumunda, kiracının kira sözleşmesinin erken sona ermesi sebebiyle eski malike karşı sahip olduğu tazminat talebiyle karşılanacak olan zarar; kiracının TBK m. 325 uyarınca kiralananı süresinden önce geri vermesi durumunda kira sözleşmesini erken sona erdirerek geniş anlamda borcuna aykırı davranmış olması sebebiyle kiraya verenin tazminat talebiyle karşılanacak olan zarar ve kira sözleşmesinin TBK m. 331/f. 1'e göre, taraflardan her birinin önemli sebeplerin varlığı durumunda, her zaman feshetmeleri durumunda fesih muhatabının tazminat talebiyle karşılanacak olan zarar, olumlu zarardır.

21. TBK m. 408'de işverenin, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacağı ve bu ücretten işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların düşürüleceği düzenlenmiştir. Hükümde bahsedilen ücret de kanaatimizce bir

tazminat borcudur. Bununla da işçinin ifaya olan menfaati yani olumlu zararı karşılanacaktır.

22. Olumlu zarar, fiili zarar ve/veya yoksun kalınan kâr şekline ortaya çıkan kayıplardan oluşmaktadır. Fiili zararlar, malvarlığının aktifinde azalma ya da malvarlığının pasifinde fiilî bir çoğalma sonucu oluşan zararlardır. Olumlu zararı oluşturan kalemlerin hepsini tek tek saymak mümkün olmamakla beraber, uygulamada en çok karşılaşılan olumlu zarar kapsamında talep edilecek fiilî zarar kalemlerini şu şekilde sıralamak mümkündür: a) İfa edilmeyen edimin değeri, b) bazı durumlarla sınırlı olmak kaydıyla edimin yerine getirileceği düşüncesiyle yapılan masraflar c) alacaklının alacağını elde etmek amacıyla yaptığı masraflar kapsamında hukuki uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla yapılan masraflar ve seyahat masrafları d) alacaklının taraf olduğu başka bir hukuki ilişkinin olumsuz etkilenmesi sebebiyle oluşan zararlar e) ödenmeyen alacak yerine ikame alımlar için yapılan masraflar f) edimin değerinin düşmesi sebebiyle uğranılan zararlar g) zararın tespiti ve artmasını önlemek amacıyla yapılan masraflar. Bunlar dışında olumlu zarar kapsamında talep edilebilecek yoksun kalınan kâr kalemleri de bulunmaktadır. Bunlar, malvarlığının aktifinin artmasına engel olunması ya da pasifinin azalmasına engel olunması şeklinde karşımıza çıkan zararlardır.

23. Aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın hesaplanmasında alacaklının karşı ediminin durumunun ne olacağı ile ilgili olan mübadele ve fark teorilerinin dayanak noktaları ve avantajları incelendiğinde kanaatimizce sadece mübadele ya da sadece fark teorisine dayanılması için dolambaçlı yollar aramak yerine, alacaklının menfaat durumuna göre mübadele ya da fark teorileri arasında seçimlik hakkının bulunması en isabetli çözüm olacaktır. Fakat alacaklının aynen ifaya ek olarak tazminat talep ettiği durumlarda, işin niteliği gereği mübadele teorisine dayanılması gerekecektir.

24. Satıcının temerrüdü halinde alıcı ve alıcının temerrüdü halinde satıcı, fark teorisine göre olumlu zararının tazminini istiyorsa, ayrıca TBK m. 213/ f. 2 ve 3 ve TBK m. 236/f. 2 ve 3'te belirtilen somut ya da soyut yöntemlerden birini seçme imkânına sahip olacaktır. Her iki yöntem açısından da ortak özellik, tazminat talep eden tarafın, kendi edimini ifa yükümlülüğünün olmayışıdır. Diğer bir deyişle, her

iki yöntemde de tazminat istemi, fark teorisine göre olacaktır. Bu metotlar, hem ticari hem adi satışlarda uygulanabileceği gibi, uygun düştüğü ölçüde başka sözleşmelerde ve başka borca aykırılık hallerinde de uygulanabilecektir.

25. Satıcının temerrüde düşmesi halinde alıcının, alıcının temerrüde düşmesi halinde satıcının olumlu zararının fark teorisine göre talep ettiği durumlarda, ikame işlem yapmış olup olmadığından bağımsız olarak somut ve soyut metot arasında seçim yapabilme hakkı bulunmalıdır. Alacaklının bu metotlardan bağımsız olarak zararının genel hükümlere göre hesaplanmasını talep etme hakkı da bulunacaktır.

26. Zararın kapsamının belirlenmesinde, *hüküm tarihi esas alınırsa,* ancak bu takdirde enflasyonun olumsuz etkisi giderilebilecek ve zarar verici olayın hüküm tarihine kadar alacaklının malvarlığında meydana getirdiği olumsuz etkiler göz önünde tutulmuş ve zarar mümkün olduğunca gerçeğine en yakın şekilde hesaplanmış olacaktır. Fakat zararın belirlenme anına ilişkin genel bir ilke belirlemektense, alacaklının somut olayda menfaatine uygun düşen anın esas alınması en uygun çözüm olacaktır.

27. Viyana Satış Sözleşmesi'nde düzenlenen, öngörülebilirlik ilkesi Türk hukuku bakımından ihtiyaç duyulan bir kural değildir. Zira kusursuz sorumluluğun esas olmadığı Türk hukukunda zararın sınırlanması için öngörülen uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı teorisi sayesinde, öngörülebilirlik kriterine zorunlu bir ihtiyaç bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk :	**Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321),** 3. Bası, İstanbul, Beta, 2016.
Akçura Karaman, Tuba :	"Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi", **GSÜHFD,** S. 1, Ocak 2018, s. 285-333.
Akıncı, Bekir :	**Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar,** Konya, Sayram Yayınları, 2014.
Akıncı, Ziya :	**Milletlerarası Tahkim,** 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016 (Tahkim).
Akkanat, Elif Beyza :	"Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 23-63. (Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi).
Akkanat, Halil :	"İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan,** İstanbul, Beta, 2000, s. 1-49. (Borçlu Temerrüdü).
Akkanat, Halil :	**Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996.
Akkayan Yıldırım, Ayça :	"Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İÜHFM,** C. 61, S. 1-2, 2003, s. 357-414.
Akman, Galip Sermet :	"Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargıtay Kararları, **İBD,** C. 63, S. 10-12, 1989, s. 624-636.
Akünal, Teoman :	**Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977.

Akyiğit, Ercan :	**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması,** Ankara, 1995.
Akyol, Şener :	**Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı,** 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
Albaş, Hakan :	**Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105),** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
Altınok Ormancı, Pınar :	"Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: 'Satım Kirayı Bozmaz' İlkesinin Sonuçları', **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi,** S. 24, Y. 12, Güz 2013/2, s. 125-141. (El Değiştirme)
Altınok Ormancı, Pınar :	**Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
Altınok Ormancı, Pınar :	**Zararı Azaltma Külfeti,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016. (Zararı Azaltma)
Antalya, Gökhan :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. III, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.
Aral, Fahrettin, Ayrancı, Hasan :	**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
Aral, Fahrettin :	**Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
Arslan, Çetin, Kırmızı, Mustafa :	**Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
Atamer, Yeşim M. :	"İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 217-260. (Yeniden Sistematize).
Atamer, Yeşim M. :	"Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış",

	Milletlerarası Satım Hukuku, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul, 2008, s. 221-265. (Satım Hukuku).
Atamer, Yeşim M. :	"Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-", **Batider,** C. XXIV, S.1, Y. 2007, s. 81-106. (Tüketici).
Atamer, Yeşim M. :	"Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,** ed. M. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayınları, 2012, s. 187-221.(Taşınır Satımı).
Atamer, Yeşim M. :	**Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları,** İstanbul, Beta, 1996. (Sorumluluğun Sınırlandırılması).
Atamer, Yeşim M. :	**Uluslararası Satış Sözleşmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları,** İstanbul, 2005.
Ayan, Serkan :	"Yabancı Para Borçlarının İfası", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, C. 8, S. Özel, s. 511-570.
Aybay, Memet Erdem :	**Bir Tazminat Türü Olarak Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2013.
Aydıncık, Şirin :	**Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuku Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
Aydoğdu, Murat, Ayan, Serkan :	**Faiz İle İlgili Düzenlemeler,** Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalan :	**Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
Ayrancı, Hasan :	**Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (TBK m. 105),** Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

Bardo, Ulrike :	**Die abstrakte Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag,** Berlin, Duncker&Humbolt, 1989.
Barlas, Nami :	**Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar,** İstanbul, Kazancı, 1992.
Barth, Hans Rudolf :	**Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichket der Erfüllung,** Aarau, Verlag H. R. Sauerländer & co., 1958.
	Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Auflage, Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Zürich, Bern, Helbing&Lichtenhahn, 2015. (Metin içerisinde "BaslerK-Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır)
Baygın, Cem :	"Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukuku'ndaki Uygulaması", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. IV, S. 1-2, Y. 2000, s. 345-377.
Baysal, Başak :	**Zarar Görenin Kusuru Müterafık Kusur,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2012.
Becker, Hermann :	**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht,** Band. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen , Art. 1-183, 2. Auflage, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1941. (Metin içerisinde "Becker, **a.g.e.,"** şeklinde atıf yapılmıştır).
Belgesay, Mustafa Reşit :	**İcra ve İflas Kanunu Şerhi,** . C. 1, 2. Bası, İstanbul, 1949.
Belke, Rolf :	"Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinbeweis am Beispiel des Zinsschadens", **JZ,** 1969, Nr. 18, s. 586-595.

Birinci Uzun, Tuba :	"CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 16, S. 1, 2014, s. 151-192. (CISG)
Birinci Uzun, Tuba :	**Götürü Tazminat,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
Boβhardt, Oskar :	"Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107-109), **SJZ,** 1933/34, Heft. 6, s. 81-83.
Brehm, Roland :	**Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen,** 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61, 3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006. (BernerK-Brehm).
Brinker, Jürgen :	**Die Dogmatik zum Vermögensschadenersatz,** Berlin, 1982.
Brox, Hans, Walker, Wolf-Dietrich :	**Allgemeines Schuldrecht,** 30. Auflage, Giessen, Carl Heymanns Verlag, 2006.
Bucher, Eugen :	**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Delikrecht,** 2. Bası, Zürich, Schulthess, 1988.
Burcuoğlu, Haluk :	"Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", **DÜHFD,** Y: 1984, S. 2, s. 163-173.
Buz, Vedat :	"BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi", **Batider,** C. XXI , S. 2, 2001, s. 209-265. (Eser Sözleşmesi).
Buz, Vedat :	"Borçların İfası ve İfa Edilmemesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,** 12-13 Mayıs 2011, s. 166-

	177. (İfa).
Buz, Vedat :	**Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme,** Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.
Buz, Vedat :	**Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2005. (Yenilik Doğuran Haklar).
Bühler, Theodor :	"Zum Problem der culpa in contrahendo", **SJZ,** 1979, Heft. 23, s. 357-366.
Bühler, Theodor :	**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/2d, Der Werkvertrag,** Art. 363-379 OR, Zürich, 1988.
Büyüksağiş, Erdem :	**Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
Canaris, Claus Wilhelm :	"Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen", **JZ,** 1965, 15/16, s. 475-483. (Ansprüche).
Canaris, Claus-Wilhelm :	**Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht,** München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971.
Caytas, Ivo G. :	**Der Unefüllbare Vertrag,** Morgan, 1984.
Cohnfeldt, Richard :	**Die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht,** Leipzig, 1865.
Çakırca, Seda İrem :	**Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
Çetiner, Bilgehan :	"TBK Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi", **Legal Hukuk Dergisi,** İstanbul, C. 5, S. 58, Y. 2007, s. 3139-3152.
Dauner-Lieb, Barbara :	**Das neue Schuldrecht: Ein Lehrbuch,** Herausgegeben von Barbara Dauner-lieb, Thomas

	Heidel, Manfred Lepa, Gerhard Ring, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2002.
Dayıoğlu, Yavuz :	**CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, İstanbul, 2011.
Demir Gökyayla, Cemile :	**Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri),** 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. (Tek Satıcılık).
Detlew W. Belling, Herdem Belen :	"Alman Medeni Kanunu'nun İfa Engellerine İlişkin Yeni Düzenlemesiyle Karşılaştırılması", **Legal Hukuk Dergisi,** Ekim 2006, s. 3025-3027.
Doerig, Rolf :	**Ersatz sogenannter Mangelfolgeschäden aus Kaufvertrag,** Zürich, 1985.
Domaniç, Hayri :	**Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK 105 ve Diğer Hükümler (Türk Ticaret Kanunu, c. IV'den Ayrı Bası),** İstanbul, 1990.
Druey, Eva :	**Der Schutzzweck des Vertrags als Mittel zur Haftungsbegrenzung,** Basel, Genf, München, Helbing & Lichtenhahn, 2004.
Dural, Mustafa :	**Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkansızlık,** İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
Edis, Seyfullah :	**Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu,** Ankara, 1963.
Ehrat, Felix R. :	**Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 107 OR,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990.
Eichler, Hermann :	**Die Rechtlehre vom Vertrauen,** Tübingen, 1950.
Emmerich, Volker :	**Das Recht der Leistungsstörungen,** 6. Auflage, München, Verlag C.H Beck, 2005.

Engin, Baki İlkay :	**Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
Enneccerus, Ludwig, Lehmann, Heinrich :	**Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse,** 15. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958.
Erdem, H. Ercüment :	"Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" (Viyana Satım Sözleşmesi), **Batider**, C. 14, S. 3, 1992, s. 35-104. (Viyana Satım Sözleşmesi).
Erdem, H. Ercüment :	"Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırma", **GSÜHFD, Milletlarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Millerler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu,** 2013/ I, s. 259-287. (Karşılaştırma).
Erdem, H. Ercüment :	"Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan,** C. 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 857-894. (Dönme).
Erdem, Mehmet :	"Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009),** Ankara, 2009, s. 97-124. (Götürü Tazminat).
Erdem, Mehmet :	"Vekaletten Azil ve İstifa (Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi), **Erdoğan Teziç'e Armağan,** İstanbul, 2007, s. 949-962. (Vekâlet).
Erel, Şafak N. :	**Türk Fikir ve Sanat Hukuku,** 3. Bası, Ankara, 2009.
Eren, Fikret :	"Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Kuramı", **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70'nci Yaş Armağanı,** Ankara, Sevinç Matbaası, 1975. (Normun Koruma Amacı).
Eren, Fikret :	**6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre**

	Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
Eren, Fikret :	**Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018. (Borçlar Özel).
Eren, Fikret :	**Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi,** Ankara, 1975. (İlliyet Bağı).
Ergüne, Mehmet Serkan :	"Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan,** C. I, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 909-926. (Culpa in Contrahendo).
Ergüne, Mehmet Serkan :	"Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık", **İÜHFM,** C: 62, S. 1-2, 2004, s. 351-378. (İmkânsızlık).
Ergüne, Mehmet Serkan :	**Olumsuz Zarar,** İstanbul, Beta, 2008.
	Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Herausgegeben von Harm Peter Westermann, Barbara Grünewald, Georg Maier Raimer, 14. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Rechtsverlag, 2014. (Metin içerisinde "ErmanK-Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır).
Esser, Josef, Schmidt, Eike :	**Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband II: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis,** 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000.
Evren, Mahmut Tevfik :	**Faiz Hukuku,** İstanbul, 1987.
Faust, Florian :	"Leistungsstörungen", **OR 2020- Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht,** herausgegen von Jan Dirk Harke und Karl Riesenhuber, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, s. 169-199.
Fellmann, Walter :	**Berner Kommentar zum schweizerischen**

	Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1992. (BernerK-Fellmann).
Ferdinand, Curt, von Stackelberg, Freiherr :	"Ist der Glaubiger berechtigt vom Schuldner nach § 286 BGB Erstattung der Kosten eines Inkassobüros unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschaden zu verlangen?", **Der Betriebsberater,** 1965, Heft. 22, s. 891-895.
Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. I, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.
Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. II, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976. (C. 2).
Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin :	**Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri,** C. I, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980. (Akdin Muhtelif Nevileri).
Fikentscher, Wolfgang, Heinemann, Andreas :	**Schuldrecht,** 10. Bası, Berlin, De Gruyter Recht, 2006.
Fischer, Hans Albrecht :	**Der Schaden nach dem BGB,** Jena, 1903. (Schaden).
Fischer, Thomas :	**Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998. (Pauschalierung).
Fischer, Willi :	**Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, eine dogmatische Untersuchung unter besonder Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute,** Diss. Zürich, 1984. (Kaufrecht).
Furrer, Rolf :	**Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973.
Gauch, Peter, Schluep,	**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner**

Walter R., Schmid, Jörg, Rey, Heinz, Emmenegger, Susan :	**Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I,** 10. Auflage, Schulthess, 2014. (Band I).
Gauch, Peter, Schluep, Walter R., Schmid, Jörg, Rey, Heinz, Emmenegger, Susan :	**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II,** 10. Auflage, Schulthess, 2014.
Gauch, Peter :	**System der Beendigung von Dauerverträgen**, Freibug, Universitätsverlag, 1968. (Dauervertrag).
Gauch, Peter :	**Werkvertrag,** 4. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996. (Werkvertrag).
Gautschi, Georg :	**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Das Obligationenrecht 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse,** 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR, Zweite Auflage, Bern, 1967. (BernerK-Gautschi).
Gautschi, Georg :	**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht,** 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern, 1971. (BernerK-Gautschi, Auftrag).
Genç Arıdemir, Arzu :	**Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2008.
Gezder, Ümit :	**Türk İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu,** İstanbul, Beta, 2009.
Giger, Hans :	**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht,** Band. VI Obligationenrecht, 2. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 184-215, Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1979. (BernerK-Giger).
Glasl, Daniel G. :	**Die Rückabwicklung im Obligationenrecht,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992.

Glasl, Daniel :	"Forum: Zur Wirkung des Rücktritts- eine Replik", **ZSR,** 132, I. Halbband, 1991, s. 265-282.
Glättli, Elisabeth :	"Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen", **SJZ**, 1997.
Glättli, Elisabeth :	**Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.
Gonzenbach, Rainer :	**Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern,** Stampli Cie AG, 1987.
Gökyayla, Emre :	**Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007. (Avukatlık).
Gökyayla, K. Emre :	"5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010** (Ed.: Tekin Memiş), C. 2, İstanbul, 2011, s. 283-304. (FSEK) .
Gökyayla, K. Emre :	**Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
Göschke, R. :	"Über Art. 107 bis 109 OR", **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins,** 60 (1924), s. 14-33 ve 68 vd.
Gözütok, Zeki :	**Faiz Hukuku,** Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.
Grunsky, Wolfgang :	"Verzugsschaden und Geldentwertung", **Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns,** München, 1980, s. 19-34.
Grünewald, Barbara :	**Bürgerliches Recht,** 9. Auflage, München, C. H. Beck, 2014.
Gsell, Beate :	"Anwendungsersatz nach § 284 BGB", **NJW,** 3/2006,

	s. 125-127.
Guhl, Theo, Koller, Alfred, Schnyder, Anton K., Druey, Jean Nicolas :	**Das schweizerische Obligationenrecht,** Zürich, Schulthess, 2000.
Gül, İbrahim :	**ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
Gümüş, M. Alper :	**Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 3. Bası, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2013. (C. 1).
Gümüş, M. Alper :	**Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 3. Bası, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2014. (C. 2).
Gümüş, M. Alper :	**Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi,** 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Kira).
Günay, Cevdet İlhan :	**Cezai Şart,** Ankara, 2002.
Gündoğdu, Fatih :	**Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
Günel, Mustafa Cahit :	**Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
Hartmann, Stephan :	**Die Rückabwicklung von Schuldverträgen,** Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2005. (Rückabwicklung).
Hartmann, Stephan :	**Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung,** Freiburg, Universitätsverlag, 2001 (Informationspflichten).
Hatemi, Hüseyin :	**Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** Fasikül Halinde, t.y.
Hatemi, Hüseyin, Gökyayla, K. Emre :	**Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Abdülkadir :	**Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
Havutçu, Ayşe :	"İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", 6098 **Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, MÜHFHAD,** 3, 4 Haziran 2011, s. 319-340.
Havutçu, Ayşe :	**Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini,** İzmir, 1995.
Hay, Peter :	**US- Amerikanisches Recht,** München, Verlag, C. H. Beck, 2000.
Helvacı, Mehmet :	**Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı,** İstanbul, Beta, 2000.
Higi, Peter :	**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Zürcher Kommentar,** t. V/2/b, Erste Lieferung**,** Die Miete (Art. 253-265 OR), 3. Auflage, Zürich, 1994. (Metin içerisinde "Higi, a.g.e.," şeklinde atıf yapılmıştır).
Himmelschein, Jury :	"Erfüllungszwang und Lehre von der positiven Vertragsverletzungen", **AcP,** 135 (1932), s. 255-327.
	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB; Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§241-432, 1. Teilband: vor §241-§304, herausgegeben von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebek, 2007. (Metin içerisinde "HistK-Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır).
Hofstetter, Josep :	**Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag,** Basel, Helbinbg&Lichtenhahn Verlag AG, 2000.
Honegger, Eduard :	**Über das Rücktrittsrecht,** Zürich, 1926.
Honsell, Heinrich :	"Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im

	Schadenersatzsrecht", **JuS,** 1973, Heft. 2, s. 69-75. (Interessebegriff).
Honsell, Heinrich :	**Quod interest im bonae fidei iudicium,** München, Verlag C.H. Beck, 1969. (Quod interest).
Hornung, Rainer :	**Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht,** Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.
Huber, Peter :	"CISG –Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları", çev. Başak Başoğlu, **Milletlerarası Satım Hukuku,** der. Yeşim M. Atamer, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2008, s. 267-285.
Huguenin, Claire :	**Obligationenrecht, Allgemeiner Teil und Besonderer Teil,** 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
İnan, Ali Naim :	"Culpa in Contrahendo- Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma", **Adalet Dergisi,** S. 7-8, Y. 45, Ocak 1954, s. 878-887; 999-1013.
İnceoğlu, M. Murat :	"İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması", **AÜHFD,** C. 57, S. 4, 2008, s. 237-254. (İmkânsızlaşma).
İnceoğlu, M. Murat :	**Kira Hukuku,** C. 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014. (C. 1).
İnceoğlu, M. Murat :	**Kira Hukuku,** C. 2, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014 (C. 2).
	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadenersatzrecht), Berlin, Sellier- de Gruyter, 2005. (Metin içerisinde "StaudingerK-Yazar adı"

	şeklinde atıf yapılmıştır).
	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht I), Berlin, Sellier- de Gruyter, 2014. (Metin içerisinde "StaudingerK-Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır).
	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 311, 311a, 312, 312a-f (Vertragsschluss), Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005. (Metin içerisinde "StaudingerK-Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır).
Jäckle, Wolfgang :	"Die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Inkassobüros, **JZ,** 1978, Nr. 20, s. 675-680.
Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin :	**Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
Kahraman, Zafer :	**Saf Garanti Taahhütleri,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
Kapancı, Kadir Berk :	"Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** İstanbul, 2013, s. 655-683.
Kara, Doğan :	"İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **GSÜHFD,** 2018/1, s. 483-530.
Karahasan, M. Reşit :	**Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,** C. 1, İstanbul, 1989.
Karahasan, Mustafa Reşit :	**Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk,** Öğreti ve Yargıtay Kararları, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Bası,

	İstanbul, 2003. (Sorumluluk).
Karahasan, Mustafa Reşit :	**Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk,** İstanbul, Beta, 1996 (Sorumluluk, 1996).
Karakaş, Fatma Tülay, Söğütlü Erişgen, Özlem :	"Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** C. 23, S. 3, Haziran 2006, s. 157-178.
Karan, Yeliz :	"Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 723-748.
Kaser, Max :	**Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klasischen romischen Recht,** München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1935.
Keller, Alfred :	**Haftpflicht im Privatrecht, Band I,** 5. Auflage, Bern, Verlag Stämpfli+Cie AG, 1993. (Haftpflicht, B. I).
Keller, Max :	**Das negative Interesse im Verhaltnis zum positiven Interesse,** Aarau, Verlag H. R. Sauerländer & co., 1948.
Keller, Max, Gabi-Bolliger, Sonja :	**Das schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht,** 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988.
Keller, Max, Lörtscher, Thomas :	**Kaufrecht: eine systematische Darstellung,** 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986.
Keller, Max, Schöbi, Christian :	**Das schweizerische Schuldrecht, Band 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts,** 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988.
Keller, Max, Siehr, Kurt :	**Kaufrecht,** 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.

Keuk, Brigitte :	**Vermögenschaden und Interesse,** Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1972.
Kılıçoğlu, Ahmet :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
Kırca, Çiğdem :	"Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı", **Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan,** Ankara, 2009, s. 433-457.
Kırca, Çiğdem :	**Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004. (Bilgi Verme).
Kocaağa, Köksal :	"İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", **TBB Dergisi,** S. 74, 2008, s.149-157. (İnşaat Sözleşmesi).
Kocaağa, Köksal :	**Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası),** Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
Kocayusufpaşaoğlu, Necip :	"Bir Yetki Belgesi İle Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. M. 33/2, 34/3 ve 37 Karşısında Bk m. 36/2'nin Uygulanma Alanının Belirlenmesi", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın anısına Armağan,** Ankara, Banka ve Ticarete Hukuk Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 207-230.
Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Abdülkadir :	**Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** C. I, Borçlar hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010. (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (Kocayusufpaşaoğlu)).
Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona, Arpacı, Abdülkadir :	**Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden geçirilip genişletilmiş 6.bası,** İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014. (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı

	(Serozan)).
Koller, Alfred :	**Der gute und böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht,** Freiburg, Universitätsverlag, 1985 (Glaube).
Koller, Alfred :	**Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,** Band 1, Bern, Verlag Stämpli, 1996. (OR Band I).
Koller, Alfred :	**Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band II,** Bern, Stämpfli Verlag AG, 2006. (OR Band II).
Koziol, Helmut :	**Grundfragen des Schadenersatzrecht,** Wien, Jan Sremek Verlag, 2010.
Kren Kostkiewicz, Jolanta :	**OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht,** Art. 184-216, 2. Auflage, Zürich, 2009.
Kuntalp, Erden :	**Ard Arda Teslimli Satım Akdi,** Ankara, 1968.
Kurt, Leyla Müjde :	**6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
Kuru, Baki :	"Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı", **Adalet Dergisi,** 1961, S. 7-8, s. 676-694.
Kuru, Baki :	**İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku,** İstanbul, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016 (İcra).
Kuru, Baki .	**İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku,** İstanbul, Legal, 2016. (Medeni Usul).
Kutlu Sungurbey, Ayfer :	**Yetkisiz Temsil,** İstanbul, Yasa Yayınları, 1988.
Küppers, Karsten :	**Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen**

	im Schadenersatzrecht: Eine untersuchung zur Kommerzialisierungsthese und Frustrationslehre, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschafte V, 1976.
Lange, Hermann, Schiemann, Gottfried :	**Schadensersatz,** Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, Band I, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
Larenz, Karl :	"Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo", **Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag,** Berlin, Duncker&Humbolt, 1976, s. 397-419. (culpa in contrahendo).
Larenz, Karl :	**Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil,** 14. Bası, C. H. München, Beck'sche Verlangsbuchhandlung, 1987.
Larenz, Karl, Wolf, Manfred :	**Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,** 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004.
Lemp, Paul :	**Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schulnerverzuges,** Bern, Verlag von Stämpfli&Cie, 1939.
Leser, Hans G. :	**Der Rücktritt vom Vertrag,** Tübingen, 1975.
Lifschitz, I. D. :	"Wann stellen Vertreterkosten einen Verzugschaden dar?", **SJZ,** 1957, Heft. 14, s. 218-219.
Looschelders, Dirk :	**Schuldrecht Allgemeiner Teil,** 14. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2016.
Löwe, Walter :	"als selbstandiger Vermögenswert", **NJW,** 1964, Heft. 16, s. 701-705. (Gebrauchsmöglichkeit).
Löwe, Walter :	"Schadenersatz bei Nutzungentgang von Kraftfahrzeugen", **VersR,** 1963. (Nutzungentgang).
Luhmann, Niklas :	**Vertrauen- Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komöplexität,** 3. Auflage, Stuttgart, 1989.

Lüchinger, Niklaus :	**Schadenersatz im Vertragsrecht,** Freiburg, Universitätsverlag, 1999.
Magnus, Ulrich :	"CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", **Milletlerarası Satım Hukuku,** İstanbul, 2008, s. 287-307.
Magnus, Ulrich :	**Schaden und Ersatz,** Tübingen, Mohr Siebeck, 1987.
Manfred Rehbinder, Jean Fritz Stöckli :	**Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht ,** Band VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330 b OR, Bern, 2010. (BernerK-Rehbinder-Stöckli).
Medicus, Dieter :	"Die culpa in contrehando zwischen Vertrag und Delikt", **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag,** Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 205-219. (culpa in contrahendo).
Medicus, Dieter :	"Normativer Schaden", **JuS,** 1979, Heft. 4, s. 233-239. (Normativer Schaden).
Medicus, Dieter :	**Id Quad Interest: Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes,** Köln, Böhlau Verlag, 1962. (Id Quad Interest).
Medicus, Dieter :	**Schuldrecht I, Allgemeiner Teil,** 16. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2005.
Merz, Hans :	**Vertrag und Vertragsschluss,** 2. Auflage, Freiburg, Universitätsverlag, 1992.
Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş :	**İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku,** Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2018.
Mommsen, Friedrich :	**Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse,** Braunschweig, Schwetsche, 1855.

Müller, Georg :	**Der Ersatz entwerteter Aufwendungen bei Vertragsstörungen,** Berlin, Duncker&Humbolt, 1990.
	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2003. (Metin içerisinde "MünchK-Yazar adı, 4. Auflage" şeklinde atıf yapılmıştır).
	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 7. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016. (Metin içerisinde "MünchK-Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır).
Neuenschwander, Markus :	**Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht,** Bern, Verlag Stämpfli&CIE AG, 1971.
Neuner, Robert :	"Interesse und Vermögensschaden", **AcP**, Band 133, Heft 3, 1931 , s. 277-314.
Nomer, Haluk Nami :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 15. Bası, İstanbul, Beta, 2017.
Nomer, Haluk Nami, Engin, Baki İlkay :	**Türk Borçlar Kanunu Şerhi,** 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
Nomer, Haluk Nami :	**Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi,** İstanbul, Beta, 1996. (Maddi Tazminat).
Oertli, Theres :	**Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe,** Luzern, 2004.
Oertmann, Paul :	**Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht,** Berlin, Guttentag, 1901.

Oftinger, Karl, Stark, Emil W. :	**Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil,** 5. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995.
Oğuzman, M. Kemal :	"Hizmet Akdinin İşveren Tarafından Haksız Feshi Halinde Hükmedilecek Tazminat-Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihad Hukuk Kısmı Umumi Hey'etinin 24/6/1959 tarih ve 31 E.-26 K. Sayılı kararının tahlili", **İHFM,** C. XXV, S.1-4 (1960), s. 425-438. (Karar Tahlili).
Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami :	**Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar,** 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. 1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. 2, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (C. 2).
Oğuzman, M. Kemal :	**Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi,** İstanbul, 1955. (Hizmet Akdi).
Olgaç, Senai :	"Ticari Satışlarda Satıcının Malı Teslim Borcunu Yerine Getirmemesinde Sonucu Tazminatla Sorumluluğu ve Zararın Hesabındaki Usuller", **Batider,** C. II, S. 3, 1964, s. 249-260.
Oser, Hugo, Schönenberger, Wilhelm :	**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht,** 1. Halbband: Art.1-183, 2. Auflage, Schultess&Co., Zürich, 1929.
Oser, Hugo, Schönenberger, Wilhelm :	**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,** Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zürich, Schulthess, 1936. (2. Halbband).
Öçal, Akar :	**Munzam Zarar,** EİTİAD, C. III, 1967, s. 144-158.
Öktem Çevik, Seda :	"Kiralanın Sözleşmenin Bitiminden Önce Geri

	Verilmesi (TBK m. 325)", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi,** C. 9, S. 103-104, 2013, s. 132-162. (TBK m. 325).
Öktem Çevik, Seda :	**Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016.
Önen, Turgut :	**Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü ile İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler,** Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi, Yayın No: 95, 1975.
Öz, M. Turgut :	"Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi", **MHAD,** S. 16, Y. 1985, s. 131-172. (Ayni Haklar).
Öz, M. Turgut :	**İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat,** 2. Bası, İstanbul, Yamaner, 2006. (İnşaat Sözleşmesi).
Öz, M. Turgut :	**İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi,** Kazancı, İstanbul, 1989. (Eser Sözleşmesi).
Özkaya, Eraslan :	**Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
Öztan, Fırat :	**Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku,** Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
	Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Auflage, München, verlag C.H. Beck, 2016. (Metin içerisinde Palandt/Yazar adı şeklinde atıf yapılmıştır.).
Pekmez, Cüneyt :	**"**Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", **TAAD,** S. 20 Y. 6, (Ocak 2015), s. 523-565.
Permann, Richard :	**Kommentar zum Mietrecht,** Zürich, 2007.
Peyer, Jürg :	**Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht,**

	Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974.
Pichonaz, Pascal :	"Ayıplı Mal Teslimi Sonucunda Doğan Zarar-Bir İsviçre Vakıası ve Tazminatın Sınırlandırılması Üzerine Düşünceler", Çev. Bahar Öcal Apaydın, **BAÜHFD,** Y. 2016, C. 11, S. 143-144, s. 159-177.
Posner, A. Richard :	"Let Us Never Blame a Contract Breaker" Fault In American Contract Law, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, **Journal Articles,** 2009, s. 1349-1364.
Postacıoğlu, İlhan E. :	"Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Kararı", **İÜHFM,** C. 24, S. 1-4, Y.1959, s. 499-502. (Tevhidi İçtihat).
Postacıoğlu, İlhan :	"Salahiyetsiz Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 17, 1951, s. 926-936. (Salahiyetsiz Temsil).
Postacıoğlu, İlhan :	"Temsilden Doğan Zarar ve Ziyanın Tazmini", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 6, S. 1-1, 150 nüshasından ayrı bası, İstanbul 1950, s. 1-9. (Temsil).
Reinicke, Dietrich, Tiedtke, Klaus :	**Kaufrecht,** 8. Auflage, Köln, 2009.
Rengier, Hans Bernhard :	**Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse,** Berlin, 1976.
Sanlı, Kerem Cem :	**Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi,** 1. Basıdan 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
Sanlı, Kerem Cem :	*"Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu",* **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I,** Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, 2003, s. 211-276.

Sarı, Suat :	"Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmler Sempozyumu (26-27 Haziran),** İstanbul, 2011, s. 299-304. (Götürü Tazminat).
Sarı, Suat :	**Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi,** İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004.
Sayın, Feyza Eren :	**Paket Tur Sözleşmesi,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
Schenker, Franz :	**Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht,** Freiburg, Universität Verlag, 1988.
Scherrer, Karl :	**Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen,** Zürich, 1930.
Schlechtriem, Peter :	"Schadenersatz und Schadensbegriff", **Zeischrift für Europäisches Privatrecht,** München, 1997, s. 232-254.
Schlechtriem, Peter, Schmidt-Kessel, Martin :	**Schuldrecht Allgemeiner Teil,** 6. Bası, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2005.
Schlechtriem, Peter, Schwenzer, Ingeborg :	**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi),** 1. Bası, Editörler: Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015.
Schmidt, Rolf :	**Schuldrecht Allgemeiner Teil,** 11. Auflage, 2016.
Schönenberger; Wilhelm, Jäggi, Peter :	**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch,** Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einletiung und Art. 1- 17 OR, 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1973.
Schönle, Herbert, Higi,	**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,**

Peter :	Das Obligationenrecht, Teilband V, 2a, Kauf und Schenkung, 2. Lieferung, Art. 192- 204 OR, 3. Auflage, Zürich, 2005.
Schubiger, Alfred :	**Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung,** Diss., Bern, Verlag Stämpli Cie, 1957.
Schwarz, Andreas B. :	"Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih", **Ebül'ula Mardin'e Armağan,** İstanbul 1944, s. 759. (Fesih).
Schwarz, Andreas B. :	**Borçlar Hukuku Dersleri,** C. I, Çev: Bülent Davran, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948.
Schwarze, Roland :	**Das Recht der Leistungsstörungen,** 2. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2016.
Schwenzer, Ingeborg :	**Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,** 7. Auflage, Bern, Stämpli Verlag, 2016.
Seçer, Öz :	"Vekâlet Sözleşmesinin Vekalete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Özel Sayı, C. 2, Y. 2015, s. 877-944. (Vekâlet).
Seçer, Öz :	**Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
Seliçi, Özer :	"Seçimlik Borçların İfası", **İÜHF Mecmuası,** Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4, İstanbul, 1969. (Seçimlik Borçların İfası).
Seliçi, Özer :	**Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi,** İstanbul, 1977.
Serozan, Rona :	"Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **İstanbul Hukuk Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,** Yıl: 1, No: 3'ten ayrı bası, İstanbul, 1968, s. 108-129. (Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi).

Serozan, Rona :	"Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 195-207. (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi).
Serozan, Rona :	"Tendenzen zur normativierung und Individulizierung der Schadenszurechnung", **Türkische Schweizerische Juristenwoche,** Zürich und Bern, 1980'den ayrı bası, Zürich, 1981, s. 447-497. (Tendenzen).
Serozan, Rona :	"Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Kullanılabilecek Yenilikler), **İÜHFM,** C. 58, S. 1-2, Y. 2000, s. 231-248. (Yeni Alman İfa Engelleri).
Serozan**,** Rona :	**Borçlar Hukuku Özel Bölüm: Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama, Uygulama Çalışmaları,** (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018. (Borçlar Özel).
Serozan, Rona :	**Sözleşmeden Dönme,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
Sert, Selin :	**Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
Simonius, August :	"Über den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens", **ZSR,** 1918, s. 225-287.
	Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243-304, 13. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014. (Metin içerisinde "SoergelK-Yazar adı" şeklinde atıf yapılmıştır.).

Staehelin, Adrian :	**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Zürcher Kommentar,** t. V/2/c, Der Arbeitsvertrag (Art. 319-355 OR)**,** 3. Auflage, Zürich, 1996.
Stark, Emil W. :	"Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile", **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag,** Zürich, 1989.
Staub, Hermann :	**Die positiven Vertragsverletzungen,** Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969.
Stoll, Hans, Gruber, Georg :	**Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG,** Herasusgegeben von Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2004. (CISGKommentar-Stoll-Gruber).
Sungurtekin Özkan, Meral :	**Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri,** 2. Bası, İzmir, 1999.
Süzek, Sarper :	**İş Hukuku,** Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2018.
	SVIT-Kommentar, **Schweizerisches Mietrecht Kommentar,** Zürich, Basel, Genf, 2008.
Şahiniz, Salih :	**Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcınnın Ayıplı İfadan Sorumluluğu,** Ankara, 2008.
Şenol, Nilay :	**Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları,** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
Tandoğan, Haluk :	**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. (C. I/1).
Tandoğan, Haluk :	**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. I/2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (C. I/2).
Tandoğan, Haluk :	**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (C. II).

Tandoğan, Haluk :	**Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet),** İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Mes'uliyet).
Tekinalp, Ünal :	**Fikri Mülkiyet Hukuku,** 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla :	**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, İstanbul, 1993.
Topçuoğlu, Metin :	"Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,** Ankara, 2009, s. 5-60.
Topuz, Murat :	"Türk Hukukunda Normatif Zararın Tazmininin Somut Bir Düzenlemesi Olarak TKHK Çerçevesinde Boşa Harcanan Tatil Zamanı İçin Talep Edilen Tazminat", **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016,** Ankara, Bilge Yayınevi, 2016, s. 292-298. (Normatif Zarar).
Topuz, Murat :	**İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi,** İstanbul, Oniki Levha, 2011.
Tunçomağ, Kenan :	**Ölünceye Kadar Bakma Akdi,** Ankara, 1959. (Ölünceye Kadar Bakma).
Tunçomağ, Kenan :	**Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** C. 1, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
Tunçomağ, Kenan **:**	**Türk Borçlar Hukuku, C. 2, Özel Borç İlişkileri,** 3. Bası, İstanbul, 1977. (Borçlar Özel).
Tunçomağ, Kenan :	**Türk Hukukunda Cezai Şart,** İstanbul, 1963 (Cezai Şart).
Türk, Hikmet Sami :	"Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle

	Hesaplanabilir mi?", **Ticaret Hukuku ve Yargutay Kararları Sempozyumu, Bldiriler-Tartışmalar, X, (9 Nisan 1993),** Ankara, 1993, s. 131-193.
Ulusan, İlhan :	"Culpa in Contrahendo Üzerine", **Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 275-316. (Culpa in Contrahendo).
Ulusu, Ayşe Elif :	**Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi,** İstanbul, 2011.
Ural Çınar, Nihal :	**Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları,** İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014.
Uygur, Turgut :	**Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,** C. III, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003. (Uygur, C. III, 2003).
Uygur, Turgut :	**Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku,** C. IV, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003. (Uygur, C. IV, 2003).
van den Daele, Wolfgang :	**Probleme des gegenseitigen Vertrages,** Hamburg, Cram, de Gruyter&CO, 1968.
Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet :	"Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat", **Ebül'ula Mardin'e Armağan,** İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944, 739-758.
von Bar, Christian, Zimmermann, Reinhard :	**Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht,** Teile 1 und 2, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, München, European Law Publischers GmbH, 2002.
von Büren, Bruno :	**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** Zürich, Schulthess & CO. AG, 1964.

von Jhering, Rudolf :	**Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen,** Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher), 4. Band (1861), s. 1-112, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 7-91.
von Savigny, Friedrich Karl :	**System des heutige römischen Recht,** Band III, Berlin, 1840.
von Tuhr, Andreas :	**Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı,** (çev. Edege), C. I-II, 1952-1953, 2. Bası, Ankara, 1983.
von Tuhr, Andreas, Escher, Arnold :	**Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts,** Band 2, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974.
von Tuhr, Andreas, Peter, Hans :	**Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1,** 3. Auflage, Zürich, Schulthess, 1979.
Weber, Rolf H. :	**Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen,** 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllungs, Artikel 97-109, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000. (BernerK-Weber).
Weber, Rolf H. :	**Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen,** 4. Teilband, Artikel 68-96, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005. (BernerK-Weber, 4. Teilband).
Wieling, Hans Josef :	**Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** Köln, Wien, 1970.
Wolf, Ernst :	"Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis", **Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburstag,** München, C.H.

	Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976, s. 545-578.
Yalman, Süleyman :	**Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
Yavuz, Cevdet :	**Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu,** İstanbul, 1989. (Ayıp).
Yavuz, Cevdet :	**Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 9. Bası, İstanbul, Beta, 2014. (Borçlar Özel).
Yavuz, Levent, Alıca :	Türkay, Merdivan, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu,** C. 2, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, 2014.
Yelkenci, Işıl :	"Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** der. Tufan Öğüz, İstanbul, 2013, s. 1333-1372.
Yıldırım, M. Fadıl, Başpınar, Veysel :	"Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan,** Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
Yıldız, Mustafa Göktürk :	**Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdü ve Sonuçları,** yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017.
Yılmaz, Hamdi :	"Sözleşme Görüşmelerinde Kusur Culpa in Contrahendo ce Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", **Yargıtay Dergisi,** Ocak-Nisan 1985, C. 11, S. 1-2, s. 234-251.
Yücedağ, Nafiye :	**Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı- TBK ve CISG Uyarınca-**Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
Zäch, Roger :	**Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das**

	Obligatioennrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1990. (BernerK-Zäch).
Zeuner, Albrecht :	"Schadenersatzbegriff und Ersatz von Vermögensschaden", **Archiv für die civilistische Praxis 163,** Heft.4, (1964), s. 380-400.
Zevkliler, Aydın, Gökyayla K. Emre :	**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
Zeytin, Zafer :	"Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi-I Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** Aralık 1999, C. 20, S. 2, s. 73-87. (Özel Kullanım Kaybı).
Zeytin, Zafer :	"Alman Hukuku'nda Zarar Kavramı ve Gelişimi-III Manevi Zarar Olarak Boşa Geçen Tatil Zamanı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** 2003, C. 22, S. 1, s. 185-200. (Boşa Geçen Tatil Zamanı).
Zeytin, Zafer :	**Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku,** 1. Baskı, Ankara 2011.
Ziegler, Antje :	**Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung,** Bern-Stuttgart-Wien, 1991.

ÖZGEÇMİŞ

27 Mayıs 1987 tarihinde Balıkesir'de doğdum. 2005 yılında İstanbul Cağaloğlu Anadolu Lisesi ve 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldum. 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde başladığım yüksek lisans öğrenimimi, "Kefalet Sözleşmesinin Şekli" konulu tezimle tamamladım. 2012 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Özel Hukuk doktora programına kabul edildim. Ekim 2015-Ekim 2016 ve Kasım 2016-Mart 2017 döneminde doktora tez araştırmalarım için Hamburg Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht kurumunda Tübitak bursuyla bulundum. 2011'den beri Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım.